وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه

الشعبة: حقوق
التخصص: قانون الأسرة المقارن

العنوان

الحماية القانونية لأموال القاصر في المعاملات المدنية

- دراسة مقارنة -

من إعداد:
عقيلة بلقاسم

إشراف الأستاذ الدكتور:
أحمد رباحي

لجنة أعضاء المناقشة

أ.د. براهيم عماري	أستاذ	جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف	رئيساً
أ.د. أحمد رباحي	أستاذ	جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف	مشرفاً ومقرراً
أ.د. محمد حاج بن علي	أستاذ	جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف	ممتحناً
د. رقية سكيل	أستاذة محاضرة (أ)	جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف	ممتحناً
د. عدة عليان	أستاذ محاضر(أ)	جامعة غليزان	ممتحناً
د. يمينة برابح	أستاذة محاضرة (أ)	جامعة غليزان	ممتحناً

الموسم الجامعي: 2021م/2022م

﴿يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾

القرآن الكريم، سورة المجادلة، من الآية رقم 11.

"إِنِّي رأَيْتُ أَنَّهُ لَا يكتُبُ إنْسانٌ كِتَابًا فِي يَوْمِهِ إلَّا قالَ فِي غَدِهِ: لَوْ غُيِّرَ هذَا لكَانَ أَحسَنْ، وَلَوْ زِيدَ هذا لَكَانَ يُسْتَحسَنْ، وَلَوْ قُدِّمَ هَذَا لَكَانَ أَفْضَلْ، و لَو تُرِكَ هَذَا لَكَانَ أَجْمَلْ، و هَذا مِن أعظَمِ العِبَرْ، و هوَ دَليلٌ علَى استِيلَاءِ النُّقْصِ علَى كافَّةِ البَشَرْ"

مقولة القاضي عبد الرحيم البيساني العسقلاني
ونسبت إلى عماد الدين الأصفهاني

شكر وتقدير

الشكر لله تبارك وتعالى على فضله، ونعمه لما وفقني إليه، وما رزقني وأكرمني به، والحمد له على ما أوصلني إليه.

فما تناهى درب، ولا ختم جهد، ولا تم سعي إلاّ بتوفيقه، فالحمد لله على البلوغ، ثم الحمد لله على التمام، مباركاً بالصلاة والسلام على سيدنا محمد خير الأنام.

كما أوجه خالص عبارات الشكر، والامتنان إلى المشرف على هذه الرسالة

للأستاذ الدكتور **"أحمد رباحي"**

التي لا تكفيه حق فضله، وعمله الخالص، ومتابعته المستمرة، وتوجيهاته العلمية، وجميل لصبره إلى غاية إتمام هذا العمل. نسأل الله أن يرعاه ويحفظه، وأن يبارك في عمره.

والشكر موصول لكل أعضاء اللجنة من داخل كلية الشلف، ومن خارجها كل باسمه على قبولهم مناقشة هذه الرسالة وتصويبها بملاحظاتهم القيمة.

وشكري موصول أيضاً لكافة أفراد العائلة الكريمة، والأسرة الجامعية من أستاذة، وزملاء، وعمال إداريين.

ولكل من دعمني، ونصحني، وساندني من قريب ومن بعيد جازاهم الله كل خير

عقيلة بلقاسم

إهداء

أهدي عملي هذا للذين قال فيهما ربي "وبالوالدين إحساناً"

أسأل الله عز وجل أن يطيل في عمرهما، وأن يبارك في صحتهما

وأن يوفقني لأرد لهما فضلهما.

أهديه إلى أستاذي المشرف راجية أن ينال قبوله.

أهديه لنفسي؛ لعزيمتي، وصبري، وحرصي من أجل إخراجه على أحسن وجه.

كما أهدي عملي هذا إلى أفراد العائلة كبيراً وصغيراً

"الإخوة والأخوات، وأبنائهم، وبناتهم كل باسمه"

إلى كل الأستاذات الفاضلات، والأساتذة الأفاضل أهديكم هذا العمل.

إلى كل الزميلات اللاتي تقاسمن معي مشواري الدراسي والجامعي.

إلى كل الزملاء الذين ساندوني في عملي.

إلى كل الموظفين بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشلف، وبالأخص

الأستاذ **الحسن عبد الواحد** على الدعم التقني المقدم.

إلى كل من وسعتهم ذاكرتي ولم تسعهم رسالتي.

عقيلة بلقاسم

المختصرات

قائمة المختصرات

باللغة العربية:

ص	صفحة	**د.ج**	دينار جزائري
م	المجلد	**ص.ص**	من الصفحة إلى الصفحة
ط	الطبعة	**ق.إ.م**	قانون الإجراءات المدنية
م	ميلادية	**ق.إ.ع**	قانون الالتزامات والعقود
هـ	هجرية	**م.أ.ش**	مدونة الأحوال الشخصية
ج	الجزء	**ق.أ.ش**	قانون الأحوال الشخصية
ع	العدد	**ق.م.م**	قانون المعاملات المدنية
ق.م	القانون المدني	**ق.إ.م.إ**	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ق.أ	قانون الأسرة	**ق.إ.م.ت.إ**	قانون الإجراءات المدنية والتجارية والإدارية
ق.ع	قانون العقوبات	**م.أ.ش**	مجلة الأحوال الشخصية
ق.ج	القانون الجنائي	**ق.م.ع**	قانون الموجبات والعقود اللبناني
م.أ	مدونة الأسرة	**م.إ.ع**	مجلة الالتزامات والعقود
ق.ت	القانون التجاري	**ق.و.ع.م**	قانون الولاية على المال
م.ت	مدونة التجارة	**أ.ش**	الأحوال الشخصية
ق.ت	قانون التجارة	**و.ق.ع.م.أ.ش**	وثيقة القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية

باللغة الفرنسية:

P	page
p.p	De la page à la page
n°	numéro

مقدمة

مقدمة

لقد كرم الإسلام ابن آدم، وجعله في مرتبة راقية، ولم يفرق بينه وبين أخيه الإنسان؛ سواء في الجنس، أم اللون، أم الدين، وثبت هذا التكريم بما أنزله الله تعالى بقوله: ﴿لَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آَدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾[1]، وقد مس هذا التكريم أوجه عديدة من حياته؛ فأقر له حقوقاً قبل وبعد أن يولد، كالنسب، والحياة، والإرث، والنفقة، وغيرها، وضمنها له؛ بأن أمر ونهى عن أي مساس بها.

هذا، وقد جاءت أحكام الشريعة الإسلامية موافقة لطبيعة الإنسان؛ وخلقه الذي يتأرجح بين الضعف والقوة، وفي هذا يقول عز وجل: ﴿اللَّهُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ ضَعْفٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ ضَعْفٍ قُوَّةً ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ ضَعْفًا وَشَيْبَةً يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ وَهُوَ الْعَلِيمُ الْقَدِيرُ﴾[2]، وقوله أيضاً: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا﴾[3]، والآيتان تتضمنان إقراراً على لسان الشارع الحكيم بضعف الإنسان، في قوته، أو في بصره، أو في إرادته أو غير ذلك من أسباب الضعف الذي يبدأ منذ أن يكون جنيناً في بطن أمه، ويمتد إلى مراحل أخرى من حياته، وهذا الضعف يختلف ويتناسب مع كل فترة وحالة يكون فيها، فضعف الجنين ليس كضعف الصبي، وضعف الصبي ليس كضعف من بلغ رشده.

وإدراكاً من الشارع بهذا الضعف، والمظاهر المصاحبة له، كالجهل بالأمور، وعدم القدرة على تسييرها، والعجز عن اختيار الصحيح منها، لم يترك أمر هؤلاء الضعفاء لأنفسهم، بل تولاهم بعنايته وخصهم بأحكام تحميهم وتحمي مصالحهم.

ولا يخفى أن الشريعة الإسلامية فيها العديد من الأحكام والقواعد تتضمن الكثير من المقاصد تسعى من خلالها إلى تحقيق مصالح الناس عامة، فضلاً عن المصالح الخاصة، بموجب ما أتت به من أحكام كليّة. هذا، وقد جمعت الشريعة الإسلامية مصالح الناس ضمن إطار واحد أطلق عليه لفظ الكليات الخمس؛ وهي ما لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا؛ بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج وتفويت حياة، وفي الأخرى تفويت النجاة

---

[1] القرآن الكريم، سورة الإسراء، الآية رقم 70.

[2] القرآن الكريم، سورة الروم، الآية رقم 54.

[3] القرآن الكريم، سورة النساء، الآية رقم 28.

والنعيم[1]، وهناك من قال الضروريات هي ما تضمنت حفظ النفس، والدين، والعقل، والمال، والنسب[2]، وقد قال الغزالي: "إن مقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم. فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوّت هذه الأصول، فهو مفسدة ودفعها مصلحة"[3]. فهذه الضروريات الخمس لا يمكن الاستغناء عنها، ولا يمكن تخيل الحياة بدونها.

ولما كان المال أحد المقاصد الخمسة وعصب الحياة، فقد حث الشارع الحكيم على اكتسابه، وأولاه عناية خاصة، وأمر بحفظه من الإسراف والتبديد، في العديد من الآيات القرآنية، حتى وصفه بزينة الحياة الدنيا، في قوله تعالى: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾[4]، وحَرم أكله بالباطل، مصداقاً لقوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾[5]. وهو رزق من الله يرزقه لمن يشاء من عباده، عملاً بقوله تعالى: ﴿أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّ اللَّهَ يَبْسُطُ الرِّزْقَ لِمَنْ يَشَاءُ وَيَقْدِرُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يُؤْمِنُونَ﴾[6]. وهذه الآيات وغيرها، ترشد إلى ضرورة كسب المال بالطرق المشروعة، مع حفظه وتنميته وصرفه بدون إسراف أو تقتير.

غير أنه في بعض الأحيان قد يكون صاحب هذا المال غير قادر على التصرف فيه، أو بذل الجهد لصيانته من الضياع، والتبذير. وعدم القدرة هذه لا ترجع لعدم رغبة هذا الشخص في ذلك، وإنما تكون لأسباب، إما طبيعية، أو طارئة، تستدعي النظر في شؤونه، ورعاية مصالحه، وحمايته حماية خاصة.

ويعد القاصر أحد هؤلاء الأشخاص الذين تخونهم قدرتهم على التصرف فيما يملكونه من أموال؛ لذلك أولته الشريعة الإسلامية اهتماماً بالغاً على مستوى جميع مناحي الحياة؛ فوضعت

---

[1] محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، ط.1، دار الهجرة، السعودية، 1418هـ، 1998م، ص.182.

[2] جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي الشافعي، محمد بخيت المطيعي، نهاية السول في شرح منهاج الأصول، ومعه سلم الوصول شرح نهاية السول، ج.4، دار عالم الكتب، بدون بلد النشر، بدون تاريخ النشر، ص.ص.82-83.

[3] أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، تحقيق: أحمد زكي حماد، ج.1، ط.1، العالمية للنشر والترجمة والتدريب، دار الميهان للنشر والتوزيع، مصر، السعودية، بدون تاريخ النشر، ص.328.

[4] القرآن الكريم، سورة الكهف، من الآية رقم 46.

[5] القرآن الكريم، سورة النساء، الآية رقم 29.

[6] القرآن الكريم، سورة الروم، الآية رقم .37.

الأحكام المنظمة للأسرة التي يربى فيها، وصانت شخصه؛ من الحوادث، والاعتداءات الجسدية، والجنسية، والنفسية، وأقرت قواعد تحمي ذمته المالية، من خلال تقييد حريته في التصرف، وفرض نظام النيابة الشرعية عليه، لإدارة ماله، وحفظ نفسه.

وهذا الاهتمام بشؤون القاصر لم يكن حكراً على الشريعة الإسلامية وفقهائها، فقد اهتم القانون الوضعي تشريعاً وقضاءً وفقهاً، ببيان الأحكام العامة والتفصيلية المتعلقة بالقاصر باعتباره شخصاً طبيعياً، وعلى الأخص ما تعلق بأمواله، وكيفية تسييرها، وإدارتها، والحفاظ عليها، من خلال ما سنته من قواعد ومعايير أساسية يجب مراعاتها عند التصرف فيها. والأمر لا يقف عند وضع قواعد حمائية لهذه الأموال، وإنما انسحب إلى تحديد الشخص المعني بحد ذاته؛ حيث يتبين من خلال استقراء نصوص التشريعات الوضعية، اختلاف توجهاتها في تعيين القاصر المعني بحماية أمواله؛ فهناك من جعله ذلك الصبي الذي لم يبلغ سن الرشد، سواء بنص صريح، أم بشكل ضمني، وهناك من وسع مفهومه ليشمل فئات مختلفة، مما جعل مصطلح القاصر ذا معنيين، معنى واسعاً، ومعنى ضيقاً، اختلف من خلالهما نطاق الحماية المقررة على أموال القاصر لدى التشريعات تبعاً لاختلاف المعنيين[1].

ولا ينكر أحد، الأهمية البالغة التي حظي بها موضوع مال القاصر من لدن فقهاء الشريعة الإسلامية، والقانونيين، إذ عالجوا مختلف مسائله تأصيلاً، وتفريعاً من خلال أبواب الأهلية والحجر والنيابة الشرعية، وقد انعكس أثر هذه الدراسات على مواقف التشريعات الوضعية، التي نظمت الأحكام المتعلقة بالقاصر في ق.م، أو ق.أ، بل إن منها من خصه بقانون مستقل، يعهد بتنفيذه إلى هيئات أنشئت خصيصاً لإدارة أموال القاصر[2]، وهذه التوجهات في مجملها قررت نظماً مختلفة يخضع لها القصر من الولادة إلى غاية اكتسابهم القدرة التي تخولهم استيلام زمام أمورهم بأنفسهم، ما لم يوجد ما يمنعهم من ذلك. وهذه النظم تعد سبلاً لتسهيل إدارة مال فئة القصر، وحماية خاصة، بهم يقوم بمهامها أشخاص توضع هذه الأموال تحت تصرفهم من أجل تسييرها وفق نسق واضح؛ بموجب أحكام قانونية إلزامية، تحقق المصلحة الخاصة بالقصر.

---

[1] سيتم التفصيل في هذه المسألة في المبحث الثاني من الباب الأول لهذه الرسالة.

[2] يراجع: المرسوم الملكي السعودي رقم 18، المتعلق بنظام الهيئة العامة للولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم، الصادر بتاريخ 13 ربيع الأول 1427هـ، الموافق لـ 11 نوفمبر 2006م، جريدة أم القرى السعودية، ع.4097، الصادرة بتاريخ 21 ربيع الثاني 1427 هـ، الموافق لـ 19 ماي 2006م.

إن الأهمية السابق بيانها، دفعتنا لدراسة موضوع الحماية القانونية لأموال القاصر في المعاملات المدنية، من خلال بيان عنصر المال، والبحث في إمكانية تصرف القاصر فيه، وصولاً إلى تحديد نظم أوجه الحماية المقررة له من خلال النيابة التي يكون خاضعاً لأحكامها، والمهام الرئيسية التي قررت بموجبها هذه النيابة، وطرق تسيير شؤونها وفق ما هو مشروع. وقد آثرنا البحث في جميع هذه العناصر لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، والتشريعات الوضعية العربية، مع الإشارة في بعض المواضع لبعض التشريعات الغربية، كالقانون الفرنسي، والقانون السويسري، والقانون الألماني، والقانون الكندي، بغية الوصول للهدف المنشود من الرسالة.

إن البحث في موضوع الحماية القانونية لأموال القاصر في المعاملات المدنية، وبيان أحكامه الفقهية، والقانونية المقارنة، يوحي بأهميته العلمية والعملية؛ فأهميته العلمية تتعلق أولاً بفئة مهمة من شرائح المجتمع التي تكون بحاجة للحماية الشخصية عموماً، وحماية أموالهم على وجه الخصوص، فإن كان الإنسان المكلف بإمكانه التصرف وفق ما يشاء بدون أي موانع تعيقه، فإن الأمر يختلف بالنسبة للقصر، كما تظهر أهمية الموضوع بشكل أساسي عند توظيف هذه الأموال ضمن إطار المعاملات المدنية التي تعتبر من بين الوسائل الراسخة التي تسير عليها حياة الناس في أغلب أوقاتها؛ إذ يلجؤون إليها بحثاً عن الربح، واستثمار أموالهم بقصد تنميتها، ويسعون لتجنب الخسائر التي قد يتكبدونها في جميع أشكالها، ونظراً لما قد ينجر عن هذه المعاملات من خطورة، تم ضبطها بمعايير ترجع بالأساس للشخص الذي يقوم بها؛ فإن كانت القاعدة العامة تجيز للجميع التعامل وإبرام جميع التصرفات المشروعة والمسوح بها قانوناً، سواء كانت نافعة، أم ضارة، أم مترددة بين النفع والضرر، فإنه لا يجوز استثناء لأشخاص معينين إجراء بعض التصرفات القانونية أو كلها، بسبب وجود خلل في أهليتهم يمنعهم من ذلك.

كما تبرز أهمية الموضوع من خلال ما أقره فقهاء الشريعة الإسلامية، والتشريعات الوضعية، من نظم نيابية يتولى من خلالها أشخاص معينون، مهمة إدارة وتسيير أموال القاصر، وفق ضوابط محددة، وإن حادوا عنها فقدوا صفقتهم، وكانوا عرضة للمساءلة. ويجد البحث أهميته العملية من ناحية الوضع الخاص بالقاصر؛ الذي قد يعرض أمواله للضياع، والإسراف، إما بسبب سوء تصرفه، وإما بسبب سوء تصرف نائبه الشرعي، بل أكثر من هذا، فقد يكون هذا المال محلاً للعديد من الجرائم التي قد ترتكب من طرف القائمين على شؤونه، لهذا يتطلب الأمر السعي إلى إيجاد سبل وآليات تحميه عند التصرف، وتمنع وقوع هذه الجرائم التي تمس بأمواله.

وتجدر الإشارة إلى أن إقرار التشريعات الحديثة لنظام النيابة الذي يخضع له القاصر في ماله ليس بدعاً، بل كان متعارفاً عليه عند فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث أخضعوا الصغير للولاية باعتبارها النظام الأول والأصلي، ثم نظام الوصاية؛ عند امتناع الولاية بسبب الوفاة، ونظام القوامة؛ وهو نظام كان مقرراً في القانون الروماني لمعالجة الحالات العرضية التي قد تعتري الشخص المستقل بحقوقه بعد بلوغه فتنقص من أهليته أو تعدمها[1]. وهذه الأنظمة الثلاثة تبنتها التشريعات العربية تحت اسم النيابة الشرعية، وهو موضوع دراستنا.

إن موضوع الحماية القانونية لأموال القاصر في المعاملات المدنية، يهدف إلى بيان مدى عناية فقهاء الشريعة الإسلامية بفئة الصغار القصر، ونظرتهم لهم ولأحوالهم المختلفة، والبحث فيما جاؤوا به من أحكام تقر ضرورة حماية أموالهم ووجوب المحافظة عليها، كما يتمثل القصد من وراء هذه الدراسة في تحديد الأسباب التي تمنع هذا القاصر من التصرف في ماله بنفسه، ومحاولة تقرير حماية له، سواء من خلال الحجر عليه، أم من خلال ضبط تصرفاته ضمن نطاق المعاملات المدنية. إذ نلتمس من وراء هذا البحث، معرفة نظام النيابة الشرعية المقرر على القاصر، وبيان القواعد المقررة لتسيير أمواله، والإجراءات القانونية الواجبة التطبيق عند مخالفتها. وهذا التصور دفعنا إلى طرح الإشكال الآتي: **إلى أي مدى ساهمت أحكام فقهاء الشريعة الإسلامية ونصوص التشريعات الوضعية في إقرار حماية قانونية لأموال القاصر ضمن المعاملات المدنية؟**

ويتفرع عن هذا الإشكال جملة من التساؤلات أهمها:

- من هو القاصر الذي يجب حماية أمواله؟
- فيما تتمثل الذمة المالية للقاصر؟ وما علاقتها بأهليته؟
- ما هي الأهلية التي يتطلبها التصرف في المال؟ وكيف عالجت التشريعات الوضعية أحكامها؟
- كيف أسس الفقهاء والتشريعات العربية لنظام الحجر الذي يخضع له القاصر؟
- ما المقصود بالمعاملات المدنية؟ وما هو حكم تصرفات القاصر ضمنها من وجهة نظر الفقه والقانون؟
- ما مضمون نظام النيابة الشرعية؟ وإلى أي مدى توافقت أحكامه بين الفقهاء والتشريعات الوضعية؟
- وهل حقق نظام النيابة الشرعية على القصر حماية فعالة لهم؟

---

[1] عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، ج.1، المقدمة التاريخية، الأشخاص، الملكية، الحقوق العينية المقررة على مال الغير، ط.2، مطابع البصير، مصر، 1954م، ص.209.

ومن أجل البحث في هذا الإشكال وما يندرج تحته من تساؤلات، اعتمدنا في أغلب مواطن هذه الرسالة على المنهج المقارن، ويظهر ذلك بمقارنة مواقف التشريعات الوضعية فيما يتعلق بمفهوم القاصر، وذمته المالية، ومدى تمكنه من التصرف فيها، وأحكام تصرفاته ضمن معاملات معينة، وبيان ما شرعته من نصوص في باب النيابة الشرعية، سواء من حيث الأشخاص القائمين بها، أم من حيث صلاحياتهم، أم المسؤولية المترتبة في حقهم، وهذا كله من أجل تحديد أوجه الاتفاق والاختلاف بينها، ثم محاولة اختيار الأنسب منها لحماية أموال القاصر. والمنهج المقارن المعتمد في بحثنا هذا لم يقتصر على نطاق التشريعات العربية، وإنما شمل أيضاً المقارنة بين هذه النصوص وبين آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، من خلال أقوالهم في هذه المسائل، ومناقشتها، وبيان الراجح منها، لمعرفة مدى مسايرة القانون الوضعي لأحكام الفقه الإسلامي، كما اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج الوصفي، من خلال جمع المعلومات المتعلقة بالموضوع، وربط أسبابها، من أجل الوصول إلى نتائج وأدلة تصب في إطار البحث، إلى جانب المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية في كل مواضع البحث، وكذا آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، بغرض الوصول إلى أفضل الحلول لجميع إشكالات البحث.

وللإجابة على الإشكال المطروح وفق المناهج المعتمدة ارتأينا تقسيم دراستنا لثلاثة أبواب، يشتمل كل باب على فصلين، مقسمين بدورهما إلى مبحثين؛ حيث خصصنا الباب الأول لدراسة التأصيل الفقهي والقانوني للنطاق الزمني لتصرف القاصر في ذمته المالية الشخصية، حيث تطرقنا من خلاله إلى بيان الأحكام العامة المنظمة للذمة المالية للقاصر عبر مراحل الأهلية، إلى جانب ضبط مصطلح القاصر وتعيين الفئات التي تنضوي عليه حسب توجه التشريعات العربية في الفصل الأول، ثم حددنا السياسة الشرعية والقانونية المقررة على حرية القاصر في التصرف بماله فقهاً وقانوناً من خلال الحديث عن مسألة الإذن للقاصر، ونظام الترشيد ونظرة التشريعات له ضمن الفصل الثاني منه.

أما الباب الثاني فجعلناه لبيان النطاق الموضوعي للمعاملات المدنية للقاصر في ماله الخاص فقهاً وقانوناً، ويندرج تحته فصلين؛ أولهما يتعلق بتصرفات القاصر المدنية في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية، وبينا فيه مفهوم المعاملات المدنية وتصنيفاتها، ثم حددنا حكم تصرفات القاصر وفقاً لها، وثانيهما تعرضنا فيه للجانب العملي لتصرفات القاصر المدنية في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية، وأوردنا من خلاله بعض التطبيقات، كالوكالة، والهبة، والبيع

والشراء، والإجارة، وغيرها من المعاملات المالية، وبينا حكمها عند فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية.

أما الباب الثالث فتطرقنا من خلاله إلى الأحكام الفقهية والقانونية لنظام النيابة الشرعية على أموال القاصر ضمن المعاملات المدنية، وذلك من خلال بيان الإطار العام للنيابة الشرعية على القاصر؛ حيث حددنا الشخص المؤهل لتولي هذه المهمة في الفقه والقانون، ثم بينا التصرفات التي يقوم بها النائب الشرعي، ومدى صحتها، والنفع الذي تعود به على القاصر، أو الضرر الذي تلحقه به، وفق ما ورد في الفقه الإسلامي، وما نصت عليه التشريعات العربية في الفصل الأول، وأما الفصل الثاني، فتحدثنا فيه عن الضمانات المقررة لحماية مال القاصر من خلال ممارسة شؤون النيابة الشرعية، وبينا من خلاله عنصرين؛ أولهما تطرقنا فيه لمسؤولية الوصي، من حيث كيفية محاسبته عند فقهاء الشريعة الإسلامية، ثم بيان نصوص التشريعات العربية التي تثبت بها المسؤولية التي تقع على عاتق النائب الشرعي بسبب إخلاله بالتزامه النيابي، أما ثانيهما فبينا فيه طرق انقضاء نظام النيابة الشرعية، والحالات المقررة لنهاية كل نظام. وختمنا الدراسة، بجملة من النتائج المتوصل إليها، وأبدينا بعض التوصيات التي بدت لنا مهمة.

الباب الأول:

التأصيل الفقهي والقانوني للنطاق الزمني لتصرف القاصر في ذمته المالية الشخصية

أحلّ الشارع الحكيم للإنسان حق التصرف في أمواله، وبيّن له ما يحرم منه، فرسم لكل شقٍ حدوداً ألزمه بها، حماية وصوناً لمصالحه. وقد تكفل القرآن الكريم والسنة النبوية بتفصيل أحكام التصرفات والمعاملات، وبيان مسائلها المختلفة، وهو ما رسخه فقهاء الشريعة الإسلامية في كتبهم الفقهية عند حديثهم في أصول المعاملات بشتى أنواعها، لتعد مرجعاً مهماً للأشخاص. ومن جهة أخرى تكفلت القوانين العربية ببيان التصرفات التي يجوز للأشخاص القيام بها في حياتهم اليومية؛ متبعة في ذلك تعاليم الشريعة الإسلامية؛ باعتبارها مصدراً احتياطياً لأحكامه؛ حيث نظمت في نصوصها الأحكام الخاصة بكل تصرف، ابتداء بشروط انعقاده، إلى شروط صحته، ثم شروط نفاذه، وصولاً إلى شروط لزومه. وكل شرط من هذه الشروط له أساسه القانوني، فإن تخلف أحدها؛ سواء في مرحلة الانعقاد، أم في مرحلة الصحة، أم في مرحلة النفاذ، أم في مرحلة اللزوم؛ ترتب على ذلك حكماً أو أثراً خاصاً، وأما إذا استوفى التصرف جميع شروطه انعقد صحيحاً واعتد به قانوناً.

ووفقاً لما سبق، فإن لكل شخص طبيعي التصرف وفق ما شاء، إذ ما انتفى المانع في ذلك، فإذا اتجهت إرادته إلى إنشاء أي تصرف قانوني، فإنه يلتزم جبراً بمقتضيات الشرع والقانون؛ فهاذان المنهجان يعدان مرجعين أساسيين يستند عليهما المتصرف؛ فيتبع الأول ليعرف ما أحل له وما حرم عليه، ويعتمد على الثاني لإضفاء الصبغة القانونية على تصرفه، حماية لمصالحه الشخصية.

هذا، ولم تقتصر مبادئ الشريعة الإسلامية، ونصوص القانون بتنظيم تصرفات الأشخاص فقط، بل بينت الأحكام الخاصة بالشخص وفصلت فيها؛ فقضى الشرع بتكليف الشخص، ومخاطبته بأمر أو نهي متى بلغ، فإذا انعدم سببه؛ أي العقل، فلا تكليف عليه، كما ألزم القانون ضرورة توافر جملة من الشروط في المتصرف المكلَف، تفادياً لأي إشكال قانوني، فإن وجد خلل في هذه الشروط أو بعض منها، تقررت الحماية وجوباً.

والقاصر هو شخص طبيعي له اعتبار خاص، بسبب عدم اكتمال قدرته التي تسمح له من ممارسة شؤون حياته كغيره، فإذا كان الشخص البالغ المكلف يفهم الأشياء، ويتصرف في الأمور ويعلم مساقها، ويفرق بينها، بشكل اعتيادي وأصلي، فالوضع على خلاف ذلك عند القاصر؛ لعدم فهمه للأشياء، وعدم قدرته على التصرف في شؤونه الخاصة، وجهله بالأحكام الشرعية والنصوص القانونية. وكل هذه الاعتبارات دفعت التشريعات إلى سن أنظمة خاصة لحماية غير المكلف.

ولا يخفى أن مدار الحماية المقصود من هذه الدراسة، هو المال، وهو من بين الأشياء التي تتطلب من الشخص القدرة، والاستطاعة، وحسن التسيير من أجل التصرف فيه، لأهميته، فهو أكثر عرضة للتبذير، والإسراف، والضياع، والسرقة، وغيرها من الأوصاف والسبل التي تكون سبباً في تبديده. فإن كان

الشارع الحكيم أولى عناية بالمال للحد من إسرافه لدرجة مخاطبة المكلفين بعدم تبذيره كقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا﴾[1]، إلاّ أنه لم يوجه الخطاب نفسه لغير المكلفين؛ لعدم بلوغهم، وعدم قدرتهم على ذلك. فالإنسان السوّي العاقل قادرٌ على حماية ماله بنفسه وحسن التصرف فيه، إلاّ أن القاصر ليس كذلك.

ونظراً للأهمية التي يكتسيها المال، من حيث التحصيل والمحافظة، فإن القاصر حسب الأصل ممنوع من التصرف فيه إلاّ استثناءً، وهذا المنع ليس بغرض الغصب والتعدي بل هو من باب الحماية.

والحديث عن التأصيل الفقهي والقانوني للنطاق الزمني لتصرف القاصر في ذمته المالية الشخصية، يقودنا إلى دراسة هذه المسألة من جهتين؛ أولهما تتعلق بتحديد الذمة المالية للقاصر، وأهليته القانونية التي تجيز له التصرف، وثانيهما نظام الحجر المقرر عليه والهدف منه، والوقوف عند الإجراء الذي بموجبه يتمكن القاصر من إبرام التصرفات، لأجل ذلك قسمنا هذا الباب إلى فصلين؛ نتطرق أولاً لبيان الأحكام العامة المنظمة للذمة المالية للقاصر وفق مراحل الأهلية (**الفصل الأول**)، ثم نتحدث عن السياسة الشرعية والقانونية المقررة على حرية القاصر من التصرف بماله (**الفصل الثاني**).

[1] القرآن الكريم، سورة الإسراء، الآية رقم 26.

الفصل الأول: الأحكام العامة المنظمة للذمة المالية للقاصر وفق مراحل الأهلية

يسعى كل إنسان إلى العمل وكسب المال بمختلف الطرق المشروعة، ليعيل نفسه ويعيل أسرته أو ليدخره، أو ليثمره، وهذا المال الذي يحصله يكون ملكاً شخصياً خالصاً له؛ يتصرف فيه كما يشاء، وفق ما يراه مناسباً، ولا يحد من حريته هذه، إلاّ ما جعله الشرع أو القانون قيداً عليها.

فحرية الشخص بالتصرف في ماله مرهونة بضوابط الشرع أو القانون على حسب وضعه الشخصي؛ فإذا كان قادراً على الكسب، كان قادراً على التصرف. وهذه القدرة تتحدد بحالته العمرية، والعقلية، والصحية، وإمكانية تصرف الشخص في ماله مرتبطة بقدرته الكاملة؛ سواء في سنه، أم في عقله، أم في صحته، فإذا اختل أحد هذه الشروط وجب النظر في التصرف لعدم صلاحية المتصرف في القيام به.

والقاصر يمنع من التصرف متى تخلله نقص في العوامل المؤثرة في قدرته؛ سواء كلها أم بعض منها، لأنه لو تصرف وهو لا يملك القدرة على ذلك، ضاع منه ماله. ومن أجل تفادي هذا الوضع، حدد فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الوقت الذي يتمكن فيه من يعد قاصراً في نظرهم، من التصرف في ماله الخاص، مع الأخذ بعين الاعتبار المعايير الأساسية المقررة فقهاً وقانوناً لحماية أمواله من الإسراف.

إن تحديد الأحكام العامة المنظمة للذمة المالية للقاصر وفق مراحل الأهلية، متعلق أساساً بما يسمى بأهلية الشخص؛ فهذا النظام هو الذي يحدد من هو القاصر؛ ويبين القيود التي ترد على حرية تصرفه في ماله. وبناء على ذلك، خصصنا هذا الفصل للحديث عن خصوصيات الذمة المالية للقاصر في الفقه الإسلامي والقوانين العربية (**المبحث الأول**)، ثم نقوم بضبط مصطلح القاصر في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول: خصوصيات الذمة المالية للقاصر في الفقه الإسلامي والقوانين العربية

اعترف القانون للشخص الطبيعي بالشخصية القانونية؛ فرتب له حقوقاً وأوجب عليه التزامات، وهذه الشخصية تتمتع بمجموعة من الصفات والخصائص التي تجعلها متميزة عن غيرها، كالاسم، والموطن، والحالة، والأهلية، والذمة المالية. ولعلّ الذي يهمنا من هذه الخصائص في دراستنا، الأهلية والذمة المالية؛ اللتان تعتبران جوهر الشخص الطبيعي، ومعلوم أن هاتين الخاصيتين تختلفان لدى الأشخاص حسب الوضع الذاتي لكل واحد منهم.

هذا، ويعد القاصر شخصاً طبيعياً اعترف له القانون بالشخصية القانونية، تكسبه أهلية وذمة مالية تميزه عن غيره؛ غير أن اكتساب هاتين الخاصيتين مرهون بمدى توافر الأسباب التي تحقق وجودهما. وقد درس فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية موضوع أهلية القاصر وذمته المالية بشيء من التفصيل.

وعلى ضوء هذه الدراسات، سنتولى تحديد المفهوم الفقهي والقانوني للذمة المالية للقاصر (**المطلب الأول**)، ثم البحث في العلاقة بين الذمة المالية وأهلية القاصر (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: التحديد الفقهي والقانوني للذمة المالية للقاصر

يعد المال عنصراً مهماً في حياة الإنسان، يسعى كل شخص إلى الحصول عليه بمختلف الوسائل ليتمكن من استخدامه في احتياجاته الخاصة، والحفاظ عليه، وادخاره، وعدم إسرافه.

ونظراً لأهمية الذمة المالية في حياة الشخص فقد عنى فقهاء الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية بدراستها والبحث فيها، ووضع الأسس الخاصة بها، لا سيما من حيث مضمونها وما يرتبط بها. هذا، وإن أساس حق التصرف في الذمة المالية هو قدرة الشخص على ذلك، وهذه القدرة تتحدد بمدى قيام أركانها، وأهمها الأهلية؛ والقاصر باعتباره شخصاً طبيعياً، لا يشذ عن هذه القاعدة. فتصرفه في ذمته المالية، يرتبط بأهليته.

وسنحاول من خلال هذا المطلب البحث في المفهوم اللغوي والاصطلاحي للذمة المالية للقاصر (**الفرع الأول**)، ثم نتطرق لمفهوم الذمة المالية في المدلول القانوني (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: المفهوم اللغوي والاصطلاحي للذمة المالية للقاصر

إن مصطلحي الذمة والمال يتردد ذكرهما على لسان اللغويين، والفقهاء، ورجال القانون؛ كونهما يتعلقان بالشخص، ويلعبان دوراً حاسماً في حياته، فلا عجب إذن، أن يحاطا باهتمام بالغٍ وكبير من لدن الفقه والتشريعات.

وتجب الملاحظة بداية أن هناك من عرف المصطلح مركباً؛ أي الذمة المالية، وسنحاول في هذا الفرع تعريفها من خلال تعريف كل من الذمة والمال على حدة. لنتوصل إلى معنى المصطلح المركب الإضافي المقصود بالدراسة.

أولا–تعريف مصطلح الذمة: سنتطرق إلى تعريف مصطلح الذمة في المدلول اللغوي، والاصطلاحي، والقانوني، كما يلي:

1–تعريف الذمة لغةً: الذمة في المعنى اللغوي هي الأمان، وسمي المعاهد ذمّياً نسبة إلى العهد، وقولهم في ذمتي كذا؛ أي في ضمانتي، والجمع ذمم[1]. وفي قوله تعالى:﴿لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلًّا وَلَا ذِمَّةً وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُعْتَدُونَ﴾[2]؛ ومعناه أن يحفظوا ويراقبوا ويراعوا الذمة أي العهد، وكل ما تجب المحافظة عليه، ويؤاخذ بنكثه تسميه العرب ذمة[3].

ولقد ذكر لفظ الذمة في حديث علي رضي الله عنه: "المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده". وعن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ذمة المسلمين واحدة فإن جارت عليهم جائرة فلا تخفروها فإن لكل غادر لواء يعرف به يوم القيامة"[4].

2– تعريف الذمة اصطلاحاً: عرفت الذمة اصطلاحاً بعبارات مختلفة؛ فهناك من جعلها وصفاً، فعرفها بأنها وصف يصير الشّخص به أهلاً للإيجاب له وعليه[5]؛ أي يصلح بأن يلزم شرعاً بأشياء، وإن

---

(1) أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير، معجم عربي– عربي، مكتبة لبنان، لبنان، 1987م، ص.80.

(2) القرآن الكريم، سورة التوبة، الآية رقم 10.

(3) محمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي، العذب النمير من مجالس الشنقيطي في التفسير، تحقيق: خالد بن عثمان السبت، م.5، ط.2، دار عالم الفوائد، السعودية، 1426هـ، ص.294.

(4) رواه الحاكم في المستدرك، كتاب: قسم الفيء، رقم الحديثين: 39/2623، و42/2626، ج.2، ط.2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1422هـ، 2002م، ص.153.

(5) يراجع: زين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، فتح الغفار بشرح المنار، المعروف بمشكاة الأنوار في أصول المنار، مع بعض حواشي الشيخ عبد الرحمن البحراوي الحنفي، ج.3، ط.1، مكتبة مصطفى البابلي الحلبي وأولاده، مصر، 1355هـ، 1936م، ص.89؛ علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري،كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، ج.4، دار الكتاب العربي، لبنان، 1308م، ص.238؛ شهاب الدين القرافي، الفروق، المسمى أنوار البروق في أنواء الفروق، وبهامشه تهذيب الفروق، والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، تحقيق: علي عمر، ج.3، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، 1431هـ، 2010م، ص.231؛ يوسف ضياء الدين، أحمد نائلي وشركاسي، مرآة الأصول شرح مرقاة الفصول، در سعادت، بدون بلد النشر، 1321م، ص.321؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج.1، ط.1، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، لبنان، بدون تاريخ النشر، ص.17.

تركها عمداً يعاقب، ويلتزم بنفسه بأشياء، إذا تركها يعاقب صاحب الذمة[1]. ومنهم من جعلها ذاتاً، وعرفها بأنها نفس لها عهد[2]؛ فإن الإنسان يولد وله ذمة صالحة للوجوب له بخلاف سائر الحيوانات[3].

أو هي الذات والنفس إطلاقا لاسم الحال على المحل[4]. فهذا التعريف عند المحققين من باب تسمية المحل باسم الحال؛ بمعنى وجب في ذمة كذا؛ أي وجب على نفسه؛ باعتبار كونه محلاً لذلك العهد الماضي الذي جرى بين الرب والعباد يوم الميثاق[5]، لقوله عز وجل: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ﴾[6].

ويرى الأستاذ مصطفى الزرقا مخالفاً ما سبق ذكره، أن الذمة محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه، فهي بهذا الاعتبار ذمة شخصية؛ أي متصلة بالشخص نفسه لا أمواله وثروته، وهي غير محدودة السعة والاستيعاب، فتثبت فيها الحقوق المالية وغير المالية مهما كان نوعها ومقدارها[7].

ما يلاحظ على مجمل هذه التعاريف أنها على ثلاثة توجهات؛ التوجه الأول عرف الذمة باعتبارها أهلية الوجوب، ومن ثم لم يفرق هذا التوجه بين المصطلحين، وأما التوجه الثاني فاعتبر الذمة شخصاً وهو نفس الإنسان، وجاء التوجه الثالث مخالف تماماً لهما؛ إذ اعتبر الذمة أمر افتراضي يتعلق بالشخص نفسه.

وما تجدر الإشارة إليه، أن هذه التعاريف اختلفت في معانيها وتوجهاتها؛ وذلك بسبب نظرة الفقهاء لمدى ارتباط الذمة بشخصية الإنسان، أو بالأحرى بالأهلية، وهو ما سنتطرق إليه بالشرح في المطلب الثاني من هذا المبحث.

في حين ذهب فقهاء القانون إلى تعريف مصطلح الذمة إلى جانب مصطلح المال، وأطلقوا عليها تسمية الذمة المالية؛ وهي تعني عندهم التعبير عن مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية[1].

---

[1] عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، الشامل في حدود وتعريفات مصطلحات علم أصول الفقه وشرح صحيحها وبيان ضعيفها، والفرق بين المتشابه بينها، دراسة تأصيلية استقرائية نقدية، م.1، ط.1، مكتبة الرشد، السعودية، 1430هـ، 2009م، ص.209.

[2] علي بن محمد البزدوي، أصول البزدوي، ج.4، دار الكتاب العربي، لبنان، 1308م، ص.239.

[3] علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، تحقيق: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، مصر، بدون تاريخ النشر، ص.93.

[4] أبو يحي زكريا الأنصاري الشافعي، أسنى المطالب شرح روض الطالب، وبهامشه حاشية الشيخ أبو العباس أحمد الرملي، ج.2، بدون دار النشر، بدون بلد النشر، ص.15.

[5] حسين خلف سليمان الجبوري، الذمة باعتبارها مناط لأهلية الوجوب، مجلة كلية الشريعة واللغة العربية، ع.1، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 1978م، ص.6.

[6] القرآن الكريم، سورة الأعراف، من الآية رقم 172.

[7] مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ج.3، ط.1، دار القلم، سوريا، 1420هـ، 1999م، ص.201.

كما عرفت كذلك، بأنها ذلك الجانب المالي من الشخصية القانونية، أو ذلك الوعاء الافتراضي الذي يستقبل ما قد ينشأ للشخص من حقوق، وما يمكن أن يترتب عليه من التزامات مالية من وقت ولادته إلى حين وفاته[2]؛ وبذلك تتكون الذمة من جانبين: جانب إيجابي؛ وهو مجموع حقوق الشخص المالية، وجانب سلبي؛ وهو مجموع التزامات الشخص المالية[3]. ويتضح من هذا التعريف، أن الذمة المالية تنصب على الحقوق والالتزامات المالية فقط دون الحقوق غير المالية.

والمتمعن في التعريف القانوني، يجد أن رجال القانون قد حددوا الطبيعة القانونية للذمة المالية بناءاً على ماهيتها، فما دامت عناصر الذمة المالية هي الحقوق المالية والالتزامات المالية، فمعنى ذلك أنه يخرج من نطاقها كافة الحقوق غير المالية؛ كالحق في الحياة، وحق سلامة الجسم، وغيرهما من الحقوق العامة للإنسان[4].

ويظهر مما سبق، أن الذمة تمثل أحد عناصر الشخصية القانونية، تتكون من الحقوق المالية الخاصة بالشخص، ويشغلها هذا الشخص بما يلتزم به من التزامات مختلفة تجاه غيره.

ثانيا– تعريف مصطلح المال: يعد المال مصطلحاً شائعاً ومتشعباً، مما جعله محل دراسة من قبل الكثيرين على اختلاف مجالات بحثهم، فعرفه كل حسب نظرته، ومن ثم، سنذكر ما ورد في معاجم اللغة من بيان لمدلول للمال، ثم نعرج على تعريفات الفقهاء، وبعدها نبين التعريف القانوني للمصطلح، وفق التقسيم الآتي.

---

[1] حسن كيره، المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة التقليدية، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، مصر، بدون تاريخ النشر، ص.499.

[2] عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق، ط.1، الإصدار العاشر، دار الثقافة، الأردن، 1429هـ، 2008م، ص.180.

[3] سوزان حسن، الوجيز في مبادئ القانون، النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق، النظرية العامة للالتزام، أساسيات القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2001م، ص.146.

[4] صليحة بن عاشور، نظرية الذمة بين الفقه والقانون، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع.1، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، جانفي، 2009م، ص.8.

1- تعريف المال من الجانب اللغوي: عند ابن فارس المال[1] معناه: تموّل الرجّل: اتّخذ مالاً[2].

وقال المطّرزي في المغرب مول: (المال): النصاب، وهو مال أهل البادية النّعم عند الغوري والليث، والمالُ العَيْنُ؛ هو المضروب وغيره من الذهب والفضة سوى الْمُمَوَّه، والصفراء والبيضاء والصامت، مثله؛ وفي اصطلاح الحُسّاب: المال اسمٌ للمجتمِع من ضرب العدد في نفسه. ومال يمول ويَمال وتموّل: بمعنى إذا صار ذا مال؛ ويقال: تموّل الشيء إذا اتخذه مالاً وقِنْية لنفسه[3].

وأورده الزمخشري بمعنى: خرج الرجل إلى مالِه[4]: إلى ضياعه أو إبِله[5]. وعرف في الصحاح: الَمالُ معروفٌ ورجُلٌ مالُ؛ أي كثيرُ المالِ، وتَمَوّلَ الرجُلُ صارَ ذا مالٍ ومَتولَهُ غَيْرُهُ تَمْويلاً[6].

وأضاف ابن المنظور أن المال هو ما مَلكْتَه من جميع الأشياء، والجمع أمْوال، وفي الحديث: نهى عن إضاعة المال[7]؛ قيل: أراد به الحيوان؛ أي يحْسَن إليه ولا يهمَل، وقيل: إضاعته، إنفاقه في الحرام والمعاصي وما لا يحبه الله، وقيل: أراد به التبذير والإسْراف، وإن كان في حَلال مُبَاح، وقال ابن الأثير: المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان، وأكثر ما يُطلق المال عند العرب على الإبل؛ لأنها كانت أكثر أموالهم. ومِلْت بعدنا تَمال ومُلْت وتَمَوّلْت كله: كثُر مالُك، ومنه

---

(1) والمال مصدر مول: الميم والواو واللام كلمة واحدة هي ومَالَ يَمَالُ: كَثُر مالُه، ويقولون في قول القائل: مَلَأَى من الماءِ كَعَيْنِ الُمولَهْ؛ والُمولَه: العنكبوت. يراجع: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، ج.5، دار الفكر للطباعة، بدون بلد النشر، 1399هـ، 1979م، ص.ص.285-286.

(2) المرجع نفسه، ص.285.

(3) أبو الفتح ناصر الدين المطرزي، المغرب في ترتيب المعرب، معجم لغوي، تحقيق: محمود فاخوري، عبد الحميد المختار، ج.2، مكتبة أسامة بن زيد، سوريا، 1399هـ، 1979م، ص.278.

(4) مصدره: (مول): مَوّله الله فتموّل واستمال، ومال يَمال ويَمول، ورجل مال نَال: مُتَموّل مُعْطٍ. يراجع: أبو القاسم جار الله محمود بن عمر بن أحمد الزمخشري، أساس البلاغة، تحقيق: محمد باسل عيون السود، ج.2، فأد-يهم، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1419هـ، 1998م، ص.233.

(5) المرجع نفسه، ص.233.

(6) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، لبنان، 1986م، ص.266.

(7) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات، ووأد البنات، ومنع وهات، وكره لكم ثلاثاً قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال". رواه البيهقي في السنن، كتاب الحجر، باب: النهي عن إضاعة المال في غير حقه، رقم الحديث: 11340، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ج.6، ط.2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1424هـ، 2003م، ص.103.

قول النبي، صلى الله عليه وسلم: فليأْكُلْ منه غير مُتَمَوّل مالاً وغير مُتَأَثّل مالاً، والمعنيان متقاربان[1]. وفي الحديث: ما جاءَك منه وأنت غيرُ مُشْرِف عليه فَخُذْه وتَمَوّله؛ أي اجعله لك مالاً[2].

2- تعريف المال من الجانب الفقهي: عرف فقهاء الشريعة الإسلامية مصطلح المال؛ بتعاريف متباينة، وسنقف عند كل مذهب على النحو الآتي:

أ- تعريف المال عند فقهاء الحنفية: عرفه ابن عابدين في باب البيوع بأنه: ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، والمالية تثبت بتموّل الناس كافة أو بعضهم، والتقوم يثبت بها وبإباحة الانتفاع به شرعاً؛ فما يباح بلا تموّل لا يكون مالاً، كحبة حنطة، وما يتموّل بلا إباحة انتفاع لا يكون متقوماً، كالخمر، كما عرفه في باب البيع الفاسد بأنه ما يميل إليه الطبع ويجري فيه البذل والمنع[3]. وأضاف في فصل زكاة المال قوله: إن المال اسم لما يتموّل فيتناول السوائم[4] أيضاً[5].

ما يلاحظ على تعريف ابن عابدين، أنه قيّد تعريف المال بإمكانية ادخاره وهذا لغرض إخراج المنفعة؛ لأنها عندهم من قبيل الملك لا المال[6]، وقد ذكروا هذا التفريق بقولهم: إن المنفعة ملك لا مال؛ لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع به وقت الحاجة[7].

---

(1) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، م.11، دار صادر، لبنان، دون تاريخ نشر، ص.ص.635-636.

(2) قال النبي صلى الله عليه وسلم: "خُذْهُ فتمولهُ وتَصدقْ به، فما جاءكَ من هذا المال-وأنتَ غير مشْرِف ولا سائل-فخذْه، وإلاّ فلا تُتبِعه نفسك". رواه البخاري في الصحيح، كتاب: الأحكام، باب: رزق الحاكم والعاملين عليها، وكان شريح القاضي يأخذ على القضاء أجراً، رقم الحديث: 7163، ط.1، دار ابن كثير، سوريا، لبنان، 2002م، ص.1770.

(3) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، ج.7، دار عالم الكتب، السعودية، 1423هـ، 2003م، ص.10، وص.235.

(4) السوائم بمعنى المال الراعي، وأَسَامَهَا صاحبها: أخرجها إلى المرعى. يراجع: الرازي، الصحاح، المرجع السابق، ص.135.

(5) ابن عابدين، رد المحتار، ج.3، المرجع السابق، ص.224.

(6) الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام، ج.3، المرجع السابق، ص.123.

(7) سعد الدين بن عمر التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، وبالهامش شرح التوضيح للتنقيح المذكور، ج.1، دار الكتب العلمية، لبنان، بدون تاريخ النشر، ص.171.

ومن جهة أخرى عرفه ابن نجيم بقوله: المال هو كل ما يتملكه الناس من نقد وعروض وحيوان وغير ذلك، غير أن في عرفنا يتبادر من اسم المال النقد والعروض[1]. وقال السرخسي: هو ما كان من الدارهم والدنانير والذهب والفضة تبراً مكسوراً أو حلياً مصوغاً أو حلية سيف أو منطقة أو غير ذلك[2].

ويلاحظ أن فقهاء الحنفية اختلفوا في تحديد معنى المال؛ فهناك من وصف المال على كل ما تميل إليه طباع الناس[3]؛ فهم بذلك يجملون الوصف حتى المواشي غير المنفعة التي أخرجوها باللفظ الصريح من دائرة المال، كما ذكر ابن عابدين، وهناك من أجمله على كل ما يمكن أن يملكه الشخص؛ سواء نقوداً، أم أمتعةٍ، أم ماشية، كما فعل ابن نجيم، وهناك من قصره على المعادن، كما فعل السرخسي.

ب- تعريف المال عند فقهاء المالكية: هناك من عرفه بقوله إن كل ما تمول فهو مال[4]، وقال ابن عبد البر: والمعروف من كلام العرب أن كل ما تموّل وتملك فهو مال، والعلم محيط واللسان شاهد في أن ما تملك وتمول يسمى مالاً[5]؛ فهذا التعريف عام يشمل الأعيان والمنافع بصفة عامة. وعرفه الدردير: كل ما يملك شرعاً ولو قل؛ وهذا التعريف يخرج كل ما يملك بطرق غير شرعية، كالغصب والسرقة[6]. وقال الشاطبي: أعني بالمال ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه، ويستوي في ذلك الطعام والشراب واللباس على اختلافها، وما يؤدي إليها من جميع المتمولات[7].

---

[1] زين الدين بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ومعه الحواشي المسماة منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين الدمشقي الحنفي، تحقيق: زكريّا عميرات، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1418هـ، 1997م، ص.393.

[2] شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.2، دار المعرفة، لبنان، 1409هـ، 1989م، ص.191.

[3] التعريفان أوردهما ابن عابدين، وانتقدهما الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا. يراجع: المدخل إلى نظرية الالتزام، ج.3، المرجع السابق، ص.ص.124-125.

[4] أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي السبتي المالكي، مشارق الأنوار على صحاح الآثار، ج.1، المكتبة العتيقة، دار التراث، تونس، مصر، 1978م، ص.390.

[5] أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، التمهيد لما في الموطأ والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير بكري، ج.2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1387هـ، 1967م، ص.ص.5-6.

[6] يراجع: أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، تحقيق: حمد أبو الأجفان، الطاهر المعموري، القسم الأول، ط.1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1993م، ص.466، وص.649.

[7] أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخيمي الشاطبي، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان، م.2، ط.1، دار ابن عفان، السعودية، 1417هـ، 1997هـ، ص.32.

وما يلاحظ على تعريف الشاطبي، أنه أورد شروطاً حتى يتحقق معنى المال؛ أولها الملكية؛ وهي حيازة الشيء، وهو اتصال شرعي بين الإنسان وبين شيء يكون مطلقاً لتصرفه فيه[1]، أما ثانيها فالاستبداد والانفراد بالأمر[2]؛ أي بملكيته وحده، فهو المالك وله الحرية في التصرف في ملكه، وثالثها طرق كسب الملكية؛ إذ يجب أن تكون حسب ما شرعه الله تعالى، فهذا بيان للوسيلة التي يجب أن يستعملها من أجل تملك المال، ومن ثم لا يسمح بالتملك بطريق غير شرعي.

جـ- تعريف المال عند فقهاء الشافعية: عرفه الشافعي بقوله: لا يقع اسم مال إلاّ على ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه، وإن قلت وما لا يطرحه الناس، مثل الفلس وما أشبه ذلك، أما المتموّل فذكر له الإمام في باب اللقطة ضابطين؛ أحدهما: أن كل ما يقدر له أثر في النفع فهو متموّل، وكل ما لا يظهر له أثر في الانتفاع فهو لقلته خارج عما يتموّل، وثانيهما: أن المتموّل هو الذي يعرض له قيمة عن غلاء الأسعار، والخارج عن المتموّل هو الذي لا يعرض فيه ذلك[3].

وقال الزركشي: بأن المال ما كان منتفعاً به، وهو إما أعيان أو منافع، والأعيان قسمان: جماد وحيوان؛ فالجماد مال في كل أحواله، والحيوان ينقسم إلى ما ليس له بُنيَة صالحة للانتفاع، فلا يكون مالاً، كالذباب والبعوض والخنافس والحشرات، وإلى ما له بُنيَة صالحة، وهذا ينقسم إلى ما جبلت طبيعته على الشر والإيذاء، كالأسد والذئب، وليست مالاً، وإلى ما جبلت طبيعته على الاستسلام والانقياد، كالبهائم والمواشي، فهي أموال[4].

وما يلاحظ على تعاريف فقهاء الشافعية للمال أنها شملت الأعيان والمنافع على حد سواء.

د- تعريف المال عند فقهاء الحنابلة: عرف المال بأنه ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة[5]، فخرج ما لا نفع فيه أصلاً، كالحشرات، وما فيه منفعة محرمة، كالخمر، وما فيه منفعة مباحة، كالكلب، وما فيه

---

(1) عيسى عبده، أحمد إسماعيل يحي، الملكية في الإسلام، كتاب يبحث في المال والاستخلاف، والملكية في النظم الشرعية، والأحكام الشرعية، دار المعارف، مصر، بدون تاريخ النشر، ص.ص.133-134.

(2) جبران مسعود، الرائد، معجم لغويّ عصريّ رتّبت مفرداته وفقاً لحروفها الأولى، ط.7، دار العلم للملايين، لبنان، 1992م، ص.54.

(3) جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1403هـ، 1983م، ص.327.

(4) أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بهاد بن عبد الشافعي الزركشي، المنثور في القواعد، فقه شافعي، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1421هـ، 2000م، ص.310.

(5) أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، ج.4، البيع، الحجر، الشركة، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1418هـ، 1997م، ص.9.

منفعة تباح للضرورة، كالميتة في حال المخمصة، وخمر لدفع لقمة غص بها[1]. كما عرف أيضاً بأنه نقد أو غيره، وكذا عين مالية أو منفعة مباحة[2].

من خلال هذا البيان، نلاحظ أن الفقهاء انقسموا إلى توجّهين في تعريفهم للمال، فجمهور الفقهاء وهم المالكية والشافعية والحنابلة؛ أوردوا تعريفاً جامعاً للمال شاملاً للأعيان والمنافع معاً، وأما مذهب فقهاء الحنفية؛ فأخرج المنفعة من تعاريفه.

وأما في الفقه المعاصر، فعرفه الشيخ علي الخفيف بقوله: هو كل ما يمكن حيازته وإحرازه والانتفاع به انتفاعاً عادياً، وعلى ذلك لا يعد الشيء عندهم مالاً إلاّ إذا توفر فيه أمران: إمكان إحرازه، وإمكان الانتفاع به انتفاعاً عادياً، سواء أكان محرزاً ومنتفعاً به فعلاً، كجميع الأشياء التي تملكها من أرض ومتاع وحيوان ونقود، أم غير محرز وغير منتفع به، ولكن من الممكن أن يتحقق فيه ذلك، كجميع المباع من الأعيان، كالسمك في البحر، والطير في الجو، والشجر في الغابات، إذ من الممكن أن يحاز كل ذلك وينتفع به[3].

وقال الإمام أبو زهرة إن المال اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي، وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار، وهذا التعريف وإن كان صحيحاً، فهو لم يشمل الإنسان المسترق، وهو نقص فيه كمال؛ لأن الإنسان لا يعتبر مالاً في أصله، والمالية أمر عارض للعبيد، ويحسن رفعها ما استطاع الإنسان إلى ذلك سبيلاً، وهذا أمر مقرر في الإسلام[4].

ويظهر من هذين التعريفين، أن الشيخ علي الخفيف أخذ برأي جمهور الفقهاء، في حين أن الإمام أبو زهرة أورد تعريفه بشكل عام؛ بحيث لم يبين ما إذا كان المال يقتصر على ما يدخره الآدمي، أو إذا كان يشمل المنفعة أيضاً.

ومن المناسب البيان أن مجلة الأحكام العدلية[5]، أخذت بتعريف فقهاء الحنفية للمال، وذلك في المادة 126 من كتاب البيوع، إذ نصت على ما يلي: "المال هو ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة منقولاً كان أم غير منقول".

---

[1] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج.3، عالم الكتب، لبنان، 1403هـ، 1983م، ص.152.

[2] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج.3، ط.1، مؤسسة الرسالة، بدون بلد النشر، 1421هـ، 2000م، ص.121.

[3] علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، مصر، 1429هـ، 2008م، ص.28.

[4] محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، 1996م، ص.48.

[5] مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية، لبنان، 1302هـ، 1884م، ص.34.

وهو التعريف نفسه الذي تم تبنيه في كتاب مرشد الحيران[1]، في الباب المخصص للأموال، وبالتحديد في المادة الأولى منه بأن: "المال ما يمكن ادخاره لوقت الحاجة وهو نوع عقار ومنقول".

ويتضح من كلاّ التعريفين أنهما ذكرا أنواعاً أو أشكالاً من المال؛ إذ إن المال يكون حسب قولهم عقاراً أو يكون منقولاً.

الفرع الثاني: مفهوم المال من الجانب القانوني

نظمت التشريعات العربية في نصوصها القسم الخاص بالمال ضمن النظرية العامة للحق، وبالتحديد في المحور المتعلق بمحل الأشياء، والشيء في الاصطلاح القانوني هو كل كائن غير الشخص الطبيعي، ويكون له كيان ذاتي منفصل عن الإنسان، كالأرض، والمنازل، والسيارات، والنقود وغيرها[2].

والمال نوع من أنواع الأشياء المختلفة، والهامة في نفس الوقت؛ باعتبار أن أغلب حاجات الناس تقضى بواسطته، فيستعملونه في شتى مجالات حياتهم كالمعاملات على اختلاف أصنافها.

ولهذا الشأن سنبين من خلال هذا الفرع تعريف المال، ثم نقف عن تقسيماته وفق التقسيم الآتي.

أولا–تعريف مصطلح المال في التشريعات العربية:

عرف المال من طرف بعض التشريعات العربية بتعريفات مختلفة؛ فعرفه المشرع العراقي في المادة 65 من ق.م[3]، بأنه: "كل حق له قيمة مالية"، وهناك من عرفه بأنه: "كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل"، وهو ما نص عليه المشرع الأردني، والمشرع السوداني، والمشرع الإماراتي، والمشرع العماني في قوانينهم المدنية[4].

وهناك تشريعات أخرى لم تعرف المال صراحة، وإنما عرفت الحق المالي على أنه كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون، وهو ما نص عليه كل من المشرع الجزائري، والمشرع المصري، والمشرع الليبي، والمشرع السوري، والمشرع الفلسطيني، وهو ما يتضح جلياً من خلال النصوص الواردة في

---

[1] محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، في المعاملات الشرعية على وفق مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ط.2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1308هـ، 1891م، ص.3.

[2] إسماعيل عبد النبي شاهين، المدخل لدراسة العلوم القانونية، القسم الثاني، النظرية العامة للحق، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط.1، دار الوفاء القانونية، مصر، 2013م، ص.260.

[3] لقانون رقم 40 المتضمن ق.م.العراقي، الصادر بتاريخ 30 شعبان 1370هـ، الموافق لـ 4 حزيران 1951م.

[4] يراجع: المادة 53 من ق.م.الأردني، والمادة 1/25 من ق.م.م.السوداني، والمادة 95 من ق.م.م.الإماراتي، والمادة 50 من ق.م.م.العماني.

قوانينهم المدنية[1]. في حين ذكر المشرع الكويتي بأن الأشياء المتقومة تصلح محلاً للحقوق المالية؛ ويعني بها ما كان مباحاً للانتفاع به شرعاً، وهذا حسب ما ورد في المادة 22 من ق.م[2].

وما يلاحظ على هذه التشريعات، أنها عرفت المال بأنه حق. فما العلاقة بينهما؟ هناك من جعل المال هو الحق، وقال بأن المال هو الحق المالي الذي يرد عليه الشيء، والشيء هو محل هذا الحق[3]، ومن جهة أخرى عرف الحق بأنه مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون[4].

وهنا تظهر العلاقة بين المصطلحين؛ فالمال هو مصلحة ذات قيمة مالية تكون حقاً لصاحبها يستوجب القانون حمايتها.

فالحقوق المالية، هي الحقوق التي تقّوم بالمال؛ يكون محلها مالاً أو مقوماً بالمال، وتنظم العلاقات المالية بين الشخص وغيره، وتتميز عن سائر الحقوق الأخرى، بأنها تقبل التنازل كما تقبل الانتقال من شخص لآخر، فصلحت لأن تكون محلاً للتعامل، ومن هذه الحقوق يتكون العنصر الإيجابي للذمة، وقد يكون محلها مادة وقد يكون غير مادة[5].

وهناك من عرفه بأنه ما يتعلق بالمال، كملكية الأعيان أو الديون أو المنافع[6]. وهناك من جعل الحق وصفاً للتصرف في المال، بتعريفه بأنه صفة شرعية بها يقتدر الإنسان على التصرف والانتفاع بالأعيان المالية تصرفاً مشروعاً[7].

في حين عرفه المشرع اليمني في المادة 112 من ق.م[8]، كما يلي: "المال هو كل شيء يتموّل ويمكن الاحتفاظ به لوقت الحاجة إذا كان التعامل فيه مباحاً شرعاً وكان غير خارج عن التعامل بطبيعته".

---

[1] يراجع: المادة 1/682 من ق.م.الجزائري، والمادة 1/81 من ق.م.المصري، والمادة 1/81 من ق.م.الليبي، والمادة 83 من ق.م.السوري، والمادة 64 من ق.م.الفلسطيني.

[2] القانون رقم 67 المتضمن ق.م.الكويتي، الصادر سنة 1980م.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.8، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بدون تاريخ النشر، ص.13.

[4] السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج.1، المرجع السابق، ص.9.

[5] علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، معناها، أنواعها، عناصرها، خواصها، قيودها، دار الفكر العربي، مصر، 1416هـ، 1996م، ص.11، وص.13.

[6] الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام، ج.3، المرجع السابق، ص.25.

[7] أحمد محمود الخولي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ج.3، ط.1، دار السلام، مصر، 1423هـ، 2003م، ص.43.

[8] قرار جمهوري رقم 14 بشأن ق.م.اليمني، الجريدة الرسمية للجمهورية اليمنية، ع.14، لسنة 2002م.

وما يلاحظ على هذا التعريف، أن فيه شقاً يتمشى وأقوال مذهب الحنفية في تعريفهم للمال؛ لأن المشرع أخرج المنفعة وأبقى على العين، التي يجوز التعامل فيها بما حلله الشرع.

ويمكننا بعد دراسة مجمل هذه التعاريف المتعلقة بالذمة والمال، تعريف الذمة المالية بأنها: مجموع ما للشخص من حقوق مالية يملكها؛ سواء كانت أعياناً، أم منافع. وبالحديث عن الذمة المالية للقاصر، فإنها تتحدد في جانبها الإيجابي من مجموع ما يملكه من أموال؛ سواء كانت أعياناً، أم نقوداً. وسنتطرق إلى هذه الأنواع بشيء من التفصيل في النقطة الموالية.

ثانيا– تقسيمات المال: يقسم المال بحسب طبيعته إلى عنصرين أساسيين، أولهما الأعيان، وثانيهما النقود، وعليه نشرح كل عنصر كما يلي:

1– الأعيان: لا نزاع بين الفقهاء في أن الأعيان المالية تنقسم إلى عقار ومنقول وأنه لا ثالث لهما، كما لا نزاع بينهم في أن ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر، فهو عقار، وأن ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى مكان مع بقاء صورته وهيئته، فهو منقول، وإنما النزاع بينهم فيما يمكن نقله مع تغير صورته وهيئته عند النقل، كالبناء والأشجار، هل هو عقار أم منقول؟ فذهب الحنفية إلى القول بأنه منقول، وعلى هذا فهم يعرفون العقار بأنه ما لا يمكن نقله وتحويله أصلاً[1]، وهذا لا يصدق إلاّ على الأرض خاصة، والمنقول عندهم هو ما يمكن نقله؛ سواء بقي على صورته، كالحيوانات والمعادن من الذهب والفضة والحديد، أم تغيرت صورته وهيئته كالأشجار والبناء، أما المالكية فجعلوه عقاراً، لذلك فهم يعرفون المنقول بأنه ما أمكن نقله مع بقاء هيئته وصورته الأولى، والعقار ما عدا ذلك، فيدخل في العقار الشجر بأنواعه والبناء[2].

وحسب مجلة الأحكام العدلية، فإن المنقول هو الشيء الذي يمكن نقله من محل لآخر، فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات، كما اعتبرت البناء والشجر منقولاً بشرط أن لا يكونا تابعين للأرض، وهذا حسب ما ورد في المادة 128 بفقرتيها، أما العقار أو غير المنقول كما ورد في المادة

---

[1] المادتان (2، 3)، محمد قدري باشا، مرشد الحيران، المرجع السابق، ص.03.

[2] محمد مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، تعريفه، وتاريخه، ومذاهبه، نظرية الملكية، والعقد، ط.10، الدار الجامعية، لبنان، 1405هـ، 1985م، ص.336.

129، فهو ما لا يمكن نقله من محل لآخر، كالدور والأراضي مما يسمى بالعقار[1]. وهو ما ذهبت إليه غالبية التشريعات العربية[2].

وتجب الإشارة، إلى أن التشريعات العربية توسعت في مشتملات العقار وألحقت به منقولات، واعتبرتها عقارات بالتخصص[3]؛ وهي في أصلها منقول رصده مالكه لخدمة أو استغلال عقار بطبيعته مملوك له أيضا، كما إذا خصص صاحب الأرض الزراعية مواشي أو آلات زراعية يستعين بها على زراعة أرضه، فترتبط المنقولات بالعقار ارتباطاً لا انفكاك منه، حتى يصبح العقار والمنقولات جميعاً وحدة اقتصادية لا تتجزأ، ومن ثم يضفى هذا العقار، وهو الأصل، على المنقولات، وهي التبع، صفة العقار، بحكم هذا التخصيص، فيعتبر القانون هذه المنقولات بطبيعتها عقاراً بالتخصيص عن طريق الافتراض القانوني[4].

2- النقود: النقد عبارة عن الذهب والفضّة والجمع نقود، وأيضاً خلاف النسيئة[5]، أو هي الدراهم والدنانير ونحوها مما جرت العادة أن تقوم مقامها مما اصطلح الناس عليه نقداً[6].

والنقد عند الفقهاء يطلقونه بمعنى الإقباض والتسليم إذا كان الشيء المعطى نقوداً، فيقولون: نقدت الرجل الدراهم؛ بمعنى أعطيته فانتقدها؛ أي قبضها، وإنما سمّوا إقباض الدراهم والدنانير نقداً؛ لتضمنه في الأصل تمييزها وكشف حالها من حيث الجودة، وإخراج الزيف منها من قبل المعطي والآخذ، كذلك

---

[1] مجلة الأحكام العدلية، المرجع السابق، ص.ص.25-26.

[2] المادة 1/683 من ق.م.الجزائري، والمادة 1/82 من ق.م.المصري، والمادة 1/82 من ق.م.الليبي، والمادة 58 من ق.م.الأردني، والمادة 62 بفقرتيها (1و2) من ق.م.العراقي، والمادة 24 بفقرتيها (1و2) من ق.م.الكويتي، والمادة 1/26 من ق.م.م.السوداني، والمادة 101 من ق.م.م.الإماراتي، والمادة 54 من ق.م.م.العماني، والمادة 1/84 من ق.م.السوري، والمادتان 114 بفقرتيها (1 و2)، و115 من ق.م.اليمني، والمادة 68 من ق.م.الفلسطيني.

[3] المادة 2/683 من ق.م.الجزائري، والمادة 1/82 من ق.م.المصري، والمادة 2/82 من ق.م.الليبي، والمادة 59 من ق.م.الأردني، والمادة 63 من ق.م.العراقي، والمادة 25 من ق.م.الكويتي، والمادة 2/26 من ق.م.م.السوداني، والمادة 102 من ق.م.م.الإماراتي، والمادة 55 من ق.م.م.العماني، والمادة 2/84 من ق.م.السوري، والمادة 115 من ق.م.اليمني، والمادة 70 من ق.م.الفلسطيني.

[4] السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.8، المرجع السابق، ص.ص.29-30.

[5] محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، معجم يشرح الألفاظ المصطلح عليها بين الفقهاء والأصوليين وغيرهم من العلماء، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1424هـ، 2003م، ص.231.

[6] محمد قلعجي، معجم لغة الفقهاء، ط.2، دار النفائس، لبنان، 1408هـ، 1988م، ص.486.

يطلقونه على نفس الذهب والفضة، وهناك من عرف عقد الصرف بأنه بيع النقد بالنقد، ومرادهم به الدراهم والدنانير[1].

ومجمل القول، إن الذمة المالية للقاصر هي مجموع ما يملكه من أموال على شكل أعيان، إما عقارات؛ سواء تمثلت في المباني أم الأراضي، أم كل ما يعد عقاراً في عرف الفقهاء، والقانونيون، وإما منقولات، كالحيوانات أو أدوات الوزن الثقيلة وغيرها مما يعد منقولاً، وإما أن تكون على شكل نقود، والتي تتمثل في الدراهم أو القطع المعدنية الثمينة، كالذهب والفضة. وعلى كل حال، فإن كل شيء عد من ضمن الأشياء الثمينة بغض النظر عن طبيعته، يكفي أن يشكل ذمة مالية للشخص.

على أن الذمة المالية للقاصر ترتبط بقدرة صاحبها على التصرف فيها، لذلك سنبحث في هذه المسألة في الفرع الموالي.

المطلب الثاني: البحث في العلاقة بين الذمة المالية وأهلية القاصر

يمتاز القاصر كشخص طبيعي بذمة مالية تتكون من مجموع ما يملك؛ سواء كانت نقوداً، أم منافع، أم أعيان، فهذه الذمة الخاصة لا يمكن التصرف فيها بحرية تامة ما لم توجد القدرة على ذلك؛ إذ إن تصرف القاصر في ماله يتطلب أن يكون أهلاً لذلك. وهذه القدرة تتحدد بما يسمى بالأهلية.

ومن خلال البحث، وجدنا أن خاصيتي الذمة المالية والأهلية ترتبطان وتتمشيان مع بعضهما البعض؛ فإذا وجدت خاصية الأهلية، كان بإمكان القاصر التصرف في ماله، وإذا غابت حالت دون هذا التصرف، ومن أجل هذا بحث فقهاء الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية عن مدى ترابط مصطلح الذمة المالية مع أهلية الشخص، فتأرجحت الآراء بين أقوال ونظريات رصدت لهذه المسألة.

إن البحث في العلاقة ما بين الذمة المالية وأهلية القاصر، يستوجب تحديد مدلول مصطلح الأهلية من الناحية اللغوية، والاصطلاحية، والقانونية (**الفرع الأول**)، ثم التطرق إلى نظرية الذمة المالية والأهلية من الجانب الفقهي والقانوني (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: تحديد مدلول مصطلح الأهلية

تعتبر الأهلية خاصية موضوع ذا أهمية كبيرة، عرف كمصطلح من القدم، لتعلقه بما يسمى التكليف، حيث نظم فقهاء الشريعة الإسلامية تفاصيلها، والأحكام المترتبة عنها، وبينوا جميع نواحيها ومدى ارتباطها بالحياة الشخصية للإنسان.

---

[1] نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ط.1، دار القلم، الدار الشامية، سوريا، لبنان، 1429هـ، 2008م، ص.ص.461-462.

وقد أخذت الأهلية نفس الأهمية وأكثر عند التشريعات العربية، إذ تعد من ضمن خصائص الشخص الطبيعي التي تميزه عن غيره، فضلاً عن ما حازته من مركز جعلها وثيقة الصلة بالإنسان، والمعيار الأساسي الذي يتحكم في جميع معاملاته المتنوعة.

ومن ثم، سنبين من خلال هذا الفرع دلالة مصطلح الأهلية من الجانب اللغوي، والاصطلاحي، والقانوني، ثم نبين تقسيماتها في النقاط الآتية:

أولا– تعريف مصطلح الأهلية: سنقوم بتعريف الأهلية لغة، واصطلاحاً، وقانوناً كما يلي:

1– الأهلية لغة: إن معنى الأهلية[1] في معاجم اللغة يقصد به أن تكون للشخص الصلاحية لأمر ما، ومستحقاً له، والأهلية للأمر: الصلاحية له[2].

2– الأهلية اصطلاحاً: تعرف الأهلية من الناحية الاصطلاحية بأنها صلاحية الإنسان لصدور ذلك الشيء وطلبه منه، وهي في لسان الشرع عبارة عن صلاحيته لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه[3].

كما تعرف أيضا على أنها: صلاحية الشخص للإلزام والالتزام؛ بمعنى أن يكون الشخص صالحاً لأن تلزمه حقوق لغيره، وتثبت له حقوق على غيره، وصالحاً لأن يلتزم بهذه الحقوق[4].

3–الأهلية في المعنى القانوني:

يكشف البحث عن تعريف الأهلية في الجانب القانوني، أنها لم تعرف من جلّ التشريعات، ما عدا مشرع جزر القمر، بموجب المادة 118 من ق.أ[5]، إذ قال بأنها تعني التمتع بالحقوق المدنية وممارستها[6].

والأهلية بهذا المعنى الواسع لا تثبت لكل شخص، فقد يثبت له منها جزء أو أجزاء على حسب كمال الشخص في جسمه وعقله ونقصانه، وهي تتدرج معه حتى تصل إلى مستوى درجة الكمال عندما يبلغها، فكلما كان الشخص ناقصاً كانت أهليته ناقصة، وكلما قل نقصه زادت أهليته[1].

---

[1] الأهلية مصدرها: أَهَلَ، أَهْلاً، وأُهُولاً، أهِل به–أهلا: أنس، فهو أهِل، آهَله إيهالا، وفلانا للأمر: صَيَّرَهُ أهلاً له، أو رآه أهلا له ومستحقا، تأهل ائتهل وللأمر صار له أهلا، الأهلية، مؤنث الأهليّ. يراجع: مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط.4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 1435هـ، 2004م، ص.ص.31-32.

[2] المرجع نفسه، ص.32.

[3] البخاري، كشف الأسرار، المرجع السابق، ص.237.

[4] عدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ط.1، دار الشروق للنشر والتوزيع، السعودية، 1401هـ، 1981م، ص.86.

[5] Loi du 03 juin 2005 portant le Code de la famille des Comores.

[6] Le texte de l'article 118 du Code de la famille des Comores est le suivant : *"la capacité est le fait de jouir de ses droits civiles et de les exercer".*

وكما يعلم، أن كل إنسان أهلٌ من الناحية القانونية لأن يتمتع بالحقوق ويتحمل الالتزامات، ومن ثم، فإن شخصيته القانونية ترتبط بأهليته، ويترتب على التعريف الوارد أعلاه أن الأهلية تنقسم إلى نوعين؛ أهلية وجوب، وأهلية أداء، وسنبين فيما يلي كل نوع بشيء من التفصيل.

ثانيا– تقسيمات الأهلية: تنقسم الأهلية إلى قسمين؛ أهلية وجوب، وأهلية أداء، وفيما يلي شرح لكليهما:

1– أهلية الوجوب: إن أهلية الوجوب تتطابق مع شخصية الإنسان تطابقاً تاماً؛ ومعناها قابلية الشخص بأن يكون صاحب حق أو أن يكون عليه التزام، وهو بالضبط معنى الشخص المتمتع بالشخصية القانونية[2]، إذ تعرف على أنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق الشرعية له وعليه، وهي تبنى على أساس الذمة؛ أي لا تثبت إلا بعد وجود ذمة صالحة[3].

كما تعرف أيضا على أنها: صلاحية الشخص للإلزام والالتزام؛ فالإلزام هو ثبوت الحقوق له، كاستحقاقه قيمة المتلفات من أمواله على من يتلفها، أو انتقال الملكية له فيما يشتريه أو ما يقترضه، والالتزام ثبوت الحقوق عليه؛ كالتزامه بأداء بدل القرض من ماله، أو التزامه بالنفقة على من تجب عليه نفقتهم[4]، فهي على هذا النحو تتصل بالشخصية القانونية لا الإرادة، ولذا تثبت للإنسان من وقت ولادته إلى حين وفاته، وفي بعض الحالات تثبت له قبل الولادة؛ أي عندما يكون جنيناً[5].

وبالرجوع إلى النصوص القانونية، نجد أن بعض التشريعات تحدثت عن أهلية الوجوب انطلاقاً من وجود الشخصية القانونية التي يكتسبها الشخص الطبيعي، ومنها المشرع الجزائري الذي نص في المادة 25 بفقرتيها من ق.م[6]، على ما يلي: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته. على أن الجنين

---

(1) محمد مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.491.

(2) عباس الصراف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، نظرية القانون، نظرية الحق، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1429هـ، 2008م، ص.152.

(3) عبد اللطيف بن الملك، شرح منار الأنوار في الفقه، وبهامشه شرح الشيخ زين الدين عبد الرحمن بن أبي بكر بن العيني، دار الكتب العلمية، لبنان، 1308م، ص.333.

(4) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، إخراج جديد بتطوير في الترتيب والتبويب وزيادات، ج.2، ط.2، دار القلم، سوريا، 1425هـ، 2004م، ص.785.

(5) أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط.5، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1432هـ، 2011م، ص.35.

(6) الأمر رقم 75-58، المتضمن ق.م.الجزائري، المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10، المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426هـ، الموافق لـ 20 يونيو 2005م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع.78، الصادرة في 24 رمضان 1395هـ، الموافق لـ 30 سبتمبر 1975م، ص.17.

يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حياً"، ويلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع قد ربط تمتع الإنسان، وبالأخص الجنين، بالشخصية القانونية متى ولد حياً، والتي يكتسب من ورائها أهلية وجوب ناقصة أو كاملة.

كما بين المشرع المغربي في ق.إ.ع[1]، بموجب الفصل 3 من الباب الأول، من الكتاب الأول بعنوان "الالتزامات بوجه عام"، أن: "كل شخص أهل للإلزام والالتزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك".

وهو ما نص عليه أيضا المشرع التونسي في الفصل 3 من مجلة الالتزامات والعقود [2]، والكثير من التشريعات الأخرى[3].

وهذا التوجه تبناه أيضاً المشرع السويسري في المادة 1/31 من ق.م[4]، التي جاء فيها: "تبدأ الشخصية بالولادة الناجحة للطفل الحي"، وهو توجه المشرع الألماني بموجب المادة الأولى من ق.م[5].

هذا، وتنقسم أهلية الوجوب إلى قسمين: أهلية وجوب ناقصة، وأهلية وجوب كاملة؛ فأهلية الوجوب الناقصة يقصد بها صلاحية الشخص لثبوت الحقوق الضرورية له فقط دون مطالبته بحقوق غيره، ومن هذا الصنف الجنين وهو في بطن أمه؛ لأنه غير مؤهل لتحمل الالتزامات أو اكتساب الحقوق، ما عدا تلك التي لا يحتاج كسبها إلى صدور قبول منه، كثبوت نسبه من أبيه، أو حقه في الميراث من مورثه[6].

---

[1] ظهير شريف رقم 140-11-1 صادر في 16 رمضان 1432هـ، الموافق لـ 17 أغسطس 2011م، بتنفيذ ظهير رقم 9 رمضان 1331هـ، الموافق لـ 12 أغسطس 1913م، بمثابة ق.إ.ع.المغربي، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، ع.5980، الصادرة في 23 شوال 1432هـ، الموافق لـ 22 سبتمبر 2011م، ص.4678.

[2] القانون رقم 87 المتعلق بإعادة تنظيم بعض أحكام م.إ.ع.التونسية، المؤرخ في 15 أوت 2005م، الرائد الرسمي التونسي، ع.68، الصادر بتاريخ 15 أوت 2005م.

[3] نذكر على سبيل المثال: المادة 1/29 من ق.م.المصري، والمادة 1/29 من ق.م.الليبي، والمادة 12 من ق.إ.ع.الموريتاني، والمادة 1/18 من ق.م.م.السوداني، والمادة 1/71 من ق.م.م.الإماراتي، والمادة 29 من ق.م.م.العماني، والمادة 1/39 من ق.م.القطري، والمادة 1/31 من ق.م.السوري، والمادة 1/29 من ق.م.الصومالي، والمادة 1/34 من ق.م.العراقي، والمادة 9 من ق.م.الكويتي.

[4] Code civil de Suisse, du 10 décembre1907.

[5] German Civil Code, of 1 October 2013.

[6] أحمد سي علي، المدخل للعلوم القانونية، دروس في النظرية العامة للحق، ط.1، دار الأكاديمية، الجزائر، 2011م، 2012م، ص.85.

أما أهلية الوجوب الكاملة فهي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، وهذه الأهلية مبنية على الذمة التي هي أمر تقديري، وتجب عليه بعض الواجبات قبل البلوغ، كالضمان والنفقة والزكاة[1].

وتجدر الإشارة، إلى أن أهلية الوجوب الكاملة قبل البلوغ لا تخول للإنسان صلاحية التعامل، ولا تكفي لاعتبار أقواله وأفعاله، ما لم تتحقق فيه أهلية الأداء[2].

2- أهلية الأداء: يراد بها أهلية المعاملة والتصرف؛ أي هي صلاحية الشخص لصدور الأفعال منه على وجه يعتد به شرعاً، ومعنى صلاحية الشخص؛ أي أن يكون صحيح العقل والبدن، ومعنى على وجه يعتد به شرعاً؛ أي أن يكون الفعل أو القول الذي يصدر منه على وجه يقدره الشارع، فتثبت له حقوق نحو الغير، كما تجب عليه الالتزامات التي يلتزم بها نحو غيره[3].

ولقد عرفها علماء الأصول تعريفاً يعم المعاملات والعبادات، فقالوا: إنها صلاحية الإنسان تصدر عنه أفعال معتبرة شرعا؛ بحيث يكون مؤاخذاً بها، فيصدر عنه تصرفات شرعية ملزمة[4].

كما تعرف بأنها أهلية التصرف أو الممارسة، وهي الجانب الفعلي والعملي والملموس لأهلية الوجوب؛ أو هي الصلاحية التي تمكن كل من له أهلية الوجوب من ممارسة حق معين، وبالتالي فهي تمثل الشكل الذي تتجلى من خلاله أهلية الفرد لممارسة حقوقه[5]، ومن ثم، يتحدد نطاقها بالأعمال الإرادية لا بالأعمال المادية، أي التصرفات القانونية وحدها دون الوقائع القانونية؛ فالتصرفات القانونية هي اتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني معين، يتحدد بالإرادة مباشرة، أما الوقائع فليست إلا أعمالاً مادية يرتب القانون عليها أثراً قانونياً معيناً[6].

---

[1] سعود بن محمد أحمد هنيدي، أحكام الأهلية في فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1418هـ، 1419هـ، ص.48.

[2] محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، المدخل، المصادر، الحكم الشرعي، ط.2، دار الخير للنشر والتوزيع، لبنان، 1427هـ، 2006م، ص.493.

[3] رشدي شحاتة أبو زيد، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، دار الرحمة، مصر، بدون تاريخ النشر، ص.194.

[4] محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، بدون بلد النشر، 1377هـ، 1958م، ص.ص.332-333 .

[5] محمد بقبق، النظرية العامة للإلزام، التصرف القانوني، نشأة التصرف القانوني، آثار التصرف القانوني، ط.1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2009م، ص.35.

[6] نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005م، ص.163.

وهذه الأهلية ضربان: قاصرة وكاملة، فالقاصرة باعتبار قوة البدن، وذلك ما يكون للصبي المميز قبل أن يبلغ، أو المعتوه بعد البلوغ، فإنه بمنزلة الصبي من حيث أن له أصل العقل وقوة العمل بالبدن، وليس له صفة الكمال في ذلك حقيقة أو حكماً. والكاملة تبتني على قدرتين: قدرة فهم الخطاب؛ وذلك يكون بالعقل، وقوة العمل به، وذلك بالبدن. ثم يبتنى على الأهلية القاصرة صحة الأداء، وعلى الكاملة وجوب الأداء وتوجه الخطاب به[1]؛ لأن الله تعالى قال: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾[2].

ولا وجود لهذه الأهلية قبل أن يصير الإنسان مميزاً، حتى إذا بلغ الإنسان سن التمييز وأصبح قادراً على فهم الخطاب والقيام ببعض الأعباء، بما حصل له من نمو وقوة في عقله وبدنه جميعاً، فحينئذ تتم أهليته للأداء بتمام قدرته عقلاً وجسماً، فتجب عليه كل التكاليف من بدنية ومالية وتثبت له كل الحقوق الشرعية[3].

ويفهم من هذا، أن أهلية الأداء مناطها التمييز؛ أي بلوغ الشخص سناً معيناً، وأن يكون مدركاً لأموره؛ بمعنى سليم العقل، وأن تكون له إرادة[4]، وهو ما يجعلها ترتبط ارتباطاً وثيقاً بقدرة الإنسان على التمييز، وهذه القدرة تكون مختلفة من شخص لآخر؛ إما لصغر السن، وإما لوجود عارض من عوارض الأهلية[5].

ويتضح بهذا، أن كل إنسان يكتسب أهليتين في حياته؛ أهلية وجوب تثبت مع شرط الحياة بعد الولادة، وأهلية الأداء وهي قابليته للقيام بالأعمال، وهما متلازمتان مقترنتان ببعضهما البعض؛ فأهلية الأداء تدور بين الثبوت والانعدام إذا ما ثبتت أو انعدمت أهلية الوجوب.

---

[1] أحمد محمد علي داود، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ج.1، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 1432هـ، 2011م، ص.ص.154-155.

[2] القرآن الكريم، سورة البقرة من الآية رقم 286.

[3] أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الأهلية وعوارضها وأحكام التصرف عن الغير، الولاية، الوصاية، القوامة، المساعدة القضائية، الوكالة، الفضالة، في الشريعة الإسلامية والقانون، معلقا عليها بأحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض، المكتبة الأزهرية للتراث، مصر، 1435هـ، 2015م، ص.52.

[4] فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009م، ص.76.

[5] خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج.1، مصادر الالتزام، ط.2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005م، ص.46.

الفرع الثاني: نظرية الذمة المالية والأهلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

شكلت الذمة نظرية مستقلة بنفسها، رسمت معالمها منذ عهد الفقهاء، وطرحت العديد من التساؤلات لا سيما فيما يخص صلتها بنظرية الأهلية؛ حيث درس الفقهاء كل نظرة على حدة، ونتيجة لأهمية كل نظرية، طرحت بشأنهما مسألة العلاقة التي تجمع كليهما.

ولم تكن مسألة البحث في العلاقة ما بين الذمة والأهلية من نصيب الفقهاء فقط، بل حظيت باهتمام تشريعي، ودرست من زواياها المتعددة، أدت إلى ظهور نظريات مختلفة، كل نظرية تبين رؤيتها في المسألة.

إن البحث في نظرية الذمة المالية والأهلية، يقتضي الوقوف على أقوال الفقهاء، وموقف القانون حول المسألة، لذلك سنبين قول الجانبين الفقهي والقانوني بالشرح والتفصيل على النحو الآتي:

أولا– موقف الفقهاء من نظرية الذمة والأهلية: لقد تباينت أقوال الفقهاء بشأن علاقة الذمة بالأهلية، وهو ما اتضح جلياً من خلال تعريفهم للذمة؛ حيث انقسموا إلى قولين: قول يجعل الذمة والأهلية مصطلحاً واحداً ولا فرق بينهما، وقول يفرق بينهما، وكل قول استند أصحابه إلى أدلة لإثبات موقفه، وفيما يلي سنبين هذين القولين تباعاً على النحو الآتي:

1– اعتبار الذمة والأهلية مصطلحاً واحداً: يقول أصحاب هذا الرأي بأنه لا اختلاف بين مفهوم أهلية الوجوب والذمة، وأنهما مصطلحان لمعنى واحد، وقد استدلوا على رأيهم بأدلة، فسروها بأنها لا تعني الذمة، وإنما يقصد بها التكاليف التي يتحملها الإنسان والفطرة التي جبل عليها[1].

ومن أدلتهم قوله عز وجل: ﴿وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِي آَدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَى أَنْفُسِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَى شَهِدْنَا أَنْ تَقُولُوا يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِنَّا كُنَّا عَنْ هَذَا غَافِلِينَ﴾[2]؛ وقد ذهب كثير من المفسرين إلى أنه تمثيل، والمراد نصب الحجج الدالة على الربوبية والوحدانية المميزة بين الظلال والهدى[3]، حيث فسّرت هذه الآية أن الله لما أخرج من أصلابهم ذريتهم، وجعلهم يتناسلون ويتوالدون قرناً بعد قرن، قررهم بإثبات ربوبيته بما أودعه في فطرهم من الإقرار بأنه ربهم وخالقهم ومليكهم[4].

---

[1] محمد علي عبد الله الشرفي، بحث في العلاقة بين أهلية الوجوب والذمة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن، مجلة الدراسات الاجتماعية، م.8، ع.16، جامعة العلوم والتكنولوجيا، اليمن، ديسمبر 2003م، ص.13.

[2] القرآن الكريم، سورة الأعراف، الآية رقم 172.

[3] التفتازاني، شرح التلويح، ج.2، المرجع السابق، ص.162.

[4] عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، تحقيق: عبد الرحمن بن معلا اللويحق، ط.2، دار السلام، السعودية، 1422هـ، 2002م، ص.349.

واستدلوا كذلك بقوله تعالى:﴿وَكُلَّ إِنْسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَائِرَهُ فِي عُنُقِهِ وَنُخْرِجُ لَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ كِتَابًا يَلْقَاهُ مَنْشُورًا﴾[1]، ووجه الدلالة أن الآية هي تمثيل للزوم العمل له، كلزوم القلادة للعنق من غير اعتبار استعارة في العنق على انفراده، كما يقال جعل القضاء في عنقه، لا يراد وصف به صار أهلاً لذلك، وإنما المراد مجرد الإلزام والالتزام[2]، وهو ما فسّره الزمخشري الخوارزمي، أن المعنى عمله لازم له لزوم القلادة أو الغل لا ينفك عنه، ومنه مثل العرب تقلدها طوق الحمامة، وقولهم الموت في الرقاب، وهذا ربقة في رقبته[3].

كما استدلوا بقوله تعالى:﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا﴾[4]؛ ووجه الدلالة من هذه الآية أن المراد بالأمانة الطاعة الواجبة الأداء، والمعنى أنها لعظمتها؛ بحيث لو عرضت على هذه الأجرام العظام وكانت ذات شعور وإدراك، لأبين أن يحملنها، ويحملها الإنسان مع ضعف بنيته ورخاوة قوته، لاَ جَرَم، فاز الراعي لها والقائم بحقوقها بخير الدارين "إنه كان ظلوماً"؛ حيث لم يف بها ولم يراع حقوقها، "جهولاً" بكنه عاقبتها، وكونه ظلوماً جهولاً لما غلب عليه من القوة الغضبية والشهوية، وعلى هذا يحسن أن يكون علة للحمل عليه، فإن من فوائد العقل أن يكون مهيمناً على القوتين حافظاً لهما عن التعدي ومجاوزة الحد[5].

2- **الذمة والأهلية مصطلحان مختلفان:** على خلاف التعريف الذي ذكرناه أعلاه، فإن أصحاب هذا القول يقرون بوجود اختلاف وتباين بين مصطلح الذمة ومصطلح أهلية الوجوب، وليثبتوا قولهم استدلوا بأدلة القول الأول نفسها، وفسروها كما يلي:

قول الله عز وجل: ﴿وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِي آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَى أَنْفُسِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَى شَهِدْنَا أَنْ تَقُولُوا يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِنَّا كُنَّا عَنْ هَذَا غَافِلِينَ﴾[6]؛ فهذه الآية إخبار عن عهد جرى بين الله وبين بني آدم على إقرارهم بربوبيته تعالى ووحدانيته، والإشهاد عليهم دليل أنهم يؤاخذون بموجب إقرارهم من أداء حقوق تجب للرب سبحانه وتعالى على عهده، فلا بد لهم من وصف يكونون به أهلاً للوجوب عليهم، فتثبت لهم الذمة بالمعنى اللغوي والشرعي[7].

---

[1] القرآن الكريم، سورة الإسراء، الآية رقم 13.

[2] التفتازاني، شرح التلويح، ج.2، المرجع السابق، ص.162.

[3] أبو القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي، تفسير الكشاف على حقائق التنزيل وعيون الأقاويل وجودة التنزيل، تحقيق: خليل مأمون شيحا، ط.3، دار المعرفة، لبنان، 1430هـ، 2009م، ص.591.

[4] القرآن الكريم، سورة الأحزاب، الآية رقم 72.

[5] التفتازاني، شرح التلويح، ج.2، المرجع السابق، ص.ص.162-163.

[6] القرآن الكريم، سورة الأعراف، الآية رقم 172.

[7] ابن نجيم، فتح الغفار بشرح المنار، ج.3، المرجع السابق، ص.ص.89-90.

وقوله تعالى: ﴿وَكُلَّ إِنْسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَائِرَهُ فِي عُنُقِهِ وَنُخْرِجُ لَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ كِتَابًا يَلْقَاهُ مَنْشُورًا﴾[1]؛ وفسروا بأن الله يخاطب العرب؛ إذ كان من عادتها التيّمن والتشاؤم بالطير في كونها سانحة وبارحة، وكثر ذلك حتى فعلته بالظباء وحيوان الفلا، وسمت ذلك كله تطيراً، وكانت تعتقد أن تلك الطيرة قاضية بما يلقى الإنسان من خير وشر، فأخبرهم الله تعالى في هذه الآية بأوجز لفظ وأبلغ إشارة، إن جميع ما يلقى الإنسان من خير وشر قد سبق به القضاء وألزم حظه وعمله وتكسبه في عنقه[2]. فدلت الآية على لزوم العمل للإنسان، فمحل ذلك اللزوم وهو الذمة، فقوله في عنقه؛ استعار العنق لذلك الوصف المعنوي الذي يلزم به التكليف لزوم القلادة أو الغل العنق[3].

وقوله أيضاً عز وجل:﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا﴾[4]؛ ففسروه بأن الأمانة هي التكاليف الشرعية، وأن الله سبحانه وتعالى بيّن أن الإنسان هو الذي قبل هذه التكاليف وتحملها، في الوقت الذي تبرأ غيره من المخلوقات بما فيها السماوات والأرض وهم أقدر على تحملها، إلاّ أن الإنسان لجهله قبل بها رغم ضعفه، والأمانة لا تتحملها إلاّ الذمة أو الرقبة في الإنسان[5]، فهذه الآية تدل على خصوصية الإنسان بحمل أعباء التكليف؛ أي وجوبها عليه[6].

ورُدَّ على هذه الأدلة الثلاثة، أن غاية ما تدل عليه أن للإنسان ذمة يكون بها أهلاً لما يجب عليه، وأما أن تكون له ذمة يكون بها أهلاً لما له، فليس فيها ما يدل على ذلك؛ لأن مطالبة الإنسان بما يجب عليه من حقوق الله في الآية الأولى، ولزوم العمل للذمة في الآية الثانية، وحمل الإنسان للتكاليف في

---

[1] القرآن الكريم، سورة الإسراء، الآية رقم 13.

[2] عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف أبو زيد الثعالبي المكي، تفسير الثعالبي الموسوم بـ: الجواهر الحسان في تفسير القرآن، تحقيق: علي محمد معوّض، عادل أحمد عبد الموجود، عبد الفتاح أبو سنة، ج.2، ط.1، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ الغربي، لبنان، 1418هـ، 1997م، ص.334.

[3] عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري الحنفي، شرح التوضيح للتنقيح، ج.2، دار الكتب العلمية، لبنان، بدون سنة النشر، ص.162.

[4] القرآن الكريم، سورة الأحزاب، الآية رقم 72.

[5] محمد علي عبد الله الشرفي، بحث في العلاقة بين أهلية الوجوب والذمة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن، المرجع السابق، ص.12.

[6] المحبوبي، شرح التوضيح للتنقيح، ج.2، المرجع السابق، ص.162.

الثالثة، إنما تدل على الوجوب دون الاستحقاق[1]، ولهذا استدلوا بقوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾[2].

ويتبين بعد عرض أقوال الفريقين وبيان أدلتهم، أن رأي الفريق الثاني القائل بوجود تباين بين المصطلحين، الذمة والأهلية، هو القول الراجح، وما يؤكد هذا ما توصل إليه الفقيه مصطفى الزرقا بعد مناقشته للتعاريف الخاصة بالذمة، فقال: إن الذمة تدل على معنى الظرفية المقدرة في الإنسان لاستيعاب ما يثبت عليه من حقوق، وأن أهلية الوجوب في الإنسان ذات عنصرين: أولهما قابليته لثبوت الحقوق له؛ أي صلاحيته للإلزام، وثانيهما قابليته لثبوت الحقوق عليه؛ أي صلاحيته للالتزام، فناحية ثبوت الحق للإنسان تتوقف على أهلية فيه لأن تجب له، وهذا العنصر يثبت منذ كونه جنيناً في بطن أمه بإجماع الفقهاء، ولا يستدعي وجود ذمة مقدرة في شخصه؛ لأن الحق له لا عليه. وأما ناحية ثبوت الحق على الشخص؛ أي ناحية الالتزام، فإنها تتوقف على أمرين: أحدهما أهلية في الشخص لأن تجب عليه حقوق؛ أي قابلية التحمل، وهذا العنصر الثاني من أهلية الوجوب، يثبت له منذ ولادته حياً، وثانيهما محل مقدر يتسع لاستقرار تلك الحقوق فيه؛ أي ظرف اعتباري منتزع من شخص الإنسان تشغله تلك الحقوق حالة ثبوتها، ويفرغ منها بسقوطها، وهذا المحل هو المعنى الحقيقي لكلمة الذمة فقهياً، فهذان الأمران؛ أي قابلية التحمل والمحل، متلازمان في الوجود متغايران في المفهوم؛ فمتى اعتبرت للشخص أهلية التحمل اعتبرت له ذمة، ومتى اعتبرت له ذمة اعتبرت له أهلية التحمل، ولكن ليست تلك الأهلية هي الذمة نفسها، بل بينهما من الفرق ما بين معنى القابلية ومعنى المحل[3].

وتجدر الإشارة، إلى أن هذه الأقوال وردت بشأن تحديد علاقة الذمة بأهلية الوجوب، في حين ذهب القرافي إلى تحديد الفرق بين الذمة وأهلية المعاملة؛ وقال بأنهما حقيقتان متباينتان؛ بمعنى أنهما متغايرتان، وتحقيق التغاير بينهما يتمثل في أن كل واحدة منهما أعم من الأخرى من وجه وأخص من وجه؛ فإن التصرف يوجد بدون الذمة، والذمة توجد بدون أهلية التصرف، ويجتمعان معاً، كالصقالبة[4]

---

[1] محمود مجيد بن سعود الكبيسي، الصغير بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، رسالة ماجستير في الفقه والأصول، قسم الدراسات العليا، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1401هـ، 1981م، ص.ص.56-57.

[2] القرآن الكريم، سورة البقرة، من الآية رقم 29.

[3] الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام، ج.3، المرجع السابق، ص.ص.195-196.

[4] الصقلابية بالصاد والسين، منسوبة إلى الصّقالبة، وهم جيل من الناس حمر الألوان يُتاخمون الخَزَر، وهو جمع صقلب، وقيل هم شعب يعرفون بـ: "السلاف"، وهم منتشرون في بعض دول البلقان وأوروبا، وهناك من قال: جيل حمر الألوان صهب الشعور يتاخمون الخزر وبعض جبال الروم؛ وقيل للرجل الأحمر صقلاب تشبيهاً بهم. يراجع: المطرزي، المغرب، ج.1، المرجع السابق، ص.401؛ أحمد رضا، معجم متن اللغة، موسوعة لغوية حديثة، م.3، دار مكتبة الحياة، لبنان، 1378هـ، 1959م، ص.474.

والطيور البيض، وهذا هو ضابط الأعم والأخص، كحالة الصبيان المميزين لهم أهلية معاملة ناقصة لكن لا ذمة لهم[1].

ولقد انتقد كلام القرافي هذا، لما فيه من التناقض؛ حيث اعترف بوجود أهلية معاملة ناقصة للصبي المميز، وأنكر وجود الذمة له، في حين أن هذه الذمة معناها المحل المقدر للإنسان الذي يستوعب الحقوق التي له وعليه، حتى أن القرافي ذكر عبارة تفيد إقراراً منه بوجود الذمة في حق الصبي قبل بلوغه سن الرشد وهي: "الصبي إذا بلغ لا يطالب بما تقرر في ذمته قبل البلوغ لكن بما تقدم سببه قبل البلوغ"[2].

كما أضاف القرافي بأنه لا ذمة للسفيه؛ وذلك أن الوصف الشرعي للذمة جعله الشرع مسبباً على أشياء خاصة منها البلوغ ومنها الرشد، والسفيه بالغ ولكنه غير رشيد، ومن ثم، فلا ذمة له[3]، غير أن كلامه هذا غير مستساغ، إذ إن السفه لا يفقد الإنسان ذمته، وكل ما في الأمر أنه يؤدي إلى تغيير بعض أحكام أهلية الأداء لصالح السفيه، إذ تبقى أهليته للأداء كاملة[4].

وذهب القرافي إلى القول إن الذمة يشترط فيها التكليف، من غير خلاف أعلمه، بخلاف أهلية التصرف[5]، وخالفه ابن الشاط في هذا، بقوله إذا صح الاتفاق على اشتراط التكليف في الذمة، فلا ذمة للصبي، ويتعين حد الذمة أو رسمها بأنها قبول الإنسان شرعاً للزوم الحقوق دون التزامها[6]، إلاّ أن هذا التحديد يتنافى مع مفهوم الذمة المذكور أعلاه، فهي باعتبارها المحل لا تستوعب الحقوق فقط، وإنما الحقوق والالتزامات معاً، وعلى هذا الأساس لا يشترط في الذمة التكليف، وفي الحقيقة أن الذمة لا شأن لها بأهلية التصرف؛ سواء اشترط في هذه الأهلية التمييز، أم التمييز مع التكليف، فلا يشترط فيمن له ذمة أن يكون مكلفاً[7]. وإلى ذلك انتهى القرافي بقوله: أجزم إن الذمة وأهلية التصرف من باب خطاب

---

[1] القرافي، الفروق، ج.3، المرجع السابق، ص.ص.227-228.

[2] منصور حاتم الفتلاوي، نظرية الذمة المالية، دراسة مقارنة بين الفقهين الوضعي والإسلامي، ط.2، دار الثقافة، الأردن، 1431هـ، 2010م، ص.129.

[3] القرافي، الفروق، ج.3، المرجع السابق، ص.231.

[4] منصور حاتم الفتلاوي، نظرية الذمة المالية، المرجع السابق، ص.130.

[5] القرافي، الفروق، ج.3، المرجع السابق، ص.233.

[6] ابن شاط، إدرار الشروق على أنواء الفروق، مطبوع مع كتاب الفروق، ج.3، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، 1431هـ، 2010م، ص.ص.233-234.

[7] منصور حاتم الفتلاوي، نظرية الذمة المالية، المرجع السابق، ص.ص.131-132.

الوضع دون خطاب التكليف، وإنهما يرجعان إلى التقادير الشرعية؛ وهي إعطاء الموجود حكم المعدوم، والمعدوم حكم الموجود[1].

وهذا التوجه أخذ به حسين المكي، بقوله إن الذمة وأهلية المعاملة اشتركا في جهتين؛ جهة كونهما تعلقاً ونسبة خاصة في المحل، وجهة كونهما من باب خطاب الوضع لا من باب خطاب التكليف، من حيث أن كلا منهما سبب في شيء لا من حيث أنهما تعلق، والتعلقات أمور عدمية يقدرها صاحب الشرع في المحل، وتكون من قبيل التقادير الشرعية، التي هي إعطاء الموجود حكم المعدوم، والمعدوم حكم الموجود، خلافاً للأصل، ويفترقان من جهتين أيضاً، إحداهما: أن الذمة إما كون الإنسان قابلاً للزوم الحقوق والتزامها شرعاً، فتكون لازمة للصبي، وإما كونه قابلاً شرعاً للزوم الحقوق دون التزامها، فتكون للصبي ذمة للزوم أروش الجنايات، وقسم المتلفات، والجهة الثانية: أن الذمة الأصل فيها التكليف من غير خلاف، بخلاف أهلية التصرف، وبهذا فهما يجتمعان في الحر البالغ الرشيد، في حين تنفرد أهلية التصرف في الصبي المميز ولا ذمة له[2].

ثانيا– موقف القانون من نظريتي الذمة المالية والأهلية: تأسست نظرية الذمة المالية في كتب القانونيين على نظريات مختلفة، كل واحدة لها توجهها وآثارها على الذمة المالية، وهذه النظريات هي ثلاث: النظرية التقليدية، ونظرية التخصص، والنظرية الحديثة. وسنقف على كل نظرية، ليتبين في الأخير نظرة القانون للذمة المالية وعلاقتها بالأهلية.

1– النظرية التقليدية: أو كما تسمى بنظرية الشخصية، وحسب هذه النظرية فإن الذمة ليست إلاّ نتيجة وجود الشخصية، فهي تنتج مباشرة عنها، ومجموع حقوق الشخص تكون كلاً قانونياً أو جماعياً ماثلاً في الذمة[3]، فهي تربط بين الذمة المالية والشخصية القانونية؛ التي هي الصلاحية لثبوت الحقوق والواجبات عموماً أياً كانت طبيعتها، أما الذمة فتعبر عن الصلاحية لثبوت الحقوق والالتزامات المالية وحدها، وتمثل الجانب المالي للشخصية القانونية، ولا تقوم وحدها بل مستندة إلى شخص معين، فهي الشخصية ذاتها منظوراً إليها من جانبها المالي[4].

---

[1] القرافي، الفروق، ج.3، المرجع السابق، ص.235.

[2] محمد بن علي حسين المكي، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، مطبوع على هامش الفروق، ج.3، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، 1431هـ، 2010م، ص.237.

[3] ابن سلامة عبد الرحيم، الذمة والأهلية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مجلة الإحياء، ع.11، المغرب، يناير 1998م، ص.7.

[4] محمد حسين منصور، نظرية الحق، ماهية الحق، أنواع الحقوق، الأشياء، محل الحق، ميلاد الحق وحمايته وإثباته، الشخصية القانونية، الشخص الطبيعي، والشخص المعنوي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009م، ص.354.

ويترتب على هذه النظرية نتائج نبينها في النقاط الآتية:

– إن الذمة المالية مرتبطة بالشخصية؛ فلا شخص دون ذمة ولا ذمة بلا شخص، سواء أكان شخصاً طبيعياً، أم معنوياً.

– لا يتمتع الشخص الواحد إلاّ بذمة واحدة.

– تشكل الذمة مجموعة مالية قانونية، فهي وحدة مالية قانونية مستقلة عن العناصر التي تتألف منها، فلكل شخص ذمة مالية وإن لم يكن له مال[1].

2– نظرية التخصيص: ذهب أصحاب هذه النظرية، إلى القول إنه قد توجد مجموعة من الحقوق والالتزامات يجمعها غرض واحد خصصت له بغير شخص تستند إليه، وقد أرادوا بذلك تفسير الأوضاع القانونية التي تنتج عن نشاط جماعي يؤثر في مصالح مجموعة من الأشخاص دون أن ينسب إلى شخص منهم بالذات، كما اقترحت هذه النظرية الاستغناء عن فكرة الشخص الاعتباري، ذلك أن أنصارها يقصرون فكرة الشخصية القانونية على الشخص الطبيعي، أما الشخص المعنوي، كالشركات والجمعيات، فتعد مجرد افتراض أو مجاز، فحسب نظريتهم بدلاً من نسبة الحقوق والالتزامات إلى شركة أو جمعية لا وجود لها، من الواجب الاعتراف بالحقيقة، وأن نسلم بأن هذه الحقوق والالتزامات تكوّن ذمة مالية لا تستند إلى شخص ما، بل تجمع عناصرها من أجل الغرض الذي خصصت له[2].

ومن خلال الفكرة التي تستند إليها هذه النظرية، يتضح جلياً أن النتائج التي تتمخض عنها، هي عكس نتائج النظرية الشخصية؛ حيث يترتب عليها الاعتراف بوجود الذمة المالية بدون أن تستند إلى شخص، إذ يكفي وجود مجموعة من الحقوق والالتزامات، وما دامت الذمة المالية منفصلة عن الشخصية، قائمة على وجه التخصيص بين عناصرها، جاز أن يكون للشخص أكثر من ذمة مالية واحدة.كما يترتب على عدم استناد الذمة المالية إلى الشخصية، اعتبارها مجموعة فعلية لا احتمالية من الحقوق والالتزامات المالية، المخصصة بغرض معين، كإمكانية التصرف فيها، والتنازل عنها، وانتقالها إلى الوارث[3].

---

[1] إبراهيم رحماني، مفهوم الذمة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مجلة البحوث والدراسات، ع.8، جامعة الوادي، الجزائر، جوان 2009م، ص.12.

[2] جلال علي العدوي، رمضان أبو السعود، محمد حسن قاسم، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية، منشأة المعارف، مصر، 1996م، ص.ص.212-213.

[3] حسن كيره، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص.ص.503-504.

3- النظرية الحديثة: تمشت هذه النظرية مع الفكرة التي أتت بها النظرية التقليدية، وهي ربط الذمة المالية بالشخصية، لكن ليس لدرجة اندماجهما؛ إذ ينظر إلى الذمة المالية باعتبارها وحدة تفنى فيها عناصرها، مستقلة عن عناصرها ولا تتأثر بالتغيرات التي تطرأ عليها، وبالتالي لا تذهب إلى تطبيق خصائص الشخصية على الذمة المالية[1].

وبعد عرضنا لهذه النظريات الثلاثة، يمكن القول إن القوانين الحديثة أخذت من كل نظرية بعض النتائج، وهو ما سنوضحه في النقاط الآتية:

- تمتع أشخاص القانون، سواء الطبيعية أم المعنوية، بالذمة المالية، فهي لا تقتصر على الشخص الطبيعي دون الاعتباري، بل تشمل كليهما، فالتشريعات العربية قد جعلت الذمة المالية من خصائص الشخصية المعنوية[2].

- إمكانية تعدد الذمة المالية للشخص اعتماداً على فكرة التخصيص؛ حيث تخصص مجموعاً من أموال الشخص لغاية معينة، فيستقل هذا المجموع عن الذمة المالية الأصلية، ويصبح هو نفسه ذمة مالية أخرى[3]، ومن ذلك المساهمة في الشركة؛ حيث يمكن للشخص أن يخصص مجموعاً من المال كمبلغ للمساهمة في شركة معينة، على أن تبقى ذمته الأصلية بعيدة عن هذه المساهمة تجنباً لخسارتها في حالة ما أفلست الشركة.

ومن بين هذه النظريات الثلاث، يتضح أن الفكرة التي تنادي بها النظرية الحديثة هي جوهر الذمة المالية؛ ذلك الجوهر الذي يعبر عنه عادة بأن للذمة كياناً مستقلاً عن كيان وذاتية عناصرها الدائمة التغير[4]، وهو ما يوضح أن للإنسان ذمة مالية ثابتة من حيث الوجود، في حين أن عناصرها؛ أي الحقوق والالتزامات تكون متغيرة، وهذا التغير لا يؤثر في الذمة المالية.

ويمكن القول بأن العلاقة بين الذمة المالية والأهلية، وباعتبارهما من بين العناصر الأساسية التي يتمتع بها الشخص الطبيعي، هي علاقة ترابطية؛ فكما أن الأهلية لا تثبت إلاّ بشرط ولادة الجنين حياً، فإن الذمة تثبت متى ولد الإنسان حياً، وبتدرج أهلية الشخص تتدرج معه الذمة من حيث اتساع وعائها؛

---

[1] جلال علي العدوي، وآخرون، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية، المرجع السابق، ص.213.

[2] المادة 2/50 من ق.م.الجزائري، والمادة 2/53 من ق.م.المصري، والمادة 2/53 من ق.م.الليبي، والمادة 1/20 من ق.إ.ع.الموريتاني، والمادة 2/52 من ق.م.الأردني، والمادة 18 من ق.م.البحريني، والمادة 2/55 من ق.م.السوري، والمادة 2/53 من ق.م.الصومالي، والمادة 3/48 من ق.م.العراقي، والمادة 2/24 من ق.م.م.السوداني، والمادة 2/93 من ق.م.م.الإماراتي، والمادة 49/أ من ق.م.م.العماني، والمادة 2/54 من ق.م.القطري، والمادة 1/88 من ق.م.اليمني، والمادة 1/62 من ق.م.الفلسطيني.

[3] السنهوري، الوسيط، ج.8، المرجع السابق، ص.238.

[4] حسن كيره، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص.509.

حيث أن ثبوت الذمة في حق الإنسان متوقف على ثبوت أهلية الوجوب له، وإذا كانت الذمة ترتبط من حيث وجودها بثبوت الأهلية للإنسان بولادته حياً، فإنها تتقيد بأهلية الأداء من حيث التصرف فيها؛ أي أن الإنسان تكون له ذمة مالية متوفرة بجميع عناصرها التي أشرنا إليها، إلاّ أن التصرف فيها متوقف على مدى أهلية تصرف صاحبها إذا ما كان أهلاً لذلك أم لا، ولذلك فحتى ولو كان للشخص ذمة مالية، فإن تصرفه فيها متوقف على حالة أهليته.

المبحث الثاني: ضبط مصطلح القاصر في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

إن القاصر شخص طبيعي يتمتع بحقوق وتقع عليه التزامات في مواجهة الغير، وهو ينتمي لفئة خاصة تتطلب الحماية في شخصه وأمواله، باعتبار أنه غير قادر على ذلك بمفرده، ونظراً لهذه الخصوصية فقد شغل هذا المصطلح حيزاً كبيراً من اهتمام الفقهاء والقانونيين؛ حيث نظموا الأحكام المتعلقة به سواء بصفة عامة أم خاصة.

وقد عمد فقهاء الشريعة الإسلامية إلى بيان أحكام تكليف الشخص، واعتبروا أن كل واحد يتحمل تكليفه حسب الوضع الذي يكون عليه، ولعل هذا ما جعلهم يخصّون القاصر بأحكام تنظم درجة التكليف الذي يمكن أن يخاطب به بالنظر لقدرته الذاتية.

هذا، ويعتبر القاصر من أشخاص القانون التي يكون لها محوراً أساسياً في التشريعات الوضعية، التي عكفت على تنظيم الأحكام التي تتعلق بفئة القصّر، سواء بموجب القواعد العامة في القانون المدني أو قانون الأحوال الشخصية، أم بموجب قواعد خاصة مضمنة بقانون الولاية على المال.

ومصطلح القاصر كغيره من المصطلحات يستدعي الدراسة والفهم، لمعرفة جميع الأحكام المتعلقة به، لا سيما في تحديد حقوقه وواجباته، إلى جانب بيان الحماية المقررة له ومراعاتها في شؤونه الخاصة، ومن أجل هذا خصصنا هذا المبحث لبيان المقصود بمصطلح القاصر لغوياً واصطلاحياً (**المطلب الأول**)، ثم التطرق إلى تحديد مفهومه وفق ما أتت به التشريعات الوضعية (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: المقصود بمصطلح القاصر من الناحية اللغوية والاصطلاحية

تعد المواضيع المتعلقة بالقاصر من المواضيع المهمة التي شغلت فكر الفقهاء، فعالجوا أحكامه ونظموها في كتبهم الفقهية ضمن المسائل التي تتطلب بيان تصرفاته كالتكليف، والصوم، والزواج، والتصرف في المال. وتنظيم الأحكام الخاصة بالقاصر يقتضي بداية تحديد المعالم الأساسية التي يعتمد عليها لإبراز شخصية القاصر، وهو ما بحث فيه فقهاء الشريعة الإسلامية من خلال الشروع في تحديد معناه، وبيان الصفات التي تميز القاصر.

كما شغل موضوع القاصر فكر المشرعيين الوضعيين، فعالجوه ضمن نصوصهم المختلفة؛ سواء في قواعد القانون المدني، أم قانون الأحوال الشخصية، أم قانون الولاية على المال؛ حيث انتهج كل تشريع منهجاً معيناً في نصوصه العامة أو الخاصة عند الحديث عن الطفل القاصر، إما باعتماد التعريف القانوني للمصطلح، وإما برصد الصفات التي يكون بموجبها الطفل قاصراً.

لذلك سنحاول في هذا المطلب بيان مدلول القاصر لغة واصطلاحاً (**الفرع الأول**)، ثم نبين تعريفه القانوني (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: مفهوم القاصر من الناحية اللغوية والاصطلاحية

إن القاصر مصطلح كغيره من المصطلحات، حاز على اهتمام اللغويون، فعرفوه في معاجمهم اللغوية، وبينوا مدلوله، في حين لم يصل هذا المصطلح لكتب الفقهاء، بل عبر عنه باستعمال مصطلحات أخرى درج على استعمالها، وكل مصطلح له معناه الخاص به.

وعليه، سنبين من خلال هذا الفرع المدلول اللغوي للقاصر، ثم نقف على معناه من الناحية الاصطلاحية كما يلي:

أولا– تعريف القاصر من الناحية اللغوية:

للقاصر معانٍ متعددة، فورد بمعنى خلاف الطول[1]، أو هو الغاية، وآخر الأمر وما اقتصر عليه[2]، وعند البعض ورد بمعنى العجز عن أمر والكف عنه[3]. أو هو عدم نيل الشخص شيئاً ما[4]. والقاصر من الورثة: من لم يبلغ سِنّ الرُّشد، والقاصرة يقال: امرأة قاصرة الطرف: خجلة، حييّة، وفي التنزيل العزيز: ﴿وَعِنْدَهُمْ قَاصِرَاتُ الطَّرْفِ عِينٌ﴾[5]، والفتاة لم تبلغ سن الرُّشد[6].

---

[1] وقد صرف المصطلح كما يلي: القَّصْرُ والقِصَرُ: كعنبٍ، خلاف الطول، كالقَّصارة، قَّصُرَ، ككَرُمَ، فهو قصير، من قُصراءَ، وقِصارٍ، وقصيرة، من قصارٍ، وقِصارَةٍ، أو القِصَارَةُ: القصيرة، نادر، والأقاصر: جمع أَقْصَرَ، وقَصّرَهُ يَقْصِرُهُ: جعله قصيراً. يراجع: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي، ط.8، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1426هـ، 2005م، ص.462.

[2] وشرحه كالآتي: وقصر، (القصر) واحد، القصور. وقولهم: (قصرك): أن تفعل كذا و(قصارُك) بفتح القاف فيهما، و(قُصاراك) بضم القاف؛ أي غايتك وآخر أمرك وما اقتصرت عليه. يراجع: الرازي، الصحاح، المرجع السابق، ص.224.

[3] وقصر عن الأمر، قصوراً: عجز وكفَّ عنه، والسهم عن الهدف: لم يبلغه، وقَصُرَ الشيء، قصْراً، وقَصَارَة: ضد طال، فهو قصير. يراجع: المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص.ص.738-739.

[4] وقصرت عن الشيء، إذا لم تنله، والمقصورة أصغر من الدار، كأنها دار صغيرة يقصر فيها؛ أي يحبس فيها ويقتصر عليها. يراجع: أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد، جمهرة اللغة، تحقيق: رمزي منير بعلبكي، ج.2، ط.1، بدون دار النشر، لبنان، 1987م، ص.842.

[5] القرآن الكريم، سورة الصافات، الآية رقم 48.

[6] المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص.ص.738-739.

وأضاف الزمخشري معان مختلفة للقاصر، فأورده بمعنى الحبس، أو عدم الطموح لأمر ما، كما ربط القاصر بالعقل بقوله: يضل قاصرٌ إذا عقل[1].

ثانيا– تعريف القاصر من الناحية الفقهية:

يقال عن القاصر من الناحية الاصطلاحية بأنه من القصور، وهو العجز[2]، والقاصر بكسر الصاد من قصر عن الشيء: إذا تركه عجزاً، والقاصر: العاجز عن التصرف السليم[3].

ولم نصادف مصطلح "القاصر" في حدود ما تصفحناه من مراجع فقهية؛ ووجدنا أن فقهاء الشريعة الإسلامية ذكروا مصطلح القصور بالنسبة للأشخاص الذين قصرت أهليتهم، كالصغار وغيرهم، في باب العقود كالبيوع أو النكاح، أو في باب الحجر[4]، والجامع بين هذه المعاني أن القصر هو عدم تمام الأمر أو الشيء وكماله، وبلوغ غايته.

على أن المفسرين ذكروا مصطلح القاصر في كتبهم؛ وورد عندهم بمعنى القاصرين عن درجة التكليف وبلوغهم؛ ومن ذلك في تفسيرهم للآية الأولى من سورة النساء في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ﴾[5]؛ حيث قالوا بأن هذا خطاب يعم حكمه جميع المكلفين عند النزول، ومن سينتظم في سلكهم من الموجودين حينئذ، والحادثين بعد ذلك إلى يوم القيامة عند انتظامهم فيه، لكن لا بطريق الحقيقة، فإن خطاب المشافهة لا يتناول القاصرين عن درجة التكليف[6].

---

[1] ومصدره قصر، قصرته: حبسته، وهو كالنازع المقصور: الذي قصره قيدُه، وقصرت نفسي على هذا الأمر إذا لم تطمح إلى غيره، وقصرت طرفي: لم أرفعه إلى ما لا ينبغي، وهنَّ قاصرات الطرف: قصرنه على أزواجهن، وقصر الستر: أرخاه، وقصر الظلُّ، وضل قاصرٌ إذا عقل. يراجع: الزمخشري، أساس البلاغة، ج.2، المرجع السابق، ص.ص.81-82.

[2] البركتي، التعريفات الفقهية، المرجع السابق، ص.175.

[3] محمد قلعجي، معجم لغة الفقهاء، المرجع السابق، ص.354.

[4] يراجع: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.6، ط.2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003م، 1424هـ، ص.579؛ شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، ج.5، ط.1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1994م، ص.372؛ شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج.5، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1357هـ، 1938م، ص.161؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، ج.9، ط.3، دار عالم الكتب، السعودية، 1417 هـ، 1997م، ص.368.

[5] القرآن الكريم، سورة النساء، الآية الأولى.

[6] أبو السعود العمادي محمد بن محمد بن مصطفى، إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم (تفسير أبو السعود)، ج.2، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بدون تاريخ النشر، ص.137.

كما فسروا قوله تعالى: ﴿قَالُوا فِيمَ كُنْتُمْ﴾[1]؛ بمعنى قعدتم عن السعي وفرطتم في جنب الله تعالى، وقصرتم عن بلوغ الكمال الذي ندبتم إليه[2].

وقد عرفه بعض الفقه الحديث ومنهم وهبه الزحيلي بأنه: "من لم يستكمل أهلية الأداء، سواء أكان فاقداً لها، كغير المميز، أم ناقصها، كالمميز"[3].

ويتضح من هذا التعريف بأن كل من يعتبر قاصراً يكون إما غير مميز، وإما أن يكون مميزاً، وهو ما سنتطرق إليه لاحقا عند الحديث عن فئات القصر بالنظر إلى أهليتهم.

هذا، وقد درج فقهاء الشريعة الإسلامية على استعمال مصطلحات أخرى ذات الصلة بمصطلح القاصر؛ حيث أن كل من توافرت فيه شروط التعريف الوارد أعلاه اعتبر قاصراً، ومن ثم أطلق عليه مصطلح معين كالجنين، والصبي، وعليه سنبين هذين المصطلحين بشيء من التفصيل في النقاط الآتية:

1- الجنين: الجنين في المدلول اللغوي معناه الولد ما دام في بطن أمّه لاستتاره فيه، وجمعه أجنة وأجنن[4]، كما فسره القرطبي استناداً إلى قوله تعالى: ﴿إِذْ أَنْتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ فَلَا تُزَكُّوا أَنْفُسَكُمْ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنِ اتَّقَى﴾[5]؛ أجنة جمع جنين: وهو الولد ما دام في البطن، سمي جنيناً، لاجتنانه واستتاره[6].

أما من الناحية الاصطلاحية، فقد عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية كل حسب نظره؛ فعند الحنفية هو اسم للولد في بطن أمه ما دام فيه، والجمع أجنة، فإذا ولد يسمى وليداً ثم رضيعاً إلى غير ذلك[7]، وعرف

---

(1) القرآن الكريم، سورة النساء، الآية رقم 97.

(2) محمود شكري الألوسي البغدادي شهاب الدين، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، ج.5، إدارة الطباعة المنبرية، لبنان، بدون تاريخ النشر، ص.130.

(3) وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، الأحوال الشخصية، ط.2، دار الفكر، سوريا، 1405هـ، 1985م، ص.746.

(4) الجنين هو من مصدر جن الشيء يجنه جناً: ستره، وكل شيء ستر عنك فقد جنّ عليك، وجنّه الليل يجنّه جنّاً وجنوناً، وجنّ عليه يجُنّ، بالضم، جنوناً وأجنّه: ستره، وفي الحديث: جن الليل أي ستره، وبه سمي الجِنّ لاستتارهم واختفائهم عن الأبصار، ومنه سمي الجنين لاستتاره في بطن أمه، وقيل جنّ الجنين في الرحم يجن جنّاً وأجنته الحامل. يراجع: ابن منظور، لسان العرب، م.13، المرجع السابق، ص.ص.92-93.

(5) القرآن الكريم، سورة النجم، الآية 32.

(6) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، كامل محمد الخراط، محمد معتز كريم الدين، ج.20، ط.1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1427هـ، 2006م، ص.48.

(7) محمد بن حسين بن علي الطوري القادري الحنفي، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: زكريا عميرات، ج.9، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1418هـ، 1997م، ص.101.

عند المالكية بأنه كل ما ألقته المرأة الحرة من دم أو مضغة أو شيء مما يستيقن النساء بأنه ولد[1]، أو هو كل ما ألقته المرأة مضغة أو كاملاً، بل وإن ألقته علقة أي دماً مجتمعاً؛ بحيث إذا صب الماء الحار لا يذوب الماء المجتمِع، أما إذا صب عليه الماء الحار وذاب فليس بجنين[2].

وذهب الشافعية إلى القول بأن الجنين هو ما يعرف عند القوابل بأنه لحم آدمي، سواء كان مضغة أم علقة، وسواء تصور فيه صورة آدمي أم لم يتصور[3]. أما عند الحنابلة فهو الولد في البطن من الاجتنان وهو الستر؛ لأنه أجنه بطن أمه أي ستره، وهو ما تبين فيه خلق الإنسان[4].

2- الصبي: الصبي معناه اللغوي صغير السن[5]، والصبي من لَدُنْ يولد إلى أن يفطم، وهو الغلام، والجمع صبْية وصبيان[6].

أما من الناحية الاصطلاحية، فعرفه فقهاء الشريعة الإسلامية بمفاهيم مختلفة؛ فقال الحنفية بأنه لفظ يطلق من حين يولد إلى أن يبلغ[7].

وعرفه المالكية بأنه كل من لم يبلغ الحلم بإحدى علامات البلوغ[8]، أما عند الشافعية فهو من يفهم الخطاب ويرد الجواب[1]، أما الحنابلة فقالوا هو الذي يفهم الخطاب ويرد الجواب، ولا ينضبط بسن، بل يختلف باختلاف الأفهام[2].

---

[1] أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري المدني، المدونة الكبرى رواية الإمام سحنون، م.6، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوى والإرشاد، السعودية، 1324هـ، ص.129.

[2] محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأحمد الدردير، وبهامشه الشرح المذكور مع تقريرات المحقق محمد عليش، ج.4، عيسى البابلي الحلبي، بدون بلد النشر، بدون تاريخ النشر، ص.268.

[3] يحي بن شرف النووي محي الدين أبو زكريا، المجموع في شرح المهذب، تحقيق: محمد نجيب المطبعي، ج.2، مكتبة الإرشاد، السعودية، بدون تاريخ النشر، ص.549.

[4] البهوتي، كشاف القناع، ج.6، المرجع السابق، ص.23.

[5] يقال في اللغة الصاد والباء والحرف المعتدل ثلاثة حروف صحيحة: الأول يدل على صغر السّنّ، والثاني ريح من الرياح، والثالث الإمالة. فالأول واحد الصَبية والصّبيان، ورأيته في صباه، أي صغره، والمصْبي: الكثير الصبيان، والصّباء: ممدود الصّبا، ويمد مع الفتح. يراجع: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج.3، المرجع السابق، ص.ص.331-332.

[6] والصبي من الصبوة: جهلة الفتوة واللهو من العزل، والجمع أصبية وصبوة وصبية، وصِبوان وصُبوان وصبيان، وهو من الواو، قال: ولم يقولوا أصبية استغناءً بصبْية، كما لم يقولوا أغْلمة استغناءً بغِلمة، وتصغير صبيةٍ صُبَية في القياس. والجارية صبية، والجمع صبايا مثل مطية ومطايا، وصبي صباً: فَعَل فِعْل الصبيان. يراجع: ابن منظور، لسان العرب، م.14، المرجع السابق، ص.ص.449-450.

[7] ابن عابدين، رد المحتار، ج.9، المرجع السابق، ص.226.

[8] محمد سكحال المجاجي، المهذب في الفقه المالكي وأدلته، ج.2، ط.1، دار الوعي، دار القلم، الجزائر، سوريا، 1431هـ، 2010م، ص.627.

الفرع الثاني: مفهوم القاصر في القوانين الوضعية

عالجت التشريعات الوضعية الأحكام المتعلقة بالقاصر في مواضع مختلفة من قوانينها، إذ بعدما بينت في النصوص المتضمنة الأحكام العامة للقانون المدني، أصناف القّصر، والفئات التي يندرجون ضمن هذه الطائفة، أحالت المسائل المتعلقة بالنيابة على أموالهم إلى قوانين الأحوال الشخصية، أو قوانين خاصة بالولاية على مال القاصر.

وسنحاول فيما يلي تحليل هذه النصوص التشريعية المختلفة بشكل يمكننا من تحديد القاصر في نظر القانون. ومن خلال هذا نقوم بتحديد الأشخاص الذين يعتبرون قصراً على النحو الآتي بيانه.

باستقرائنا لنصوص القوانين العربية نجد أنها انقسمت إلى توجهين في تحديد القاصر، توجه قال: إن القاصر هو ما كان دون سن الرشد، على أن التشريعات التي تبنت هذا الرأي لم تكن على سَنَنٍ واحدة في التصريح بهذا الموقف، حيث إن بعضها صرح بهذا التحديد بشكل جليّ وواضح، واعتبر أن كل شخص لم يبلغ سن الرشد المقرر حسب كل تشريع، يكون قاصراً. وهو الموقف الذي تبناه المشرع الليبي، والمشرع السوري، والمشرع العماني، والمشرع القطري، والمشرع الكويتي، والمشرع السوداني، والمشرع الجيبوتي[3].

وهذا التوجه تبناه أيضاً المشرع الفرنسي؛ حيث نص في المادة 388-1 من ق.م[4]، على أن القاصر هو فرد من كلا الجنسين لم يبلغ الثامنة عشرة بعد[5].

على أن هناك تشريعات لم تصرح بالتحديد من هو القاصر، وهو موقف المشرع الجزائري، والمشرع المصري، والمشرع المغربي، والمشرع التونسي، والمشرع الموريتاني، والمشرع الأردني، والمشرع الإماراتي، والمشرع البحريني، والمشرع الفلسطيني، والمشرع اليمني، والمشرع اللبناني، والمشرع الصومالي، فموقف هذه التشريعات نستشفه من خلال نصوصها المتفرقة؛ سواء في ق.م، أم في ق.أ.ش، أم في ق.و.ع.م؛ حيث

---

(1) أبو بكر البكري محمد الشطا، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، ج.1، دار إحياء الكتب العربية، بدون بلد النشر، 1300هـ، ص.24.

(2) علي بن سليمان المرداوي علاء الدين أبو الحسن، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد حامد الفقي، ج.1، ط.1، مطبعة السنة المحمدية، بدون بلد النشر، 1374هـ، 1955م، ص.396.

(3) يراجع: المادة 3 من قانون تنظيم شؤون القاصرين الليبي، والمادة 343 من ق.أ.ش.السوري، والمادة 140 من ق.أ.ش.العماني، والمادة الأولى من القانون المتعلق بالولاية على أموال القاصرين القطري، والمادة الأولى من وثيقة الكويت للنظام الموحد لرعاية أموال القاصرين، والمادة 218 من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 515 من ق.م.الجيبوتي.

(4) Droit civil des français, modifié par loi n° 2016-297, du 13 mars 2016, journal officiel de la république française, n° 0063, Publié le 15 mars 2016.

(5) Le texte de l'article 388-1 du code civil est le suivant: "*Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis".*

ذكرت القاصر كمصطلح في أحكامها، وفرقت بينه وبين غيره من المصطلحات، كعديمي الأهلية، وناقصيها والجنين، والغائب، والمفقود، والمحكوم عليه جنائياً، وأتت بأحكام كثيرة تتعلق بالقاصر نذكر منها:

– اعتبرت كل شخص بلغ سن الرشد المحدد في دولته كامل الأهلية؛ وبمفهوم المخالفة لهذا الحكم، وقياساً على الموقف الأول للتشريعات، فإن من لم يبلغه عُدَ قاصراً[1].

– الإشارة إلى موطن القاصر المرشد، ونسبته لنائبه القانوني؛ مما يعني أن القاصر هو من يخضع لنظام النيابة الشرعية، ودليلنا في ذلك ما نصت عليه التشريعات العربية في هذا الأمر[2].

– إقرار فكرة أو نظام ترشيد القاصر متى بلغ السن المقررة حسب كل تشريع، وهذه السن لا تقل عن سن التمييز، فإن كانت هذه التشريعات جعلت من بلغها قاصراً، فمن باب أولى يكون قاصراً من كان دون هذا السن[3].

– سمحت للقاصر ولناقص الأهلية بقبول التبرع المقدم لهما ولو بغير مساعدة من وليهما، أو وصيهما[4].

وعليه، فحسب هذا التوجه، فإن مصطلح القاصر يصدق على كل من المميز وغير المميز ذكراً أم أنثى. مع الإشارة إلى أن البعض من هذه التشريعات كالمشرع العماني، والمشرع القطري، والمشرع الكويتي، والمشرع الإماراتي، والمشرع السوداني، جعل فئات أخرى في حكم القاصر كالجنين، وفاقدي الأهلية، وناقصيها، والغائب، والمفقود؛ أي أنهم يأخذون معنى القاصر من حيث العجز عن أداء تصرفاتهم ومعاملاتهم بأنفسهم، وليس بمعنى القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد.

أما التوجه الثاني فقد أطلق مصطلح القاصر على أصناف مختلفة، وشمل كلا من الجنين، وناقصي الأهلية، وعديمي الأهلية، والغائب، والمفقود، وهو موقف المشرع العراقي من خلال المادة 3 من قانون

---

[1] مثلاً: المادة 40 من ق.م.الجزائري، والمادة 44 من ق.م.المصري، والمادة 210 من م.أ.المغربية، والمادة 15 من ق.إ.ع.الموريتاني، والمادة 43 من ق.م.الأردني، والمادة 85 من ق.م.م.الإماراتي، والمادة 12 من ق.و.ع.م.البحريني، والمادة 53 من ق.م.الفلسطيني، والمادة 50 من ق.م.اليمني، والمادة 44 من ق.م.الصومالي.

[2] نذكر: المادة 38 من ق.م.الجزائري، والمادة 42 من ق.م.المصري، والمادة 41 من ق.م.الأردني، والمادة 83 من ق.م.م.الإماراتي، والمادة 12/جـ من ق.م.البحريني، والمادة 51 من ق.م.الفلسطيني، والمادة 42 من ق.م.الصومالي.

[3] يراجع: المادة 5 من ق.ت.الجزائري، والمادة 54 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 3/218 من م.أ.المغربية، والمادة 166 من ق.أ.ش، والمادة 160 من ق.م.م.الإماراتي، والمادة 1/39 من ق.و.ع.م.البحريني، والمادة 111 من ق.م.الصومالي.

[4] يراجع: الفصل 5 من ق.إ.ع.المغربي، والفصل 9 من م.إ.ع.التونسية، والمادة 26 من ق.إ.ع.الموريتاني.

رعاية القاصرين[1]، التي نصت على ما يلي: "يقصد بالقاصر لأغراض هذا القانون الصغير والجنين ومن تقرر المحكمة أنه ناقص الأهلية أو فاقدها والغائب والمفقود إلاّ إذا دلت القرينة على خلاف ذلك". وإلى التوجه نفسه ذهب المشرع السعودي عند تعريف القاصر في نظام الجنسية العربية السعودية[2]، وذلك بموجب المادة 3/د بقولها: "القاصر هو الصغير والمجنون والمعتوه".

المطلب الثاني: الفئات التي ينتمي إليها القاصر حسب توجه التشريعات العربية

حسب ما بينا أعلاه، فإن التشريعات الوضعية انتهجت توجهين في تحديد القاصر اعتماداً على أحد المعيارين؛ معيار السن ومعيار الأهلية. كما انقسمت إلى توجهات مختلفة في الحديث عن القاصر؛ فهناك من صرحت مباشرة، وهناك من لم تصرح، بل أتت بأحكام نكتشف من خلالها من هو القاصر حسب كل تشريع.

وعليه، سنتطرق من خلال هذا المطلب لبيان من هو القاصر بحسب السن المقرر عند التشريعات الوضعية (**الفرع الأول**)، ثم نعرف القاصر اعتماداً على معيار الأهلية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: القصر بالنظر إلى معيار السن

حسب توجهات التشريعات الوضعية، فإن القاصر حسب معيار سن الرشد يتحدد في شخصين، وهما: الصغير غير المميز، والصغير المميز؛ فكلاهما لم يبلغا هذه السن، وهو الأمر المشترك بينهما، في حين يختلفان في باقي الأحكام المتعلقة بكل واحد فيهما.

ولأجل توضيح من هو الصغير غير المميز، والصغير غير المميز، سنحاول من خلال هذا الفرع بيان مدلول كل منهما وفق ما بينه فقهاء الشريعة الإسلامية، والتشريعات العربية، على التوالي.

أولا– الصغير غير المميز: عرف بموجب المادة 943 من مجلة الأحكام العدلية[3]، بأنه: "الذي لا يفهم البيع والشراء، ولا يعلم كون البيع سالباً للملك، والشراء جالباً له، ولا يميز الغبن الفاحش مثل أن يغش في العشرة بخمسة من الغبن اليسير، والطفل الذي يميز هذه المذكورات يقال له صبي مميز".

وبالرجوع إلى نصوص التشريعات الوضعية، نجد أنها عرفت الصغير غير المميز من خلال تحديد السن المقرر في كل مرحلة من مراحل تدرج الأهلية، كما يظهر من هذه النصوص أن التشريعات العربية لم

---

[1] القانون رقم 78 المتعلق برعاية القاصرين العراقي، الصادر بتاريخ 20-04-1980م، الوقائع العراقية، ع.2772، الصادرة بتاريخ 05-05-1980م.

[2] نظام الجنسية العربية السعودية، الصادر بتاريخ 29 أوت 1954م، الموافق لـ 1 محرم 1374هـ.

[3] مجلة الأحكام العدلية، السالف ذكرها، ص.138.

تتفق كلها حول تحديد هذه السن، فذهب توجه إلى تحديدها بثلاث عشر سنة، وهو توجه كل من المشرع الجزائري بموجب المادة 2/42 من ق.م[1]، والمشرع التونسي في المادة 1/156 من م.أ.ش[2].

واعتبر المشرع المغربي أنه من لم يبلغ اثني عشرة سنة يكون غير مميز، وهذا ما يفهم ضمنياً من نص المادة 214 من م.أ.المغربية.

وهناك توجه حدد هذه السن بعشر سنوات، وهو موقف المشرع السوداني، إذ نص على أن: "الصغير غير المميز هو من لم يكمل العاشرة من عمره"[3].

على أن التوجه الغالب حدد هذه السن بسبع سنين[4]، وهو ما ذهب إليه كل من المشرع المصري، والمشرع الليبي، والمشرع البحريني، والمشرع السوري، والمشرع الكويتي، والمشرع القطري، والمشرع الإماراتي، والمشرع الصومالي، والمشرع السوداني، والمشرع الألماني[5]، وأشار إليه مشرع جزر القمر ضمنياً[6].

وتجب الإشارة أن المشرع السوداني أخذ بتوجهين مختلفين بخصوص بيان الشخص عديم التمييز، ففي حين اعتبره في مسائل الأحوال الشخصية من لم يبلغ عشر سنوات، جعله في مسائل المعاملات المدنية من لم يبلغ سبع سنوات.

وما يلاحظ على موقف هذه التشريعات، أنها اختلفت في تحديد سقف السن الذي بموجبه يعتبر الصغير غير مميز، إذ تدرج من ثلاث عشر سنة، إلى اثني عشر سنة، إلى عشر سنين، إلى سبع سنوات، وهي السن التي تبنتها أغلب التشريعات. ومن جانب آخر، هناك تشريعات لم تحدد هذه السن إطلاقاً؛ ومن ذلك المشرع اللبناني، والمشرع الموريتاني، والمشرع السعودي.

---

[1] نصت المادة 2/42 من ق.م.الجزائري على ما يلي: *" يعتبر غير مميز، من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة"*.

[2] أمر يتعلق بإصدار م.أ.ش.التونسية، الصادر في 06 محرم 1376هـ، الموافق لـ 13 أوت 1956م، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع.66، الصادر في 10 محرم 1376هـ، الموافق لـ 17 أوت 1956م، ص.1544.

[3] يراجع: المادة 220/أ من ق.أ.ش.السوداني.

[4] وعلى غرار التشريعات العربية، فقد أخذت التشريعات الغربية بهذا التوجه، ونذكر على سبيل المثال المشرع الألماني؛ حيث نص بموجب المادة 1/104 من ق.م، بأنه يكون الشخص غير قادر على التعاقد إذا لم يبلغ من العمر سبع سنوات بعد.

[5] نذكر على سبيل المثال: المادة 2/45 من ق.م.المصري، والمادة 2/45 من ق.م.الليبي، والمادة 1/3 من القانون المتعلق بتنظيم شؤون القاصرين الليبي، والمادة 73/ب من ق.م.البحريني، والمادة 2/47 من ق.م.السوري، والمادة 2/86 من ق.م.الكويتي، والمادة 2/50 من ق.م.القطري، والمادة 2/86 من ق.م.م، والمادة 2/164 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 2/45 من ق.م.الصومالي، والمادة 4/22 من ق.م.م.السوداني، والمادة 1/104 من ق.م.الألماني.

[6] Le législateur comorien a stipulé dans le Code de la famille l'âge auquel une personne est considérée comme indiscernable, et relevait indirectement de l'article n° 92/2, qui stipulait ce qui suit: *"Le droit de garde comporte notamment la surveillance et les soins à donner à l'enfant jusqu'à l'âge de discernement fixé en principe à sept ans".*

ثانيا– الصغير المميز: ورد لفظ التمييز بمعنى الفصل بين المتشابهات، وفق ما ورد في قوله تعالى: ﴿لِيَمِيزَ اللَّهُ﴾[1]، وقرئ: ليميز الله الخبيث من الطيب، والتمييز يقال تارة للفصل، وتارة للقوة التي في الدماغ، وبها تستنبط المعاني، ومنه يقال: فلان لا تمييز له، ويقال: انمازَ وامتاز، قال تعالى: ﴿وَامْتَازُوا الْيَوْمَ﴾[2]، وتميَّز كذا مطاوع ماز أي: انفصل وانقطع[3]، وقال تعالى: ﴿تَكَادُ تَمَيَّزُ مِنَ الْغَيْظِ﴾[4].

وعرف الصبي المميز من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية بتعريفات مختلفة، فقال الحنفية بأنه: الذي يعقل البيع والشراء؛ بأن يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعلم الغبن الفاحش من اليسير، ويقصد بالبيع والشراء؛ تحصيل الربح والزيادة[5]، ومن أوصافه حسب رأيهم كذلك، بأنه الذي يناظر في الدين ويقيم الحجج الظاهرة، حتى إذا ناظر الموحدين أفهم وإذا ناظر الملحدين أفحم[6].

ويلاحظ أن فقهاء الحنفية قد عرفوا الصبي المميز بوصفين؛ أحدهما يتعلق بالمعاملات المالية، والآخر يتعلق بإسلامه.

أما عند المالكية والشافعية فهو الذي يفهم الخطاب ويحسن رد الجواب ومقاصد الكلام ونحو ذلك[7]، وقد قال فقهاء المالكية إن المراد بفهم الخطاب؛ أنه إذا كلم بشيء من مقاصد العقلاء فهمه وأحسن الجواب، على أنه إذا دعي أجاب[8]. وعرفه الحنابلة بأنه الذي يفهم الخطاب ويرد الجواب[9].

ويمكن القول إن التعريف الذي أتى به فقهاء المذهب الحنفي، هو التعريف الأدق والأوسع من تعاريف المذاهب الأخرى؛ كونه بيّن ما وجب توافره في الصبي المميز للقيام بشؤون المعاملات، وخصها بالتحديد بموضوع البيع، فاشترط فيه الوعي، والإدراك، وقوة البصيرة لمختلف الأمور والمسائل المالية.

---

(1) القرآن الكريم، سورة الأنفال، الآية رقم 37.

(2) القرآن الكريم، سورة يس، الآية رقم 59.

(3) وهو مصدر الميز، ويقال: مازه يميزُه ميْزاً، وميَّزَهُ تمْييزاً. يراجع: الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق: عدنان صفوان داوودي، ط.4، دار القلم، الدار الشامية، سوريا، لبنان، 1430هـ، 2009م، ص.783.

(4) القرآن الكريم، سورة الملك، الآية رقم 08.

(5) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، وبهامشه حاشية الشلبي، ج.5، ط.1، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، 1315هـ، ص.191.

(6) السرخسي، المبسوط، ج.10، المرجع السابق، ص.121.

(7) يراجع: أبو عبد الله محمد الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، وبهامشه حاشية علي العدوي، ج.2، ط.2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1317هـ، ص.282؛ النووي، المجموع، ج.7، المرجع السابق، ص.29.

(8) عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني المصري، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ومعه الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، تحقيق: عبد السلام محمد أمين، ج.6، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1422هـ، 2002م، ص.248.

(9) البهوتي، كشاف القناع، ج.3، المرجع السابق، ص.252.

وسن التمييز عند الفقهاء وقت عرفان المضار من المنافع[1]، على أن هذا السن مختلف فيه، فهناك من حدده بسبع سنين، وهو المعتمد عند الحنفية وقول عند الشافعية وقول أكثر الحنابلة، إذ قالوا إن التمييز بعد استكمال سبع سنوات هجرية وذلك لتخييّره بين أبويه[2]، وقد اعتمدوا في قولهم على الحديث الآتي: حدثنا مؤمل بن هشام، حدثنا إسماعيل عن سوَّار أبي حمزة، قال أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مُرُوا أولادَكم بالصَّلاة وهم أبناء سبعِ سِنينَ، واضرِبوهم عليها وهم أبناءُ عَشرٍ، وفَرّقوا بينهم في المضاجِعِ"[3].

وهناك من قال إن الصبي المميز لا يضبط بسن مخصوص؛ بل يختلف باختلاف الأفهام، وهو قول المالكية وعند بعض الشافعية وبعض الحنابلة[4].

وأما التشريعات العربية، فلم تعرف الصغير المميز كما فعل فقهاء الشريعة الإسلامية، بل اكتفت بتحديد السن الذي يكون فيه الصبي مميزاً. وقد جعله المشرع الجزائري ثلاث عشرة سنة، وهذا الحكم نتبينه بمفهوم المخالفة لنص المادة 2/42 من ق.م.

وذهب المشرع التونسي إلى القول بأن المميز هو من تجاوز سن الثالثة عشر، وهذا حسب الفصل 2/156 من م.أ.ش، وعند المشرع السوداني هو من أكمل سن العاشرة[5]، وهو موقف المشرع اليمني[6]، وأما المشرع المغربي فحدده باثني عشرة سنة كاملة حسب ما ورد في المادة 214 من م.أ.المغربية[1].

---

[1] أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، الكليات، معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويش، محمد المصري، ط.2، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1419هـ، 1998م، ص.289.

[2] ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج.4، المرجع السابق، ص.287؛ سليمان بن محمد بن عمر الشافعي البجيرمي، حاشية البجيرمي على الخطيب المسماة تحفة الحبيب على شرح الخطيب، المعروف بالإقناع في حل ألفاظ أبو شجاع، ج.1، دار الفكر، لبنان، 1428هـ، 2007م، ص.409؛ أبو الحسن علي بن محمد بن علي بن عباس البعلي بن اللحام الحنبلي، القواعد، تحقيق: ناصر بن عثمان بن عمير الغامدي، ج.1، ط.1، مكتبة الرشد، السعودية، 1423هـ، 2002م، ص.48.

[3] رواه أبو داوود في السنن، كتاب: الصلاة، باب: متى يؤمر الغلام بالصلاة، رقم الحديث: 495، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قروبللي، ج.1، ط.1، دار الرسالة العالمية، سوريا، 1430هـ، 2009م، ص.367.

[4] الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، ج.2، المرجع السابق، ص.282؛ النووي، المجموع، ج.7، المرجع السابق، ص.29؛ ابن اللحام، القواعد، المرجع السابق، ص.48.

[5] نصت المادة 2/220 من ق.أ.ش.السوداني على ما يلي: *"الصغير المميز هو من أكمل العاشرة من عمره"*.

[6] نصت المادة 51 من ق.م.اليمني السالف الذكر على ما يلي: *" سن التمييز هي عشر سنين كاملة فإذا بلغها الشخص مميزا كان ناقص الأهلية وتكون له أهلية الصبي المميز وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها يكون ناقص الأهلية في حكم الصبي المميز ومن لم يبلغ سن التمييز أو بلغها مجنونا أو معتوها يكون فاقد الأهلية"*.

أما بالنسبة لباقي التشريعات المذكورة أعلاه، والتي حددت سن عديم التمييز بأقل من سبع سنين، فيمكن القول إن سن التمييز عندها هو ببلوغ هذا السن كاملاً، ومن بينها المشرع العراقي الذي نص في المادة 2/97 من ق.م السالف الذكر، بأن سن التمييز هو سبع سنوات كاملة، وأخذ به المشرع الإماراتي[2]، والمادة 2/92 من ق.أ لجزر القمر السالف ذكرها.

وباستقرائنا لبعض التشريعات الغربية، نذكر على سبيل المثال ما ذكره المشرع السويسري فيما يخص التمييز؛ حيث إنه لم يعرفه كمصطلح، وإنما اكتفى ببيان الصفات الملازمة للشخص المميز، بقوله في نص المادة 16 من ق.م، السالف الذكر[3]، بأنه من لم يحرم من القدرة على التصرف بشكل معقول بسبب صغر سنه، أو لم يحرم منه بسبب قصور عقلي أو اضطرابات عقلية أو سكر أو أسباب أخرى على حد سواء، قادر على التمييز ضمن معنى هذا القانون.

يلاحظ أن المشرع السويسري بين من خلال هذه المادة بشكل صريح، أن المميز هو ذلك الشخص الذي يمكنه إجراء أي تصرف ولا يوجد عائق يمنعه من ذلك كالسن أو مرض عقلي، أو غيرهما من الأسباب، وكما يفهم ضمنياً من هذه المادة أن التمييز الذي يعد قرينة لصلاح الأهلية، ينطوي على شرطين لعدم التمييز وهما: عدم وجود القدرة على التصرف بشكل معقول، أو بسبب إحدى الحالات المبينة بموجب القانون.

في حين ذهب المشرع الألماني إلى القول بأن القاصر تمنح له أهلية مقيّدة في حدود التصرفات التي يسمح بها القانون، ويكتسب هذه القدرة بمجرد بلوغه سبع سنوات، وهو ما نص عليه بموجب المادة 106 من ق.م السالف الذكر[4].

وعليه يمكن القول، إن القاصر يمر بطورين حسب هذا المعيار؛ الطور الأول وهو عدم التمييز: أي مرحلة انعدام الأهلية؛ تبدأ بالميلاد وتنتهي ببلوغ سن التمييز المقرر في كل تشريع؛ حيث يولد الطفل

---

[1] ظهير شريف رقم 22-04-1 بمثابة م.أ.المغربية، الصادر في 12 ذي الحجة 1424هـ، الموافق لـ 3 فبراير 2004م، بتنفيذ القانون رقم 03-70، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، ع.5184، الصادرة بتاريخ 14 ذي الحجة 1424هـ، الموافق لـ 5 فبراير 2004م، ص.418.

[2] يراجع: المادة 3/164 من ق.أ.ش.الإماراتي.

[3] Article 16 du Code civil suisse, mentionné ci-dessus Comme suit: *"Toute personne qui n'est pas dépourvue de la faculté d'agir raisonnablement à cause de son jeune âge, ou qui n'en est pas privée par suite de maladie mentale, de faiblesse d'esprit, d'ivresse ou d'autres causes semblables, est capable de discernement dans le sens de la présente loi".*

[4] Article 106 of the German Civil Code state*: "A minor who has reached the age of seven has limited capacity to contract under sections 107 to 113".*

وتثبت له الشخصية القانونية وأهلية الوجوب، ولكن لا تثبت له أهلية الأداء، وذلك لانعدام الإدراك والتمييز لديه، وبالتالي يكون فاقداً للتمييز، وتنعدم لديه أهلية الأداء تماماً[1].

أما الطور الثاني فيتعلق بالتمييز: أي نقص الأهلية، ويكون فيها الشخص مميزاً؛ وخلال هذه المرحلة يستطيع الشخص مباشرة نوع معين من التصرفات القانونية، ويمتنع عليه مباشرة أنواع أخرى[2]، وفي هذه المرحلة يكون تمييز الصبي بين الانعدام والكمال، فبالرغم من توافره لبعض أسباب التمييز، فهذا لا يمكنه من اكتساب الأهلية الكاملة بل تظل ناقصة إلى غاية بلوغه[3].

الفرع الثاني: القصر بالنظر إلى حالة الأهلية

ينطبق على الشخص لفظ القاصر، إذا كان تحت سن الرشد المقرر، وهناك من حددت القاصر بناءاً على حالة أهليته، وما يرد عليها من أوضاع؛ سواء كانت عوارض، أم موانع، فكل حالة من هاتين الحالتين لها أحكامها الخاصة. ومن خلال ما يلي، سنبين القصّر بسبب عوارض الأهلية، والقصّر بسبب موانعها.

أولا– القصّر بالنظر إلى وجود عارض في الأهلية: العارض لغة هو ما اعترض في الأفق فسدّه، وهو السّحاب المطل، وفي التنزيل العزيز: ﴿قَالُوا هَذَا عَارِضٌ مُمْطِرُنَا﴾[4]، وهو الحائل والمانع، والجمع عوارض[5].

أما في المعنى الاصطلاحي، فالعارض للشيء ما يكون محمولاً عليه خارجاً عنه، والعارض من الأشياء: خلاف الأصلي، ومن الحوادث خلاف الثابت[6].

وعرفت عوارض الأهلية عند الفقهاء بأنها أمور ليست ذاتية للأهلية، أو هي خصال أو آفات مغيرة للأحكام، كالسفر، أو مزيلة لها لمنعها أهلية الوجوب أو الأداء عن الثبوت، كالموت والنوم والإغماء، وملخصها هي أحوال منافية لأهلية الإنسان في الجملة غير لازم له[7].

---

[1] عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي للقانون المدني، الكتاب الأول، منشأة المعارف، مصر، بدون تاريخ النشر، ص.699.

[2] رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005م، ص.105.

[3] محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، القاعدة القانونية، نظرية الحق، ج.2، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006م، 2007م، ص.373.

[4] القرآن الكريم، سورة الأحقاف، من الآية رقم 24.

[5] المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص.594.

[6] البركتي، التعريفات الفقهية، المرجع السابق، ص.141.

[7] محمد أمين أمير بادشاه، تيسير التحرير شرح كتاب التحرير، في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية، ج.2، دار الباز، السعودية، بدون تاريخ النشر، ص.258.

وسميت هذه الأمور التي لها تأثير في تغيير الأحكام عوارض، لمنعها الأحكام التي تتعلق بأهلية الوجوب أو أهلية الأداء عن الثبوت، ولهذا لم يذكر الشيخوخة والكهولة ونحوهما في جملة العوارض وإن كانت منها، لأنه لا تأثير لها في تغيير الأحكام[1].

وقد قسم الفقهاء هذه العوارض إلى نوعين؛ عوارض سماوية، وهي التي تثبت من قبل الشارع ولا كسب للإنسان فيها، ولا اختيار له في وقوعها، وأهمها: الجنون والعته والنسيان والنوم والإغماء، وإما أن تكون كسبية؛ تقع بفعل الإنسان وكسبه واختياره، وأهمها: الجهل والسكر والسفه والخطأ والإكراه[2].

أما بالنسبة لعوارض الأهلية في القانون المدني، فهي أمور تعتري كمال أهلية الأداء فتؤثر عليها بإعدامها أو بإنقاصها، وهي صفات غير ذاتية للإنسان، بل هي طارئة تشوب أهلية الأداء لدى الشخص، وتنقسم هذه العوارض بحسب تأثيرها في أهلية الشخص إلى قسمين؛ عوارض تعدم أهلية الأداء؛ بأن تصيب الإنسان في عقله، فتقضي على إدراكه وتمييزه وتجعله في مرتبة الصبي غير المميز، وعوارض تنقص هذه الأهلية؛ بأن تلحق الإنسان في تدبيره فتفسده وتجعل الشخص في حكم الصبي المميز[3].

وقد اتفقت جل التشريعات العربية بأن عوارض الأهلية هي أربع حالات تتمثل في: الجنون والعته والسفه والغفلة، والأولان يعدمان أهلية الأداء، والأخيران ينقصانها، وقد بينا سابقاً أن بعض التشريعات لم تتبن الحكم نفسه بالنسبة لهذه العوارض، باعتبارها معدمة أو منقصة للأهلية؛ فما قد يعتبر عارضاً معدماً للأهلية في تشريع معين، قد لا يعد كذلك في تشريع آخر. وفيما يلي سنتعرض لهذه العوارض تفصيلاً.

1- تعريف عارض الجنون: ومعناه في المعجم اللغوي جُنَّ الرجل جنوناً وأجنه الله، فهو مجنون ولا تقل مُجَن، والجنة الجنون أيضا، وفي التنزيل العزيز: ﴿أَمْ بِهِ جِنَّةٌ﴾[4]، وقوله أيضا: ﴿أَمْ يَقُولُونَ بِهِ جِنَّةٌ﴾[5]. والاسم والمصدر على صورة واحدة، وهو نقصان العقل[6].

---

(1) البخاري، كشف الأسرار، ج.4، المرجع السابق، ص.262.

(2) محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.496.

(3) محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، ج.2، دروس في نظرية الحق، دار هومة، الجزائر، 2011م، ص.527.

(4) القرآن الكريم، سورة سبأ، من الآية رقم 08.

(5) القرآن الكريم، سورة المؤمنون، من الآية رقم 70.

(6) ويقال في شرحه: به جنة، وجنون، ومجنة، وتجنن عليه وتجانّ وتجانَن: أرى من نفسه أنه مجنون، وأجنه الله فهو مجنون، على غير قياس، وذلك لأنهم يقولون جن، فبني المفعول من أجنه الله على هذا، وقالوا: ما أجنه؛ قال سيبويه: وقع التعجب منه بما فعل، وإن كان كالخُلُق لأنه ليس بلون في الجسد ولا بخلقة فيه. يراجع: ابن منظور، لسان العرب، م.13، المرجع السابق، ص.ص.95-96.

وعرف من الناحية الاصطلاحية بأنه ذهاب العقل لآفة، ومظهره جريان التصرفات القولية والفعلية على غير نهج العقلاء[1]، وأيضاً هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلاّ نادراً[2].

وعرف عند فقهاء الحنفية بأنه: اختلال القوة المميزة بين الأشياء الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب، أو هو اختلال القوة التي بها إدراك الكليات، وبه يعلم تعريف العقل من أنه القوة التي بها ذلك[3].

وعرفه المالكية بأنه من لا يميّز السماء من الأرض ولا الطول من العرض، ومن لا يفهم الخطاب ولا يحسن رد الجواب[4].

هذا وقد درس فقهاء الحنفية الأسباب التي تؤدي إلى الجنون، وحصروها في ثلاثة، وهي:

- جنون يكون بسبب نقصان جبل عليه دماغه وطبع عليه في أصل الخلقة؛ فلم يصلح لقبول ما أعد لقبوله من العقل، كعين الأكمه ولسان الأخرس، وهذا النوع مما لا يرجى زواله ولا منفعة في الاشتغال بعلاجه.

- جنون يكون بسبب عارض أوجب زوال الاعتدال الحاصل للدماغ خلقة إلى رطوبة مفرطة أو يبوسة متناهية، وهذا النوع مما يعالج بما خلق الله تعالى لذلك من الأدوية.

وفي النوعين يتيقن زوال العقل لفساد أصلي أو عارض في محله، كما يتيقن زوال القوة الباصرة عن العين العمياء لفساد فيها بأصل الخلقة أو بعارض أمر أصابها.

- جنون يكون بسبب استيلاء الشيطان على الشخص؛ فيخيله الخيالات الفاسدة، ويفزعه في جميع أوقاته فيطير قلبه، ولا يجتمع ذهنه مع سلامة في محل العقل خلقة وبقائه على الاعتدال، ويسمى هذا المجنون ممسوساً لتخبط الشيطان إياه، وموسوساً لإلقائه الوسوسة في قلبه، ويعالج هذا النوع بالتعاويذ والرقى، وفي هذا النوع لا يحكم بزوال العقل[5].

---

[1] محمد قلعجي، معجم لغة الفقهاء، المرجع السابق، ص.167.

[2] الجرجاني، معجم التعريفات، المرجع السابق، ص.ص.70-71.

[3] ابن نجيم، البحر الرائق، ج.6، المرجع السابق، ص.68.

[4] محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، مع تعليقات من تسهيل منح الجليل، ج.2، ط.1، دار الفكر، لبنان، 1404هـ، 1984م، ص.188.

[5] البخاري، كشف الأسرار، ج.4، المرجع السابق، ص.ص.263-264.

ويقسم الفقهاء الجنون بناءاً على اعتبارين اثنين؛ الأول يرجع إلى زمن استمرار الجنون، والثاني يرجع إلى زمن نشوئه، واستناداً لهما يقسم الجنون إلى عدة أقسام[1]، سنبينها على النحو الآتي:

بالنظر إلى الاعتبار الأول، ينقسم الجنون إلى قسمين؛ جنون مطبق وجنون متقطع، وبالنظر إلى الاعتبار الثاني، يقسم إلى قسمين كذلك، جنون أصلي وجنون طارئ، وسنشرح كل نوع في التقسيم الآتي.

أ- أقسام الجنون بالنظر لزمن استمراره: وهما قسمين، جنون مطبق، وجنون متقطع، وهما كما يلي:

أ-1- الجنون المطبق أو المستمر: هو الذي يستوعب جنونه جميع أوقاته؛ ولا يقصد في الجنون هنا أن يكون المجنون مجنوناً في جميع الأوقات في عمره أو في جميع أوقاته بعد طروء الجنون؛ لأن المجنون المطبق إنما يتحقق كون جنونه مطبقاً بعد وفاته، ولا يقطع قبل الموت بكون جنونه مطبقاً أو غير مطبق، وعليه فمن يمضي أيام حياته مجنوناً لا تعتريه إفاقة أصلاً، ويأتيه الموت وهو في هذه الصورة يعد مجنوناً مطبقاً، كما أنه يعد مجنوناً مطبقاً بالاتفاق من يقضي سنة وهو مجنون، وخلاصة التعريف أن المجنون المطبق هو من يستوعب جنونه جميع أوقاته في سنة؛ وعلى قول آخر جميع أوقاته في شهر. وفي هذا النوع من الجنون ذكرت أربعة أقوال؛ يرى القول الأول إن الجنون المطبق هو الذي يمتد إلى سنة كاملة؛ لأن المجنون إذا تقلبت عليه الفصول الأربعة ولم يفق من جنونه علم أن جنونه مستحكم، والفتوى في حق التصرفات على تقدير الجنون لمدة سنة. والقول الثاني، الجنون المطبق لمدة شهر؛ أي الجنون الذي يمتد شهراً كاملاً. والقول الثالث، هو كالجنون الذي يمتد أكثر من سنة. والقول الرابع، هو الجنون الذي يستوعب أكثر من يوم وليلة. والفتوى عند الحنفية بالقول الثاني[2].

أ-2- الجنون غير المطبق أو المتقطع: وهو الجنون الذي تتخلله فترات إفاقة، والإفاقة هنا قد تكون تامة وقد تكون ناقصة، وكذا الفترات قد تكون معلومة وقد تكون مجهولة[3]، وعليه فإن الجنون غير المطبق هو الذي يكون جنوناً أقل من سنة على قول، أو أقل من شهر على قول آخر[4].

---

[1] خالد بوشمة، نظريّة الشخصية في الفقه الإسلامي، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص: أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2005م، ص.207، وص.209.

[2] علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، م.2، الحوالة، الرهن، الأمانات، الهبة، والغصب، والحجر، والإكراه والشفعة، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، دار الجيل، السعودية، لبنان، 1423هـ، 2003م، ص.ص.655-656.

[3] خالد بوشمة، نظريّة الشخصية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.208.

[4] علي حيدر، درر الحكام، م.2، المرجع السابق، ص.656.

ب– أقسام الجنون بالنظر لزمن نشوءه: يتضمن قسمين، جنون أصلي، وجنون طارئ، وهما كالآتي:

ب–1– الجنون الأصلي: هو النوع الذي يكون موجوداً في أصل خلقة الإنسان؛ أي يولد وهو بمصاب بالجنون، كالذي يولد وهو مصاب بأي عاهة أخرى كفقدان البصر أو السمع.

ب–2– الجنون الطارئ أو العارض: يصاب الإنسان بالجنون العارض عندما يزول الاعتدال ويطرأ على الدماغ نوع من الجنون، وقد يصاب بهذا الجنون نتيجة للإدمان على الخمر وتعاطيه المخدرات[1].

وباستقرائنا لبعض التشريعات العربية، نجد أنها عرفت المجنون بصيغ مختلفة، فعرف مثلاً في الفصل 160 من م.أ.ش.التونسية كما يلي: "المجنون هو الشخص الذي فقد عقله سواء أكان جنونه مطبقاً يستغرق جميع أوقاته أم متقطعاً تعتريه فترات يثوب إليه عقله فيها".

كما عرفه المشرع الموريتاني في المادة 1/172 من م.أ.ش[2]، بأنه: "الشخص الذي فقد عقله سواء كان الفقد مستمراً أو منقطعاً تعتريه فترات يرجع إليه عقله فيها".

وعرف عند البعض بأنه: "فاقد العقل بصورة مطبقة أو متقطعة"[3]، ويلاحظ أن التشريعات التي اعتمدت هذا التعريف، قد سارت على نهج الفقهاء في تقسيم الجنون إلى نوعين؛ مطبق ومتقطع.

وهو ما ورد أيضا في مجلة الأحكام العدلية بموجب المادة 944 منها، إذ نصت على ما يلي: "المجنون على قسمين أحدهما المجنون المطبق وهو الذي جنونه يستوعب جميع أوقاته والثاني هو الجنون غير المطبق وهو الذي يكون في بعض الأوقات مجنوناً ويفيق في بعضها".

وعليه، فالجنون هو من بين عوارض الأهلية التي تعدمها، وهو الأمر الذي أخذت به غالبية التشريعات العربية بفقدان الشخص عقله بصفة كلية أو بصفة مؤقتة.

---

[1] عصمت عبد المجيد بكر، أحكام رعاية القاصرين، دراسة في قانون رعاية القاصرين العراقي مع الإشارة إلى تشريعات عربية والقانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، المكتبة القانونية، العراق، بدون تاريخ النشر، ص.46.

[2] قانون رقم 2001–052 يتضمن م.أ.ش، الصادر بتاريخ 19 يوليو 2001م، الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، ع.1004، الصادرة بتاريخ 15 أغسطس 2001م، ص.361.

[3] يراجع: المادة 229/أ من ق.أ.ش.السوداني، والمادة الأولى من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري، والمادة 155/أ من ق.أ.ش.العماني، والمادة الأولى من وثيقة الكويت للنظام الموحد لرعاية أموال القاصرين ومن في حكمهم، والمادة 11/أ من القانون الليبي المتعلق بتنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم.

2- تعريف عارض العته: من العته والجمع معاتيه، وهو ناقص العقل[1]، أما اصطلاحاً فهو آفة توجب خللاً في العقل فيصير صاحبه مختلط الكلام يشبه بعض كلامه كلام العقلاء وبعضه بكلام المجانين، وكذا سائر أموره[2].

وقد عرف في بعض التشريعات العربية، ومن ذلك المادة 216 من م.أ.المغربية السالفة الذكر، بأنه: "الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تصرفاته".

كما عرفه المشرع السوداني في المادة 229/ب من ق.أ.ش، على النحو الآتي: "المعتوه هو قليل الفهم مختلط العقل، وفاسد التدبير".

وعرفه أيضاً المشرع الأردني في المادة 206/أ من ق.أ.ش[3]، كما يلي: " المعتوه هو الذي اختل شعوره بحيث يكون فهمه قليلاً وكلامه مختلطاً وتدبيره فاسداً". وهو ما ورد في المادة 945 من مجلة الأحكام العدلية، وهو المعتمد في بعض القوانين الأخرى[4].

والعته نوعان، الأول عته لا يبقى معه إدراك ولا تمييز، فتنعدم معه الأهلية، والثاني عته يبقى معه إدراك وتمييز ولكن ليس كإدراك العقلاء، وبهذا النوع من العته يكون كالبالغ الصبي المميز في الأحكام، فتثبت له أهلية ناقصة[5].

وكما سبق بيانه أعلاه، هناك تشريعات صنفت العته ضمن العوارض التي يكون بموجبها الشخص فاقداً للتمييز، ومن ثم يأخذ حكم الصبي غير المميز، وهناك تشريعات اعتبرته سبباً ينقص من الأهلية، وبالتالي يكون في حكم الصبي المميز.

3- تعريف عارض السفه: هو نقص في العقل، وأصله الخفة، وسفه الحق جهله[6]. ومن ألفاظه: الضعيف؛ مصداقاً لما ورد في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾[1].

---

[1] جبران مسعود، الرائد، المرجع السابق، ص.751.

[2] عبد اللطيف بن الملك، شرح منار الأنوار في الفقه، المرجع السابق، ص.341.

[3] قانون مؤقت رقم 36 المتضمن ق.أ.ش.الأردني، الصادر سنة 2010م،

[4] نذكر على سبيل المثال: المادة 155/ب من ق.أ.ش.العماني، والمادة الأولى من وثيقة الكويت للنظام الموحد لرعاية أموال القاصرين ومن في حكمهم، والمادة الأولى من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري، والمادة 11/ب من القانون الليبي المتعلق بتنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم.

[5] عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ط.6، مؤسسة قرطبة، بدون بلد النشر، بدون تاريخ النشر، ص.104.

[6] وهو من باب تعب وسفه بالضم سفاهة، وهو سفيه والأنثى سفيهة والجمع سفهاء، وسفهته تسفيهاً نسبته إلى السفه أو قلت له أنه سفيه. يراجع: الفيومي، المصباح المنير، المرجع السابق، ص.106.

أما اصطلاحا فهو عبارة عن خفّة تعرض للإنسان من الفرح أو الغضب، فتحمله على العمل بخلاف طور العقل ومقتضى الشرع[2].

وعرف في المادة 946 من مجلة الأحكام العدلية[3]، بأنه الذي يصرف ماله في غير موضعه، ويبذر في مصارفه، ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف، والذين لا يزالون يغفلون في أخذهم وإعطائهم، ولم يعرفوا طريق تجارتهم، وتمتعهم بحسب بلاهتهم وخلو قلوبهم، يعدون أيضا من السفهاء.

ويلاحظ أن المجلة ذكرت صنفين من السفهاء؛ الأول، الذي يبذر ماله ويسرفه في ما لا نفع فيه، وهو ما يسمى بالسفيه، والثاني، الأبله وهو الشخص ضعيف العقل وقليل التمييز[4]، ولذلك لا يعرف كيف يتصرف في ماله، ومن ثم فهو يُعدّ سفيهاً أيضاً.

وبالرجوع إلى أقوال الفقهاء في تعريفهم للسفه، نجد أنهم اختلفوا في عباراته؛ حيث عرفه فقهاء الحنفية بأنه تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع أو العقل، ولو في الخير، كأن يصرفه في بناء المساجد ونحو ذلك، وأن يتصرف تصرفات لا لغرض أو لغرض يعده العقلاء من أهل الديانة غرضاً، كالتبذير والإسراف في النفقة، ودفع المال إلى المغنيين واللعابين، وشراء الحمامة الطيارة بثمن غالٍ، والغبن في التجارات من غير مَحمدة، وأصل المسامحات في التصرفات والبّر والإحسان مشروع، إلاّ أن الإسراف حرام كالإسراف في الطعام والشراب[5]، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا﴾[6].

أما فقهاء المالكية فقالوا إن السفه هو التبذير؛ أي صرف المال في غير ما يراد له شرعاً، وفسر: بصرف المال في معصية، كخمر وقُمار، وأصله المغالبة في الشيء، والمراد به اللعب بالدراهم، على أن من غلب صاحبه فله من المعلوم كذا، وهو محرم إجماعاً، أو بصرفه في معاملة من بيع وشراء، بغبنٍ فاحشٍ، خارج عن العادة بلا مصلحة، تترتب عليه بأن يكون شأنه ذلك من غير مبالاة، أو صرفه في شهوات نفسانية على غير عادة مثله، في مأكله ومشربه وملبوسه ومركوبه ونحو ذلك، أو بإتلافه هدراً؛ كأن يطرحه

---

(1) القرآن الكريم، سورة البقرة، الآية رقم 282.

(2) البركتي، التعريفات الفقهية، المرجع السابق، ص.113.

(3) مجلة الأحكام العدلية، السالفة الذكر، ص.138.

(4) جبران مسعود، الرائد، المرجع السابق، ص.181.

(5) ابن عابدين، رد المحتار، ج.9، المرجع السابق، ص.ص.208-209، وص.212.

(6) القرآن الكريم، سورة الفرقان، الآية رقم67.

على الأرض أو يرميه في بحر أو مرحاض، كما يقع لكثير من السفهاء يطرحون الأطعمة والأشربة فيما ذكر ولا يتصدقون بها[1].

وعرف عند الشافعية بالمبذر[2]، وعند الحنابلة هو الذي لا يحسن التصرف في المال؛ إذ هو بالغ عاقل، لكن لا يحسن التصرف في المال، فيذهب ليشتري به ما لا نفع فيه ولا فائدة[3].

ونخلص من خلال تعاريف الفقهاء، أنهم اتفقوا بأن السفه مؤداه التبذير وإسراف المال، غير أنهم اختلفوا في الجهة التي يصرف فيها هذا المال، إما أعمال خيرية، وإما معاملات، أو أشياء عادية تتعلق بالحياة اليومية، والسفه المقصود من دراستنا هذه، هو ذلك المتعلق بالإسراف وسوء تسيير المال.

وعلى النهج نفسه، سارت التشريعات العربية بشأن تعريف السفه، فهناك من عرفه بأنه: "من يبذر ماله على خلاف مقتضى العقل والشرع"، ومن ذلك المشرع اليمني في المادة 63 من ق.م، وهناك من عرفه بأنه: "مبذر ماله فيما لا فائدة فيه"، وهو توجه المشرع العماني، والمشرع السوداني، والمشرع الإماراتي، والمشرع القطري، والمشرع الكويتي، والمشرع الليبي[4].

وهناك من عرفه بأنه: "المبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه، وفيما يعده العقلاء عبثاً، بشكل يضر به أو بأسرته"، وهو موقف المشرع المغربي، والمشرع الموريتاني حسب ما ورد في قانونيهما المتعلقين بالأسرة[5].

وهناك من عرفه بأنه ذلك الشخص الذي لا يحسن التصرف في ماله، ويبذره في غير موضعه، ويبذر في نفقاته، ويتلف أمواله بالإسراف خلافاً لما يقتضيه الشرع والعقل، وهو ما ذهب إليه المشرع التونسي، والمشرع الأردني، والمشرع السوري في قوانينهم المتعلقة بالأحوال الشخصية[6].

---

[1] أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى الإمام مالك، وبهامشه حاشية أحمد بن محمد الصاوي المالكي، تحقيق: مصطفى كمال وصفي، ج.3، دار المعارف، مصر، بدون تاريخ النشر، ص.393.

[2] شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، علي بن علي الشبراملسي، أحمد بن عبد الرزاق المغربي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ومعه حاشية الشبراملسي وحاشية المغربي الرشيدي، ج.4، ط.3، دار الكتب العلمية، لبنان، 1424هـ، 2003م، ص.353.

[3] محمد بن صالح العثيمين، شرح الممتع على زاد المستنقع، م.9، ط.1، دار ابن الجوزي، السعودية، 1424هـ، ص.291.

[4] يراجع: المادة 155/د من ق.أ.ش.العماني، والمادة 229/د من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 2/174 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة الأولى من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري، والمادة الأولى وثيقة الكويت للنظام الموحد لرعاية أموال القاصرين، والمادة 11/د من القانون الليبي المتعلق بتنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم.

[5] يراجع: المادة 215 من م.أ.المغربية، والمادة 3/172 من م.أ.ش.الموريتانية.

[6] يراجع: الفصل 164 من م.أ.ش.التونسية، والمادة 206/ب من ق.أ.ش.الأردني، والمادة 401 من ق.أ.ش.السوري.

وهناك تشريعات أخرى لم تعرفه، بل اكتفت بالنص على أنه عارض من عوارض الأهلية التي ينقصها، كما سبق بيانه أعلاه، ومن ذلك المشرع الجزائري، والمشرع المصري، والمشرع الفلسطيني، والمشرع اللبناني.

4- تعريف عارض الغفلة: ورد مصطلح الغفلة في المعجم اللغوي بمعنى الترك والسهو، والإهمال، وعدم تجربة الأمور، أو هو غيبة الشيء عن بال الإنسان وعدم تذكره له، ويقال عن الشخص الغافل: من لا يرجى خيره ولا يخشى شره[1].

أما من الناحية الاصطلاحية، فقيل بأنها متابعة النفس على ما تشتهيه، وقد قيل بأن الغفلة إبطال الوقت بالبطالة، وقيل الغفلة عن الشيء هي أن لا يخطر ذلك بباله[2].

في حين عرفت من الناحية الفقهية بأنها: عاهة تطرأ على الإنسان بدون اختباره، تتسبّب في جعله لا يفهم الخطاب عندما يلقى إليه[3].

وعند أبي حنيفة ذو الغفلة هو من لا يهتدي إلى التصرفات الرابحة فيغبن في البياعات لسلامة قلبه[4]، وبهذا الوصف يكون غير السفيه؛ لأن السفيه هو المفسد لماله بالقصد والاختيار لتغلب الشهوات الفاسدة عليه، واتباعه الغي والهوى، أما ذو الغفلة أو المغفل فهو لا يفسد ماله قصداً ولا ينقاد لشهواته، ولكنه يخدع بسهولة فيستطيع الناس أن يغبنوه في ماله، وليس هو المعتوه؛ لأن المعتوه يخلط في كلامه[5].

وباستقرائنا لبعض نصوص التشريعات العربية، نجد أنهم لم يخرجوا عن التعريف الفقهي لعارض الغفلة، فمثلا عرفه المشرع الأردني في المادة 206/ج من ق.أ.ش بأنه: "هو الذي لا يهتدي إلى التصرفات النافعة فيغبن في المعاملات لبله فيه". ويلاحظ على هذا التعريف، أن المشرع قد اقتصر على ذكر نوع واحد من التصرفات وهي النافعة فقط، وهذا ما يدل على أن ذا الغفلة شخص سليم العقل لكنه لا يحسن التصرف في ماله.

---

(1) وقد شرحت كما يلي: غفل يغفل: غفولاً وغفلاً وغفلة؛ عنه تركه وسها عنه إهمالاً، وعن الشيء؛ ستره، وغفل تغفيلاً، جعله غافلاً، سماه غافلاً. والغفل والجمع أغفال، ورجل غُفل: لا يجرب الأمور، والغفلة مصدر غفل؛ غيبة. يراجع: جبران مسعود، الرائد، المرجع السابق، ص.582.

(2) الجرجاني، معجم التعريفات، المرجع السابق، ص.136.

(3) عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، الشامل في حدود وتعريفات مصطلحات علم أصول الفقه، المرجع السابق، ص.214.

(4) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج.5، المرجع السابق، ص.198.

(5) عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج.2، كتاب الحظر والإباحة، كتاب اليمين، كتاب أحكام البيع، ط.2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1424هـ، 2003م، ص.334 الهامش: رقم1.

ولقد اصطلح عليه عند المشرع التونسي بلفظ "ضعيف العقل" حسب ما ورد في الفصل 160 من م.أ.ش[1]، وعند المشرع الموريتاني بـ: "ناقص العقل" وفقاً للمادة 2/172 من م.أ.ش[2]. والبعض الآخر من التشريعات[3]، عرفوه بأنه: "هو من يغبن في معاملاته المالية لسهولة خداعه".

وعليه يمكن القول، إن معظم التشريعات العربية اتفقت على أن الغفلة عارض من عوارض الأهلية، غير أنها لم تصنفه ضمن فئة واحدة؛ فهناك من اعتبره عارضاً معدماً للأهلية، وهناك من اعتبره منقصاً لها.

ثانيا– القصّر بالنظر إلى وجود مانع في الأهلية: قد يكون الشخص كامل الأهلية، بالغاً سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، وغير مصاب بعارض من عوارض الأهلية، ومع ذلك تقوم لديه ظروف مادية أو قانونية أو طبيعية تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، وهي ما يطلق عليها بموانع الأهلية[4].

هذا، وقد عرفت موانع الأهلية على أنها ظروف معينة تطرأ على أهلية الشخص، فتمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، أو أن يستقل بمباشرتها بمفرده، أو هي أمر يطرأ يحول بين الشخص وبين مباشرة التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده، وعلة المنع لا تعود إلى نقص الأهلية، وإنما إلى حادث طارئ تتعرض له الأهلية[5].

وحسب ما بيناه أعلاه عند تعريف القاصر وتحديده في التشريعات العربية، نجد أن بعضها ذكر أشخاصاً يصنفون على أنهم قصّر لوجود مانع في أهليتهم، وتشريعات أخرى لم توضح الأشخاص الذين بهم هذه الموانع عند تعريفها للقاصر، وإنما تحدثت عنها في المواد المتعلقة بنظام النيابة الشرعية على أموالهم[6]. وعليه سنحاول فيما يلي بيان هذه الموانع في النقاط الآتية:

1– الموانع المادية: هي تلك الأمور التي تأتي نتيجة لظروف خارجة عن إرادة الشخص؛ بحيث تحول بينه وبين ممارسة حياته كما كانت؛ إذ تحد من أهليته ليس بإعدامها أو إنقاصها، بل من ناحية

---

(1) ورد نص الفصل 160 من م.أ.ش.التونسية، السالف الذكر كما يلي: *"ضعيف العقل هو الشخص غير كامل الوعي السيئ التدبير الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرائجة ويغبن في المبايعات"*.

(2) ورد نص المادة 2/172 من م.أ.ش.الموريتانية، السالف الذكر، على النحو الآتي: *"ناقص العقل هو لا يهتدي إلى التصرفات السليمة ويغبن في المبايعات"*.

(3) نذكر على سبيل المثال: المادة الأولى من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري، والمادة الأولى من وثيقة الكويت للنظام الموحد لرعاية أموال القاصرين ومن في حكمهم، والمادة 229/جـ من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 154/جـ من ق.أ.ش.العماني، والمادة 402 من ق.أ.ش.السوري، والمادة 11/جـ من القانون الليبي المتعلق بتنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم.

(4) عوض أحمد الزغبي، المدخل إلى علم القانون، ط.3، دار وائل، الأردن، 2007م، ص.453.

(5) عجة الجيلالي، المدخل للعلوم القانونية، ج.2، نظرية الحق، برتي للنشر، الجزائر، 2009م، ص.ص.159-160.

(6) لقد أشرنا هنا إلى نظام النيابة الشرعية على أموال القاصرين دون التفصيل فيها؛ على اعتبار أننا سنتطرق إليه في الباب الثالث من هذه الأطروحة.

قيامه بمختلف التصرفات القانونية التي يريدها، وهذه الموانع تكون في حالتين: الفقد والغيبة. وسنتطرق لكل مانع منهما بشيء من التفصيل كما يلي:

1- المانع المادي بسبب الفقد: فقد الشيء في اللغة يفقده فقداً وفقداناً وفقُوداً، فهو مفقود وفقيد: عَدِمَه؛ أفقده الله إياه. والتفقد: تطلب ما غاب من الشيء، وفي التنزيل الحكيم: ﴿وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرَى الْهُدْهُدَ﴾[1]، وكذلك الافتقاد، وقيل: تفقّدته أي طلبته عند غيبته، وتفاقد القوم؛ أي بعضهم بعضاً[2].

كما عرف الفقهاء الفقد بمعانٍ مختلفة، فعرفه السرخسي من الحنفية بأنه اسم لموجود هو حي، باعتبار أول حاله، ولكنه خفي الأثر، كالميت، باعتبار مآله، وأهله في طلبه يُجدون ولخفاء أثر مستقره لا يجدون، قد انقطع عنهم خبره واستتر عليهم أثره، وبالجد ربما يصلون إلى المراد، وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد[3].

وقال المالكية المفقود هو الذي لا يبلغه سلطان، ولا كتاب سلطان فيه، قد أضل أهله وإمامه في الأرض لا يدري أين هو، وقد تلوموا لطلبه والمساءلة عنه فلم يوجد[4].

أما بالنسبة للشافعية فعرفوه كما يلي: هو الذي انقطع خبره وجُهل حاله في سفر أو حضر، في قتال أو عند انكسار سفينة أو غيرهما، وفي معناه: الأسير الذي انقطع خبره[5].

في حين عرفه الحنابلة بأنه من انقطع خبره فلم نعلم له حياة أو موتاً، وهو من خفي خبره بأسر أو سفر، غالبه السلامة، كالتجارة والسياحة، أو غالبه الهلاك، كمن غرق في مركب فسلم قوم دون قوم، أو فقد من بين أهله أو في مغارة مهلكة[6].

ما يلاحظ على تعاريف الفقهاء، أنها لم تضبط المفقود في تعريف واحد، ولكنها لم تخرج عن معناه الذي يقصد به ذلك الشخص الذي غاب عن بيته وأسرته وبلده في مكان مجهول، وانقطعت أخباره لفترة زمنية؛ بحيث يغلب على أمره الهلاك أو الموت، فلا يعلم إذا ما كان حياً أم ميتاً.

---

(1) القرآن الكريم، سورة النمل، من الآية رقم 20.

(2) ابن منظور، لسان العرب، م.3، المرجع السابق، ص.337.

(3) السرخسي، المبسوط، ج.11، المرجع السابق، ص.34.

(4) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، م.5، المرجع السابق، ص.133.

(5) يحي بن شرف النووي محي الدين أبو زكريا، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، ج.6، ط.3، المكتب الإسلامي، لبنان، 1412هـ، 1991م، ص.34.

(6) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، عبد الله بن عبد العزيز العنقري، الروض المربع شرح زاد المستنقع وحاشية الروض المربع، ج.3، مكتبة الرياض الجديدة، مطبعة السعادة، السعودية، 1397هـ، 1977م، ص.43.

وباستقرائنا لبعض نصوص التشريعات العربية، نجد أن معظمها قد اتفق على تعريف واحد للمفقود، على أنه الغائب الذي لا تعرف حياته من مماته[1]، ويلاحظ أن هذا التعريف قد ورد بصيغة عامة دون بيان لكيفية الفقد أو سببه.

أما المشرع الجزائري فقد عرفه في المادة 109 من ق.أ، كما يلي: "المفقود هو الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته، ولا يعتبر مفقوداً إلاّ بحكم"، ويلاحظ أن المشرع ربط اعتبار الشخص مفقوداً بحكم قضائي؛ أي أنه لا يمكن القول بأن الشخص مفقود إلاّ بعد صدور حكم بذلك.

كما عرفه المشرع التونسي في الفصل 81 من م.أ.ش، بأنه من انقطع خبره وممكن الكشف عنه حياً، ويتبين من هذا التعريف أن المفقود هو من يعرف بأنه حي ولكن لا تصل أخباره، على أن التعريف لم يبين ما إذا كان يعتبر مفقوداً إذا تم العثور عليه وهو ميت.

وتجدر الإشارة إلى أن التشريعات العربية قد اختلفت في تحديد المدة التي يعد بموجبها الشخص مفقوداً، وذلك في حالتين؛ حالة يغلب فيها هلاكه، فتوجه من التشريعات حددها بسنة بعد إعلان الفقد كالمشرع الإماراتي[2]، وهناك من حددها بسنتين كالمشرع السوداني، والمشرع القطري، والمشرع الكويتي، والمشرع العراقي[3]، وهناك من حددها بأربع سنوات كالمشرع الجزائري[4].

وحالة لا يغلب فيها هلاكه كالظروف الاستثنائية، والحروب فهناك من حددها بسنتين كالمشرع التونسي[5]، وهناك من حددها بأربع سنوات كالمشرع الجزائري، والمشرع السوداني، والمشرع القطري، والمشرع الكويتي، والمشرع العراقي[6].

---

[1] يراجع: المادة الأولى من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري، والمادة الأولى من وثيقة الكويت للنظام الموحد لرعاية أموال القاصرين ومن في حكمهم، والمادة 1/233 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 2/259 من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 2/190 من ق.أ.ش.العماني، والمادة 246 من ق.أ.الأردني، والمادة 86 من قانون رعاية القاصرين العراقي، والمادة 21/ب من القانون الليبي المتعلق بتنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم.

[2] المادة 3/237 من ق.أ.ش.الإماراتي.

[3] يراجع: المادة 264/ب من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 2/39 من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري، والمادة 2/44(ب) من وثيقة الكويت للنظام الموحد لرعاية أموال القاصرين ومن في حكمهم، والمادة 3/93 من قانون رعاية القاصرين العراقي.

[4] المادة 113 من ق.أ.الجزائري.

[5] الفصل 82 من م.أ.ش.التونسية.

[6] يراجع: المادة 113 من ق.أ.الجزائري، والمادة 264/ب من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 2/39 من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري، والمادة 2/44 (أ) من وثيقة الكويت للنظام الموحد لرعاية أموال القاصرين ومن في حكمهم، والمادة 2/93 من قانون رعاية القاصرين العراقي.

وهناك تشريعات حددت مدة الفقد بأربع سنوات دون أن يفرق حالات الفقد، وهو موقف المشرع العماني من خلال ما نص عليه في المادة 194/ب من ق.أ.ش[1].

2- المانع المادي بسبب الغيبة: ورد في المعجم اللغوي بمصطلح الغيب ومعناه الشك، وجمعه: غياب، وغائبون، والأخيرة اسم للجمع، صحت الياء فيها تنبيهاً على أصل غاب[2].

أما من الناحية الاصطلاحية، فقد درج الفقهاء على استعمال كلمة الغيبة في مسألة غيبة الزوج عن زوجته، ويريدون بها المعنى اللغوي لهذه الكلمة، ثم يرتبون عليها أحكاماً فقهية ذكرت بخصوص هذا الأمر، وعند حديثهم عن غيبة الزوج نجدهم يفرقون بين نوعين من الغيبة، غيبة منقطعة، وغيبة غير منقطعة؛ حيث يقصدون بالغيبة المنقطعة: حالة فقدان الزوج، أما الغيبة غير المنقطعة فمعناها غيبة الزوج عن زوجته ببعده عنها، غير أن مكانه معروف ومعلوم ويمكنها الاتصال به[3].

ويظهر مما سبق، أن الفقهاء يعتبرون الغيبة نوعاً من أنواع الفقد، إذا ما كانت منقطعة، كما أنهم تحدثوا عن حالة غيبة الزوج عن زوجته إذا كانت تعلم مكان تواجده، غير أنهم لم يشيروا إلى حالة غيبة الزوج عن زوجته، إذا كان مكانه غير معروف ولا يمكن للزوجة أن تتصل به.

وبالرجوع إلى التشريعات العربية، نجد أنها عددت التعاريف الخاصة بالغائب، فمثلا اعتبر المشرع الجزائري الغائب في حكم المفقود، غير أن هذا الحكم يسري بعد مرور المدة المحددة قانوناً، وبمفهوم المخالفة للمادة، فإنه من غاب لمدة أقل من تلك المدة المقررة، لا يمكن اعتباره غائباً، وقد جعلها المشرع سنة، وهو ما ورد في نص المادة 110 من ق.أ[4]. وهو موقف المشرع السوري في تعريفه للغائب، يظهر من خلال المادة 409 من ق.أ.ش[5].

---

[1] مرسوم سلطاني برقم 97/32 المتعلق بإصدار ق.أ.ش.في سلطة عمان، الصادر بتاريخ 28 محرم 1418هـ، الموافق لـ 4 يونيو 1997م، الجريدة الرسمية العمانية، ع.601، الصادرة بتاريخ 10 صفر 1418هـ، الموافق لـ 15 يونيو 1997م.

[2] والغيب: كل ما غاب عنك، وغاب عني الأمر، غيباً وغياباً وغيبة وغيبوبة، وغيوباً ومغاباً ومغيباً وتغيب: بَطَنَ، وغيبه هو وغيبه عنه. وغاب الرجل غيباً ومغيباً وتغيب: سافر أو بان، وقوم غيّب، وغيّاب وغيب. يراجع: ابن منظور، لسان العرب، م.1، المرجع السابق، ص.ص.654-655.

[3] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج.8، ط.1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1413هـ، 1993م، ص.460.

[4] نصت المادة 110 من ق.أ.الجزائري السالف الذكر على ما يلي: *"الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة، مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"* .

[5] نصت المادة 409 من ق.أ.ش.السوري على ما يلي: *" يعتبر كالمفقود الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع مقامه أو إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره"* .

وعرفه المشرع الأردني في المادة 245 من ق.أ، كما يلي: "الغائب هو الشخص الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته وحالت ظروف دون إدارته شؤونه المالية بنفسه أو بوكيل عنه مدة سنة فأكثر وترتب عن ذلك تعطيل مصالحه ومصالح غيره".

أما المشرع العراقي فعرفه في المادة 85 من قانون رعاية القاصرين، كما يلي: "الغائب هو الشخص الذي غادر العراق أم لم يعرف له مقام فيه مدة تزيد عن السنة دون أن تنقطع أخباره وترتب على ذلك تعطيل مصالحه ومصالح غيره".

ويلاحظ على هذا التعريف، أن المشرع العراقي اعتبر الشخص غائباً في حالتين؛ إذا غادر البلد، أو إذا لم يكن في بلده لكن يجهل مكان إقامته، فحتى الشخص الذي يجهل محل إقامته داخل العراق، اعتبره المشرع غائباً.

ويلاحظ على هذه التشريعات، أنها ضبطت معيار الغياب حسب المانع الذي حال دون رجوع الشخص إلى بيته بمدة محددة قانوناً، قدرت بفترة سنة فأكثر، غير أن كل تشريع لم يبين متى يتم حساب هذه المدة؛ هل من تاريخ خروج الشخص من بيته، أم من يوم انقطاع أخباره عن أسرته، لذلك يستحسن إعادة النظر في المسألة خاصة أنه أحياناً قد تطرأ ظروفاً استثنائية لا تمس دولة معينة، وإنما العديد إن لم يكن أغلبها، تحول دون رجوع الأشخاص إلى دولتهم أو بيوتهم.

في حين اعتبر المشرع السوداني أن الغائب هو الشخص الذي لا يعرف محل إقامته، أو ذلك الشخص الذي ترسل إليه إعلانات ولكن لا تصله[1]. ونص عليه المشرع الليبي في المادة 21/أ من القانون المتعلق بتنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم السالف الذكر، بأنه: "الذي لا تُعرف حياته ولا وفاته".

وبالبحث عن تعريف الغائب في التشريع الغربي، نذكر على سبيل المثال ما نص عليه المشرع الكندي بقوله إنه ذلك الشخص الذي توقف عن الظهور عندما كان موطنه في كيبيك، دون إعطاء أي أخبار، ومع عدم العلم إن كان على قد الحياة أم لا، وهذا بموجب المادة 84 من ق.م[2].

ما يلاحظ على هذه التعاريف، أنها تحدثت عن الغائب بصفة عامة، ولم تربطه بمسألة غيبة الزوج، بالإضافة إلى أن اعتبار الغائب في حكم القاصر لدى بعض التشريعات يثير بعض الإشكالات، فهل قصدت أن يكون الغائب في حكم القاصر من ناحية السن؛ إذا ما كان صبياً مميزاً أم غير مميز، أم يعتبر في حكم القاصر من ناحية الفعل؛ أي قصوره وعجزه عن أداء وتسيير أموره لغيبته.

---

[1] يراجع: المادة 1/259 من ق.أ.ش.السوداني، السالف الذكر.

[2] Code civil du Québec, Canada 1991.

والغائب الذي نعنيه في رسالتنا هذه بناء على اعتباره في حكم القاصر؛ ذلك الشخص الذي غاب عن بيته ولا يعرف مكانه، ومن ثم تعذر عليه إدارة أموره خاصة فيما يتعلق بأمواله وممتلكاته.

2- الموانع القانونية: المانع القانوني الذي نقصده، هو تقييد حرية الشخص بالحكم عليه بعقوبة[1]، نتيجة لارتكابه جريمة معينة، ويستتبع هذا منعه من ممارسة حقوقه بنفسه، وبالتالي تقييد أهليته؛ فيمتنع عليه القيام بمختلف التصرفات القانونية.

والمشرع السوري من بين كل التشريعات العربية الذي نص صراحة على أن المحكوم بحكم جنائي[2]، يعتبر ناقص الأهلية.

أما بعض التشريعات فنصت على أن المحكوم عليه بحكم جنائي يمنع من ممارسة حقوقه لاسيما المالية منها، كالمشرع الجزائري الذي نص على هذا الحكم في المادة 9 مكرر/1 من ق.ع[3]، إذ وردت كالآتي: "في حالة الحكم بعقوبة جنائية، تأمر المحكمة وجوباً بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية".

كما نص على هذا الحكم المشرع المصري، وذلك بموجب المادة 25 من ق.ع[4]؛ التي ورد في مضمونها أن كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتماً حرمان المحكوم عليه من مجموعة من الحقوق والمزايا منها إدارة أمواله وممتلكاته.

وبينت بعض التشريعات أن كل من يحكم عليه بعقوبة جنائية يخضع بالإضافة إلى هذا، لإجراءات الحجر القانوني طيلة فترة عقوبته، كعقوبة تكميلية للعقوبة الأصلية[5]، ومن ذلك المادة 38 من ق.ع.المغربي، والمادة 24 من ق.ج.الموريتاني، والمادة 50 من ق.ع.اللبناني[1].

---

[1] العقوبة هي جزاء يقرره المشرع ويوقعه القاضي على من تثبت مسؤوليته في ارتكاب جريمة، وتتمثل العقوبة في إيلام الجاني بالإنقاص من بعض حقوقه الشخصية، أهمها الحق في الحياة والحق في الحرية. يراجع: أحسن يوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، ط.6، دار هومة، الجزائر، 2008م، ص.217.

[2] الحكم هو نطق لازم وعلني يصدره القاضي مما يفصل فيه في الخصومة مطروحة عليه أو النزاع بها. يراجع: حسين طاهري، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية، ط.3، دار الخلدونية، الجزائر، 2005م، ص.133.

[3] القانون رقم 06-23 المتضمن ق.ع، المؤرخ في 29 ذي القعدة 1427هـ، الموافق لـ 20 ديسمبر 2006م، يتمم الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر 1386هـ، الموافق لـ 8 يونيو 1966م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع.84، الصادرة في 04 ذو الحجة 1427هـ، الموافق لـ 24 ديسمبر 2006م، ص.11.

[4] القانون رقم 58 المتضمن ق.ع.المصري، لسنة 1937م، طبقاً لأحدث التعديلات بالقانون رقم 95 لسنة 2003م.

[5] تنقسم العقوبة إلى صنفين؛ عقوبات أصلية، وعقوبات تكميلية، فأما العقوبات الأصلية، فهي تلك المقررة أصلا للجريمة، وأما العقوبات التكميلية، فهي التي تصيب الجاني بناء على الحكم بالعقوبة الأصلية. يراجع: مساعد بن عبد الله بن عبد العزيز العثمان،

ويتبين أنه بوجود هذا المانع، فإن المحكوم عليه يمنع من ممارسة ما يمنعه القانون طبقاً لذلك، إضافة إلى خضوعه لإجراءات الحجر المقررة قانوناً؛ باعتباره من بين الأشخاص الخاضعين لهذه الإجراءات.

3- الموانع الطبيعية: يقصد بالمانع الطبيعي وجود عاهة؛ أي آفة[2]، تحول بين الشخص والتعبير عن إرادته؛ بحيث لا يمكنه من ممارسة حياته بشكل طبيعي كباقي الأشخاص، وإنما يكون بحاجة للمساعدة من الغير على الدوام، هذا وقد حدد القانون المقارن هذه العاهة وجوباً في حالاتها الثلاث بشكل مزدوج، وهي: العمى والصمم والبكم؛ إذ يجب أن تلازم كل حالة إحدى الحالتين المتبقيتين؛ أي أن يكون الشخص أعمى أصم، أو أعمى أبكم، أو أصم أبكم، فإذا وجد هذا المانع عند الشخص أصبح قاصراً عن أداء مصالحه بنفسه.

وهذا المانع قد نصت عليه بعض التشريعات العربية في نصوصها[3]، وبينت أن من كانت به هذه العاهة المزدوجة يكون بحاجة إلى مساعدة لتسيير مصالحه، وهذا الأمر قد ورد بصيغة عامة، يعني كل شخص مهما كان سنه. غير أنه ما يلاحظ أن القانون لم ينص على العاهة المعروفة باسم متلازمة داون[4]، بصفتها إعاقة ومانعاً لا يسمح لصاحبه بالقيام بمختلف التصرفات بنفسه، فهؤلاء الأشخاص هم كذلك بحاجة لمن يقوم بأمورهم نظراً للعاهة التي يعانون منها.

يستخلص مما سبق عرضه وبيانه من خلال هذا الفصل، أن مصطلح القاصر لم يكن متعارف عليه عند الفقهاء، عكس التشريعات العربية؛ حيث خصصت له إطار خاص ضمن قوانينها المختلفة؛ سواء في

العقوبات التكميلية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير في العدالة الجنائية، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، السعودية، 1426هـ، 2006م، ص.28، وص.43.

[1] يراجع: ظهير شريف رقم 1.59.413 المتعلق بالمصادقة على مجموعة ق.ج.المغربي، صادر في 28 جمادى الثانية 1382هـ، الموافق لـ 26 نوفمبر 1962م، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، ع.2640 مكرر، الصادرة بتاريخ 12 محرم 1383هـ، الموافق لـ 5 يونيو 1963م، ص.1253؛ والقانون رقم 162-83 المتضمن ق.ج.الموريتاني، الصادر بتاريخ 9 يوليو 1983م؛ ومرسوم اشتراعي رقم 340 بشأن ق.ع.اللبناني، الصادر في أول مارس 1943م.

[2] البركتي، التعريفات الفقهية، المرجع السابق، ص.142.

[3] نذكر على سبيل المثال: المادة 80 من ق.م.الجزائري، والمادة 70 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 118 من ق.م.السوري، والمادة 61 من ق.م.م.السوداني، والمادة 117 من ق.م.الليبي، والمادة 107 من ق.م.الكويتي، والمادة 173 من ق.م.م.الإماراتي، والمادة 116 من ق.م.الصومالي، والمادة 215 من ق.أ.الأردني، والمادة 115 من ق.م.الفلسطيني.

[4] تعرف هذه المتلازمة بأنها عيب في انقسام الكروموسوم 21، ويسمى ثلاثي الكروموسوم 21؛ بحيث يكون عدد الكروموسومات 47 بدلاً من 46، وأهم ما يميز أصحابها إعاقة ذهنية تتراوح من البسيطة إلى المتوسطة فالشديدة. يراجع: حمد محمد طاهر واوان الشمري، الفروق في السلوك العدواني والمهارات الاجتماعية لدى أطفال متلازمة داون طبقاً لفترة الالتحاق ببرامج التدخل المبكر، رسالة ماجستير في التربية الخاصة، تخصص الإعاقة الذهنية، جامعة الخليج العربي، كلية الدراسات العليا، مملكة البحرين، 1428هـ، 2007م، ص.16.

ق.م، أم ق.أ، أم قانون الولاية على ماله، وبالبحث في معناه لاحظنا اختلاف توجهاتهم في ذلك؛ حيث اعتبر بأنه من لم يبلغ الرشد عند البعض، والبعض الآخر صرح به ليشمل بتعريفه عدة أشخاص يطلق عليهم هذا اللفظ، بينما توجهات تشريعية أخرى لم تذكر بصريح العبارة من هو القاصر كما فعل المشرع الجزائري، مما دعانا للبحث عنه فيما نص عليه من مواد تثبت فعلياً اعتراف المشرع الجزائري ومن في فلكه بوجود شخص يخضع لأحكام القانون يسمى القاصر.

الفصل الثاني: السياسة الشرعية والقانونية المقررة على حرية القاصر من التصرف بماله

عنيت أحكام الشريعة الإسلامية فيما أتت به من قواعد تتعلق بالطفل القاصر بتضمين جميع المسائل المتعلقة بشؤونه العامة والخاصة؛ حيث انتهجت سياسة تهدف إلى جلب مصالحه، ودرء المفاسد والضرر عنه، لا سيما ما تعلق بشؤونه المالية، فهذه الشؤون الأخيرة لما لها من الأهمية، تستدعي تسييرها وفق مسار سليم وصحيح يخدم القاصر ولا يضر به. فنظراً لما يعتريه من خلل في أهليته حسب ما بيناه أعلاه، فإن الأمر يتطلب اتخاذ إجراء من شأنه منع القاصر من التصرف في ماله لعدم قدرته على ذلك. وفي السياق ذاته، توجهت التشريعات الوضعية لدراسة موضوع القاصر، وإحاطته بالاهتمام تفصيلاً في الجوانب المتعلقة به، خاصّة من حيث قابليته للتصرف في ماله شخصياً.

هذا، ولقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية على أن القاصر متى كان صغيراً في السن؛ بأن كان مميزاً أم غير مميز، أو وجد به عارضٌ في الأهلية؛ سواء أنقص منها أم أعدمها، أو كان به مانع يقّيد من أهليته؛ سواء كان مانعاً مادياً كالغيبة، والفقد، أم مانعاً قانونياً كالعقوبة، أم مانعاً طبيعياً كالعاهة الجسدية، فجميع هذه الحالات تعد سبباً يمنع به القاصر من التصرف في ماله.

وقد برز اهتمام الفقهاء والقانونيين بمسألة تصرف القاصر في ماله، من خلال إقرارهم لسياسة خاصة تحد من حريته في التصرف؛ وتجعل القاصر يخضع لها بشكل إجباري ومفروض، ومن أجل حماية أمواله. وهذه السياسة المقررة ترمي من الناحية الشرعية والقانونية، إلى تحقيق مقصد حماية أموال القاصر وحفظها من حيث الوجود، والنمو، من خلال إرساء أحكام مستمدة من النصوص الشرعية تقيّ القاصر وتصون ماله من التلف والضياع.

هذا، وإذا كان الأصل أن القاصر يمنع من التصرف في ماله، بإجماع كل من الفقهاء، والقانونيين، فإن هذا لا يعني الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها؛ إذ هناك أحوال يسمح فيها للقاصر بالتصرف في ماله، ضمن الحدود التي رسمها الشرع أو القانون.

إن الحديث عن السياسة الشرعية والقانونية المقررة على حرية القاصر من التصرف بماله، يقودنا إلى بيان نهج هذه السياسة، من خلال بحث نظام الحجر على القاصر في الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة (**المبحث الأول**)، ثم تحديد المعايير الإلزامية التي تسمح للقاصر من التصرف في ماله (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول: نظام الحجر على القاصر في الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة

يتمتع الشخص بكمال أهليته بمجرد بلوغه سن الرشد، دون أي عارض يجعل هذه الأهلية ناقصة، أم معدمة، أم مقيدة، فيخول له القانون حق التصرف بماله، إذا لم يكن هناك أي مانع يحول دون ذلك؛ وبديهي أن هذا الحكم لا يسري على القاصر الذي لا يمكنه التصرف وحده، إلاّ في الحدود المرسومة له شرعاً وقانوناً.

هذا، وتشمل السياسة المقررة للحد من حرية القاصر في التصرف بماله، نظام الحجر الذي تم إقراره من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية، وتبنيه من قبل التشريعات الوضعية.

ومن أجل بيان نظام الحجر على القاصر يتعين بداية البحث في مفهوم الحجر في الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة (**المطلب الأول**)، ثم تحديد نطاق الحجر على القاصر (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: مفهوم الحجر على القاصر في الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة

شغل نظام الحجر على القاصر حيزاً كبيراً في دراسات الفقهاء، والقانونيين، باعتباره نظاماً مقرراً لحماية مصالحه، وأمواله، فهو يعد سياسة ردعية حمائية؛ تهدف إلى تقييد الشخص في معاملاته، وحمايته من سوء تصرفه.

وقد أحاط فقهاء الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية موضوع الحجر على القاصر باهتمام كبير، فبينوا أحكامه من خلال جملة من النصوص الشرعية.

وسنحاول من خلال هذا المطلب تعريف الحجر من الناحية اللغوية، والاصطلاحية، والقانونية (**الفرع الأول**)، ثم نبين مدى مشروعية الحجر على القصر (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: تحديد مدلول الحجر

إن نظام الحجر ليس بحديث الظهور، وإنما برزت ملامحه عند فقهاء الشريعة الإسلامية، وتطرقوا له في مسائلهم، عملاً بما ورد بشأنه من آيات قرآنية، وأحاديث نبوية، هذا، وقد اتفق الفقهاء على مبدأ الحجر والغرض منه، لكنهم اختلفوا في الاتفاق على أسبابه؛ إذ أن نظرة كل مذهب اختلفت عن غيره من المذاهب.

كما عمل بهذا النظام جلّ التشريعات العربية؛ فنصت عليه ونظمت أحكامه وبينت الأشخاص الذين يخضعون لأحكامه لوجود سبب يقتضي ذلك، فهذا الحجر يكون الهدف من وراءه، إما من أجل حماية الشخص بحد ذاته، أو لحماية الغير منه.

وعليه، سنبين في هذا الفرع التعريف اللغوي للحجر، ثم نعرفه اصطلاحاً، ثم نتطرق إلى تعريفه القانوني، وبعدها نعالج مدى مشروعية الحجر على القصر، وهذا وفق التقسيم الآتي بيانه.

أولا– المعنى اللغوي للحجر: الحجر هو المنع[1]، فيقال: حجر عليه: أي منعه من التصرف في ماله، وفي حديث عائشة وابن الزبير: "واللهِ لَتَنْتَهِيَنَّ عائشَةُ أوْ لَأَحْجُرَنَّ عَلَيْها"[2]. ومنه حجر القاضي على الصغير والسفيه إذا منعهما من التصرف في مالهما، وفي قول أبي زيد وحرث: حِجْرٌ حرامٌ ويقولون: حِجراً حراماً، وقال: الحاء في الحرفين بالضمة والكسرة لغتان. وفي سورة النساء: ﴿فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ﴾[3]؛ وأحدها حَجْرٌ بفتح الحاء، يقال: حجر المرأة وحِجْرُها حِضْنُها، والجمع: الحُجُورُ، وفي حديث عائشة رضي الله عنها، هي اليتيمة في حَجْر وَلِيّها[4].

وحجَر عليه الأمر: منعه منه، وحجر عليه: منعه شرعاً أو قانوناً من التصرف في ماله، ﴿وَقَالُواْ هَذِهِ أَنْعَامٌ وَحَرْثٌ حِجْرٌ﴾[5]، وحَجْرٌ مصدر حَجَرَ، رفَع الحجْر عن أملاكه: أباح التصرف فيها، فرض الحجْر على أملاكه: منعه من التصرف بها، ومنع من التصرف؛ لصغر في السن أو سفه أو جنون[6]، وفي ذلك ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: "قام رسول الله صلى الله عليه وسلم في صلاةٍ وقُمنا معه، فقال أعرابي وهو في الصلاة: اللهم ارحمني ومحمداً ولا ترحم معنا أحداً، فلما سلم النبي صلى الله عليه وسلم قال للأعرابي: لقد حَجّرْتَ واسعاً: يريد رحمة الله"[7]؛ أي ضيقت من رحمة الله.

---

[1] سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغةً واصطلاحاً، ط.2، دار الفكر، سوريا، 1408هـ، 1988م، ص.74.

[2] رواه البخاري في الصحيح، كتاب: الأدب، باب: الهجرة وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا يحل لرجل أن يهجر أخاه فوق ثلاث"، رقم الحديث: 6073، 6074، 6075، ص.1520.

[3] القرآن الكريم، سورة النساء، من الآية رقم 23.

[4] والحَجْرُ: ساكنٌ، مصدر حجر عليه القاضي، ويحجُر حَجراً، حَجَرَ عليه: منعه، ويقال: يَحْجُرُ حَجْراً وحُجْراً وحِجْراً وحُجْراناً وحِجْراناً مَنَعَ منه. وحَجْرُ الإنسان وحِجْرُهُ، بالفتح والكسر: حِضْنُه. يراجع: ابن منظور، لسان العرب، م.4، المرجع السابق، ص.167.

[5] القرآن الكريم، سورة الأنعام، الآية رقم 138.

[6] أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، م.1، ط.1، عالم الكتب، مصر، 1429هـ، 2008م، ص.446.

[7] رواه ابن حجر في الفتح، كتاب: الأدب، باب: رحمة الناس والبهائم، رقم الحديث: 6010، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، ج.18، ط.1، مؤسسة الرسالة العالمية، سوريا، 1434هـ، 2013م، ص.ص.358-359.

ثانيا– التعريف الاصطلاحي والقانوني للحجر: لم يخرج المعنى الاصطلاحي للحجر عن معناه اللغوي؛ حيث عرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة 941 بأنه: "منع شخص مخصوص عن تصرفه القولي، ويقال لذلك الشخص بعد الحجر محجور".

وكذلك هو الأمر بالنسبة للمعنى الاصطلاحي عند الفقهاء، حيث اشتقوا تعريفهم من المعنى اللغوي، ووردت هذه التعاريف حسب كل مذهب، ثم نبين تعريفه القانوني على النحو الآتي:

1– التعريف الاصطلاحي للحجر: سنقف عند تعريف مصطلح الحجر حسب كل مذهب من المذاهب الأربعة كما يلي:

أ– الحجر عند فقهاء الحنفية: عرف بأنه المنع مطلقاً، وشرعاً هو منع من نفاذ تصرف قولي لا فعلي؛ لأن الفعل بعد وقوعه لا يمكن رده فلا يتصور الحجر عليه. وحاصل هذا أن المنع من ثبوت حكم التصرف لا يفيد الملك بالقبض، وفيه أنه لا يشمل سوى العقود الدائرة بين النفع والضرّر، مع أن القول قد يلغى أصلاً كطلاق الصبي، وقد يصح كطلاق العبد، فالمناسب وحسب اصطلاح الفقهاء هو عبارة عن منع مخصوص بشخص مخصوص عن تصرف مخصوص أو نفاذه[1].

ب– الحجر عند فقهاء المالكية: عرفه ابن عرفة بأنه صفة حكمية توجب منع موصوفها نفوذ تصرفه في الزائد على قوته أو تبرعه بماله، وبه دخل حجر المريض والزوجة، وقوله صفة حكمية؛ جعل الجنس للحجر الصفة المذكورة، وتقدم أنه يراعي المقولة، فرأى أن الحجر لغة المنع من التصرّف، وفي الشرع إنّما هو معنى ما ذكر كالطهارة شرعاً[2]. وعرفه القرافي بأنه المنع، ومنه قوله تعالى: ﴿وَيَقُولُونَ حِجْرًا مَحْجُورًا﴾[3]، أي تحريماً محرماً، ومنه حجرة الدار لمنعها من الدخول إليها، ويسمى الحجرُ عقلاً لمنعه صاحبه من الرذائل، وهو في الشرع المنع من التصرف[4].

ج– الحجر عند فقهاء الشافعية: الحجر عندهم معناه المنع والتضييق، ومنه سمي الحرام حجراً، ويسمى العقل حجراً، قال تعالى: ﴿هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِذِي حِجْرٍ﴾[5]، سمي حجراً لمنع صاحبه من ارتكاب القبائح وما يضر العاقبة، وسمي حجر البيت حجراً؛ لأنه يمنع من الطواف به، وفي الشريعة منع الإنسان من التصرف في ماله بسبب خاص، وهو إما لمصلحة المفلس لحق الغرماء، والراهن للمرتهن،

---

[1] ابن عابدين، رد المحتار، ج.9، المرجع السابق، ص.198.

[2] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، المرجع السابق، ص.419.

[3] القرآن الكريم، سورة الفرقان، الآية رقم 22.

[4] القرافي، الذخيرة، ج.8، المرجع السابق، ص.229.

[5] القرآن الكريم، سورة الفجر، الآية رقم 5.

والمريض للورثة بالنسبة لتبرع زاد عن الثلث، أو الوارث، أو للغرماء مطلقاً، وإما لمصلحة النفس كالصبي والمجنون والسفيه[1].

د- الحجر عند فقهاء الحنابلة: هو منع المالك من التصرف في ماله، وهو نوعان؛ الأول لحق الغير، كالحجر على مفلس لحق الغرماء، وعلى راهن لحق المرتهن، ومريض مرض الموت المخوف، فيما زاد عن الثلث من ماله، لحق الورثة، وقن ومكاتب لحق السيد، ومرتد لحق المسلمين؛ لأن تركته في ء، وربما تصرف فيها تصرفاً يقصد بها إتلافها ليفوتها عليهم، ومشترٍ شقصاً مشفوعاً، بعد طلب الشفيع له، والثاني المحجور عليه، لحظ نفسه على الصغير والمجنون والسفيه[2].

وما يلاحظ على تعاريف الفقهاء، أنهم اتفقوا على المدلول اللغوي للحجر، وأكدوا بأنه المنع، لكنهم اختلفوا في معناه الشرعي من ناحية اعتباره منعاً يتعلق بالتصرفات القولية، كما أتى في قول الحنفية، وبين اعتباره منعاً يلحق الشخص حماية له، كالصغير أو المجنون أو السفيه، أو حماية لغيره كالمفلس أو الراهن أو المريض.

2- التعريف القانوني للحجر: بالرجوع إلى القوانين العربية، نجد أن المشرع اليمني هو الوحيد الذي عرف الحجر في المادة 55 من ق.م، كما يلي: "الحجر هو منع الشخص من التصرف في ماله ومنع نفاذ تصرفه فيه وهو نوعان:

1- حجر لمصلحة المحجور عليه يكون على الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه.

2- حجر لمصلحة الغير يكون على المفلس لمصلحة دائنيه وعلى المورث لمصلحة ورثته ودائنيه؛ حيث لا مبرر لتصرفه وعلى الراهن لمصلحة المرتهن وغير ذلك مما ينص عليه القانون".

ويظهر أن توجه المشرع اليمني كان أقرب إلى مواقف الفقهاء في تحديدهم لأنواع الحجر، التي تكون إما لمصلحة المحجور أو لمصلحة غيره.

الفرع الثاني: مشروعية الحجر على القصّر

يعتبر الحجر على القصّر مشروعاً؛ حيث وردت آيات بينات من الذكر الحكيم تحدثت عنه، كما ورد بشأنه أحاديث من السنة النبوية، بالإضافة إلى الأقوال المأثورة أو آثار الصحابة تدل على هذه المشروعية.

---

[1] النووي، المجموع، ج.13، المرجع السابق، ص.3.

[2] إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد زهير شاوش، ج.1، ط.1، دار السلام، سوريا، 1402هـ، 1982م، ص.377.

ولأجل هذا سنبحث فيما ورد من آيات الذكر الحكيم، وما ذكر من أحاديث، وما ورد من آثار عن هذه المشروعية، وفق التقسيم الآتي بيانه.

أولا– الأدلة من القرآن: قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾[1]؛ فقيل في تفسير هذه الآية إن السفيه هنا هو الجاهل بالإملاء والأمور، وقال آخرون بل السفيه في هذا الموضع الذي عناه الله هو الطفل الصغير[2]. والسفيه هنا هو المحجور عليه لتبذيره وجهله بالتصرف، والضعيف الصبي أو الشيخ المختل، فلا يستطيع أن يُمل بنفسه لعيّ به أو خرس، مما يقتضي أن يلي أمره من وصي إن كان سفيهاً أو صبياً، أو وكيل إن كان غير مستطيع، أو ترجمان يمل عنه وهو يصدقه[3].

وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾[4]، في هذه الآية ينهى الله تعالى عن تمكين السفهاء من التصرف في الأموال التي جعلها الله للناس قياماً؛ أي تقوم بها معايشهم من التجارات وغيرها، ومن ها هنا يؤخذ الحجر على السفهاء[5].

وقوله عز وجل أيضا: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا ﴾[6]؛ أي اختبروا عقولهم، وذوقوا أحوالهم ومعرفتهم بالتصرف قبل البلوغ، حتى إذا تبينتم منهم رشداً؛ أي هداية، دفعتم لهم أموالهم من غير تأخير عن حد البلوغ والإيناس؛ وهو الاستيضاح فاستعير للتبيين، وقد اختلف في الابتلاء والرشد؛ عند أبي حنيفة وأصحابه، فقيل أن يدفع له ما يتصرف فيه حتى يستبين حاله فيما يجيء منه الرشد، والرشد التهدّي إلى وجود التصرف، وعن ابن عباس: الصلاح في العقل والحفظ للمال، وعند مالك والشافعي: الابتلاء أن يتتبع

---

[1] القرآن الكريم، سورة البقرة، من الآية رقم 282.

[2] أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تفسير الطبري، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد السند حسن يمامة، ج.5، ط.1، دار هجر، مصر، 1422هـ، 2001م، ص.82.

[3] الزمخشري، تفسير الكشاف، المرجع السابق، ص.156.

[4] القرآن الكريم، سورة النساء، الآية رقم 5.

[5] أبو الفداء إسماعيل بن كثير بن القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد السلامة، ج.2، (آل عمران– النساء)، ط.2، دار طيبة للنشر والتوزيع، السعودية، 1420هـ، 1999م، ص.214.

[6] القرآن الكريم، سورة النساء، الآية رقم 06.

أحواله وتصرفه في الأخذ والإعطاء، ويتبصر مخايله وميله إلى الدين، والرشد الصلاح في الدين؛ لأن الفسق مفسدة للمال[1].

ثانيا– الأدلة من السنة النبوية: من أدلة الحجر على القاصر ما روي عن ابن عباس، أنه قال: مرَّ علي بن أبي طالب بمجنونة بني فلان قد زنت فأمر عمر برجمها، فردَّها عليٌّ، وقال لعمر: أما تذكر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "رُفع القَلَم عن ثلاثةٍ: عن المجنون المغلوب على عقله، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، قال: صدقت، فخلى عنها"[2].

فالحديث الذي استشهد به علي بن أبي طالب لم ينص صراحة على الحجر، وإنما بين أن المجنون، والنائم، والصبي لا يحاسبون على أعمالهم، ومن ثم؛ فلا إثم عليهم فيما فعلوه، كما أن هذا يوجب من جانب آخر ضرورة الحجر عليهم حماية لهم.

وفي حديث آخر عن ابن كعب بن مالك، عن أبيه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ في ماله، وباعه في دين عليه[3]. وكان ذلك في سنة تسع، وجعل لغرمائه خمسة أسباع حقوقهم، فقالوا: يا رسول الله! بعه لنا، فقال: "ليس لكم إليه سبيل". والحديث دليل أن الحاكم يحجر على المدين في التصرف بماله، ويبيعه عنه لقضاء غرمائه[4].

كما روى البيهقي، عن أنس بن مالك، أن رجلاً كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يبتاع وكان في عقدته ضعف، فأتى أهله نبي الله صلى الله عليه وسلم، فقالوا: "يا نبي الله احجر على فلان فإنه يبتاع وفي عقدته ضعف، فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم ونهاه عن البيع، فقال: يا نبي الله إني لا أصبر عن البيع، فقال صلى الله عليه وسلم: "إن كنت غير تارك البيع فقل ها وها ولا خلابة" [5]. ويظهر من الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم حينما لم ير محلاً للحجر لم يقض به، وترك الحكم (وهو الحجر هنا) دليل على وجوده ومشروعيته.

ثالثا– الأدلة من الآثار: عن عروة بن الزبير قال: ابتاع عبد الله بن جعفر بيعاً، فقال: علي رضي الله عنه: لآتين عثمان فلأحجرن عليك، فأعلم ذلك ابن جعفر الزبير، فقال: أنا شريكك في بيعتك، فأتى

---

[1] الزمخشري، تفسير الكشاف، المرجع السابق، ص.220.

[2] رواه الدارقطني في السنن، كتاب: الحدود والديات وغيره، رقم الحديث: 3267، ج.4، ط.1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1424هـ، 2004م، ص.ص.163-164.

[3] رواه الحاكم في المستدرك، كتاب: البيوع، رقم الحديث: 219/2348، ج.2، ص.67.

[4] أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، ج.3، ط.1، مكتبة المعارف، السعودية، 1427هـ، 2006م، ص.139.

[5] رواه البيهقي في السنن، كتاب: الحجر، باب: الحجر على البالغين بالسفه، رقم الحديث: 11338، ج.6، ص.103.

عثمان رضي الله عنهما قال: احجر على هذا، قال الزبير: أنا شريكه، فقال عثمان: أأحجر على رجل شريكه الزبير[1]؛ وهذا الأثر يدل أن عليا ما كان ليطلب الحجر على عبد الله بن جعفر، لو لم يكن مشروعاً، والزبير وعثمان لو كان الحجر باطلاً، لقالا: لا يحجر على بالغ[2].

وروى عن البيهقي، عن سعيد المقبري، عن يزيد بن هرمز قال: كتب نجدة الحروري إلى ابن عباس فذكر الحديث، قال: فقال ليزيد: اكتب إليه، وكتبت تسألني عن اليتيم متى ينقطع عنه اسم اليتيم، وأنه لا ينقطع عن اسم اليتيم حتى يبلغ ويؤنس منه الرشد[3].

إن المتأمل في النصوص الشرعية المثبتة لمشروعية الحجر سواء من القرآن الكريم، أم من السنة النبوية، أم ما نقل عن الصحابة، يجد أنه من رحمة الله تعالى بعباده وخاصة الضعفاء منهم، شرع الحجر لحكمة معينة؛ فإذا كان حجراً لنفس الشخص كان القصد منه حماية ماله والمحافظة عليه من الضياع والإتلاف، والإسراف والتبذير، وإذا كان لمصلحة الغير، فهو من أجل ضمان أموالهم الموجودة لدى الغير والحفاظ على أرواحهم وأديانهم. فالقاصر نظراً لعدم أهليته أو نقصها وجب الحجر عليه حتى لا يتصرف في ماله بما يؤدي إلى ضياعه، والمدين يحجر عليه حتى يؤدي ما عليه لدائنيه، وغيرها من الأسباب المذكورة، التي أنيط كلا منها بمصلحة معينة مقصودة.

المطلب الثاني: نطاق الحجر على القاصر في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية

نظراً لعدم إمكانية تصرف القاصر في ماله، لصغر سنه، أو لوجود عارض أو مانع في أهليته، فقد أقر فقهاء الشريعة الإسلامية، نظام الحجر على هذا الشخص لقيام الأسباب الموجبة لذلك، وقد سنت التشريعات العربية هذا النظام من خلال النص على منع أي شخص توافرت في أسباب القصر من التصرف في ماله، لعدم استيفائه لشرط التصرف، وهو كمال الأهلية وخلوها من أي عيب يشوبها.

هذا، وتجدر الإشارة إلى إن إقرار الحجر على القاصر بناء على حالة أهليته هو القاعدة العامة المعمول بها، والمتفق عليها في نظام الحجر. وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على هذه القاعدة، فقد اختلفوا في تعداد الأسباب الأخرى الموجبة للحجر.

وقد خصصنا هذا المطلب لمعرفة الأسباب الموجبة للحجر عند الفقهاء (**الفرع الأول**)، ثم بيانها في القوانين العربية (**الفرع الثاني**)، ثم نبرز الإجراءات القانونية المقررة في نظام الحجر (**الفرع الثالث**).

---

[1] رواه الشوكاني، كتاب: التفليس، باب: الحجر على المبذر، رقم الأثر: 2316/8، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخيار، تحقيق: محمد صبحي بن حسن حلاق، ج.10، ط.1، دار ابن الجوزي، السعودية، 1427هـ، ص.314.

[2] ابن حجر، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج.3، المرجع السابق، ص.143.

[3] رواه البيهقي في السنن، كتاب: الحجر، باب: الحجر على الصبي حتى يؤنس منه الرشد، رقم الأثر: 11295، ج.6، ص.90.

الفرع الأول: الأسباب الموجبة للحجر حسب أقوال الفقهاء

بين الفقهاء الأسباب الموجبة للحجر على القاصر؛ وهناك أسباب اتفقوا على كونها محلاً للحجر، وأسبابٌ أخرى اختلفوا حولها، وفيما يلي سنبين موقف المذاهب بهذا الصدد.

ذهب أبو حنيفة إلى القول: إن أسباب الحجر ثلاثة: الصغر، والجنون، والرق، والأخير على تسامح فيه؛ لأن الحجر نوع الملك والعبد لا يملك، فمن رحمة الله ولطفه جعل الصبا والجنون سببين للحجر عليهما، والرق ليس بسبب للحجر؛ لأن العبد مكلف محتاج كامل الرأي كالحر، غير أنه وما في يده ملك المولى، فلا يجوز له أن يتصرف لأجل حق المولى، والإنسان إذا منع عن التصرف في ملك الغير لا يكون محجوراً عليه كالحر؛ ولا يقال عنه إنه محجور عليه مع أنه ممنوع من التصرف في ملك الغير، كما لا يحجر للدين والفسق والغفلة[1].

هذا، وقد اختلف أبو يوسف ومحمد حول السّفيه، هل يعتبر محجوراً عليه لسفهه، أم يقف الانحجار على حجر القاضي، فقال أبو يوسف: لا يصير محجوراً إلاّ بحجر القاضي، وقال محمد: ينحجر بنفسه السّفه من غير الحاجة إلى حجر القاضي[2]، وقال أبو حنيفة: الحجر على الحرّ العاقل البالغ لا يجوز بسبب السفه؛ فالسفيه يكابر عقله ويتابع هواه، وهو بذلك يباين المجنون، ومن ثم كان عنده أهلاً للتكاليف، وهو بهذا المعنى أيضا لا يصدق على الصغير[3].

ويرى فقهاء المالكية أن أسباب الحجر سبعة وهي: الصبا، والجنون، والتبذير، والرق، والفلس، والمرض، والنكاح في حق الزوجة[4]، خمسة عامة واثنان خاصان بما زاد على الثلث، فالخمسة هي: الفلس بمعناه الأعم والأخص، وجنون بصرع؛ أي الذي يلبسه الجن، أو استيلاء أو وسواس؛ وهو الذي يخيل إليه، وسواء كان منهما دائماً أم متقطعاً، فالمجنون بما ذكر محجور عليه، وتبذير لمال هو حجر السفه؛ لأن التبذير هو بحكم إحسان التصرف في المال، ورقٌ؛ حجر للسيد على رقيقه في مال نفسه، ومرض متصل بالموت؛ إنما قيد بذلك مع أن كل من مرض مرضاً مخوفاً يحجر عليه؛ لأن ثمرة الحجر لا تتم إلاّ بالموت، ونكاح بزوجة؛ أي أن الزوج يحجر على زوجته الحرة الرشيدة الصحيحة فيما زاد على الثلث، وليس لها

---

[1] ابن عابدين، رد المحتار، ج.9، المرجع السابق، ص.199، وص.204، وص.208.

[2] الكاساني، البدائع، ج.10، المرجع السابق، ص.ص.83-84.

[3] ابن عابدين، رد المحتار، ج.9، المرجع السابق، ص.204.

[4] جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاش، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميد بن محمد لحمر، ج.2، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1423هـ، 2003م، ص.796.

حجر على زوجها ولذا قيّده بقوله بزوجة؛ أي أنه سبب للحجر على الزوجة فقط، والصبي محجور عليه لبلوغه رشيداً، فإن بلغ سفيهاً حجر عليه لسفه[1].

وهناك من أضاف سبب ثامن وهو الردة حسب قول ابن عبد السلام، وتم الرد عليه بأنهم ذكروا الحجر على المالك فيما يملكه لا فيما لا يملكه، وحجر المرتد من حجر المالك فيما لا يملكه؛ لأنه لو مات ما ورث عنه[2].

أما الشافعية فذهبوا إلى القول بأنه إذا ثبت استحقاق الحجر من حيث مشروعيته بالكتاب والسنة والإجماع، فالحجر مستحق من ثمانية أوجه: أحدها حجر الصغير، والثاني حجر المجنون، والثالث حجر السفيه، والرابع حجر الفلس، والخامس حجر المرض، والسادس حجر الردة، والسابع حجر الرق، والثامن حجر المكاتب[3].

كما بين فقهاء المذهب الحنبلي أسباب الحجر بالقول، بأنه يحجر على السفيه والصغير والمجنون لحظهم، إذ المصلحة تعود عليهم بخلاف المفلس، والحجر عليهم عام في ذمهم ومالهم، ولا يحتاج لحاكم[4]، ويحجر على المفلس لحق الغرماء، وعلى المريض مرض الموت المخوف وما في معناه على ما زاد عن الثلث، لحق الورثة، وعلى عبد ومكاتب لحق السيد، وعلى مشترك في جميع ماله إذا كان الثمن في البلد أو قريبا منه بعد تسليمه المبيع لحق البائع، وعلى راهن بعد لزوم رهن لحق مرتهن، وعلى مشتر في الشقص المشفوع بعد طلب شفيع، إن قلنا لا يملكه بالطلب لحق الشفيع، وعلى مرتد لحق المسلمين، وغير ذلك كالمقتر على نفسه وعياله، والزوجة بما زاد عن الثلث[5].

كما لم يفت على مجلة الأحكام العدلية تحديد أسباب الحجر، وذلك في المادة 957، والمادة 958، والمادة 959 على التوالي[6]، ونصت المجلة في المادة 963 على أنه لا يحجر على الفاسق بمجرد سبب فسقهِ ما لم يبذر ويسرف في ماله؛ وبمفهوم المخالفة لنص المادة أنه يحجر عليه إذا بذر وأسرف

---

(1) الدردير، الشرح الصغير، المرجع السابق، ص.ص.381-383.

(2) محمد بن أحمد بن محمد عليش، شرح منح الجليل، ج.6، المرجع السابق، ص.83.

(3) أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق: علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1414هـ، 1994م، ص.ص.341-342.

(4) منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع ومعه حاشية ابن عثيمين، تحقيق: عبد القادر قدوس، دار المؤيد، دار الرسالة، بدون بلد النشر، بدون تاريخ النشر، ص.389.

(5) البهوتي، كشاف القناع، ج.3، المرجع السابق، ص.ص.416-417.

(6) وردت المواد 957، و958، و959 من المجلة على التوالي كما يلي: المادة 957: *"للصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم"*، والمادة 958: *"للحاكم أن يحجر على السفيه"*، والمادة 959: *"للحاكم أن يحجر على المديون بطلب الغرماء"*.

ماله، كما أضافت المجلة شخصاً آخر يحجر عليه في عمله وذلك بالمادة 964 إذ نصت على ما يلي: "يحجر على بعض الأشخاص الذين تكون مضرتهم للعموم كالطبيب الجاهل، لكن المراد هنا من الحجر المنع من إجراء العمل لا المنع من التصرفات القولية".

وبالنظر إلى أقوال الفقهاء، يتبين أنهم اتفقوا على تقسيم الحجر بناءاً على اعتبار نوع المصلحة؛ فالحجر هنا يشمل فئتين: إما حجر لمصلحة الشخص نفسه؛ أي المحجور عليه كالحجر على الصغير، والمجنون، والسفيه، والمعتوه، وإما حجر لمصلحة الغير، كالحجر على المدين المفلس لمصلحة دائنيه، والحجر على المريض مرض الموت لمصلحة ورثته[1].

إن أقسام الحجر لم تتوقف عند هذا الاعتبار فقط، وإنما قسم لاعتبارين آخرين: فالاعتبار الثاني بعد اعتبار نوع المصلحة يتمثل في مدى سلطة الحاجر؛ حيث يقسم الفقهاء وبالتحديد مذهب المالكية الحجر هنا إلى قسمين كذلك: الحجر العام؛ وهو الحجر الذي يستغرق كل المال، فلا يستطيع المحجور أن يتصرف في ماله كله أو بعضه، كما هو الشأن مع المجنون والصبي غير المميز. والحجر الخاص؛ وهو الحجر الذي يخص بعض المال فلا ينفذ فيه تصرف المحجور؛ كما هو الأمر بالنسبة للمريض مرض الموت في التبرع بما زاد عن ثلث ماله، وسلطة الحاجر خاصة فيما زاد عن ثلث المال، أما ما دون ذلك القدر، فلا قول للحاجر فيه. أما الاعتبار الثالث فيكون بحسب من يوقع الحجر أو يرفعه، فمن خلال كلام الفقهاء حول من يوقع الحجر ومن يرفعه يقسم الحجر إلى: حجر ذاتي؛ وهو الحجر الذي يوقع أو يرفع بسبب ذلك المحجور من غير احتياج إلى حكم القاضي، مثل الحجر على الصغير من طرف أبيه. وحجر قضائي؛ وهو الحجر الذي يثبت أو يرفع بحكم القاضي، مثل الحجر على المجنون جنوناً طارئاً[2].

ونلحظ مما سبق أن جمهور الفقهاء اتفقوا على بعض الأسباب الموجبة للحجر؛ وهي الصغر والجنون، أما باقي الأسباب فاختلفوا فيها؛ فهناك من أقرها، وهناك من لم يأخذ بها، وما يهمنا في هذا الأمر تلك الأسباب التي تكون سبباً للحجر لحظ الشخص، كالصغير، والمجنون، والسفيه، وذي الغفلة لتعلقهم بموضوع دراستنا.

---

[1] منير محمد أحمد الصلوي، نظام الحجر على فاقد الأهلية في الفقه الإسلامي والقانون اليمني، دراسة مقارنة، ط.2، دار النهضة العربية، مصر، 1431هـ، 2010م، ص.77.

[2] خالد بوشمة، نظريّة الشخصية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.300.

الفرع الثاني: الأسباب الموجبة للحجر في القوانين العربية

انقسمت التشريعات العربية إلى توجهين في الحديث عن أسباب الحجر؛ فذهب توجه إلى القضاء بالحجر على القاصر، وعلى كل من توافرت فيه عوارض الأهلية، إما المعدمة، أم المنقصة من جنون، وعته، وسفه، وغفلة؛ أي أن هذه التشريعات بينت أسباب الحجر بصفة عامة، ومن ذلك المشرع الجزائري، والمشرع المصري والمشرع المغربي، والمشرع التونسي، والمشرع الليبي، والمشرع الموريتاني، والمشرع الفلسطيني، والمشرع القطري، في نصوص قوانينهم التي بينت ذلك[1].

في حين ذهب التوجه الثاني إلى إقرار الحجر بناء على تحديد نوعه، فيما إذا كان حجراً ذاتياً، أم حجراً قضائياً؛ يكون بناءاً على حكم القاضي، ومن ذلك المشرع الأردني، والمشرع العراقي، والمشرع السوري، والمشرع الكويتي، والمشرع اليمني في قوانينهم التي تضمنت ذلك[2].

وما يلاحظ من مواقف التشريعات العربية، أنهم اتفقوا على تحديد أسباب الحجر، التي تكون لمصلحة المحجور عليه نفسه كالصغير، والمصاب بعارض من عوارض الأهلية، ولم يتطرقوا إلى أسباب الحجر التي تكون لمصلحة الغير كما فعل الفقهاء.

ويكشف البحث في تحديد تقسيمات عوارض الأهلية، بين المعدمة، والمنقصة، عند المشرع الجزائري، أنه جعل كل من السفيه وذا الغفلة في حكم الصبي المميز باعتبارهما ناقصي الأهلية[3]، بينما اعتبر الصبي غير المميز قاصر عديم الأهلية، وإلى جانبه كل من المجنون والمعتوه[4].

وما يلاحظ أن المشرع لم يراع الفئات نفسها في ق.أ المذكورة في المادتين 42 و43 من ق.م، خاصة فيما يتعلق بالسفيه وذي غفلة؛ إذا ألحق السفيه بالمجنون والمعتوه بموجب المادة 85 من ق.أ[5]، ولم

---

[1] يراجع: المادة 101 من ق.أ.الجزائري، والمادة 65 من ق.و.ع.م.المصري، والمادتين 212 و218 من م.أ.المغربية، والفصول 153، و161، و164 من م.أ.ش.التونسية، والمادة 12 من القانون المتعلق بتنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي، والمادتان 166 و174 من م.أ.ش.الموريتانية، والمادة 110 من ق.م.الفلسطيني، والمادة 33 من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري.

[2] يراجع: المادة 211 من ق.أ.الأردني، والمادتين 94 و95 من ق.م.العراقي، والمادتين 399 و400 من ق.أ.ش.السوري، والمادة 85 بفقرتيها (1 و2) من ق.م.الكويتي، والمادتان 57 و58 الفقرة 1 من ق.م.اليمني.

[3] نص المشرع الجزائري على هذا الحكم في المادة 43 من ق.م، التي وردت كما يلي: *"كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون"* .

[4] نص المشرع الجزائري على هذا الحكم في المادة 1/42 من ق.م، وردت كما يلي: *"لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون"* .

[5] القانون رقم 84-11، المتضمن ق.أ، المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 9 يونيو 1984م، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 18محرم 1426هـ، الموافق لـ 27 فبراير 2005م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع.2415، الصادرة بتاريخ 12 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 12 جوان 1984م، ص.910.

يتحدث إطلاقاً عن ذي الغفلة كما فعل في ق.م، وأمام هذا اللبس والتعارض بين النصوص التشريعية، نجد المادة 79 من ق.م[1]، تحيل إلى تطبيق القواعد الخاصة بالأهلية المذكورة في قانون الأسرة إذا ما تعلق الأمر بالقصّر، والمحجور، وغيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها.

ويدق التساؤل هنا، عن النصوص الواجبة التطبيق، بشأن المحجور عليهم، أهي نصوص ق.م، أم نصوص ق.أ. إن التعارض بين النصوص يؤدي إلى التعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية في مدى اعتبار السفيه وذا غفلة قاصراً على أساس نقص الأهلية أو عدمها[2].

أما بخصوص موقف التشريعات العربية بشأن ناقصي الأهلية وعديميها فقد اختلفت، فهناك من اعتمد تقسيم المشرع الجزائري في كلا الفئتين، وهو موقف المشرع المصري[3]، والمشرع الليبي[4]، والمشرع الأردني[5]، والمشرع السوداني[6]، والمشرع السوري[7]، والمشرع القطري[8].

وتماشى المشرع التونسي مع هذه التشريعات فيما يتعلق بناقصي الأهلية، في الفصل 6 من المجلة الذي نص ما يلي: "للأشخاص الآتي بيانهم أهلية مقّيدة وهم الصغير الذي عمره بين الثالثة عشرة والعشرون سنة كاملة إذا عقد بدون مشاركة أبيه أو وليّه والمحجور عليهم لضعف عقولهم أو لسفه تصرفهم إذا لم يشاركهم مقدموهم في العقود التي يقتضي القانون مشاركتهم فيها والمحجور عليهم لتفليسهم وكذلك كل من يمنع عليهم القانون عقداً من العقود".

---

[1] وردت المادة 79 من ق.م، السالف الذكر على النحو الآتي: *"تسري على القصّر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة"*.

[2] تشوار الجيلالي، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة والقانون المدني، مجلة علوم تكنولوجيا وتنمية، الوكالة الوطنية لتنمية البحث العلمي، ع.1، الجزائر، 2007م، ص.39.

[3] القانون رقم 131 المتضمن ق.م.المصري لسنة 1948م.

[4] يراجع: ق.م.الليبي، الصادر بتاريخ 20 فبراير 1954م؛ والقانون رقم 17 المتعلق بتنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي، المؤرخ في 15 ديسمبر 1992م.

[5] يراجع: المادتين 1/44 و45 من ق.م.الأردني، وكذا المادتين 204/أ و205 من ق.أ.الأردني.

[6] ق.أ.ش.السوداني، الصادر بتاريخ 24 جويلية 1991م.

[7] زيادة على هذا التقسيم، أضاف المشرع السوري في المادة 341 الفقرة 2 المطة 4 من ق.أ.ش، شخص آخر ضمن ناقصي الأهلية، وهو المحكوم عليه جنائياً، غير أنه أورده بصيغة عامة، إذ يفهم من هذه العبارة أن كل شخص تم الحكم عليه جنائياً يعتبر ناقص الأهلية، ومن ثم فكل شخص كان في هذه الحالة تشمله هذه الفقرة.

[8] نصت المادة الأولى من قانون الولاية على القاصرين القطري على ما يلي: *"فاقد الأهلية: الصغير غير المميز أو المجنون أو فاقد الإدراك أو المعتوه؛ وناقص الأهلية: الصغير المميز أو ذو الغفلة أو السفيه"*.

بينما أدرج في فئة فاقدي الأهلية كلا من الرشيد فاقد الإدراك، والشخص المعنوي[1]، ويلاحظ أن التشريع التونسي ألحق الشخصية المعنوية ضمن الأشخاص الممنوعين من التعاقد إلى جانب كل من الصغير والرشيد، وذلك كون أن الشخص المعنوي لا يمكنه مباشرة أي تصرف قانوني إلاّ من قبل من ينوب عنه في نظر القانون، كالمسيّر أو المدير أو غيرهما.

وما يتضح من هذا، أن المشرع التونسي ذكر مجموعة من الأشخاص تكون أهلية الأداء عندهم مقيّدة بالسن أو بحالتهم العقلية، كالصغير المميز وضعيف العقل والسفيه والمفلس، والواضح أن هؤلاء ذكروا على سبيل المثال لا الحصر استناداً إلى عبارة "وكذلك كل من يمنع عليهم القانون عقداً من العقود"، ومن ثم، فإن كل شخص يمنعه القانون من إبرام عقد قانوني، نظراً لصغر سنه أو لحالته العقلية، فإنه يندرج ضمن فئة ناقصي الأهلية.

وهناك تشريعات أخرى توافقت في التقسيم المعتمد فيما يتعلق بفئة فاقدي الأهلية، وهو موقف المشرع الإماراتي، بموجب المادة 161 من ق.أ.ش[2]، وتماشى كذلك في اعتبار السفيه ناقص الأهلية، إلى جانب الصغير المميز دون الإشارة إلى ذي الغفلة حسب ما تبينه المادة 162 من القانون نفسه. وهو موقف المشرع اليمني أيضاً[3].

كما ذهب المشرع المغربي إلى اعتبار كل من الصغير المميز والسفيه ناقصي الأهلية، والصغير غير المميز والمجنون فاقدي الأهلية، وإلى هذا الحد يكون قد وافق توجه غالبية التشريعات، غير أنه اختلف عنهم في عارضي العته والغفلة؛ حيث اعتبر أن المعتوه ناقص الأهلية[4]، بينما لم يتحدث مطلقاً عن ذي الغفلة[5]. وقد انتهج المشرع الموريتاني نهج المشرع المغربي إلاّ فيما تعلق بالمعتوه، فلم يتطرق إلى بيان أحكامه[6].

---

(1) يراجع: الفصل 5 من م.إ.ع.التونسية.

(2) قانون إتحادي رقم 28 بشأن ق.أ.ش.لدولة الإمارات العربية المتحدة، الصادر بتاريخ 17 شوال 1426هـ، الموافق لـ 19 نوفمبر 2005م، الجريدة الرسمية، ع.439، الصادرة بتاريخ 28 شوال 1426هـ، الموافق لـ 30 نوفمبر 2005م.

(3) يراجع: المادة 51 من ق.م.اليمني.

(4) اعتبر المشرع الكويتي المعتوه ناقص الأهلية، إضافة إلى نصه بأن فاقد الإدراك؛ وهو فاقد التمييز أو الوعي بسبب المرض أو الشيخوخة هو فاقد للأهلية، وهذا بموجب المادتين 01 و2 من وثيقة الكويت للقانون العربي الموحد لرعاية القاصرين.

(5) المادتين 213 و217 من م.أ.المغربية.

(6) المادتين 163 و164 من م.أ.ش.الموريتانية.

الفرع الثالث: الإجراءات القانونية الخاصة بالحجر

سعت التشريعات العربية من خلال تنظيمها لنظام الحجر إلى بيان الأشخاص المعنيين به، والذين تطبق عليهم أحكامه التي تقضي بمنعهم من التصرف في أموالهم؛ سواء لمصلحتهم، أم لمصلحة الغير، ومهما كان سبب الحجر فإن غايته حماية المحجور عليه في ماله، وقد عززت التشريعات العربية هذه الحماية بإجراءات إلزامية يتحقق بموجبها الحجر.

وحتى يوقع الحجر على الشخص الذي توافرت فيه أسبابه، أوجبت التشريعات العربية جملة من الإجراءات، تمثلت في: طلب الحجر، وأصحاب الحق فيه، وسنشرح كليهما كما يلي:

أولا– وجوب تقديم طلب بتوقيع الحجر: يعد الطلب، الحجر الأساس في أي دعوى قضائية، إذ من خلاله يعبر الطالب عن سبب لجوئه إلى المحكمة، وهو يعرف بأنه ذلك التصرف القانوني الذي يطلب بموجبه شخص ما من المحكمة حماية حق من حقوقه، أو هو الإجراء الذي يعرض به الشخص ادعاءه على القضاء طالباً الحكم له به على خصمه[1].

وإذا كانت الدعوى في معناها سلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول على معونته في تقرير الحق أو حمايته، أو هي حق الشخص في الحصول على حكم في الموضوع لصالحه، وذلك في مواجهة شخص آخر بواسطة السلطة القضائية[2]، فالطلب هو محرك بدء الدعوى من أجل تنفيذها أو ممارسة الترخص المخول قانوناً في قضية معينة، إذ إن الطلب يكلّف القاضي ويفرض عليه الفصل فيه حسب موضوعه[3].

والطلب الذي نعنيه هنا، هو طلب الحجر على الصغير المميز، وكل من وجد فيه عارض من عوارض الأهلية، فمثلا نص المشرع الجزائري في المادة 102 من ق.أ، على ما يلي: "يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة".

وهو ما نص عليه المشرع الليبي في المادة 12 من القانون المتعلق بتنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم.

---

[1] فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد القانون 08-09، منشورات الأمين، الجزائر، 2009م، ص.60.

[2] محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار عالم الكتب، السعودية، 1423هـ، 2003م، ص.86.

[3] عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، 2011م، ص.53.

وقد نص المشرع المغربي أن الحكم بالتحجير يرفع من طرف النيابة العامة أو ممن له مصلحة وهذا حسب ما ورد في المادة 221 من م.أ.المغربية[1]، إذ قصر حق رفع الطلب على النيابة العامة ومن توفرت فيه المصلحة فقط.

في حين أن المشرع التونسي أقر بالحجر على المجنون وضعيف العقل بناءاً على حكم الحاكم، الذي يعتمد على أهل المعرفة من أجل إصدار حكمه، غير أن المشرع هنا لم يبين فيما إذا كان هذا الحكم يصدر بناءاً على طلب من قبل القائم على الشخص المراد الحجر عليه، وإنما بيّن فقط أن حكم الحجر يصدر من الحاكم معتمداً في ذلك على أهل المعرفة؛ أي من أشخاص على دراية بأن ذلك الشخص مجنون أو ضعيف العقل، ويظهر أن الحجر هنا، حسب ما نص عليه المشرع يكون تلقائياً حماية لمصلحة المعني بالحجر والمجتمع على حد سواء.

وبالرجوع إلى نص المادتين 958 و959 من مجلة الأحكام العدلية السالف ذكرهما، نجد أنها نصت على طلب الحجر فيما يخص الحجر على المدين فقط، يقدمه الغرماء للحاكم، في حين أن الحجر على السفيه يتم من طرف الحاكم دون حاجة إلى طلب، وإنما يكون حجراً تلقائياً.

ثانيا– أصحاب الحق في تقديم طلب الحجر: يقتضي طلب الحجر أن يرفع من قبل الأشخاص الذين أعطاهم القانون الحق في ذلك، إذ يرفع من طرف:

1– أحد الأقارب: حيث يجوز لأقارب الشخص المراد الحجر عليه تقديم طلب للقاضي، هدفه الحجر على الصغير أو من وجد به أحد عوارض الأهلية، وحسب ما بيناه أعلاه فإن المشرع الجزائري والمشرع الليبي قد ذكرا هذه الفئة؛ أي الأقارب، غير أنهما ذكراها بصفة عامة، ولم يحددا درجة القرابة التي تمكن للشخص تقديم هذا الطلب، خاصة وأن المشرع الجزائري ذكر في المادة 33 من ق.م[2]، عدة أنواع من القرابة كالقرابة المباشرة، وقرابة الحواشي. وكان الأولى تحديد فئة الأقارب. وهي الملاحظة نفسها التي نبديها على المشرع الليبي في المادة 35 من ق.م.

إن تحديد التشريعات للشخص صاحب الحق في رفع طلب الحجر، يغني القضاء عن رفض الطلب لانعدام الصفة؛ باعتباره شرطاً جوهرياً في الطلب؛ وهي تعني الحق في المطالبة أمام القضاء[3].

---

[1] نصت المادة 221 من م.أ.المغربية، السالفة الذكر، على ما يلي: *"يصدر الحكم بالتحجير أو برفعه بناء على طلب من المعني بالأمر، أو من النيابة العامة، أو ممن له مصلحة في ذلك"*.

[2] نصت المادة 33 بفقرتيها (1 و2) من ق.م.الجزائري، السالف الذكر على ما يلي: *"القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع؛ وقرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر"*.

[3] بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008)، ط.2، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009م، ص.34.

كما تعرف بأنها ما للشخص من شأن في الدعوى يجيز له المخاصمة عن موضوعها أو إبداء دفاع عنها، إذ إن أصحاب الحقوق هم ذوو الصفة في المخاصمة عنها أمام القضاء، وبالتالي تعتبر شرطاً لازماً مستقلاً بذاته لا يغني عنه أي شرط آخر[1].

2- صاحب المصلحة: إن المبدأ المستقر عليه هو أن لا دعوى من غير مصلحة؛ إذ هي مناطها، والمصلحة لا تعد فقط شرطاً لقبولها، وإنما هي كذلك شرطاً لقبول أي طلب أياً كان الطرف الذي يقدمه، ويشترط فيها أن تكون قانونية؛ أي تستند إلى حق أو مركز قانوني؛ بحيث يكون الغرض من الدعوى حماية هذا الحق أو المركز القانوني[2]. ومن ثم، فإن لكل شخص له مصلحة في الحجر أن يتقدم بطلبه للقاضي حتى يحكم به.

وحسب القواعد العامة في شروط الدعوى، يجب أن يكون طلب من له مصلحة في الحجر بناءاً على خاصيتين؛ إما أن تكون مصلحة قائمة أو حالة؛ أي وقوع اعتداء على الحق أو المركز القانوني بالفعل، مما يؤدي إلى حرمان الشخص من المنافع التي كان يتمتع بها من قبل، لذا يستلزم تدخل القضاء لحمايته، وإما أن تكون مصلحة محتملة أو ما تسمى بالاحتياط لدفع ضرر محدق[3].

والمصلحة التي تجعل صاحبها يرفع طلبه بالحجر إلى القاضي حسب موضوعنا، هي المصلحة المحتملة؛ إذ يطلب الحجر لمنع المعني به من التصرف في ماله للحفاظ عليه من التبذير والإسراف، إذ إن الحجر هو احتياط من أجل حماية المال من التبديد والفساد.

وبالرجوع إلى شروط الدعوى المنصوص عليها في القانون، نجد أن المشرع الجزائري نص على شرطي الصفة والمصلحة بموجب المادة 13 الفقرة 1 من ق.إ.م.إ[4]، كما يلي: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

---

[1] عبد الله بن ناصر عبد الله العرجاني، شروط أطراف الدعوى في الفقه ونظام المرافعات الشرعية (دراسة مقارنة تطبيقية)، رسالة ماجستير، قسم العدالة الجنائية، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، 1427هـ، 2007م، ص.129.

[2] بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية)، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008م، ص.ص.36-38.

[3] محمد بن عبد الله صالح اللحيدان، شرط المصلحة في دعوى الحقوق في نظام المرافعات الشرعية السعودي، دراسة تأصيلية تطبيقية، رسالة ماجستير، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، 1426هـ، 2006م، ص.136.

[4] القانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، المؤرخ في 18 صفر 1429هـ، الموافق لـ 25 فبراير 2008م، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 المتعلق بالإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع.21، الصادر في 17 ربيع الثاني 1429هـ، الموافق لـ 23 أفريل 2008م، ص.95.

في حين أن المشرع المغربي اشترط الصفة، والمصلحة لصحة التقاضي، غير أنه لم يحدد نوعاً معيناً من المصلحة، وإنما ذكرها بصفة عامة، وهذا في الفقرة الأولى من الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية[1]، إذ نصت على ما يلي: "لا يصح التقاضي إلاّ ممن له الصفة، والأهلية، والمصلحة، لإثبات حقوقه".

وهناك تشريعات أخرى اشترطت الصفة، والمصلحة وحددت نوعها، كالمشرع الموريتاني في المادة 02 من م.إ.م.ت.إ[2]، حيث اشترط أن تكون المصلحة مشروعة.

وتجب الإشارة إلى أن كلا من الصفة والمصلحة مقومان أساسيان في أية دعوى قضائية، ولا يمكن قبولها من قبل القاضي إذا لم تتوفرا، ولذلك فمعظم التشريعات العربية قد نصت على ذلك[3].

وهناك تشريعات اشترطت المصلحة فقط، كالمشرع الليبي في المادة 4 من قانون المرافعات[4]، إذ نصت على ما يلي: "لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون فيه لصاحبه مصلحة قائمة يقرها القانون، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة..."، وهو توجه المشرع الإماراتي في المادة 2 من ق.إ.م[5].

3- النيابة العامة: النيابة العامة هي جهاز قضائي جنائي، أنيط به تحريك الدعوى العمومية أمام القضاء الجنائي، فهي تباشر عملها باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون[6].

وإن كانت هذه القاعدة المتعارف عليها، وهي أن تكون النيابة العامة الأصل في الدعوى العمومية، إلاّ أن اختصاصها قد يتوسع ليشمل قضايا أخرى، كالقضايا المتعلقة بالأسرة أو الأحوال الشخصية، كما نص على ذلك كلا من المشرع الجزائري، والمشرع المغربي في قانونهما المتعلق بالأسرة[7].

---

[1] ظهير شريف بمثابة قانون رقم 447-74-1 المتعلق بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، بتاريخ 11 رمضان 1394هـ، الموافق لـ 28 شتنبر 1974م، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، ع.3230 مكرر، الصادرة بتاريخ 13 رمضان 1394هـ، الموافق لـ 30 شتنبر 1974م، ص.2741.

[2] القانون رقم 035-99 المتضمن م.إ.م.ت.إ.الموريتانية، الصادر بتاريخ 24 يوليو 1999م.

[3] يراجع: الفصل 19 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية، والمادتين 75 و76 من قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني.

[4] القانون رقم 18 المتعلق بالمرافعات المدنية والتجارية الليبي، الصادر بتاريخ 20 ديسمبر 1989م.

[5] القانون الاتحادي رقم 11 بشأن إ.م.لدولة الإمارات العربية المتحدة، الصادر بتاريخ 24 فبراير 1992م، الجريدة الرسمية، ع.225، الصادرة بتاريخ 08 مارس 1992م.

[6] عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، التحري والتحقيق، دار هومة، الجزائر، 2008م، ص.58.

[7] كلاهما نصا على تدخل النيابة في قضايا الأسرة بموجب المادة 3 في ق.أ.الجزائري، وم.أ.المغربية.

ولم يكتف القانونان بالنص على أن تكون النيابة العامة طرفاً في القضايا الأسرية، بل بينا اختصاصاتها، ومن بين المسائل التي تختص بها نذكر: القضايا المتعلقة بالقصر، وإمكانية تقديم طلب الحجر، كما بيناه أعلاه.

ومن جانب آخر نص المشرع اليمني في المادة 126 من قانون المرافعات والتنفيذ المدني[1]، أن للنيابة العامة رفع الدعوى أو التدخل فيها في الحالات التي ينص عليها القانون، ويكون لها رفع الدعاوى الخاصة بالقصر أو عديمي الأهلية أو ناقصيها أو التدخل فيها إن لم يكن لهم وصي أو ولي، وكذا الغائبين والمفقودين، وهو توجه المشرع الإماراتي في المادة 3/61 من ق.إ.م، والمشرع الموريتاني بموجب المادة 2/74 من ق.إ.م.ت.إ.

المبحث الثاني: المعايير الإلزامية لبدء القاصر التصرف في ماله في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية

بيّن فقهاء الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية نظام الحجر والأحكام المتعلقة به، والأسباب التي تستوجب إيقاعه على القاصر، وذلك لعدم أهليته للتصرف في شؤونه لا سيما المالية منها، لذلك يحجر عليه في ماله، فلا يمكنه التصرف فيه.

وإن كانت هذه القاعدة، إلاّ أنه يرد عليها استثناء؛ حيث أقر الفقهاء، والقانونيون إمكانية تصرف القاصر في ماله بمفرده، وفق شروط محددة يقرها الشرع، والقانون.

هذا، وقد اختلف الفقهاء حول مدى جواز السماح للقاصر بالتصرف في ماله، فانقسموا بذلك إلى رأيين في المسألة بين مجيز ومعارض، وهذا الاختلاف يكشف عن مدى خطورة تصرف القاصر، الذي قد يؤدي إلى ضياع بعض أمواله أو كلها، إن لم يحسن التصرف فيها. كما أن الأمر قد يزداد خطورة إذا ما تصرف القاصر في المجالات التي تتطلب خبرة كبيرة من صاحبها، ورأس مال ضخم للقيام بها.

إن مسألة البحث في المعايير الإلزامية لبدء القاصر التصرف في ماله عند الفقهاء والقوانين الوضعية، تعتبر مسألة جدّ مهمة كونها تبيّن الأساس الذي من خلاله يتمكن القاصر من التصرف في شؤونه المالية، ومن أجل ذلك تطرقنا إلى الإذن للقاصر بالتصرف في ماله من الجانب الفقهي (**المطلب الأول**)، ثم بينا موقف القوانين الوضعية منه (**المطلب الثاني**).

---

[1] القانون رقم 40 بالمتعلق بالمرافعات والتنفيذ المدني اليمني، الصادر بتاريخ 15 شعبان 1423هـ، الموافق لـ 12 أكتوبر 2002م، الجريدة الرسمية للجمهورية اليمنية، ع.09، الصادر بتاريخ 18 شعبان 1423هـ، الموافق لـ 15 أكتوبر 2002م.

المطلب الأول: الإذن للقاصر بالتصرف في ماله في الفقه الإسلامي

معلوم شرعاً أن القاصر حسب الأصل يمنع من التصرف في ماله، وتسيير شؤونه المالية بمفرده، غير أنه هذا المنع المفروض يرد عليه استثناء، غايته تمكين القاصر من التعامل مع الغير، وإعطائه فرصة لإبرام تصرفات محددة وفق شروط معينة.

ومن أجل ذلك، قرر فقهاء الشريعة الإسلامية وضع معيار إلزامي يتقّيد به القاصر إذا ما أراد التصرف في ماله، وهو ما يسمى بالإذن؛ فبموجبه يصبح القاصر قادراً على تسيير بعض أو كل شؤونه حسب الحدود المسوح له بها.

ويكتسي الإذن أهمية بالغة في التصرف، كونه المعيار الذي يخول للقاصر حق التصرف في شؤونه المالية، وبدونه لا يكتسب هذا الحق. وقد اختلف الفقهاء حول جواز منح الإذن للقاصر؛ فمنهم من قال بإمكانية اختبار القاصر بالتصرف ومنحه الإذن في ذلك، وهناك من أنكر هذه الفكرة، حرصاً على حماية أموال القاصر من التبذير، والضياع.

ومن أجل ذلك، سنبين مفهوم الإذن للقاصر بالتصرف في ماله مع إبراز الخلاف الواقع بين الفقهاء في منح القاصر هذا الإذن (**الفرع الأول**)، ثم نشرح كيفية اختبار الصبي المميز المأذون له (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: مفهوم الإذن للقاصر بالتصرف في ماله

لقد عالج اللغويون، والفقهاء مدلول مصطلح الإذن، وبينوا القصد منه، فمنهم من اعتمد على آيات قرآنية للبحث في معناه، ومنهم من ربطه بموضوع معين.

من أجل تحديد مفهوم الإذن للقاصر بالتصرف في ماله، نعرف أولاً الإذن في اللغة، وتعريفه الاصطلاحي، ثم نبرز الخلاف الواقع بين الفقهاء في منح القاصر هذا الإذن، وفق ما يلي:

أولا– تعريف الإذن لغة واصطلاحاً: نتطرق لتعريف الحجر عند اللغويون، ثم عند الفقهاء كما يلي:

1– التعريف اللغوي للإذن: لقد وردت عدة تعاريف لغوية للإذن في معاجم اللغة، والإذن بالكسر هو رفع المنع وإيتاء المكنة كوناً وخلقاً؛ أي من جهة سلامة الخلقة[1]، فعرفه ابن منظور كالآتي: أذن بالشيء علم. واستدل بالتنزيل العزيز بقوله تعالى: ﴿فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ

---

[1] عبد الرؤوف بن المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق: عبد الحميد صالح حمدان، ط.1، دار عالم الكتب، مصر، 1410هـ، 1990م، ص.43.

رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾[1]، أي كونوا على علم. وآذنه الأمر وآذنه به: أعلمه. وأذِن في الشيء إذناً: أباحه له، واستأذنه: طلب له الإذن، أخذ له منه الإذن[2].

وعرفه الفيومي بقوله: أذنت له في كذا أطلقت له فعله، والاسم الإذن، والأمر إذناً، وكذا الإرادة، نحو بإذن الله[3]. أو كما ورد في القاموس المحيط: فعله بإذني وأذيني: بعلمي، وأذن له بالشيء كسمع، وأذينا أباحه له، واستأذنه: طلب منه الإذن وأذن إليه[4].

وورد عند الفراهيدي بمعنى أذنت بهذا الشيء أي علمت، وآذنني: أعلمني وفعله بإذني: أي بعلمي، وهو في معنى بأمري[5]، وعرفه الأصفهاني بأن الإذن في الشيء إعلام بإجازته والرخصة فيه، نحو، ﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَسُولٍ إِلَّا لِيُطَاعَ بِإِذْنِ اللَّهِ﴾[6]، أي بإرادته وأمره[7].

2- تعريف الإذن اصطلاحاً: عرف الإذن من الناحية الاصطلاحية بأنه فك الحجر وإطلاق التصرف لمن كان ممنوعاً شرعاً[8]، أو فك الحجر وإطلاق التصرف لمن كان ممنوعاً شرعاً، كالصبي، ويقال للذي أُذِّن: مأذون[9].

وعرف أيضا بأنه: الإعلام بإجازة الشيء، وهو مرادف لكمة الإباحة، ومعناه فك الحجر وإطلاق التصرف للشخص فيما كان ممنوعاً منه؛ أي إباحة التصرف[10]. أو هو فك الحِجر، أي حجر كان؛ سواء كان حجر الرق، أم الصغر، أم غيرهما، والذي يفك منه الحجر يسمى مأذوناً[11].

---

[1] القرآن الكريم، سورة البقرة، الآية رقم 279.

[2] والأمر: إِذْنا وأَذَناً وأَذانةً، ويقال: أذنت لِفلان في أمر، وكذا آذن له إذناً بكسر الهمزة وجزم الذال، واسْتَأْذنتُ فلان اسْتِئْذانًا. يراجع: ابن منظور، لسان العرب، م.1، المرجع السابق، ص.ص.9-10.

[3] الفيومي، المصباح المنير، المرجع السابق، ص.4.

[4] الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق، ص.1175.

[5] الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين مرتباً على حروف المعجم، تحقيق: عبد الحميد الهنداوي، ج.1، أ-خ، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1424هـ، 2003م، ص.62.

[6] القرآن الكريم، سورة النساء، الآية رقم 64.

[7] الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، المرجع السابق، ص.71.

[8] الجرجاني، معجم التعريفات، المرجع السابق، ص.16.

[9] البركتي، التعريفات الفقهية، المرجع السابق، ص.21.

[10] محمد قلعجي، معجم لغة الفقهاء، المرجع السابق، ص.52.

[11] محمد علي التهانوي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تحقيق: رفيق العجم، علي دحروج، ج.1، أ-ش، ط.1، مكتبة لبنان، لبنان، 1996م، ص.131.

وقد ذكر أن الإذن قد يكون عامّاً، وقد يكون خاصّاً، والعموم والخصوص قد يكون بالنسبة للمأذون له، وقد يكون بالنسبة للموضوع أو الوقت أو الزمان[1]؛ ومثال الإذن العام كمن ألقى شيئاً وقال: من أخذه فهو له، فلمن سمعه أو بلغه ذلك القول أن يأخذه، أما الإذن الخاص فمثاله أن يقول هذا الشيء صدقة لفلان، أو كالوقف على جهة معينة لتصرف غلته عليهم، ولا يكون الشخص مأذوناً إلاّ فيما أذن له؛ لأن تصرفه مستفاد من الإذن، فيقتصر على المأذون فيه، كأن أذن له بالتجارة في نوع معين كالثياب، أو في وقت محدد كشهر كذا، فوجب أن يختص بما أذن له فيه[2].

وعرف بعض الفقهاء الإذن بأنه فك الحجر وإسقاط الحق فلا يتوقف ولا يتخصص، وعرف لغة الإطلاق؛ لأنه ضد الحجر، وهو المنع، فكان إطلاقاً عن شيء، وفي الشرع الإطلاق في حق التجارة بإسقاط الحجر عنه[3].

وهناك من قال إنه فك الحجر في التجارة؛ لأن الحجر لا ينفك عن العبد المأذون في غير باب التجارة، وإسقاط الحق؛ والمسقط هو المولى لو المأذون رقيقاً، والولي لو صبياً، وقال زفر والشافعي هو توكيل وإنابة[4].

والبعض الآخر عرف المأذون بأنه من أذن له سيده أن ينجز في مال نفسه ولو كان الربح للسيد، وفي مال سيده والربح للعبد، أما السيد فوكيل لا مأذون[5]، وقال البعض إن لفظ المأذون يطلق بإزاء معنيين: أحدهما مفهومه اللّقبي الذي هو ترجمة في سائر الكتب، فالمأذون له بهذا المعنى، يشمل العبد والسفيه، وكل من عليه حجْرٌ؛ لصحة الإذن لهم في بعض الأحوال فتصح أفعالهم، والثاني مفهومه الاصطلاحي؛ أي في اصطلاح الفقهاء، فهو بهذا المعنى خاص بالعبد الذي أُذن له في التجارة[6].

---

[1] نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، المرجع السابق، ص.38.

[2] الموسوعة الفقهية، ج.2، أجل-إذن، ط.2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1404هـ، 1983م، ص.ص.377-378.

[3] يراجع: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج.5، المرجع السابق، ص.204؛ شهاب الدين أحمد الشلبي، الحاشية، المرجع السابق، ص.204.

[4] ابن عابدين، رد المحتار، ج.9، المرجع السابق، ص.228.

[5] أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الكبير، تحقيق: محمد عليش، ج.3، عيسى البابلي الحلبي، بدون بلد النشر، بدون تاريخ النشر، ص.304.

[6] أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عمر الوانوغي التونسي المالكي، أبو عبد الله محمد بن أبي القاسم بن محمد المشدالي، تعليقة الوانوغي على تهذيب المدونة، وبهامشها تكملة التعليقة، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، حافظ بن عبد الرحمن خير، م.3، بدون دار النشر، بدون بلد النشر، 1435هـ، 2014م، ص.191.

وعليه يمكن القول إن المحجور عليه حتى يتمكن من التصرف في ماله، يجب أن يحصل على الإذن من طرف القائم على شؤونه المالية، فيصبح مأذوناً بالتصرف في ماله، وتجدر الإشارة إلى أن هذا الإذن لا تشترط فيه صيغة معينة، إذ يجوز أن يكون صراحة أو ضمناً[1].

فهذه العناصر تشكل ما يسمى بأركان الإذن؛ الآذن وهو الولي، والمأذون له، وهو القاصر، والمأذون فيه؛ أي محل الإذن وهي أموال القاصر، وأخيراً صيغة الإذن؛ أي الصيغة التي يعبر بها عن الإذن.

ثانيا– خلاف الفقهاء في منح القاصر الإذن للتصرف في ماله:

اختلف الفقهاء حول مسألة منح الإذن للقاصر؛ الصبي المميز، والمحجور عليه لعارض بأهليته، حتى يتمكن من التصرف في ماله تجارةً، فانقسموا إلى مجيز ومانع، وكل قول استدل بأدلة ليبرر توجهه، وفيما يلي بيان ذلك.

1– جواز الإذن للصبي المميز: يرى أصحاب هذا الرأي بجواز الإذن للصبي من أجل التصرف في ماله عن طريق التجارة، وهو قول فقهاء مذهب الحنفية، وبه قال أغلب فقهاء مذهب المالكية، وقول عند بعض فقهاء مذهب الشافعية، والرواية الأولى عند فقهاء مذهب الحنابلة.

ذهب فقهاء الحنفية إلى القول بجواز الإذن للصبي المميز حتى يزاول التجارة بأمواله، فذكر الزيلعي أنه إذا أذن الولي للصبي أو المعتوه الذي يعقل البيع والشراء، فهو كالعبد المأذون في الشراء والبيع؛ يعني أنه لا يتقيد بنوع معين من التجارة دون نوع، ويكون مأذوناً له بسكوت الولي حين ما يراه يبيع ويشتري[2].

هذا وقد اعتبر فقهاء الحنفية الإذن ركناً في التجارة، ويشترط لصحته أن يكون لمن يعقلها؛ لأن الإذن بالتجارة لمن لا يعقل سفه، أما البلوغ فليس بشرط لصحة الإذن، ومن ثم يكون للمأذون التصرف في كل ما كان من باب التجارة أو توابعها أو ضروراتها؛ لأن كل ذلك داخل في الإذن بالتجارة، فيملك الشّراء والبيع بالنقد والنسيئة والعروض؛ لأن كل ذلك من التجارة ومن عادة التجار، وكذلك يملك البيع

---

[1] اتفق الفقهاء على أن الإذن يتحقق بوسائل عديدة كاللفظ الصريح الذي يدل على الإذن، والإشارة، والكتابة، لكنهم اختلفوا في تحققه بالسكوت على قولين: القول الأول: يتحقق عندهم الإذن دلالةً وضمناً وهذا عند الحنفية، والمالكية، والقول الثاني: الإذن عندهم لا بد أن يكون صريحاً، ولا يقوم السكوت مقام الإذن، وبه قالت الشافعية، والحنابلة، وزفر من الحنفية. يراجع: محمد عبد الرحيم بن الشيخ محمد علي، أحكام إذن الإنسان في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي، ج.1، فرع الفقه والأصول، قسم الدراسات العليا الشرعية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1412هـ، 1991م، ص.17، وص.20.

[2] الزيلعي، تبيين الحقائق، ج.5، المرجع السابق، ص.219.

والشراء بغبن[1] يسير بالإجماع؛ لأنه من التجارة، وكذا بالغبن الفاحش[2] عند أبي حنيفة[3]، سواء كان عليه دين أم لم يكن، ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد[4].

وقد علل فقهاء الحنفية معنى أن يكون الصبي أو المعتوه يعقل البيع؛ أي يعلم بأن البيع سالب للملك، والشراء جالب له، وأن يقصد به الربح ويعرف الغبن اليسير من الفاحش، فحاصله أنه يعرف المصالح ويبعد من المضار، وهو مستحق للنظر ومصون عن الضرر وفي اعتبار كلامه ذلك، وفي عدم اعتباره إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم[5].

وهو قول عند بعض فقهاء المالكية أيضاً، حيث أقروا أن الصغير الذي لم يبلغ الحلم من الرجال، والمحيض من النساء إذ باع أو اشترى أو فعل ما يشبه البيع والشراء مما يخرج على عوض، ولا يقصد فيه إلى فعل معروف كان موقوفاً على نظر وليه إن كان له ولي، فإن رآه سداداً وغبطة أجازه وأنفذه، وإن رآه بخلاف ذلك رده وأبطله[6].

كما ذهب الحطاب إلى القول إن للولي رد تصرف المميز؛ يعني أن الولي سواء كان أباً أم وصياً أم وصي الوصي أم مقدم القاضي، فإن له أن يرد ما تصرف فيه المميز من بيع وغيره، ويريد بذلك المميز المحجور، وسواء كان صغيراً أم بالغاً سفيهاً، وقد فسر اللام بأنها لام الإباحة، وأن له الرد والإمضاء، وهو إنما يكون بحسب ما يرى فيه المصلحة لا بحسب شهوته واختياره، وظاهر كلامه أن تكون له الإجازة والرد في جميع التصرفات، ولكن الأمر ليس كذلك، وإنما تكون الإجازة والرد في التصرفات المالية التي خرجت

---

[1] الغَبْنُ عند الفقهاء هو النقص في أحد العوضين، بأن يكون أحدهما أقلّ مما يساوي البدل الآخر عند التعاقد، فهو من جهة الغابن تمليكُ مالٍ بما يزيد عن قيمته، ومن جهة المغبون تملّكُ مالٍ بأكثر من قيمته. يراجع: نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، المرجع السابق، ص.341.

[2] الغَبْن الفاحش عند الحنفية هو غبن على قدر نصف العشر في العروض، والعشر في الحيوانات، والخمس في العقار أو زيادة، وربع العشر في الدرهم بالنظر إلى قيم الأشياء الحقيقية أيضاً، أما عند الجمهور فهو ما يتعارفه التجار غبناً في العادة، وعرف البلد فهو غبن فاحش، أما الغَبْن اليسير فهو الذي لم يبلغ القدر المذكور للغَبْن الفاحش عند الحنفية، وعند الجمهور فالمرجع فيه أيضاً العرف. يراجع: عبد الغفار عبد البصير الجوزجاني، المصطلحات الفقهية في المعاملات المالية، رسالة ماجستير، فرع الفقه وأصوله، قسم الدراسات العليا الشرعية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1404هـ، ص.ص.169-170؛ والمادة 165 من مجلة الأحكام العدلية، السالف ذكرها.

[3] الكاساني، البدائع، ج.10، المرجع السابق، ص.140، وص.143.

[4] السرخسي، المبسوط، ج.25، المرجع السابق، ص.156.

[5] الزيلعي، تبيين الحقائق، ج.5، المرجع السابق، ص.219.

[6] أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات، لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، تحقيق: محمد حجي، ج.2، ط.1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1408هـ، 1988م، ص.346.

عن عوض[1]. فإذا علم الولي بتصرف المميز المحجور عله صغيراً أم سفيهاً كان، وسكت، فهنا يكون تصرف المميز ماضٍ، وليس له رده إن رشد؛ لأن سكوت الولي مع علمه إمضاء له[2].

ومن جهة أخرى ذهب فقهاء الشافعية في أحد القولين إلى جواز الإذن للصبي المميز لأجل التجارة؛ إذ إن الإذن هو اختبار له قبل البلوغ، ومن ثم يصح تصرفه مصداقاً لما أمر به الله تعالى باختبار اليتامى، وهم الصغار[3]، لهذا يقتضي أن يكون الاختبار قبل البلوغ، فإذا أخرنا الاختبار إلى البلوغ قد يؤدي إلى الحجر على رشيد؛ لأنه قد يبلغ مصلحاً لماله ودينه، فلو قلنا إن الاختبار لا يجوز إلاّ بعد البلوغ لأستديم الحجر على رشيد ومنع من ماله؛ لأنه لا يدفع له إلاّ بعد الاختبار[4].

وأضاف الشافعية أن هذا الاختبار يكون عن طريق دفع قدر معين من المال للصبي المميز، ويمتحن في المماكسة[5] والمساومة، فإذا آن الأمر إلى العقد، عقد الولي[6]؛ أي أن الولي يأمره أن يساوم في السلع ويقدر الثمن، وليس يعقد؛ لأن عقد الصبي لا يصح، ومن هم من قال يجوز عقد الصبي؛ لأنه موضع ضرورة، وهناك من قال إن الولي يشتري سلعة ويدعها بيد البائع ويواطئه على بيعها للصبي، فإن اشتراها منه بثمنها عرف رشده[7].

وهو القول المعتمد عند مذهب الحنابلة؛ حيث ذكر المرداوي أنه يجوز لوليّ الصّبّيّ المميّز أن يأذن له في التجارة، في إحدى الروايتين، وهي المذهب وعليه الأصحاب[8]، وأضاف المقدسي في الفروع، من أذن لعبده أو موليه في تجارة صح، وانفكّ حجره في قدره كوكيل ووصي في نوع[9]؛ معناه أن الوكيل والوصي

---

(1) الحطاب أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل ومعه مختصر الشيخ خليل، تحقيق: محمد يحي بن محمد الأمين بن أبوه الموسوي اليعقوبي الشنقيطي، م.5، ط.1، دار الرضوان، موريتانيا، 1431هـ، 2010م، ص.432.

(2) الدردير، الشرح الكبير، ج.3، المرجع السابق، ص.294.

(3) أبو إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: محمد الزحيلي، ج.3، المعاملات المالية، والسبق، وإحياء الموات، والوقف، والهبات، والوصايا، دار القلم، الدار الشّاميّة، سوريا، لبنان، 1412هـ، 1992م، ص.282.

(4) النووي، المجموع، ج.13، المرجع السابق، ص.31.

(5) المماكسة هي استنقاص الثمن. يراجع: البركتي، التعريفات الفقهية، المرجع السابق، ص.217.

(6) النووي، روضة الطالبين، ج.4، المرجع السابق، ص.181.

(7) النووي، المجموع، ج.13، المرجع السابق، ص.31.

(8) المرداوي، الإنصاف، ج.5، المرجع السابق، ص.343.

(9) شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، علاء الدين علي بن سليمان المرداوي، تقي الدين أبو بكر بن إبراهيم بن يوسف البعلي، كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع وحاشية ابن قندس، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج.7، ط.1، مؤسسة الرسالة، دار المؤيد، لبنان، السعودية، 1424هـ، 2003م، ص.ص.18-19.

حكمه كالعبد إذا وكل في شيء، أو أوصى إلى الوصي في شيء، انفك عنه الحجر في قدره، فإذا وكل أو أوصى إليه في نوع، لم يملك التصرف بغير ذلك النوع[1].

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا﴾[2]؛ والآية تدل على أن هذا الابتلاء قبل البلوغ، وفي ذلك دليل على جواز الإذن للصغير الذي يعقل في التجارة؛ لأن ابتلاءه لا يكون إلاّ باستبراء حاله في العلم بالتصرف وحفظ المال، ومتى أمر بذلك كان مأذوناً في التجارة، والابتلاء هو اختبارهم في عقولهم، ومذاهبهم، وحرماتهم فيما يتصرفون فيه، فهو عام في سائر هذه الوجوه، وليس لأحد أن يقتصر بالاختبار على وجه دون وجه فيما يحتمله اللفظ، والاختبار في استبراء حاله في المعرفة بالبيع والشراء، وضبط أموره وحفظ ماله، ولا يكون إلاّ بإذن له في التجارة، ومن قصر الابتلاء على اختبار عقله بالكلام دون التصرف في التجارة، وحفظ المال، فقد خص عموم اللفظ بغير دلالة[3].

واستدلوا كذلك بقوله عز وجل: ﴿وَآتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ﴾[4]؛ ووجه الدلالة أن الله تعالى أمر بإتيان اليتامى أموالهم وهم الصغار، وذلك تمكين لهم في التصرف فيها، تدل على جواز الإذن للصغير المميز في التجارة من البيع والشراء من قبل الولي[5].

2- لا يجوز الإذن للصبي المميز: يرى أصحاب هذا القول عدم جواز الإذن للقاصر من أجل التصرف في ماله عن طريق التجارة، وقد أخذ به بعض فقهاء المالكية، وهو القول الثاني عند فقهاء مذهب الشافعية، والرواية الثانية عند مذهب الحنابلة.

أ- رأي مذهب المالكية: قال القرافي من المالكية إنه إذا عقل الصبي التجارة لا يجوز إذن أبيه أو وصيه في مولى عليه؛ أي ماله[6]. وقال مالك لا أرى أن الإذن للصبي إذا كان يعقل التجارة من طرف أبيه أو وصيه في التجارة جائزاً؛ لأن الصبي مولى عليه، فإذا كان مولى عليه فلا أرى الإذن له في التجارة إذناً،

---

(1) ابن يوسف البعلي، حاشية ابن مقدس، ج.7، المرجع السابق، ص.19.

(2) القرآن الكريم، سورة النساء، الآية رقم 06.

(3) أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، ج.2، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، لبنان، 1412هـ، 1992م، ص.356.

(4) القرآن الكريم، سورة النساء، من الآية رقم 2.

(5) عبد العزيز محمد سعد الحمير، الولاية النفسية والمالية للصغير بحث فقهي في الأحوال الشخصية، ط.1، دار الصميعي، السعودية، 1432هـ، 2011م، ص.452.

(6) القرافي، الذخيرة، ج.8، المرجع السابق، ص.236.

بخلاف العبد؛ لأن العبد ليس بسفيه إلاّ أن ملكه بيد غيره، فإنما منع التجارة لأن ملكه بيد غيره، كما منع النكاح وغير ذلك من الأشياء، فإذا أذن له سيده جاز ذلك عليه، والصبي ملكه ليس بيد أحد[1].

ب- رأي مذهب الشافعية: يرى فقهاء هذا المذهب في قول ثانٍ، أنه لا يجوز الإذن للصبي المميز بالتجارة؛ لأنه غير بالغ، والبلوغ أمر اشترطه الله تعالى إلى جانب الرشد؛ فالله عز وجل أمر أن تدفع إليهم أموالهم إذا جمعوا بلوغاً ورشداً، وهذا دلالة على أنهم إذا كان فيهم أحد الأمرين دون الآخر لم تدفع إليهم أموالهم، وإذا لم تدفع إليهم فذلك دليل الحجر عليهم، كما كانوا لو أونس منهم الرشدٌ قبل البلوغ لم تدفع إليهم أموالهم، فكذلك لو بلغوا ولم يؤنس منهم الرشد لم تدفع إليهم أموالهم، ويثبت عليهم الحجر كما كان قبل البلوغ[2].

جـ- رأي مذهب الحنابلة: ذهب هؤلاء في الرواية الثانية عندهم إلى القول إنه لا يصح الإذن للصبي المميز بالبيع والشراء حتى يبلغ؛ لأنه غير مُكلّفٍ أشْبَهَ غير المميز، ولأن العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصلح به التصرف؛ لخفائه، وتزايده تزايداً خفي التدريج، فجعل الشارع له ضابطاً وهو البلوغ، فلا يثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة[3].

واستدل القائلون بعدم جواز الإذن للقاصر بالتجارة بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾[4]؛ وقد بينت الآية أن الله عز وجل أمر بأن السفيه وغير البالغ لا يجوز دفع ماله إليه[5]، وفسروا السفهاء باليتامى، ومعنى الآية أن مال اليتيم يكون عندك فلا تؤته إياه وأنفق عليه حتى يبلغ[6]. وهناك من فسره بالقول إن الله أمر بهذا المال أن يُخزَن فتحسن خزانته؛ ولا تملكه المرأة السفيهة ولا الصبي السفيه[7]. فهذه الآية دليل واضح على عدم دفع المال لليتيم، ومن ثم عدم جواز منحه الإذن للتصرف في ماله ما دام صغيراً غير بالغٍ.

---

(1) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، م.13، المرجع السابق، ص.73.

(2) محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، ج.4، ط.1، دار الوفاء، مصر، 1422هـ، 2001م، ص.458.

(3) ابن قدامة، المغني، ج.6، المرجع السابق، ص.347.

(4) القرآن الكريم، سورة النساء، الآية رقم 05.

(5) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج.6، المرجع السابق، ص.50.

(6) عبد الرحمن بن الكمال جلال الدين السيوطي، تفسير الدر المنثور في التفسير المأثور، ج.2، دار الفكر، لبنان، 1433هـ، 2011م، ص.433.

(7) هود بن محكم الهواري، تفسير كتاب الله العزيز، تحقيق: بالحاج بن سعيد شريفي، ج.1، ط.1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1990م، ص.349.

وقد ناقش الزيلعي هذا الدليل بقوله إن المنهي عن دفعه في الآية هي أموالنا، وكلامنا وقع في أموالهم؛ أي الصبي المميز، وعليه فإن الآية لا تدل على عدم دفع المال لهم[1]. وتم الرد عليه بأن معنى قوله تعالى: ﴿أَمْوَالَكُمُ﴾؛ يريد أموال السفهاء، وأضافها إلى المخاطبين تغبيطاً بالأموال؛ أي هي لهم إذا احتاجوها كأموالكم التي تقي أعراضكم، وتصونكم، وتعظم أقداركم، والخطاب للأولياء أضاف الأموال إليهم؛ لأنها من جنس ما يقيم به الناس معائشهم[2]، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾[3].

وعليه فإن مناقشة الزيلعي غير واردة على الاستدلال، غير أنه يمكننا أن نناقش الاستدلال بهذه الآية بالقول إنه من غير المسلم بأن الصبي المميز من جملة السفهاء، وعليه فإن الآية لا تدل على عدم إعطائه المال، كما أن إعطاءه المال لا يخرجه عن كونه محجوراً عليه؛ إذ إننا لم نقل بنفاذ تصرفه مطلقاً، بل يكون بإذن الولي[4].

واستدلوا كذلك بقوله عز وجل:﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا ﴾[5]؛ فمعنى قوله تعالى أن دفع المال إلى اليتيم يكون بوجهين: أحدهما إيناس الرشد، والثاني بلوغ الحلم، فإن وجد أحدهما دون الآخر لم يجز تسليم المال إليه، كذلك نص الآية، وهي رواية عن مالك في الآية أنه إذا احتلم الغلام ولم يؤنس منه الرشد فإنه لا يدفع إليه ماله، ولا يجوز له بيع ولا شراء، ولا هبة ولا عتق حتى يؤنس منه الرشد[6].

وقد قال الزيلعي مناقشاً هذه الآية، إن المذكور في الآية دفع إليهم أموالهم عند البلوغ وعند إيناس الرشد منهم، وذلك لا ينفي الدفع في غير تلك الحالة، لما عرف أن تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عاداه، على أننا لا نسلم أنه سفيه بل هو رشيد؛ لأن كلامنا فمن علم رشده فلا يتناوله النهي[7].

---

[1] الزيلعي، تبيين الحقائق، ج.5، المرجع السابق، ص.220.

[2] أبو حيان الأندلسي، تفسير المحيط، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد عوض، زكريا عبد المجيد النوتي، أحمد النجولي الجمل، ج.3، (آل عمران 102-المائدة 81)، ط.3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2010م، ص.177.

[3] القرآن الكريم، سورة النساء من الآية 29.

[4] عبد الله بن عبد الواحد بن عبد الكريم الخميس، التصرفات الموقوفة في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 1413هـ، 1993م، ص.89.

[5] القرآن الكريم، سورة النساء، الآية رقم 06.

[6] أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، القسم الأول، الفاتحة لآخر سورة النساء، دار الكتب العلمية، لبنان، بدون تاريخ النشر، ص.ص.419-420.

[7] الزيلعي، تبيين الحقائق، ج.5، المرجع السابق، ص.220.

واستدلوا في منعهم على حالة العقل لدى الصبي المميز كما ورد في الرواية الثانية عند الحنابلة، وتم الرد عليه بالقول إن العقل يعرف بآثار وجريان تصرفاته على وفق المصلحة كما يعلق في حق البائع، فإن معرفة رشده شرط دفع ماله إليه وصحة تصرفه، وكذا هنا[1].

وأضافوا إلى جملة أدلتهم دليلاً آخر، تمثل في قياس تصرفات الصبي المميز على تصرفات الصبي غير المميز؛ بالقول إن المميز غير مكلف وأشبه غير المميز، وقد نوقش هذا الدليل بأنه قياس مع الفارق؛ وذلك لأن غير المميز لا تحصل المصلحة بتصرفه، بخلاف المميز فإن تصرفه يكون مبيناً على المصلحة في الغالب، ولذلك صحت تصرفاته، ووقفت على إذن الولي خوفاً من الضرر المحتمل في تصرفه[2].

من خلال عرض أقوال الفقهاء في مسألة منح الإذن للقاصر بمزاولة التجارة، يتضح أن القول الأول هو الأولى بالقبول؛ إذ قولهم هذا دليل على بعد نظرهم في منح الصبي عن طريق الإذن من وليّه أو وصيّه، فرصة من أجل إدماجه في عالم يساعده على تنمية قدراته العقلية، من خلال معرفة التجارة وتوابعها من بيع وشراء ومساومة، واحتكاكه بكبار التجار ذوي الخبرة والمعرفة في المجال يكسبه المهنة تدريجياً، فمن أجل مصلحته وجب على القائم بأموره، منحه الإذن ليكتشف ويتعلم ويكتسب قدرات تؤازره مستقبلاً حين يصبح مؤهلاً بشكل كامل لاستيلام أمواله والتصرف فيها دون حاجة للإذن. كما أن منح الولي أو الوصي الإذن للصبي المميز لا يعني تركه حراً يتصرف كما يشاء بدون رقابة، بل يمنح له الإذن ويرجع تقدير المصلحة فيما قام به للآذن؛ باعتباره أدرى بها. وفضلاً عن ذلك، فإن للولي أن يأذن في بعض التصرفات دون غيرها، كما أن جواز الإذن عموماً لا يعني ضرورة تقريره بمجرد بلوغ سن التمييز، فقد يمنح بعد سنوات منه، وهذا يتوقف على ظروف كل حالة على حدة.

الفرع الثاني: كيفية اختبار الصبي المميز المأذون له

اختلف الفقهاء في مسألة اختبار الصبي المميز، بسبب اختلافهم في تفسير الابتلاء الذي ذكره الله في منزل تحكيمه، وقبل الخوض في بيان كيفية اختبار الصبي المميز، يحسن الوقوف عند معنى هذا الاختبار حسب ما ورد في كتب التفسير.

ولا يخفى أن الفقهاء في تحديد كيفية اختبار الصبي المميز اعتمدوا على قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا﴾[3]، وهذه الآية فسرها العلماء بمعانٍ مختلفة، فقال الطبري في تأويل قوله:﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى﴾؛

---

[1] ابن قدامة، المغني، ج.6، المرجع السابق، ص.347.

[2] عبد الله بن عبد الواحد بن عبد الكريم الخميس، التصرفات الموقوفة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص.90-91.

[3] القرآن الكريم، سورة النساء، الآية رقم 06.

اختبروا عقول يتاماكم في أفهامهم، وصلاحهم في أديانهم، وإصلاحهم أموالهم، وقال ابن زيد في تفسيره للآية: اختبروه في رأيه وفي عقله كيف هو، إذا عرف أنه قد أونس منه رشدٌ دفع إليه ماله، وذلك بعد الاحتلام[1].

وفسرها الرازي بأن المراد بالابتلاء اختبار عقله واستبراء حاله، فيما إذا كان له فهم وعقل وقدرة في معرفة المصالح والمفاسد، وذلك إذا باع الولي واشترى بحضور الصبي، ثم يستكشف من الصبي أحوال ذلك البيع والشراء وما فيهما من المصالح والمفاسد، ولا شك أن بهذا القدر يحصل الاختبار والابتلاء[2].

وقال القرطبي إن هذه الآية خطاب للجميع في كيفية دفع أموالهم[3]، وقيل إنها نزلت في رجل من غَطَفَان كان عنده مال كثير لابن أخ له يتيم، فلما بلغ اليتيم طلب المال، فمنعه عمه، فترافعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فنزلت هذه الآية، فلما سمعها العم قال: أطعنا الله وأطعنا الرسول، نعوذ من الحوب الكبير، فدفع إليه ماله[4].

واختلف العلماء في معنى الاختبار؛ فقيل: هو أن يتأمّل الوصي أخلاق يتيمه، ويستمعَ إلى أغراضه، فيحصل له العلم بنجابته، والمعرفة بالسعي في مصالحه وضبطِ ماله، أو الإهمال لذلك، فإذا توسم الخيرَ، فلا بأس أن يدفع إليه شيئاً من ماله يبيح له التصرف فيه، فإن نمّاه وحسّن النظر فيه فقد وقع الاختبار، ووجب على الوصي تسليم جميع ماله إليه، وإن أساء النظر فيه وجب إمساك ماله عنده[5].

ويتبين من هذه التفاسير، أن الاختبار فسر بمعنيين: المعنى الأول، يكون بالنظر في أخلاق الصبي المميز، واختبار عقله دون أن يدفع له ماله لعدم بلوغه، والمعنى الثاني، يكون بتسلمه بعض من ماله ويمارس به التجارة وتوابعها من بيع وشراء. وبالرجوع إلى أقوال الفقهاء بشأن حكم الإذن للصبي المميز من أجل التجارة، نجد أن القول الذي ذهب إلى جواز الإذن اعتمد على المعنى الثاني للاختبار؛ أي دفع المال للصبي ليختبر في البيع والشراء، وأما القول الذي لم يجز الإذن إلاّ بعد البلوغ والرشد فقد أخذ بالمعنى الأول للاختبار.

---

[1] الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج.6، المرجع السابق، ص.ص.402-403.

[2] محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي البكري أبو عبد الله فخر الدين الرازي، تفسير الفخر الرازي المشهور بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب، ج.9، ط.1، دار الفكر، مصر، 1401هـ، 1981م، ص.195.

[3] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج.6، المرجع السابق، ص.60.

[4] أبو الحسن علي بن أحمد الواحدي النيسابوري، أسباب النزول، تحقيق: عصام بن عبد المحسن الحميدان، ط.2، دار الاصطلاح، السعودية، 1412هـ، 1992م، ص.142.

[5] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج.6، المرجع السابق، ص.ص.60-61.

على أن المتأمل في المعنيين السابقين يجد أنهما يجتمعان في معنى معين؛ وهو أنه من أجل صون وحماية الصغير المميز، يجب أولاً أن ينظر إلى تمييزه للأمور ورجحان عقله، وطريقة تفكيره، فإذا ما التمس فيه الخير والصلاح وحسن الانتباه والتخمين، ونوعاً من المهارة فيما يقوم به في تصرفاته، يمكن للولي أو الوصي أن يأذن له بممارسة التجارة عن طريق البيع والشراء.

هذا، وقد حدد الفقهاء كيفية اختبار الصبي المميز، فقال الشافعية هذا الاختبار يختلف في مراتبه[1]؛ حيث يختبر ولد التاجر بالبيع والشراء والمماكسة فيها، وولد الزّرّاع بالزراعة، والنفقة على القوام بها، والمحترف بما يتعلق بحرفته، والمرأة بما يتعلق بالغزل والقطن، وصون الأطعمة عن الهرة ونحوها، ويشترط تكرر الاختبار مرتين أو أكثر[2].

وهناك من قال الرجال والنساء بقدر ما يمكن فيهم؛ والرجل المخالط للسوق والمخالط للناس في الأخذ والعطاء، لا يعرف حاله قبل البلوغ بل بعده، فيعرف كيف هو في الأخذ والعطاء، وكيف هو في دينه، والرجل القليل المخالطة للناس يكون اختباره أبطأ من اختبار الأول، فإذا عرفت خاصته في مدة وإن كانت أطول من هذه المدة عدلوه، وحمدوا نظره لنفسه في الأخذ والعطاء، وشهدوا له أنه صالح في دينه، حسن النظر لنفسه في ماله، فقد صار هذان إلى الرشد في الدين والمعاش، ويؤمر وليهما بدفع مالهما إليهما. وإذا اختبر النساء أهل العدل من أهلها، ومن يعرف حالها بالصلاح في دينها، وحسن النظر لنفسها في الأخذ والعطاء، صارت في حال الرجلين، وإن كان ذلك منها أبطأ منه من الرجلين لقلة خلطتها بالعامة، وهي من المخالطة بالنساء، الخارجة إلى الأسواق، والممتهنة لنفسها، أعجل منه من الصائنة لنفسها، كما يكون من أحد الرجلين أبعد، فإذا بلغت المرأة الرشد أمر وليها بدفع مالها إليها[3].

وقال الحنابلة يختبر الصغير قبل بلوغه بتصرف لائق به، ويختلف ذلك باختلاف الناس؛ فيختبر ولد تاجر ببيع وشراء، وولد رئيس وكاتبٍ باستيفاء على وكيله ومحاسبته له، وأنثى باشتراء قطن واستجادته ودفع أجرته للغزالات واستيفاء عليهن، فإذا علم رشده وبلوغه وجب على الولي أن يدفع إليه ماله[4]. فإذا فوض إليه البيع والشراء وتكررت منه، ولم يغبن ولم يضيع ما في يديه، فهو رشيد، وإن كان من أولاد

---

[1] لقد فصّل النووي في هذا الأمر. يراجع كتابه: المجموع، ج.13، المرجع السابق، ص.ص.31-32.

[2] محمد الزهري الغمراوي، شرف الدين يحي النووي، السّراج الوهاج على متن المنهاج، دار المعرفة، لبنان، 1337م، ص.230.

[3] ابن إدريس، الأم، ج.4، المرجع السابق، ص.ص.459-460.

[4] عثمان أحمد النجدي الحنبلي، هدية الراغب لشرح عمدة الطالب، تحقيق: حسنين محمد مخلوف، م.2، ط.1، دار محمد، السعودية، 1417هـ، 1996م، ص.536.

الدهاقين[1]، والكُبَرَاءِ[2]، الذين يصان أمثالهم عن الأسواق، رفعت إليه نفقة مدة، لينفقها في مصالحه، فإن كان قيماً بذلك يصرفها في مواقعها، ويستوفي على وكيله، ويستقى عليه فهو رشيد، والمرأة يفوض إليها ما يفوض إلى ربة البيت، من استئجار الغزالات، وتوكيلها في شراء الكتان وأشباه ذلك، فإن وجدت ضابطة لما في يدها مستوفية من وكيلها، فهي رشيدة[3].

المطلب الثاني: موقف القوانين الوضعية من الإذن للقاصر بالتصرف في ماله

نال موضوع تصرف القاصر في ماله أهمية بالغة، برزت من خلال تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية لدراستها في كتبهم الفقهية، ونصوصهم القانونية، فأقروا بمنعه من التصرف في ماله، وأخضعوه لنظام الحجر، حماية له ولأمواله. وبغرض إدماج القاصر في نطاق التصرفات والمعاملات تبنى الفقه نظام الإذن بالتصرف وفق ضوابط محددة؛ من حيث التصرفات التي يجوز له القيام بها كالتجارة، والوقت الذي يتصرف فيه.

وتماشياً مع موقف فقهاء الشريعة الإسلامية، أخذت التشريعات العربية بفكرة تمكين القاصر الممنوع من التصرف في ماله، بموجب آلية تسمح له بذلك، ووفق الحدود التي يرسمها القانون، وهذا بغرض ضبط تصرفه، وحماية ماله، وهذه الآلية تسمى بالترشيد.

ويعد الترشيد آلية قانونية أقرتها التشريعات الوضعية في نصوصها المتفرقة، وخصته بالقاصرين دون غيرهم، وهذه الآلية تختلف من تشريع لآخر؛ كون أن الأمر متوقف على مدى إقرار المشرع الوطني في

---

[1] مفرد دهقان، ومعناه قويّ على التصرف مع شدّةِ خبرةٍ، وهو اللبيب، والفطن، ذو حذاقة وحكمة، وهناك من قال بأنه التاجر، وجعلوه دهقاناً: كثر ماله، وهناك من يطلقه على رئيس القرية، وعلى من له مال وعقار، ويقال دهقن الرجل وتدهقن: كثر ماله، وهو مصطلح فارسي معرّب، وهم زعماء فلاحي العجم، ورؤساء الأقاليم، سموا بذلك لترفهم، وسعة عيشهم من الدهقنة وهي تلين الطعام. يراجع: أحمد مختار عمر، معجم اللغة، م.1، المرجع السابق، ص.777؛ جبران مسعود، الرائد، المرجع السابق، ص.366؛ نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، المرجع السابق، ص.208؛ عياض، مشارق الأنوار على صحاح الآثار، ج.1، المرجع السابق، ص.ص.262-263.

[2] يقال: كَبُرَ بالضم يكبر؛ أي عظم، فهو كبير، الكبر نقيض الصغر، وكبير في العز والشرف، وكُبر قومه، بالضم، أي هو أقعدهم في النسب، وهناك من قال: كبر في القدر؛ أي عظم، وكبر في بلده؛ أي أصبح معروفاً ومشهوراً، كبير الشأن، وعالي المقام ذو مرتبة عالية، يعلم كل صغيرة وكبيرة، يعلم كل شيء وينتبه للتفاصيل، وهناك من قال الكُبر المراد بها أقربهم نسباً وليس أقربهم سناً، والكبر زيادة السن، وقد يكون الكبر أيضاً في المنازل والنباهة كقوله: ﴿إِنَّهُ لَكَبِيرُكُمُ الَّذِي عَلَّمَكُمُ السِّحْرَ﴾، القرآن الكريم، سورة الشعراء، من الآية رقم 49؛ أي معلمكم ومقدمكم. يراجع: ابن منظور، لسان العرب، م.5، المرجع السابق، ص.ص.106-107؛ أحمد مختار عمر، معجم اللغة، م.3، المرجع السابق، ص.1897؛ المطرزي، المغرب، ج.2، المرجع السابق، ص.204؛ عياض، مشارق الأنوار على صحاح الآثار، ج.1، المرجع السابق، ص.333.

[3] ابن قدامة، المغني، ج.6، المرجع السابق، ص.608.

قانونه لترشيد القاصر، والشروط التي تتطلبها هذه الآلية، لا سيما السن الذي يرشّد فيه القاصر، والمدة التي يستهلكها من الترشيد إلى غاية بلوغ سن الرشد. ضف على ذلك الاختلاف في مجال الترشيد؛ فهناك تشريعات قالت بترشيد القاصر في التصرفات المدنية، وتشريعات أخرى في التصرفات التجارية، وتشريعات ثالثة أقرته في التصرفات المدنية والتجارية، وذهبت تشريعات إلى منعه في نوع معين من التصرفات. وهذا التحديد لمجال الترشيد هو حماية للقاصر؛ إذ يكون ملزماً بالحدود التي رشّد في نطاقها.

ويستدعي البحث في موقف القوانين الوضعية من مسألة الإذن للقاصر بالتصرف في ماله، بيان نظام الترشيد كآلية قانونية لتصرف القاصر في ماله (**الفرع الأول**)، ثم إبراز الآثار المترتبة عن ترشيد القاصر (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: الترشيد كآلية قانونية لتصرف القاصر في ماله

يندمج القاصر عبر مراحل أهليته مع الغير بشكل تدريجي في مناحي الحياة، إذ يبدأ باكتساب قدرة عقلية تمكنه من تمييز بعض الأمور، ومعرفة بعض المفاهيم والدلالات المستعملة في التعاقد، فبمجرد أن يلتمس فيه بعض الفطنة، والنباهة يمكن أن يكون طرفاً في أحد التصرفات المسموح بها له.

ونظراً للحالة الخاصة بالقاصر، وعدم قدرته لولوج مجال التصرفات، وعدم أهليته لتسيير شؤونه المالية، فلا بد من رعايته باهتمام خاص. وهذا الاهتمام كما ظهر من خلال الدراسة يكون بالمنع من إجراء أي تصرف مالي بمفرده، غير أن القانون أوجد استثناءاً على هذه القاعدة من خلال إقرار آلية يتمكن من خلالها القاصر من ممارسة تصرفاته ضمن الحدود المرسومة له.

هذا، وقد عرف الترشيد في المعجم الفرنسي، بأنه التصرف الذي يتم بموجبه تحرير القاصر من السلطة الأبوية أو الوصاية، بتدخل الحكومة شخصياً، وهي صفة يحددها القانون، كما يقصد به تحرير الذات من السلطة[1].

أخذت التشريعات الوضعية بفكرة الترشيد، وضمنت أحكامه إما في ق.م، أو في ق.أ.ش، أو في ق.ت، أو في هذه القوانين مجتمعة، ويظهر من دراسة النصوص المتعلقة بالترشيد أن التشريعات قد تبنت بشأنه توجهات مختلفة؛ فهناك توجه أجاز الإذن للقاصر بالتصرف في ماله عن طريق المعاملات المدنية والأسرية، ولكن دون تحديد السن الذي يمنح فيه الإذن، ومن ذلك المشرع اليمني؛ حيث أقر بأن الصبي المميز يختبر في رشده قبيل بلوغه، وذلك بأن يأذن له وليّه أو وصيّه بإدارة شيء من ماله، وهذا الاختبار يختلف حسب أحوال الصبي؛ أي بالنظر إلى مهنة أو حرفة وليّه[2]، كما أوجب إشهار هذا الإذن حتى

---

(1) Alain Rey, le petit robert, Normandie roto, France, 2012, p.841.

(2) يراجع: المادة 61 من ق.م.اليمني السالف الذكر.

يعتد بآثاره[1]، في حين اكتفت وثيقة الكويت للنظام الموحد لرعاية أموال القاصرين[2] بالنص على ترشيد القاصر من طرف المحكمة متى آنست منه الرشد وثبت حسن تصرفه، وهذا وفقاً للمادة 04 منها. وهو ما ذهب إليه المشرع السوداني أيضاً[3].

وبالمقابل هناك توجه آخر، أقر بجواز الإذن للقاصر بالتصرف في كل ماله أو في جزء منه؛ ويكون هذا الأمر عند بلوغ القاصر السن المحددة حسب كل تشريع؛ فاختلاف التشريعات في تحديد السن التي يؤذن فيها للقاصر بالتصرف، يؤدي إلى اختلاف المدة التي يرّشد فيها من تشريع لآخر.

فهناك تشريعات سمحت بمنح الإذن ببلوغ سن التمييز، ومن ذلك المشرع الجزائري؛ حيث تطرق إلى مسألة ترشيد القاصر في نصوص متفرقة، بين ق.أ، و ق.م، و ق.ت، وكل نص اختلف عن الآخر من حيث تبني هذه الفكرة؛ فق.أ لم يحدد السن التي يرشد فيها القاصر، مكتفياً ببيان أن الترشيد يكون ببلوغ سن التمييز، وهو ما يظهر من المادة 84 من ق.أ السالف الذكر التي نصت على ما يلي: "للقاضي أن يأذن لمن لم يبلغ سن التمييز في التصرف جزئياً أو كلياً في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك".

كما أشار إلى فكرة الترشيد في ق.م بموجب المادة 2/38، في حين حدده بصراحة في ق.ت في المادة 05، وذلك ببلوغ القاصر سن ثماني عشر سنة.

وبتحليل هذه النصوص الثلاثة، يتبين أن المشرع الجزائري أخذ بالترشيد كفكرة وليس كنظام؛ إذ تحدث عنها من حيث المبدأ والأثر، بدون أن يبيّن مفهوم الترشيد. كما أنه لم يتبع نهجاً واحداً في تحديد سن الترشيد؛ حيث جعله في قانون الأسرة ببلوغ سن التمييز، وصرف النظر عن تحديده في ق.م بعد تعديله سنة 2005[4]. وأما في ق.ت فيكون الترشيد ببلوغ ثماني عشرة سنة.

ومن جانب آخر، يؤخذ على المشرع الجزائري تقريبه سن الترشيد ومدته من سن البلوغ القانوني، وهي فترة غير كافية لتحقيق الغاية من الترشيد. كما أنه لم يبين الحل الذي يلجأ إليه النائب الشرعي في

---

[1] يراجع: المادة 70 من ق.م.اليمني، والمادة 90 من ق.م.الكويتي.

[2] وثيقة الكويت للنظام (القانون) الموحد لرعاية أموال القاصرين ومن في حكمهم بدول مجلس التعاون، 1426هـ، 2005م.

[3] نص المشرع السوداني على جواز الإذن للقاصر بإدارة أمواله إذا أنس منه وليه حسن التصرف، في المادة 222/أ من ق.أ.ش.

[4] تحدث عن فكرة الترشيد في المادة 38 الفقرة 2 من ق.م المتعلق بموطن القاصر، حيث نصت هذه الفقرة على ما يلي:

- قبل تعديل 2005: *" مع ذلك يكون للقاصر الذي بلغ الثامنة عشر سنة ومن هو في حكمه له موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها" .*

- بعد تعديل 2005: *"غير أنه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها" .*

حالة رفض القاضي الطلب المتعلق بمنح الإذن للقاصر، والأسباب التي دعته لذلك، ولم يبيّن أيضاً إمكانية تجديد الطلب بعد الرفض.

ويظهر أيضاً أن المشرع أجاز للقاصر إمكانية التصرف في ماله بناء على الإذن الذي يمنحه القاضي؛ حيث يلتزم حدود التصرفات المأذون فيها كلياً أو جزئياً؛ لأن الإذن الذي نص عليه المشرع جاء بصيغة عامة، غير مقصور على نوع معين من التصرفات، ومن ثم، يجوز للمأذون القيام بأي تصرف استناداً لهذا الإذن. كما بين المشرع أن منح الإذن للقاصر يكون من اختصاص القضاء، يقرره القاضي المختص ابتداء، وله السلطة التقديرية في سحبه متى وجدت الأسباب التي تستدعي ذلك.

وبالمقابل للتوجه الأول، هناك تشريعات حددت سن الإذن ببلوغ خمس عشرة سنة، ومن ذلك المشرع التونسي، الذي قرر أنه من بلغ هذا السن يمكن للحاكم ترشيده؛ سواء بشكل مطلق أم مقيد، كما يجوز له الرجوع فيه متى وجد لديه سبب لذلك، وهذان الحكمان يتضحان من خلال الفصلين 158 و159 من م.أ.ش، وهو الموقف الذي تبنته بعض التشريعات الأخرى، ومن ذلك المشرع الفلسطيني، والمشرع الموريتاني، والمشرع العماني، والمشرع الأردني، والمشرع السوري، والمشرع العراقي، حسب ما ذكر في قوانينهم[1].

على أن هناك توجه آخر، حدد السن الذي يمنح فيه الإذن للقاصر بست عشر سنة، ومن ذلك المشرع المغربي؛ حيث نص على الترشيد بموجب المادة 218 في فقرتيها (3 و4) من م.أ، السالف ذكرها، إذ ورد في مضمونهما أنه إذا بلغ القاصر السادسة عشرة من عمره جاز له أن يطلب من المحكمة ترشيده،كما يمكن للنائب الشرعي تقديم هذا الطلب إلى المحكمة متى أنس من ابنه القاصر الرشد، ومن جهة أخرى نص في المادة 226 بفقرتيها (1 و2) من م.أ؛ التي بينت أنه يمكن للصبي المميز أن يتسلم جزءاً من أمواله لإدارتها قصد الاختبار، بإذن من الولي أو القاضي المكلف بشؤونه بناءاً على طلب الوصي أو المقدم أو الصغير المعني بالأمر.

ويلاحظ أن المشرع المغربي أجاز للصبي المميز أن يتصرف في ماله كي يختبر في تمييزه، متى وافقت المحكمة على الطلب المقدم، إما منه شخصياً، أو من نائبه الشرعي، أو من طرف القاضي المختص. ومعنى هذا، أن المشرع المغربي أقر بفكرة ترشيد القاصر عند بلوغه السادسة عشرة، مما يسمح له بالتصرف

---

[1] يراجع: المادة 103 من ق.م.الفلسطيني، والمادة 169 بفقرتيها (1 و2) من م.أ.ش.الموريتانية، والمادتين 145و146 من ق.أ.ش.العماني، والمادتين 216/أ من ق.أ.ش.الأردني، وكذا 1/119 من ق.م.الأردني، والمادتين 348 من ق.أ.ش، وكذا 113 من ق.م.السوري، والمادة 1/98 من ق.م.العراقي.

في جزء من أمواله، وذلك بناءاً على الإذن الممنوح له، وبالتالي فإن المشرع بتحديده لهذه السن قد منح للقاصر المأذون مدة سنتين كفترة اختبار له، حتى يعرف حسن تصرفه[1].

كما أن المشرع القطري تبنى الموقف نفسه فيما يتعلق بسن الترشيد في ق.م[2]، ولكنه نص في قانون الولاية على أموال القاصرين، بالمادة 3 أنه للقاضي بناء على طلب ذوي الشأن وبعد أخذ رأي الهيئة العامة لشؤون القاصرين، ترشيد القاصر، إذا بلغ السابعة عشرة من عمره، وثبت حسن تصرفه. ويلاحظ هنا أن المشرع القطري قد نص على سنيين حسب القانونين السابقين، وهذا ما جعل فترة الترشيد تختلف؛ هي سنتان في ق.م، وسنة في قانون الولاية على أموال القاصرين، باعتبار أن سنة الرشد هو ثماني عشرة سنة[3]، وهذا الاختلاف راجع لطبيعة التصرف الذي سيرشد من أجله القاصر[4].

ونص المشرع الجيبوتي على سن الترشيد أو كما سماه التحرر، ببلوغ سن السادسة عشرة؛ حيث يمكن للقاضي أن يرشد هذا الصبي بناء على طلب من الأب أو الأم أو كليهما متى وجدت أسباب وجيهة لذلك، وهو ما بينته المادة 547 بفقرتيها (1 و2) من ق.م[5].

وقد اتجهت بعض التشريعات إلى تحديد سن الترشيد بثماني عشر سنة، وأجازت للولي منح الإذن لابنه للقاصر عند بلوغه هذه السن، أن يتسلم أمواله كلها أو جزء منها، كما أجازت منح هذا الإذن من طرف المحكمة بناء على أقوال الوصي، وهو موقف كل من المشرع المصري، والمشرع الإماراتي، والمشرع الكويتي، والمشرع الليبي، والمشرع الصومالي، والمشرع البحريني[6].

وقد أضاف المشرع المصري خلافاً للمشرع الإماراتي مسألة تتعلق بالإشهاد على الإذن عند الموثق، سواء عند منحه للقاصر، أم عند سحبه منه، أم عند الحد فيما يأذن له فيه. وهذا ما نص عليه المشرع

---

[1] حدد المشرع المغربي سن الرشد بـ: 18 سنة شمسية كاملة، وذلك بموجب المادة 209 من م.أ.المغربية.

[2] يراجع: المادة 112 من ق.م.القطري.

[3] يراجع: المادة 2/49 من ق.م.القطري.

[4] سنتطرق إلى طبيعة تصرفات القاصر في الباب الثاني في هذه الرسالة.

[5] Article 547 (1/2) du Code civil Djibouti, mentionné ci-dessus Comme: "*Le mineur, même non marié, pourra être émancipé lorsqu'il aura atteint l'âge de seize ans révolus. Après audition du mineur, cette émancipation sera prononcée, s'il y a de justes motifs, par le juge, à la demande des père et mère ou de l'un d'eux".*

[6] يراجع: المادة 112 من ق.م.المصري، والمادتين 166 بفقرتيها (1 و2) من ق.أ.ش، وكذا المادة 160 بفقرتيها (1 و2) من ق.م.م.الإماراتي، والمادة 88 من ق.م.الكويتي، والمادة 112 من ق.م.الليبي، والمادة 111 من ق.م.الصومالي، والمادة 1/39 من ق.و.ع.م.البحريني.

المصري في المادة 54 من ق.و.ع.م[1]. ويدل اشتراط المشرع الإشهاد على الإذن لدى الموثق على وجوب أن يكون هذا الإذن مكتوباً[2].

إن اشتراط المشرع المصري توثيق الإذن الممنوح للقاصر مع الإشهاد عليه، دليل على اهتمامه بحماية القاصر عند تصرفه في ماله؛ حيث أن القاصر يتصرف ضمن الحدود التي رسمت له، من قبل وليّه أو وصيّه، وفي الوقت ذاته يعد هذا الإذن المكتوب سنداً للإثبات في مواجهة الغير عند اعتراضهم بعدم صحة تصرف القاصر.

وتجب الملاحظة أن بعض التشريعات العربية[3]، جعلت الحصول على الإذن بالتصرف في المال حقاً من حقوق القاصر، وذلك بنصها على أنه في حالة امتناع الولي أو الوصي عن منح الإذن لابنه القاصر، يجوز للمحكمة أن تأذن له في هذه الحالة، والمنع الذي يقصد هنا هو المنع التعسفي أو غير المبرر، الذي يقصد منه الولي الإضرار بمصلحة القاصر وحجبه عن تولي أموره بنفسه، ومن هنا فإن رأت المحكمة مثل هذا التعسف فلا تملك إلاّ أن تحل محله حماية للصبي المميز، إنصافاً له من تعسف وليّه، فإن فعلت ذلك ومنحت الإذن، فلا يكون بمقدور الولي بعدها الحجر على الصبي المأذون، لكن إذا كان امتناعه مبرراً ولأسباب جدية، فهو امتناع مشروع يهدف إلى تحقيق مصلحة القاصر ورعاية شؤونه، كما لو استجدت ظروف تكشف عن عدم أهلية الصبي لمثل هذا الإذن، تستوجب عدم منحه إياه[4].

ومن جهة أخرى انقسمت التشريعات العربية إلى توجهات فيما يخص الإذن للقاصر بالتجارة، فهناك من أجازه وحدد السن المقررة لممارسة التجارة، ومن ذلك المشرع الجزائري، وذلك بموجب المادة 5

---

[1] القانون رقم 119 المتضمن أحكام ق.و.ع.م.المصري، الصادرة بتاريخ 1952م، الوقائع المصرية، ع.118 ملحق، الصادرة بتاريخ 04 أغسطس 1952م.

[2] نصت المادة 55 من ق.و.ع.م.المصري على ما يلي: *"يجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصي أن تأذن للقاصر الذي بلغ الثمانية عشرة سنة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها، وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضي سنة من تاريخ القرار النهائي بالرفض".*

[3] نذكر على سبيل المثال: المادة 101 من ق.م.العراقي، والمادة 1/91 من ق.م.الكويتي، والمادة 219/أ من ق.أ.ش.الأردني، والمادة 147 من ق.أ.ش.العماني، والمادة 3/169 من م.أ.ش.الموريتانية، والمادة 105 من ق.م.الفلسطيني، والمادة 168 من ق.أ.ش.الإماراتي.

[4] محمد رضا الصباغ ليث عبد القادر، النظام القانوني للصبي المأذون له في التجارة، دراسة مقارنة، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005م، ص.ص.124-125.

من ق.ت[1]، حيث ورد في مضمونها أنه لا يمكن للقاصر الذي بلغ سن ثمانية عشر مزاولة العمليات التجارية، إلاّ بعد حصوله على إذن مسبق من الأب أو الأم أو مجلس العائلة في الحالات الاستثنائية.

وتجدر الإشارة هنا، أن المشرع الجزائري قد حدد سناً متأخرة؛ لأنه لم يبق إلاّ سنة لبلوغ سن الرشد القانوني، ومن ثم، فقد منح للقاصر مدة سنة كفترة اختبار له، وفي نظرنا هي مدة غير كافية لاكتساب المهارات اللازمة لحياته اليومية، خاصة في ظل تطور المعاملات التجارية، وتشعب فروعها، التي تقتضي الفطنة، والنباهة، وحسن التصرف، وإتقان الممارسات التجارية على أصولها، وهذه الأمور تتطلب فترة تزيد عن السنة.

ويظهر من موقف المشرع الجزائري، أنه أجاز الإذن للقاصر في المعاملات المالية العادية ببلوغه سن التمييز؛ أي منذ بلوغ سن الثالثة عشر وذلك من خلال المادة 84 من ق.أ، كما أجاز الإذن له في المعاملات التجارية ببلوغه سن الثامنة عشر وذلك بالمادة 05 من ق.ت.

ويلاحظ أن السن في كلا الصنفين يختلف، إذ حدده بسن أعلى في المعاملات التجارية نظراً لخطورتها. غير أن هذا السن أي ثمانية عشر مدة متأخرة جداً وغير كافية لاكتساب القاصر الخبرة وأصول التجارة، باعتبار أن سن الرشد هو تسعة عشر كاملة[2]، لذلك يستحسن أن ينظر المشرع في هذه المسألة ويجعل سن الترشيد على الأقل بعيدة عن سن الرشد، على الأقل بسنتين أو ثلاث.

كلا يلاحظ أن كلا من المشرع الجزائري، والمشرع المغربي، والمشرع الموريتاني قد أضافوا شرطاً وجوبياً بخصوص ممارسة القاصر للتجارة؛ حيث اشترط المشرع الجزائري أن يكون الإذن مكتوباً يقدم عند طلب التسجيل في السجل التجاري، حسب الفقرة الثانية من المادة 5 المذكورة أعلاه.

وهو ما نص عليه المشرع المغربي في المادة 13 من م.ت[3]، إذ ورد نصها كما يلي: "يجب أن يقيّد الإذن بالاتجار الممنوح للقاصر وكذا الترشيد المنصوص عليهما في ق.أ.ش في السجل التجاري"؛ أي متى بلغ القاصر السادسة عشرة حسب المشرع المغربي، يمكن الإذن له بممارسة التجارة على أن يقيّد هذا الإذن في السجل التجاري.

---

[1] أمر رقم 75-59 المتضمن ق.ت، المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02، المؤرخ في 27 ذو الحجة 1425هـ، الموافق لـ 06 فبراير 2005م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع.101، الصادرة بتاريخ 16 ذو الحجة 1395هـ، الموافق لـ 19 ديسمبر 1975م، ص.1306.

[2] نصت المادة 2/40 من ق.م.الجزائري السالف الذكر، على ما يلي: *" سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"*.

[3] ظهير شريف رقم 83-96-1، الصادر في 15 ربيع الأول 1417هـ، الموافق لـ 1 أغسطس 1996م، المتعلق بتنفيذ القانون رقم 95-15 المتضمن م.ت.المغربية، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، ع.4418، الصادرة بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417هـ، الموافق لـ 3 أكتوبر 1996م، ص.2187.

وهو موقف المشرع الموريتاني أيضا حسب المادة 11 الفقرة 2 من م.ت[1]، حيث نص على ما يلي: "يجب أن يقدم المعني إذناً كتابياً في ممارسة التجارة دعماً لطلب التسجيل في سجل التجارة".

ويتضح من هذا، أن التشريعات الثلاث قد اعترفت بالصفة التجارية[2] للقاصر المأذون بممارسة العمليات التجارية، باشتراطها تقييد الإذن في السجل التجاري؛ وهو عبارة عن سجل عام تمسكه جهة قضائية أو إدارية، لتدوين ما أوجب القانون على التجار، أو أجاز لهم تسجيله فيه من بيانات تتعلق بهويتهم، ونوع النشاط الذي يزاولونه، والتنظيم الذي يمارسون أعمالهم التجارية بموجبه، وكل ما يطرأ على ذلك من تغيير خلال ممارستهم التجارية، تثبيتاً لحقوقهم وضماناً لصالح المتعاملين معهم[3].

وهذا الموقف تبناه أيضاُ المشرع الإماراتي؛ حيث أقر بالإذن للقاصر بالتجارة، وهو ما بينه في المادة 18 الفقرة 2 من قانون المعاملات التجارية[4]، بنصه على أنه: "يجوز للقاصر سواء كان مشمولاً بالولاية أو الوصاية أن يتجر متى أتم ثماني عشرة سنة ميلادية من عمره وأذنته المحكمة في ذلك إذناً مطلقاً أو مقيداً". بمعنى أن القاصر يجوز أن يؤذن له بمزاولة التجارة بشرط أن يلتزم بنوع الإذن إذا ما كان مطلقاً؛ في جميع الأنشطة التجارية، أو مقيداً؛ بنوع معين منها.

ويلاحظ أن المشرع الإماراتي قد وحد سن الإذن[5] بين معاملات الأحوال الشخصية والمعاملات التجارية، وجعل فترة هذا الاختبار ثلاث سنوات، تبدأ منذ بلوغ الثامنة عشرة إلى غاية سن الواحد والعشرون سنة[6].

وقد سار في هذا التوجه أيضاً المشرع المصري، إذ أجاز للقاصر الاتجار متى بلغ سن الثامنة عشرة وحصل على الإذن بذلك من طرف المحكمة، وهو ما ورد في المادة 57 من ق.و.ع.م[7]. كما نص على

---

[1] القانون رقم 05-2000 المتعلق م.ت.الموريتانية، الصادر بتاريخ 18 يناير 2000م.

[2] يراجع: المادة 21 من ق.ت.الجزائري، والمادة 58 من م.ت.المغربية، والمادة 60 من م.ت.الموريتانية.

[3] زايدي خالد، القيد في السجل التجاري، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، الجزائر، 2006م، 2007م، ص.16.

[4] قانون اتحادي رقم 18 المتعلق بالمعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الصادر بتاريخ 21 ربيع الأول 1414هـ، الموافق 7 سبتمبر 1993م.

[5] من بين التشريعات العربية التي وحدت سن الإذن كذلك نجد المشرع الأردني؛ حيث جعله خمس عشرة سنة كاملة وهذا في التصرفات المدنية والتجارية، وهو ما نص عليه في المادة 119 من ق.م.

[6] حدد المشرع الإماراتي سن الرشد في المادة 172 من ق.أ.ش، وقد ورد نصها كالآتي: *"يبلغ الشخص سن الرشد إذا أتم إحدى وعشرين سنة قمرية"*.

[7] نصت المادة 57 من ق.و.ع.م.المصري على ما يلي: *"لا يجوز للقاصر سواء كان مشغولاً بالولاية أو الوصاية أن يتجر إلاّ إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة في ذلك إذناً مطلقاً أو مقيداً"*.

الحكم نفسه في المادة 11 الفقرة (1-ب) من ق.ت[1]، حيث أجاز للشخص سواء كان مصرياً أم أجنبياً الذي أكمل سن الثامنة عشرة مستوفياً الشروط المقررة في قانون جنسيته، أن يمارس التجارة وذلك بعد حصوله على إذن المحكمة المصرية المختصة.

ويلاحظ هنا أن موقف المشرع المصري هو الموقف نفسه للمشرع الإماراتي وغيره من التشريعات[2]، حيث أجاز الإذن للقاصر بتسلم أمواله والاتجار متى بلغ الثامنة عشرة من عمره، ومن ثم تكون فترة الترشيد ثلاث سنوات؛ لأن سن الرشد هو إحدى وعشرين سنة حسب المادة 44 الفقرة 2 من ق.م.المصري[3]، غير أنه إذا رفضت المحكمة الإذن تتقلص هذه الفترة إلى عامين طبقاً لنص المادة 55 السالف ذكرها.

ومن جهة أخرى تمشى المشرع التونسي مع هذا التوجه، ونص في الفصل 6 من ق.ت[4]، على ترشيد القاصر في التجارة، ومن ثم إمكانية قيامه بالمعاملات التجارية، وقد ورد هذا الفصل كما يلي: "لا يجوز للقاصر الذي بلغ الثمانية عشر عاماً كاملة ذكراً أم أنثى أن يتعاط التجارة أو أن يعتبر رشيداً بالنظر للتعهدات التي التزم بها في أعمال تجارية إذا لم يحصل على ترشيده المطلق"[5]، والترشيد المطلق؛ يقصد به أن يكون للمأذون بالتجارة كامل الحرية في القيام بالأعمال القانونية حتى خارج الميدان التجاري[6]. مما يعني أن المشرع قد جعل الإذن في التجارة مطلقاً وغير محدد بعمل تجاري معين، وهو ما يظهر من خلال الفصل 11 من م.إ.ع.التونسية[7].

---

[1] القانون رقم 17 المتعلق بإصدار ق.ت.المصري، لسنة 1999م.

[2] نذكر على سبيل المثال: المادة 112 من ق.م.الليبي، والمادة 7 من القانون المتعلق بالنشاط التجاري الليبي، والمادة 39 بفقرتيها (1 و2) من ق.و.ع.م.البحريني.

[3] القانون رقم 131 المتعلق ق.م.المصري السالف الذكر.

[4] القانون رقم 129 المتعلق بإدراج ق.ت.التونسي الصحيح، الصادر في 2 ربيع الثاني 1379هـ، الموافق لـ 5 أكتوبر 1959م، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع.56، الصادر بتاريخ نوفمبر 1959م.

[5] هو الحكم نفسه الذي نص عليه المشرع الموريتاني من حيث اشتراط الترشيد المطلق، فقط يختلف الأمر في السن؛ حيث أن المشرع هنا حدد سن السادسة عشر كاملة، وهذا طبقاً لنص المادة 11 من م.ت.الموريتانية.

[6] فريد بن جحا، ترشيد القاصر، أهلية القاصر المرشد، مآل الترشيد إثر التخفيض من سن الرشد، القاصر والتجارة، الترشيد والزواج، معهد الدراسات العليا للنشر، تونس، 2015م، ص.19.

[7] ينص الفصل 11 من م.إ.ع.التونسية، على ما يلي: *"الصغير المأذون حكماً بتعاطي التجارة أو الصناعة لا يسوغ له طلب فسخ ما التزم به من جراء تجارته إذا كان ذلك داخلاً فيما أبيح له من التصرف، وعلى كل حال فإن الإذن المذكور يعتبر شاملاً لجميع الأعمال اللازمة لتعاطي التجارة المقصودة به".*

هذا، وقد خالف المشرع السعودي هذه التشريعات في النص صراحة على الإذن للقاصر بممارسة التجارة، بل حتى أنه لم يحدد سن الترشيد، بل اكتفى بالقول إن من كان رشيداً يمكن أن يمارس التجارة بجميع أنواعها، وذلك بموجب المادة 4 من النظام التجاري[1]، التي نصت على أنه: "كل من كان رشيداً أو بلغ سن الرشد فله الحق أن يتعاطى مهنة التجارة بأنوعها". وما يفهم من هذا النص، أن المشرع السعودي قد أقر ضمنياً بنظام ترشيد القاصر.

وبالمقابل، هناك توجه تشريعي آخر يمنع القاصر من مزالة التجارة، حتى وإن بلغ سن الرشد، ومن ذلك المشرع اليمني؛ حيث أقر هذا المنع؛ باعتبار أنه حدد السن المقررة لذلك بثماني عشرة سنة حسب المادة 23 من ق.ت[2]، إذ أن المشرع حدد سن أعلى من سن الرشد المقرر في ق.م وهو خمس عشرة سنة، وهذا راجع لما ذكر في المادة 50 الفقرة 2 منه[3].

وما يفهم من هاتين المادتين أن المشرع اليمني لم يجز للشخص ممارسة التجارة حتى وإن بلغ سن الرشد حسب ق.م، إلى أن يبلغ سن الثامنة عشرة؛ إذ هو السن الذي يجعله أهلاً لها، ويظهر من هذا أنه إذا كان لا يجوز للراشد مزاولة التجارة، فالمنع أولى بالنسبة للقاصر، بل يختبر فيها فقط عن طريق البيع والشراء، فيكون بذلك قد أخذ بقول مذهب الشافعية والحنابلة، وهذا المنع يعتبر حماية من المشرع اليمني للقاصر وحفاظاً على أمواله، وذلك كون أن ميدان التجارة مجال يتخلله الربح والخسارة، لهذا وجب عدم السماح له بالتجارة حتى يبلغ من السن ما يكفي لذلك.

وهو الموقف نفسه للمشرع الجيبوتي؛ حيث نص صراحة أنه لا يمكن للقاصر المرشد أو المحرر أن يصبح تاجراً وهذا حسب المادة 552 من ق.م السالف الذكر[4].

وهناك توجه ثالث استوجب بلوغ سن الرشد لممارسة التجارة؛ وعنده لا يجوز الإذن للقاصر إلاّ بعد بلوغه سن الرشد تماماً، وهو ما ذهب إليه المشرع القطري في المادة 17، والمشرع الكويتي في المادة 18 من قانونهما المتعلق بالتجارة[5].

---

[1] مرسوم ملكي رقم 06 المتضمن النظام التجاري السعودي (نظام المحكمة التجارية)، الصادر بتاريخ 01 محرم 1350هـ، الموافق لـ 18 مايو 1931م.

[2] قرار جمهوري بالقانون رقم 32 المتعلق ق.ت.اليمني، سنة 1991م.

[3] نصت المادة 2/50 من ق.م.اليمني، السالف الذكر على أنه: *"ويجوز أن تشترط القوانين الخاصة سناً أعلى يحق للشخص بموجبها ممارسة أية حقوق أخرى أو التمتع بها"*.

[4] Article 552 du Code civil de la république de Djibouti, mentionné ci-dessus Comme: *"Le mineur émancipé ne peut être commerçant*".

[5] لم يسمح المشرع القطري للقاصر بممارسة التجارة إلاّ بعد بلوغ سن الرشد؛ أي ثماني عشرة سنة كاملة، أما المشرع الكويتي فحدد سن ممارسة التجارة ببلوغ إحدى وعشرين سنة؛ أي سن الرشد المقررة في القانون الكويتي.

وما نخلص إليه، أن التشريعات العربية اختلفت مواقفها حيال الإذن؛ إذ هناك توجه يجيز الإذن للقاصر بتسلم جزء من أمواله أو كلها لإدارتها؛ سواء في المجال المدني، أم في المجال التجاري، إما بتوحيد السن بينهما أو اختلافه، وتوجه آخر قصر الإذن على الجانب المدني فقط دون التجاري. وهذا الجانب التجاري هناك من أجازه بعد استيفاء السن المقررة في باب التجارة، وهناك من لم يجزه حتى وإن رشد القاصر.

وعليه، فإن شروط حصول القاصر على الإذن بالتصرف في ماله تتمثل في:

- بلوغ سن التمييز الذي ممكن أن يرشد فيه حسب قانون كل دولة، مع وجود أمارات حسن التصرف.
- يكون الإذن إما من طرف الولي أو من طرف المحكمة حسب الوضع.
- يجب تحديد نطاق الإذن من حيث التصرف الجزئي أو الكلي في المال.
- تحديد مجال الإذن فيما إذا كان يشمل أعمال الإدارة، وأعمال التصرف، وأعمال التجارة، أو كان يقتصر على واحد منها.
- وجوب أن يكون الإذن كتابياً ويوثق ويتم الإشهاد عليه؛ حتى ينتج آثاره ويعتد به أمام القانون.

وبالرجوع إلى بعض التشريعات الغربية نذكر موقف المشرع الفرنسي، حيث نص على ترشيد القاصر في ق.م الذي يزيد عمره عن السادسة عشرة؛ إذ يأذن له المسؤولون القانونيون بأداء الأعمال الإدارية اللازمة لإنشاء وإدارة ملكية فردية ذات مسؤولية محدودة أو ملكية فردية، على أن يأخذ هذا الإذن شكل سند خاص أو موثق، متضمناً قائمة بالأعمال الإدارية التي يمكن أن يقوم بها القاصر، وهذا بموجب المادة 388-1-2 من ق.م[1].

ويلاحظ من هذا النص أن المشرع الفرنسي أجاز الإذن شريطة أن يزيد عمر القاصر عن السادسة عشرة، وأن يكون الإذن مكتوباً موثقاً شاملاً لما يمكن للقاصر أن يقوم بها من أعمال. ولم يحدد المشرع نطاق الإذن إذا ما كان مطلقاً أو مقيداً، وإنما ذكر بصفة عامة وجوب تحديد قائمة الأعمال المجازة للقاصر، وهذا الأمر يرجع للسلطة التقديرية للمسؤول القانوني الذي يمنحه الإذن.

---

[1] Article 388-1-2 du Code civil français, mentionné ci-dessus Comme: *" Un mineur âgé* de *seize ans révolus peut être autorisé, par son ou ses administrateurs légaux, à accomplir seul es actes d'administration nécessaires à la création et à la gestion d'une entreprise individuelle responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle.*

L'autorisation mentionnée au premier alinéa revêt la forme d'un acte sous seing privé ou d'un acte notarié et comporte la liste des actes d'administration pouvant être accomplis par le mineur ".

وبهذا يظهر أن المشرع الفرنسي قد جعل الفصل في الإذن بالترشيد للقاصر من حق القضاء، فلا يكون الترشيد إلاّ قضائياً؛ حيث يفصل قاضي الوصاية أو رئيس المحكمة في الطلب المقدم من والديه أو أحدهما بترشيد ابنهما القاصر، والذي لا يمكنه تقديم الطلب بذاته، حتى وإن بلغ السن المقررة للترشيد[1].

كما أجاز المشرع الفرنسي للقاصر أن يكون تاجراً بعد ترشيده، وهذا عند حصوله على تفويض بذلك من طرف قاضي الوصاية بعد صدور قرار الترشيد، أو من رئيس المحكمة القضائية إذا قدم هذا الطلب بعد ترشيده طبقاً للمادة 413-8 من القانون نفسه[2]، وهو ما ذكره بالصياغة نفسها في المادة 121-2 من ق.ت[3].

وتجب الإشارة، إلى أن موقف المشرع الجيبوتي المذكور أعلاه مأخوذ عن المشرع الفرنسي؛ وهو ما يتضح جلياً من خلال المادة 413 الفقرة 2 من ق.م. الفرنسي، التي تقابلها المادة 574 السالفة الذكر من ق.م. الجيبوتي، على أن هذا التشريع خالف المشرع الفرنسي بموجب المادة 552 التي نصت بعدم السماح للقاصر من ممارسة التجارة.

وأما المشرع البلجيكي فقد اكتفى باشتراط الترشيد حتى يكتسب القاصر صفة التاجر مع إمكانية قيامه بأعمال تجارية، غير أنه لم يحدد السن الخاص بذلك، وهذا ما ورد في المادة 2/2 من ق.ت[4].

ومن خلال ما تم عرضه فيما يتعلق بترشيد القاصر لدى مختلف هذه التشريعات، مقارنة بما تبناه المشرع الجزائري، يمكن القول إنه ينبغي إعادة النظر في فكرة الترشيد كنظام لا يقل أهمية عن باقي الأنظمة القانونية كالأهلية والحجر وغيرهما؛ وذلك باعتبار أنه يرتبط بفئات تستوجب الرعاية، والحماية، والإدماج في الحياة اليومية كالقيام بالأعمال المدنية، والتجارية، بما يكسبهم خبرة وتجربة في جميع المجالات. كما يفضل أن يجعل المشرع فترة الترشيد سنتين إلى ثلاث سنوات بدل السنة؛ لأنها مدة غير كافية حتى يستوفي القاصر المراد من الترشيد. مع ضرورة التفصيل في جميع المسائل المتعلقة بهذا النظام، وعدم الاكتفاء بنص وحيد.

---

(1) Nicole Rigoulot, de l'émancipation des mineurs en droit des enfants, journée de formation, Organisé par terre des hommes et université de Franche-Comté, éditeur par délégation de Doubs, Jérôme cardot, Lucile garbagnati, France, 2013, p.p.85-86.

(2) Article 413-8 du code civil: *"Le mineur émancipé peut être commerçant sur autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation et du président du tribunal judiciaire s'il formule cette demande après avoir été émancipé".*

(3) Code de commerce français, 1807.

(4) Droit commercial belge, du 1807.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن ترشيد القاصر

إن الترشيد الذي يخضع له القاصر ينتج آثاراً تتعلق بأهلية المرشد؛ حيث يرتب الإذن الممنوح له بالتصرف في ماله وترشيده للقيام ببعض الأعمال أو كلها، إدارة أو تجارة، آثاراً على أهليته، فإنه يصبح في حكم الراشد، ومن ثم يكتسب أهلية أداء بالنسبة لما تم ترشيده من أجله.

وتجب الإشارة، إلى أن هناك تشريعات أقرت بأن منح الإذن للصبي المميز يكْسبه أهلية الراشد تخول له الحق في القيام بالتصرفات المأذون له فيها فقط دون غيرها من التصرفات، حيث نصت هذه التشريعات بأن للصغير المأذون أهلية إجراء التصرفات التي تقتضيها إدارة الأموال التي تسلم له في حدود الإذن. وهذه الأهلية لا يكتسبها إلاّ البالغ الراشد. وهو موقف المشرع الكويتي، المشرع العراقي، والمشرع الأردني، والمشرع السوداني، والمشرع الإماراتي، والمشرع العماني في نصوص قوانينهم[1].

على أن هناك تشريعات أقرت باكتساب القاصر المأذون الأهلية الكاملة في التصرف، ومثلها في التقاضي، وهذا ما نصت عليه وثيقة الكويت للنظام الموحد لرعاية أموال القاصرين في المادة 36 منها على أن القاصر المأذون؛ سواء في الإدارة أم التجارة، يكون كامل الأهلية في التقاضي خلال فترة الإذن؛ بمعنى أن الإذن بالتصرف يكسبه أهلية التقاضي كالبالغ. وهو ما تبناه أيضاً المشرع المصري[2]، والمشرع الموريتاني، والمشرع المغربي، والمشرع السوري، والمشرع البحريني[3].

ويجب البيان، أنه حسب هذه التشريعات، يكتسب القاصر المأذون بموجب الإذن، الأهلية في مجالين: أهلية الراشد وأهلية التقاضي؛ أو حق اللجوء للقضاء الذي يعتبر من الحقوق العامة التي لا يمكن التنازل عنها بصفة مطلقة، وهو مكفول لجميع المواطنين بدون استثناء، ويقصد به حق الفرد في حماية حقه واسترجاعه، وكذا حقه في دفع الضرر عن نفسه، وعن أمواله عن طريق اللجوء للقضاء؛ باعتباره الجهاز الذي يتولى مهمة حماية حقوق الأفراد وحرياتهم ضمن نطاق القانون وحدوده[4].

---

[1] يراجع: المادة 92 من ق.م.الكويتي، والمادة 99 من ق.م.العراقي، والمادة 217 من ق.م.الأردني، والمادة 224 من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 167 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 148 ق.أ.ش.العماني.

[2] نصت المادة 64 من ق.و.ع.م.المصري على أنه: *"يعتبر القاصر المأذون من قبل وليّه أو المحكمة أو نص القانون كامل الأهلية فيما أذن له فيه وفي التقاضي فيه"*.

[3] يراجع: المادة 170 من م.أ.ش.الموريتانية، والمادة 4/226 من م.أ.المغربية، والمادة 350 من ق.أ.ش.السوري، والمادة 45 من ق.و.ع.م.البحريني.

[4] زرارة عواطف، أهلية التقاضي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، م.5، ع.3، كلية الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، نوفمبر 2012م، ص.3.

وتجدر الإشارة، إلى أن التقاضي حق مكرس في الصكوك الدولية لهيئة الأمم المتحدة، وبالتحديد في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[1]؛ حيث ورد في المادة 8 منه على أن: "لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه عن أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون".

وهناك بعض التشريعات قصرت الأهلية المكتسبة بالترشيد على الأعمال المدنية فقط، فنصت بأن القاصر المرشد يكون قادراً مثل الراشد في القيام بجميع أعمال الحياة المدنية، وهو ما نص عليه المشرع الجيبوتي، والمشرع الغيني، والمشرع الفرنسي[2].

وما يلاحظ أن كلاَ المشرعين الجيبوتي والفرنسي قصرا أثر الترشيد على الأعمال المدنية فقط، وقد نصا على أنه يجب على القاصر أن يراعي القواعد في مسائل الزواج والتبني كما لو لم يكن مرشداً؛ أي أن القاصر ملزم باتباع القواعد المقررة في مسائل الزواج أو التبني، سواء كان مرشداً أم غير مرشد[3].

هذا ولم يكتفيا بالنص على آثار الترشيد بالنسبة لأهلية المرشد فقط، بل أقرا بأنه يرتب آثاراً تمس القاصر نفسه؛ حيث يخول الترشيد للقاصر فرصة تتمثل في التحرر من السلطة الأبوية، سواء الأب أم الأم، وهذا الأمر لمسناه من خلال ما نص عليه المشرع الجيبوتي والمشرع الفرنسي، وسار على نهجهما المشرع الغيني، بقولهم إن القاصر المرشد لا يخضع لسلطة والده وأمه[4].

وعليه يمكن القول: إن الإذن للقاصر يعطيه أهلية الأداء في بعض أو كل الأعمال التي تحدد بناءاً على الإذن الممنوح له إما من طرف الولي، أو من طرف القاضي المختص، ومن ثم يلتزم المرشد بما أذن له فيه؛ سواء من حيث نطاق الإذن إذا ما كان كلياً أم جزئياً؛ وسواء من حيث الأعمال التي يأذن فيها، إما أعمال إدارة، أم أعمال تصرف، أم أعمال تجارة، أم جميعها.

وينبغي الإشارة إلى أن تحديد هذه الأعمال يكون في صالح القاصر؛ حيث أن كل عمل من هذه الأعمال إما يكون نافعاً له، أو ضاراً به، أو متردداً بين النفع والضرر، لذلك يجب أن يحدد العمل بشكل صريح في الإذن حماية للقاصر. وسنتطرق إلى هذه التصرفات بالشرح والتفصيل في الباب الثاني من هذه الرسالة.

---

[1] الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة 217 ألف (د-3)، المؤرخ في 10 ديسمبر 1948م.

[2] Se référer à l'article 550/1 du code civil djiboutien, et l'article 413-6/1 du code civil français, et l'article 275 du Code de l'enfant guinéen. Le texte des trois articles était le suivant: "*Le mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile.*"

[3] Se référer à l'article 550/2 du code civil djiboutien, et l'article 413-6/2 du code civil français.

[4] Se référer à l'article 551/1 du code civil djiboutien, et l'article 413-7/1 du code civil français, et l'article 276 du Code de l'enfant guinéen.

الباب الثاني:

النطاق الموضوعي للمعاملات المدنية للقاصر في ماله الخاص فقهاً وقانوناً

لقد أولى الشرع الإسلامي أهمية قصوى للأموال، من خلال تحديد السن الذي يسمح فيه للأشخاص لتسيير هذه الأموال، إذ إنه لم يمنح حق التصرف للجميع، بل ضبطه بقدرة الشخص على ذلك الأمر، من أجل حماية المال باختلاف طبيعته من الضياع، وسوء التسيير.

ولم يقف الأمر عند هذا الحد، بل وسع الشرع الإسلامي من اهتمامه بالأموال، وضبطها من ناحية موضوع التصرف أو المعاملة، إذ إن الشخص المتمتع بأهلية التصرف يقيّد بالمجال الذي يرغب أن يصرِف فيه ماله، وذلك باعتبار أن كل مجال ينطوي على خطورة تختلف درجتها حسب نوع المعاملة التي يجريها الشخص، لهذا، فقد يسمح له ببعض التصرفات، ويمنع من بعضها الآخر.

هذا، وقد ضبط القانون هو الآخر نطاق تصرف الشخص في المال من حيث موضوعه، وحدد أنواعاً معينة من المعاملات، والعقود المختلفة التي يمكن إبرامها متى توافرت فيها شروطها، ابتداءً من السن، إلى غاية القدرة على التسيير والتصرف.

وحتى يجيد القاصر التصرف في أمواله، فإنه يضبط من ناحيتين؛ الأهلية، والتي سبق وأن تحدثنا عنها في الباب الأول، وموضوع التصرف، وتحديداً المعاملات المدنية باعتبارها محور الدراسة.

ولأجل ذلك، خصصنا هذا الباب للحديث عن النطاق الموضوعي للمعاملات المدنية للقاصر في ماله الخاص فقهاً وقانوناً، من خلال بيان تصرفات القاصر المدنية في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية (**الفصل الأول**)، ثم عرض الجانب العملي لتصرفات القاصر المدنية في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية (**الفصل الثاني**).

الفصل الأول: تصرفات القاصر المدنية في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية

تعتبر المعاملات المدنية من بين المعاملات المختلفة التي نظمت أحكامها بموجب ق.م، أو ق.أ.ش، أو ق.و.ع.م، وهي ذات نطاق واسع، كونها من أقدم وأكثر المعاملات إقبالاً من طرف الأشخاص.

هذا، وتعد المعاملات بصفة عامة، والمعاملات المدنية بصفة خاصة، من بين المسائل التي اختلفت فيها النظرات، وكثرت فيه الأقوال حول جواز قيام القاصر بإبرامها من عدمه، خاصة وأنها تتدرج في حكمها حسب نوع كل معاملة؛ من المعاملة التي تدر نفعاً، إلى المعاملة التي تلحق ضرراً، إلى نوع آخر قد يجمع بين النفع والضرر.

إن البحث في موضوع المعاملات المدنية يستدعي تحديد نطاقها، وذلك من خلال رسم الحدود التي يجوز للقاصر التصرف ضمنها، لا سيما في ظل اختلاف أحكامها، إذ إن حماية أموال القاصر في حقل المعاملات المدنية يكون بالنظر إلى ما يترتب عن هذه المعاملة، فإذا كانت تزيد من ذمته المالية جاز له القيام بها، وإن كانت تنقص منها أو تعدمها، فمن المستحسن النظر فيها.

ويتطلب بحث موضوع تصرفات القاصر المدنية في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية، تحديد نطاق تصرفات القاصر المدنية (**المبحث الأول**)، ثم بيان حكمها في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول: تحديد نطاق تصرفات القاصر المدنية

درس فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية مختلف المعاملات، وخصوا كل معاملة بأحكام معينة، سواء من حيث أركانها، أم من حيث شروطها، أم من حيث الالتزامات المترتبة عنها، فكل معاملة تختلف عن غيرها في العديد من المسائل وقد تتشابه في بعضها الآخر.

وكما تختلف المعاملات المدنية من حيث أثرها، فإنها تختلف أيضاً في وصف حكمها، فيما إذا كانت تضيف لمال المتصرف قيمة تزيد من ذمته المالية، أو تصرفات تنقص منها.

وبالنظر لما تنطوي عليه المعاملات المدنية من تشعب في أحكامها، وجب ضبط ذلك، خاصة عندما يكون المتصرف قاصراً، ومن أجل تحديد نطاق تصرفات القاصر المدنية فإننا سندرس مضمون هذه التصرفات (**المطلب الأول**)، ثم نبين أنواع المعاملات المدنية التي يقوم بها (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: مضمون تصرف القاصر في المعاملات المدنية

اهتم اللغويون، والفقهاء، والقانونيون، بدراسة جل المصطلحات المتعددة، على اختلاف مجالاتها، بغية إزالة اللبس عنها، وتوضيحها، حتى يتسنى لهم أخذ فكرة عنها، وإدراجها في مختلف الدراسات.

إن المعاملات المالية، هي في الأصل تصرفات مالية يقوم بها الشخص لقضاء حوائجه، وسنحاول فيما يلي بيان مفهوم التصرف لغة واصطلاحاً (**الفرع الأول**)، ثم نبين أقسام هذا التصرف (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: مفهوم التصرف لغة واصطلاحاً

لقد درج استعمال مصطلح التصرف في الكثير من المعاملات التي يقوم بها الأشخاص عامة، في حياتهم الشخصية، مما أثار اهتماماً بمدلوله والغاية منه، خاصة في ظل تعدد المعاملات التي شملت مجالات متنوعة، سواء التجارية، أم المدنية، أم الأسرية وغيرها.

تقتضي دراسة مفهوم التصرف بيان مدلوله اللغوي والاصطلاحي، ثم نتطرق إلى أقسامه، وذلك وفق التقسيم الآتي:

أولا– التصرف في المدلول اللغوي: وردت كلمة التصرف في المعاجم اللغوية بعدة معانٍ، فهناك من قال: التصرف هو سلك سلوك معيناً، وتصرف في الأشياء بالنقل والتبديل والتوجيه، وتصرف في البضائع عن طريق البيع[1]، وقد وردت في قوله تعالى: ﴿وَتَصْرِيفِ الرِّيَاحِ وَالسَّحَابِ الْمُسَخَّرِ بَيْنَ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ﴾[2]؛ أي تدبيره الذي تفرد به، وتسخّيره، وما أودعه من منافع للناس[3]، وتصرف في الأمر: احتال وتقلب فيه، وتقلب عليه الأحوال، وتصرف لعياله اكتسب لهم[4]، والصرف الحيلة[5]، قال الله عز وجل: ﴿فَمَا تَسْتَطِيعُونَ صَرْفًا وَلَا نَصْرًا﴾[1]؛ صرفاً: بفعلكم، أو بفداء وغير ذلك، ولا نصراً: لعجزكم وعدم ناصركم[2].

---

[1] وقد شرح المعنى كما يلي: تصرَّف يتصرف تصرفاً فهو متصرِّف، والمفعول متصرف فيه. يراجع: أحمد مختار عمر، معجم اللغة، م.2، المرجع السابق، ص.1291.

[2] القرآن الكريم، سورة البقرة، من الآية رقم 164.

[3] السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، المرجع السابق، ص.ص.74-75.

[4] جبران مسعود، الرائد، المرجع السابق، ص.216.

[5] ومنه قيل: فلان يتصرّف: أي يحتال، ويقال للرجل المحتال: صَيْرَفٌ وصَيْرَفِيّ؛ وهو المحتال المتقلب في أموره المجرب لها. يراجع: محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي أبو منصور، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، ج.12، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2001م، ص.114.

ثانيا– التصرف في المدلول الاصطلاحي: إن كلمة التصرف كلمة شائعة في ثنايا كتب الفقهاء، أكثروا من استخدامها في مواضع كثيرة من أبواب الفقه، دون تعريفها؛ كون أن اهتمامهم كان منصباً على بيان الأحكام الفقهية العملية، أكثر من اهتمامهم ببيان بعض المصطلحات الفقهية، ومن خلال تتبع مواقع ذكر هذه الكلمة في أبواب الفقه يفهم بأن التصرف هو كل ما يصدر من الشخص من قول وفعل ويرتب عليه الشارع أثراً من الآثار[3].

وإذا كان فقهاء المذاهب لم يتطرقوا إلى تعريف التصرف، مكتفيين بذكره في أبواب مختلفة من العقود، فقد عرفه بعض الفقهاء المعاصرين، بأنه كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية ويرتب عليها الشارع أثرا شرعيا في المستقبل[4]، وهناك من عرفه بأنه ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته ويرتب عليه الشارع نتيجة؛ سواء كانت في صالح ذلك الشخص أم لا[5].

وهناك من قال بأن التصرف من الناحية الفقهية، هو كل ما يصدر عن الشخص بإرادته ويرتب الشرع عليه نتائج؛ سواء كان في صالح ذلك الشخص أم لا، فيشمل الأقوال الصادرة عنه، كالبيع، والهبة، والوقف، والإقرار بحق، كما يشمل الأفعال، كإحراز المباحات، والانتفاع، والاستهلاك، سواء كان هذا القول أو الفعل لصالح الشخص، كالبيع وإحراز المباحات، أم لغير صالحه المادي، كالوقف، والوصية[6].

وعرف كذلك بأنه ما يصدر عن الشخص بإرادته ويرتب عليه الشارع أثراً شرعياً؛ سواء كان من جانب واحد، أم من جانبين، نقلاً أم إسقاطاً، قولاً أم فعلاً، نافعاً لهذا الشخص أم ضاراً له[7].

وما يلاحظ على هذه التعاريف، أنها لم تتفق على مفهوم واحد للتصرف، فهناك من قصره على التصرفات القولية، وهناك من قصره على الشخص المميز، وأخرج الصبي غير المميز من نطاق هذا التعريف، والبعض الآخر وسع من مدلوله ليشمل الأقوال والأفعال معاً. ومن جهة أخرى اتفقت

---

(1) القرآن الكريم، سورة الفرقان، من الآية رقم 19.

(2) السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، المرجع السابق، ص.679.

(3) سلطان بن إبراهيم بن سلطان الهاشمي، أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية، ط.1، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، 1422هـ، 2002م، ص.33 وما بعدها.

(4) أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.175.

(5) محمد مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.413.

(6) عدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.18.

(7) عبد العزيز بن محمد بن عبد الله الحجيلان، تصرفات الأمين في العقود المالية، رسالة دكتوراه، م.1، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، نوقشت بتاريخ 20-1-1412هـ، ص.35.

التعاريف على أن هذا التصرف سواء كان قولاً أم فعلاً؛ فإنه يترتب عليه أثراً في المستقبل، مع اتفاق بعضهم أن هذا التصرف يكون بإرادة الشخص المتصرف؛ مما يعني أن التصرف الذي يكون بالغصب أو بالإكراه لا يندرج تحت هذا التعريف، وهناك من بين أن هذا التصرف قد يكون نافعاً للشخص أو ضاراً له.

الفرع الثاني: تحديد أقسام التصرف

حسب ما بينا أعلاه عند البحث عن تعريف التصرف، فإن هذا الأخير ينقسم لعدة أقسام، وكل واحد منها يضم أنواعاً معينة بالنظر للاعتبار الذي يعتمد عليه، ومن ثم فالتصرف يقسم بناءً على ثلاثة اعتبارات، أولها بالنظر لما يصدر عن الشخص من قول أو فعل، وثانيها بالنظر لكيفية التصرف في الحقوق والأملاك، وثالثها بالنظر لما يلحقه التصرف من نفع أو ضرر، فكل قسم له مضمونه وصوره التي تندرج ضمنه.

وعليه خصصنا هذا الفرع للحديث عن أقسام التصرف على النحو الآتي بيانه.

أولا- باعتبار ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل[1]: بالنظر إلى هذا الاعتبار ينقسم التصرف إلى نوعين: تصرف قولي، وتصرف فعلي، وسنشرح كل واحد منهما كما يلي:

1- التصرف الفعلي: وهو ما كان قوامه عملاً غير لساني،كإحراز المباحات، والغش، والغصب، واستيلام المبيع، ودفع الثمن، وقبض الدين، ويمكن أن تعد الجنايات، والسرقة، وقطع الطريق، والإتلاف، والتعدي، والإكراه، من التصرفات الفعلية[2].

2- التصرف القولي: وهو الذي يكون منشأه اللفظ دون الفعل، ويدخل فيه الكتابة والإشارة، وهو نوعان: تصرف قولي عقدي، وتصرف قولي غير عقدي، فالتصرف القولي العقدي؛ هو الذي يتم باتفاق إرادتين؛ أي أنه يحتاج إلى صيغة تصدر من الطرفين وتبين اتفاقهما على أمر ما، ومثاله سائر العقود التي لا تتم إلاّ بوجود طرفين؛ أي الموجب والقابل، كالإجارة، والبيع، والنكاح، والوكالة، فإن هذه العقود لا تتم إلاّ برضا الطرفين[3].

---

[1] العبرة في تمييز التصرف القولي عن التصرف الفعلي، إنما هي بطبيعة التصرف وصورته، لا مبناه الذي بني عليه، ومن ذلك يعد دفع الثمن وتسلم المبيع تصرفاً فعلياً، ولو أنه مبني على عقد البيع. يراجع: الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج.1، المرجع السابق، ص.381؛ سلطان بن إبراهيم بن سلطان الهاشمي، أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية، المرجع السابق، ص.46.

[2] سلطان بن إبراهيم بن سلطان الهاشمي، المرجع نفسه، ص.45.

[3] الموسوعة الفقهية، ج.12، تشبه-تعليل، المرجع السابق، ص.72.

أما التصرف القولي غير العقدي، فهو يشمل نوعين: نوع يتضمن إرادة إنشائية وعزيمة مبرمة من صاحبه على إنشاء حق أو إنهائه أو إسقاطه، كالوقف، والطلاق، والإعتاق، والإبراء، والتنازل عن حق الشفعة، وهذا النوع قد يسمى عقداً أيضا في اصطلاح فريق من فقهاء المذاهب لما فيه من العزيمة المنشئة أو المسقطة للحقوق، فهي في نظرهم عقود وحيدة الطرف، كالعقود ذات الطرفين من حيث وجود الإرادة المنشئة[1].

والنوع الثاني لا يتضمن إرادة إنشاء حق أو إسقاطه أو إنهائه، وإنما هي أقوال وأخبار، تترتب عليها نتائج معتبرة، كالدعوى؛ وهي طلب حق أمام القضاء، والحلف، والإنكار، والإقرار، فهي أخبار تترتب عليها أحكاماً قضائية، وهذا تصرف قولي محض[2].

ثانيا– باعتبار التصرف في الحقوق والأملاك: ينقسم التصرف استناداً إلى هذا الاعتبار لقسمين، التصرف بالنقل، والتصرف بالإسقاط، وهما كما يلي:

1– التصرف بالنقل: وهو تصرف يفتقر إلى قبول، ويتفرع إلى ثلاثة أنواع وهي: أولها نقل بعوض في الأعيان؛ كالبيع، والقرض، وثانيهما نقل بعوض المنافع، كالإجارة، والمساقاة، والمزارعة، والقراض، والجعالة. وثالثهما نقل بغير عوض، كالهدايا، والوصايا، والعمرى، والوقف على معيّن، والهبات، والصدقات، والكفارات، والزكاة، فإن ذلك كله نقل ملك في أعيان بغير عوض[3].

2– التصرف بالإسقاط: وهو تصرف لا يفتقر إلى قبول، وهو نوعين: الأول إسقاط بعوض، كالخلع، والعفو على مال، والكتابة، وبيع العبد من نفسه، والصلح على الدين وعلى التعزير، فجميع هذه الصور يسقط فيها الثابت ولا ينتقل إلى الباذل ما كان يملكه المبذول له من العصمة، وبيع العبد ونحوها، والثاني إسقاط بغير عوض، كالإبراء من القصاص، والإبراء من التعزير، والإبراء من حد القذف، والطلاق، وإيقاف المساجد ونحوها، فجميع هذه الصور يسقط فيها الثابت، ولا ينتقل لغير الأول[4].

ثالثا– باعتبار ما يلحق التصرف من نفع أو ضرر: ينقسم التصرف استناداً لهذا المعيار إلى ثلاثة تصرفات: تصرفات نافعة نفعاً محضاً، وتصرفات ضارة ضرراً محضاً، وتصرفات مترددة بين النفع والضرر، وفيما يلي سنبين كل نوع على حدة في النقاط الآتية:

---

[1] الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج.1، المرجع السابق، ص.ص.379-380.

[2] سلطان بن إبراهيم بن سلطان الهاشمي، أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية، المرجع السابق، ص.46.

[3] عبد العزيز بن محمد بن عبد الله الحجيلان، تصرفات الأمين في العقود المالية، المرجع السابق، ص.36.

[4] المرجع نفسه، ص.37.

1- تصرفات نافعة نفعاً محضاً[1]: النفع كالمنع وهو ضد الضر، ومعناه ما يستعان به للوصول إلى الخير، وقد نفعه نفعاً، وانتفع به، والاسم المنفعة[2]، والنفع: الخير وهو ما يتوصل به الإنسان إلى مطلوبه، يقال نفعني كذا وينفعني نفعاً ونفِيعة فهو نافع[3].

والمنفعة في معناها الاصطلاحي تعرف بأنها اللذة تحصيلاً أو إبقاءً، والمراد بالتحصيل جلب اللذة، والمراد بالإبقاء المحافظة عليها[4]، أو هي الفائدة المقصودة من الأعيان والأشياء المالية مما لا يمكن حيازته بنفسه[5].

ويقصد بالتصرفات النافعة تلك التي يكتسب بموجبها القاصر حقوقاً ولا تحمله واجبات، ويكون التصرف نافعاً كلما ترتب عليه اغتناء يظهر في شكل حقوق جديدة تضاف إلى تلك التي يمتلكها صاحب التصرف من جهة، ولا تزيد من التزاماته من جهة أخرى؛ فهي لا تحمله التزاماً جديداً[6].

ويسمى هذا النوع بتصرفات الاغتناء؛ لأنها تغني من تقع لمصلحته بأن تزيد من حقوقه وتنقص من ديونه، ويطلق على الأهلية اللازمة لإجرائها بأهلية الاغتناء؛ لأنه يترتب عليها إثراء من يباشرها دون أن يدفع عوضاً لذلك[7].

2- تصرفات ضارة ضرراً محضاً: الضر ضد النفع، وهو الهزال، وسوء الحال، والنقصان، ويقال: دخل عليه ضرر في ماله؛ أي نقص، وما كان ضداً للنفع فهو ضر[8]، وبه فسر الحديث: "لا ضرر ولا ضرار"[9]؛ أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئاً من حقه، ولا يجازيه على إضراره بإدخال

---

(1) محض: كل شيء خالص لا يشوبه ما يخالطه. يراجع: أحمد مختار عمر، معجم اللغة، م.3، المرجع السابق، ص.2071.

(2) محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مصطفى حجازي، ج.22، وزارة الإعلام، الكويت، 1399هـ، 1979م، ص.268.

(3) الفيومي، المصباح المنير، المرجع السابق، ص.236.

(4) حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، تخصص علوم أصول الفقه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 30 ديسمبر 1998م، ص.4.

(5) رائد نصري أبو مؤنس، المنفعة وخصائصها الذاتية في التشريع الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، م.23، ع.1، فلسطين، يناير 2015م، ص.13.

(6) علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011م، ص.212.

(7) محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، ج.2، المرجع السابق، ص.518.

(8) ويقال كذلك بأن كل ما كان من سوء حال وفقر في بدن فهو ضر، والاسم الضّرر فعل واحدٍ، والضّرار فعل اثنين. يراجع: الأزهري، تهذيب اللغة، ج.11، المرجع السابق، ص.314.

(9) رواه الدارقطني، كتاب: الأقضية والأحكام وغير ذلك، باب: الشفعة، رقم الحديث: 4540، ص.407.

الضرر عليه، وقيل: هما بمعنى وتكرارهما للتأكيد. وقيل الضراء في قوله تعالى: ﴿فَأَخَذْنَاهُمْ بِالْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ﴾[1]؛ أي نقص في الأموال والأنفس[2].

وفي المعنى الاصطلاحي، فقد استعمل الضرر في مقابل النفع، ولما كان النفع تحصيل المنفعة، فإن الضرر يكون بمعنى إزالة المنفعة، والضرر هو الألم الذي لا نفع فيه، يوازيه أو يربو عليه، وهو نقيض النفع[3]، وقيل الضرر ما تضر به صاحبك وتنتفع به أنت، والضرار أن تضره من غير أن تنتفع[4].

والتصرفات الضارة هي التصرفات التي تؤدي إلى افتقار من يقوم بها دون مقابل[5]، أو هي تلك التصرفات التي تؤدي إلى افتقار خالص لمن يباشرها، فترتب عليه التزامات لا يقابلها اكتساب أي حق وتسمى أعمال التبرع[6].

وتسمى بالتصرفات المفقرة؛ نظراً لأنه يترتب عليها افتقار من يباشرها دون مقابل يأخذه، ويطلق على الأهلية اللازمة لمباشرتها بأهلية الافتقار؛ لأنها تؤدي إلى افتقار صاحبها، كما يطلق عليها أهلية التبرع؛ لأن الشخص وهو يباشرها إنما يهدف إلى التبرع بماله[7].

3- تصرفات مترددة بين النفع والضرر: وهي التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، التي لا تتسبب في اغتناء محض ولا في افتقار محض لمن يباشرها؛ لأنها قائمة على الأخذ والعطاء فتحتمل الربح والخسارة[8]، فهي تحتمل أن تكون نافعة لمن يباشرها ومحققة مصلحة له، وتحتمل أن تكون ضارة به، بأن تفوت مصلحة وترتب عليه التزاماً بدون مقابل، أو ينجم عنها خسارة مالية له، إذ هي تقوم على تقابل بين ما يعطيه الشخص وما يأخذه، فعند خروج مال من ذمة الشخص يدخل في ذمته مقابلٌ لهذا المال[9].

---

[1] القرآن الكريم، سورة الأنعام، من الآية رقم 42.

[2] الزبيدي، تاج العروس، ج.12، المرجع السابق، ص.385.

[3] أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، تعريفه، أنواعه، علاقته، ضوابطه، جزاؤه، م.1، ط.1، دار ابن عفان، السعودية، 1418هـ، 1997م، ص.78.

[4] ابن حجر، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج.3، المرجع السابق، ص.231.

[5] سهيل حسين الفتلاوي، المدخل لدراسة علم القانون، دراسة مقارنة في نظريتي القانون والحق، مكتبة الذاكرة، العراق، 1430هـ، 2009م، ص.309.

[6] عوض أحمد الزغبي، المدخل إلى علم القانون، المرجع السابق، ص.436.

[7] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، ج.2، المرجع السابق، ص.519.

[8] سوزان حسن، الوجيز في مبادئ القانون، المرجع السابق، ص.137.

[9] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، ج.2، المرجع السابق، ص.519.

والربح الذي يحتمل أن ينتج عن هذه التصرفات يقصد به الزيادة الحاصلة في المبايعة، ثم يُتجوز به في كل ما يعود من ثمرة عمل، وينسب الربح تارة إلى صاحب السلعة، وتارة إلى السلعة نفسها[1]، نحو قوله تعالى: ﴿فَمَا رَبِحَتْ تِجَارَتُهُمْ﴾[2]، فهذا التعريف لا يقتصر فقط على التجارة بل يشمل مطلق العمل؛ سواء كان تجارة، أم صناعة، أم فلاحة، أم غيرها[3].

أما الخسارة من الخسر والخسران، فهي انتقاص رأس المال، وينتسب ذلك للإنسان، فيقال: خسر فلان، وإلى الفعل فيقال: خسرت تجارته، ويستعمل ذلك في المقتنيات الخارجة كالمال والجاه في الدنيا هو الأكثر، وفي المقتنيات النفسية كالصحة، والسلامة، والعقل، والإيمان، والثواب، وهو الذي جعله الله تعالى الخسران المبين[4]، كقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ﴾[5]، وقوله: ﴿وَمَنْ يَكْفُرْ بِهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ﴾[6].

هذا، وتنقسم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر إلى نوعين: أعمال إدارة، وأعمال على ملكية العقد، أو كما تسمى عقود التصرف[7]، فأعمال الإدارة هي التصرفات التي تؤدي إلى استغلال الشيء واستثماره دون أن يتم المساس بأصله، كالإيجار بالنسبة للمؤجر الذي يترتب عليه تمكين شخص من الانتفاع بالعين المؤجرة في مقابل أجرة معينة، دون خروج هذه العين من ملكية صاحبها المؤجر[8]، وهذه التصرفات تتطلب أن يكون للشخص أهلية الإدارة لمباشرتها.

---

(1) أحمد الشرباصي، المعجم الاقتصادي الإسلامي، دار الجيل، بدون بلد النشر، 1401هـ، 1981م، ص.188.

(2) القرآن الكريم، سورة البقرة، من الآية رقم 16.

(3) نور الدين بوكردید، أحكام الربح بين الفقه الإسلامي والاقتصاد الوضعي –الجزائر نموذجا–، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 1427هـ، 2006م، ص.19.

(4) الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، المرجع السابق، ص.ص.281-282.

(5) القرآن الكريم، سورة البقرة، الآية رقم 28.

(6) القرآن الكريم، سورة البقرة، من الآية رقم 121.

(7) عبد الأمير كاظم زاهد، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مجلة حولية المنتدى، م.1، ع.7، المنتدى الوطني لأبحاث الفكر والثقافة، العراق، 2011م، ص.30.

(8) يراجع: إسماعيل عبد النبي شاهين، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المرجع السابق، ص.183؛ مجمع اللغة العربية، معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، مصر، 1420هـ، 1999م، ص.52.

أما أعمال التصرف فتتطلب أهلية التصرف بعوض أو بمقابل، ويقصد بها تلك الأعمال التي تؤدي إلى إخراج شيء من ملك صاحبه، كالبيع الذي يترتب عليه خروج المبيع من ذمة البائع، أو تنطوي على تقرير حق عيني تبعي عليه، كالرهن بنوعيه بالنسبة إلى الراهن[1].

المطلب الثاني: تحديد أنواع المعاملات المدنية التي يقوم بها القاصر

أخذ مصطلح المعاملات حيزاً من دراسات اللغويين والفقهاء، نظراً لأهميتها، ولغرض بيان أحكامها للأشخاص، بما يسهل عليهم أمورهم عند القيام بها. هذا، وتختلف المعاملات من زاوية الوسيلة التي تنفذ بها، فهناك معاملات مالية؛ أساس قيامها المال، وهناك معاملات غير مالية؛ تبنى على أداء واجب ديني أو أخلاقي في غالب الأحيان.

والمعاملات المدنية نوع من المعاملات التي تأخذ طابعاً خاصاً يتعلق بطبيعة التصرف في حد ذاته، وقد نظمت أحكامها بشكل مفصل في ق.م، وهناك من أدرج بعض أحكامها في ق.أ.ش، والبعض الآخر في قانون الولاية على المال.

وحتى تبنى الحماية على أساسها، بالنسبة لأموال القاصر، وجب ضبط هذه المعاملات المدنية، ورسم حدود نطاقها، وبيان حكمها.

لأجل هذا الغرض، عالجنا من خلال هذا المطلب المتعلق بتحديد أنواع المعاملات المدنية التي يقوم بها القاصر؛ مفهوم المعاملات المدنية (**الفرع الأول**)، ثم بينا تصنيفاتها (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: مفهوم المعاملات المدنية

لقد عرفت المعاملات منذ مدة بعيدة من الزمن، لدرجة أنها اعتبرت فقهاً مستقلاً لحاله يضم أحكاماً مختلفة، تختص بكل معاملة، وقد استعمل الفقهاء هذا المصطلح، إما بمفرده، وإما بربطه بوصف معين يدل على الوسيلة التي تبرم بها هذه المعاملة، أو مجالها، كالمعاملات المالية، والمعاملات غير المالية، والمعاملات الاقتصادية، والمعاملات السياسية وغيرها.

والمعاملات المدنية هي الأخرى تتعلق بمجال محدد كما هو موضح في مصطلحها، وباعتبارها محل دراستنا، سندرس مفهومها لغة واصطلاحاً كما يلي:

أولا– تعريف المعاملات في المدلول اللغوي: المعاملات وهي جمع معاملة، مصدر عامل، فيقال: عامل فلاناً؛ تصرف معه في بيع أو غيره، وتعامل بين اثنين؛ بينهما معاملات مادية، ومعاملة تجارية؛ عملية الشراء والبيع، وهناك من ربطها بمعاملة الزوج لزوجته، فيقال: عامل الزوج زوجته معاملة

---

[1] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، ج.2، المرجع السابق، ص.521.

حسنة[1]، أو كما ورد عند البعض: عاملت الرجل أعامله معاملةً. وأضاف ابن منظور في شرحه إن المعاملة في كلام أهل العراق: هي المساقاة في كلام الحجازيين[2]؛ بمعنى أنهم عندما يطلقون مصطلح المعاملة، فقصدهم المساقاة[3].

ثانيا– التعريف الاصطلاحي للمعاملات المدنية: إن مصطلح المعاملات المدنية مصطلح مركب، وسنعرف أولاً مصطلح المعاملات، ثم نبين معناه الكامل.

تطلق المعاملات على معانٍ مختلفة، فهناك من يعرفها بأنها الأحكام الشرعية المتعلقة بالأمور الدنيوية أو المنظمة لتعامل الناس في الدنيا[4]، سواء كانت تلك الأحكام تتعلق بالأموال، أم بالنساء من زواج وطلاق، أم بالمخاصمات والأقضية والتركات وغير ذلك، وهذا المعنى يتمشى والتقسيم الثنائي للفقه إلى عبادات ومعاملات[5].

كما قال ابن عابدين: يقصد بالمعاملات ما كان في الأصل فيها قضاء مصالح العباد، كالبيع والكفالة والحوالة ونحوها[6]. وعرفت أيضا بأنها الأعمال التي يقوم بها المسلم وتنشأ عنها علاقات مع غيره من الناس[7].

وعليه، يمكن القول إن المعاملات هي تصرفات يقوم بها أشخاص فيما بينهم تتعلق بمجالات مختلفة؛ سواء كانت معاملات أسرية، أم معاملات تجارية، أم معاملات اقتصادية، أم معاملات أدبية، أم معاملات مدنية، وجميع هذه المجالات أساسها تبادل المال والمنفعة بين أطراف المعاملة.

---

(1) أحمد مختار عمر، معجم اللغة، م.2، المرجع السابق، ص.ص.1553-1556.

(2) ابن منظور، لسان العرب، م.11، المرجع السابق، ص.476.

(3) المساقاة في معناها اللغوي هو إشراب الشيء الماء وما أشبهه، أما عند الفقهاء، فهي عند الحنفية عقد على دفع الشجر إلى من يصلحه بجزءٍ من ثمره، وعند المالكية هي عقد على مؤنة النبات بقدرٍ لا من غير غلته لا بلفظ بيع أو إجارة أو جعل، أما عند الشافعية فمعناها معاملة مالك النخيل والكروم من يحسن العمل فيها؛ ليقوم بسقيها وتعهدها، ويشترط للعامل جزءاً معلوماً مما يخرج من الثمر، أما عند الحنابلة فيقصد بها دفع شجر له ثمر مأكول ولو غير مغروس، لآخر ليقوم بسقيه وما يحتاج إليه بجزءٍ معلوم من ثمره. يراجع: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج.3، المرجع السابق، 84؛ عبد الله بن عمر بن حسين بن طاهر، العقود المضافة إلى مثلها، ط.1، دار كنوز اشبيليا، السعودية، 1434هـ، 2013م، ص.106.

(4) محمد قلعجي، معجم لغة الفقهاء، المرجع السابق، ص.438.

(5) محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، المال، الملكية، العقد، ط.2، دار النفائس، الأردن، 1430هـ، 2010م، ص.11.

(6) ابن عابدين، رد المحتار، ج.7، المرجع السابق، ص.5.

(7) محمود حمودة، مصطفى حسين، أضواء على المعاملات المالية في الإسلام، ط.2، مؤسسة الورّاق، الأردن، 1999م، ص.13.

ومن ثم، يمكننا إبداء تعريف للمعاملات المدنية بناءً على تعريف المعاملات، والقول بأنها تلك المعاملات التي تنظم استناداً إلى قواعد خاصة بموجب قانون معين، تتعلق بتعاملات الأشخاص مع بعضهم البعض، دون أن تكون الدولة طرفاً فيها، كالبيع والإيجار والهبة ونحوها.

الفرع الثاني: تصنيف المعاملات المدنية

تنتظم العقود المدنية في عدة مجموعات بناءً على معيار محدد، فإما أن تكون عقوداً تقع على ملكية الشيء، وإما عقوداً واردة على الانتفاع بالشيء، وإما عقوداً واردة على العمل، وإما عقود الغرر، وكل تقسيم من بين هذه التقسيمات ينطوي على أنواع مختلفة من العقود، وفيما يلي سنشرح هذا الأمر على النحو الآتي:

أولا– العقود التي تقع على الملكية: أو كما اصطلح عليها عند البعض بعقود التمليك، وهي تلك العقود التي يلتزم أحد المتعاقدين بنقل ملكية شيء إلى المتعاقد الآخر، ويلتزم في الوقت ذاته بتسليم هذا الشيء وضمان التعرض، والاستحقاق، وضمان العيوب الخفية، أما المتعاقد الآخر فقد يلتزم من جهته بدفع المقابل في نظير الشيء الذي انتقلت ملكيته إليه، وقد لا يلتزم، وهذه العقود هي: عقد البيع، وعقد المقايضة، وعقد الهبة، وعقد الشركة، وعقد القرض، وعقد الصلح، فكل عقد يمتاز عن غيره بمجملة من الخصائص الذاتية تميزه عن غيره[1]. وهذا النوع من العقود قد نظمته التشريعات الوضعية في نصوصها المدنية[2].

وهناك تشريعات لم تنظم هذه العقود في قانون واحد، بل نظمت البعض منها في نصوص متفرقة، كالقانون السعودي؛ الذي نص على البعض من هذه العقود في أنظمة خاصة كنظام البيع

---

[1] السنهوري، الوسيط، ج.4، العقود التي تقع على الملكية، البيع، والمقايضة، المرجع السابق، ص.15.

[2] يراجع: المواد من 351 إلى 466 من ق.م.الجزائري، والمواد من 418 إلى557 من ق.م.المصري، والمواد من 407 إلى 556 من ق.م.الليبي، والمواد من 386 إلى 525 من ق.م.السوري، والمواد من 465 إلى 657 من ق.م.الأردني، والمواد من 489 إلى 741 من ق.م.م.الإماراتي، والمواد من 355 إلى 515 من ق.م.م.العماني، والمواد من 454 إلى 560 من ق.م.الكويتي، والمواد من 381 إلى 504 من ق.م.البحريني، والمواد من 419 إلى 573 من ق.م.القطري، والمواد من 506 إلى 721 من ق.م.العراقي، والمواد من 178 إلى 294 من ق.م.م.السوداني، والمواد من 428 إلى 603 من ق.م.الفلسطيني، والمواد من 451 إلى 680 من ق.م.اليمني، والمواد من 415 إلى 520 من ق.م.الصومالي.

بالتقسيط[1]، وهناك تشريعات نظمتها ولكن بشكل عشوائي ضمن قانونها؛ أي بدون أن تدرج هذه العقود ضمن فئة واحدة، وهو توجه المشرع التونسي[2]، والمشرع المغربي[3]، والمشرع الموريتاني[4].

ثانيا– العقود الواردة على الانتفاع بالشيء: واصطلح عليها أيضاً بعقود المنفعة، ويدل حق الانتفاع على ما يثبت للمالك والمباح له في هذا الحق، بما يملك أثراً ونتيجة لملكه، أو لإذنه بالانتفاع بما يملك، سواء أكان ملكه ملك عين أباح له الانتفاع بتلك العين، كالدار إذا ملكها الإنسان، كان له حق الانتفاع بها سكناً، أم كان ملك منفعة أباح له الانتفاع بتلك الدار، كأن يوصي بالدار لشخص ما بأن يسكن فيها، فيكون للموصى له بناء على تملك منفعة السكن بموجب الوصية حق الانتفاع بسكناها، كما يثبت له حق الانتفاع بما أبيح له أثراً ونتيجة للإباحة والإذن، كأن يباح لشخص بأن يسكن داراً فيكون له حق الانتفاع بسكناها نتيجة لهذه الإباحة[5]، ومن بين العقود التي ترد على الانتفاع بالشيء الإيجار والعارية، وهو ما ضمنته التشريعات العربية في نصوصها[6].

---

[1] ينظر: المرسوم الملكي السعودي رقم 13 المتضمن نظام البيع بالتقسيط، المؤرخ في 04 ربيع الأول 1426هـ، الموافق لـ 13 أبريل 2005م، جريدة أم القرى السعودية، ع.4033، الصادرة بتاريخ 05 ربيع الثاني 1426هـ، الموافق لـ 13 مايو 2005م.

[2] نظم المشرع التونسي العقود التي تقع على الملكية، في نصوص متفرقة من م.إ.ع، وهي كالآتي: عقد البيع: المواد من 564 إلى 725؛ وعقد الإنزال: المواد من 954 إلى 979؛ وعقد الشركة: المواد من 1226 إلى 1451؛ وعقد الصلح: المواد من 1458 إلى 1477.

[3] نظم المشرع المغربي العقود التي تقع على الملكية، في نصوص متفرقة من ق.إ.ع، وهي كالآتي: عقد البيع: المواد من 478 إلى 625؛ وعارية الاستهلاك والقرض: المواد من 856 إلى 858؛ والشركة (الاشتراك): المواد من 959 إلى 1091؛ وعقد الصلح: المواد من 1098 إلى 1116.

[4] نص المشرع الموريتاني على العقود التي تقع على الملكية في ق.م طبقاً للمواد الآتية: البيع: المواد من 489 إلى 612؛ والشركة: من المواد 897 إلى 1023-23؛ والصلح: من المواد 1030 إلى 1038.

[5] علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، المرجع السابق، ص.27.

[6] يراجع: المواد من 467 إلى 548 من ق.م.الجزائري، والمواد من 558 إلى 645 من ق.م.المصري، والمواد من 557 إلى 644 من ق.م.الليبي، والمواد من 526 إلى 611 من ق.م.السوري، والمواد من 658 إلى 779 من ق.م.الأردني، والمواد من 742 إلى 871 من ق.م.م.الإماراتي، والمواد من 516 إلى 625 من ق.م.م.العماني، والمواد من 561 إلى 660 من ق.م.الكويتي، والمواد من 505 إلى 583 من ق.م.البحريني، والمواد من 582 إلى 670 من ق.م.القطري، والمواد من 722 إلى 863 من ق.م.العراقي، والمواد من 295 إلى 377 من ق.م.م.السوداني، والمواد من 604 إلى 736 من ق.م.الفلسطيني، والمواد من 521 إلى 584 من ق.م.الصومالي.

في حين توجه كل من المشرع المغربي، والمشرع التونسي، والمشرع اليمني، والمشرع الموريتاني إلى تنظيمها في مواضع مختلفة من قوانينهم[1]، في حين توجه المشرع السعودي إلى سن نظام خاص بعقد الإيجار التمويلي[2].

ثالثا– العقود الواردة على العمل: يقصد بكلمة العمل نشاط الإنسان الإرادي المقترن بالجهد؛ أي التعب والمشقة، لغرض نافع غير التسلية واللهو، أو هو الجهد البدني والعقلي الذي يبذله الإنسان في مجال سعيه الدنيوي من أجل الارتزاق والاكتساب، أو مجال النشاط الاقتصادي في سبيل إنتاج الخدمات والسلع الاقتصادية لغرض الكسب والعيش[3].

والعقد الوارد على العمل هو ذلك الاتفاق الذي يكون بين شخصين أو أكثر، يلزم فيه العامل بأداء عمل معين لصالح رب العمل، إما لمدة محددة أو غير محددة، مقابل أجرة تدفع له نظير عمله، وهو ما نصت عليه غالبية التشريعات العربية تحت عنوان العقود الواردة على العمل[4]، وهناك من ضمنته في قانونها بدون تصنيفها، وهو توجه كل من المشرع المغربي، والمشرع التونسي، والمشرع الموريتاني، والمشرع اليمني، والمشرع السعودي[5].

---

[1] لم تذكر هذه التشريعات عقود المنفعة بشكل مرتب بل ذكرتها في مواضع مختلفة، نبينها على النحو الآتي: المشرع المغربي: الإجارة: المواد من 625 إلى 780 من ق.إ.ع، والعارية: المواد من 829 إلى 878 من ق.إ.ع. والمشرع التونسي: الكراء والإجارة: المواد من 726 إلى 887 من م.إ.ع، والعارية: المواد من 1054 إلى 1094 من المجلة. والمشرع اليمني: الإيجار: المواد من 682 إلى 780 من ق.م، والعارية: المواد من 965 إلى 982 من القانون نفسه. والمشرع الموريتاني: الإجارة: المواد من 613 إلى 728 من ق.م، والعارية: المواد من 776 إلى 814 من القانون نفسه.

[2] ينظر: المرسوم الملكي السعودي رقم 48 الخاص بنظام الإيجار التمويلي، الصادر بتاريخ 13 شعبان 1433هـ، الموافق لـ 03 يوليو 2016م.

[3] صادق مهدي السعيد، مفهوم العمل وأحكامه العامة في الإسلام، مطبعة مؤسسة الثقافة العمالية، العراق، 1983م، ص.9.

[4] يراجع: المواد من 549 إلى 611 من ق.م.الجزائري، والمواد من 646 إلى 738 من ق.م.المصري، والمواد من 645 إلى 738 من ق.م.الليبي، والمواد من 612 إلى 664 من ق.م.السوري، والمواد من 780 إلى 908 من ق.م.الأردني، والمواد من 872 إلى 1011 من ق.م.م.الإماراتي، والمواد من 626 إلى 732 من ق.م.م.العماني، والمواد من 661 إلى 774 من ق.م.الكويتي، والمواد من 584 إلى685 من ق.م.البحريني، والمواد من 682 إلى 762 من ق.م.القطري، والمواد من 378 إلى 470 من ق.م.م.السوداني، والمواد من 738 إلى 863 من ق.م.الفلسطيني، والمواد من 585 إلى 641 من ق.م.الصومالي.

[5] نذكر هذه المواد حسب كل تشريع على النحو الآتي: المشرع المغربي: الوديعة والحراسة: المواد من 781 إلى 828 من ق.إ.ع؛ والوكالة: المواد من 879 إلى 942 من القانون نفسه. والمشرع التونسي: الوديعة: المواد من 995 إلى 1053 من م.إ.ع؛ والوكالة: المواد من 1104 إلى 1178 من المجلة. والمشرع الموريتاني: الوديعة والحراسة: من المواد من 765 إلى 775 من ق.م؛ والوكالة: المواد من 819 إلى 881 من القانون نفسه. والمشرع اليمني: عقد العمل: المواد من 781 إلى 825 من ق.م؛ والمقاولة: المواد من 874 إلى 904 من القانون نفسه؛ الوكالة: من المواد 905 إلى 937 من القانون نفسه؛ والوديعة والحراسة: من المواد

رابعا– عقود الغرر: الغرر هو الشك في وجود المبيع، أو هو ما يكون مستور العاقبة[1]، وهذا التعريف عام يشمل المجهول، وما لا يدري حصوله، وما لا تعرف صفاته[2]، هذا ويتوسع أثر الغرر في العقود ليشمل كل من صيغة العقد، ومحله، وكل ركن من هذين الركنين؛ سواء الصيغة أم المحل، يؤثر فيهما الغرر في مختلف صورهما، ومن ذلك بيعتان في بيعة واحدة، أو صفتان في صفة، أو الجهل بذات المحل، أو الجهل بنوع المحل ونحوها[3]. وقد نظمتها التشريعات العربية في نصوصها كباقي العقود[4].

وعلى كل، فمهما تعددت مجموعات المعاملات المدنية، فإنه يمكن تقسيمها إلى فئتين أساسيتين؛ وهما عقود المعاوضات وعقود التبرعات، ونتطرق إلى كل فئة بشيء من التفصيل في النقاط الآتية:

– المعاوضات: وهي جمع معاوضة، ولغة مأخوذة من العوض، وهو البدل الذي يبذل في مقابلة غيره[5]. وهي عبارة عن ضرب من التمليكات تقوم على أساس إنشاء حقوق والتزامات متقابلة بين المتعاقدين[6]، ويقصد بها مبادلة مال بمال، ومبادلة مال ومنفعة، ومبادلة مال بغير مال ولا منفعة،

---

938 إلى 964 من القانون نفسه. والمشرع السعودي: النظام الملكي السعودي رقم 51 المتعلق بنظام العمل، الصادر بتاريخ 23 شعبان 1426هـ، الموافق لـ 28 سبتمبر 2005م.

(1) الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر في العقود وآثاره في التطبيقات المعاصرة، ط.1، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، السعودية، 1414هـ، 1993م، ص.11.

(2) تريحان ترميجان، الغرر وتطبيقاته في المعاملات المالية المعاصرة، رسالة ماجستير في الشريعة الإسلامية، جامعة سورا كرتا، إندونيسيا، 1437هـ، 2015م، ص.9.

(3) الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط.2، الدار السودانية للكتب، دار الجيل، السودان، لبنان، 1410هـ، 1990م، ص.79 وما بعدها.

(4) يراجع: المواد من 612 إلى 611 من ق.م.الجزائري، والمواد من 739 إلى 771 من ق.م.المصري، والمواد من 1092 إلى 1097 من ق.إ.ع.المغربي، والمواد من 1452 إلى 1457 من م.إ.ع.التونسية، والمواد من 739 إلى 780 من ق.م.الليبي، والمواد من 1024 إلى 1029 من ق.إ.ع.الموريتاني، والمواد من 705 إلى 737 من ق.م.السوري، والمواد من 909 إلى 949 من ق.م.الأردني، والمواد من 1012 إلى 1055 من ق.م.م.الإماراتي، والمواد من 733 إلى 735 من ق.م.م.العماني، والمواد من 773 إلى 809 من ق.م.الكويتي، والمواد من 686 إلى 741 من ق.م.البحريني، والمواد من 763 إلى 771 من ق.م.القطري، والمواد من 975 إلى 1007 من ق.م.العراقي، والمواد من 471 إلى 483 من ق.م.م.السوداني، والمواد من 864 إلى 895 من ق.م.الفلسطيني، والمواد من 1054 إلى 1102 من ق.م.اليمني، والمواد من 642 إلى 650 من ق.م.الصومالي.

(5) فيقال: عاضني زيد عوضاً، وأعاضني وعوضني: أعطاني العوض، واستعاض سأل العوض، واعتاض أخذ العوض ومثله تعوض، وجمع العوض أعواض مثل عنب وأعناب. يراجع: الفيومي، المصباح المنير، المرجع السابق، ص.166.

(6) نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، المرجع السابق، ص.427.

بالمعنى المصطلح عليه عند الفقهاء، وفي الاصطلاح الفقهي الشرعي يلحقون بهذا النوع من التمليكات؛ مبادلة منفعة بمنفعة، ومبادلة منفعة بما ليس بمال ولا منفعة، وهي تشمل البيع بجميع أنواعه من بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم والاستصناع، وقسمة الأعيان والتخارج والهبة بشرط العوض على قول، وحوالة الحق أي بيع الدين بالدين[1].

وعرف فقهاء المالكية المعاوضة بأنها مفاعلة من التعويض وهي بيع العرض بالعرض، فهي من جملة أنواع البيع، إلاّ أنه لما كان العوضان فيهما متساويان في كونهما في العادة مَثْمُونَيْنِ لا ثَمَنَيْنِ، لُقِّبَ بيع أحدهما بالآخر في اصطلاح الفقهاء باسم خاص وهو المعاوضة، وتسميها العامة المعاملة[2]. وعرفها الدسوقي بأنها عقد محتوٍ على عوض من الجانبين[3].

وعرفها الشرقاوي من الشافعية، بقوله: المبادلة؛ أي المقابلة والمعاوضة؛ أي مقابلة مال بمال[4]، وقال الحنابلة، المبادلة هي جعل شيء مقابل آخر[5].

وأطلق عليها بعض الفقهاء المعاصرين، مصطلح مبادلة؛ وهي التي تقوم على أساس تبادل الالتزامات المتقابلة بين الطرفين[6].

وبالنظر إلى تعاريف الفقهاء، فإن عقود المعاوضات تنقسم باعتبار نوع المبادلة إلى أربعة أقسام، نذكرها على النحو الآتي:

- **مبادلة مال بمال:** وهي ما يقصد بها المال من الجانبين، والمراد بالمال ما يعم المنفعة، كالبيع، والإجارة[7]، وهذه العقود يفسد العقد فيها بفساد العوض[1].

---

[1] أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، ط.1، المكتبة الأزهرية للتراث، والجزيرة للنشر والتوزيع، مصر، 1434هـ، 2013م، ص.48.

[2] أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، أبو بكر بن محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي، الإتقان والإحكام شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، تحقيق: محمد عبد السلام محمد سالم، ج.2، دار الحديث، مصر، 1422هـ، 2011م، ص.148.

[3] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج.3، المرجع السابق، ص.2.

[4] عبد الله بن حجازي بن إبراهيم الشافعي، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب شرح تحرير تنقيح اللباب لأبي يحي زكريا الأنصاري، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1418هـ، 1997م، ص.219.

[5] البهوتي، كشاف القناع، ج.2، المرجع السابق، ص.459.

[6] يراجع: محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.514؛ عدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.268.

[7] تقي الدين أحمد بن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى، تخريج الأحاديث: عامر الجزار، أنور الباز، ج.29، ط.3، دار الوفاء للطباع، مصر، 1426هـ، 2005م، ص.104؛ الزركشي، المنثور في القواعد، ج.3، المرجع السابق، ص.ص.185-186؛ الموسوعة الفقهية، ج.5، المرجع السابق، ص.230؛ مصطفى يوسف عبد السلام الأسطل، المعاوضة على الحقوق والالتزامات

– **مبادلة مال بمنفعة مال:** أو بذل مال بنفع، ويقصد بها أن يكون المال من الجانبين أيضاً؛ لأن المال يشمل المنفعة كالإجارة، والاستصناع، والمساقاة، والمضاربة[2].

وهذان النوعان؛ مبادلة مال بمال، ومبادلة مال بمنفعة مال، يطلق عليهما مصطلح المعاوضات المحضة[3].

– **مبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة مال:** وهي ما يقصد بها أن يكون المال من جانب واحد، كالزواج، والخلع، والجزية[4]. وهذا النوع لا يفسد فيها العقد بفساد العوض[5].

– **مبادلة منفعة بمنفعة:** كالمشاركات، من المضاربة ونحوها، فهذا بذل نفع بدنه، وهذا بذل نفع ماله، كالتعاون، والتناصر ونحو ذلك، وكقسمة المنافع[6]؛ كالمهايأة[7]؛ إما المهايأة زماناً كما لو تهايأ اثنان على أن يوزع أحدهما الأرض المشتركة بينهما سنة والآخر سنة أخرى، أو المهايأة مكاناً كما لو تهايأ اثنان في الأراضي المشتركة بينهما على أن يزرع أحدهما نصفها والآخر نصفها الآخر[8].

هذا، وتختص المعاوضات بمجموعة من الخصائص نذكرها في النقاط الآتية:

– المعاوضات بأصل وضعها وطبيعتها مترددة بين الربح والخسارة كالبيع.

وتطبيقاتها المعاصرة، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، فلسطين، 1432هـ، 2011م، ص.45.

(1) يراجع: الزركشي، المنثور في القواعد، ج.3، المرجع السابق، ص.186؛ الموسوعة الفقهية، ج.5، المرجع السابق، ص.230.

(2) يراجع: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج.29، المرجع السابق، ص.104؛ مصطفى يوسف عبد السلام الأسطل، المعاوضة على الحقوق والالتزامات وتطبيقاتها المعاصرة، المرجع السابق، ص.45.

(3) يراجع: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان، أبو عمر أحمد عبد الله أحمد، م.3، ط.1، دار ابن الجوزي، السعودية، 1423هـ، ص.ص.166-167؛ الزركشي، المنثور في القواعد، ج.3، المرجع السابق، ص.185؛ الموسوعة الفقهية، ج.5، المرجع السابق، ص.230.

(4) يراجع: الموسوعة الفقهية، ج.5، المرجع السابق، ص.230؛ مصطفى يوسف عبد السلام الأسطل، المعاوضة على الحقوق والالتزامات وتطبيقاتها المعاصرة، المرجع السابق، ص.45.

(5) يراجع: الزركشي، المنثور في القواعد ج.3، المرجع السابق، ص.186؛ الموسوعة الفقهية، ج.5، المرجع السابق، ص.230.

(6) يراجع: إبن تيمية، مجموع الفتاوى، ج.29، المرجع السابق، ص.104؛ مصطفى يوسف عبد السلام الأسطل، المعاوضة على الحقوق والالتزامات وتطبيقاتها المعاصرة، المرجع السابق، ص.45.

(7) المهايأة في معناها اللغوي يقصد بها الأمر المتهايأ المتوافق عليه، اصطلاحاً: هي عبارة عن تقسيم المنافع كإعطاء القرار على انتفاع أحد الشريكين سنة ولآخر كذلك، وعرفت بأنها قسمة المنافع على التعاقب والتناوب. يراجع: جبران مسعود، الرائد، المرجع السابق، ص.777؛ البركتي، التعريفات الفقهية، المرجع السابق، ص.222؛ الجرجاني، معجم التعريفات، المرجع السابق، ص.200؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج.5، المرجع السابق، ص.275.

(8) علي حيدر، درر الحكام، م.3، الشركات–الوكالة، المرجع السابق، ص.186.

– المعاوضات تقتضي المقابلة والمشاحة (الشح) بين الناس؛ لأن نفوسهم تقوم على ذلك، لقوله تعالى: ﴿وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ﴾[1].

– المعاوضات لا تفسد ولا تبطل بفساد أعواضها، فعندما يتبايع فرد وآخر على ثمن معين ثم يتلف هذا الثمن، فإن المعاوضة لا تفسد ولا تبطل؛ لأنها استوفت مقومات البقاء والاستمرارية، حيث إن تصرفات العاقل مصونة عن الإهدار، فهلاك الثمن لا يلغي المعاوضة، فإذا فسد الثمن وكان الثمن مثلياً، كالقمح والشعير، فإننا نأتي بمثيل عوضاً عن الثمن الفاسد، أما إذا كان الثمن من غير المثليات كالفرس مثلا، فنأتي بقيمته.

– المعاوضات تفسد بكل من الغرر الكبير الفاحش والجهالة الفاحشة المفضية إلى النزاع، ولا تفسد بالغرر اليسير والجهالة اليسيرة.

– لا يجمع بين عوض وتبرع لأجل المعاوضة، فلا يحوز أن يتفق مقرض مع مقترض بأنه يقرضه مبلغاً محدداً لفترة محددة على أن يعيدها له في نهاية المدة دون زيادة، لكن بشرط أن يتبرع المقترض بنفس هذا المبلغ المحدد للمقرض من باب الهبة، فهذه الهبة تمت فقط لإتمام المعاوضة، وهي غير جائزة؛ لأن التبرع لم يكن ليتم لو لم تكن هناك معاوضة معينة يراد تمريرها بالتحايل على الشرع[2].

– **التبرعات**: التبرع بالشيء في المعني اللغوي هو التطوع به، وفعلت كذا متبرعا: أي متطوعاً[3].

أما في الاصطلاح، فلم يضع الفقهاء ما عدا فقهاء المذهب المالكي تعريفاً للتبرع، حيث اكتفوا بتعريف أنواعه، كالوصية، والوقف، والهبة، وغيرها، وكل تعريف لنوع من هذه الأنواع يحدد ماهيته فقط. ومع ذلك، فإن معنى التبرع عند الفقهاء كما يؤخذ من تعريفهم، لا يخرج عن كون التبرع هو بذل المكلف مالاً أو منفعةً لغيره في الحال أو المستقبل، بلا عوض بقصد المعروف والبرّ،

---

[1] القرآن الكريم، سورة النساء، من الآية 128.

[2] محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، المال، الملكية، العقد، ط.2، دار النفائس، الأردن، 1430هـ، 2010م، ص.ص.45-46.

[3] قاسم القونوي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقيق: أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، ط.1، دار الوفاء للنشر، السعودية، 1406هـ، 1986م، ص.256.

والمعروف غالباً[1]. كما عرف في المادة 130 من ترتيب الصنوف بأن التبرع جمعه تبرعات، وهو تمليك مال بغير عوض[2].

في حين عرفه الجبي من المالكية بأنه تطوع من غير شرط[3]، وعرفه الحطاب بلفظ الالتزام بقوله إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء بمعنى العطية[4].

والتبرعات هي العقود التي يكون فيها النفع لأحد المتعاقدين دون الآخر، والتي تقوم على أساس المنحة أو المعونة من أحد الطرفين للآخر، كالهبة، والوصية، والصدقة، والعارية، والوقف، وغيرها[5]، أو هي التزام المتعاقد بمنح شيء أو القيام بفعل دون الحصول على مقابل ذي قيمة مالية[6]. وهي نوع من أنواع التمليكات، ويندرج تحتها ما يأتي: تبرعات ابتداء وانتهاء، وتبرعات ضمن عقد معاوضة، وتبرعات ابتداء وقد ينتهي بها الأمر إلى أن تستمر تبرعات إلى النهاية أو تنقلب معاوضات. وهي تشمل الهبة، والصدقة، والوصية، والإعارة، والقرض، والكفالة، وحوالة الدين المطلقة، والمحاباة في عقود المعاوضات، والوقف والإبراء من جهة كونهما تمليكاً، والعمرى، والرقبى، والتحليل والإباحة[7].

وتختص عقود التبرعات هي الأخرى بمجموعة من الخصائص نجملها في النقاط الآتية:

– إن أساس عقود التبرعات هو المسامحة، على عكس عقود المعاوضات التي تقوم على أساس المشاحاة، لأجل ذلك خففت الشريعة من ضوابطها وقيودها.

– بما أن عقود التبرعات تقوم على أساس المعونة، فإنها لا تفسد إذا ما كان فيها غرر وجهالة، عكس عقود المعاوضات التي تفسد بالغرر الكبير والجهالة الفاحشة.

---

(1) يراجع: الموسوعة الفقهية، ج.10، تأبد–تحيات، المرجع السابق، ص.65؛ نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، المرجع السابق، ص.127.

(2) علي حيدر أفندي، ترتيب الصنوف في أحكام الوقوف، تحقيق: أكرم عبد الجبار، محمد أحمد العمر، أبو يوسف حسن بن البشير الطليوش، مؤسسة الريان، بدون بلد النشر، بدون سنة النشر، ص.81.

(3) الجبي، شرح غريب ألفاظ المدونة، تحقيق: محمد محفوظ، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1425هـ، 2005م، ص.88.

(4) وصنفه ضمن الالتزام غير المعلق، وعرفه بأنه إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف من غير تعليق على شيء، فدخل في ذلك الصدقة، والهبة، والحبس، والعارية، والعمرى، والعرية، والمنحة، وغيرهم. يراجع: أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب المالكي، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق: عبد السلام محمد الشريف، ط.1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1404هـ، 1984م، ص.68، وص.71.

(5) سلطان بن إبراهيم بن سلطان الهاشمي، أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية، المرجع السابق، ص.76.

(6) علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008م، ص.65.

(7) أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص.49–50.

– إن تمام عقود التبرعات مقيد بالقبض عند القائلين به، وعلى هذا الأصل يعتبر تسليم العين في الهبة أو الإعارة أو الإيداع عنصراً متمماً لانعقاد العقد لا مجرد تنفيذ له، لذلك يطلق عليها العقود العينية؛ لأنه لا يتم عقدها إلاّ بتسليم العين وليس بمجرد ورود الإيجاب والقبول.

– إن عقود التبرع لا توجب ضماناً من المتبرع للمتبرع له[1].

المبحث الثاني: حكم التصرفات المدنية للقاصر في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية

شغلت التصرفات المدنية للقاصر اهتمام جل فقهاء الشريعة الإسلامية، وتطرقوا لها بالدراسة والاهتمام من زوايا مختلفة، ونظموا أحكامها في ثنايا كتبهم الفقهية تحت أبواب المعاملات بصفة عامة. كما عمدوا إلى التمعن في نوع التصرف ليقضوا بحكمه، فيما إذا كان تصرفاً ينتج عنه نفعاً، أو تصرفاً يلحق الضرر، أو تصرفاً ينطوي على نفع وضرر، وهذا الفحص لنوع التصرف هو حماية للمتصرف، لا سيما إذا كان قاصراً.

وقد عالجت التشريعات العربية موضوع التصرفات المدنية للقاصر، وأولت لها الأهمية التي حظيت بها من قبل الفقهاء، إذ اتجهت هذه التشريعات في نصوصها إلى تنظيم مختلف المعاملات ذات الصبغة المدنية، وإبراز حكمها فيما أشرنا إليه أعلاه، بين النافعة، والضارة، والمترددة بين النفع والضرر.

وسنحاول في هذا المبحث بيان حكم التصرفات المدنية للقاصر في الفقه الإسلامي (**المطلب الأول**)، ثم نبين موقف التشريعات الوضعية من حكمها (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: حكم التصرفات المدنية للقاصر في الفقه الإسلامي

ارتكز فقهاء الشريعة الإسلامية في إجازة أو منع المعاملات المدنية للقاصر، على حالة أهليته، وعلى ما يلحقه هذا التصرف بأمواله، فخصوا كل فئة معينة من الأشخاص، وكل نوع من التصرفات بحكم واضح، يتقرر بموجبه مدى إمكانية إبرام ذلك النوع من المعاملة.

وفيما يلي سنبين حكم التصرفات المدنية للقاصر في الفقه الإسلامي استناداً لمعيار السن (**الفرع الأول**)، ثم نبرز حكم هذه التصرفات بالنظر إلى حالة أهليته (**الفرع الثاني**).

---

[1] محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، المرجع السابق، ص.47.

الفرع الأول: حكم تصرفات القاصر استناداً لمعيار السن

سبق البيان أن القاصر بالنظر لمعيار السن، يكون ممثلاً في كل من الصبي غير المميز، والصبي المميز، فإن كانا يتفقان من ناحية عدم بلوغهما لسن الرشد، إلاّ أنهما يختلفان من حيث حكم تصرفاتهما؛ بالنظر لضابط التمييز الذي يفرق بينهما.

ولأجل هذا، سندرس حكم تصرفات القاصر استناداً لمعيار السن، بداية بالصبي غير المميز، ثم حكمها بالنسبة للصبي المميز، وفق التقسيم الآتي بيانه.

أولا- حكم تصرفات الصبي غير المميز:

اتفق جمهور الفقهاء على أن الصبي غير المميز ممنوع شرعاً من أي تصرف يقوم به بغض النظر عن نوعه؛ حيث قال فقهاء الحنفية إن تصرف الصغير غير المميز لا يجوز مطلقاً[1]، وهو ما وثق في المادة 175 الفقرة 1 من كتاب مرشد الحيران[2]؛ حيث نصت على ما يلي: "المحجور عليه لصغر سنه وعدم تمييزه تصرفاته وعقوده باطلة لا تنعقد أصلاً سواء كانت نافعة له أو مضرة أو دائرة بين النفع والضرر".

وعند المالكية لا يصح تصرفه ولو كان معاوضة، كالبيع إذ إن شرط عاقده التمييز[3]، ولقد ورد في قول الشافعية إن الصبي غير المميز منعدم الأهلية؛ لذلك فإنه لا يصلح لمباشرة أي تصرف؛ سواء كان عقود اغتناء، أم عقود إدارة، أم عقود تصرف، أم عقود تبرع[4].

كما ذهب الحنابلة إلى القول بأن الطفل دون التّمييز لا يصح تصرفه بإذنٍ ولا غيرِه[5]، هذا كقاعدة عامة، واستثناءاً يصح تصرفه في الشيء اليسير، لكنهم لم يحددوا قيمة هذا الشيء أو ما

---

[1] عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، ج.2، المكتبة العلمية، لبنان، بدون تاريخ النشر، ص.66.

[2] محمد قدري باشا، مرشد الحيران، المرجع السابق، ص.28.

[3] الحطاب، مواهب الجليل، م.5، المرجع السابق، ص.434.

[4] النووي، المجموع، ج.13، المرجع السابق، ص.5.

[5] شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى بن سالم أبو النجا الحجاوي المقدسي، الإقناع لطالب الانتفاع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية والإسلامية، ج.2، ط.3، بدون دار النشر، السعودية، 1423هـ، 2002م، ص.415.

يقابله[1]، وقال المرداوي إن تصرف الصبي غير المميز لا يصح مطلقاً، فأما الشيء الكبير فلا يصح قولاً واحداً ولو أذن فيه الولي، أما في اليسير فالصحيح في المذهب صحة تصرفه وهو الصواب[2].

وهو ما ورد في مجلة الأحكام العدلية[3]؛ حيث أقرت عدم صحة تصرفات الصبي غير المميز ولو أذن له وليّه، ولكن ذكرت هذا الحكم فيما يخص تصرفاته القولية فقط دون الأفعال.

ويلاحظ أن الفقهاء، قد اتفقوا على حكم تصرفات الصبي عديم الأهلية؛ إذ اعتبروها غير صحيحة شرعاً؛ ومن ثم فإنه لا يحق له مباشرة أي تصرف كالبيع أو الهبة أو الإيجار وغيرها.

ثانيا– حكم تصرفات الصبي المميز: سنبين حكم تصرفات الصبي المميز حسب أقوال المذاهب الأربعة على النحو الآتي:

1– حكم تصرفات المميز عند الحنفية: إن حكم تصرفات الصبي المميز لا يخلو من أن يكون في الأقوال، وإما أن يكون في الأفعال. أما التصرفات القولية فعلى ثلاثة أقسام: نافع محض، وضار محض، ومتردد بين الضّرر والنفع[4]:

فأما بالنسبة للتصرفات النافعة نفعاً محضاً، فالصبي فيها كالبالغ، ولهذا يصح منه قبول الهبة والإسلام ولا يتوقف على إذن الولي، والحاصل أن الصبي العاقل له عبارة صحيحة فيما هو نفع محض[5]، وما دامت هذه التصرفات لمحض المنفعة، فلا أثر للحجر فيها؛ إذ هي صحيحة نافذة؛ لأنه إنما حجر عليه لحفظ ماله وخوفاً من إتلافه وضياعه، وليس في قبول الهبة ونحوها من كل ما يعود على الصغير بالمنفعة ضياع للمال، بل فيه تحصيل للمال وإفادة منه[6].

ولذلك، فإن هذه التصرفات تصح منه دون توقف على إجازة الولي؛ لأن تصحيح مثل التصرفات إذا باشرها الصغير ممكن بناءً على وجود الأهلية القاصرة، وفي تصحيحها مصلحة ظاهرة له، لذا وجب رعاية مصلحته كلما كانت هذه الرعاية ممكنة[7].

---

[1] شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج.11، البيع، ط.1، دار هجر، مصر، 1415هـ، 1995م، ص.20.

[2] المرداوي، الإنصاف، ج.4، المرجع السابق، ص.268.

[3] يراجع: المادة 966 من مجلة الأحكام العدلية السالفة الذكر.

[4] الكاساني، البدائع، ج.10، المرجع السابق، ص.87.

[5] الطحطاوي، حاشية الطحطاوي على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان مع الشرح المذكور، ج.4، مصر، 1282هـ، ص.ص.80-81.

[6] الكاساني، البدائع، ج.10، المرجع السابق، ص.88.

[7] عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، المرجع السابق، ص.97.

أما التصرفات الضارة ضرراً محضاً، كالهبة والضمان، فلا تصح منه ولو أجازها الولي؛ لأنه لا يملكها[1]، وعليه فإن حقوق العباد التي هي ضرر محض، كالهبة والصدقة، لا تصح منه وإن أذن وليه[2]، فهذه التصرفات لا تصح من الصغير فقط؛ بل لا تنعقد أصلاً، ولا يملك الولي أو الوصي تصحيحها بالإجازة؛ لأنهما لا يملكان مباشرتها في حق الصغير، لذا لا يملكان إجازتها[3]، وهذا وفقاً للقاعدة الفقهية التي مفادها أنه: "من لا يملك التصرف ابتداءً، لا يملك إجازته انتهاءً".

هذا وقد ورد هذا الحكم المتعلق بكلا التصرفين؛ النافعة نفعاً محضاً والضارة ضرراً محضاً بالنسبة للصبي المميز في المادة 176 من كتاب مرشد الحيران كما يلي: "إذا كان المحجور عليه صبياً مميزاً أو كبيراً معتوهاً تصح تصرفاته وعقوده التي تكون نافعة له نفعاً محضاً وتنفذ ولو لم يجزها الولي أو الوصي، وأما تصرفاته وعقوده المضرة بمصلحته ضرراً محضاً فهي كتصرفات الصبي غير المميز وعقوده لا تصح أصلاً ولو أجازها الولي أو الوصي".

ما يلاحظ على هذه المادة أن فقهاء الحنفية قد قاسوا تصرفات الصبي المميز الضارة به، على تصرفات الصبي غير المميز، ومن ثم قالوا ببطلانها.

وأما إذا كانت تصرفاته مترددة بين الضّرر والنفع، أي محتملة للضّرر والنفع؛ باعتبار خروج البدل عن الملك؛ كالبيع يحتمل الربح والخسران، وكذا الشراء، والإجارة، والنكاح، حتى لو باع الشيء أضعاف قيمته كان ضرراً أو نفعاً. واحتمال الضرر يندفع بانضمام رأي الولي؛ وذلك كون أن الصبي أهلاً لمباشرة هذا التصرف، فإذا باع الوليّ ماله ملك الصبي الثمن، وإذا اشترى الوليّ عيناً ملكها الصبي كذلك[4].

وعليه فإن التصرفات المترددة بين النفع والضرر يملكها الصبي مع إذن وليه؛ لأنه أهل لحكم هذه التصرفات، إذ إنه يملك البدل إذا باشرها وليّه، وأهل لإجراء هذه التصرفات، حيث صحت وكالته بها وفيها نفع من حيث تحصيل مقصوده، ولما لوحظ أن هناك قصوراً ضم إلى ذلك إذن وليه ليجيز هذا القصور[5].

---

[1] عياض بن نامي السلمي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، ط.1، دار التدمرية، السعودية، 1426هـ، 2005م، ص.ص.80-81.

[2] الكراماستي يوسف بن حسين، الوجيز في أصول الفقه، تحقيق: عبد اللطيف كسّاب، دار الهدى، مصر، 1404هـ، 1984م، ص.107.

[3] عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، المرجع السابق، ص.97.

[4] التفتازاني، شرح التلويح، ج.2، المرجع السابق، ص.166.

[5] محمد الخضري بك، أصول الفقه، ط.6، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1389هـ، 1969م، ص.94.

وهذا الحكم ورد في المادة 177 من كتاب مرشد الحيران كما يلي: "المحجور عليه سواء كان صبياً مميزاً أو كبيراً ذا عته أو رقيقاً إذا عقد عقداً من العقود المترددة بين النفع والضرر التي لا يشترط البلوغ لصحة انعقادها فلا ينفذ عقده ولا يترتب عليه حكم إلا إذا أجازه الولي أو الوصي أو المولى إجازة معتبرة، فإن أجازه جاز ونفذت أحكامه وإن لم يجزه أو أجازه وكان فيه ضرر كأن كان فيه غبن فاحش زيادة أو نقصاً فلا يجوز ولا ينفذ أصلاً".

2- حكم تصرفات المميز عند المالكية: أجاز فقهاء المالكية تصرفات الصبي المميز إذا كان من محض النفع، وأقروا بأن تصرفه ماضٍ؛ أي نافذ دون حاجة لإذن الولي، ومثالها كأن يقوم شخص بالتصدق على المولى عليه أو يهب له هبة[1]، أو أن يقوم المميز بشراء اللحم بالدرهم والخبز والبقل فهذا جائز؛ لأنه يسير وهو يدفع له نفقته فيشتري بها ما يصلحه[2].

هذا بالنسبة لتصرفاته النافعة نفعاً محضاً، أما إذا كانت ضارة ضرراً محضاً فقالوا إنها لا تنفذ ولو أجازها الولي[3]، إذ لا اختلاف بين مالك وأصحابه أن الصغير الذي لم يبلغ الحلم من الرجال، لا يجوز له في ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق، وإن أذن له في ذلك الأب أو الوصي- إن كان ذا أب أو وصي-[4].

أما تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر، كأن باع أو اشترى أو فعل ما يشبه البيع أو الشراء مما يخرج على عوض ولا يقصد فيه إلى فعل معروف، كان موقوفاً على نظر وليّه -إن كان له ولي-، فإن رآه سداداً وغبطة أجازه وأنفذه، وإن رآه بخلاف ذلك رده وأبطله، وإن لم يكن له ولي قدم له ولي ينظر له في ذلك بوجه النظر والاجتهاد، وإن غفل عن ذلك حتى يلي أمره كان النظر إليه في إجازة إنفاذ ذلك أو رده[5].

وأضافوا على قولهم هذا إن للولي أباً كان أو غيره، الخيار في ردّ تّصرف الصبي المميز المحجور عليه كما له الإجازة، وذلك بشرطين؛ أولهما إذا كان تصرفه بمعاوضة مالية على وجه السداد؛ كبيع وشراء وهبة ثواب، ولا فرق بين العقار وغيره، ويتصرف الولي في الردّ والإجازة بالمصلحة، فإن رأى المصلحة في الردّ أخذ به، وإن رأى مصلحة في الإجازة أخذ بها، فإن لم يكن بمعاوضة بأن كان بمثل

---

[1] الحطاب، مواهب الجليل، م.5، المرجع السابق، ص.34.

[2] مالك بن أنس، المدونة الكبرى، م.13، المرجع السابق، ص.72.

[3] عبد الله بن عبد الواحد بن عبد الكريم الخميس، التصرفات الموقوفة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص.81-82.

[4] ابن رشد، المقدمات الممهدات، المرجع السابق، ص.346.

[5] المرجع نفسه.

هبة دون ثواب وصدقة، فإنه يتعيّن على الولي ردّه، وثانيهما إذا تصرف الصبي المميز بدون إذن وليه؛ فهنا للولي ردّ أو إجازة هذا التصرف حسب المصلحة[1].

ويلاحظ أن المالكية يقرون بعدم جواز تصرف الصبي المميز في ماله بأي تصرف كان، حتى وإن أذن له بذلك، متى كان تصرفه ضاراً به، فإن تصرف مثلا بالبيع والشراء كان موقوفاً على إجازة وليّه، فالولي بحسن نظره يتأكد من مصلحة الصبي فيما تصرف فيه، فإذا كان نافعاً له أجازه وإن كان ضاراً لم يجزه.

3- حكم تصرفات المميز عند الشافعية: فرق فقهاء الشافعية كذلك في الحكم على تصرفات الصبي المميز المحجور عليه حسب ثلاثة أحوال، بقولهم إنه من كانت له أهلية أداء كاملة صلح لمباشرة الاغتناء والإدارة لوحده، ولا يصلح وحده لمباشرة عقود التصرفات، ولا يصلح أصلاً لمباشرة عقود التبرع[2]؛ فإذا كان تصرفه مثلاً يضفي زيادة على ماله، كالهبة إذا كان موهوباً له، أو أجر عيناً إذا كان مؤجراً، كان تصرفه نافعاً نفعاً محضاً، أما إذا عقد تصرفاً ينقص من ماله، أو يخرج الملك من يده، كالبيع، فلا يصلح أن ينفذه وحده، بل وجب أخذ رأي وليّه في ذلك، وهنا يكون تصرفه متردداً بين النفع والضرر.

ويلاحظ هنا أن فقهاء الشافعية أجازوا للصبي المميز مباشرة عقود التصرفات بوجود وليّه، ولكنهم لم يتحدثوا عن إمكانية إجازة أو رد هذا التصرف من قبل الوليّ، عكس ما ذهب إليه فقهاء الحنفية والمالكية، فمثلاً إذا كان واهباً في عقد الهبة، كان تصرفه ضارً ضرراً محضاً به، ولذا لا يمكنه مباشرته.

4- حكم تصرفات المميز عند الحنابلة: ذهب فقهاء الحنابلة إلى القول بأن تصرف الصبي لا يصح في ماله وذمته قبل الإذن؛ لأن تصحيح تصرفه يفضي إلى ضياع ماله وفيه ضرر عليه، ومن دفع إليه ماله ببيع أو قرض رجع فيه ما كان باقياً؛ لأنه عين ماله، وإن أتلفه أو أتلفه في يديه بتعدٍ أو تفريط أو لم يضمن، كان من ضمان مالكه؛ لأنه سلطه عليه برضاه، سواء علم بالحجر أم لم يعلم، ويضمن ما لم يدفع إليه؛ أي أخذه بالغصب، إذا تلف بين يديه؛ لأنه لا تفريط من المالك، وإذا دفع محجور عليه لحظه ماله لمحجور عليه لحظه، وتلف، فالظاهر أنه حق مضمون على المدفوع له؛ لأنه لا تسليط من المالك، وقد تلف بفعل القابض له بغير حق، فضمنه[3].

---

[1] الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج.5، ط.1، مؤسسة المعارف، لبنان، 1430هـ، 2009م، ص.429.

[2] النووي، المجموع، ج.13، المرجع السابق، ص.5.

[3] البهوتي، كشاف القناع، ج.3، المرجع السابق، ص.ص.442-443.

وأضاف ابن قدامة في حكم تصرفات الصبي المميز المحجور عليه، أنه لا يمنع من الطلاق؛ لأنه ليس بتصرف في المال، ولا يجري مجراه، وإن خالع صح خلعه؛ لأنه إذا صح الطلاق ولا يحصل منه شيء، فالخلع الذي يحصل به المال أولى، إلاّ أن العوض لا يدفع إليه، وإن دفع إليه لم يصح قبضه، وإن أتلفه لم يضمنه، وإن أعتق لم يصح عتقه، وعند أحمد يصح؛ لأنه عتق من مكلفٍ مالكٍ تامّ الملكِ، فصح، وإن تزوج صح نكاحه بإذن وليه وبغير إذنه؛ لأنه عقد غير مالي فصح منه كخلعه وطلاقه، وإن لزم منه المال، فحصول بطريق الضّمْنِ لا يمنع من العقد، كما لو لزم ذلك من الطلاق، ويصح تدبيره؛ لأن ذلك محض مصلحته، لأنه تقرب إلى الله تعالى بماله بعد غناه عنه، وإن أقر بنسب ولدٍ قبل منه؛ لأنه ليس إقرار بمال ولا تصرف فيه، فقبل، كإقراره بالحد والطلاق، وإذا ثبت النسب لزم أحكامه من النفقة وغيرها[1].

ما يلاحظ على أقوال المذهب الحنبلي، أنهم ذكروا جملة من التصرفات، وبينوا الحكم المترتب عنها؛ إذا ما كانت تصح أو لا تصح للصبي المميز مباشرتها، مع ضرورة أخذ إذن الولي؛ لأن الهدف منه حماية ماله، غير أنهم في ذكرهم لهذه التصرفات، لم يعتمدوا على تقسيمها كما فعل الفقهاء في باقي المذاهب، إلى تصرفات نافعة نفعاً محضا، أو ضارة ضرراً محضاً، أو مترددة بين الضّرر والنفع.

الفرع الثاني: حكم تصرفات القاصر بالنظر إلى حالة أهليته

قد تعتري الشخص عوارض تعدم أهليته كالجنون، والعته، أو تنقصها، كالسفه، والغفلة، كما أنه قد يمنع لأسباب يقرها القانون من التصرف في ماله، سواء مانعاً مادياً، أم طبيعياً، فكل شخص طرأ عليه أحد هذه العوارض، أو وجد به أحد هذه الموانع، ترتب على تصرفاته حكماً معيناً بحسب الحالة التي يكون عليها.

هذا، وقد درس فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية عوارض الأهلية وموانعها، وبينوا الحكم المترتب في كليهما. وفيما يلي سنبين حكم تصرفات القاصر بالنظر لهذه الأحوال.

أولا– حكم تصرفات القاصر الذي يعتريه عارض بالأهلية: نبين حكم تصرفات القاصر بناءً على نوع العارض الذي يعتري أهليته، إما جنون، أو عته، أو سفه، أو غفلة، في التقسيم الآتي بيانه.

1– حكم تصرفات المجنون: ذهب فقهاء الحنفية إلى القول بأنه لا يجوز تصرف المجنون المغلوب الذي لا يفيق على عقله بحال، ومن باع أو اشترى وكان يعقل البيع ويقصده، فللولي الخيار؛

---

[1] ابن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق: رائد صبري بن أبي علفة، ج.2، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004م، ص.ص.1019-1020.

إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة، وإن شاء فسخه[1]. وفي المعنى ذاته يقول بعض الفقه الحنفي إن تصرفات المجنون لا تجوز في جميع الأحوال، سواء كان بإذن الولي أم بغير إذنه، وأما الذي يجن ويفيق وباع واشترى وهو يعقل البيع، وكان يقصده؛ أي بأن يكون غير هازل، ويعلم أن البيع سالب والشراء جالب، فحكمه كالمميز، فللولي الخيار؛ لأن عقده انعقد موقوفاً لاحتمال الضرر، فإذا أجاز من له الإجازة، فقد تعينت جهة المصلحة فنفذ[2].

وهناك من فصل في الأمر أكثر، بقوله إن كان المجنون في وقت الإفاقة التامة، بحيث يكون المصاب كامل العقل والتمييز، فتعتبر تصرفاته صحيحة نافذة. فإذا كانت إفاقته غير تامة، بأن كان يعقل بعض الأشياء دون بعض، فتعد تصرفاته كالمميز موقوفة على إجازة وليّه؛ إذا كانت محتملة الضرر والنفع، وتبطل إذا كانت ضارة، وتنفذ إذا كانت نافعة[3].

والمجنون لا يصح عقده، ولا إقراره، ولا يقع طلاقه، ولا عتاقه، والإعتاق يتمحض مضرة، وإن أتلف شيئاً لزمه ضمانه إحياءٍ لحق المتلف عليه؛ وهذا لأن الإتلاف موجباً لا يتوقف على القصد[4].

ففي وقت الجنون يكون كالصبي غير المميز، فتسقط عنه التكليفات البدنية كلها، فلا يخاطب بالصلاة، ولا بالحج، ولا بالصوم، ولا بالكفارت، وتنسلب عنه الولايات الثابتة بالشرع كولاية الزواج، أو الثابتة بالتفويض، كالإيصاء والقضاء، وتبطل أقواله في الدين والدنيا كالإسلام، والمعاملات لعدم قصده، ولا تعتبر تبرعاته كالصدقة والهبة، وجميع عقوده باطلة؛ لأنه فاقد للأهلية، ولا تجب الزكاة في ماله خلاف جمهور الفقهاء، وتعبر أفعاله كالإحبال وإتلاف مال غيره، فينسب الولد له، ولا يسأل عن الجنايات التي يرتكبها إلاّ في ماله، فيضمن جنايته على نفس أو طرف أو جرح، ويكون ملزماً بأرش[5] الجناية[1].

---

[1] الميداني، اللباب، ج.2، المرجع السابق، ص.ص.66-67.

[2] أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر القدوري البغدادي الحنفي، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، المشهور باسم "الكتاب"، تحقيق: كامل محمد محمد عويضة، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1418هـ، 1997م، ص.95.

[3] وهبه الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج.5، ط.3، دار الفكر، سوريا، 1433هـ، 2012م، ص.316.

[4] محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين ببدر الدين العيني الحنفي، البناية شرح الهداية، تحقيق: أيمن صالح شعبان، ج.11، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1420هـ، 2000م، ص.ص.79-80، وص.ص.84-85.

[5] الجمع أروش، لغة هي دية الجراحة، وهناك من قال بأنها ما يسترد من ثمن المبيع إذا ظهر فيه عيب، والأرش من الجراحات، ما ليس له قدر معلوم، وقيل هو دية الجراحات، وقد تكرر لفظ الأرش المشروع في الحكومات، وهو الذي يأخذه المشتري من البائع إذا اطلع على عيب في المبيع، وأروش الجنايات والجراحات جائزة لها عما حصل فيها من النقص، وسميّ أرشاً؛ لأنه من أسباب النزاع، أما اصطلاحاً فيقصد اسم للواجب على ما دون النفس، وهناك من قال الأرش دية الجراحة. يراجع: ابن منظور، لسان العرب،

هذا، وقد ورد حكم تصرف المجنون في المادة 175 الفقرة 2 من كتاب مرشد الحيران كما يلي: "الكبير المجنون جنوناً غالباً على عقله حكمه حكم الصغير الذي لا يعقل فلا تصح عقوده التي يعقدها حال جنونه بل تكون باطلة أيضاً، فإن كان يجنّ تارةً ويفيق أخرى فعقوده التي يعقدها حال إفاقته وهو تام العقل تكون صحيحة نافذة".

وعليه يمكن القول إن تصرفات المجنون لها حكمان بالنظر لحالة الجنون التي يكون عليها الشخص؛ فإذا كان جنونه مطبقاً فإن ما قيل من حكم حول تصرفات الصبي غير المميز ينطبق عليه، أما إذا كان جنونه متقطعاً فإنه يأخذ حكم الصبي المميز فيما عقده من تصرفات أثناء فترة إفاقته التامة، بأنها تكون صحيحة نافذة، وأما إذا كانت إفاقة غير تامة، فهنا تكون تصرفاته موقوفة على إجازة وليّه.

وأما فقهاء المالكية، فقالوا بأن الجنون هو اختلال العقل؛ بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل السليم، إلاّ نادراً. وحكمه منع صاحبه من التصرف المالي حماية للأموال وقطع مادّة الضرر عنه فيها، فيمنع من التصرف من ليس بأهل لذلك، فيحجر عليه، ويحال بينه وبينها، خشية إضاعتها[2].

وتصرفات المجنون المطبق تأخذ حكم الصغير غير المميز؛ أي أن تصرفاته القولية غير صحيحة أصلاً؛ سواء كانت نافعة كالاتهاب، أم كانت ضارة كالهبة لآخر، أو كانت دائرة بين النفع والضرر كالبيع، وعليه، فإن جميع الأحكام التي تخص الصبي غير المميز تجري على المجنون المطبق أيضاً. أما تصرفات المجنون غير المطبق، ففي حالة إفاقته تكون تصرفاته كالعاقل؛ أي حالة كونه تام العقل، بمعنى أن تصرفات المجنون بعد أن يفيق من جنونه تكون صحيحة؛ سواء كانت نافعة أم ضارة أم دائرة بينهما[3].

وأما ما أتلفه المجنون، فيضمنه، وهو في الجنايات على ثلاثة أقوال؛ أحدها المال في ماله والدية على عاقلته، وثانيها المال والدية هدر، وثالثها إن المال هدر والدية على عاقلته، ورجح بعض المالكية

م.6، المرجع السابق، ص.263؛ الزبيدي، تاج العروس، ج.17، المرجع السابق، ص.63؛ نجم عبد الله إبراهيم العيساوي، الجناية على الأطراف في الفقه الإسلامي، ط.1، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات، 1422هـ، 2002م، ص.211؛ نجم الدين أبو حفص عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل النسفي، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية على ألفاظ كتب الحنفية، دار الطباعة العامرة، مصر، 1311هـ، ص.166.

[1] يراجع: أبو زهرة، أصول الفقه، المرجع السابق. ص.340؛ الزحيلي، موسوعة الفقه، ج.5، المرجع السابق، ص.316.

[2] الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج.5، المرجع السابق، ص.ص.413-414.

[3] علي حيدر، درر الحكام، م.2، المرجع السابق، ص.ص.700-701.

القول الأول، الذي يرى بأن جنايته على المال في ماله كالمميز، والدم على عاقلته إلاّ أن تكون أقل من الثلث، فالقول الأول أظهر؛ لأن الضمان من خطاب الوضع الذي لا يشترط فيه التكليف. ولا قصاص عليه، بخلاف السكر وعمده كخطأ، فتجب ديته على عاقلته إن بلغت الثلث، وإلاّ في ماله أو ذمته، أي إن لم تبلغ الثلث ففي مال الجاني أو ذمته، لأن الذمة ثابتة للجميع ولا يشترط فيها التمييز فضلاً عن التكليف[1].

إذا، ففقهاء المالكية هم أيضاً قاسوا تصرفات المجنون جنوناً مستمراً على تصرفات الصبي غير المميز؛ باعتباره عديم الأهلية، ومن ثم كان في حكمه، أما تصرفات المجنون جنوناً متقطعاً فتقاس على تصرفات الصبي المميز، وتأخذ حكم تصرفاته.

كما ساير فقهاء الشافعية أقوال المذهبين السابقين فيما يتعلق بحكم تصرفات المجنون، وذهبوا إلى القول بأن المجنون لا يعتد بتصرفاته أصلاً، فتنسلب عنه الولايات الثابتة شرعاً، كولاية النكاح، أو تفويضاً، كإيصاءٍ وقضاءٍ؛ لأنه إذا لم يدر أمر نفسه فغيره أولى، وآثر السلب؛ لأنه يفيد المنع وليس العكس، كالإحرام يمنع ولاية النكاح ولا يسلبها. فيكون كالصبي غير المميز. أما المجنون الذي له أدنى تمييز فكالصبي المميز[2].

وقالوا إن أقوال المجنون معتبرة له وعليه في الدين والدنيا، كالإسلام والمعاملات لعدم قصده، وسكتوا عن الأفعال، فمنها ما هو معتبر كإحباله وإتلافه مال غيره، وتقرير المهر بوطئه، وترتب الحكم على إرضاعه، والتقاطه، واحتطابه، واصطياده، وعمده عمد على الصحيح؛ أي حيث كان له تمييز، ومنها ما هو غير معتبر، كالصدقة والهبة، ولو أحرم شخص ثم جنَّ فقتل صيداً لم يلزمه جزاءه[3].

وعليه، فإن فقهاء المذهب الشافعي قد تبنوا موقف فقهاء المذهبين الحنفي، والمالكي، بخصوص تصرفات المجنون في كلا الحالتين؛ سواء جنوناً مطبقاً أم جنوناً غير مطبق.

أما فقهاء الحنابلة، فقد اتفقوا على القول بأن المجنون المحجور عليه لا يصح تصرفه قبل الإذن؛ لأن تصحيح تصرفه يفضي إلى ضياع ماله، وفيه ضرر عليه، ومن دفع إليه ماله ببيع أو قرض رجع فيه ما كان باقياً؛ لأنه عين ماله، وإن أتلفه أو تلف في يديه بتعدٍ أو تفريط أو لا، فلا يضمنه هو،

---

[1] محمد عليش، شرح منح الجليل، ج.6، المرجع السابق، ص.ص.92-93.

[2] الهيتمي، وآخرون، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج.5، المرجع السابق، ص.ص.160-162.

[3] شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، على متن منهاج الطالبين، تحقيق: محمد خليل عيتاني، ج.2، ط.1، دار المعرفة، لبنان، 1418هـ، 1997م، ص.215.

بل كان من ضمان مالكه؛ لأنه سلطه عليه برضاه، وسواء علم بالحجر أم لم يعلم لتفريطه، وإن ارتكب جناية على نفس أو طرف أو جرح فعليه أرش الجناية بدون نزاع؛ لأنه لا تفريط من المجني عليه، والدية على العاقلة مع الجنون بشرطه. ويضمن ما لم يدفع إليه إذا أتلفه؛ لأنه لا تفريط من المالك، والإتلاف يستوي فيه الأهل وغيره، ومن أعطى المجنون مالاً بغير إذن وليّه ضمنه؛ أي صار في ضمان آخذه، لتعديه بقبضه ممن لا يصح من الدفع، حتى يأخذه وليّه؛ أي وليّ الدافع[1].

وعليه، يمكن القول إن فقهاء المذهب الحنفي، والمالكي، والشافعي، اتفقوا على تقسيم تصرفات المجنون حسب الحالة التي يكون عليها، من جنون مطبق وجنون غير مطبق، فأعطوه حكم الصبي غير المميز في الأولى، وحكم الصبي المميز في الثانية، بينما اكتفى فقهاء المذهب الحنبلي بالحديث عن تصرفات المجنون التي تكون بدون إذنٍ، وأقروا بعدم صحتها.

هذا، وقد سارت نصوص مجلة الأحكام العدلية مع أقوال جمهور الفقهاء في حكم تصرفات المجنون، وذكرتها بموجب المادتين 979 و980 منها[2].

2- حكم تصرفات المعتوه: لقد فصل مذهب الحنفية في مسألة تصرفات المعتوه، وألحقوه بالمجنون حالة إفاقته، ومن ثم، فهو كالصبي العاقل[3]؛ بمعنى أن تصرفاته الصادرة منه عند إفاقته إذا أجازها الوليّ جازت، وأضافوا القول، بأنه إذا كان لوقت إفاقته وقت معلوم، وعقد في ذلك الوقت، فالحكم فيه النفاذ، أما إذا لم يكن لوقت إفاقته وقت معلوم وعقد فيه، فالحكم فيه الوقف كالصبي. وللولي الخيار؛ فما كان فيه نفع يشوبه ضرر كالبيع، والشراء، والاستئجار، والإجارة، والرهن، والارتهان، والإقراض، والاستقراض، فهو موقوف على إجازة الولي، وقال زفر لا يصح إقراره، كما قد اختلف بشأن وجوب العبادات على المعتوه؛ فذهب أبو زيد إلى وجوبها، في حين مال البزدوني إلى سقوطها عنه[4].

والمعتوه المأذون تسمع عليه البينة فيما كان من ضمان التجارة، وإن كان الآذن غائباً، ولو شهدوا عليه بأن قتل عمداً أو قذف أو شرب خمراً، ففي القذف والشرب والزنا لا تقبل شهادتهم

---

[1] يراجع: المرداوي، الإنصاف، ج.5، المرجع السابق، ص.ص.318-320؛ البهوتي، كشاف القناع، ج.3، المرجع السابق، ص.ص.442-443.

[2] ورد نص المادتين 979 و980 على التوالي كما يلي: المادة 979: *"المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز"*، والمادة 980: *"تصرفات المجنون غير المطبق في حالة إفاقته كتصرف العاقل"*.

[3] برهان الدين أبو الحسن على بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى، مع شرح العلامة عبد الحي اللكنوي، تحقيق: نعيم أشرف نور محمد، ج.6، ط.1، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، 1417هـ، ص.432.

[4] الزيلعي، تبيين الحقائق، ج.5، المرجع السابق، ص.ص.191-192.

وإن كان الآذن حاضراً، وفي القتل إن كان الآذن حاضراً تقبل شهادتهم ويقضى بالدية على العاقلة، وإن كان غائباً لا تقبل. وإن كان الشهود شهدوا على إقرار المعتوه لا تقبل شهادتهم؛ سواء كان الآذن حاضراً، أم غائباً[1].

ويلاحظ على قول الحنفية أنهم جعلوا المعتوه في مرتبة الصغير المميز[2]، يأخذ حكم تصرفاته، إذا كان جنونه متقطعاً، مما يفهم أنه في حالة جنونه المستمر يأخذ حكم الصبي غير المميز، وهو ما ورد في المادتين 176 و177 من مرشد الحيران، ذكر فيهما حكم تصرفات المعتوه حسب درجة النفع، والضرر[3].

أما جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة حسب ما ذكر في كتبهم[4]، فإنهم يلحقون المعتوه بالمجنون، ويرون بطلان تصرفاته، ولا يقرون جواز الإذن له بالتصرف[5].

3- حكم تصرفات السفيه: عمد فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تقسيم تصرفات السفيه إلى صنفين بالنظر لوجود الإذن من عدمه، وخصوا كل نوع؛ سواء تصرفاته التي تكون قبل الإذن، أم تصرفاته التي تكون بعد الإذن له، بحكم حسب نوع التصرف الذي يقوم به.

أ- حكم التصرفات التي تكون قبل الإذن: إن تصرفات السفيه التي تكون قبل الإذن هي على نوعين؛ تصرفات تحتمل الفسخ ويؤثر فيها الهزل[6]؛ أي التي يمكن نقضها، وتصرفات لا تحتمل

---

(1) الأوزجندي فخر الدين حسن بن منصور، الفتاوى العالمكيرية المعرفة بالفتاوى الهندية، وبهامشه فتاوى قاضي خان والفتاوى البزازية، ج.5، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، 1310هـ، ص.102.

(2) هو الحكم ذاته الذي نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة 978.

(3) نصت المادتان 176 و177 من مرشد الحيران، بشكل متتالٍ على ما يلي: المادة 176: *"إذا كان المحجور عليه صبياً مميزاً أو معتوهاً كبيراً تصح تصرفاته وعقوده التي تكون نافعة له نفعاً محضاً وتنفذ، ولو لم يجزها الولي أو الوصي، وأما تصرفاته وعقوده المضرة بمصلحته ضرراً محضاً فهي كتصرفات الصبي غير المميز وعقوده لا تصح أصلاً ولو أجازها الولي أو الوصي"*؛ والمادة 177: *"المحجور عليه سواء كان صبياً مميزاً أو كبيراً ذا عته أو رقيقاً إذا عقد عقداً من العقود الدائرة بين النفع والضرر التي لا يشترط البلوغ لصحة انعقادها فلا ينفذ عقده ولا يترتب عليه حكم إلاّ إذا أجازه الولي أو الوصي أو المولى إجازة معتبرة، فإن أجازه جاز ونفذت أحكامه، وإن لم يجزه أو أجازه وكان فيه ضرر كأن كان فيه غبن فاحش زيادةً أو نقصاً فلا يجوز ولا ينفذ أصلاً"*.

(4) يراجع: الدردير، الشرح الصغير، ج.2، المرجع السابق، ص.275؛ أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزاباذي الشيرازي، التنبيه في الفقه الشافعي، تحقيق: مركز الخدمات والأبحاث الثقافية، ط.1، عالم الكتب، لبنان، 1403هـ، 1983م، ص.157؛ ابن قدامة، المغني، ج.9، المرجع السابق، ص.ص.415-416.

(5) محمد عبد الرحيم بن الشيخ محمد علي، أحكام إذن الإنسان في الفقه الإسلامي، ج.1، المرجع السابق، ص.249.

(6) الهزل لغة: نقيض الجِد، وقد هزل في الأمر كضَرَب وفَرِح، وهزل في اللعب هزلاً، ورجل هزيل: كثير الهَزَل، وأهزَله: وجده لعاباً، وقول هَزْلٌ: هُذاءٌ، وفي التنزيل: ﴿وَمَا هُوَ بِالْهَزْلِ﴾؛ القرآن الكريم، سورة الطارق، الآية رقم 14؛ أي ليس بهذيان، وما هو باللعب، وفلان يهزل في كلامه: إن لم يكن جاداً. واصطلاحاً قيل بأنه يراد بالشيء ما لم يوضع له. يراجع: أبو الحسن علي بن إسماعيل بن

الفسخ ولا يؤثر فيها الهزل؛ أي التي لا يمكن نقضها[1]، ونبين فيما يلي ما ورد من أقوال الفقهاء في المسألة كما يلي:

انقسم فقهاء الحنفية بشأن تصرفات السفيه قبل الإذن إلى موقفين، أولهما، لأبي يوسف ومحمد؛ حيث قالا إن التصرفات التي تحتمل الفسخ ويؤثر فيها الهزل؛ يؤثر فيها الحجر؛ لأن السفيه في معنى الهازل، من حيث إن الهازل يخرج كلامه على غير نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى، ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله[2].

وتنقسم تصرفاته إلى ثلاثة أقسام: تصرفات مالية نافعة نفعاً محضاً، كقبول الهبة، والصدقة؛ حيث يترتب عليها اغتناء السفيه، ولهذا فإنها تعتبر صحيحة نافذة ولا تتوقف على إجازة الولي؛ لأنها محض منفعة له، ولا يجوز للولي أن يرفضها. وتصرفات مالية ضارة ضرراً محضاً؛ كالوقف، والهبة بدون عوض، والإبراء من الدين، فالسفيه لا يستطيع مباشرتها؛ لما فيها من ضرر محقق من غير احتمال النفع[3]. كما أن إقراض السفيه واستقراضه ضار، لا يجوز، فلو أقرض أحد فما بقي عينه فلمالكه أن يسترده اتفاقاً[4]، ولو لم يبق لا يضمن مطلقاً عند أبي حنيفة، غير أنه لو استقرض السفيه مالاً ليعطي صداق المرأة، صح استقراضه، وإن لم يعط المرأة وصرف المال في حوائجه لا يؤاخذ به لا في الحال ولا في البلوغ، ويؤاخذ على أفعاله؛ فيضمن ما أتلفه من المال، وإذا قتل فالدية على عاقلته إلاّ في مسائل، مثلاً لو ألتف ما أقرضه وما أودع عنده بلا إذن وليّه، وما أعير له وما بيع منه بلا إذن، ويستثنى من إيداعه ما إذا أودع محجوراً مثله وهي ملك غيره، فللمالك تضمين الدافع أو الآخذ، ولو

سيده المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، ج.4، (ح، هـ، خ)، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1421هـ، 2000م، ص.232؛ الزبيدي، تاج العروس، ج.31، المرجع السابق، ص.ص.131-132؛ البخاري، كشف الأسرار، ج.4، المرجع السابق، ص.357.

[1] عبد الله بن فخري بن محمود أنصاري، أحكام الهزل في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية أصولية موازنة، رسالة ماجستير، فرع الفقه والأصول، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1417هـ، ص.270.

[2] يراجع: المرغيناني، الهداية، ج.6، المرجع السابق، ص.441؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج.5، المرجع السابق، ص.196.

[3] عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، مصر، 1388هـ، 1968م، ص.ص.303-304.

[4] أشارت المجلة في المادة 996 أنه إذا استقرض السفيه دراهم وصرفها في نفقته بالمعروف ردت من ماله، وأما إذا صرفها بشكل زائد، فالحاكم يؤدي مقدار نفقته، ويبطل الزائد.

شهد الشهود عليه بغصب أو إتلاف وديعة؛ إن شهدوا بمعاينة ذلك لا بإقرار تقبل الشهادة عليه، ويقضى بالغصب إذا حضر المولى[1].

وأضافوا القول بأن وصيته باطلة قياساً على تبرعاته الأخرى، غير أنه يستحسن منها ما كان موافقاً للحق وما تقرب به إلى الله تعالى، والوصايا لأهل الخير والصلاح كالوصية بالحج أو للمساكين، أو بشيء من أنواع البرّ، كبناء المساجد، والأوقاف، وما يكون في غير وجه الفسق جائز، وذلك في حدود الثلث، وأما إذا أوصى بما ينفره المسلمون فلا ينفذ[2].

وأما القسم الثالث فهو التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، كالبيع، والشراء، والإجارة ونحوها، فتنعقد موقوفة على إجازة وليّه؛ فإن أجازها جازت، وإن ردها بطلت.

وأما الرأي الثاني، فهو لأبي حنيفة، إذ ذهب إلى القول بأن تصرفات السفيه حالها حال تصرفات الرشيد؛ لأنه ليس بمحجور عليه في التصرفات، حيث ينفذ تصرفه حتى ولو تصرَّف بعد ما بلغ سفيهاً، ومنع عنه ماله، نفذ تصرفه كما ينفذ بعد أن دفع المال إليه[3].

وتجب عليه نفقة أولاده وزوجته، ومن تجب عليه نفقته من ذوي أرحامه[4]، وتخرج زكاة ماله؛ لأن السفه لا يبطل حقوق الناس. وتصح منه عباداته، ومنها الحج المفروض عليه؛ فإن أراد حجة الإسلام لا يمنع منها، لأنها واجبة بإيجاب الله تعالى ابتداء وليس له فيها صنع، وفي الفرائض هو ملحق بالمصلح، إذ لا تهمة فيه، لكن لا يسلم القاضي النفقة إليه، وإنما يسلمها إلى ثقة من الحجاج، ينفقها عليه في طريق الحج، كي لا يتلفها في غير الحج[5].

هذا، وقد ذكر حكم تصرفات السفيه بموجب المادة 179 الفقرة 1 من كتاب مرشد الحيران[6]، حيث بينت بأنه يأخذ حكم الصبي المميز في التصرفات التي تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل، فلا تنفذ عقوده إلاّ إذا أجازها القاضي. وهو الحكم ذاته الذي أخذت به مجلة الأحكام

---

[1] أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبو حنيفة النعمان، تحقيق: محمد أحمد سراج، على جمعة محمد، م.2، ط.1، دار السلام، مصر، 1420هـ، 1999م، ص.ص.876-877.

[2] يراجع: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج.5، المرجع السابق، ص.198؛ السرخسي، المبسوط، ج.24، المرجع السابق، ص.168.

[3] الكاساني، البدائع، ج.10، المرجع السابق، ص.89.

[4] وهو ما ذكرته المجلة في المادة 992 بالقول إنه ينفق على السفيه المحجور ومن لزمته نفقته من ماله.

[5] يراجع: الزحيلي، موسوعة الفقه، ج.5، المرجع السابق، ص.319؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج.5، المرجع السابق، ص.197.

[6] ورد نص المادة 1/179 على النحو الآتي: *"المحجور عليه حجراً قضائيا بسفه وسوء تصرف في ماله حكمه حكم الصبي المميز في التصرفات التي تحتمل الفسخ، ويبطلها الهزل كالبيع والإجارة ونحوهما، فلا تنفذ عقوده إلاّ إذا أجازها القاضي فإن أجازها نفذت وإن ردها بطلت"*.

العدلية بموجب المادة 990 منها، من ناحية اعتبار تصرفات السفيه كتصرفات الصغير، دون بيان ما إذا ما كان يؤثر فيها الفسخ، أو تبطل بالهزل.

وأما فقهاء المالكية، فقالوا بأنه إذا تصرف السفيه؛ سواء كان ذكراً أم أنثى، من غير إذن وليّه، بمعاوضة كبيع، وشراء، أو بغير معاوضة كالهبة، والعتق، فللوليّ رده، وإذا ردّ الوليّ البيع، فالثمن الذي أخذه السفيه يؤخذ من ماله، إذا لم يكن قد أنفقه على شهواته، فإن لم يكن له مال اتبع به في ذمته، فإن أنفقه في شهواته، فلا خلاف أنه لا يتبع بشيء من الثمن، وإذا تصرف السفيه البالغ المهمل في نكاح أو زواج، ولم يعلم به الولي حتى رشد المحجور، فإنه ماضٍ. وصحت وصيته إن لم يكن متناقضاً فيها؛ سواء كانت لفقير أم لغني، أو كان الموصى له صالحاً أو فاسقاً، كانت صحيحة، أما إذا تناقض فيها كأن يقول: أوصيت لزيد بدينار، أو أوصيت لزيد بدينارين، كانت باطلة ولو كان الموصى له فقيراً، أو أوصى بغيرها، كإيصائه لأهل المعاصي أو للأغنياء، كانت باطلة[1].

وهناك من ذكر بصيغة عامة أن أفعال السفيه نافذة ما لم يحجر عليه، دون بيان لهذه الأفعال، وقال ابن الماجشون: إنَّما تجوز أفعاله إذا كان رشيداً ثم سَفِه، بخلاف من بلغ سفيهاً، وأفعال السفيه المهمل نافذة عند غير ابن القاسم حتى يحجر عليه[2].

وأما الشافعية فذهبوا إلى القول بأن السفيه لا تصح منه العقود التي هي مظنة الضرر المالي، كالبيع، والشراء، والإعتاق، والكتابة، والهبة، والنكاح، وسواء اشترى بعين أم في الذمة، وإذا باع وأقبض استرد من المشتري، فإن تلف في يده ضمن، ولو اشترى وقبض أو استقرض فتلف المأخوذ في يده أو أتلفه فلا ضمان؛ لأنه الذي أقبضه هو المضيع، ويسترد وليّه الثمن إن كان أقبضه، وسواء كان من عامله عالماً بحاله، أم جاهلاً لتقصيره بالبحث عن حاله[3].

ويصح نكاح السفيه عندهم بإذن الولي، ولا تصح تصرفاته المالية في أظهر الوجهين، ولا يقبل إقراره بالديون؛ سواء أسنده إلى ما قبل الحجر أم بعده[4]، ويقبل إقراره بما يوجب الحد والقصاص، وحكمه في العبادات حكم الرشيد، لكنه لا يفرق الزكاة بنفسه، وإذا أحرم بالحجة المفروضة، فيسلم

---

[1] يراجع: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج.3، المرجع السابق، ص.ص.294-296؛ الدردير، الشرح الصغير، ج.3، المرجع السابق، ص.ص.384-385.

[2] محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، تحقيق: ماجد الحموي، ط.1، دار ابن حزم، لبنان، 1434هـ، 2013م، ص.530.

[3] النووي، روضة الطالبين، ج.4، المرجع السابق، ص.ص.183-184.

[4] وهو الحكم الذي أخذت به المادة 994 من المجلة؛ فنصت بعدم صحة إقرار السفيه بدينٍ لآخر؛ سواء كان قبل الحجر أم بعده.

الوليّ ما يحتاج إليه إلى ثقة لينفق عليه في الطريق، وإن أحرم بحج التطوع وزاد ما يحتاج إليه في السفر على نفقة المعهودة، فللوليّ منعه، والأصح كالمحصر فيتحلل[1].

وإن حلف انعقدت يمينه، فإن حنث كفّر بالصوم؛ لأنه مكلف ممنوع من التصرف بالمال، فصحت يمينه وكفّر بالصوم كالعبد، وإن أقر بنسب ثبت النسب؛ لأنه حق ليس بمال فقبل إقراره به كالحد، وينفق على الولد من بيت المال؛ لأن المقر محجور عليه في المال، فلا ينفق عليه من ماله. وإن وجب له القصاص فله أن يقتص ويعفو؛ لأن القصد منه التشفي ودرك الغيظ، فإن عفا على مال وجب المال، وإن عفا مطلقاً أو عفا على غير مال، فهنا القتل يوجب أحد الأمرين من القصاص أو الدية، وجبت الدية ولم يصح عفوه عنها، أو إنه لا يوجب غير القصاص سقط ولم يجب المال[2].

أما فقهاء الحنابلة فذهبوا في رواية لهم إلى القول بعدم صحة تصرفات السفيه، كالبيع والشراء؛ لأن الحجر عليه لتبذيره وسوء تصرفه، فإذا أذن له، فقد أذن فيما لا مصلحة له، فلم يصح، كما لو أذن في بيع ما يساوي عشرةً بخمسةٍ[3]، ولا تصح شركته، ولا حوالته، ولا الحوالة عليه، ولا ضمانه لغيره، ولا كفالته ببدن إنسان؛ لأن ذلك تصرف مالي، ولا هبته، ولا وقفه؛ لأنه تبرع وليس من أهله، غير أنه إذا كان الوقف معلقاً بموته، فالظاهر صحته؛ لأنه وصية[4].

ولا يصح تزوجه في أحد القولين بدون إذن وليّه إن كان غير محتاج إليه؛ لأنه تصرف يجب به مال، فلم يصح بغير إذن وليّه كالشراء[5]، ويصح خلعه، كطلاقه، وظهاره، ولعانه، وإيلائه، لكن لا يقبض العوض، فإن قبضه لم يصح قبضه على الصحيح من المذهب، وقال القاضي محمد بن الحسين بصحته، ولو أتلف لم يضمن، ولا تبرأ المرأة بدفعها إليه، وإن أقر بحد أو قصاص صح وأخذ به؛ إذا أقر بحدٍ استوفى منه بلا نزاع، وإن أقر بقصاص فطلب إقامته، كان لربه استيفاء ذلك بلا

---

[1] عبد الكريم بن محمد القزويني، المحرر في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1426هـ، 2005م، ص.ص.180-181.

[2] الشيرازي، المهذب، ج.3، المرجع السابق، ص.286.

[3] ابن قدامة، المغني، ج.6، المرجع السابق، ص.ص.616-617.

[4] البهوتي، كشاف القناع، ج.3، المرجع السابق، ص.ص.453-454.

[5] ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج.4، المرجع السابق، ص.223.

نزاع، لكن لو عفا على مال احتمل أن يجب، واحتمل أن لا يجب، لكي لا يتخذ ذلك وسيلة إلى الإقرار بالمال، وقاعدة المذهب سد الذرائع[1]، وهو الصواب[2].

ويصح منه نذر كل عبادة بدنية من حج وغيره، كصوم وصلاة؛ لأنه غير محجور عليه في بدنه في أحد القولين، وفي القول الآخر لا نذر في عبادة مالية كصدقة وأضحية؛ لأنه تصرف في المال، وإن أحرم السفيه بحج فرض صح إحرامه به كسائر عباداته، والنفقة من ماله تدفع إلى ثقة ينفق عليه في الطريق حتى يعود، وإن كان الحج الذي أحرم به تطوعاً وكانت نفقته في السفر كنفقته في الحضر، أو كانت نفقته في السفر أزيد لكن يكتسب السفيه الزائد في سفره، لم يمنعه وليّه من إتمام الحج؛ لأنه وجب بالشروع[3].

وأما إذا كانت نفقة السفر أزيد ولم يكتسبها، فللولي تحليله من الإحرام بحج النفل؛ لما عليه من الضرر فيه، ويتحلل السفيه بصيام عشرة أيام كالمعسر إذا أحصر، وإن حنث في يمينه، أو عاد في ظهاره، أو لزمته كفارة بالقتل أو الوطء في نهار رمضان، كفَّر بالصيام لذلك. وإذا أقر بنسب ولدٍ، قبل منه؛ لأنه ليس بإقرار بمالٍ، ولا تصرف فيه، فقبل، كإقراره بالحدّ والطلاق، وإذا ثبت النسب لزمته أحكامه، من النفقة وغيرها؛ لأن ذلك حصل ضمناً لما حصل منه، فأشبه نفقة الزوجة[4]. وهو ما أخذت به المجلة في المادة 992 السالف الإشارة إليها.

ب- حكم تصرفات السفيه بعد الإذن: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، وفي أصح القولين عند الشافعية بشرط أن يعين التصرف والعوض، وعند أكثر الحنابلة، إلى القول بجواز تصرفات السفيه التي يأذن له فيها الولي[5]. في حين قال التوجه الثاني عند الشافعية في أصح

---

[1] الذريعة هي: الوسيلة؛ أي ما يتقرب به إلى الغير، وسد الذريعة يعني حسم وسائل الفساد. يراجع: البركتي، التعريفات الفقهية، المرجع السابق، ص.99؛ محمد هشام البرهاني، سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، المطبعة العلمية، سوريا، 1995م، ص.81.

[2] المرداوي، الإنصاف، ج5، المرجع السابق، ص.ص.336-337.

[3] البهوتي، كشاف القناع، ج.3، المرجع السابق، ص.454.

[4] ابن قدامة، المغني، ج.6، المرجع السابق، ص.ص.614-615.

[5] يراجع: السرخسي، المبسوط، ج.24، المرجع السابق، ص.175؛ الدردير، الشرح الصغير، ج.3، المرجع السابق، ص.384؛ النووي، روضة الطالبين، ج.4، المرجع السابق، ص.184؛ ابن قدامة، المغني، ج.6، المرجع السابق، ص.616؛ محمد عبد الرحيم بن الشيخ محمد علي، أحكام إذن الإنسان في الفقه الإسلامي، ج.1، المرجع السابق، ص.ص.267-268.

قوليهما، وفي رواية عند الحنابلة بعدم صحة تصرفات السفيه وإن أذن له وليّه؛ سواء كان الإذن مطلقاً، أم مقيداً[1].

وبعد هذا العرض لحكم تصرفات السفيه قبل الإذن وبعده، يمكن تلخيص أقوال الفقهاء الأربعة في النقاط الآتية:

– لا خلاف بين الفقهاء في جواز التصرفات المالية النافعة نفعاً محضاً للسفيه؛ كونها تؤدي إلى إثراء ذمته المالية.

– الاتفاق وبالإجماع على عدم صحة التصرفات الضارة ضرراً محضاً التي يقوم بها السفيه؛ لأنها تؤدي إلى افتقار ذمته المالية.

– اختلف الفقهاء بشأن تصرفات السفيه المترددة بين النفع والضرر على ثلاثة توجهات: توجه يرى نفاذها وهو قول أبي حنيفة، وتوجه آخر جعلها موقوفة، وهو رأي أبي يوسف ومحمد من الحنفية، والمالكية[2]، والتوجه الثالث جعلها باطلة وهو قول الشافعية والحنابلة.

– اختلف الفقهاء بشأن تصرفات السفيه التي تكون بعد الإذن على قولين: أحدهما للجمهور، حيث قال بجوازها، وثانيهما، رأى عدم صحتها وهو في رواية عند كل من الشافعية والحنابلة.

هذا فيما يتعلق بتصرفات السفيه التي تحتمل الفسخ ويؤثر فيها الهزل، أما بشأن النوع الثاني؛ أي التصرفات التي لا تحتمل الفسخ ولا يؤثر فيها الهزل، فالأمر يتعلق بنكاح السفيه، وطلاقه، وعتقه[3]. وسنبين كل تصرف حسب ما ذهب إليه الفقه.

– نكاح السفيه: اختلف فقهاء المذاهب الأربعة بشأن مسألة نكاح السفيه؛ فهناك من قال بنفاذه وهو توجه كل من الحنفية، وقول للحنابلة، واعتبروا أن نكاحه صحيح؛ لأنه لا يؤثر فيه الهزل[4]. في حين ذهب المالكية إلى القول بأن نكاحه موقوف على نظر وليّه، إن كان له وليّاً، فإن رأى أن يجيزه

---

[1] يراجع: النووي، روضة الطالبين، ج.4، المرجع السابق، ص.184؛ الرملي، وآخرون، نهاية المحتاج، ج.4، المرجع السابق، ص.357؛ ابن قدامة، المغني، ج.6، المرجع السابق، ص.617؛ محمد عبد الرحيم بن الشيخ محمد علي، أحكام إذن الإنسان في الفقه الإسلامي، ج.1، المرجع السابق، ص.269.

[2] وهو الموقف الذي أخذت به المجلة، وأقرت بعدم نفاذ بيع السفيه، وجعلته موقوفاً، ولكن لنظر الحاكم وليس لنظر الولي؛ حيث أجازت بيع السفيه المحجور إذا رأى فيه الحاكم منفعة له، وهو ما ورد في المادة 993 منها.

[3] نص المذهب الحنفي على حكم تصرفات السفيه التي لا تحتمل الفسخ ولا يؤثر فيها الهزل في المادة 2/179 من كتاب مرشد الحيران، وأقر بصحتها.

[4] يراجع: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي، محمد بن علي بن محمد الحصكفي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ومعه الدر المنتقى، تحقيق: خليل عمران المنصور، ج.4، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1419هـ، 1998م، ص.54؛ ابن قدامة، المغني، ج.6، المرجع السابق، ص.614.

أجازه، وإن رأى أن يرده رده بوجه النظر له والاجتهاد[1]. أما الشافعية فقالوا بأنه إن تزوج السفيه بغير إذن وليّه، فنكاحه باطل؛ لأنه يجب به المال، فإذا صححنا من غير إذن الولي تزوج من غير حاجة، فيؤدي إلى إتلاف المال، فإن تزوج بإذنه صح؛ لأن الولي لا يأذن إلاّ في موضع الحاجة، فلا يؤدي إلى إتلاف ماله[2]. وعلى الصحيح في المذهب الحنبلي للولي تزويج السفيه بغير إذنه إذا كان محتاجاً إليه، فإن لم يكن كذلك، فلا يصح[3].

– **طلاق السفيه:** اتفق الفقهاء على أن السفيه إذا طلق فإن طلاقه نافذ[4]، إلاّ عطاء بن أبي رباح[5]، وابن أبي ليلى الأنصاري فانفردا بالقول بعدم جواز طلاقه[6].

– **عتق السفيه:** اختلف الفقهاء كذلك بشأن عتق السفيه، فذهب كل من الحنفية، وفي إحدى الروايتين عن الحنابلة إلى القول بأن عتقه نافذٌ مطلقاً[7]، في حين ذهب كل من المالكية، والشافعية، وفي الرواية الثانية عند الحنابلة بالقول إن عتق السفيه باطل مطلقاً[8].

4– حكم تصرفات ذي الغفلة: ذهب كل من أبي يوسف، ومحمد من المذهب الحنفي، ومالك، والشافعي، وأحمد، إلى القول بضرورة إلحاق ذي الغفلة بالسفيه من حيث الحجر عليه، ومن ثم، الحكم على تصرفاته، وخالفهم الإمام أبو حنيفة فذهب إلى القول بعدم الحجر عليه، كما لم يوجب الحجر على السفيه، وبناءً على هذا، فقد اختلفوا بشأن تصرفاته وعقوده، فيرى الجمهور أن تصرفات ذي الغفلة تلحق بتصرفات السفيه، وعلى قولهم تنفذ تصرفاته النافعة فقط، وتبطل الضارة

---

[1] القرطبي، المقدمات الممهدات، المرجع السابق، ص.357.

[2] الشيرازي، المهذب، ج3، المرجع السابق، ص.285.

[3] المرداوي، الإنصاف، ج.5، المرجع السابق، ص.334.

[4] يراجع: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج.5، المرجع السابق، ص.195؛ القرطبي، المقدمات الممهدات، المرجع السابق، ص.356؛ النووي، روضة الطالبين، ج.4، المرجع السابق، ص.185؛ المرداوي، الإنصاف، ج.5، المرجع السابق، ص.336.

[5] يراجع: أبو بكر محمد بن إبراهيم المنذر النيسابوري، الإجماع، تحقيق: أبو حامد صغير أحمد بن محمد حنيف، رقم الانفراد: 55، ط.2، مكتبة الفرقان، مكتبة مكة الثقافية، الإمارات، 1420هـ، 1999م، ص.114.

[6] ابن قدامة، المغني، ج.6، المرجع السابق، ص.612.

[7] يراجع: المرغيناني، الهداية، ج.6، المرجع السابق، ص.441؛ ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج.4، المرجع السابق، ص.224.

[8] يراجع: القرطبي، المقدمات الممهدات، المرجع السابق، ص.357؛ النووي، روضة الطالبين، ج.4، المرجع السابق، ص.183.

به، وتتوقف على الإجازة تصرفاته وعقوده الدائرة بين النفع والضرر[1]، أما أبو حنيفة فيرى نفاذ جميع عقود وتصرفات ذي الغفلة مهما كان نوعها؛ لأنه لا يرى الحجر عليه [2].

وما يمكن قوله على توجه الفقهاء في قياس تصرفات ذي الغفلة على تصرفات السفيه، إنه قياس مع الفارق[3]؛ وذلك لعدم اتحاد المقيس؛ أي ذي الغفلة والمقيس عليه؛ أي السفيه؛ وذلك لأن سبب موضوع السفه تقديري وغير منضبط، ويعتمد على إساءة الحق، والإنفاق في غير موضعه، وينتج عنه عدم الاتزان في التصرفات المالية، فينفق أمواله في غير الطريق الشرعي، بينما الغفلة هي من صور ضعف بعض الملكات النفسية التي لا تخل بالعقل، ولكنها تؤثر في سلامة التقدير، وحسن الرأي، وإدراك المصلحة في التصرفات الرابحة، فيغبن في المعاوضات لسهولة خداعه، وقلة خبرته في المعاملات، وعدم معرفته بالنافع والضار[4]، فيقدم على المعاملات دون معرفة التصرف الرابح منها والتصرف الخاسر، وهذا بلا شك يهدد ماله ويجعله على خطر الضياع[5].

ثانيا– حكم تصرفات القاصر الذي يوجد مانع بأهليته: بينا سابقاً أن موانع الأهلية تتمثل في الموانع المادية، والموانع الطبيعة، والموانع القانونية، ولهذا سنبين حكم تصرفات القاصر حسب نوع المانع الذي يحول دون تصرفه في ماله، كالتالي:

1– الموانع المادية: سنحاول بيان مانع الفقد، ومانع الغيبة في النقاط الآتية:

أ– التصرف في أموال المفقود: قد يحدث وأن يترك المفقود وراءه أموالاً على اختلاف أنواعها، بحوزة أهله، أو الشخص الذي يوكله على التصرف فيها، كون أن المفقود عاجز عن ذلك، ولأجل حماية أمواله، فقد درس الفقهاء بعض المسائل المتعلقة به، نبينها فيما يلي:

---

[1] رباحي أحمد، حكم التصرفات القانونية لناقص الأهلية، "دراسة مقارنة في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، ع.5، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سعيدة، الجزائر، ديسمبر 2015م، ص.39.

[2] أحمد أبو الفتح، كتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، ج.1، مطبعة البوسفور، مصر، 1332هـ، 1913م، ص.147.

[3] آباي محمد محمود، القواعد الأصولية المتعلقة بالمعاملات المالية في فتاوى الشبكة الإسلامية، رسالة دكتوراه في أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، ماليزيا، 2012م، 2013م، ص.151.

[4] محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، نظرية المؤيدات التأديبية (الحدود، القصاص، التعزير)، نظرية المؤيدات المدنية (البطلان، الفساد)، نظرية الأهلية والولاية، نظرية العرف، القواعد الفقهية، ط.1، دار القلم، الدار الشامية، سوريا، لبنان، 1414هـ، 1993م، ص.ص.152-154.

[5] رباحي أحمد، حكم التصرفات القانونية لناقص الأهلية، المرجع السابق، ص.39.

أ–1– حالة تعيين وكيل على أموال المفقود: الوكالة هي إقامة الشخص غيره مقام نفسه في تصرف مملوك له، معلوم قابل للنيابة، فإذا قبل الآخر صار وكيلاً[1]، فإذا كان المفقود قد أقام وكيلاً عنه قبل غيابه في حفظ أمواله وإدارة شؤونها، فإن الوكيل وفي حدود وكالته، هو الذي يقوم بما وُكل إليه[2]؛ لأن الوكيل لا يعزل بفقد الموكل، فيحفظ ماله ويقوم عليه[3].

كما أضاف فقهاء الحنفية القول بشأن تصرفات الوكيل في مال المفقود، أنه لا يمكنه تجاوز حدود الوكالة إلى التصرف؛ حيث أنه وكل لحفظ ماله، وليس بالتصرف فيه، فلو أن رجلاً غاب وجعل داره في يد رجلٍ ليعمرها أو دفع ماله لحفظه، فله حفظه وليس تعميره إلاّ بإذن الحاكم، وعللوا قولهم هذا بأنه قد يكون الموكل قد مات، والوكيل لا يكون وصياً[4]. كما أن هذا الوكيل ليس يخصم فيما يدعي على المفقود من دين، ووديعة، وشركة في عقار أو رقيق ونحوه؛ لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه، وإنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي، وأنه لا يملك الخصومة، ولو ملكها لا تنفذ[5].

وله أن يبيع ما يتسارع إليه الفساد ويحفظ ثمنه، وينفق على زوجته من ماله، إن كان عالماً بالزوجية؛ لأن الإنفاق عليها إحياء لها فكان من باب حفظ ملك الغائب عليه عند عجزه، وينفق على أولاده الصغار؛ ذكوراً وإناثاً، وعلى والديه[6].

أ– 2– حالة ترك مال المفقود وديعة عند شخص أمين: الوديعة هي عقد تبرع بحفظ مال غيره بدون تصرف[7]، ولذا فإن حفظ الوديعة موكول إلى الوديع، يجب عليه الوفاء بها، غير أنه قد تطرأ بعض الأمور خلال مدة غياب المفقود، كأن تحتاج الوديعة إلى مؤونة أو نفقة لحفظها، وقد يرغب الوديع بالتخلص من الوديعة ودفعها إلى غيره لعجزه عن حفظها أو لطول مدة بقائها عنده، وقد يحكم بموت المفقود وليس ثمة وارث له، وهنا يثور التساؤل عن مصير الوديعة؟ يرى الفقه أن

---

(1) حماد بن عبد الله الحماد، عقد الوكالة في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في كتابات العدل بالمملكة العربية السعودية، مجلة العدل، ع.23، وزارة العدل، السعودية، رجب 1425هـ، ص.133.

(2) عبد المنعم فارس سقا، أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، في أصول الفقه، كلية الشريعة، جامعة دمشق، سوريا، 1425هـ، 2004م، ص.419.

(3) ابن عابدين، رد المحتار، ج.6، المرجع السابق، ص.457.

(4) ابن نجيم، البحر الرائق، ج.5، المرجع السابق، ص.274.

(5) ابن عابدين، رد المحتار، ج.6، المرجع السابق، ص.458.

(6) يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 1424هـ، 2003م، ص.131.

(7) عبد الله حسين الموجان، أحكام الوديعة في الشريعة الإسلامية، ط.1، شركة كنوز المعرفة، السعودية، 1422هـ، 2001م، ص.7.

وديعة المفقود إذا احتاجت إلى النفقة، كأن كانت حيواناً مثلاً أو بضاعة تحتاج إلى مواد حافظة وغير ذلك، ولم يترك المفقود ما يكفي للإنفاق عليها، فالأصل أن المودع غير ملزم بالإنفاق لحفظها، غير أنه إذا قام بذلك بدون إذن القاضي[1]، فهذه الحالة اختلف الفقهاء بشأنها؛ فذهب كل من الحنفية، والشافعية، وفي أحد القولين عند الحنابلة إلى القول بأنه إذا أنفق المستودع من ماله بغير إذن القاضي، فهو متطوع؛ لأنه متبرع بالإنفاق على ملك الغير بغير أمره[2]. في حين ذهب الحنابلة في قولهم الثاني، بأن المودع يمكنه أن يرجع بما أنفق على صاحبها؛ لأنه مأذون عرفاً، وأشهد على الرجوع، غير أنه لم يبين متى يتم هذا الإشهاد[3].

أ– 3– حالة ذهاب المفقود وترك أمواله بدون وكيل أو أمين عنها: إذا لم يكن للمفقود وكيلاً ولا أميناً، فإن القاضي هو الذي يتولى النظر في مصالحه، حيث يقيم من يتولى النظر في أمواله ويرعى شؤونه؛ لأن القاضي نصب لتحقيق مصالح المسلمين، ومن جملتها النظر لمن عجز عن التصرف بنفسه، كالمفقود الذي يعجزه غيابه عن حفظ ماله والتصرف فيه[4].

ب– التصرف في أموال الغائب: أوكل فقهاء الشريعة الإسلامية مهمة استيفاء حقوق الغائب وأمواله؛ أي قبض الغلة، والثمار الناتجة من أمواله وكذا ما تدره من دخل وأرباح، وما ينتج عنها من مكسبٍ ونماءٍ، إضافة إلى قبض ديونه التي أقر بها غرماؤه وحل أجل الوفاء بها إلى القاضي؛ كونه يقوم مقامه[5]، حيث يتكفل بمهمة حفظ أموال الغائب، والإشراف عليها حفظاً لها من الضياع والهلاك خاصة إذا طالت غيبته، وتعذر رجوعه[6].

وكما أن القاضي مشرف على استيفاء حقوق الغائب وحفظ أمواله، يجب عليه أيضاً استيفاء حقوق الغير المترتبة في ذمة الغائب؛ كقضاء ما عليه من دين، وتسليم ما عليه من عين، والإيفاء بما يثبت عليه من حقوق للآخرين، وأموال الغير وحقوقهم على الغائب إما أن تكون ثابتة

---

[1] عبد المنعم فارس سقا، أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.414.

[2] يراجع: السرخسي، المبسوط، ج.11، ص.126؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج.3، المرجع السابق، ص.107؛ ابن قدامة، الشرح الكبير، ج.16، المرجع السابق، ص.17.

[3] ابن قدامة، الشرح الكبير، ج.16، المرجع السابق، ص.18.

[4] عبد المنعم فارس سقا، أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.421.

[5] يراجع: السرخسي، المبسوط، ج.21، المرجع السابق، ص.109؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج.2، المرجع السابق، ص.243؛ عثمان بن شطا البكري أبو بكر الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، ج.4، دار إحياء الكتب العربية، مصر، 1300هـ، ص.242؛ البهوتي، كشاف القناع، ج.4، المرجع السابق، ص.27.

[6] عبد المنعم فارس سقا، أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.230.

أو غير ثابتة، فإن كانت ثابتة تكون للقاضي كل السلطة في إيفاءها إذا ما حل أجلها وطالب صاحبها بها، وأما إذا كانت غير ثابتة فيجب على مدعي الحق أو وكيله تقديم البينة، لإثبات الحق المطالب به، حتى يحكم القاضي به[1].

أما إذا ترك الغائب ماله وديعة عند شخص ما، فالوديع يكون مقيداً بالحفظ، فإن أراد أن يودع لدى غيره، فمن الفقه من يقول بعدم جواز ذلك، وإن فعل ضمن، وهناك من يقول بجواز الأمر بشرط أن يودع عند القاضي الأمين، أما في حالة ما إذا طرأ عذر على المودع، كالمرض المخوف، أو خشي هلاك الوديعة لأسباب معينة، جاز له إيداعها عند القاضي الأمين صاحب الثقة[2].

ويلاحظ من خلال أقوال الفقهاء بشأن الموانع المادية التي تلحق بالشخص؛ سواء الفقد أو الغيبة، أنهم قد اهتموا بمسألة تسيير أمواله؛ نظراً لعجزه عن ذلك. وهذه الأموال إما أن تسير من طرف الوكيل الذي يعينه المفقود أو الغائب قبل الفقد أو الغيبة. وفي هذه الحال يلتزم الوكيل بمهمة حفظ أموال الموكل، واستئذان القاضي في التصرفات التي تستلزم الإذن، خاصة بالنسبة للأشياء التي يخاف ضياعها، وإما أن توكل مهمة تسييرها إلى الأمين، بناء على الوديعة التي تركها الشخص المفقود أو الغائب عنده لثقته به، فيحافظ على ما أودعه لديه. وفي كلاّ الحالتين السابقتين يكون الشخص المفقود أو الغائب هو من وكل أو ترك الوديعة، أما في حالة عدم قيامه بذلك، فقد أحال الفقهاء مهمة تسيير هذه الأموال والحفاظ عليها إلى القاضي؛ لأنه وليّ من لا وليّ له.

2- الموانع الطبيعية: سنتطرق لتصرفات الأعمى، وتصرفات الأخرس كالتالي:

أ- تصرفات الأعمى: اختلف الفقهاء حول المعاملات المتعلقة بالأعمى؛ فذهب فقهاء الحنفية إلى اعتبار سائر عقود الأعمى وتصرفاته صحيحة، إذ ورد قولهم بجواز العقد من الأعمى بيعاً أو شراءً، وذلك لأن الوصف يقوم مقام الرؤية[3]، وله الخيار إذا اشترى؛ لأنه اشترى ما لم يره، فالبيع يعرف بالجس، وبالشم إن كان يعرف الشم، وبالتذوق إن كان يحسن التذوق، لأن التشبيه يقوم مقام الحقيقة في موضع العجز[4].

---

[1] عبد المنعم فارس سقا، أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص.237-238.

[2] المرجع نفسه، ص.ص.246-248.

[3] السرخسي، المبسوط، ج.13، المرجع السابق، ص.77.

[4] المرغيناني، الهداية، ج.5، المرجع السابق، ص.60.

في حين ذهب فقهاء المالكية إلى القول بأن بيع الأعمى وشراءه وجميع معاملاته صحيحة فيما لا يحتاج إلى الرؤية، أما إذا كان البيع مما لا يعرف إلاّ بحاسة البصر، فلا يصح بيعه كبيع الجزاف[1]. وهذا الحكم واحد؛ سواء ولد الشخص أعمى، أم طرأ عماه في صغره أو بعد كبره[2].

أما الشافعية فأقروا بعدم جواز بيع الأعمى وشرائه فيما لا يصح السَّلم[3] فيه؛ أي أن بيعه وشراءه لا يجوز إلاّ في السّلم، ويوكل بصيراً يقبض له ويقبض عنه[4].

في حين ذهب فقهاء المذهب الحنبلي إلى القول بصحة بيع الأعمى بالصفة لما يصح السَّلم فيه، ويصح أن يشتري بالصفة بما يصح السلم فيه، كما يصح أن يوكل الأعمى في البيع والشراء بصيراً له، ويصح أن يبيع ويشتري بما يمكنه معرفته؛ أي معرفة ما يبيعه أو يشتريه، بغير حاسة البصر، كشم ولمس وذوق، لحصول العلم بحقيقة البيع، وكذا لو كان رآه قبل عماه بزمن لا يتغير فيه المبيع ظاهراً، وإن اشترى إنسان ما لم يره، وما لم يوصف له، لم يصح العقد، أو اشترى شيئاً رآه ولم يعلم ما هو، لم يصح البيع، أو اشترى شيئاً لم يره ولم يوصف له بما يكفي في السلم، بل ذكر له من صفته ما لا يكفي في السَّلم، لم يصح البيع؛ للجهالة بالبيع[5].

ونلاحظ من أقوال الفقهاء، أنهم تفرقوا على ثلاثة توجهات بشأن تصرفات الأعمى، فالأول أقر جوازها وصحتها، وهو موقف كل من فقهاء الحنفية، والحنابلة، وأما التوجه الثاني، فأجاز تصرفاته التي لا تحتاج إلى رؤية، وهو موقف فقهاء المالكية، وأما التوجه الثالث فقال بعدم جواز تصرفاته إلاّ في حالة استثنائية، وهو موقف فقهاء الشافعية.

ويبدو لنا أن الرأي الذي اعتمده فقهاء المالكية هو الأولى بالقبول؛ لأنه قال بالجواز في التصرفات التي لا تستلزم الرؤية، كما أنه يمكن للأعمى توكيل شخص آخر للقيام بشؤونه ومساعدته

---

[1] هو بيع شيء، لا يعلم كيله، ولا وزنه، ولا عدده، إن بيع بغير جنسه، والمجازفة في البيع هي المساهلة، وهو البيع بالظن والتخمين. يراجع: أسامة موسى سليمان إغبارية، بيع الجزاف وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2013م، ص.16.

[2] يراجع: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج.3، المرجع السابق، ص.24؛ الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، ج.5، المرجع السابق، ص.33.

[3] السلم هو عقد بصيغة خاصة على موصوف في الذمة ببدل يقبض في المجلس. يراجع: عمر بن رسلان البلقيني الشافعي سراج الدين أو حفص، التدريب في الفقه الشافعي المسمى بـ "تدريب المبتدي وتهذيب المنتهي"، ومعه تتمة التدريب، تحقيق: أبو يعقوب نشأت بن كمال المصري، ج.2، ط.1، دار القبلتين، السعودية، 1433هـ، 2012م، ص.57.

[4] أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي، الإقناع في الفقه الشافعي، تحقيق: خضر محمد خضر، ط.1، دار إحسان، إيران، 1420هـ، 2000م، ص.98.

[5] البهوتي، كشاف القناع، ج.3، المرجع السابق، ص.165.

فيها. وهو ما ذهب إليه ابن تيمية حيث قال بصحة تصرفات الأعمى من بيع وشراء، واستئجار، مع شرط وصف المبيع له، فإن وجد بخلاف الصفة فله الفسخ[1].

كما أقر الفقهاء بصحة القرض من الأعمى، باعتبار أنه شخص مكلف تصح سائر عقوده، وتصرفاته، وكذلك قد تدعوه الضرورة إلى الاقتراض أو الإقراض، لأنه قد يحتاجه لقضاء حوائجه، فلا يوجد أي سبب يدعو إلى منعه من ذلك[2].

وتجدر الإشارة، أن الفقهاء عند حديثهم عن تصرفات الأعمى لم يحددوا الوقت الذي يصاب فيه بالعمى؛ لأنه قد يولد أعمى، وقد يفقد بصره بعد ولادته إما في الصغر أو في الكبر، ومن ثم، فإن ولد أعمى أو فقد بصره في صغره، عُدَّ قاصراً لصغر سنه ولفقدان بصره، وربما توجد فيه عوارض أخرى من الأهلية، وأما إن فقده في كبره، فيكون شخصاً بالغاً من ذوي الاحتياجات الخاصة.

ب– تصرفات الأخرس: يعرف الأخرس بأنه كل من منع الكلام لخلل في لسانه خلقياً كان أو عارضاً؛ سواء فهمت إشارته أم لا، هذا، وقد اتفق الفقهاء على جواز تصرفات الأخرس ومعاملاته بمختلف صورها، ويعتد بإشارته إذا كانت مفهومة وواضحة، ويلزم الأخرس بأحكام المعاملات وفقاً للإشارة الصادرة منه[3].

وإشارة الأخرس نوعان؛ إشارة مفهومة، وبها ينعقد التصرف ولو كان قادراً على الكتابة، وهذا هو المعتمد عند فقهاء الحنفية؛ لأن كلا من الإشارة والكتابة حجة. وإما إشارة غير مفهومة، وهذه لا عبرة بها[4]، ومن ثم، ينعقد البيع بالإشارة من الأخرس إذا كانت معروفة، فيعتبر بيعه بيعاً بالمعاطاة[5].

وعليه، يمكن القول إن الأخرس شخص طبيعي كغيره، يجوز له القيام بالتصرفات وإبرام المعاملات على اختلاف أنواعها، ولا تكون إعاقته مانعاً يحول دون حقه بالتصرف في أمواله، بشرط

---

[1] ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج.30، المرجع السابق، ص.111.

[2] محمد عمر صغير شماع، أحكام الأعمى في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الدراسات الإسلامية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1414هـ، 1994م، ص.176.

[3] أدهم صابر عبد العال، أحكام إشارة الأخرس في الأحوال الشخصية والحدود والمعاملات، وبيان ذلك وفق مقاصد الشريعة، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، فلسطين، 1430هـ، 2009م، ص.15 وص.130.

[4] بن السيد سالم كمال أبو مالك، صحيح فقه السنة، وأدلته، وتوضيح مذاهب الأئمة، تحقيق: ناصر الدين الألباني، عبد العزيز بن باز، محمد بن صالح العثيمين، ج.4، ط.1، المكتبة التوفيقية، مصر، 2003م، ص.260.

[5] وتسمى أيضاً التعاطي في البيع، وهو أن يأخذ المشتري المبيع ويدفع للبائع الثمن، أو يدفع البائع المبيع ويدفع له الآخر الثمن، من غير تكلم أو إشارة، ويكون التعاطي في البيع وغيره من المعاوضات. يراجع: الموسوعة الفقهية، ج.9، وج.12، المرجعين السابقين، ص.13، وص.198.

أن تكون إشارته مفهومة وواضحة للشخص الذي يرغب بالتعاقد معه، دفعاً لأي لبس وغموض، وحتى ينعقد التصرف صحيحاً ويرتب آثاره القانونية.

المطلب الثاني: موقف التشريعات الوضعية من حكم التصرفات المدنية للقاصر

نظمت التشريعات الوضعية الأحكام العامة والخاصة للمعاملات المدنية للقاصر في نصوص متفرقة، إما بموجب ق.م، وإما بموجب ق.أ.ش، وهذا في غالب الأحيان، وهناك تشريعات أخرى، إضافة لهذين القانونين أصدرت قانوناً خاصاً ينظم مسائل الولاية على أموال القاصر، وضَمنت فيه جميع الأحكام المتعلقة بتصرفات القاصر، وآليات إدارة ماله.

إن دراسة موقف التشريعات الوضعية من حكم التصرفات المدنية للقاصر، يستوجب الرجوع إلى الأحكام الواردة في ق.م، و أ.ش (**الفرع الأول**)، ثم تلك المنصوص عليها في ق.و.ع.م (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: حكم التصرفات المدنية للقاصر الواردة في القانون المدني والأحوال الشخصية

أقرت التشريعات الوضعية بأن المبدأ العام في التعاقد هو كمال الأهلية، وأن كل شخص أهل للتعاقد ما لم يمنعه القانون بسبب انعدام أهليته أو نقصانها[1]، وفيما يلي سنبين حكم تصرفات القاصر حسب أهليته.

أولا– حكم تصرفات القاصر بالنظر لمعيار السن في القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية:

سنبين تباعاً حكم تصرفات الصبي غير المميز والصبي المميز في ق.م، و ق.أ.ش.

1– حكم تصرفات القاصر غير المميز في القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية:

لقد أخذت القوانين العربية بالحكم نفسه الذي تبنته المذاهب الأربعة بشأن تصرفات الصبي غير المميز؛ وهو ما أوردته بشكل صريح في نصوصها، ومن ذلك ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة

---

(1) يراجع: المادة 78 من ق.م.الجزائري، والمادة 109 من ق.م.المصري، والفصل 3 من ق.إ.ع.المغربي، والفصل 3 من م.إ.ع.التونسية، والمادة 109 من ق.م.الليبي، والمادة 1/24 من ق.إ.ع.الموريتاني، والمادة 110 من ق.م.السوري، والمادة 93 من ق.م.العراقي، والمادة 84 من ق.م.الكويتي، والمادة 91 من ق.م.م.العماني، والمادة 116 من ق.م، وكذا المادة 208 ق.أ.ش.الأردني، والمادة 157 من ق.م.م، وكذا المادة 159 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 108 من ق.م.الصومالي، والمادة 53 من ق.م.م.السوداني، والمادة 109 من ق.م.القطري، والمادة 72 من ق.م.البحريني، والمادة 100 من ق.م.الفلسطيني، والمادة 215 من ق.م.ع.اللبناني، والمادة 140 من ق.ع.م.أ.ش.الكويتي، والمادة 1/1297 من ق.م.الجيبوتي، والمادة 1145 من ق.م.الفرنسي، والمادة 13 من ق.م.السويسري.

82 من ق.أ[1]؛ والمشرع المصري، والمشرع المغربي، والمشرع التونسي، والمشرع الليبي، والمشرع الموريتاني، والمشرع السوري، والمشرع الكويتي، والمشرع العماني، والمشرع الأردني، والمشرع الإماراتي، وق.ع.م.أ.ش.الكويتي، والمشرع الصومالي، والمشرع السوداني في قانونين؛ المادة 54 من ق.م.م[2]، وق.أ.ش، والمشرع القطري في المادة 110 من ق.م[3]، والمشرع البحريني في المادة 73/أ من ق.م[4]، والمشرع الفلسطيني في المادة 101 من ق.م[5]، وقد اتفقت هذه التشريعات بأن تصرفات فاقد الأهلية أو عديم التمييز باطلة[6].

وفي نفس التوجه، أخذ المشرع العراقي بقول الحنابلة، واعتبر بأن تصرفات الصغير غير المميز باطلة وإن أذن وليّه، وهو ما يظهر من خلال نص المادة 96 من ق.م السالف الذكر.

في حين اكتفت توجهات تشريعية أخرى بذكر حكم عام بخصوص تصرفات فاقد الأهلية، كما فعل المشرع اليمني، حيث نص بأن تصرف فاقد الأهلية غير صحيح، مضيفاً بأنه لا يضمن ما أتلفه مما دفع إليه من الغير، وهو ما يظهر من المادة 60 من ق.م، وكذا المشرع اللبناني في المادة 216 من ق.م.ع [7]، بقوله: "إن تصرفات الشخص المجرد كل التجريد من قوة التمييز (كالصغير والمجنون)، تعد كأنها لم تكن".

---

[1] نصت المادة 82 من ق.أ.الجزائري، السالف الذكر على ما يلي: "*من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقاً للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة*".

[2] ق.م.م.السوداني الصادر في 14-02-1984م.

[3] القانون رقم 22 بشأن ق.م.القطري، المؤرخ في 12 جمادى الأولى 1425هـ، الموافق لـ 30 جوان 2004م، الجريدة الرسمية القطرية، ع.11، الصادرة في 22 جمادى الثانية 1425هـ، الموافق لـ 08 أوت 2004م، ص.364.

[4] القانون رقم 19 المتضمن ق.م.البحريني، الصادر في 1422هـ، 2001م.

[5] القانون رقم 04 بشأن ق.م.الفلسطيني الصادر في 2012م.

[6] يراجع: المادة 110 من ق.م.المصري، والمادة 224 من م.أ.المغربية، والفصل 156 من م.أ.ش.التونسية، والمادة 110 من ق.م.الليبي، والمادة 167 من م.أ.ش.الموريتاني، والمادة 111 من ق.م.السوري، والمادة 1/86 من ق.م.الكويتي، والمادة 144/أ من ق.أ.ش، وكذا المادة 92 من ق.م.م.العماني، والمادة 209 من ق.أ.ش، وكذا المادة 117 من ق.م.الأردني، والمادة 1/165 من ق.أ.ش، وكذا المادة 158 من ق.م.م.الإماراتي، والمادة 146/أ من و.ق.ع.م.أ.ش.الكويتي، والمادة 109 من ق.م.الصومالي، والمادة 221/أ من ق.أ.ش.السوداني.

[7] ق.م.ع.اللبناني، الصادر بتاريخ 9 مارس 1932م، الجريدة الرسمية اللبنانية، ع.2642، الصادرة بتاريخ 11 نوفمبر 1932م، ص.2.

وأخذ المشرع الجيبوتي[1] بتوجه آخر حيث نص أن القاصر غير المرشد غير قادر على التعاقد[2]؛ وهذا التشريع ذكر المبدأ العام، وهو عدم الأهلية في التعاقد، بالنسبة للأشخاص غير المرشدين، وهذا المبدأ يطبق على جميع القصر ما لم يرشدوا حسب القانون الجيبوتي؛ أي من سن السادسة عشر كما بيناه سابقاً، ومن ثم، يترتب على عدم الأهلية بطلاناً نسبياً يحتج به فاقد التمييز في مواجهة الغير[3]، ومن جهة أخرى أجاز المشرع استثناءاً القيام بالأعمال الروتينية التي يسمح بها القانون والعرف، غير أنه لم يبين هذه الأعمال[4].

وما يلاحظ على موقف المشرع الجيبوتي، أنه سعى جاهداً لحماية القصر؛ حيث منعهم من التصرف من جهة، وأجاز لهم القيام ببعض التصرفات من جهة أخرى، وحتى هذه الأعمال ولو كانت بسيطة إلاّ أن المشرع تدخل وأقر بطلانها إذا ما انطوت على غبن يضر بالقاصر.

وبالرجوع لبعض النصوص الغربية، ومنها المشرع الفرنسي، نلحظ أنه قد أقر البطلان النسبي كجزاء لتصرف الشخص عديم الأهلية[5]، غير أنه لم يحدد الأعمال أو التصرفات التي تنتج هذا الأثر، ولم يبين الشخص الذي يكون من حقه المطالبة بها البطلان.

وذهب المشرع الألماني إلى النص على عدم قدرة فاقد التمييز على التعاقد، وهذا بموجب المادة 1/104 من ق.م[6]. في حين اكتفى المشرع السويسري بالقول إن من كان غير قادر على التمييز، فلا يكون أهلاً لممارسة حقوقه المدنية[7]، كما أضاف المشرع بأنه إذا قام فاقد التمييز بأفعال فإنها لا ترتب أثراً قانونياً إلاّ بالنسبة للاستثناءات التي ينص عليها القانون، غير أنه لم يبين هذه الاستثناءات التي يرتب عليها القانون أثراً[8].

---

[1] موقف المشرع الجيبوتي هو نفس موقف المشرع الفرنسي؛ حيث أنه نص على عدم كفاءة القاصر غير المصرح له، ومنعه من التعاقد، كما سمح له بأداء الأعمال التي يصرح بها القانون والعرف، مع إمكانية إبطالها عليهم بحجة الظلم. يراجع: المادة 1/1146، والمادة 1148، والمادة 1/1149 من ق.م.

[2] Le législateur djiboutien a stipulé cette matière à l'article 1298/1, Où il est indiqué ce qui suit: *"Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi : 1-Les mineurs non émancipés".*

[3] L'article 1302 du Code civil djiboutien stipule ce qui suit : "*L'incapacité de contracter est une cause de nullité relative que seul le cocontractant incapable peut invoque".*

[4] L'article 1299 du Code civil djiboutien stipule ce qui suit: *"Toute personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir seule les actes courants autorisés par la loi ou l'usage*".

[5] L'article 1147 du Code civil français stipule ce qui suit: *"L'incapacité de contracter est une cause de nullité relative".*

[6] Article 104/1 of the German Civil Code states the following: *"A person is incapable of contracting if: 1-he is not yet seven years old".*

[7] L'article 17 du Code civil suisse stipule ce qui suit: *"Les personnes incapables de discernement, les mineurs et les personnes sous curatelle de portée générale n'ont pas l'exercice des droits civils*".

[8] L'article 18 du Code civil suisse stipule ce qui suit: *"Les actes de celui qui est incapable de discernement n'ont pas d'effet juridique; demeurent réservées les exceptions prévues par la loi*".

إن من خلال ما عرضناه من مواقف تجاه تصرفات القاصر غير المميز، يمكن إبداء الملاحظات الآتية:

– اتفاق التشريعات العربية على إقرار حكم واحد يتعلق بتصرفات الصغير عديم الأهلية؛ واعتبروا أن فقد التمييز يمنع من مباشرة أي تصرف.

– مسايرة التشريعات العربية في حكمها الخاص بتصرفات غير المميز لأقوال فقهاء الشريعة الإسلامية.

– إن اعتبار تصرفات الصبي غير المميز باطلة بطلاناً مطلقاً، من طرف التشريعات يظهر من نصهم الصريح بعدم أهليته، ومن ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1/42 من ق.م، على ما يلي: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون"، وهذا التوجه أخذت به غالبية التشريعات العربية[1]. في حين اكتفى مشرع جزر القمر بالقول إن فاقد التمييز غير قادر على ممارسة حقوقه المدنية[2].

– اختلاف التشريعات العربية فيما بينها في إدراج حكم تصرفات الصبي غير المميز في نطاق واحد بحسب المصطلح القانوني الوارد في نصوصها؛ حيث أن هناك توجه نص على هذا الحكم بشكل موسع ليشمل جميع تصرفاته، كما فعل المشرع الجزائري، والمشرع القطري، والمشرع العراقي، وغيرهم وهناك توجه قصر حكم البطلان على تصرفاته المالية فقط، كما نص عليه المشرع البحريني، والمشرع المصري، والمشرع السوداني.

– اكتفاء بعض التشريعات الغربية بالنص على عدم أهلية فاقد التمييز للتعاقد، فيما ذهب المشرع الفرنسي؛ إلى جعل الحكم المترتب على تصرفاته البطلان النسبي، والحقيقة أن تصرفات عديمي الأهلية تكون باطلة بطلاناً مطلقاً.

2– حكم تصرفات القاصر المميز في القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية:

فصلت التشريعات العربية في نصوصها؛ سواء المتعلقة بق.م، أم بق.أ.ش، موقفها حول تصرفات القاصر المميز، وبينت حكمها كما فعلت بالنسبة لتصرفات غير المميز، واتفقت على

---

[1] نذكر على سبيل المثال: المادة 45/أ من ق.م.المصري، والمادة 1/45 من ق.م.الليبي، والمادة 1/42 من ق.م.م، والمادة 138 من ق.أ.ش.العماني، والمادة 1/86 من ق.م.م.الإماراتي، والمادة 1/47 من ق.م.السوري، والمادة 2/44 من ق.م.الأردني، والمادة 1/45 من ق.م.الصومالي، والمادة 3/22 من ق.م.م.السوداني، والمادة 1/50 من ق.م.القطري، والمادة 1/54 من ق.م.الفلسطيني.

[2] L'article 121 du Code de la famille des Comores stipule ce qui suit: *"Sont pleinement incapables pour exercer leurs droits civils et civiques, les personnes dépourvues de discernement en raison de leur jeune âge tel qu'il est stipulé à l'article 92 alinéa 2 ci-dessus".*

القول بأنها تأخذ ثلاث صور؛ اتُفِقَ على اثنين منها[1]، وهي التصرفات النافعة نفعاً محضاً، والضارة ضرراً محضاً، واعتبروا الأولى صحيحة، والثانية باطلة، واختلفوا في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، وذلك من ناحية الأثر المترتب عنها؛ بين إبطالها أو وقفها، فانقسموا بذلك على توجهين:

جعل التوجه الأول هذه التصرفات قابلة للإبطال، وهو موقف كل من المشرع المصري، والمشرع الليبي، والمشرع السوري، والمشرع القطري، والمشرع الفلسطيني، والمشرع الصومالي، والمشرع البحريني، والمشرع الكويتي، وق.ع.م.أ.ش.الكويتي، والمشرع اللبناني[2]، والمشرع الجيبوتي[3]، حيث اعتبرت هذه التشريعات أن تصرفات الصبي المميز المترددة بين النفع والضرر يمكن إبطالها[4].

أما التوجه الثاني، فاعتبر تصرفات الصبي المميز المترددة بين النفع والضرر موقوفة على إجازة الوليّ، وهو موقف المشرع المغربي، والمشرع التونسي، والمشرع الإماراتي، والمشرع العراقي، والمشرع الأردني، والمشرع اليمني[5]، والمشرع الموريتاني[1]، إذ نصوا على أن تصرفات الصبي المميز المالية التي

---

[1] يراجع: المادة 83 من ق.أ.الجزائري، والمادة 1/111 من ق.م.المصري، والمادة 225 بفقرتيها (1 و2) من م.أ.المغربية، والفصل 2/156 من م.أ.ش.التونسية، والمادة 1/111 من ق.م.الليبي، والمادة 210/أ من ق.أ.ش، وكذا المادة 1/118 من ق.م.الأردني، والمادة 1/112 من ق.م.السوري، والمادة 2/165 من ق.أ.ش، وكذا المادة 1/159 من ق.م.م.الإماراتي، والمادة 1/97 من ق.م.العراقي، والمادة 1/87 من ق.م.الكويتي، والمادة 1/74 من ق.م.البحريني، والمادة 144/ب من ق.أ.ش، وكذا المادة 93 من ق.م.م.العماني، والمادة 1/102 من ق.م.الفلسطيني، والمادة 221/ب من ق.أ.ش، وكذا المادة 1/55 من ق.م.م.السوداني، والمادة 1/111 من ق.م.القطري، والمادة 1/110 من ق.م.الصومالي.

[2] اتفق المشرع اللبناني مع مجلة الأحكام العدلية فيما يتعلق بحكم تصرفات القاصر المميز، بأنها على ثلاثة صور؛ نافعة نفعاً محضاً، وضارة ضرراً محضاً، وتصرفات مترددة بين النفع والضرر، وقد أقر المشرع هذا التقسيم في ق.م.ع، غير أنه لم يرتب الحكم نفسه بالنسبة للعقود المترددة بين النفع والضرر، فبينما اعتبرتها المجلة موقوفة على إجازة ولي المميز، أقر هو بقابليتها للإبطال. يراجع: المادة 2/216 من ق.م.ع.اللبناني؛ والمادة 967 من مجلة الأحكام العدلية.

[3] Le législateur djiboutien n'a pas explicitement précisé les agissements du mineur privilégié, mais a seulement évoqué les actes dans lesquels il y aurait iniquité, et a reconnu la possibilité de les annuler ou de les annuler, C'est ce qui est stipulé à l'article 1300 du Code civil, comme suit: *"Les actes courants accomplis par le mineur peuvent être annulés pour simple lésion. Mais la nullité n'est pas encourue lorsque la lésion résulte d'un événement imprévisible".*

[4] ورد حكم تصرفات الصبي المميز حسب التشريعات المشار إليها في المواد الآتي ذكرها: المادة 2/111 من ق.م.المصري، والمادة 2/111 من ق.م.الليبي، والمادة 2/112 من ق.م.السوري، والمادة 2/111 من ق.م.القطري، والمادة 2/102 من ق.م.الفلسطيني، والمادة 2/110 من ق.م.الصومالي، والمادة 2/74 من ق.م.البحريني، والمادة 2/87 من ق.م.الكويتي، والمادة 146/ب من ق.ع.م.أ.ش.الكويتي.

[5] اعتبر المشرع اليمني تصرفات ناقص الأهلية متوقفة على إجازة الولي أو الوصي وهذا إذا ما كانت بعوض؛ فهنا إما ترد أو تبطل حسب المصلحة التي يقدرها نائب القاصر المميز، أما إذا كانت بغير عوض فوجب ردها؛ لأنها باطلة. وهو ما نص عليه المشرع في المادة 60 من ق.م، التي وردت كما يلي: *"تصرف ناقص الأهلية يعتبر موقوفاً على الإجازة، ولولي ناقص الأهلية أو وصيه أن ينظر في تصرفه إن كان بعوض فله رده (إبطاله) أو إجازته بما تقضي به مصلحته وإن كان بغير عوض تعين على الولي أو الوصي رده لبطلانه".*

تكون دائرة بين النفع والضرر تنعقد موقوفة على إجازة ولي القاصر ضمن الحدود التي يبيح له فيها القانون التصرف[2].

على أن هناك تشريعات تحدثت عن تصرفات القاصر المميز في شقها المتردد بين النفع والضرر، لكنها أتت بموقفين في كلا القانونين، ق.م، وق.أ.ش، وهو موقف المشرع العماني؛ حيث نص في المادة 93 من ق.م.م[3]، بأن هذه التصرفات تنعقد موقوفة في انتظار إجازتها، بينما نص على قابليتها للإبطال، وذلك بموجب المادة 144/جـ من ق.أ.ش، كما ذهب المشرع السوداني إلى اعتبار تصرفات المميز قابلة للإبطال، وذلك بموجب المادة 221/جـ من ق.أ.ش، ونص على الحكم نفسه بالمادة 2/55 من ق.م.م.

غير أنه تجب الإشارة أن المشرع السوداني قد وقع في لبس بسبب حكمه الذي نص عليه في ق.م.م؛ حيث نصت المادة 2/55 صراحة بأن هذه التصرفات تعد قابلة للإبطال، لكن باستقرائنا لبعض النصوص من هذا القانون، نجد أن المشرع يقصد بالعقد القابل للإبطال هو العقد الموقوف، ودليل ذلك، ما ورد في المادة 87 إذ نصت على أن العقد الموقوف هو ما كان صادراً من شخص ناقص الأهلية، وكان تصرفاً مترداً بين النفع والضرر[4].

وفي توجه ثالث مغايرٍ للتوجهين السابقين، بين مشرع جزر القمر[5] أن القاصر المميز يكون غير قادرٍ على ممارسة حقوقه المدنية بشكل جزئي، كما أضاف أن التصرفات التبرعية التي يقوم بها هذا القاصر، تكون خاضعة لموافقة نائبه القانوني.

---

[1] اقتصر المشرع الموريتاني في بيان موقفه بخصوص حكم تصرفات المميز، وذلك بناءً على نوع معين من المعاملات؛ وهي العوضية، بنصه في المادة 168 من م.أ.ش على ما يلي: *"يتوقف نفاذ تصرفات المميز العوضية على إجازة الولي ويكون إمضاؤه أو رده لها بحسب المصلحة الراجحة وقت النظر"*.

[2] ورد حكم تصرفات الصبي المميز حسب التشريعات المشار إليها في المواد الآتي ذكرها: المادة 225 من م.أ.المغربية، والفصل 2/156 من م.أ.ش.التونسية، والمادة 3/165 من ق.أ.ش، وكذا المادة 2/159 من ق.م.م.الإماراتي، والمادة 1/97 من ق.م.العراقي، والمادة 210/ب من ق.أ.ش، وكذا المادة 2/118 من ق.م.الأردني.

[3] مرسوم سلطاني رقم 29 بشأن إصدار ق.م.م.العماني، الصادر بتاريخ 6 ماي 2013م، الموافق لـ 25 جمادى الثانية 1434هـ، الجريدة الرسمية العمانية، ع.1012، الصادرة بتاريخ 12 ماي 2013م، الموافق لـ أول رجب 1434هـ.

[4] نصت المادة 87 من ق.م.م.السوداني على ما يلي: *"يكون العقد موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من ناقص الأهلية في ماله، وكان تصرفاً دائراً بين النفع والضرر أو إذا شاب الإرادة فيه غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال أو إذا كان تصرف في ملك الغير بدون إذنه أو إذا ورد في القانون نص خاص على ذلك"*.

[5] Se référer à l'article 122, et l'article 125 du Code de la famille des Comores.

وبالرجوع إلى بعض التشريعات الغربية، نجد أن المشرع الفرنسي قد قرر إبطال تصرفات القاصر إذا كانت تنطوي على غبن، غير أنه إذا كان هذا الغبن بسبب حادث غير متوقع فلا تبطل، في حين أعطى المشرع الألماني للقاصر المميز قدرة محدودة وفق ما يسمح به القانون، فاعتبرها نافذة بعد موافقة ممثله القانوني عليها[1]، وهو توجه المشرع السويسري حيث نص صراحة أن كل شخص قادر على التمييز، له القدرة على التصرف في ممتلكاته، وذلك وفق ما يقرره القانون من حدود وأشكال[2].

بعد عرض هذه التوجهات التشريعية بشأن تصرفات الصبي المميز، يمكن إبداء ما يلي:

– اتفقت غالبية التشريعات العربية بأن تصرفات الصغير المميز تتخذ صوراً ثلاث؛ إما أن تكون من محض النفع، أو من محض الضرر، أو تكون مترددة بين النفع والضرر. غير أنه وفي تحديدهم لهذه التصرفات هناك من قصرها على الجانب المالي، وهناك من ذكرها بصيغة عامة؛ وجعلها تشمل جميع معاملات الصبي المميز؛ سواء كانت مالية، أم غير مالية.

– نص المشرع الجزائري على تصرفات القاصر المميز في قانونين؛ ق.م، وق.أ، غير أن ق.م لم يقسم هذه التصرفات كما فعل ق.أ، مما يؤدي إلى طرح إشكالية أي القانونين يؤخذ به.

– وقع المشرع الجزائري في تناقض بشأن تصرفات الصبي المميز؛ حيث نص صراحة على أن المتردد منها بين النافع والضار ينعقد موقوفاً بموجب المادة 83 من ق.أ، في حين اعتبر نقص الأهلية أحد أسباب قابلية العقد للإبطال، وهو ما يستشف ضمنياً من نص المادة 101 من ق.م، وبالتالي يكون التصرف القانوني الذي يبرمه الصبي المميز وفق نصوص ق.م تصرفاً غير صحيح إلى أن يتقرر إبطاله أو إقراره من قبل من ينوب عنه قانوناً، أو أن يبطل أو يجاز من طرف الصبي نفسه[3].

– انقسام التشريعات العربية على توجهين فيما يتعلق بتصرفات القاصر المميز التي تكون دائرة بين النفع والضرر، فتوجه اعتبرها قابلة للإبطال، وتوجه آخر جعلها موقوفة على إجازة الوليّ أو الصبي عند رشده.

– توجه بعض التشريعات إلى قصر حكم تصرفات الصبي المميز على المعاملات التي تكون بعوض؛ وجعلها موقوفة، ولم يتحدث عن باقي المعاملات، وهو موقف المشرع الموريتاني.

---

[1] Article 106 of the German Civil Code stipulates the following: *"A minor who has reached the age of seven has limited capacity to contract under sections 107 to 113".*

[2] Le texte de l'article 467 du Code civil suisse est le suivant: "*Toute personne capable de discernement et âgée de 18 ans révolus a la faculté de disposer de ses biens par testament, dans les limites et selon les formes établies par la loi".*

[3] رباحي أحمد، حكم التصرفات القانونية لناقص الأهلية، المرجع السابق، ص.28.

– توجه بعض التشريعات، كالمشرع العماني، إلى ذكر حكم تصرفات الصبي المميز المترددة بين النفع والضرر في قانونين، فجعلها قابلة للإبطال بموجب نصوص ق.أ.ش، بينما اعتبرها موقوفة في ق.م.م، مما يطرح التساؤل عن القانون الواجب التطبيق، أهو ق.م، أم ق.أ.ش. وهنا نفترض مبدأين؛ إما مبدأ الخاص يقّيد العام؛ ومن ثم، يؤخذ بالحكم الوارد في ق.أ.ش، وإما مبدأ نوع التصرف؛ فإذا كان التصرف يندرج ضمن المعاملات المدنية، فتكون تصرفاته موقوفة، وأما إذا كانت تدخل ضمن نطاق المعاملات الشخصية، فتكون قابلة للإبطال.

ثانيا– حكم تصرفات القاصر بالنظر لأهليته في القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية:

بينت التشريعات العربية حكم تصرفات القاصر، سواء كان غير مميز، أم مميز، اعتماداً على معيار السن الذي يتحدد ببلوغ سن التمييز، والذي يجعل لكل واحد منهما حكمه الخاص.

وسبق البيان، أن القاصر عند بعض التشريعات لا يتمثل فقط في الصبي غير المميز، والصبي المميز، بل يشمل أيضاً من اعتراه عارض أو مانع بأهليته، ففي كلتا الحالتين يختص كل شخص بحسب الفئة التي ينتمي إليها، بحكم معين في التصرفات التي يباشرها بنفسه. وسنشرح هذا الأمر في التفصيل الآتي:

1 – حكم تصرفات القاصر وفقا لما يعتريه من عارض في الأهلية: سنوضح حكم تصرفات القاصر الذي تعتري أهليته عارض من عوارضها، الجنون، ثم العته، ثم السفه، ثم الغفلة، على النحو المبين.

أ– حكم تصرفات المجنون: لقد تطرقت التشريعات العربية لحكم تصرفات المجنون، باعتباره عديم الأهلية، غير أن التشريعات انقسمت إلى توجهات في إقرار هذا الحكم؛ فتوجه بيّن حكم تصرفاته متى كان في مرحلة الإفاقة وقبل الحجر، وهذا بالنسبة للتشريعات التي بيّنت نوعيّ الجنون المستمر والمتقطع، وهو موقف كل من المشرع العماني، والمشرع السوداني، والمشرع الإماراتي، والقانون العربي الموحد الكويتي، والمشرع الصومالي، والمشرع اليمني[1]، والمشرع الكويتي[2]، فهذه التشريعات اعتمدت في بيانها لحكم تصرفات المجنون على أمرين؛ أولهما حالة الشخص من جنون أو إفاقة، وثانيهما: هو وقت صدور التصرف من المجنون إذا ما كان قبل الحجر عليه أم بعده،

---

[1] نص المشرع اليمني في المادة 67 من ق.م، السالف الذكر، على ما يلي: *"يرتفع الحجر عن المجنون بالإفاقة من الجنون وتصح التصرفات التي تصدر منه في حال الإفاقة ويجوز لمن أفاق من جنون أن يطلب من محكمة موطنه رفع الحجر عنه وتسليم أمواله إليه"*.

[2] نص المشرع الكويتي في المادة 98 من ق.م، السالف الذكر، على ما يلي: *"المجنون معدوم أهلية الأداء، وتقع تصرفاته كلها باطلة"*.

فاعتبرت أن تصرفاته التي تصدر حالة الإفاقة وقبل صدور قرار الحجر تكون صحيحة، أما إذا صدرت منه أثناء جنونه المطبق وبعد الحجر عليه فتكون باطلة[1].

وأما التوجه الثاني، فقد نصت بعض التشريعات من خلاله على حكم تصرفات المجنون بصفة عامة، وقالت بعدم نفاذها، لكنها لم تفصل فيما لو كان ذلك التصرف قد صدر في حالة إفاقة، أم قد صدر قبل الحجر أم بعده. وهذا موقف كل من المشرع الجزائري، والمشرع التونسي، والمشرع الموريتاني، ومشرع جزر القمر في ق.أ[2].

في حين ذهب توجه ثالث من التشريعات، إلى قياس حالتيّ الجنون على حكم تصرفات القاصر غير المميز والمميز؛ حيث أقرت بأن تصرفات المجنون المطبق تخضع لحكم تصرفات الصبي غير المميز؛ كون أن الجنون المستمر يعدم أهليته، أما المجنون غير المطبق فتصرفاته تكون في حكم تصرفات الصبي المميز؛ باعتباره ناقصاً للأهلية، وهو موقف كل من المشرع العراقي، والمشرع الأردني حسب ما ورد في قانون كل منهما[3]، وهذا يعني أنه في الحالة الثانية تأخذ تصرفات المجنون غير المطبق الصور نفسها لتصرفات الصبي المميز بين النافعة له، والضارة به، والدائرة بين النفع والضرر.

وهناك توجه آخر من التشريعات، اعتبر تصرفات المجنون الصادرة بعد صدور قرار الحجر باطلة، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 107 من ق.أ، بقولها: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها"، ويلاحظ على المشرع الجزائري أنه صرح ببطلان تصرفات المحجور عليه بسبب الجنون، واعتبر هذه التصرفات صحيحة ضمنياً إذا لم تكن حالة الجنون ظاهرة وقت صدورها من المجنون، وهو التوجه ذاته بالنسبة للمشرع المصري، والمشرع الليبي، والمشرع الفلسطيني، والمشرع البحريني، والمشرع الصومالي، والمشرع القطري، والمشرع السوداني في قوانينهم المدنية[4]، وقد أضافت هذه التشريعات أنه

---

[1] ورد حكم تصرفات المجنون حسب التشريعات المشار إليها في المواد الآتي ذكرها: المادة 156/أ من ق.أ.ش.العماني، والمادة 1/230 من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 1/175 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 158/أ من ق.ع.م.أ.ش.الكويتي، والمادة 1/113 من ق.م.الصومالي، والمادة 2/98 من ق.م.الكويتي، والمادة 111 من ق.م.الفلسطيني.

[2] يراجع: المادة 85 من ق.أ.الجزائري في صياغتها العربية، والفصل 163 من م.إ.ع.التونسية، والمادة 173 من م.أ.ش.الموريتانية، والمادة 126 من ق.أ.لجزر القمر.

[3] يراجع: المادة 108 من ق.م.العراقي، والمادة 212/أ-2 من ق.أ.ش، وكذا المادة 2/128 من ق.م.الأردني.

[4] ورد حكم بطلان تصرفات المجنون بعد الحجر عليه حسب التشريعات المشار إليها أعلاه في المواد الآتية ذكرها: المادة 1/114 من ق.م.المصري، والمادة 1/114 من ق.م.الليبي، والمادة 111 من ق.م.الفلسطيني، والمادة 1/78 من ق.م.البحريني، والمادة 1/113 من ق.م.الصومالي، والمادة 1/119 من ق.م.القطري، والمادة 1/58 من ق.م.م.السوداني.

في حالة صدور تصرفات من الجنون قبل الحجر عليه، تكون صحيحة ما لم تكن حالة الجنون شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها[1].

وهو ما أخذ به مشرع جزر القمر، حيث نص أن أعمال الإدارة التي يقوم بها المجنون لا أثر لها إذا نفذت في حالة جنونه[2]. في حين نص المشرع الجيبوتي أن الأصل في الأعمال هو سلامة العقل، فإذا صدرت من شخص مضطرب عقلياً وجب على من يدعيه إثباته، وهو ما ورد في نص المادة 554 من ق.م[3].

في حين اتخذ المشرع السوري بشأن حكم تصرفات المجنون موقفين مختلفين؛ حيث نص على حكم مفاده أن تصرفات المجنون تكون باطلة بعد الحجر عليه، وتكون غير باطلة إذا صدرت منه قبل قرار الحجر، وهذا بموجب المادة 115 بفقرتيها (1 و2) من ق.م[4]، في حين أقر ببطلان تصرفات المجنون، بغض النظر عما إذا صدرت منه قبل صدور قرار الحجر أم بعده، وهذا حسب ما ورد في نص المادة 403 من ق.أ. ويمكن إعمال النصين، من خلال القول بأنه إذا كان تصرف المجنون يدخل ضمن نطاق معاملات القانون المدني، فإنه يخضع لأحكام هذا القانون، أما إذا كان تصرفه يندرج تحت مسائل قانون الأحوال الشخصية فتطبق عليه أحكامه.

ومن جهة أخرى نصت بعض التشريعات الغربية على تصرفات المجنون، ومنها المشرع الفرنسي؛ حيث اعتبر أن أساس القيام بالأعمال هو سلامة العقل، ومن ثم، فإذا ثبت وجود اضطراب عقلي فإن التصرف يعتبر باطلاً، لكن بعد إثبات هذا الخلل من طرف من يدعيه[5].

كما ذهب المشرع الألماني إلى القول بأنه من كان في حالة اضطراب عقلي مرضي يمنع من حرية ممارسة الإرادة، إلاّ إذا كانت حالته هذه مؤقتة[6]. ويتبين من هذا أن المشرع الألماني قسم

---

(1) يراجع: المادة 2/144 من ق.م.المصري، والمادة 2/144 من ق.م.الليبي، والمادة 2/78 من ق.م.البحريني، والمادة 2/113 من ق.م.الصومالي، والمادة 2/119 من ق.م.القطري، والمادة 2/58 من ق.م.م.السوداني.

(2) L'article 131 du Code de la famille des Comores stipule: *"Les actes de gestion conclus par le dément ou le prodigue sont sans effet, s'il est établi qu'ils ont été passés alors que leur auteur se trouvait en état de démence ou de prodigalité".*

(3) Le texte de l'article 554 du Code civil djiboutien est le suivant: "*Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte".*

(4) المرسوم رقم 84 المتضمن ق.م.السوري، الصادر بتاريخ 18 ماي 1949م.

(5) Le législateur français l'a ainsi stipulé à l'article 414/1 du Code civil: "*Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte".*

(6) Check: Article 104/2 of the German Civil Code.

الاضطراب العقلي بشكل ضمني إلى حالة دائمة وحالة مؤقتة. كما أقر بأن إعلان النية في حالة فقدان العقل أو الاضطراب العقلي المؤقت يعد باطلاً[1].

ويظهر من العرض السابق، ما يلي:

– اقتصار بعض التشريعات على بيان حكم تصرفات المجنون، والإقرار بعدم نفاذها، دون أن تبين صور الجنون ما إذا ما كان متقطعاً أو مستمراً، كما فعل المشرع الجزائري، غير أنه تجب الإشارة هنا إلى التعارض الذي وقع فيه المشرع؛ حيث أقر بموجب المادة 81 من ق.أ، وكذا المادة 1/42 من ق.م، بأن المجنون هو عديم الأهلية، وكل من هو فاقد للأهلية يمنع قانوناً من كل التصرفات، وإذا صدرت منه فإنها باطلة بطلاناً مطلقاً، غير أن هذا الأمر لم يتطابق والحكم الذي نص عليه المشرع في المادة 85 في صياغتها العربية التي نصت على حكم تصرفات المجنون واعتبرتها غير نافذة، وهذا يعني أنها تقع صحيحة في انتظار إقرار الوليّ بنفاذها، فإن أقرها رتبت آثارها القانونية، وهذا الأمر غير مستساغ، لذا يحسن بالمشرع إعادة النظر في المسألة، خاصة أنه في الصياغة الفرنسية للمادة نفسها قد اعتبرها باطلة[2].

– اعتماد بعض التشريعات العربية على أمرين في التصريح بحكم تصرفات المجنون؛ حالة الجنون، ووقت صدور التصرف؛ حيث تبنت حكمين، كل حكم يختص بصورة معينة، فتكون تصرفات المجنون حال الإفاقة وقبل الحجر عليه صحيحة، بينما إذا صدرت بعد الحجر وكان جنونه مستمراً، فتصرفاته باطلة.

– قياس بعض التشريعات العربية تصرفات المجنون على تصرفات القاصر المميز وغير المميز، فجعلت المجنون المطبق في حكم الصبي غير المميز، واعتبرت تصرفاته باطلة، في حين جعلت المجنون غير المطبق في حكم الصبي المميز، وبالتالي تكون تصرفاته كالتصرفات الصادرة عن الصغير المميز بصورها الثلاث.

– انفراد تشريعات عربية أخرى بتوجه مغاير للبقية، حيث جعلت بيان حكم تصرفات المجنون مرتبطاً بوقت صدور التصرف منه؛ قبل الحجر وبعده، فتبنت حكمين؛ أولهما بطلان التصرفات الصادرة بعد الحجر، وثانيهما عدم بطلان تصرفات المجنون الصادرة منه قبل الحجر ما لم تتوافر فيه الشروط المبينة أعلاه حسب موقف هذه التشريعات.

---

[1] Check: Article 105 of the German Civil Code.

[2] ورد نص المادة 85 من ق.أ بصياغتها الفرنسية، كما يلي:

"les actes d'une personne atteinte de démence، d'imbécillité ou de prodigalité, accomplis sous l'empire de l'un de ces états sont nuls".

ب- حكم تصرفات المعتوه: تطرقت التشريعات العربية إلى حكم تصرفات المعتوه، وانقسمت بشأنه كذلك إلى توجهات مختلفة، توجه اعتبر المعتوه في حكم الصبي المميز، ومن ثم، تأخذ تصرفاته حكم تصرفات ذلك الصبي، وهو موقف كل من المشرع المغربي، والمشرع الأردني، والمشرع العراقي، والمشرع الكويتي[1].

في حين ذهب توجه آخر إلى إخضاع تصرفات المعتوه لحكم تصرفات الصبي المميز، وهذا بعد صدور قرار الحجر عليه، وهذا موقف المشرع العماني، والقانون العربي الموحد الكويتي. ويظهر الفرق بين التوجهين أن التوجه الأول لم يبين وقت صدور تصرفات المعتوه، أهو بعد الحجر عليه أم قبله، على عكس التوجه الثاني.

وهناك توجه آخر، اعتمدت التشريعات من خلاله على معيار وقت صدور التصرف من المعتوه، هل كان قبل الحجر أم بعده؛ فإذا كان بعد تسجيل قرار الحجر عليه، اعتبر باطلاً، وأما إذا صدر قبل الحجر عليه، فيكون صحيحاً، وذلك بتحقق شرطين أو أحدهما؛ إذا لم يكن العته ثابتاً وقت التعاقد، وعدم علم الطرف الثاني بعته، وهذا التوجه تبناه كل من المشرع المصري، والمشرع الليبي، والمشرع الفلسطيني، والمشرع البحريني، والمشرع الصومالي، والمشرع القطري، والمشرع السوداني، والمشرع العماني، وق.ع.م.أ.ش.الكويتي[2].

وهناك توجه آخر، اكتفى بذكر الحكم المترتب على تصرفات المعتوه، في حالتين، وقت العته، ووقت صدور الحكم، وهو ما تبناه المشرع الجزائري؛ حيث اقتصر حكمه على القول بأن تصرفات المعتوه غير نافذة إذا صدرت في حالة العته، ولم يفصل في الأمر أكثر، حسب ما ورد في المادة 85 من ق.أ، وأشار في المادة 107 من القانون نفسه بأن تصرفات المحجور عليه للعته تكون باطلة بعد الحكم عليه، وتأخذ حكم البطلان كذلك إذا كان العته ظاهراً وقت صدور التصرفات منه.

في حين قرر المشرع السوري بشأن تصرفات المعتوه الحكم نفسه الذي قرره فيما يخص تصرفات المجنون، كما سبق شرحه أعلاه، ومن ثم، فالمعتوه يخضع لقانونين؛ إما ق.م، وإما ق.أ، حسب نوع التصرف الذي يقوم به.

---

[1] يراجع: المادة 228 من م.أ.المغربية، والمادة 212/أ-1 من ق.أ.ش، وكذا المادة 1/128 من ق.م.الأردني، والمادة 107 من ق.م.العراقي، والمادة 99 من ق.م.الكويتي.

[2] يراجع: المادة 1/144 من ق.م.المصري، والمادة 1/144 من ق.م.الليبي، والمادة 111 من ق.م.الفلسطيني، والمادة 1/78 من ق.م.البحريني، والمادة 113 من ق.م.الصومالي، والمادة 1/119 من ق.م.القطري، والمادة 1/58 من ق.م.م.السوداني، والمادة 156/جـ من ق.أ.ش.العماني، والمادة 158/جـ من ق.ع.م.أ.ش.الكويتي.

وبناء على ما سبق بيانه، نبدي الملاحظات الآتية:

– اتفاق بعض التشريعات العربية على إلحاق وصف المعتوه بالصبي المميز في تصرفاته؛ على أن منها لم يذكر وقت الحجر، والبعض الآخر ربطه بوقت صدور التصرف بعد قرار الحجر.

– توجه بعض التشريعات إلى إقرار الحكم نفسه الذي أقرته بشأن تصرفات المجنون، قبل الحجر عليه وبعده، وإلحاقه بتصرفات الصبي المميز، بالنسبة لتصرفات المعتوه.

– اكتفاء المشرع الجزائري بذكر الحكم المترتب على تصرفات المعتوه، والقول بعدم نفاذها، غير أن هذا الحكم أوقعه في تناقض وتعارض بين أحكام ق.م وق.أ، فمن جهة اعتبر العته من العوارض المعدمة للأهلية، إذ بموجبه لا يتمتع الشخص بالأهلية التي تخول له القيام بأي تصرف، فيكون في حكم الصبي غير المميز، وهذا ما نص عليه في المادة 42 من ق.م، ومن جهة أخرى أقر بعدم نفاذ تصرفات المعتوه في المادة 85 من ق.أ، والملاحظة هنا ذاتها التي أشرنا إليها عند التعليق على موقف المشرع بخصوص تصرفات المجنون؛ فإذا كان المعتوه عديم الأهلية فتصرفاته باطلة بطلاناً مطلقاً، وليست صحيحة تنتظر النفاذ، وهو الأمر الذي يتوافق مع المادة 85 من ق.أ بصياغتها الفرنسية[1].

ج– حكم تصرفات السفيه: نظمت التشريعات العربية الأحكام المتعلقة بالسفيه كغيره ممن يعتريهم عارضٌ من عوارض الأهلية، ومن ثم بينت هذه التشريعات حكم تصرفاته الصادرة منه وهو في حالة سفه.

على أن هذه التشريعات العربية انقسمت إلى توجهات في بيان حكم تصرفات السفيه، فهناك توجه اعتبر أن تصرفاته غير نافذة، كالمشرع الجزائري، والمشرع الموريتاني في ق.أ لكل منهما[2].

وتوجه آخر بيّن حكم تصرفات السفيه في حالتين؛ الحالة الأولى إذا صدرت منه هذه التصرفات قبل الحجر، بشرط أن لا تكون نتيجة لاستغلال أو تواطىء تعرض له هذا السفيه؛ أي أن صحة تصرفاته تكون مرهونة بعدم وجود استغلال أو تواطىء، وهو موقف كل من المشرع المصري،

---

[1] ضف على هذا فإن المشرع في الأمر رقم 75–58 المتعلق بق.م، كان متناقضاً في أحكامه بشأن المعتوه؛ حيث كان يعتبر العته عارضاً من عوارض الأهلية معدماً ومنقصاً لها في الوقت ذاته، فبينما اعتبرت المادة 42 المعتوه عديم الأهلية كالمجنون، بينما اعتبرته المادة 43 ناقص الأهلية فقط كالصبي المميز والسفيه، وجارتهما في ذلك المادة 85 من ق.أ، فإن كان منطوق المادة السابقة؛ أي 43 من ق.م يتوافق مع المادة 85 من ق.أ الحالي؛ باعتبار أن المعتوه ناقص الأهلية فتكون تصرفاته غير نافذة، فإن الأمر الآن غير ذلك، حيث أن المشرع تدارك الأمر واعتمد العته ضمن الصفات المعدمة للأهلية، لكنه أبقى الحكم نفسه في ق.أ، مما جعله متناقضاً بشأن حكم تصرفاته كما ذكرنا. يراجع: علي علي سليمان، عند إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، مجلة الشرطة، ع.39، المديرية العامة للأمن الوطني، الجزائر، 1989م، ص.35.

[2] يراجع: المادة 85 من ق.أ.الجزائري، والمادة 173 من م.أ.ش.الموريتاني.

والمشرع الليبي، والمشرع السوري[1]، والمشرع العماني، والمشرع الكويتي، والمشرع الأردني، والمشرع العراقي، والمشرع السوداني، والمشرع الإماراتي، والمشرع الفلسطيني، والمشرع البحريني، والمشرع القطري، وق. ع.م.أ.ش.الكويتي[2].

أما الحالة الثانية إذا صدرت منه تصرفات بعد الحجر عليه، فهنا يخضع السفيه لأحكام الصبي المميز؛ أي أن تصرفاته النافعة نفعاً محضاً تكون صحيحة، وتكون تصرفاته الضارة ضرراً محضاً باطلة، أما تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر فتكون متوقفة على إجازة الوليّ حسب نظره وتقديره لمصلحة السفيه، وفق ما أقرته هذه التشريعات[3].

في حين تبنى المشرع التونسي توجهاً آخر[4]؛ واعتبر أن كل تصرفات السفيه التي باشرها قبل الحجر تكون صحيحة نافذة ولا رجوع فيها، والمشرع هنا لم يربط صحة ونفاذ تصرفات السفيه بمدى خلوها من الاستغلال والتواطىء، كما نصت عليه التشريعات السابق ذكرها. أما بخصوص تصرفات السفيه التي تصدر عنه بعد الحجر، فجعل المشرع نفاذها متوقفاً على إجازة وليّه؛ بمعنى أنه ألحق تصرفات السفيه المحجور بتصرفات المميز في وصفها الثالث، وهي التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، مما يفهم ضمنياً أن باقي الصنفين؛ التصرفات النافعة نفعاً محضاً والضارة ضرراً محضاً الصادرة عن السفيه المحجور تخضع هي الأخرى لأحكام تصرفات الصبي المميز. ومن ثم، يكون المشرع

---

[1] لقد أقر المشرع السوري بصحة ونفاذ تصرفات السفيه إذا صدرت منه قبل الحجر بموجب المادة 1/404 من ق.أ.ش، دون ربط صحة ونفاذ هذه التصرفات بأي شرط عكس ما نص عليه في ق.م، ومن ثم، إذا كان السفيه بصدد قيامه بتصرفات تدخل تحت نطاق ق.أ فإنه يسري عليه الحكم الوارد في هذا القانون، بينما إذا كانت تصرفاته تندرج ضمن ق.م فيطبق عليها الحكم الذي نص عليه هذا القانون. يراجع: المرسوم التشريعي رقم 59 المتضمن ق.أ.ش.السوري، الصاد بتاريخ 7 سبتمبر 1953م.

[2] ورد حكم تصرفات السفيه حسب التشريعات المشار إليها في المواد الآتي ذكرها: المادة 2/115 من ق.م.المصري، والمادة 2/115 من ق.م.الليبي، والمادة 2/116 من ق.م.السوري، 156/د من ق.أ.ش.العماني، والمادة 2/101 من ق.م.الكويتي، والمادة 213/ب من ق.أ.ش، وكذا المادة 2/129 من ق.م.الأردني، والمادة 109 من ق.م.العراقي، والمادة 3/230 من ق.أ.ش، وكذا المادة 2/59 من ق.م.م.السوداني، والمادة 3/175 من ق.أ.ش، وكذا المادة 2/170 من ق.م.م.الإماراتي، والمادة 2/112 من ق.م.الفلسطيني، والمادة 79 من ق.م.البحريني، والمادة 2/120 من ق.م.القطري، والمادة 158/د من ق. ع.م.أ.ش.الكويتي.

[3] يراجع: المادة 1/115 من ق.م.المصري، والمادة 228 من م.أ.المغربية، والمادة 1/115 من ق.م.الليبي، والمادة 1/116 من ق.م.السوري، والمادة 156/ب من ق.أ.ش.العماني، والمادة 1/101 من ق.م.الكويتي، والمادة 213/أ من ق.أ.ش، وكذا المادة 1/129 من ق.م.الأردني، والمادة 109 من ق.م.العراقي، والمادة 4/230 من ق.أ.ش، وكذا المادة 1/59 من ق.م.م.السوداني، والمادة 2/175 من ق.أ.ش، وكذا المادة 1/170 من ق.م.م.الإماراتي، والمادة 158/ب من ق. ع.م.أ.ش.الكويتي، والمادة 1/112 من ق.م.الفلسطيني، والمادة 63 من ق.م.اليمني، والمادة 79 من ق.م.البحريني، والمادة 1/120 من ق.م. القطري.

[4] يراجع: الفصل 165 من م.أ.ش.التونسية.

التونسي قد ساير التشريعات المشار إليها بخصوص تصرفات السفيه في الحالة الثانية؛ أي بعد الحجر عليه.

بينما اتخذ المشرع الصومالي موقفاً مغايراً لموقف التشريعات السابقة، حيث صرح فقط بالتصرفات الصادرة عن السفيه بعد الحجر عليه، واعتبرها غير باطلة ولا تكون قابلة للإبطال ما لم تبرم عن طريق استغلال هذا السفيه أو تم التواطؤ عليه، وهذا بموجب المادة 115 من ق.م[1]، ولم يتحدث عن تصرفات السفيه التي تصدر قبل الحجر، والتي يمكن اعتبارها صحيحة بمفهوم المخالفة لما نص عليه المشرع الصومالي.

ويظهر مما سبق سوقه، ما يلي:

– اقتصار المشرع الجزائري على ذكر حكم تصرفات السفيه، والقول باعتبارها غير نافذة، دون تفصيل أو بيان لهذه التصرفات، وبالنظر إلى أن المشرع قد ألحق السفيه بالصبي المميز طبقاً للمادة 43 من القانون رقم 05-10 المتضمن ق.م، فإن تصرفاته تكون إما نافعة نفعاً محضاً، وإما ضارة ضرراً محضاً، وإما مترددة بين النفع والضرر. وما يؤخذ على المشرع الجزائري، أنه جمع بموجب المادة 85 من ق.أ، السالف ذكرها، بين السفيه، والمجنون، والمعتوه، واعتبر تصرفاتهم غير نافذة، وهذا الحكم إن كان يصدق على السفيه، فإنه لا يصدق على المجنون والمعتوه. كما لا يفوتنا البيان أن المشرع الجزائري، بالمادة نفسها بصياغتها بالفرنسية جعل تصرفات السفيه باطلة، وهذا لا يتمشى ووصفه باعتباره ناقص الأهلية. فضلاً عما نص عليه في المادة 107 من ق.أ السالفة الذكر؛ حيث أتى بحكم عام يتعلق بتصرفات المحجور عليه، مما يجعله ينصرف إلى تصرفات السفيه أيضاً؛ لأنه محجور عليه للسفه، ويجب البيان أيضاً أن كل هذه الأحكام تتعارض كلها مع نص المادة 101 من ق.م، التي جعلت ضمنياً تصرفات السفيه قابلة للإبطال. لذا ندعو المشرع إلى إعادة النظر في هذه الأحكام[2].

– اتجاه بعض التشريعات العربية إلى تقسيم تصرفات السفيه إلى نوعين؛ التصرفات التي تصدر قبل الحجر، والتصرفات التي تصدر بعده، فإذا كانت قبل الحجر فتصرفاته تكون صحيحة ما لم تكن نتيجة استغلال أو تواطؤ، في حين أن بعض التشريعات لم تشترط هذا الأمر، كما فعل المشرع التونسي، وإذا كانت بعد الحجر فتأخذ حكم تصرفات الصبي المميز.

---

[1] القانون رقم 37 بشأن ق.م.الصومالي، الصادر بتاريخ 02 يونيو 1973م.

[2] رباحي أحمد، حكم التصرفات القانونية لناقص الأهلية، المرجع السابق، ص.40.

– اتجاه بعض التشريعات إلى إقرار بطلان تصرفات السفيه الصادرة بعد الحجر، ولم تشر إلى تصرفاته الصادرة قبل الحجر، وهو موقف المشرع الصومالي.

– ألحق مشرع جزر القمر السفيه بالمجنون، فاعتبره غير قادر على ممارسة حقوقه بشكل جزئي، ومن ثم، تكون تصرفاته عديمة الأثر[1].

د– حكم تصرفات ذي الغفلة: نص المشرع الجزائري على الغفلة باعتبارها عارضاً من عوارض الأهلية في ق.م بموجب المادة 43 منه، وألحق ذا الغفلة بالسفيه والصغير المميز، في حين أنه لم يذكره؛ سواء سهواً منه أو تعمداً في المادة 85 من ق.أ التي تبين حكم تصرفات المجنون، والمعتوه، والسفيه، بالرغم من أنه أقر نظام النيابة الشرعية على أموال ذي الغفلة؛ باعتباره ناقص الأهلية.

وعليه، يمكن القول حسب ما نص عليه المشرع في ق.م، إن تصرفات ذو الغفلة تكون قابلة للإبطال كحكم تصرفات كل من الصبي المميز، والسفيه وفق المادة 101 من ق.م.

كما ألحقت التشريعات العربية الأخرى تصرفات ذي الغفلة بتصرفات السفيه[2]، وذلك بالنسبة للتوجهات التي تحدثت عن تصرفات السفيه الصادرة عنه قبل الحجر وبعده، وهو موقف كل من المشرع المصري، والمشرع الليبي، والمشرع العماني، والمشرع الكويتي، والمشرع الأردني، والمشرع السوداني، والمشرع الإماراتي، والمشرع القطري، والمشرع البحريني، والمشرع الفلسطيني، والقانون العربي الموحد الكويتي، حيث أقرت هذه التشريعات الحكم نفسه بالنسبة لذي الغفلة؛ أي إنه إذا صدرت عنه تصرفات قبل أن يتم الحجر عليه، فإنها تكون صحيحة إن لم يبرمها نتيجة لتواطىء واستغلال[3].

في حين اكتفى المشرع التونسي بالإشارة إلى التصرفات التي تصدر عن ضعيف العقل قبل الحجر، ونص على إمكانية إبطالها في حالة ما عُرف أو ظهر بأنه ضعيف العقل وقت الإبرام. ولم

---

[1] Se référer à l'article 128/1, et l'article 131 du Code de la famille des Comores.

[2] نص المشرع العراقي صراحة أن ذا الغفلة حكمه حكم السفيه، وذلك بموجب المادة 110 من ق.م.

[3] يراجع: المادة 2/115 من ق.م.المصري، والمادة 2/115 من ق.م.الليبي، والمادة 156/د من ق.أ.ش.العماني، والمادة 1/101 من ق.م.الكويتي، والمادة 2/129 من ق.م، وكذا المادة 213/ب من ق.أ.ش.الأردني، والمادة 1/59 من ق.م.م، وكذا المادة 3/230 من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 2/170 من ق.م.م.الإماراتي، والمادة 2/120 من ق.م.القطري، والمادة 79 من ق.م.البحريني، والمادة 2/112 من ق.م.الفلسطيني، والمادة 158/د من و.ق.ع.م.أ.ش.الكويتي.

يتطرق إلى التصرفات التي تصدر عنه بعد الحجر[1]. وإذا حجر عليه وأبرم تصرفات فتخضع لحكم تصرفات الصبي المميز كذلك، حسب ما نصت عليه التشريعات العربية التي أخذت بهذا التوجه[2].

بينما اتجهت تشريعات أخرى إلى إعطاء الحكم نفسه الذي أقرته في نصوصها فيما يتعلق بتصرفات السفيه، وتطبيقه على تصرفات ذي الغفلة، وهو توجه كل من المشرع السوري، والمشرع الصومالي[3].

والبيان السابق، يمكن من خلاله استخلاص ما يلي:

– قيام المشرع الجزائري بإلحاق ذي الغفلة بالسفيه وبالصبي المميز، ومن ثم، تترتب عليه الأحكام المتعلقة بهما، وفق ق.م، لأنه لم يتحدث إطلاقاً عن ذي الغفلة في ق.أ، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يذكر ذي الغفلة بموجب الأمر رقم 75–58 المتعلق بق.م، وذكر بدلاً عنه المعتوه[4]، غير أن المشرع عاد وصحح الوضع مع تعديل سنة 2005.

– اتجهت أغلب التشريعات العربية إلى إلحاق حكم تصرفات ذي الغفلة بتصرفات السفيه، فما نصت عليه في باب السفه، ذكرته بالنسبة لذي الغفلة؛ بمعنى أن تصرفاته قبل الحجر تعد تصرفات صحيحة ما لم تكن بسبب الاستغلال أو التواطىء، وما كان منها بعد الحجر فيأخذ حكم تصرف الصبي المميز.

– تبنت بعض التشريعات فيما يتعلق بتصرفات ذي الغفلة ما نصت عليه بخصوص تصرفات السفيه، وهو موقف كل من المشرع السوري، والمشرع الصومالي.

---

[1] يراجع: الفصل 163 من م.أ.ش.التونسية.

[2] يراجع: المادة 1/115 من ق.م.المصري، والمادة 1/115 من ق.م.الليبي، والمادة 156/ب من ق.أ.ش.العماني، والمادة 1/101 من ق.م.الكويتي، والمادة 213/أ من ق.أ.ش، وكذا المادة 1/129 من ق.م.الأردني، والمادة 109 من ق.م.العراقي، والمادة 4/230 من ق.أ.ش، وكذا المادة 1/59 من ق.م.م.السوداني، والمادة 1/170 من ق.م.م.الإماراتي، والمادة 1/120 من ق.م.القطري، والمادة 158/ب من و.ق.ع.م.أ.ش.الكويتي، والمادة 1/112 من ق.م.الفلسطيني، والمادة 79 من ق.م.البحريني.

[3] يراجع: المادة 166 بفقرتيها (1 و2) من ق.م، وكذا المادة 404 من ق.أ.ش.السوري، والمادة 114 من ق.م.الصومالي.

[4] وقع المشرع في غلط بين المصطلحين؛ العته والغفلة، وذلك بين نص المادتين 42 و43 من ق.م بالصياغة العربية، والصياغة الفرنسية؛ فبالرجوع لنص المادة 42 بالصياغة الفرنسية نجد أنه ذكر مصطلح: "faiblesse d'esprit" للدلالة على العته، وذكر بالمادة 43 السفيه بمصطلح: "prodigue"، وذا الغفلة بمصطلح: "frappé d'imbécillité"، إذاً، فالنص الفرنسي للمادتين هو الصحيح؛ لأنه يعتبر المجنون، والمعتوه عديمي الأهلية، كالصبي غير المميز في المادة 42، ويعتبر السفيه وذا الغفلة ناقصي الأهلية، كالصبي المميز في المادة 43. يراجع: علي علي سليمان، عند إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.35؛ رباحي أحمد، حكم التصرفات القانونية لناقص الأهلية، المرجع السابق، ص.41.

وما يلاحظ على بعض التشريعات العربية، أنها أقرت صحة تصرفات السفيه وذي الغفلة بعد الحجر، ما لم تكن نتيجة تواطىء أو استغلال القاصرين، فالتواطؤ أو ما يسمى بالصورية يقصد به اتفاق طرفي التصرف القانوني على إخفاء إرادتيهما الحقيقية تحت شعار أو مظهر كاذب؛ سواء كانت الصورية مطلقة، أم نسبية، وذلك لغرض ما يخفيانه عن الغير[1]، أو هي ارتباط عقد خفي متزامن بآخر ارتباط ظاهر مقبول شرعاً لمصلحة ما[2]. أما الاستغلال فهو في جوهره اغتنام فرصة يكون فيها المتعاقد في حالة ضعف، فتضطره إلى التعاقد رغم عدم تعادل الأداء الذي يؤديه الطرف الآخر مع الأداء الذي يحصل عليه منه[3]. إذاً، فمتى ثبت تصرف السفيه أو ذي الغفلة نتيجة هذين الأمرين فإن عقدهما يكون قابلاً للإبطال.

2- حكم تصرفات القاصر بالنظر إلى وجود مانع في الأهلية: تتمثل موانع الأهلية في الموانع المادية، والموانع الطبيعية، وكل شخص كان به أحد هذه الموانع ترتب على تصرفاته حكماً مختلفاً عن الآخر، وعليه سنبين هذه الموانع كما يلي:

أ- الموانع المادية: نبين حكم تصرفات المفقود، ثم حكم تصرفات الغائب كما يلي:

أ-1- تصرفات المفقود: اتجهت بعض التشريعات العربية إلى إعطاء مهمة حصر أموال المفقود إلى القاضي أو الحاكم، إذا لم يترك وكيلاً قبل فقده، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري، والمشرع التونسي، ومن ثم يعين مقدماً يقوم بإدارة أموال الشخص المفقود من أقربائه أو غيرهم[4].

وهناك توجه آخر، جعل مهمة حصر أموال المفقود للشخص الذي يعين من أجل إدارتها، قد يكون وكيلاً قضائياً يقوم بحصر أمواله، وتدار وفق إدارة أموال القاصر[5]، بل من التشريعات من نظم الأحكام المتعلقة بالمفقود والغائب تحت عنوان الوكالة القضائية، كالمشرع السوري، والمشرع الإماراتي، والمشرع العماني، أو قد يكون قيماً[6]، وهو موقف المشرع السوداني، والمشرع الأردني.

---

(1) عرفات نواف فهمي مرداوي، الصورية في التعاقد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2010م، ص.9.

(2) عدنان عبد الهادي حسن حسان، أحكام العقود الصورية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، فلسطين، 1427هـ، 2006م، ص.54.

(3) نائل علي مساعدة، حكم الاستغلال في عقود المعلوماتية في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، م.9، ع.1، جامعة آل البيت، الأردن، 1434هـ، 2013م، ص.7.

(4) يراجع: المادة 111 من ق.أ.الجزائري، والفصل 83 من م.أ.ش.التونسية.

(5) يراجع: المادة 410 من ق.أ.ش.السوري، والمادتين 234 و235 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادتين 191 و192 من ق.أ.ش.العماني.

(6) يراجع: المادتين 260 و261 من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 247 بفقرتيها (أ وب) من ق.أ.ش.الأردني.

كما نصت بعض التشريعات، بأن أموال المفقود لا تورث ولا تقسم إلاّ بشرط صدور حكم يقضي بموته، إذا لا يمكن التصرف في أمواله قبل أن يصدر القاضي حكماً بالوفاة، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري، والمشرع الأردني، والمشرع الموريتاني[1].

في حين اتخذ المشرع الإماراتي موقفاً مغايراً لهذه التشريعات، حيث لم يربط مسألة تقسيم أموال المفقود بصدور حكم الوفاة، بل بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ إعلان فقده؛ أي إنه يتم إصدار حكم بموت المفقود إذا ما قام الدليل على وفاته، وبعد مرور هذه المهلة يتم تقسيم الأموال[2]. ولكننا نعتقد أن هذه المدة التي حددها المشرع طويلة جداً، خاصة إذا كان له ورثة، لذا يستحسن على المشرع الإماراتي إعادة النظر في هذه المدة وتحديدها بفترة أقصر.

فإن قسمت أموال المفقود بعد الحكم بموته، ثم ظهر حياً، فله أن يسترجع ما بقي من أمواله عيناً أو قيمة ما بيع منها، وهو موقف المشرع الجزائري، وهناك من ذهب إلى القول بإمكانية أن يسترجع ما بقي من تركته ولا يطالبهم بما ذهب من أيديهم، وهو ما نص عليه المشرع الكويتي في المادة 333 من ق.أ.ش[3]، وهو أيضاً موقف بعض التشريعات العربية[4].

ولقد أشار المشرع الكويتي إلى نقطة أخرى لم تتطرق لها باقي التشريعات، وهي حق المفقود في ميراث مورثه، إذ أقر بوقفه له إن ظهر حياً، أما إن صدر حكماً بموته استحق ورثته ما ورثه عن مورثه، فإن ظهر حياً بعد الحكم أخذ ما تبقى من نصيبه في تركة مورثه من ورثته[5]. فالأصل أنه لا يرث المفقود من قريبه إذا مات وقت فقده؛ لأن من شرط الإرث من الغير تحقق حياة الوارث وقت

---

[1] يراجع: المادة 115 من ق.أ.الجزائري، وبمفهوم المخالفة لنص المادة 252/ب من ق.أ.ش.الأردني، والمادة 239 من م.أ.ش.الموريتانية.

[2] نصت المادة 4/237 من ق.أ.ش.الإماراتي على ما يلي: *"لا توزع أموال المفقود الذي حكم بموته إلاّ بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ إعلان فقده"*.

[3] القانون رقم 51 المتضمن ق.أ.ش.الكويتي، سنة 1984م، الجريدة الرسمية –الكويت اليوم–، ع.1570، الصادرة بتاريخ 24 شوال 1404هـ، الموافق لـ 23 جويلية 1984م، المعدل بالقانون رقم 61، لسنة 1961م، الجريدة الرسمية –الكويت اليوم–، ع.276، وبالقانون رقم 29، لسنة 2004م، الجريدة الرسمية –الكويت اليوم–، ع.664، وبالقانون رقم 66، لسنة 2007م، الجريدة الرسمية –الكويت اليوم–، ع.852.

[4] يراجع: المادة 115 من ق.أ.الجزائري، والمادة 2/239 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 266/أ من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 1/197 من ق.أ.ش.العماني، والمادة 1/253 من ق.أ.ش.الأردني، والمادة 412 من ق.أ.ش.السوري.

[5] يراجع: المادة 332 بفقرتيها (1 و2) من ق.أ.ش.الكويتي.

موت مورثه، وحياة المفقود غير محققة، ولكن لاحتمال ظهوره حياً، وبالتالي استحقاقه الميراث ممن مات أثناء فقده، وحفظاً لحقه، يوقف له نصيبه من تركة مورثه إلى أن ينكشف حاله[1].

ويظهر من عرض موقف التشريعات العربية بشأن حكم التصرف في مال المفقود، ما يلي:

– إيكال مهمة حصر أموال المفقود بعد الحكم بالفقد إلى أشخاص محددين، وهم: إما القاضي، أو الحاكم، أو الوكيل القضائي، أو القيم؛ إذ يقع على عاتق الشخص المخول بهذه المهمة حصر وجمع أموال المفقود وإداراتها كما تسير أموال القصر. غير أنه يجب التنبيه هنا أن المشرع الوضعي أعطى سلطة واسعة للشخص الذي توكل له مهمة إدارة أموال المفقود؛ حيث أنه لم يحدد له سلطات معينة، ولم يرسم له حدوداً يلتزم بها.

– وجوب صدور حكم وفاة المفقود وذلك حتى يتسنى تقسيم أمواله بين ورثته.

– إن رجوع المفقود حياً إلى أهله يخول له حق استرجاع أمواله المتبقية في يد ورثته، ولا يحق له مطالبتهم بما استهلكوه، عكس ما ذهب إليه المشرع الجزائري الذي أعطاه حق طلب قيمة الأموال التي قاموا ببيعها.

– اعتبر المشرع الكويتي المفقود من الورثة الذين يستحقون نصيبهم في تركة مورثهم ويوقف له حتى يظهر حياً، وإلاّ استحقه ورثته بعد حكم وفاته.

أ– 2– تصرفات الغائب: اكتفت بعض التشريعات العربية بالقول بوجوب تعيين شخص يعتبر وكيلاً قضائياً أو قيماً يعينه القاضي، فيقوم هذا الشخص بحصر أموال الغائب وإدارتها كما تدار أموال القصر[2]، وهذه التشريعات لم تفصل في باقي المسائل كما فعلت مع أموال المفقود.

في حين أتى المشرع اليمني بتوجه آخر، نص عليه بموجب المادة 53 من ق.م، والتي ورد نصها كالآتي: "الغائب الذي خفيّ مكانه وانقطعت أخباره ومضت سنة على غيابه، ولم يكن له وكيل أو وليّ أو وصيّ تعتبر كل من زوجة الغائب وأولاده البالغون وكلاء عنه في ماله لإدارته والمحافظة عليه والإنفاق منه على من تلزمه نفقتهم وقضاء ديونه واقتضاء حقوقه، فإذا لم يكن له زوجة ولا أولاد أو ثبت تفريطهم وخشي ضياع المال تعين المحكمة منصوباً عنه مقدمة في ذلك الرشيد الأمين من أقاربه

---

[1] علي عبد العزيز عبد المولى، الوجيز في أحكام المفقود، مجلة الجامعة الأسمرية الإسلامية، ع.26، الجامعة الأسمرية الإسلامية، ليبيا، 2016م، ص.9.

[2] يراجع: المادتين 234 و235 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادتين 191 و192 من ق.أ.ش.العماني، والمادة 247 بفقرتيها (أ وب) من ق.أ.ش.الأردني، والمادتين 260 و261 من ق.أ.ش.السوداني.

تسلم إليه أموال الغائب للمحافظة عليها ويكون له سلطات الوصي وعليه واجباته تحت إشراف المحكمة".

ويبدو أن المشرع اليمني كان موفقاً مقارنة بباقي التشريعات العربية في مسألة أموال الغائب؛ لأنه حدد وبصفة واضحة المهام والسلطات التي تخول للشخص الذي يتولى إدارة أموال الغائب؛ إذ أوكلها للزوجة أو لأولاد الغائب البالغين للقيام بما هو وارد في نص المادة من إدارة الأموال، والمحافظة عليها، والنفقة، وغيرها، وجعلهم؛ أي الزوجة والأولاد بالمرتبة الأولى من حيث الأشخاص الذين يحق لهم إدارة هذه الأموال، فإن لم يكونوا موجودين أو ثبت عدم قدرتهم أو تبذيرهم للأموال، عينت أو نصبت المحكمة شخصاً آخر، يكون شخصاً راشداً أميناً من أقارب الغائب تخول له ذات السلطات التي يتولاها الوصي.

ب– الموانع الطبيعية: تحدثت التشريعات العربية عن الموانع الطبيعية باعتبارها عائقاً يحول دون تصرف الشخص في شؤونه الخاصة، وكما ذكرنا في الباب الأول، أنها اعتمدت على ذكر ثلاث حالات تتوافر في الشخص بشكل مزدوج؛ أي اجتماع عاهتين من الثلاث، وهي حسب ما ذكرت في القانون: الصم والبكم، والعمى والصم، والعمى والبكم، فأي شخص تحقق فيه الشرط، يتعذر عليه التعبير عن إرادته، وتسيير شؤونه.

فهناك تشريعات نصت بضرورة تعيين مساعد قضائي[1]؛ والمساعدة القضائية هي نظام مستحدث من قبل التشريعات الوضعية في حالات خاصة لأشخاص معينين، توكل لهم مهمة القيام بالتصرفات التي لا يمكن لهؤلاء القيام بها، هذا[2].

وهناك توجه ثانٍ، أخذ به المشرع الأردني، والمشرع العراقي، والمشرع السوداني، أقر بتعيين وصي أو قيم تخول له مهمة القيام بشؤون الشخص الذي توجد فيه العاهة[3].

---

[1] تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري في الأمر رقم 58–75 المتعلق بق.م، كان يقضي بتعيين وصي على من توافرت فيه إحدى العاهات المزدوجة، وذلك بموجب المادة 1/80، والتي وردت على النحو الآتي: *"إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له وصياً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته".*

[2] يراجع: المادة 80 من ق.م.الجزائري، والمادة 117 من ق.م.المصري، والمادة 117 من ق.م.الليبي، والمادتين 414 من ق.أ.ش، وكذا 1/118 من ق.م.السوري، والمادة 107 من ق.م.الكويتي، والمادة 173 من ق.م.م.الإماراتي، والمادة 95 من ق.م.م.العماني، والمادة 127 من ق.م.القطري، والمادة 1/115 من ق.م.الفلسطيني، والمادة 1/116 من ق.م. الصومالي.

[3] يراجع: المادة 132 من ق.م.الأردني، والمادة 104 من ق.م.العراقي، والمادة 1/61 من ق.م.م.السوداني.

كما انقسمت التشريعات إلى توجهين في تحديد حكم التصرف الصادر من الشخص الذي تقرر تعيين مساعد قضائي له، أو وصي، فالتوجه الأول اعتبر العقد الصادر من هذا الشخص قابلاً للإبطال، وهو موقف كل من المشرع الجزائري، والمشرع المصري، والمشرع الليبي، والمشرع الكويتي، والمشرع القطري، والمشرع الفلسطيني، والمشرع الصومالي[1]. في حين ذهب التوجه الثاني، وهو ما أخذ به المشرع السوداني، والمشرع العماني، إلى القول بأن التصرف الصادر من هذا الشخص يعتبر تصرفاً موقوفاً[2].

في حين نجد أن المشرع السوري قضى بحكمين في المسألة؛ حيث اعتبر تصرفه قابلا للإبطال بموجب المادة 2/188 من ق.م، بينما اعتبره عقداً موقوفاً بموجب المادة 415 من ق.أ.ش.

ومن خلال ما سبق، نخلص إلى ما يلي:

– توجهت أغلب التشريعات العربية إلى تحديد العاهة التي تمنع صاحبها من التصرف في شؤونه، وتكون بشكل مزدوج، وما نلاحظه أن بعض التشريعات ذكرت بصفة عامة مصطلح العجز الجسماني وخصته بالعاهات السابقة الذكر، كالمشرع السوري، والمشرع الكويتي[3]، في حين اقتصر المشرع اليمني على ذكر الأخرس بصفة خاصة[4].

– غياب التحديد الدقيق للسلطات المخولة للمساعد القضائي، أو الوصي، القائم بشؤون الشخص المعاق، والحدود التي لا يمكنه تجازوها، بدليل أنه ذكر في العديد من المواد عبارة: "التي تقتضيها مصلحته"؛ حيث اكتفت بذكر المصلحة، ولم تحدد تصرفات معينة، كما أنها لم تنص ما إذا كان يجب على المساعد أو الوصي الرجوع إلى القاضي من أجل تقديره لهذه المصلحة.

---

(1) يراجع: المادة 2/80 من ق.م.الجزائري، والمادة 2/177 من ق.م.المصري، والمادة 2/177 من ق.م.الليبي، والمادة 108 من ق.م.الكويتي، والمادة 128 من ق.م.القطري، والمادة 2/115 من ق.م.الفلسطيني، والمادة 2/116 من ق.م.الصومالي.

(2) يراجع: المادة 2/61 من ق.م.م.السوداني، والمادة 2/95 من ق.م.م.العماني.

(3) نصت المادة 107 من ق.م.الكويتي، على ما يلي: *"إذا كان بالشخص عجز جسماني شديد، من شأنه أن يصعب عليه الإلمام بظروف التعاقد، أو يعسر عليه التعبير عن إرادته، وعلى الأخص إذا كان أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، جاز للمحكمة أن تعين له المحكمة مساعداً قضائياً، يعاونه في التصرفات التي ترى أن مصلحته تقتضي المساعدة فيها"* .

(4) نصت المادة 54 من ق.م.اليمني، على ما يلي: *"على محكمة موطن الأخرس، أو من كان ذا عاهة تعوقه عن مباشرة حقوقه بطريقة طبيعية إذا لم يكن له وليّ أن تعين له مساعداً يعاونه في ذلك ويوقع معه على ما يصدر منه ولا يجوز للمساعد أن يباشر بنفسه شيئاً خاصاً بمن يساعده"* .

– اعتبار الحكم المترتب على التصرف الذي يقوم به الشخص المعاق؛ إما قابلاً للإبطال، وإما موقوفاً؛ مما يعني أن التصرف الذي يقوم به هذا الشخص يندرج ضمن الطائفة الثالثة من التصرفات وهي المترددة بين النفع والضرر، وهذا يعني ضمنياً أن الشخص المعاق يعد في حكم الصبي المميز.

الفرع الثاني: حكم التصرفات المدنية للقاصر المنظمة في قانون الولاية على المال

تحدثت التشريعات العربية على القاصر في مختلف أوصافه، سواء، بالنظر لسنه، أم لما يعتريه من عوارض في أهليته، أم ما يعيقه من موانع فيها، وفصلت في أحكامه حسب هذه الأحوال، ونظمتها بموجب نصوص ق.م، وق.أ.ش، غير أن هناك تشريعات أخرى نظمت نصوص تتضمن بصفة خاصة الولاية على أموال القاصر؛ حيث شملت جميع الأحكام المتعلقة به، بما فيها حكم التصرفات التي يباشرها بنفسه.

ولأجل هذا، سنتطرق لحكم التصرفات المدنية للقاصر المنظمة في ق.و.ع.م، بالترتيب الذي بيناه أعلاه في ق.م، وق.أ.ش، على النحو الآتي:

أولا– حكم تصرفات القاصر بالنظر لمعيار السن: تحدث التشريعات العربية عن حكم تصرفات القاصر غير المميز والمميز، وقد جاءت بعض النصوص القانونية كوثيقة القانون الموحد لرعاية أموال القاصرين، وقانون الولاية على أموال القاصرين القطري[1]، بحكم صريح يتعلق بتصرفات القاصر غير المميز، وبينت بأنها باطلة بطلاناً مطلقاً، كما ساير هذان القانونان أحكام ق.م، وق.أ.ش، في القول بأن تصرفات القاصر المميز تكون على ثلاثة أقسام بين نافع محض، وضار محض، ومترددٍ بينهما، وتكون تصرفاته في شقها الثالث قابلة للإبطال[2].

في حين أقرت تشريعات أخرى، كالمشرع المصري، بتمتع القاصر بأهلية التصرف، وهذا في حدود المال الذي يسلم إليه أو يوضع تحت يده، بحيث تخول له إدارة هذا المال في حدود نفقته، وتعتبر التزاماته صحيحة في حدود هذا المال فقط[3].

كما أجازت بعض التشريعات كالمشرع المصري، والمشرع البحريني[1]، أعمالاً محددة قانوناً يمكن للقاصر المميز القيام بها، كمباشرة أعمال الإدارة، وإيفاء واستيفاء الديون المترتبة عنها، وأقرت

---

[1] القانون رقم 40 المتعلق بالولاية على أموال القاصرين القطري، الصادر بتاريخ 02 ذو القعدة 1425هـ، الموافق لـ 14 ديسمبر 2004م، الجريدة الرسمية القطرية، ع.2، الصادرة بتاريخ 06 محرم 1426هـ، الموافق لـ 15 فبراير 2005م، ص.1036.

[2] يراجع: المادة 3 من وثيقة الكويت للقانون الموحد لرعاية أموال القاصرين، والمادة 2 من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري، والمادتين 4 و5 من القانون المتعلق بتنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي.

[3] يراجع: المادة 61 من القانون رقم 119 المتعلق ق.و.ع.م.المصري السالف الذكر.

بحقه بالتصرف في دخله بمقدار نفقته وينفق على من يستحقها، وسمحوا له بإبرام عقد العمل الفردي وفقاً لمقتضيات القانون، ويمكن إنهاءه إذا تعلق الأمر بمصلحته، واعترفوا للقاصر الذي يمارس عملاً، كمهنة أو صناعة، بأهلية التصرف في الأجر الذي يكتسبه، إذ يكون ملزماً بهذا المال دون غيره، وللمحكمة تقييد هذا الالتزام، وأضاف المشرع المصري بأن للقاصر المأذون بالزواج، حق التصرف بالمهر والنفقة ما لم يمنعه الإذن من ذلك[2].

ومن جهة أخرى، ذهبت التشريعات إلى بيان التصرفات التي لا يجوز للقاصر القيام بها أو التي يلزم بها، فمثلاً منعه المشرع من تأجير الأراضي الزراعية والمباني لمدة تزيد عن سنة؛ وهذا يعني جواز التأجير لمدة أقل من المدة المحددة من المشرع، كما يمنع عليه سداد الديون الأخرى حتى وإن صدر حكماً يلزمه بذلك إلاّ بإذن المحكمة أو الوصي، وألزم المشرع القاصر المأذون في أعمال الإدارة بتقديم حساب سنوي يقدم الوصي رأيه فيه. كما أعطى للمحكمة الحق في إيداع دخل القاصر إلى خزائن الدولة أو مصارفها وتمنعه من سحبه إلاّ بإذنها، وأجاز لها أيضاً سحب الإذن منه أو الحد منه في حالة تخلفه عن تقديم الحساب السنوي[3].

إذا، ما يمكن قوله في هذه المسألة إن التشريعات كانت أكثر توسعاً حسب النصوص المتعلق بالولاية على المال، في بيان تصرفات القاصر وما يمكنه القيام به في حدود الإذن الذي تمنحه له المحكمة.

ثانيا– حكم تصرفات القاصر بالنظر إلى حالة أهليته: ندرس حكم تصرفات القاصر الذي به عارض في الأهلية، ثم نبين حكم تصرفاته إن اعترضه مانع بأهليته، في النقاط الآتية:

1– **حكم تصرفات القاصر الذي يعتريه عارض بأهليته:** اتجهت أغلب التشريعات العربية إلى تقرير الحكم نفسه الذي أقر بالنسبة لهذه الفئة؛ أي الأشخاص الذين وجد بهم عارض في الأهلية، الجنون، والعته؛ والسفه، والغفلة، فهناك تشريعات كالمشرع الليبي، والمشرع القطري، وكذا و.ك.ق.م.ر.أ.ق، ذكرت الحالات الأربع، وذكرت حكم تصرفاتهم كما وردت أعلاه؛ بأنه قبل الحجر فإن تصرفات المجنون أو المعتوه تقع باطلة، لكن إذا وقعت بعد الحجر فلا تكون كذلك، إلاّ

---

[1] مرسوم رقم 07 بشأن ق.و.ع.م.البحريني، الصادر بتاريخ 17 رجب 1406هـ، الموافق لـ 28 مارس 1986م، الجريدة الرسمية للمملكة البحرينية، ع.1688، الصادرة بتاريخ 23 رجب 1406هـ، الموافق لـ 3 أفريل 1986م.

[2] يراجع: المواد 56، و60، و61، و62، و63 من ق.و.ع.م.المصري، والمواد 40، و43، و44 من ق.و.ع.م.البحريني، والمواد 7، و8، و19، و20 من القانون المتعلق بتنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي.

[3] يراجع: المواد 56، و58، و59، و62 من ق.و.ع.م.المصري، والمواد 40، و41، و42، و2/44 من ق.و.ع.م.البحريني، والمواد 7، و8، و20 من القانون المتعلق بتنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي.

إذا كانت حالتهما واضحة أثناء التصرف أو علم بها الطرف الآخر. كما أقرت من جهة أخرى عدم بطلان تصرفات السفيه وذي الغفلة إذا وقعت قبل الحجر، لكن بشرط خلوها من الاستغلال والتواطىء، أما بعد الحجر فتخضع تصرفاتهما لحكم تصرفات الصبي المميز[1].

في حين اكتفى المشرع المصري، والمشرع البحريني، بالاقتصار على حكم تصرفات السفيه وذي الغفلة، فأجاز لهما تسلم أموالهما؛ سواء كان سفيهاً، أم ذا غفلة، بشكل جزئي أو كلي، ومن ثم يكون كل واحد منهما في حكم الصبي المميز، وأخذ بهذا الحكم أيضاً القانون القطري، ووثيقة الكويت لرعاية أموال القاصرين[2].

وما يلاحظ هنا، أن كلا من المشرع المصري، والمشرع البحريني اعتمد على الحكم نفسه الذي ذكراه في نصوص ق.م فيما يتعلق بالسفيه وذي الغفلة، فقط أضافا مسألة إمكانية تسليم هذا السفيه أو ذي الغفلة جزء من ماله أو كله ليتصرف فيه.

2- حكم تصرفات القاصر بالنظر لوجود مانع بأهليته: اكتفت بعض التشريعات العربية ببيان حكم تصرفات كل من المفقود، والغائب، والشخص المعاق، وعليه سنبين حكمهم كما يلي:

أ- بالنسبة للمفقود والغائب: ذهبت بعض تشريعات الولاية على المال في الحديث عن المفقود والغائب من خلال بيان الشخص الذي يتولى إدارة أموالهما؛ فإن ترك الشخص المفقود أو الغائب وكيلاً، يقوم هذا الأخير بما أوكل إليه، أما إن لم يترك وكيلاً فيتم تعيين وكيلاً أو قيماً لذلك[3]، في حين ذهب المشرع القطري إلى جعل الأمر للهيئة العامة لشؤون القاصرين، وذلك إذا انقضت سنة أو أكثر على الفقد أو الغيبة[4]. وما يلاحظ أن قوانين الولاية على المال لم تفصل أكثر من هذا في مسألة المفقود والغائب.

ب- بالنسبة لذوي الإعاقة: توجه كل من المشرع المصري، والمشرع البحريني إلى إقرار نظام المساعدة القضائية على من وجدت به عاهة مزدوجة. وقد انفرد المشرع البحريني ببيان كيفية تعيين

---

[1] يراجع: المادتين 15 و16 من القانون المتعلق بتنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي، والمادة 35 من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري، والمادة 40 من وثيقة الكويت للقانون الموحد لرعاية أموال القاصرين.

[2] يراجع: المادة 67 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 48 من ق.و.ع.م.البحريني، والمادة 34 من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري، والمادة 39 من وثيقة الكويت للقانون الموحد لرعاية أموال القاصرين.

[3] يراجع: المادة 75 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 22 من القانون المتعلق بتنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي، والمادة 41 من وثيقة الكويت للقانون الموحد لرعاية أموال القاصرين، والمادة 49 من ق.و.ع.م.البحريني.

[4] يراجع: المادة 36 من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري.

هذا المساعد[1]، حيث أجاز لصاحب الإعاقة بتقديم طلب يقضي بتعيين مساعد، غير أن هذا الأمر غير ممكن؛ كون أن هذا الشخص وبالنظر لإعاقته؛ سواء كانت مزدوجة، أم إعاقة جسدية، فإنها تحول دون قدرته على هذا الأمر، لذا يستحسن أن يقرر المشرع الطلب الصادر من ذوي الشأن، أو حتى من قبل القاضي إن لم يكن لهذا المعاق وليّ أو غيره.

هذا، وإضافة إلى جواز تعيين المحكمة مساعداً قضائياً للمعاق، فقد حدد المشرع المصري، والمشرع البحريني، مهام المساعد القضائي، بنصهما وبصيغة واحدة، على أنه إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات المنصوص عليها[2]، وأحالنا المشرع المصري إلى التصرفات الواردة بنص المادة 39 من ق.و.ع.م، في حين أحالنا المشرع البحريني إلى التصرفات الواردة بنص المادة 30 من ق.و.ع.م أيضاً.

وبرجوعنا إلى نص هاتين المادتين 39 و30 في كلا القانونين، نجد أن التصرفات الوارد بهما تعنى بالوصي القائم على شؤون القاصر؛ إذ ورد بكليهما مجموعة من التصرفات يمنع على الوصي القيام بها إلاّ بإذن المحكمة أو المجلس. وهنا نجد أن المشرعين قد جعلا المساعد القضائي بمرتبة الوصي على أموال القاصر، وتكون تصرفاته محدودة وفق ما ينص عليه القانون، فله القيام بكل ما فيه مصلحة لصاحب العاهة ما عدا التصرفات المحددة بالمادتين، فتمنع عليه إلاّ بعد حصوله على إذن من المحكمة حسب المشرع المصري، أو من المجلس[3] حسب المشرع البحريني.

كما أضاف المشرع المصري، والمشرع البحريني، عاهة أخرى وهي العجز الجسماني الشديد؛ وهي الإعاقة الناتجة عن خلل وظيفي في الأعصاب أو العضلات أو العظام والمفاصل، والتي تؤدي إلى فقدان القدرة الحركية للجسم، نتيجة البتر، وإصابات العمود الفقري، وضمور العضلات، وارتخائها[4]، أو هي كل إصابة بجسم الإنسان أدت إلى تعطيل أو تأثير على جسم المصاب نتيجة

---

[1] نص المشرع البحريني في المادة 3/52 من ق.و.ع.م. على ما يلي: "*يكون تعيين المساعد القضائي بناء على طلب الشخص المطلوب مساعدته أو ذوي الشأن*".

[2] يراجع: المادة 70 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 1/52 من ق.و.ع.م.البحريني.

[3] هو مجلس الولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم حسب التسمية الذي يعتمدها المشرع البحريني في ق.و.ع.م.

[4] رنا محمد صبحي عواده، دمج المعاقين حركياً في المجتمع المحلي بيئياً واجتماعياً، دراسة حالة في محافظة نابلس، رسالة ماجستير في برنامج التخطيط الحضري والإقليمي، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007م، ص.13.

تلك الإصابة[1]. ففي حالة تحقق هذه الإعاقة أجاز المشرع في القانونين تعيين مساعد قضائي له مخافة انفراده بالتصرف في ماله، مع صعوبة ذلك[2].

ومن جهة أخرى، قضى المشرع المصري، والمشرع البحريني، بوجوب اشتراك المساعد في التصرفات التي تخص الأشخاص ذوي الإعاقة[3]، وفي حالة امتناعه عن ذلك، يرفع الأمر إلى المحكمة فتقدر التصرف؛ فإذا كان الامتناع ضد مصلحة المقرر مساعدته، جاز لها أن تأذن له بالانفراد به، أو تعين شخصاً آخر، ومن جهة أخرى أجازت للمساعد اللجوء لها في حالة عدم قيام أو اعتراض الشخص المقرر مساعدته بتصرف معين من شأنه أن يهدد ماله ويعرضه للخطر، ويكون للمحكمة هنا النظر في الأمر وتكليف المساعد بالقيام به منفرداً[4].

إذاً، يتبين من خلال بيان حكم تصرفات القاصر في قوانين الولاية على المال؛ سواء استناداً لمعيار السن، أم بالنظر لحالة أهليته، أم لوجود مانع بأهليته، ما يلي:

– نجد أن كل قانون تطرق إلى هذه العناصر بشكل مختلف، فمثلاً يعد كل من المشرع المصري، والمشرع البحريني أكثر توسعاً من باقي القوانين، خاصة بتحديدهما للتصرفات المسموح للقاصر القيام بها.

– الإقرار بتسليم كل الأموال أو بعضها للسفيه وذي الغفلة؛ مما يدل أنهما يعتبران في حكم الصبي المميز.

–أحسن المشرع المصري، والمشرع البحريني، بتحديدهما لتصرفات المساعد القضائي، حتى يضبط بها ولا يتجاوز حدوده، عكس ما ذهبت إليه باقي التشريعات العربية في قوانينها المدنية.

– توسع المشرع المصري، والمشرع البحريني، في الأشخاص الذين هم بحاجة إلى المساعدة القضائية؛ فلا يقتصر الأمر على من كانت به إعاقة مزدوجة، بل إنهما أدرجا من كان به عجز جسماني شديد.

---

[1] نضال عطا بدوي الدويك، التعويض عن الأضرار المادية المستقبلية الناجمة عن الإصابات الجسدية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2016م، ص.18.

[2] يراجع: المادة 70 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 2/52 من ق.و.ع.م.البحريني.

[3] هذا الأمر نص عليه أيضاً المشرع السوري بموجب المادة 416 من ق.أ.ش، على النحو الآتي: *"إذا امتنع المساعد عن الاشتراك رفع الأمر للقاضي للبت فيه أو عين شخصاً آخر بديلاً عنه أو سمح للأصيل الانفراد بالعمل"*.

[4] يراجع: المادة 71 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 53 من ق.و.ع.م.البحريني.

الفصل الثاني: الجانب العملي لتصرفات القاصر المدنية في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية

إن الدارس لموضوع المعاملات المدنية في باب الفقه أو القانون، يتبين له مدى الأهمية الكبيرة التي تحظى بها هذه المعاملات، فأغلب الأشخاص تتجه إرادتهم في إبرامها، من أجل إثراء ذممهم المالية، أو على الأقل الحفاظ على قيمتها.

هذا، وإن المعاملة المدنية قد تكون محققة للربح، كما قد تكون جالبة للخسارة، لهذا وجب على المتصرف التريث قبل الإقبال عليها، وعدم التسرع في إجرائها تجنباً لما قد يترتب عن الاختيار غير الصحيح للمعاملة من آثار تعود بالسلب على المال، فتؤدي إلى ضياعه، وخسارته، إما كلياً، أم جزءً منه.

والسعي نحو تحقيق حماية فقهية وقانونية لأموال القاصر المميز في مجال المعاملات المدنية، يستدعي إدماجه في الواقع العملي، والسماح له بولوج عالم يقتضي حسن التسيير والإدارة للمال، والتعلم شيئاً فشيئاً أصول التعامل، من تصرف أقل خطورة إلى تصرف أكثر خطورة.

ويعد موضوع الجانب العملي لتصرفات القاصر المميز المدنية في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية مهماً للغاية؛ كونه يتيح للقاصر المميز فرصة للاحتاك بالغير، وتعلم خبرات جديدة، وبناءً على هذا، نعرض لتطبيقات التصرفات المدنية للقاصر المميز في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية (**المبحث الأول**)، ثم نبين الحكم المترتب عنها (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول: تطبيقات التصرفات المدنية للقاصر المميز في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية

تأخذ المعاملات المدنية صوراً عديدة، بناء على نوع التصرف في حد ذاته، وبالنظر لنوع التصرف يتعين تحديد القسم الذي يندرج فيه، فيما إذا كان تصرفاً نافعاً نفعاً محضاً، أو تصرفاً ضاراً ضرراً محضاً، أو تصرفاً دائراً بين النفع والضرر. وبالنظر لهذه الأقسام قسم فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية أنواع التصرفات التي يسمح للقاصر المميز إجراؤها.

ونظراً لتشعب هذه المعاملات المدنية، فقد عالجنا بعض الأنواع على سبيل المثال لا الحصر، لمعرفة التصرفات التي تعود على القاصر المميز بالنفع المحض (**المطلب الأول**)، والتصرفات التي تعود عليه بالضرر المحض (**المطلب الثاني**)، والتصرفات التي تكون مترددة بين النفع والضرر (**المطلب الثالث**).

المطلب الأول: تصرفات القاصر المميز التي تعود عليه بالنفع المحض

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول التصرفات التي تعود على القاصر المميز بالنفع المحض، وتعارضت أقوالهم، فكل رأي يهدف لحماية مال القاصر بمنظوره، كما تطرقت التشريعات العربية لهذا القسم من التصرفات، ونصت على حكمها بالنسبة للقاصر.

ولهذا، خصصنا هذا المطلب المتعلق بتصرفات القاصر المميز التي تعود عليه بالنفع المحض في تطبيقين؛ وهما: وكالة القاصر، وقبض الهبة من القاصر، للوقوف عند موقف الفقه الإسلامي من التصرفات النافعة نفعاً محضاً (**الفرع الأول**)، ثم نبين موقف التشريعات العربية منها (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من التصرفات النافعة نفعاً محضاً

درس فقهاء الشريعة الإسلامية تصرفات الصبي المميز، واعتبروا ما يعود عليه بالنفع تصرفات نافعة نفعاً محضاً له؛ حيث تؤدي إلى زيادة ذمته المالية، وهذه التصرفات متعددة، ومختلفة الأحكام، لأجل هذا قصرنا بحثنا على نوعين؛ أولهما الوكالة، سواء كان القاصر موكلاً، أم وكيلاً، وثانيهما قبض الهبة وقبولها من القاصر.

وفيما يلي نبين هذين التطبيقين في التقسيم الآتي بيانه.

أولا– وكالة القاصر: الوكالة في اللغة من وكل إليه الأمر: فوضه إليه واكتفى به، ووكله: استكفاه أمره ثقة به، وفي الأمر: فوضه إليه، وتوكل الرجل الأمر: ضمن القيام به، وقبل الوكالة، وفي الأمر: أظهر العجز، واعتمد على غيره، والتّكلان: بمعنى التوكل، والوكالة: أن يعهد إلى غيره أن يعمل له عملاً، والوكيل: من أسماء الله تعالى، وهو الكفيل بأرزاق العباد والحافظ[1]، قال الله تعالى: ﴿وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ﴾[2].

أما شرعاً فهي تفويض أحدٍ أمره لآخر وإقامته مقامه، ويقال لذلك الشخص: موكِّل، ولمن أقامه وكيل، والأمر موكل به[3].

هذا، وقد اختلف الفقهاء حول مسألتين في وكالة القاصر؛ المسألة الأولى تتعلق بكون القاصر المميز هو الشخص الموكِّل، والمسألة الثانية عندما يكون وكيلاً. وفيما يلي نبين اختلافهما حول المسألتين:

---

[1] المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص.ص.1054-1055.

[2] القرآن الكريم، سورة آل عمران، من الآية رقم 173.

[3] البركتي، التعريفات الفقهية، المرجع السابق، ص.239.

1- المسألة الأول مدى صحة توكيل القاصر المميز: اختلف الفقهاء في صحة توكيل القاصر لغيره على قولين؛ فقال توجه بأنه لا يجوز للقاصر المميز مطلقاً أن يوكل غيره في عقد من العقود؛ سواء كانت ضارة، أم نافعة، ولو كان بإذن وليّه. وهو قول فقهاء المالكية، وفقهاء الشافعية[1].

أما التوجه الثاني: فذهب من خلاله فقهاء الحنفية، والحنابلة، إلى القول بأنه لا يصح للقاصر المميز أن يوكل غيره في العقود الضارة مطلقاً، كالطلاق، والعتق، والهبة، والصدقة، أما إن كان تصرفاً دائراً بين النفع والضرر؛ فإن كان مأذوناً له في التجارة يصح منه التوكيل بها؛ لأنه يملكها بنفسه، وإن كان محجوراً ينعقد موقوفاً على إجازة وليّه، وعلى إذن وليّه بالتجارة أيضاً، كما إذا فعل بنفسه، أما العقود النافعة نفعاً محضاً، فتصح من غير إذن الوليّ، لأنه مما يملكه بنفسه بدون إذن، فيملك تفويضه إلى غيره بالتوكيل[2].

هذا، وقد استند أصحاب القول الأول في تبرير قولهم، على أن الوكالة تصح في كل أمر يقبل النيابة؛ أي ما تجوز فيه النيابة تصح فيه الوكالة، وما لا تجوز فيه النيابة لا تصح فيه الوكالة، وأضافوا أيضاً بأن شرط الموكل هو صحة مباشرته ما وكل فيه بملك، لكونه مطلق التصرف، ومن ثم، لا يصح توكيل صبي أو مجنون ولا محجور عليه بسفه في نحو مال، لأنهم إذا عجزوا عن تعاطي ما وكلوا فيه، فنائبهم أولى[3].

أما القول الثاني فاستند إلى ما أخرجه الحاكم في المستدرك، قال حدثنا علي بن الحشماد العدل، ثنا علي بن عبد العزيز، ثنا مسلم بن إبراهيم، وحجاج بن المنهال قالا: ثنا حماد بن سلمة، عن ثابت، وإسماعيل بن عبد الله بن أبي طلحة، عن أنس رضي الله عنه، أن أبا طلحة رضي الله عنه خطب أم سليم، فقالت: يا أبا طلحة ألست تعلم أن إلهك الذي نعبد خشبة نبتت من الأرض نجّرها حبشي بني فلان إن أنت أسلمت لم أرد منك من الصداق غيره: قال: حتى انظر في أمري، قال: فذهب، ثم جاء، فقال: أشهد أن لا إله إلاّ الله وأشهد أن محمداً رسول الله. قالت: يا أنس زوج أبا طلحة. وأنس ابنها كان صغيراً في ذلك الوقت؛ لأنه كان عند الهجرة ابن عشر سنين[4].

---

[1] عادل عبد الله جعفر الفخري، أحكام تصرفات القاصر في الفقه الإسلامي، مجلة كلية الشريعة والقانون، ع.26، ج.3، مصر، 1433هـ، 2011م، ص.44.

[2] المرجع نفسه، ص.45.

[3] يراجع: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج.3، ص.377؛ الرملي، وآخرون، نهاية المحتاج، ج.5، المرجع السابق، ص.16.

[4] أخرجه الحاكم في المستدرك، كتاب: النكاح، رقم الحديث: 2735/64، ج.2، ص.ص.195-196.

ووجه الاستدلال بهذا الحديث، جواز توكل الصغير عن غيره، بدليل تولي أنس زواج أمه من طلحة، فدل هذا على جواز توكل القاصر[1].

واستدلوا أيضا بما أخرجه الحاكم، عن ابن عمر بن سلمة، عن أبيه، عن أم سلمة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إذا أصابت أحدكم مصيبة فليقل: إنا لله وإن إليه راجعون، اللهم عندك أحتسب مصيبتي فأجرني فيها، وكنت إذا أردت أن أقول وأبدلن بها خيراً منها. قلت من خير من أبي سلمة، فلم أزل حتى قلتها، فلما انقضت عدتها خطبها أبو بكر، فردته وخطبها عمر، فردته، فبعث إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخطبها فقالت: مرحبا برسول الله صلى الله عليه وسلم، وبرسوله، اقرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم، السلام، وأخبره أني امرأة مصيبة غيري وأنه ليس أحد من أوليائي شاهد؟ فبعث إليها رسول الله صلى الله عليه أما قولك إني امرأة مصيبة فإن الله سيكفيك صبيانك، وأما قولك إني غيري فسأدعو الله أن يذهب غيرتك، وأما الأولياء فليس أحد منهم شاهد ولا غائب إلاّ سيرضاني، فقالت: لابنها: قم يا عمر فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم، فزوجها إياه[2].

ووجه الاستدلال من الحديث، جواز وكالة الصغير، بدليل وكالة عمر بن أبي سلمة زواج أمه أم سلمة، فدل ذلك على صحة توكل القاصر عن غيره[3].

ويبدو أن القول الراجح هو القول الثاني؛ الذي مفاده أنه يصح توكل القاصر بإذن وليّه ما دام مميزاً يدرك الصواب ويعرف ويحقق المصلحة المرجوة.

2- المسألة الثانية مدى صحة توكل القاصر المميز: اختلف الفقهاء في صحة توكل القاصر على غيره على ثلاث أقوال، فذهب القول الأول: بأنه لا يصح توكيل صبي، ومجنون، في أي تصرف كان، بإذن أو بدونه[4]. وقد ذهب فقهاء المالكية، وفقهاء الشافعية، إلى القول بأن وكالة الصبي المميز غير صحيحة في التصرفات التي لا يصح أن يباشرها لنفسه كالمعاوضات؛ لأنه غير مكلف بالأحكام الشرعية، فلا يصح توكليه عن غيره فيها، أما التصرفات التي يصح مباشرتها لنفسه،

---

[1] عادل عبد الله جعفر الفخري، أحكام تصرفات القاصر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.46.

[2] أخرجه الحاكم في المستدرك، كتاب: معرفة الصحابة، رقم الحديث: 2357/6759، ج.4، ص.18.

[3] عادل عبد الله جعفر الفخري، أحكام تصرفات القاصر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.47.

[4] شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق: على محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، ج.2، ط.2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1425هـ، 2004م، ص.100.

كذبح الأضحية، وحج التطوع، فيصح أن يتوكل فيها عن غيره[1]. كما أضاف كلا المذهبين وإلى جانبهما المذهب الحنبلي القول في توكيل السفيه إنه لا يجوز أن يكون وكيلاً لغيره في كل ما يتعلق بالمال، كالبيع والشراء، والوقف، والهبة، والعتق، والصدقة، والشركة، والمضاربة، بدون إذن وليّه؛ لأنه لا يملك مباشرة ذلك بنفسه، بدون الإذن[2].

أما القول الثاني، فقصر صحة وكالة الصبي على الطلاق فقط، وهذا توجه مذهب الحنابلة، حيث قالوا بأنه يصح طلاق المميز بغير إذن وليّه، إذا عقله لصحته منه[3].

والقول الثالث أجاز للصبي أن يتوكل عن غيره في جميع التصرفات؛ سواء كانت مالية، أم غير مالية. وهو القول الذي أخذ به فقهاء مذهب الحنفية[4].

ويظهر أن القول الأول هو الأولى بالقبول، باعتبار أنه فرق بين التصرفات التي تكون بعوض، والتصرفات التي لا تتعلق بالمال، فما تعلق بالمال فغير جائز، وما كان غير ذلك، فيجوز. وهذا الرأي يستشف من الحالات الثلاث الآتية:

– إذا وُكِّل الصبي المميز من أجل القيام بتصرف يعود بالنفع على موكله، كأن يوكل باستيلام جائزة، أو هدية، أو زكاة، فهنا الوكالة تصح؛ وتنفذ تصرفات الصبي المميز بصفته وكيلاً؛ لأنه فعل يعود بالنفع على الموكل.

– إذا كان تصرف الصبي المميز غير نافذ، فيما لو وهب جزءاً من ماله، أو تصدق به، أو تنازل عن حق له في ذمة غيره، فلا ينفذ تصرفه من موكله من باب أولى.

– إذا كان فعل الصبي المميز الذي وكل فيه محتملاً للنفع والضرر، ومحتملاً للربح والخسارة، كتوكيله في البيع والشراء، أو المساهمة في الشركات التجارية، أو الإجارة، أو غيرها من التصرفات، وهذا النوع من التصرفات يكون موقوفاً على إجازة الوليّ، فإن أجازها نفذت؛ فيصح بذلك توكيل غيره بفعله، وإن لم يجزها الوليّ، لم تصح وكالته عن غيره[5].

---

[1] إسماعيل عبد النبي شاهين، مسؤولية الوكيل في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، مكتبة الكويت الوطنية، الكويت، 1999م، ص.ص.48-49.

[2] سيد محمد صادق الأنصاري، عقد الوكالة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في فرع الفقه والأصول بالدراسات العليا الشرعية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الملك عبد العزيز، السعودية، 1399هـ، 1979م، ص.74.

[3] البهوتي، كشاف القناع، ج.3، المرجع السابق، ص.463.

[4] إسماعيل عبد النبي شاهين، مسؤولية الوكيل في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.49.

[5] محمد بن علي السبيهين، الوكالة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء، السعودية، 1393هـ، ص.30.

ثانيا– قبض الهبة من القاصر وقبولها: الهبة في معناها اللغوي هي العطية الخالية عن الأعواض والأعراض، فإذا كثرت سمي صاحبها وهاباً، وهو من أبنية المبالغة، غيره: الوهاب، من صفات الله، المنعم على العباد، والله تعالى الوهاب الواهب، وكل ما وهب لك من ولد وغيره، فهو موهوب، والوهوب: الرجل الكثير الهبات، ورجل واهب، ووهاب ووهوب، ووهابة؛ أي كثير الهبة لأمواله، وتواهب الناس: وهب بعضهم لبعض[1].

أما في المعنى الاصطلاحي فهي تبرع الرشيد بما يملك من مالٍ أو متاعٍ مباحٍ، كأن يهب مسلم لآخر داراً أو ثياباً أو طعاماً أو يعطيه دراهم ودنانير[2].

ولقد ذكر جمهور الفقهاء أن الهبة، والهدية، والصدقة، والعطية ألفاظ ذات معانٍ متقاربة، وكلها تمليك في الحياة بغير عوض، واسم العطية شامل لجميعها، والهبة كذلك[3].

وعرفت عندهم[4] بأنها تمليك العين بلا عوض، كما قال الحنفية[5]، وقد عرفها المالكية بأنها تمليك من له التبرع ذاتاً، تنقل شرعاً بلا عوض لأهل بصيغة أو ما يدل ولثواب الآخرة صدقة. وقال الشافعية التمليك بلا عوض هبة، وعرفت الهبة عند الحنابلة بأنها تمليك جائز التصرف.

أما القبض: فقبض المتاع وأقبضته إياه، وقبضته، وتقابض المتبايعان[6]، وقبض الشيء: أخذه، ويقال صار الشيء في قبضك وقبضتك؛ أي في ملكك[7].

وعرف فقهاء الشريعة الإسلامية القبض بعدة معانٍ، فهناك من عرف القبض بأنه التخلية أو التخلي، أو هو التمكين والتخلي، وارتفاع الموانع عرفاً وعادة بغير حائل، وهناك من عرفه بالقول إن القبض في كل شيء بالتخلية مع التمييز؛ لأنه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل، فكان قبضاً له، كالعقار، وهناك من عرفه استناداً إلى العرف، بالقول إن القبض في الجزاف هو التخلية أو نقله من

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، م.1، المرجع السابق، ص.803.

(2) أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعبادات ومعاملات، مكتبة العلوم والحكم، السعودية، 1421هـ، 2000م، ص.300.

(3) نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، المرجع السابق، ص.464.

(4) يراجع: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج.5، المرجع السابق، ص.91؛ أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب، نيجيريا، 1420هـ، 2000م، ص.126؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج.2، المرجع السابق، ص.512؛ البهوتي، كشاف القناع، ج.4، المرجع السابق، ص.298.

(5) عرفت أيضاً في المادة 77 من كتاب مرشد الحيران، المرجع السابق، ص.14.

(6) الزمخشري، أساس البلاغة، ج.2، المرجع السابق، ص.47.

(7) الرازي، الصحاح، المرجع السابق، ص.217.

مكانه، وما فيه حق توفيه باستيفاء قدره من غير كيل أو وزن أو عد، وما عدا ذلك فالمرجع فيه إلى العرف[1].

ولقد شرع الله الهبة لما فيها من تأليف القلوب وتوثيق عرى المحبة بين الناس، وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ويثيب عليها، وكان يدعو إلى قبولها ويرغب فيها[2]، فعن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "تهادوا تحابوا"[3].

وقد اختلف الفقهاء حول صحة تصرف القاصر الذي يعود عليه بالنفع، وهذا على قولين:

القول الأول: يصح من القاصر المميز أي تصرف يعود عليه بالنفع المحض، وقبضه؛ سواء أذن له وليّه، أم لم يأذن له[4]، وإلى هذا ذهب فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية لهم[5]

القول الثاني: لا يصح أن يقبل القاصر الهبة أو يقبضها، ولو أذن له الولي[6]، فلا يصح قبض الطفل والمجنون لنفسه ولا قبوله، وهذا قول الشافعية، وفقهاء مذهب الحنابلة.

وقد استدل أصحاب القول الأول بأدلة من المعقول، وقالوا بأن الهبة تتم بقبض الصبي نفسه إن كان مميزاً يعقل التحصيل؛ لأنه في التصرف النافع الذي لا يحتمل غيره ألحق بالبالغ استحساناً، وأضافوا بأن الهبة تصرف نافع محض فيملكه الصغير بمجرد الهبة[7].

أما القول الثاني، فاستدل بأن القاصر لا يملك أهلية التصرف، ومن ثم لا يمكنه قبول الهبة وقبضها، ووليّه يقوم مقامه، فإن لم يكن له وليّ فوصيه، فإن لم يكن فالحاكم الأمين، أو من يقيموه مقامه، ولا يقوم غير هؤلاء الثلاثة مقامهم[8].

---

[1] منصور عبد اللطيف منصور صوص، القبض وأثره في العقود، رسالة ماجستير في الفقه والشريعة، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، نوقشت وأجيزت بتاريخ 12 جوان 2000م، ص.ص.4-6.

[2] سيد سابق، فقه السنة، ج.3، السلم والحرب، المعاملات، دار الفكر، لبنان، 1424هـ، 2010م، ص.984.

[3] رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب: الهبات، باب: التحريض على الهبة والهدية صلة بين الناس، رقم الحديث: 11946، ج6، ص.280.

[4] عادل عبد الله جعفر الفخري، أحكام تصرفات القاصر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.48.

[5] يراجع: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج.5، المرجع السابق، ص.91؛ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عند الله البر النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، م.2، ط.1، مكتبة الرياض الحديثة، السعودية، 1398هـ، 1978م، ص.999؛ المرداوي، الإنصاف، ج.7، المرجع السابق، ص.125.

[6] عادل عبد الله جعفر الفخري، أحكام تصرفات القاصر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.48.

[7] الزيلعي، تبيين الحقائق، ج.5، المرجع السابق، ص.96.

[8] يراجع: الشربيني، مغني المحتاج، ج.2، المرجع السابق، ص.512؛ المرداوي، الإنصاف، ج.7، المرجع السابق، ص.125.

ويبدو أن القول الراجح، هو الرأي الثاني، فإذا كان القاصر لا يملك حق التصرف في المعاملات التي تعود عليه بالنفع المحض ولو كانت بدون مقابل، فلا مانع أن يتولى قبولها الشخص القائم على أموره[1].

الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية من التصرفات النافعة نفعاً محضاً

بالبحث في التشريعات العربية نجد أن البعض منها لم يحدد بنص صريح التصرفات التي تعد نافعة للقاصر المميز، وإنما اكتفت بذكر حكمها، واعتبرتها كل تصرف يثري الذمة المالية له، في حين اتخذت بعض التشريعات مواقف مختلفة بخصوص هذه التصرفات، نبينها كما يلي:

توجه أول أقر صحة قبول القاصر المميز للهبة أو غيرها من التبرعات، وتبناه المشرع المغربي[2]، والمشرع التونسي[3]؛ حيث أجازا له هذا القبول بشرط أن لا يحمله أي تكليف، ولم يشترطا إذن الولي أو الوصي أو غيرهما، حيث اعتبرا أن هذه التصرفات قيمة مضافة لذمته المالية، أو بقبوله لها يبرأ من التزاماته؛ فالواهب هنا هو الدائن، فإذا وهب شيئاً معيناً للقاصر الموهوب له، وهو المدين، وقبله، فإن ذلك يعتبر إبراءً يقوم به الدائن لمدينه من الالتزام المترتب على عاتقه، والإبراء هو تصرف قانوني تبرعي يصدر من جانب واحد، وهو الدائن، يحقق هدفه متى صدر مستوفياً لشروطه، فينقضي الدين، وتبرأ ذمة المدين[4].

وهذا التوجه أخذ به كل من المشرع السوداني، والمشرع القطري، حيث اكتفيا بالقول إنه يجوز للصغير قبض الهبة وقبولها حتى وإن كان له ولي، وهو ما نصت عليه في المادة 3/271 من ق.أش.السوداني، والمادة 2/195 من ق.أ.ش.القطري[5].

---

[1] عادل عبد الله جعفر الفخري، أحكام تصرفات القاصر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.49.

[2] نص المشرع المغربي في الفصل 5 من ق.إ.ع، على ما يلي: *"يجوز للقاصر ولناقص الأهلية أن يجلبا لنفسيهما نفعاً ولو بغير مساعدة الأب أو الوصي أو المقدم، بمعنى أنه يجوز لهما أن يقبلا الهبة أو أي تبرع آخر من شأنه أن يثريهما أو يبرئهما من التزام دون أن يحملهما أي تكليف"*.

[3] نص المشرع التونسي في الفصل 9 من م.إ.ع، على ما يلي: *"لمن ليس له أهلية التعاقد والصغير الذي تجاوز ثلاثة عشر عاماً القدرة على تحسين حالهما ولو بلا مشاركة الأب أو الوليّ وذلك بقبول هبة أو غيرها من التبرعات التي من شأنها الزيادة في كسبهما أو إبراء ذمتهما دون أن يترتب عليهما شيء من جراء ذلك"*.

[4] بن ددوش نضر، انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2010م، 2011م، ص.24.

[5] القانون رقم 22 المتضمن ق.أ.ش.القطري، الصادر بتاريخ 03 جمادى الثانية 1427هـ، الموافق لـ 29 جوان 2006م، الجريدة الرسمية القطرية، ع.8، الصادرة بتاريخ 04 شعبان 1427هـ، الموافق لـ 28 أوت 2006م، ص.159.

وذهب توجه ثانٍ من التشريعات، إلى القول بصحة أي تبرع يجلب النفع للقاصر، ولو كان ذلك بدون مساعدة من وليّه أو وصيّه، وهو توجه المشرع الموريتاني، حيث نص في المادة 26 من ق.إ.ع[1]، على ما يلي: "يجوز للقاصر ولناقص الأهلية أن يجلبا لنفسيهما نفعاً ولو بغير مساعدة الأب أو الوصي أو المقدم، بمعنى أنه يجوز لهما أن يقبلا كل تبرع من شأنه أن يثريهما أو يبرئهما من التزام دون أن يحملهما أي تكليف". ونلاحظ أن المشرع قد أقر صحة جميع التبرعات التي تعود بالنفع على القاصر من خلال عبارة "كل تبرع".

في حين ذهب التوجه الثالث من التشريعات، إلى القول بأنه إذا كان الموهوب له قاصراً أو محجوراً عليه، فإن نائبه القانوني هو الذي يتولى عنه حيازة الشيء الموهوب، وهذا موقف المشرع الجزائري[2]. وما يلاحظ أن المشرع أجاز لنائب القاصر أو المحجور الحيازة بشكل عام، ولم يضع لها ضوابط كالتحقق من خلو هذه الهبة من أي التزام يفرض على القاصر، خاصة وأن المشرع قد أجاز للواهب اشتراط التزام على الموهوب له من أجل إتمام هذا التبرع[3]. فهنا إن كان الموهوب له قاصراً أو محجوراً عليه، فالأصل عدم تحميله أي التزام في عمل يعود عليه بالنفع المحض، وإن كان كذلك وجب على النائب القانوني التحقق منه، أو رفضه إن تطلب الأمر. لذا يحسن بالمشرع وضع شروط محددة لهذه الحيازة.

وفي التوجه نفسه ذكرت تشريعات أخرى بأن الوليّ هو من يقوم بالتصرفات النافعة نفعاً محضاً عن ابنه القاصر؛ أي أن القبض والقبول يكون للوليّ فقط، وهو ما تبناه المشرع الكويتي، وأضاف كذلك بأن التبرع إذ كان مقترناً بتكليف يقع على عاتق الصغير، فإنه يجب على الوليّ أخذ إذن المحكمة في ذلك، ولا يجوز له قبول التبرع بدون هذا الإذن[4]. وهو الأمر الذي نص عليه المشرع المصري، والمشرع الليبي، والمشرع القطري، والمشرع العراقي، ووثيقة الكويت في قوانينهم المتعلقة

---

[1] الأمر القانوني رقم 89-126 المتضمن ق.إ.ع.الموريتاني، الصادر بتاريخ 14 سبتمبر 1989م، والمعدل بالقانون رقم 31-2001، الصادر بتاريخ 7 فبراير 2001م.

[2] نص المشرع الجزائري في المادة 2/210 من ق.أ، على ما يلي: *"وإذا كان قاصراً، أو محجوراً عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانوناً"*.

[3] نص المشرع الجزائري في المادة 2/202 من ق.أ، على ما يلي: *"ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشروط"*.

[4] نصت المادة 127 بفقرتيها (1 و2) من ق.م.الكويتي، على ما يلي: *"1-للولي أن يجري عن صغيره التصرفات النافعة له نفعاً محضاً؛ 2-وإذا كان التبرع للصغير مقترناً بتكليف، فإن لا يسوغ للولي قبوله عنه بغير إذن المحكمة"*.

بالولاية على المال[1]. ويفهم من هذا التوجه أنه يجوز للولي قبول الهبة بشرط أن لا تحمل ابنه الصغير المميز التزامات معينة، فإذا كانت كذلك يلجأ للمحكمة طالباً للإذن.

وما يلاحظ هنا أن المشرع الوضعي، قد قرر حماية للصغير المميز حتى في التصرفات التي تعود عليه بالنفع المحض، فألزم الولي بالرجوع إلى المحكمة حتى تأذن له بقبول هذا التبرع إن كان مصاحباً لتكليف أو محملاً بالتزامات، وذلك بسبب كون هذا التكليف قد يرهق الذمة المالية للصغير، أو يرتب عليه التزامات لا تكون في مصلحته.

كما تبين أيضاً من خلال هذا العرض، ما يلي:

– جواز وكالة القاصر المميز بإذن وليّه في الأمور التي تعود عليه بالنفع المحض، وحتى في التصرفات التي تكون مترددة بين النفع والضرر؛ ما دام مدركاً ومميزاً للنافع والضار.

– يتوقف جواز تصرفات الوكيل الذي خول له القاصر المميز القيام بتصرف معين على إجازة الوليّ؛ فإن كان يحقق نفعاً وربحاً لابنه الصغير أجازه، وإذا كان فيه ضرراً وخسارة يرده ويبطله.

– جواز توكيل القاصر المميز في التصرفات التي لا تكون بمال، أما إذا كانت تتعلق بالمال، وتتطلب عوضاً، فالأحسن عدم توكيله فيها؛ لما يترتب عن تصرفه هذا من ضرر يلحق بالوكيل.

– اختلاف الفقهاء حول صحة التصرفات النافعة نفعاً محضاً للقاصر المميز، ومدى إمكانية قبولها وقبضها منه بدون وليّه.

– تعتبر التصرفات النافعة نفعاً محضاً للقاصر المميز من بين التصرفات التي تغني ذمته المالية، يتوقف قبولها وقبضها عنه، على وليّه أو وصيّه.

– توجه بعض التشريعات العربية إلى النص على جواز قيام القاصر المميز بقبول أي تصرف أو كل تصرف تبرعي، ولو بدون مساعدة من وليّه أو وصيّه.

– ألزمت بعض التشريعات العربية الأب أو الوليّ الرجوع إلى المحكمة المختصة أو مجلس رعاية القاصرين، كما ذكر المشرع العراقي، في حالة ما إذا كان التبرع المقدم للقاصر المميز مصاحباً لتكليف أو التزام يقع على عاتق ابنه الصغير؛ باعتباره تصرفاً ضاراً به وليس نافعاً له.

---

[1] يراجع: المادة 12 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 53 من القانون المتعلق بتنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي، والمادة 4/9 من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري، والمادة 6/43 من ق.ر.ق.العراقي، والمادة 5/50 من وثيقة الكويت للقانون الموحد لرعاية أموال القاصرين.

– لم يفصل المشرع الجزائري في مسألة حيازة الهبة من طرف النائب القانوني الموجهة لصالح القاصر أو المحجور عليه، ويستحسن اتباع الموقف الذي أخذت به باقي التشريعات العربية في اشتراطها رجوع الوليّ في حالة ترتب التزام على الهبة للمحكمة المختصة بغية الحصول على الإذن.

المطلب الثاني: تصرفات القاصر المميز التي تعود عليه بالضرر المحض

عالج فقهاء الشريعة الإسلامية كذلك التصرفات التي تعود على القاصر المميز بالضرر المحض، واختلفوا في أحكام البعض منها، وهذا الأمر ينسحب أيضاً بالنسبة للتشريعات العربية، إذ تعارضت النصوص واختلفت في بعض الأحكام المتعلقة بتصرف معين يصنف ضمن هذا القسم.

والتصرفات التي تعود على القاصر بالضرر المحض كثيرة، وقد اخترنا البعض منها؛ إقراض القاصر المميز، ووصيته، وعاريته، وهبته، ووقفه. وسنتطرق من خلال هذا المطلب لموقف الفقه الإسلامي من التصرفات الضارة ضرراً محضاً (**الفرع الأول**)، ثم نبين موقف التشريعات العربية منها (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من التصرفات الضارة ضرراً محضاً

لقد أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية للقاصر المميز بالقيام بالتصرفات التي تعود عليه بالنفع المحض، ولا تضر بأمواله، كالوكالة، وقبول الهبة، فإن كان الفقهاء قد اتفقوا على نفعها، فإنهم اتفقوا على غيرها، بأنها تعود عليه بالضرر المحض، وقد وقع اختيارنا على البعض منها، كالإقراض، والوصية، والعارية، والهبة، والوقف، وفيما يلي سنتطرق لكل تصرف بشيء من التفصيل في النقاط الآتية:

أولا– إقراض القاصر المميز: معنى القرض لغة: قطعه، وجازاه، وهو ما سلفت من إساءة أو إحسان، وما تعطيه لتقضاه، ﴿تَقْرِضُهُمْ ذَاتَ الشِّمَالِ﴾[1]، وأقرضه: أعطاه قرضاً، وقطع له قطعة يجازي عليها، واقترض منه: أخذ القرض[2]. واصطلاحاً معناه ما تعطيه من مثليّ لتتقاضاه فلا يصحّ منه في القيميّات وكل متفاوت والدين أعم منه[3]، كما عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية بتعريفات مختلفة، فمثلا عرفه الحنفية بأنه عقد مخصوص؛ أي بلفظ القرض ونحوه يرد على دفع مال لآخر ليرد

---

[1] القرآن الكريم، سورة الكهف، من الآية رقم 17.

[2] الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق، ص.652.

[3] البركتي، التعريفات الفقهية، المرجع السابق، ص.173.

مثله[1]، أو هو أن يدفع شخص لآخر عيناً معلومة من الأعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها[2].

وعرفه المالكية بأنه فعل معروف؛ سواء كان بالحلول أم مؤخراً إلى أجل معلوم[3]، في حين ذهب الشافعية إلى تعريفه بالقول القرض هو تمليك الشيء على أن يرد بدله[4]، أما الحنابلة فعرفوه بقولهم هو دفع مال إرفاقاً لمن ينتفع به ويرد بدله[5].

ويتبين من خلال تعاريف الفقهاء أن القرض عقد تبرع يقصد منه نيل رضا الله تعالى، يجوز في المثليات، مع رد الشيء المقترض، ويمكن الانتفاع به، وللمقترض أن يرده بعينه أو يرد مثله[6].

هذا، وقد اتفق الفقهاء على القول بعدم جواز إقراض الصبي واستقراضه؛ فلو أقرضه أحد فما بقي عينه فلمالكه أن يسترده اتفاقاً، ولو لم يبق لا يضمن مطلقاً عند أبي حنيفة، وقال محمد لو أتلف وديعة عنده لا يضمن خلافاً لأبي يوسف[7].

وقال المالكية هو تصرف بغير عوض فوجب رده[8]، وفي قول الشافعية، إذا استقرض الصبي فتلف المأخوذ في يده، أو أتلفه فلا ضمان؛ لأن الذي أقبضه هو المضيع، ويسترد الوليّ الثمن إن كان أقبضه، سواء كان من عامله عالماً بحاله، أم جاهلاً لتقصيره[9].

وقال الحنابلة من دفع إلى الصبي، والمجنون، والسفيه، لا يجوز، ومن أقرضهم رجع في ما كان باقياً، وإن تلف فهو من ضمان مالكه[10].

فإذا كان القرض لا يصح إلاّ من جائز التصرف؛ لأنه عقد على المال[11]، فكذلك لا يصح إقراضه إلاّ لمن يجوز له التصرف.

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار، ج.7، المرجع السابق، ص.388.

(2) محمد قدري باشا، مرشد الحيران، المرجع السابق، ص.112.

(3) خالد عبد الرحمن العك، موسوعة الفقه المالكي، م.3، ط.1، دار الحكمة، سوريا، 1413هـ، 1993م، ص.409.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، ج.3، المرجع السابق، ص.153.

(5) البهوتي، كشاف القناع، ج.3، المرجع السابق، ص.312.

(6) رائد أحمد خليل سالم، أحكام التصرف في القرض في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة الخليل، فلسطين، 1433هـ، 2012م، ص.42.

(7) البغدادي، مجمع الضمانات، م.2، المرجع السابق، ص.876.

(8) ابن جزي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص.529.

(9) النووي، روضة الطالبين، ج.4، المرجع السابق، ص.184.

(10) المرداوي، الإنصاف، ج.5، المرجع السابق، ص.319.

(11) الزحيلي، موسوعة الفقه، ج.4، المرجع السابق، ص.510.

ثانيا– وصية القاصر: الوصية لغة: ما أوصيت به، والوصاية: فعل الوصي، وقد قيل: الوصي، الوصاية، وإذا أطاع المرعى للسائمة فأصابته رغداً قيل: وصى لها المرتع يصي وصياً ووصِياً[1].

والوصية في الاصطلاح الفقهي، هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، بطريق التبرع، وقد سميت بذلك؛ لأن الموصي وصل ما كان في أيام حياته بما بعده من أيام مماته[2]، والمملك هو الموصي، ولمن له التمليك هو الموصى له[3].

وعرفها فقهاء الشريعة الإسلامية بتعاريف متعددة، فعرفها الحنفية بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع[4]، أما المالكية فقالوا بأنها عقد يوجب حقاً في ثلث مال عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعدها، وعرفها ابن عرفة بقوله: هي في عرف الفقهاء لا الفُرَّاض، عقد وجب حقاً في ثلث مال عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه، فما يوجب حقاً في رأس ماله مما عقده في صحته، لا يسمى وصية، كما خرج ما يلزم بدون موت، كالتزام من لا حجر عليه بشيء من ماله لشخص، وزاد قوله: أو نيابة: عطفاً على حق ليدخل الإيصاء بالنيابة عن الميت[5].

أما فقهاء الشافعية فقالوا بأن الوصية تبرع بحق مضاف إلى ما بعد الموت، سواء أضافه لفظاً أم لا، بينما الحنابلة قالوا بأن الوصية هي الأمر بالتصرف بعد الموت[6].

والوصية مشروعة في كتاب الله تعالى كقوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آَخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾[7]، وقوله عز وجل: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾[8]. كما ورد في السنة النبوية ما يدل على مشروعيتها كقول الرسول

---

[1] ويقال: وصى: والوصاة كالوصية، والوصاية مصدر الوصي؛ والفعل أوصيت ووصيته توصية في المبالغة والكثرة، وأما الوصية بعد الموت؛ فالعالي من كلام العرب: أوصى ويجوز وصى. يراجع: الفراهيدي، كتاب العين، ج.4، ك–ي، المرجع السابق، ص.377.

[2] نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، المرجع السابق، ص.371.

[3] البركتي، التعريفات الفقهية، المرجع السابق، ص.237.

[4] يراجع: عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج.3، المرجع السابق، ص.277؛ والمادة 86 من كتاب مرشد الحيران، المرجع السابق، ص.15.

[5] أبو بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، ج.3، ط.2، دار الفكر، بدون بلد النشر، بدون تاريخ النشر، ص.271.

[6] عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج.3، المرجع السابق، ص.278.

[7] القرآن الكريم، سورة المائدة، الآية رقم 106.

[8] القرآن الكريم، سورة النساء، الآية رقم 11.

صلى الله عليه وسلم: "ما حق إمرىء مسلم، له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلاّ ووصيته مكتوبة عنده"[1].

هذا وقد اختلف الفقهاء على قولين في صحة وصية القاصر المميز باعتبارها تصرفاً ضاراً به:

1- القول الأول وصية الصبي باطلة: ذهب أصحاب هذا القول، وهم الحنفية، ووجه عند الشافعية، والحنابلة في رواية لهم، إلى اعتبار الوصية الصادرة من الصبي باطلة، سواء أوصى قبل الإدراك أم بعده، لأنه لا يصح تصرفه، ولارتفاع القلم عنه كالمجنون، ولأن الوصية عقد فأشبهت سائر العقود[2].

2- القول الثاني وصية الصبي صحيحة وتنفذ: وهو ما ذهب المالكية، والشافعية في الأظهر، والرواية المعتمدة عند الحنابلة؛ إذ بالإضافة إلى ملكية الشيء الموصى به، فإن الوصية تصح من الصبي المميز ولو لم يبلغ، فصح إيصاء حرّ مميز مالك وإن سفيهاً وصغيراً، فدل ذلك أن شرط الصحة هو التمييز والملك لما أوصى به، ولا يشترط بلوغاً ولا رشداً[3].

وهناك من فصل، وقال إن وصية الصبي المميز جائزة، ووصية السفيه المحجور عليه جائزة إذا كان عقله صحيحاً[4]؛ حيث تجوز وصية السفيه المحجور عليه لتبذير ماله، ووصية المجنون حال إفاقته؛ لأنه إنما منع السفيه من إخراج ماله على غير عوض خوف الفقر عليه، والوصية تنفذ بعد موته، والفقر مأمون عليه في تلك الحال فلا يبقى مانع منها، أما المجنون حال إفاقته، فكالعاقل الذي لا جنون له فصحت وصيته، وتصح وصية الصبي الذي يعقل وجوه القرب وإن لم يبلغ، خلافاً لأبي حنفية وأحد أقوال الشافعي[5].

---

[1] رواه مسلم في الصحيح، كتاب: الوصية، باب: وصية الرجل مكتوبة عنده، رقم الحديث: 4204، ط.2، دار السلام، الرياض، السعودية، 1421هـ، 2000م، ص.713.

[2] يراجع: السرخسي، المبسوط، ج.28، المرجع السابق، ص.ص.91-92؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج.8، المرجع السابق، ص.189؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد فارس، مسعد عبد الحميد السعدني، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1414هـ، 1994م، ص.268.

[3] يراجع: الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج.7، المرجع السابق، ص.14؛ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهري المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، تحقيق: عبد الوارث محمد علي، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1418هـ، 1997م، ص.ص.217-218.

[4] أبو القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب المصري، التفريع، تحقيق: حسين بن سالم الدهماني، ج.2، ط.1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1408هـ، 1987م، ص.325.

[5] عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب أهل المدينة، تحقيق: حميش عبد الحق، ج.1، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، السعودية، بدون تاريخ النشر، ص.1628.

وأضاف فقهاء الشافعية حول صحة وصية المحجور عليه لسفه، بأنه إذا كانت وصية الصبي صحيحة، فوصية السفيه أجوز، وإن قيل ببطلانها كانت وصية السفيه على وجهين بسبب اختلافهم في تعليل وصية الصبي، فإن علل في إبطال وصيته لارتفاع القلم عنه، جازت وصية السفيه لجريان القلم عليه، وإن علل في إبطال وصية الصبي بإبطال عقوده، بطلت وصية السفيه لبطلان عقوده[1].

في حين قاس فقهاء الحنابلة صحة وصية الصبي المميز على وصية البالغ المبذر، فقالوا بأن وصية البالغ المبذر تصح؛ لأنه إنما حجر عليه لحفظ ماله، وليس في وصيته إضاعة له؛ لأنه إن عاش فهو له، وإن مات لم يحتج إلى غير الثواب وقد حصّله، وتصح وصية الصبي المميز لذلك[2].

وقد استدل أصحاب التوجه الأول بأدلة من المعقول لتبرير موقفهم، وقالوا إن الوصية تبرع، والصبي ليس من أهله، ولأن قوله غير ملزم، وفي تصحيح وصيته قول بإلزام قوله[3].

بينما استدل أصحاب التوجه الثاني بما أخرجه مالك في الموطأ؛ حيث قال حدثني يحي بن سعيد عن أبي بكر بن حزم، أن غلاماً من غسّان، حضرته الوفاة بالمدينة، ووارثه بالشام، فذكر ذلك لعمر بن الخطاب، فقيل له: إن فلاناً يموت، أفيوصي؟ قال: فليوص. وقال يحي بن سعيد: أبي بكر بن حزم: وكان الغلام ابن عشر سنين، أو اثنتي عشرة سنة، قال: فأوصى ببئر جشم[4]، فباعها أهلها بثلاثين دراهم. قال يحي: سمعت مالكاً يقول: الأمر المجتمع عليه عندنا، أن الضعيف في عقله، والسفيه، والمصاب الذي يفيق أحياناً، تجوز وصاياهم، إذا كان معهم من عقولهم ما يعرفون ما يوصون به، فأما من ليس معه عقله ما يعرف بذلك ما يوصى به، وكان مغلوباً على عقله، فلا وصية له[5].

ومن خلال ما سبق، يبدو أن ما ذهب إليه أصحاب التوجه الأول هو الأولى بالقبول؛ كون أن الوصية عقد تبرعي يؤدي إلى خروج المال من ملكية صاحبه. وتماشياً مع هذا الرأي نتفق معهم في بطلان وصية الصبي عديم التمييز كجميع تصرفاته، أما الصبي المميز فتصح وصيته؛ لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، وهو محجور عليه لمصلحة نفسه لا لمصلحة غيره، كما أن وصيته لا تنفذ

---

[1] الماوردي، الحاوي الكبير، ج.8، المرجع السابق، ص.190.

[2] ابن قدامة، الكافي، ج.2، المرجع السابق، ص.267.

[3] المرغيناني، الهداية، ج.8، المرجع السابق، ص.238.

[4] جشم الأمر بمعنى فهم، وتجشّمه أي تكلفه على مشقة، وجشّمه الأمر: أي كلفه إياه. يراجع: الرازي، الصحاح، المرجع السابق، ص.44.

[5] أخرجه مالك في الموطأ، كتاب: الوصية، باب: جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه، رقم الحديث: 3، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج.2، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1406هـ، 1985م، ص.762.

إلاّ بعد وفاته، وليس في ذلك ضرر بذمته المالية، ثم لماذا نحرمه من أجر الوصية وثوابها وهو يعقل حكمها ومقصدها.

ثالثا– عارية القاصر: هي تمليك منفعة بلا بدل[1]، وقيل هو الماعون[2]في قوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾[3].

وعرف الفقهاء العارية بتعاريف مختلفة؛ فعرفها الحنفية[4] بمعنى المصدر فقالوا العارية تمليك المنافع بغير عوض، وهو قيدها، وأخرج منها إباحة المنافع، وتمليك الذوات، أما المالكية فعرفوها بناءً على عنصرين؛ فباعتبارها عنصراً للمال المعار، فهي منفعة مؤقتة ملكت بغير عوض، وباعتبارها مصدراً، فهي تمليك منفعة مؤقتة بغير عوض، في حين ذهب فقهاء الشافعية إلى تعريفها بالقول بأن العارية اسم شرعاً لما يعار، وللعقد المشتمل على إباحة منفعة المال، فهو لفظ مشترك بين العقد وما يعار، أما الحنابلة فقالوا بأن العارية هي العين المأخوذة من مالكها أو مالك منفعتها أو مأذونها، للانتفاع بها مطلقاً أو زمناً معلوماً[5].

وقد اختلف الفقهاء حول مسألة إعارة القاصر المميز واستعارته، من ناحية صحتها وعدم صحتها على قولين؛ فذهب القول الأول إلى صحة إعارة القاصر إذا كان الصبي مأذوناً بالتصرف، وهو رأي الحنفية، ووجههم في ذلك أن الإعارة من توابع التجارة فيملك تملك التجارة[6].

أما التوجه الثاني فقال بعدم صحة إعارة القاصر المميز، وإليه ذهب فقهاء المالكية، والشافعية، والحنابلة، ووجههم في ذلك أن الإعارة تبرع بالمنفعة، فلا تصح من صبي، ومجنون، وسفيه، ولو كان مأذوناً له في التجارة؛ لأنه إنما أذن له في التصرف في الأعواض، ولم يؤذن له في العارية ونحوها، إلاّ ما كان استئلافاً للتجارة وأما ما كثر فلا، وقد استثنى فقهاء الحنابلة حالة إعارة حليّ خوفاً من أكل الصدقة لها[7].

---

(1) الجرجاني، معجم التعريفات، المرجع السابق، ص.123.

(2) البركتي، التعريفات الفقهية، المرجع السابق، ص.141.

(3) القرآن الكريم، سورة الماعون، الآية رقم 07.

(4) يراجع: المادة 663 من كتاب مرشد الحيران، المرجع السابق، ص.109.

(5) عبد الله بن صالح بن حسين العلي، عقد العارية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الملك عبد العزيز، السعودية، 1399هـ، 1979م، ص.ص.60-67.

(6) أبو الوليد إبراهيم بن أبي اليمن محمد الحنفي، لسان الحكام في معرفة الأحكام، البابلي الحلبي، مصر، 1393هـ، 1973م، ص.87.

(7) يراجع: الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج.6، المرجع السابق، ص.107؛ أبو يحي، أسنى المطالب، ج.2، المرجع السابق، ص.324؛ البهوتي، عبد الله بن عبد العزيز العنقري، الروض المربع شرح زاد المستنقع وحاشية الروض المربع، ج.2، المرجع

رابعا– هبة القاصر: سبق وأن تحدثنا عن الهبة بالنظر إلى كون القاصر المميز هو الشخص الموهوب له، ومن ثم، اعتبرت تصرفاً نافعاً نفعاً محضاً له، لكن إذا كان القاصر هو الواهب، فهنا تعتبر تصرفاً ضاراً ضرراً محضاً به.

والواهب باعتباره ركناً من أركان الهبة، إلى جانب الموهوب له، والشيء الموهوب، فهو كل شخص بالغ عاقل راشد أهلاً للتبرع، وإبرام التصرفات، ومختلف العقود من تبرعات، ومعاوضات، فإن كانت له أهلية التبرع صحت منه الهبة، وإن فقد هذه الأهلية أصبحت باطلة، كالوضع بالنسبة للقاصر المميز، والمحجور عليه، لسفه، أو غفلة، أو جنون، أو عته، ومن في حكمهم[1].

وقد اشترط الحنفية في الواهب العقل والبلوغ؛ فلا تصح هبة صغير[2]، ونصت المادة 78 من كتاب مرشد الحيران على ما يلي: "يشترط في صحة الهبة أن يكون الواهب حراً بالغاً عاقلاً مالكاً للعين التي يتبرع بها غير محجور عليه"[3]. كما أضاف فقهاء الحنفية أنه إذا باع المأذون جارية ودفعها ثم وهب الثمن للمشتري أو بعضه، قبل القبض أو بعده أو حط عنه فذلك باطل؛ لأن الإسقاط بغير عوض تبرع كالتمليك بلا عوض[4].

واشترط المالكية أهلية التبرع في الواهب، فقال ابن عرفة: والذي له التبرع هو الذي لا حجر عليه بوجه من وجوه الحجر، وعليه، فهبة الصغير والسفيه باطلة؛ لعدم الأهلية[5]. فلا تجوز هبة السفيه ولا الصبي[6]. ولا هبة لمحجور[7]، فيخرج الصبي، والمجنون، والسفيه، وتكون باطلة في المجنون والسفيه؛ لأن الشأن في فعلها عدم المصلحة[8].

السابق، ص.340؛ أبو عبد الله الخرشي، علي العدوي، الخرشي على مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوي، ج.6، ط.2، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، 1317هـ، ص.121.

[1] محمد باوني، أحكام الحجر وعقود التبرعات في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص.72.

[2] ابن عابدين، رد المحتار، ج.8، المرجع السابق، ص.489.

[3] محمد قدري باشا، مرشد الحيران، المرجع السابق، ص.14.

[4] السرخسي، المبسوط، ج.25، المرجع السابق، ص.162.

[5] خير عبد الراضي خليل، الهبة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، فرع الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الملك عبد العزيز، السعودية، 1401هـ، 1981م، ص.32.

[6] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، المرجع السابق، ص.554.

[7] عبد الوهاب البغدادي، المعونة، المرجع السابق، ص.979.

[8] الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج.6، المرجع السابق، ص.435.

وقال الشافعية بأنه يشترط في الواهب أن يكون مطلق التصرف في ماله؛ أي أن الهبة لا تصح من المحجور عليه لصغر سنه أو سفه أو مجنون. أما الحنابلة فقالوا بأن الواهب يشترط أن يكون أهلاً للتصرف؛ بأن يكون حراً مكلفاً رشيداً، فلا تصح من صغير ولا سفيه[1].

ويشترط في الموهوب له أن يكون موجوداً حقيقةً وقت الهبة، فإن لم يكن موجوداً أصلاً، أو كان موجوداً تقديراً بأن كان جنيناً، فإن الهبة لا تصح، ومتى كان الموهوب له موجوداً أثناء الهبة، وكان صغيراً أو مجنوناً، فإن وليّه أو وصيّه أو من يقوم بتربيته ولو كان أجنبياً، يقبضها له[2].

ويظهر مما سبق اتفاق الفقهاء على عدم صحة الهبة من المميز، ومن كل شخص لا تتوافر فيه أهلية التبرع؛ باعتبارها الأهلية التي تخول للشخص الواهب التبرع بماله، ومتى كان القاصر محجوراً لعارض ما؛ لجنون، أو عته، أو سفه، أو غفلة، وقام بالتبرع بالهبة، فلا تصح منه.

خامسا– وقف القاصر: قال ابن فارس في تعريف الوقف لغة بأنه: لا يقال في شيء أوقفت إلاّ أنهم يقولون للذي يكون في شي ثم ينزع عنه: قد أوقف[3]، والوقف أو الوقوف: خلاف الجلوس، وقف بالمكان وقفاً ووقوفاً، فهو واقف، والجمع وقف ووقوف، ووقف الأرض على المساكين، وقفاً: حبسها[4]، ووقفت الدابة وقوفاً ووقفها غيرها من باب وعد[5]. ووقف: وقفه: حبسه، وقفاً، ووقف بنفسه: وقوفاً، ومنه: وقف داره أو أرضه على ولده؛ لأنه حبس الملك عليه، وقيل للموقوف: وقف تسمية للمصدر، ولذا جمع على أوقاف كوقت وأوقات[6].

والوقف في الاصطلاح الفقهي، هو تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة؛ أي التصدق بالمنفعة على الفقراء، ولو في الجملة، أو على وجه من وجوه البر، وهذا يعني أن التصدق بالمنفعة قد يكون من أول الأمر إلى جهة خيرية كالفقراء، والمساجد، والمشافي، وقد يكون الريع أولاً للواقف ما دام حياً، ثم لأولاده من بعده، ثم، ثم إلى من بعده، وإن نزل. فإذا انقرضت الذرية يصرف الريع إلى جهة خيرية يعينها الواقف[7].

---

[1] خير عبد الراضي خليل، الهبة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.ص.35-36.

[2] سيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ص.985.

[3] وقيل: الواو والقاف والفاء أصل واحد يدل على تمكث في شيء ثم يقاس عليه، منه وقفت أقف وقوفا، ووقفت وقفي. يراجع: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج.6، المرجع السابق، ص.135.

[4] ابن منظور، لسان العرب، م.9، المرجع السابق، ص.359.

[5] الرازي، الصحاح، المرجع السابق، ص.305.

[6] المطرزي، المغرب، ج.2، المرجع السابق، ص.366.

[7] نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، المرجع السابق، ص.475.

هذا، ويعتبر الوقف مشروعاً وجائزاً؛ لأنه من أعمال البر والخير، ووسيلة من وسائل القربة إلى الله تعالى ابتغاء مثوبته، وهو ثابت بالكتاب العزيز، والسنة المطهرة[1]، كقوله تعالى: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ﴾[2]، وقوله عز وجل: ﴿لَيْسَ الْبِرَّ أَنْ تُوَلُّوا وُجُوهَكُمْ قِبَلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آَمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآَخِرِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّينَ وَآَتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ﴾[3].

وفي السنة النبوية ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: أصاب عمر بخيبر أرضاً، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: أصبت أرضاً لم أصب مالاً قط أنفس منه، فكيف تأمرني به؟ قال: "إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها"، فتصدق عمر أنه لا يباع أصلها ولا يتاع ولا يوهب ولا يورث، في الفقراء والقربى، والرقاب، وفي سبيل الله، والضيف، وابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف[4].

إن صحة الوقف تتوقف على أهلية الواقف؛ وهي أهلية التبرع، ومن ثم، يشترط أن يكون عاقلاً فلا يصح وقف المجنون؛ لأنه فاقد للعقل، ولا وقف للمعتوه؛ لأنه ناقص العقل، ولا وقف لمختل العقل بسبب مرض أو كبر؛ لأنه غير سليم العقل، ويشترط أن يكون الواقف بالغاً؛ فلا يصح وقف الصبي، سواء كان مميزاً أم غير مميز؛ لأن البلوغ مظنة كمال العقل، وعدم البلوغ مظنة خطورة التبرع[5].

فباشتراط البلوغ يعلم أن وقف الصبي غير صحيح؛ سواء كان مميزاً، أم غير مميز، وسواء كان المميز مأذوناً له، أم لا؛ لأنه في جميع الأحوال ليس أهلاً للتبرع، وباشتراط العقل، يعلم أن المجنون لا يصح وقفه؛ لأن الوقف واحد من التصرفات، وجميع التصرفات تعتمد التمييز، ولا تمييز عند الجنون، فلو كان الجنون متقطعاً ووقف حال إفاقته، ثم طرأ الجنون بعد الوقف، صح وقفه؛ لانتفاء المانع، وباشتراط عدم الحجر للسفه، يعلم أن السفيه إذا حجر عليه فوقفه بعد الحجر غير صحيح[6].

---

[1] محمد بن أحمد بن صالح الصالح، الوقف في الشريعة الإسلامية وتنمية المجتمع، ط.1، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، 1422هـ، 2001م، ص.35.

[2] القرآن الكريم، سورة آل عمران، الآية رقم 92.

[3] القرآن الكريم، سورة البقرة، الآية رقم 177.

[4] رواه البخاري في الصحيح، كتاب: الوصايا، باب: الوقف وكيف يكتب؟ رقم الحديث: 2772، م.2، ص.686.

[5] وهبه الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، ط.2، دار الفكر، سوريا، 1419هـ، 1998م، ص.ص.153-154.

[6] عبد الجليل عبد الرحمن عشوب، كتاب الوقف، ط.1، دار الأفاق العربية، مصر، 1420هـ، م2000، ص.15.

وما يلاحظ أن صحة وقف القاصر المميز أو المحجور عليه، تتوقف على زوال سبب القصر وسبب الحجر؛ فإن كان قاصراً مميزاً وبلغ بكامل أهليته، وإن كان محجوراً عليه لسبب من أسباب عوارض الأهلية وزال عنه، صح عقده.

الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية من التصرفات الضارة ضرراً محضاً

اختلفت التشريعات العربية فيما بينها حول حكم تصرفات القاصر التي تعتبر ضارة به، إذ لم تتطرق لجميع هذه التصرفات، بل اكتفت بالبعض، ببيان ما إذا كان يحق للقاصر أو المحجور عليه القيام بها أو لا، أو تلتزم في بعض الأحيان ببيان الشروط الواجب توافرها في الشخص حتى يعتد بتصرفه، ومن خلال هذه المواقف نستشف مدى جواز قيام القاصر بذلك التصرف.

أولا– وصية القاصر المميز[1]: ذهب توجه من التشريعات بالاكتفاء ببيان الشروط الواجبة في الشخص الموصي، فمنها من فصل في هذه الشروط؛ أي شرط العقل، وشرط البلوغ، وهو موقف المشرع الجزائري[2]، والمشرع اليمني أيضاً، نص عليه في المادة 230/أ من ق.أ.ش[3]، على النحو الآتي: "يشترط في الموصي أن يكون: أ– بالغاً عاقلاً مختاراً غير محجور عليه".

ومنها من ذكر بصفة عامة بأن يكون الموصي متمتعاً بأهلية التبرع، وهو موقف المشرع العماني[4]. والمشرع العراقي في المادة 67 من ق.أ.ش[5]، كما يلي: "يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً مالكاً لما أوصى به".

ويفهم من خلال التوجه الأول، أنه لا يجوز للقاصر إجراء الوصية ما لم يكن متمتعاً بأهلية التبرع؛ أي أنه يجب أن يكون بالغاً لسن الرشد حسب كل تشريع، وأن يكون سليم العقل، ويلاحظ

---

[1] عرفت الوصية من طرف التشريعات العربية بتعاريف مختلفة، وردت حسب المواد الآتية: المادة 184 من ق.أ.الجزائري، والمادة 277 من م.أ.المغربية، والفصل 171 من م.أ.ش.التونسية، والمادة 203 من م.أ.ش.الموريتاني، والمادة 430 من ق.أ.ش.السوري، والمادة 286 من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 240 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 198 من ق.أ.ش، وكذا المادة 1/888 من ق.م.م.العماني، والمادة 213 من ق.أ.ش.الكويتي، والمادة 254 من ق.أ.ش.الأردني، والمادة 64 من ق.أ.ش.العراقي، والمادة 206 من ق.أ.ش.القطري.

[2] يراجع: المادة 186 من ق.أ.الجزائري.

[3] القرار الجمهوري بالقانون رقم 20 بشأن ق.م.اليمني، لسنة 1992م، المعدل بالقانون رقم 27 لسنة 1998م، والقانون رقم 34 لسنة 2003م.

[4] نصت المادة 205/أ من ق.أ.ش.العماني، على ما يلي: *"تصح الوصية ممن له أهلية التبرع، ولو في مرض الموت"*.

[5] القانون رقم 188 المتضمن ق.أ.ش.العراقي، الصادر بتاريخ 1959/12/19م، الوقائع العراقية، ع.280، الصادرة بتاريخ 1959/12/30م، ص.889.

على هذه التشريعات أنها ذكرت لفظ الموصي بصفة عامة، ولم تخصه بشخص معين، مما يعني أن الشروط واجبة في كل شخص أراد أن يوصي؛ سواء كان قاصراً، أم محجوراً عليه لسفه أو غفلة.

وهناك توجه في التشريعات العربية أجاز الوصية الصادرة من القاصر أو المحجور عليه لسفه أو غفلة، أو حتى من المجنون في حالة الإفاقة لدى البعض منها، وهو موقف كل من المشرع المصري، والمشرع المغربي، والمشرع التونسي، والمشرع الليبي، والمشرع الموريتاني، والمشرع السوري، والمشرع الكويتي، والمشرع الأردني، والمشرع الإماراتي، والمشرع السوداني، والمشرع القطري، حيث بينت هذه التشريعات أن جواز الوصية الصادرة من القاصر أو المحجور عليه لسفه أو غفلة، يتوقف على إذن المحكمة أو إجازتها، وهناك من حددها في أوجه الخير، وهناك من حددها بالوصية للأقرباء[1].

كما أضاف المشرع الكويتي بأن الوصية الصادرة من السفيه أو ذي الغفلة قبل الحجر عليهما لا تحتاج إلى إذن لاستمرارها[2]؛ وهذا يعني جواز الوصية التي تصدر من السفيه وذي الغفلة. وقرر للصبي المميز بمجرد بلوغه الثامنة عشرة أهلية إبرام الوصية[3].

ثانيا– هبة القاصر المميز[4]: اتجهت بعض التشريعات العربية إلى النص على الشروط الواجبة في الواهب، واعتبرت أن الشخص الذي لا تتوافر فيه تلك الشروط لا يجوز له التصرف في أمواله عن طريق الهبة، وهو موقف كل من المشرع الجزائري، والمشرع القطري، والمشرع السوداني، حيث اشترطوا بأن يكون الواهب بالغاً وعاقلاً ومختاراً وغير محجور عليه، فمن توافرت فيه هذه الشروط صحت منه هبته، ومن لم تتوافر فيه، كالقاصر؛ لعدم بلوغه، أو المحجور عليه؛ لوجود عارض من عوارض الأهلية به، فلا يجوز له أن يهب لغيره[5].

---

[1] يراجع: المادة 1/116 من ق.م.المصري، والمادة 2/279 من م.أ.المغربية، والفصل 178 من م.أ.ش.التونسية، والمادة 1/116 من ق.م.الليبي، والمادة 2/206 من م.أ.ش.الموريتاني، والمادة 2/434 من ق.م.السوري، والمادة 217/ب من ق.أ.ش.الكويتي، والمادة 269/ب من ق.أ.ش.الأردني، والمادة 2/248 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 2/293 من ق.أ.ش، وكذا المادة 1/60 من ق.م.م.السوداني، والمادة 2/214 من ق.أ.ش.القطري.

[2] يراجع: المادة 217/جـ من ق.أ.ش.الكويتي.

[3] تنص المادة 95 من ق.م.الكويتي، على ما يلي: *"للصغير المميز، عند بلوغه الثامنة عشرة، أهلية إبرام الوصية"*.

[4] عرفت الهبة من طرف بعض التشريعات العربية بتعاريف مختلفة، وردت في المواد الآتية: المادة 202 من ق.أ.الجزائري، والمادة 200 من م.أ.ش.التونسية، والمادة 454 من ق.م.السوري، والمادة 1/267 من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 1/191 من ق.أ.ش.القطري.

[5] يراجع: المادة 203 من ق.أ.الجزائري، والمادة 1/197 من ق.أ.ش.القطري، والمادة 283/أ من ق.أ.ش.السوداني.

ثالثا– وقف القاصر المميز[1]: اتفقت التشريعات العربية على مبدأ عدم صحة الوقف الصادر من القاصر، لكنها لم تذكر ذلك بشكل صريح، وإنما اعتمدت على ذكر الشروط الواجب توافرها في الواقف حتى يصح الوقف.

وقد اشترط المشرع الجزائري في الواقف، بموجب المادة 215 من ق.أ؛ الشروط نفسها في الواهب، وهي أن يكون بالغاً وعاقلاً، وأن لا يكون محجوراً عليه. لكن بالرجوع إلى قانون الأوقاف[2]، نجد أن المشرع نص في المادة 2/10: "يشترط في الواقف حتى يكون وقفه صحيحاً أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين". فالمشرع الجزائري في هذه المادة ذكر بصفة عامة بأن يكون الواقف ممن تعد تصرفاتهم صحيحة، وبهذا الشرط فقد أخرج المشرع القاصر، مميزاً، أم غير مميز، من دائرة الواقفين لعدم صحة تصرفاتهم المالية، بدليل نص المادة 30 من قانون الأوقاف، والتي وردت كما يلي: "وقف الصبي غير صحيح مطلقاً؛ سواء كان مميزاً أو غير مميز ولو أذن بذلك الوصي". وتعتبر هذه المادة إقراراً صريحاً من المشرع الجزائري بعدم صحة وقف القاصر ولو كان مأذوناً.

وكما اشترط المشرع الجزائري أن يكون الواقف غير محجور عليه لسفه، كذلك لم يجز الوقف الصادر من المجنون؛ المستمر والمتقطع، والمعتوه، حسب المادة 31 من القانون نفسه، والتي نصت على ما يلي: "لا يصح وقف المجنون ولا المعتوه لكون الوقف تصرفاً يتوقف على أهلية التسيير، أما صاحب الجنون المتقطع فيصح أثناء إفاقته وتمام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية".

ويلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يجز وقف القاصر بصفة مطلقة بالإذن أو بدونه، كما اعتبر الوقف الصادر من المجنون جنوناً مستمراً والمعتوه غير صحيح؛ لعدم تمتعهما بأهلية الأداء والتسيير، في حين اعتبر وقف المجنون صحيحاً وقت الإفاقة، وتمام العقل. واشترط المشرع إثبات إفاقة المجنون، غير أنه لم يبين على من يقع عبء الإثبات، ومتى يجب إثباتها؛ وقت إفاقة المجنون، أم وقت إجراء الوقف، وهذا الإثبات يكون بواحدة من الطرق الشرعية، فالمشرع لم يحدد نوعاً معيناً، ولم يضيق فيه. كما يلاحظ على المشرع أنه ذكر ثلاث حالات فقط تتعلق بعوارض الأهلية ولم يتطرق للوقف الصادر من ذي الغفلة.

---

[1] عرفت الوقف من طرف بعض التشريعات العربية بتعاريف مختلفة، وردت حسب المواد الآتية: المادتان 213 من ق.أ.الجزائري، وكذا المادة 3 من قانون الأوقاف الجزائري، والمادة 488 من ق.أ.ش.السوري، والمادة 320 من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 2 من قانون الوقف والهبة في إمارة دبي، والمادة 2 من قانون الوقف القطري.

[2] القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف، المؤرخ في 12 شوال 1411هـ، الموافق لـ 27 أفريل 1991م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع.21، الصادرة بتاريخ 23 شوال1411هـ، الموافق لـ 8 ماي 1991، ص.690.

وقد تبنى المشرع السوداني، والمشرع السوري، التوجه نفسه في الشروط الواجبة في الواقف[1]، فالمشرع السوداني اشترط بموجب المادة 323 بفقرتيها (أ وب) من ق.أ.ش، في الواقف البلوغ، والعقل، وأهلية التبرع، وأن لا يكون محجوراً عليه لسفه أو غفلة، لكنه في المادة 1/60 من ق.م.م أقر صحة وقف المحجور عليه لسفه أو غفلة، متى أذنته المحكمة في ذلك. وحسب مفهوم هذين النصين، فإنه لا يصح الوقف الصادر من المحجور عليه بسبب سفهه، أو غفلته إلاّ إذا أخذ الإذن من المحكمة.

كما اشترط قانون الوقف والهبة في إمارة دبي[2]، حسب نص المادة 11 بفقرتيها (1 و2) أن يكون الواقف كامل الأهلية وغير محظور عليه التبرع، وأن يكون له حق التصرف في المال قانوناً؛ وبإسقاط هذه الشروط على القاصر نجد أنه غير كامل الأهلية، ولا يملك أهلية التبرع، وممنوع قانوناً من التصرف في ماله؛ لصغر سنه، أو لوجود عارض بأهليته. في حين اكتفى المشرع القطري في المادة 8 من قانون الوقف[3]، بالقول إنه يشترط لصحة الوقف تمتع الواقف بأهلية التبرع؛ أي أن يكون بالغاً ورشيداً.

إن العرض السابق حول تصرفات القاصر المميز التي تعود عليه بالضرر المحض، نستخلص منه ما يلي:

– اتفاق الفقهاء على عدم صحة بعض التصرفات التي تصدر من القاصر المميز أو المحجور عليه؛ لانطوائها على ضرر محض، وذكرنا البعض منها، كإقراض الصبي، وإعارته، ووصيته، وهبته، ووقفه.

– أوجب الفقهاء شروطاً في هذه التصرفات حتى يصح للقاصر المميز أو المحجور عليه القيام بها، كالبلوغ، وسلامة العقل، وأن تكون له أهلية التبرع؛ فما دامت هذه الشروط غير متوافرة فيهما فلا يجوز لهما ذلك.

– اتخذت التشريعات العربية توجهاً مغايراً لأقوال الفقهاء؛ فمنها من التزم بذكر الشروط الواجبة في التصرف حتى يتقرر حكمه من حيث الصحة أو البطلان، وتوجه نص صراحة على حكم ذلك التصرف.

---

[1] نص المشرع السوري في المادة 498 من ق.أ.ش، على ما يلي: *"يجب أن يكون الواقف بالغاً السن القانونية، راشداً، مختاراً، غير محجور عليه لسفه، أو حكم جنائي"*.

[2] القانون رقم 14 المتعلق بتنظيم الوقف والهبة في إمارة دبي، الجريدة الرسمية، ع.423، الصادرة بتاريخ 18 صفر 1439هـ، الموافق لـ 7 نوفمبر 2017م.

[3] القانون رقم 8 المتعلق بالوقف القطري، الصادر بتاريخ 08 محرم 1417هـ، الموافق لـ 25 ماي 1996م، الجريدة الرسمية القطرية، ع.6، الصادرة بتاريخ 7 ربيع الأول 1417هـ، الموافق لـ 22 جويلية 1996م، ص.72.

– اكتفاء التشريعات العربية على بيان حكم التصرفات التبرعية؛ كالوصية، والهبة، والوقف وحكم صحتها من طرف القاصر، ولم تتطرق إلى القرض أو الإقراض، والعارية والشروط الواجبة فيها حتى يتسنى لنا معرفة إمكانية صحتها من القاصر المميز.

– اتجهت بعض التشريعات العربية إلى ذكر الشروط اللازمة لصحة الوصية؛ وبتخلفها لا يجوز للقاصر المميز والمحجور عليه إبرامها، في حين قالت بعض التشريعات الأخرى بصحتها حتى وإن وجد به عارض من عوارض الأهلية، على شرط أن تأذن له المحكمة بذلك.

– اقتصار بعض التشريعات دون غيرها، على ذكر الشروط التي يتطلبها القانون في الواهب، حتى يسمح له بأن يهب ماله للغير؛ وما دام القاصر غير أهل لذلك فلا تصح منه.

– إجماع التشريعات العربية على عدم صحة الوقف الصادر من الشخص الذي يكون غير أهل له؛ لعدم بلوغه؛ أو لوجود عارض بأهليته، ما عدا المشرع السوداني الذي أقر صحة الوقف الصادر من السفيه وذي الغفلة مقترناً بإذن المحكمة.

المطلب الثالث: تصرفات القاصر المترددة بين النفع والضرر

نالت تصرفات القاصر في قسمها الثالث؛ أي الدائرة بين النفع والضرر، نصيبها من الاهتمام لدى الفقه الإسلامي والتشريعات العربية. فهذا النوع من التصرف يعد أكثر خطورة من القسمين السابقين؛ كون أن النفع أو الضرر فيه لا يتحدد بشكل معين، وإنما ينطوي على كليهما.

فإبرام تصرفات من هذا القسم يستلزم حسن النظر، والتقدير، والإدارة، والتسيير من القاصر المميز، أو من يلي أمره كالوليّ، أو الوصيّ، فيقضيان بالجواز أو المنع تقديراً لمصلحة القاصر، وقد اختلفت الآراء حول حكم هذه التصرفات، وتعددت النصوص بشأنها بما رآه كل تشريع مناسباً للحفاظ على مال القاصر المميز.

والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر عديدة، وقد وقع اختيارنا على بعض منها؛ كبيع القاصر المميز وشرائه، وإجارة القاصر، ورهنه، من أجل بيان حكمها في الفقه الإسلامي (**الفرع الأول**)، والتشريعات العربية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من تصرفات القاصر المترددة بين النفع والضرر

عالج فقهاء الشريعة الإسلامية مختلف التصرفات، وبينوا القسم الذي تندرج تحته، سواء، كانت نافعة، أم ضارة، أم مترددة بينهما، وقد اتفقوا على جواز الأولى، ومنع الثانية بالنسبة للقاصر المميز، واختلفوا في الثالث؛ نظراً لاحتمالها الأمرين معاً، النفع والضرر.

وكما يعلم أن هذا النوع من التصرفات متشعب في أحكامه، ومتعدد في أنواعه، فقد اكتفينا بدراسة بعض التطبيقات منها؛ كالبيع والشراء، والإجارة، والرهن، وفيما يلي نبين حكمها عند فقهاء الشريعة الإسلامية وفق التقسيم الآتي بيانه.

أولا– بيع القاصر المميز وشراؤه: البيع لغة: معناه مطلق المبادلة. وعند فقهاء الشريعة الإسلامية عرف كما يلي:

عند الحنفية يطلق البيع على معنيين؛ أحدهما خاص، وهو بيع العين بالنقدين الذهب والفضة وغيرهما، وثانيهما عام، وهو مبادلة المال بالمال على وجه مخصوص، وعند المالكية له معنيين أيضاً، معنى أعم: هو عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة ولا لذة، ومعنى أخص: هو عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة ولا لذة، ذو مكايسة، أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة، معين غير العين فيه، وأضافوا على التعريف الأعم عناصر ثلاثة، وعند الشافعية البيع هو مقابلة مال بمال على وجه مخصوص، وعند الحنابلة هو مبادلة مال –ولو في الذمة– أو منفعة مباحة بمثل أحدهما على التأبيد غير ربا وقرض. كما عرف أيضا بالمادة 105 من المجلة بأنه مبادلة مال بمال، ويكون منعقداً وغير منعقد[1].

1– أقوال الفقهاء بخصوص بيع القاصر المميز وشرائه: اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية، أنه يصح البيع من كل بالغ عاقل مختار مطلق التصرف، واتفقوا على أنه لا يصح بيع المجنون، لكنهم اختلفوا في بيع الصبي المميز[2]، وفيما يلي أقوالهم حول المسألة.

أ– القول الأول صحة البيع والشراء من القاصر المميز: يرى أصحاب هذا الرأي أنه يجوز للقاصر البيع والشراء بإذن وليّه، وهو قول فقهاء مذهب الحنفية، ومذهب المالكية، ورواية عند الحنابلة.

قال فقهاء الحنفية إن البيع والشراء من التصرفات المترددة بين النفع والضرر، يملكها الصبي بالإذن؛ فإذا أذن الولي لابنه الصغير في التجارة أو في جنس منها وهو يعقل البيع والشراء، فهو مأذون له في التجارات كلها، فبيع المأذون وشراؤه بما يتغابن الناس فيه جائز، حالاً كان أو إلى أجل،

---

[1] يراجع: الجرجاني، معجم التعريفات، المرجع السابق، ص.44؛ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج.2، المرجع السابق، ص.ص.134–139؛ مجلة الأحكام العدلية، المرجع السابق، ص.34.

[2] أبو المظفر يحي بن محمد بن زهيرة الشيباني، اختلاف الأئمة العلماء، تحقيق: السيد يوسف محمد، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1423هـ، 2002م، ص.345.

سواء كان بيعاً على ثمن، أم مقايضة، عرضاً بعرض، أم سلماً؛ لأنه منفك الحجر عنه فيما هو تجارة، وهذه كلها من عقود التجارات، والتاجر يحتاج إليها؛ أي البيع والشراء بالحال والمؤجل[1].

وأضاف الحنفية أنه حتى ولو باشره قبل الإذن يكون موقوفاً على إجازة الوليّ، فإذا رأى فيه مصلحة أجازه، وهذا لأنه يشبه البالغ من حيث أنه عاقل مميز، ويشبه المجنون والطفل الذي لا يميز، من حيث أنه لم يتوجه عليه الخطاب وفي عقله قصور، فألحقوه بالبالغ في التصرف النافع، وبالمجنون في التصرف الضار، وفي المتردد بالمجنون قبل الإذن، وبالبالغ بعده[2].

وقال فقهاء المالكية إن العاقد في عقد البيع؛ بائعاً كان أو مشترٍ يشترط فيه التمييز؛ بأن يفهم السؤال ويرد جوابه، وبوجوده يصح العقد بإذن وليّه، فلا ينعقد بيع غير المميز، والمجنون، ولا يلزم عقد بيع المحجور لسفه إلاّ بإذن وليّه، ويصح من الأطفال المميزين، كأطفال المدارس، فإن شراءهم لحوائجهم المدرسية يقع صحيحاً، لكنه غير لازم، إذ يستطيع الولي أن يعترض على ما قام الطفل بشرائه، فالصحة لا تقتضي اللزوم[3].

بينما ذهب فقهاء الحنابلة في رواية لهم إلى رأيين، الرأي الأول يقر بصحة تصرف المميز في البيع بإذن وليّه، وإذا أذن الوليّ للسفيه في البيع والشراء، فإنه يصح؛ لأنه عقد معاوضة، فملكه بالإذن، ولأنه عاقل محجور عليه، فصح تصرفه بالإذن فيه كالصبي، فلو منعنا تصرفه بالإذن لم يكن لنا طريق لمعرفة رشده واختباره[4]. أما الرأي الثاني فيعتبر تصرف الصبي والسفيه بالبيع والشراء بدون إذن وليّهما، لا يصح إلاّ في الشيء اليسير، وهو المذهب وعليه الأكثر[5].

ب- القول الثاني عدم صحة البيع والشراء من القاصر المميز: يرى أصحاب هذا الرأي عدم صحة بيع القاصر وشرائه، وهو قول فقهاء مذهب الشافعية، والرواية الثانية عن فقهاء مذهب الحنابلة.

---

(1) يراجع: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج.5، المرجع السابق، ص.219؛ السرخسي، المبسوط، ج.25، المرجع السابق، ص.21، وص.156؛ العيني، البناية شرح الهداية، ج.11، المرجع السابق، ص.173.

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج.5، المرجع السابق، ص.ص.219-220.

(3) يراجع: الحطاب، مواهب الجليل، ج.6، المرجع السابق، ص.31؛ الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج.5، المرجع السابق، ص.10؛ الكشناوي، أسهل المدارك، ج.3، المرجع السابق، ص.220؛ محمد سكحال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، ط.1، دار ابن حزم، لبنان، 1422هـ، 2001م، ص.68.

(4) يراجع: المرداوي، الإنصاف، ج.4، المرجع السابق، ص.267؛ ابن قدامة، المغني، ج.9، المرجع السابق، ص.616.

(5) المرداوي، الإنصاف، ج.4، المرجع نفسه، ص.268.

قال الشافعية إن المعتبر في صحة البيع أهلية العاقد؛ موجباً أو قابلاً، وشرطه إطلاق التصرف والاختبار، فلا يصح بيع صبي وإن قصد اختباره به، ولا بيع محجور عليه بسفه ولو بغبطة[1]. وأضاف النووي بأن الصبي لا يصح بيعه ولا شراؤه ولا إجارته وسائر عقوده، لا لنفسه ولا لغيره، سواء باع بغبن، أم بغبطة، وسواء كان مميزاً، أم غيره، وسواء باع بإذن الوليّ، أم بغير إذنه، وسواء ببيع الاختبار، أم غيره، وإذا اشترى شيئاً وسلم إليه فتلف في يده أو أتلفه فلا ضمان عليه، لا في الحال ولا في البلوغ، وكذا لو اقترض مالاً؛ لأن المالك هو المضيع بتسليم المال، ولو سلم الصبي إلى البائع ثمن ما اشتراه لم يصح تسليمه، ويلزم البائع برده للوليّ[2].

وأما الرواية الثانية للحنابلة فقالت بعدم صحة بيع السفيه؛ لأن الحجر عليه لتبذيره وسوء تصرفه، فإذا أذن له فقد أذن، فيما له مصلحة فيه، فلم يصح[3].

2- أدلة التوجهين السابقين ومناقشتها: نعرض فيما يلي تباعاً أدلة كل فريق على حدة.

أ- أدلة القول الأول: استدلوا بدليل من الكتاب، وبدليل من السنة، نبينهما كما يلي:

أ-1- دليلهم من الكتاب: استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا﴾[4]، ووجه الدلالة أن الآية تأمر بإعطاء اليتامى أموالهم، فيكون الأولياء قد أمروا بأن لا تؤخر الأموال عن حد البلوغ، وأن لا يماطلوا إن أؤنس منهم الرشد، واليتامى؛ مطلق يتناول السفيه وغيره، أونس منه الرشد[5].

أ-2- دليلهم من السنة: استدلوا بما روي عن عمرو بن حريث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بعبدِ الله بن جعفر وهو يبيع مع الغِلْمَانْ أو الصبيان، فقال: اللهم بارك له في بيعه أو قال

---

[1] يراجع: النووي، المجموع، ج.9، المرجع السابق، ص.174؛ أبو يحي، أسنى المطالب، ج.2، المرجع السابق، ص.6.

[2] النووي، المجموع، ج.9، المرجع نفسه، ص.182.

[3] يراجع: ابن قدامة، المغني، ج.9، المرجع السابق، ص.217.

[4] القرآن الكريم، سورة النساء، الآية رقم 06.

[5] محمد بن يوسف أبو حيان الأندلسي، تفسير البحر المحيط، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، زكريا عبد المجيد النوتي، أحمد النجولي الجمل، ج.3، آل عمران-المائدة، ط.3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2010م، ص.ص.167-168.

في صفقته[1]. ووجه الدلالة من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر على عبد الله بن جعفر ما فعله، فدل على صحة تصرفه[2].

ب– أدلة القول الثاني: استدلوا بما روي عن ابن عباس، قال: مرَّ علي بن أبي طالب بمجنونة بني فلان قد زنت، فأمر عمر برجمها، فردَّها عليٌّ، وقال لعمر: أما تذكر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "رُفع القَلَم عن ثلاثةٍ: عن المجنون المغلوب على عقله، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، قال: صدقت، فخلى عنها"[3].

ووجه الدلالة من الحديث، أنه لو صح البيع لزم منه التسليم على الصبي، وقد صرح في الحديث أن الصبي لا يجب عليه شيء، وهناك من قال أن مقتضى الحديث إسقاط أقواله وأفعاله[4].

ج– مناقشة أدلة التوجهين والترجيح:

– إن الآية التي استدل بها أصحاب القول الأول تشترط البلوغ وإيناس الرشد لدفع المال إلى المحجور عليه، وفي الإذن له بالبيع دفع لبعض ماله، وهو مخالف لنص الآية.

– إن حديث عبد الله بن جعفر وإن صح، فهو محمول على الشيء اليسير؛ لأن عبد الله كان يبيع لأقرانه من الصبيان، وكلهم على درجة واحدة من التمييز، بخلاف التعامل مع التجار، فذلك على درجة من الخطورة لا يعيها القاصر.

– نوقش دليل أصحاب القول الثاني بأن الحجر على القاصر إنما كان لصباه وليس لذاته، لعدم هدايته لأمور التجارة، فلما أذن له الولي صح تصرفه؛ لأنه إنما أذن له لعلمه بأنه قادر على الاتجار[5].

وعليه، يبدو لنا أن القول الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، من صحة بيع الصبي المأذون، وذلك في الشيء اليسير[6]. وهو ما يوافق الحكم الوارد في مجلة الأحكام العدلية بالمادة 967 منها.

---

[1] رواه أبو يعلى في مسنده، مسند: عمرو بن حريث، رقم الحديث: 1467، تحقيق: حسين سليم أسد، ج.3، ط.2، دار الثقافة العربية، سوريا، لبنان، 1412هـ، 1992م، ص.47.

[2] ابن يحي أم كلثوم حكوم داود، أحكام القاصر بين الشريعة والقانون الجزائري والأردني، دراسة فقهية وقانونية، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، الأردن، 2007م، ص.50.

[3] رواه الدارقطني، كتاب: الحدود والديات وغيره، سبق تخريجه، في الباب الأول، ص.80 منه.

[4] النووي، المجموع، ج.9، المرجع السابق، ص.182.

[5] ابن يحي أم كلثوم حكوم داود، أحكام القاصر بين الشريعة والقانون الجزائري والأردني، المرجع السابق، ص.51.

[6] المرجع نفسه، ص.52.

ثانيا– إجارة القاصر: الإجارة في معناها اللغوي مشتق من الأجر وهو الثواب، وآجره من الإيجار، والأجرة: الكراء، أما عند الفقهاء: فهي عقد لازم قد تكون على منفعة مدة معلومة بثمن معلوم، والمنفعة منفعة عين، كالسكن في الدار أو ركوب السيارة، وقد تكون منفعة عمل، مثل عمل المهندس، والبناء، أو هي بيع المنفعة المعلومة في مقابل عوض معلوم[1].

وقد اختلف الفقهاء حول صحة إجارة القاصر على قولين، نبينهما كما يلي:

1– القول الأول صحة إجارة القاصر المميز: ذهب فقهاء مذهب الحنفية، ومذهب المالكية، ومذهب الحنابلة إلى القول بصحة إجارة القاصر المميز بإذن وليّه، فإذا أجر الصغير نفسه بغير إذن، فإجارته باطلة.

قال الحنفية يجب أن يكون العاقد في الإجارة عاقلاً، حتى لا تنعقد من المجنون، والصبي الذي لا يعقل، وأن نفاذها من الصبي العاقل، فإن كان مأذوناً ينفذ، وإن كان محجوراً يقف على إجازة الوليّ، ولو أجر الصبي المحجور نفسه وعمل وسلم من العمل؛ يستحق الأجر ويكون له، أما استحقاق الأجر، فلأن عدم النفاذ كان نظراً له، والنظر بعد الفراغ من العمل سليماً في النفاذ، فيستحق الأجرة ولا يهدر سعيه فيتضرر به، وكان أذن الوليّ له بذلك بمنزلة قبول الهبة من الغير. ولو هلك الصبي في يد المستأجر في المدة، ضمن؛ لأنه صار غاصباً حيت استعمله من غير إذن المولى، ولا يجب الأجر؛ لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان، ولو قتل الصبي خطأ، فعلى عاقلته الدية أو القيمة وعليه الأجر في ماله؛ لأن إيجاب الأجرة هنا لا يؤدي إلى الجمع لاختلاف من عليه الواجب[2].

وقال المالكية أيضاً بصحة الإجارة بعاقدٍ؛ مؤجراً ومستأجراً، كالبيع، فشرطهما التمييز، وشرط اللزوم التكليف، فالصبي المميز إذا أجر نفسه أو سلعته صح وتوقف على رضا وليّه، وأما السفيه إن عقد على نفسه فلا كلام لوليّه، إلاّ إذا كان في الأجر محاباة، فللوليّ النظر، وإن عقد على سلعة فلوليّه النظر مطلقاً كالبيع[3].

---

[1] يراجع: الرازي، الصحاح، المرجع السابق، ص.3؛ محمد عبد العزيز حسين زيد، الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر، ط.1، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، مصر، 1417هـ، 1996م، ص.15؛ المادة 405 من مجلة الأحكام العدلية، المرجع السابق، ص.70.

[2] يراجع: السرخسي، المبسوط، ج.10، المرجع السابق، ص.207؛ الكاساني، البدائع، ج.5، المرجع السابق، ص.ص.525–526.

[3] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج.4، المرجع السابق، ص.3.

أما الحنابلة فاكتفوا بالقول إن الإجارة لا تصح إلاّ من جائز التصرف؛ لأنها عقد تمليك، غير أنه يجوز للمميز أن يؤجر نفسه بإذن وليّه، فلا يملكها إلاّ بالإذن[1].

وقد استدل هؤلاء على تصنيف الإجارة من ضمن فروع البيع، وبما أن القاصر المأذون يملك البيع، فهو يملك الإجارة[2].

2- القول الثاني عدم صحة إجارة القاصر المميز: ذهب فقهاء مذهب الشافعية إلى القول بعدم صحة إجارة القاصر المميز؛ لأنه يشترط فيها إطلاق التصرف كالبيع، وللسفيه أن يؤجر نفسه، فإن كان فيما هو مقصود من عمل مثله، كأن يكون صانعاً وعمله مقصود في كسبه، لم يجز، وتولى الوليّ العقد عنه، وإن كان غير مقصود، كحج أو وكالة، وليس عمله مقصود في كسبه، لاستغنائه بماله، صح؛ لأنه لا يتنازع بهذا العمل[3].

وقد استدل أصحاب هذا القول، على بيع القاصر، بقولهم ما دام بيع القاصر لا يجوز، فكذلك إجارته لا تجوز.

ويبدو لنا أن الرأي الراجح هو رأي جمهور الفقهاء، القائل بصحة إجارة القاصر المميز المأذون؛ لأن الإجارة فرع من البيع، وهو يملكها بالإذن[4].

ثالثا- رهن القاصر المميز: الرهن في معناه اللغوي هو ما وضع عند الإنسان مما ينوب مناب ما أخذ منه، والجمع رهون ورهان[5]، وقد ورد بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾[6]، أو هو مطلق الحبس، أما اصطلاحاً فهو حبس شيء مالي بحق كالدين يمكن استيفاءه منه ويسمى الشيء مرهوناً ورهناً[7].

كما عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية بتعريفات مختلفة، فعند الحنفية هو حبس شيء مالي بحق يمكن استيفاءه منه، كلاً أو بعضاً كالدين حقيقة أو حكماً، وعند المالكية هو بذل من له البيع ما يباع غرراً ولو اشترط في العقد وثيقة بحق، وعرفه فقهاء مذهب الشافعية بأنه جعل عين مال وثيقة

---

(1) يراجع: ابن قدامة، المغني، ج.5، ص.7؛ البهوتي، كشاف القناع، ج.3، المرجع السابق، ص.457.

(2) يراجع: الكاساني، البدائع، ج.5، المرجع السابق، ص.525؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج.4، المرجع السابق، ص.2؛ البهوتي، كشاف القناع، ج.3، المرجع السابق، ص.457.

(3) أبو يحي، أسنى المطالب، ج.2، المرجع السابق، ص.303.

(4) ابن يحي أم كلثوم حكوم داود، أحكام القاصر بين الشريعة والقانون الجزائري والأردني، المرجع السابق، ص.55.

(5) ابن منظور، لسان العرب، م.13، المرجع السابق، ص.188.

(6) القرآن الكريم، سورة البقرة، من الآية 283.

(7) يراجع: الجرجاني، معجم التعريفات، المرجع السابق، ص.98؛ البركتي، التعريفات الفقهية، المرجع السابق، ص.107.

بدين يستوفى منها عند تعذر وفاءه، بينما عرفه الحنابلة بأنه المال الذي يجعل وثيقة بالدين، ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاءه ممن هو عليه[1].

وورد تعريفه كذلك في المادة 701 من المجلة، كما يلي: "الرهن حبس مال وتوقيفه في مقابلة حق يمكن استيفاؤه منه ويسمى ذلك المال مرهوناً ورهناً".

هذا، وقد اختلف الفقهاء في صحة رهن القاصر المميز والمحجور عليه على قولين؛ قول يرى صحة رهن المميز، وقول آخر يرى عدم الصحة، وفيما يلي نبين هذين القولين:

1- القول الأول صحة رهن القاصر المميز: يصح رهن الصبي المميز المأذون له بالتجارة، وهو قول فقهاء مذهب الحنفية، وفقهاء مذهب المالكية[2].

قال الحنفية إن الرهن لا يصح من المجنون والصبي الذي لا يعقل، ويجوز من الصبي المأذون له بالتجارة؛ لأنه من توابعها فيملكها من يملك التجارة، ويصح من السفيه، ولأن الرهن والارتهان هو من باب إيفاء الدين واستيفاءه، وهما يملكان ذلك[3].

بينما ذهب المالكية إلى القول إن من يصح منه البيع؛ أي من كانت له أهلية البيع يصح منه الرهن، فلا يصح من مجنون وصبي لا ميز له، وصحته من المميز والسفيه تكون متوقفة على إجازة وليّهما؛ أي إن اشترط في صلب عقد البيع أو القرض، وإلاّ فهو تبرع باطل[4].

2- القول الثاني عدم صحة رهن القاصر المميز: لا يصح رهن القاصر المميز والمحجور عليه مطلقاً؛ أي سواء كان مأذوناً له بالتجارة، أم غير مأذون له، وهو الرأي الذي تبناه فقهاء مذهب الشافعية، وفقهاء مذهب الحنابلة.

وموقف الشافعية مبني أساساً على أصل قول مذهبهم بعدم صحة أي تصرف من الصبي مميزاً كان، أم غير مميز[5]. والسفيه كالصبي فيما ذكر[6].

---

[1] توفيق إبراهيم موسى أبو عقيل، أحكام الرهن في الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 1429هـ، 2008م، ص.25، وص.27، وص.ص.28-29.

[2] مبارك محمد بن حمد الدعيلج، الرهن في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في الفقه المقارن، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 1405هـ، 1406م، ص.151.

[3] الكاساني، البدائع، ج.8، المرجع السابق، ص.ص.139-140.

[4] يراجع: الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، ج.5، المرجع السابق، ص.236؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج.3، المرجع السابق، ص.231.

[5] مبارك محمد بن حمد الدعيلج، الرهن في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.150.

[6] الشربيني، مغني المحتاج، ج.2، المرجع السابق، ص.161.

أما الحنابلة فيرون أن الرهن يصح ممن يصح بيعه وتبرعه، فلا يصح رهن السفيه؛ لأنه لا يصح بيعه ولو مأذوناً في التجارة، لأنه لا يصح تبرعه ونحوه كالمميز، فالرهن يصح من جائز الأمر؛ أي أن يكون الراهن جائز التصرف في ماله، وهو المكلف الرشيد، غير محجور عليه لسفه أو جنون؛ لأن الرهن هو تصرف في المال فلم يصح من المحجور عليه[1].

إذاً، ومن خلال هذا العرض، يتبين لنا أن القول الأول هو الرأي الراجح، فما دام القاصر المميز مأذوناً جاز له أن يرهن ماله، ويجب على وليّه أو وصيّه أن يقدر مصلحته من وراء هذا الرهن.

الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية من تصرفات القاصر المترددة بين النفع والضرر

سايرت التشريعات العربية في تنظيمها لأقسام التصرفات ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية؛ حيث بينت أقسامها الثلاث؛ النافعة، والضارة، والمترددة بين النفع والضرر، وهناك من التشريعات من فصل في كل قسم منها، وهناك من اكتفى بذكر حكمها فقط.

هذا، وقد بينت التشريعات العربية تصرفات القاصر المميز المترددة بين النفع والضرر، كما فعلت بالنسبة للقسمين السابقين، وفيما يلي نوضح موقفها على النحو الآتي.

أولا– بيع القاصر المميز[2]: يعتبر البيع تصرف دائر بين النفع والضرر؛ سواء من جهة البائع، أم المشتري، ومن ثم، فإن الصبي المميز لا يتصف بالأهلية اللازمة لهذا الأمر، ولا يمكنه مباشرته إلاّ بإذن الوليّ وإجازته. وقد سبق أن بينا في الباب الأول عند الحديث عن ترشيد القاصر أنه يمكن للوليّ أن يأذن لابنه القاصر بتسلم كل أمواله، أو جزء منها، وبهذا الإذن يكتسب القاصر أو المحجور عليه لسفه أو غفلة عند البعض أهلية الإدارة؛ أي أهلية إجراء التصرفات التي تقتضيها إدارة أمواله التي تسلم له، وتكون أعماله وتصرفاته صحيحة، لكن في حدود الإذن الممنوح له، وهذا التوجه أخذ به كل من المشرع المصري، والمشرع الليبي، والمشرع السوري، والمشرع الكويتي، والمشرع القطري، والمشرع

---

[1] يراجع: البهوتي، كشاف القناع، ج.3، المرجع السابق، ص.322؛ ابن قدامة، المغني، ج.6، المرجع السابق، ص.446.

[2] عرف عقد البيع بتعاريف مختلفة عند التشريعات العربية، ورد في المواد الآتية: المادة 351 من ق.م.الجزائري، والمادة 418 من ق.م.المصري، والمادة 478 من ق.إ.ع.المغربي، والمادة 564 من م.إ.ع.التونسية، والمادة 407 من ق.م.الليبي، والمادة 489 من ق.إ.ع.الموريتاني، والمادة 386 من ق.م.السوري، والمادة 454 من ق.م.الكويتي، والمادة 465 من ق.م.الأردني، والمادة 381 من ق.م.البحريني، والمادة 489 من ق.م.م.الإماراتي، والمادة 355 من ق.م.م.العماني، والمادة 419 من ق.م.القطري، والمادة 178 من ق.م.م.السوداني، والمادة 506 من ق.م.العراقي، والمادة 451 من ق.م.اليمني، والمادة 428 من ق.م.الفلسطيني، والمادة 415 من ق.م.الصومالي.

السوداني، والمشرع الفلسطيني، والمشرع الصومالي ضمن قوانينهم المدنية، أو قوانينهم المتعلقة بأ.ش[1].

كما أقر المشرع اليمني صحة تصرف الصغير الذي قام به بعد حصوله على الإذن، واعتبره مرتباً لجميع آثاره، ما عدا الذي يتضمن غبناً فاحشاً، وهو ما نص عليه في المادة 62 من ق.م[2].

وقالت تشريعات أخرى بتمتع الصبي المميز بالأهلية الكاملة فيما أذن له فيه، وهو الموقف الذي تبناه المشرع المغربي، والمشرع الموريتاني، والمشرع الإماراتي، والمشرع العماني، والمشرع الأردني، والمشرع العراقي؛ ومفاد هذا التوجه أن الإذن الممنوح للقاصر يجعله متمتعاً بالأهلية الكاملة كالبالغ، ومن ثم تصح تصرفاته التي تدخل ضمن هذا الإذن، ومنها البيع والشراء[3].

بينما ذهب المشرع التونسي إلى النص بأن الإذن الممنوح للصغير المميز من أجل تعاطي التجارة، يدخل تحته جميع الأعمال اللازمة لتعاطي التجارة المقصودة بالإذن، مما يعني أنه يجوز للصغير المأذون البيع والشراء؛ كونه من توابع التجارة[4].

أما بخصوص موقف المشرع الجزائري، فقد اعتبر البيع والشراء من التصرفات المترددة بين النفع والضرر ضمنياً، وهذا بمقتضى المادة 83 من ق.أ، وجعله متوقفاً على إجازة الوليّ أو الوصي، ولم يفصل في الأمر أكثر. وأضاف بموجب المادة 84 من ق.أ، أنه: "للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز في التصرف جزئياً أو كلياً في أمواله، بناءً على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك".

وما يلاحظ على المشرع أنه لم يشر إلى الأهلية التي يكتسبها المميز بموجب هذا الإذن كما نصت باقي التشريعات، ولم يبين كذلك نوع التصرفات التي تصح منه وهو مأذون، فكان عليه وضع معيار محدد حتى يتسنى للقاضي من خلاله ضبط تصرفات المميز المأذون، وهو ما يؤدي إلى التساؤل

---

[1] يراجع: المادة 112 من ق.م.المصري، والمادة 112 من ق.م.الليبي، والمادتان 113 و117 من ق.م.السوري، والمادة 1/92 من القانون المدني الكويتي، والمادتين 112 و113 من ق.م.القطري، والمادة 2/60 من ق.م.م.السوداني، والمادة 103 من ق.م.الفلسطيني، المادة 111 من ق.م.الصومالي.

[2] ورد نص المادة 62 من ق.م.اليمني على النحو الآتي: *"يقع صحيحاً منتجاً لجميع آثاره تصرف الصغير المميز فيما أذن له على النحو المبين في المادة السابقة ويستثنى من ذلك الغبن الفاحش وهو ما زاد عن عشر قيمة المثل وقت التصرف فأنه يجوز لوليّ الصغير أو وصيه أو للصغير نفسه رده إلى ما لا غبن فيه أو إبطاله ما لم يكن هناك عرف محلي يقضي بخلافه نقصاً أو زيادةً".*

[3] يراجع: المادة 3/226 من م.أ.المغربية، والمادة 170 من م.أ.ش.الموريتانية، والمادتين 161 من ق.م.م، وكذا 167 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادتين 141 من ق.أ.ش، وكذا 94 من ق.م.م.العماني، والمادة 120 من ق.م.الأردني، والمادة 99 من ق.م.العراقي.

[4] يراجع: الفصل 11 من م.إ.ع.التونسية.

حول الأعمال المسموح بها للقاصر المأذون غير أعمال التجارة، إذا ما كانت أعمال الإدارة، أم أعمال التصرف، أم كلاهما. كما لا يفوتنا البيان أن المشرع الجزائري قد نص أيضاً على قابلية تصرف القاصر المميز للإبطال، ومنها عقد البيع، وهذا بموجب المادة 101 من ق.م.

ثانيا– إجارة القاصر المميز: نظمت التشريعات العربية عقد الإيجار أو الإجارة أو عقد الكراء كما ورد عند البعض، بموجب نصوص ق.م، فهناك من عرف عقد الإيجار بصفة عامة؛ بأنه عقد يلتزم فيه المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة مقابل بدل إيجار معلوم، وهو ما ورد عند المشرع الجزائري، والمشرع المصري، والمشرع الليبي، والمشرع السوري، والمشرع الأردني، والمشرع الكويتي، والمشرع الإماراتي، والمشرع العماني، والمشرع القطري، والمشرع البحريني، والمشرع العراقي، والمشرع السوداني، والمشرع الفلسطيني، والمشرع الصومالي، فهذه التشريعات ذكرت حق الانتفاع بصفة عامة، ولم تقتصره على شيء معين[1].

وهناك توجه آخر من التشريعات، بين أن الإجارة نوعان؛ إجارة أشياء، وإجارة أشخاص، وهو موقف المشرع المغربي، والمشرع التونسي، والمشرع الموريتاني، حيث أطلقت مصطلح "الكراء" على إجارة الأشياء، وعلى إجارة الأشخاص بإجارة الصنعة أو العمل، أو منفعة الآدمي[2].

في حين اتجه المشرع اليمني إلى تعريف عقد الإيجار بصفة عامة، وبين كذلك أن الإيجار يرد على الأعيان؛ سواء منقولة أم غير منقولة، ويرد على عمل الإنسان[3].

وقد اختلفت التشريعات حول صحة عقد الإيجار الصادر من القاصر أو المحجور عليه، فهناك من اشترط الأهلية في العاقدين؛ أي المؤجر والمستأجر، ولم يبين نوع هذه الأهلية، كما فعل المشرع الأردني، والمشرع الإماراتي، والمشرع العماني، والمشرع السوداني، والمشرع اليمني[4]. بينما فصل المشرع

---

[1] يراجع: المادة 467 من ق.م.الجزائري، والمادة 558 من ق.م.المصري، والمادة 557 من ق.م.الليبي، والمادة 526 من ق.م.السوري، والمادة 658 من ق.م.الأردني، والمادة 561 من ق.م.الكويتي، والمادة 742 من ق.م.م.الإماراتي، والمادة 516 من ق.م.م.العماني، والمادة 582 من ق.م.القطري، والمادة 505 من ق.م.البحريني، والمادة 722 من ق.م.العراقي، والمادة 295 من ق.م.م.السوداني، والمادة 604 من ق.م.الفلسطيني، والمادة 521 من ق.م.الصومالي.

[2] يراجع: المادة 626 من ق.إ.ع.المغربي، والمادة 726 من م.إ.ع.التونسية، والمادة 613 من ق.إ.ع.الموريتاني.

[3] يراجع: المادتين 682 و683 من ق.م.اليمني السالف الذكر.

[4] يراجع: المادة 659 من ق.م.الأردني، والمادة 743 من ق.م.م.الإماراتي، والمادة 517 من ق.م.م.العماني، والمادة 1/296 من ق.م.م.السوداني، والمادة 1/685 من ق.م.اليمني.

العراقي في هذه الأهلية[1]. فكان لزاماً على بقية التشريعات تحديد نوع الأهلية، وبيان ما إذا كانت تشترط الأهلية الكاملة، أم تكفي أهلية التصرف.

وهناك توجه ثانٍ من التشريعات، قصر حق التأجير على القاصر الذي تكون له أهلية الإدارة فقط؛ أي المأذون وهو موقف المشرع الجزائري، والمشرع المصري، والمشرع الليبي، والمشرع السوري، والمشرع الكويتي، والمشرع البحريني، والمشرع القطري، والمشرع العراقي، والمشرع الفلسطيني، حيث نصت هذه التشريعات بأنه لا يجوز لمن له حق الإدارة أن يعقد إيجاراً لمدة تزيد عن ثلاث سنين ما لم يوجد نص يبين غير ذلك، وهناك من أوجب أن هذا الإيجار لا يتم إلاّ بإذن من يملك هذا الحق أو بإذن الجهات المختصة. فإذا عقد الإيجار لمدة أطول يتم تخفيضها لهذه المدة؛ أي ثلاث سنين[2].

كما أوجب توجه ثالث تمتع العاقدين بأهلية الالتزام، وهذا فيما يتعلق بالإجارة الخاصة بالأشخاص؛ وهي عقد يلتزم أحد طرفيه بأن يقدم للآخر خدماته الشخصية لأجل محدد، أو من أجل أداء عمل معين[3]، في نظير أجر يلتزم هذا الآخر بدفعه له، وهو ما اشترطه المشرع المغربي، والمشرع الموريتاني، كما أضافا وجوب إمضاء عقد المحجور عليه أو القاصر ومساعدته من قبل وليّهما[4]. في حين اشترط المشرع التونسي لصحة عقد الإجارة رشد القاصر، ولا يتم هذا العقد إلاّ بموافقة وليّه[5].

ثالثا– رهن القاصر المميز: نظمت غالبية التشريعات العربية عقد الرهن على قسمين؛ الرهن الرسمي أو التأميني عند البعض[6]، والرهن الحيازي[1]، وبينت الأحكام المتعلقة بكل قسم، ومنها من قصر

---

[1] نص المشرع العراقي في المادة 723 من ق.م، على ما يلي: *"يشترط لانعقاد الإيجار، أهلية العاقدين وقت العقد بأن يكون كل منهما عاقلاً مميزاً ويشترط لنفاذه كون العاقدين عاقلين غير محجورين وكون المؤجر مالكاً يؤجره أو وكيلاً للمالك أو ولياً عليه"*.

[2] يراجع: المادة 468 بفقرتيها (1و2) من ق.م.الجزائري، والمادة 559 من ق.م.المصري، والمادة 558 من ق.م.الليبي، والمادة 527 من ق.م.السوري، والمادة 562 من ق.م.الكويتي، والمادة 506 من ق.م.البحريني، والمادة 583 من ق.م.القطري، والمادة 724 من ق.م.العراقي، والمادة 605 من ق.م.الفلسطيني.

[3] ورد تعريف عقد الإجارة حسب كل تشريع في المواد الآتية: الفصل 723 من ق.إ.ع.المغربي، والفصل 828 من م.إ.ع.التونسية، والمادة 706 من ق.إ.ع.الموريتاني.

[4] يراجع: الفصل 725 من ق.إ.ع.المغربي، والمادة 708 من ق.إ.ع.الموريتاني.

[5] يراجع: الفصل 830 من م.إ.ع.التونسية.

[6] ورد تعريف عقد الرهن الرسمي حسب كل تشريع في المواد الآتية: المادة 882 من ق.م.الجزائري، والمادة 1030 من ق.م.المصري، والمادة 165 من مدونة الحقوق العينية المغربية، والمادة 971 من ق.م.الكويتي، والمادة 1010 من ق.م.م.العماني، والمادة 1399 من ق.م.م.الإماراتي، والمادة 1322 من ق.م.الأردني، والمادة 1285 من ق.م.العراقي، والمادة 942 من ق.م.البحريني، والمادة 1058 من ق.م.القطري، والمادة 1167 من ق.م.الفلسطيني، والمادة 821 من ق.م.الصومالي.

على تنظيم قسم واحد وهو الرهن الحيازي[2] كما فعل المشرع الموريتاني. ومنها من نظم أحكام الرهن بصفة عامة كما فعل المشرع اليمني، وعرفه في المادة 983 من ق.م[3].

هذا، وقد اتفقت جل التشريعات العربية على أنه يشترط في الراهن أهلية التصرف، ويفهم من هذا الأمر أن القاصر يجوز له رهن أمواله، وبما أن الرهن من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فإنه يكون متوقفاً على إجازة الوليّ لأنه أدرى بمصلحة ابنه القاصر.

وإضافة إلى اشتراط أهلية التصرف في الراهن، فقد أجاز المشرع الجزائري بشكل صريح للقاصر المأذون بأن يرتب رهناً على عقاره، وهذا استناداً إلى ما ورد في المادة 6 بفقرتيهما (1 و2) من ق.ت، التي نصت على أنه: "يجوز للتجار القصر المرخص لهم طبقاً للأحكام الواردة في المادة 5، أن يرتبوا التزاماً أو رهناً على عقاراتهم.

غير أن التصرف في هذه الأموال سواء كان اختيارياً أو جبرياً لا يمكن أن يتم إلاّ باتباع أشكال الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية".

إذاً، يتضح من خلال ما نص عليه المشرع الجزائري أن الرهن من بين التصرفات التي يجوز للقاصر المميز والمأذون القيام بها؛ لأنه تصرف دائر بين النفع والضرر، غير أنه يجب وفق ما هو مقرر بالنسبة لهذا النوع من التصرفات، وهو إجازة الوليّ أو الوصي.

واستناداً لما سبق عرضه وبيانه فيما يتعلق بتصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر عند الفقهاء والتشريعات العربية، نبدي الملاحظات الآتية:

– اختلاف الفقهاء حول تصرفات القاصر المترددة بين النفع والضرر، بين مجيزٍ ومعارضٍ، خاصة فيما تعلق بالبيع والشراء، والإجارة، والرهن.

---

[1] ورد تعريف عقد الرهن الحيازي حسب كل تشريع في المواد الآتية: المادة 948 من ق.م.الجزائري، والمادة 1096 من ق.م.المصري، والمادة 1100 من ق.إ.ع.الموريتاني، والمادة 1027 من ق.م.الكويتي، والمادة 1057 من ق.م.م.العماني، والمادة 1448 من ق.م.م.الإماراتي، والمادة 1372 من ق.م.الأردني، والمادة 1321 من ق.م.العراقي، والمادة 998 من ق.م.البحريني، والمادة 1128 من ق.م.القطري، والمادة 1237 من ق.م.الفلسطيني، والمادة 885 من ق.م.الصومالي.

[2] عرف المشرع المغربي الرهن الحيازي في قانونين، أولهما ق.إ.ع بالمادة 1170، وثانيهما القانون رقم 08-39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية المغربية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 178-11-1، الصادر بتاريخ 25 ذي الحجة 1432هـ، الموافق لـ 22 نوفمبر 2011م، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، ع.5998، الصادر بتاريخ 27 ذي الحجة 1432هـ، الموافق لـ 24 نوفمبر 2011م، ص.5587.

[3] عرف المشرع اليمني عقد الرهن في المادة 983 من ق.م، كما يلي: *"الرهن عقد يقدم به المدين أو غيره بإذنه عيناً مخصوصة إلى الدائن أو عدل يختاره الطرفان لحبسها لاستيفاء مال مخصوص"*.

– إجماع جمهور الفقهاء على صحة البيع والشراء الذي يقوم به القاصر المميز متى كان مأذوناً، فبالإذن يجوز له أن يبيع ويشتري، وقد قصر الفقهاء بيع القاصر وشراءه على الشيء اليسير.

– اعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية الإجارة فرع من فروع البيع، ومن ثم، أجاز الجمهور للقاصر المأذون أن يؤجر ماله أو نفسه ما دام مأذوناً في ذلك.

– يمكن للقاصر المأذون حسب رأي جمهور الفقهاء أن يرهن ماله؛ لأن الرهن من توابع التجارة، ومن ثم، يسمح له القيام به.

– اتفاق غالبية التشريعات العربية على وجوب توافر أهلية التصرف في عقد البيع حتى يعد صحيحاً.

– اشترطت التشريعات العربية أهلية التصرف في القاصر إلى جانب الإذن الذي يمنح له من قبل وليّه أو وصيّه أو من القاضي، حتى يتمكن من البيع والشراء.

– اختلفت التشريعات العربية في تنظيم عقد الإجارة، فمنها من قصره على الأشياء، ومنها من خص أحكامه بالأشياء والأشخاص.

– اختلاف التشريعات العربية على ثلاثة مواقف تتعلق بصحة إجارة القاصر، فمنها من اشترط أهلية العاقد دون أن يبين نوعها، ومنها من اشترط أهلية الإدارة والتي يكتسبها القاصر بموجب الإذن الممنوح له، ومنها من أوجب أهلية الالتزام فيما يتعلق بإجارة الأشخاص.

– توجه غالبية التشريعات العربية إلى اشتراط أهلية التصرف في الراهن حتى يتمكن من رهن ماله، بشرط أن يرجع فيه إلى إجازة الوليّ عندما يكون الراهن هو القاصر المأذون.

– صرح المشرع الجزائري بإمكانية قيام القاصر المأذون برهن عقاره، على أن يتم ذلك بموافقة الوليّ وإذنه.

المبحث الثاني: الحكم المترتب عن التصرفات المدنية للقاصر في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية

قسم فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية المعاملات المدنية على ثلاثة أقسام؛ تصرفات نافعة نفعاً محضاً، وتصرفات ضارة ضرراً محضاً، وتصرفات دائرة بين النفع والضرر، فيجاز القاصر في الأول بشكل مطلق، ويمنع في الثاني وجوباً، وتقدر مصلحته في الثالث من طرف وليّه، أو وصيّه.

هذا، وقد رتب فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية وصفاً على ما يعتبر تصرفاً متردداً بين النفع والضرر، فهناك من جعله تصرفاً موقوفاً، وهناك من جعله عقداً قابلاً للإبطال، وسواء كان التصرف موقوفاً أو قابلاً للإبطال، فإن لكل وصف أحكامه الخاصة به.

ولهذا، سنتطرق من خلال دراسة الحكم المترتب عن التصرفات المدنية للقاصر في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية، إلى الوصف الشرعي والقانوني لتصرفات القاصر المترددة بين النفع والضرر (**المطلب الأول**)، ثم نبين مآل حكم هذه التصرفات (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: الوصف الشرعي والقانوني لتصرفات القاصر المترددة بين النفع والضرر

اختلفت نظرة الفقهاء والقانونيين للوصف الذي ينطبق على التصرفات التي يقوم بها القاصر المميز وتكون مترددة بين النفع والضرر، حيث اتجه فقهاء الشريعة الإسلامية وبعض التشريعات إلى القول بالوقف، والبعض الآخر من التشريعات نص على قابليتها للإبطال.

ولأجل بيان الوصف الشرعي والقانوني لتصرفات القاصر المترددة بين النفع والضرر، نتطرق لبيان أقوال التوجه الذي يقول بالوقف (**الفرع الأول**)، ثم نبين آراء التوجه الذي ينص على القابلية للإبطال (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: اعتبار تصرفات القاصر المميز الدائرة بين النفع والضرر موقوفة

تباينت آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، وتوجهات التشريعات العربية، فيما يتعلق بتصرفات القاصر المميز، وأجازوا له إبرامها متى كان مأذوناً، أو كان متمتعاً بأهلية التصرف.

هذا، وقد قرر الفقهاء، وبعض التشريعات العربية أنه متى أبرم القاصر المميز عقداً يندرج ضمن قسم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فإنه يكون موقوفاً للنظر لوليّه. وعليه، سنعرف العقد الموقوف، ثم نذكر أقوال الفقهاء بشأنه في التقسيم الآتي.

أولا– تعريف العقد الموقوف:

يعرف العقد الموقوف في البيع بأنه ما كان مشروعاً بأصله ووصفه، ويفيد الملك على سبيل التوقف، ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير[1]. وهناك من قال بأن البيع الموقوف هو أن يوجد الركن مع وجود شرط الانعقاد والأهلية، لكن لم يوجد شرط النفاذ، وهو الملك والولاية[2].

كما عرفه الفقيه وهبه الزحيلي بأنه: ما يصدر من شخص له أهلية التعاقد، من غير أن تكون له ولاية إصداره، كعقد الصبي المميز فيما يتردد بين النفع والضرر[3].

وعرفه الشيخ الزرقا بأنه: العقد الذي لا ينتج حكمه منذ انعقاده؛ بل إنه ورغم انعقاده صحيحاً، تكون آثاره الخاصة النوعية، وسائر نتائجه الحقوقية متوقفة؛ أي معلقة محجوزة لا تتحقق ولا تسري لوجود مانع يمنع تحققها وسريانها شرعاً[4].

من خلال هذه التعاريف، يتضح أنها جاءت متوافقة، غير أن تعريف الشيخ أحمد الزرقا كان أكثر تفصيلاً، من خلال تأكيده صحة انعقاد هذا العقد، لكن نظراً لوجود مانع ما، فإنه لا ينفذ لحين إجازته.

وعرفت بعض التشريعات العربية العقد الموقوف بتعاريف مختلفة، ومنها المشرع اليمني بقوله: "هو الذي أضيف إلى أجل أو علق على شرط أو إذن يوقف أثره في الحال فلا يترتب إلاّ عند حلول الأجل أو تحقق الشرط أو حصول الإذن ممن يملكه كعقد الفضولي يتوقف على إجازة الأصيل له وعقد الصبي المميز يتوقف على إذن الوليّ أو الوصي في غير ما أذن له"[5].

بينما عرفه كل من المشرع الإماراتي في المادة 213 من ق.م.م[6]، والمشرع الأردني في المادة 171 من ق.م[7]، على النحو الآتي: "يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من

---

[1] الموسوعة الفقهية، ج.30، عدل–عمة، المرجع السابق، ص.244.

[2] علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1405هـ، 1984م، ص.34.

[3] الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.4، النظريات الفقهية والعقود، المرجع السابق، ص.240.

[4] الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج.1، المرجع السابق، ص.498.

[5] يراجع: المادة 143 من ق.م.اليمني.

[6] قانون اتحادي رقم 5 المتعلق بإصدار ق.م.م.الإماراتي، الصادر بتاريخ 3 ربيع الثاني 1406هـ، الموافق لـ 15 ديسمبر 1985م، الجريدة الرسمية الإماراتية، ع.158، الصادرة بتاريخ 17 ربيع الثاني 1406هـ، الموافق لـ 29 ديسمبر 1985م.

[7] القانون رقم 43 بشأن ق.م.الأردني، الصادر بتاريخ أول يناير 1976م، الجريدة الرسمية الأردنية، ع.2645، الصادرة بتاريخ أول جويلية 1976م.

فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق لغيره أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفه دائراً بين النفع والضرر أو من مكره أو إذا نص القانون على ذلك"[1].

في حين اكتفى المشرع العماني بالقول إن العقد الموقوف هو العقد الذي تخلف فيه شرط من شروط النفاذ[2].

ثانيا– حكم العقد الموقوف: اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية بأن تصرف القاصر المميز الدائر بين النفع والضرر يكون موقوف للنظر من طرف وليّه، غير أنهم اختلفوا في حكم هذا التصرف الموقوف؛ بين اعتباره عقد صحيح، أم غير صحيح، وهو ما سنوضحه بأدلة الفقهاء كما يلي:

1– أقوال الفقهاء بخصوص حكم العقد الموقوف: اختلف الفقهاء حول حكم العقد الموقوف على قولين:

أ – القول الأول العقد الموقوف عقد صحيح: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن العقد الموقوف عقد صحيح، ويتوقف نفاذه على إجازة صاحب الحق في الإجازة[3]، وهو قول فقهاء مذهب الحنفية، ومذهب المالكية، ومذهب الحنابلة.

فقال فقهاء الحنفية إن البيع أقسام: صحيح، وفاسد، وباطل، ومكروه. والصحيح: نافذ، وموقوف، ولازم، وغير لازم[4]. أما فقهاء المالكية فقالوا إن بيع السفيه والصبي صحيح موقوف على نظر الوليّ، فإن خرج عن الحجر ولم ينظر له أحد في عقده، فهو على الخيار؛ أي خيار البلوغ والرشد[5]. بينما قام فقهاء الحنابلة بالحديث عن تصرف الفضولي، واعتبروه صحيحاً[6].

---

[1] يراجع: المادة 213 من ق.م.م.الإماراتي، والمادة 171 من ق.م.م.الأردني.

[2] يراجع: المادة 1/128 من ق.م.م.العماني.

[3] سامي عدنان العجوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، قسم الدراسات الإسلامية، كلية التربية، جامعة الأزهر، فلسطين، 1434هـ، 2013م، ص.45.

[4] زين العابدين إبراهيم ابن نجيم المصري، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، شرح: أحمد بم محمد الحنفي الحموي، ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405هـ، 1985م، ص.439.

[5] محمد سكحال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، المرجع السابق، ص.73.

[6] المرداوي، الإنصاف، ج.4، المرجع السابق، ص.284.

ب– القول الثاني العقد الموقوف عقد باطل: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن العقد الموقوف يعتبر عقداً باطلاً لصدوره ممن ليست له ولاية التصرف؛ لأن الولاية شرط في الانعقاد لا في النفاذ، وهو قول فقهاء مذهب الشافعية، والرواية الثانية عند الحنابلة[1].

2– أدلة القولين السابقين: لقد استدل كل فريق بجملة من الأدلة لدعم توجهه في المسألة، وسنبين ما اعتمد عليه كل فريق مع المناقشة، والرد، والترجيح.

أ– أدلة القول الأول: استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[2]، وقوله كذلك عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾[3]. ووجه الدلالة من هذه الآيات أن الله تعالى شرع البيع والتجارة، وهذه النصوص عامة تشمل حل البيع؛ سواء كان نافذاً، أم موقوفاً، وسواء وجد الرضا من العاقدين في الابتداء أم وجد عند صدور الإجازة ممن يملكها في الانتهاء، فيجب العمل بإطلاقها إلاّ ما خص بدليل[4].

أما من السنة فاستدلوا بما رواه البخاري عن عروة أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً يشتري له به شاة، فاشترى به شاتين، فباع إحداهما بدينارٍ، فجاء بدينارٍ وشاةٍ، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه[5].

ووجه الدلالة أن الحديث دل على أن النبي صلى الله عليه وسلم قد أذن لعروة البارقي رضي الله عنه، في شراء شاة، ولم يأذن له في بيع ما اشتراه، فكان بيعه بيعَ فضولي[6]، ومع ذلك لم يبطل النبي صلى الله عليه وسلم العقد، بل أقره[7].

---

(1) مصطفى أحمد إبراهيم حماد، تقسيمات العقود في الفقه الإسلامي، مجلة دار الإفتاء المصرية، م.5، ع.15، دار الإفتاء المصرية، مصر، 2013م، ص.07.

(2) القرآن الكريم، سورة البقرة، من الآية رقم 275.

(3) القرآن الكريم، سورة النساء، الآية رقم 29.

(4) مصطفى أحمد إبراهيم حماد، تقسيمات العقود في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.7.

(5) رواه البخاري، كتاب: المناقب: رقم الحديث: 3642، ص.895.

(6) عرف الفضولي من طرف الفقهاء على النحو الآتي: عند الحنفية: هو من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي، وعرفه المالكية: بأنه الذي يبيع مال غيره ممن له ولاية له وليس وكيلا له، أما الشافعية: فقالوا هو من ليس بوكيل ولا ولي على المالك، أما الحنابلة: فعرفوه: بأنه المتصرف للغير بغير إذنه. يراجع: أيمن محمد حسين ناصر، بيع ملك الغير، دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2006م، ص.21.

(7) سامي عدنان العجوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص.45.

واستدلوا بالمعقول بقولهم إن العقد الموقوف توافرت فيه جميع أركان التصرف الصحيح، ولكن هناك مانعاً أوقف نفاذه، وهو احتمال عدم رضا المالك به، فإذا أجاز المالك هذا العقد زال المانع ونفذ العقد، وترتبت عليه آثاره من وقت انعقاده[1].

ب– أدلة القول الثاني: استدل هؤلاء بحديث ابن حزام، قال: أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوقُ ثم أبيعه؟ قال: لا تبع ما ليس عندك[2]. وفي حديث آخر عن ابن حزام، قال: نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أبيع ما ليس عندي[3].

ووجه الدلالة من الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع شيء غير مملوك للبائع، وأن بيعه يعتبر باطلاً؛ لأنه تصرف صدر فيه نهي من الشارع الحكيم، والنهي عند هؤلاء يقتضي البطلان[4].

واستدلوا بالقياس بالقول إن الفضولي أحد طرفي البيع، فلم يقف البيع على الإجازة كالقبول، ولأنه باع ما لا يقدر على تسليمه، كالسمك في الماء والطير في الهواء[5].

وبعد عرضنا لأقوال الفريقين وأدلتهم، يتبين لنا أن الرأي الراجح هو القول الأول الذي اعتبر العقد الموقوف عقداً صحيحاً في انتظار إجازته أو رده من قبل صاحب الإجازة. وتصرفات القاصر المترددة بين النفع والضرر قياساً على هذا القول تكون موقوفة على إجازة وليّه أو وصيّه، أو يردانها إذا ما كانت تضر بأموال القاصر.

الفرع الثاني: اعتبار تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال

إن المبدأ المتفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية، والتشريعات العربية أن التصرفات المترددة بين النفع والضرر، تكون جائزة للقاصر المميز، متى توافرت شروط ذلك، وهي أن يأذن له وليّه، وأن يكون متمتعاً بالأهلية التي تسمح له بالقيام بها.

---

[1] مصطفى أحمد إبراهيم حماد، تقسيمات العقود في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.7.

[2] رواه الترمذي، أبواب البيوع، باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم الحديث: 1232، تحقيق: بشار عواد معروف، م.2، الزكاة، البيوع، ط.1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ص.514؛ ورواه أبو داود، كتاب: البيوع، باب: الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم الحديث: 3503، ج.5، ص.362.

[3] رواه الترمذي، أبواب البيوع، باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم الحديث: 1233، ص.515.

[4] مصطفى أحمد إبراهيم حماد، تقسيمات العقود في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.7.

[5] سامي عدنان العجوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص.47.

وكما رأينا أن الفقهاء اتفقوا على أن هذه التصرفات تكون موقوفة، وسايرتهم بعض التشريعات العربية، إلاّ أن البعض اعتبرت تصرفات القاصر المميز الخاصة بهذا القسم قابلة للإبطال.

ولأجل هذا، سنقوم بتعريف العقد القابل للإبطال، ثم نبين طبيعته.

أولا– تعريف العقد القابل للإبطال: قبل أن نعرف العقد القابل للإبطال، نعرف العقد الباطل؛ الذي يقصد به تجرد التصرف الشرعي عن اعتباره وآثاره في نظر الشرع، أو هو عدم ترتب آثار العمل عليه لمخالفته أمر الشرع[1]. أو هو وصف يلحق التصرف القانوني لعيب فيه ويحرمه آثاره[2].

وهناك من عرفه بأنه وقوع المعاملة على وجه غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه، وينشأ عنه تخلف الأحكام كلها عن التصرفات، فبطلان المعاملة لا يوصل إلى المقصود الدنيوي أصلاً؛ لأن آثارها لا تترتب عليها، وهناك من عرفه بأنه وقوع المعاملة على وجه غير مشروع بأصله أو بوصفه أو بهما[3].

وأما العقد القابل للإبطال، فهو العقد الذي اختل فيه شرط من شرائط صحة التراضي، أو إذا نص القانون على ذلك، كالعقد الصادر من شخص عيبت إرادته، أو التصرف الصادر من ناقص الأهلية[4]، وهو عقد ينفذ في الحال وينتج جميع آثاره، وله وجود قانوني باعتباره تصرفاً قانونياً، فهو في هذه المرحلة الأولى بمنزلة العقد الصحيح[5].

وهناك من يعرفه بأنه الجزاء الذي يترتب على تخلف أحد شروط صحة العقد المتمثلة في صحة التراضي، وخلو إرادة المتعاقدين من العيوب[6].

بينما اتجهت بعض التشريعات العربية إلى بيان أن العقد القابل للإبطال يكون منتجاً لآثاره، فإذا أبطل اعتبر كأن لم يكن، وهو ما نص عليه كل من المشرع الكويتي، والمشرع القطري، والمشرع البحريني في قوانينهم المدنية[1].

---

[1] هند فالح محمود صالح العلاف، نظرية البطلان في القانون المدني، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، مصر، الإمارات، 2015م، ص.42.

[2] محمد إبراهيم القاسم، بطلان العقد في الفقه الإسلامي والقانون السعودي، مجلة كلية الشريعة والقانون، م.22، ع.3، جامعة الأزهر، مصر، 2020م، ص.10.

[3] الموسوعة الفقهية، ج.8، بئر–بيطرة، المرجع السابق، ص.106.

[4] رباحي أحمد، مراتب العقد الباطل في القانون الوضعي –دراسة مقارنة–، مجلة الحقيقة، ع.37، جامعة أحمد درارية، أدرار، الجزائر، جوان 2016م، ص.4.

[5] السنهوري، مصادر الحق، ج.4، المرجع السابق، ص.84.

[6] هشام طه محمود سليم، الوجيز في مصادر الالتزام في ضوء أحكام كل من القانون المدني المصري والقانون المدني البحريني، بدون دار النشر، مصر، 1436هـ، 2015م، ص.153.

ثانيا– طبيعة العقد القابل للإبطال: اختلفت الآراء حول طبيعة العقد القابل للإبطال، بين اعتباره عقداً صحيحاً، ودور الإجازة فيه، على رأيين نبينهما كما يلي:

1– الرأي الأول العقد القابل للإبطال عقد غير صحيح: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن العقد القابل للإبطال، هو عقد غير صحيح منتج لجميع آثاره القانونية منذ نشأته، رغم أنه على خطر الزوال، فإن أجيز، استقر صحيحاً. والإجازة هنا لا تستند إلى وقت نشوء العقد، بل إنها تؤكد صحته وتزيل عنه خطر الزوال، وهذا ما يترتب أيضاً في حال مرور مدة التقادم المنصوص عليها لدى كل تشريع، على أنه هذا العقد، قد يرتد كأن لم يكن، إذا طالب من أراد المشرع حمايته بإبطاله، فإن فعل، وحكم القاضي بذلك بحكم منشئ، زالت صحته بأثر رجعي.

2– الرأي الثاني العقد القابل للإبطال عقد صحيح: وعند أصحابه العقد القابل للإبطال هو عقد صحيح وقائم ومرتب لآثاره منذ البداية، وحكم القاضي إذا ما طلب إبطاله ينشىء البطلان، فتزول آثاره وتنمحى بأثر رجعي. وهو إلى هذا الحد فيما عدا بيان طبيعته يتفق مع الرأي الأول، لكنه خالفه فيما انتهى إليه؛ من أن الإجازة تصحح العقد ولها أثر رجعي.

وبالتمعن في الرأي الثاني نجده متناقضاً في حكمه من حيث:

– إذا كان العقد القابل للإبطال تصرفاً صحيحاً وقائماً منذ البداية، فما الداعي لإجازته؟ ويطرح التساؤل حول الدور الذي أحدثته الإجازة.

– القول بأن الإجازة لها أثر رجعي هو قول منتقد؛ لأن الإجازة لا تجعل العقد ينتج أثراً لم يكن ينتجه من قبل، وإنما تقتصر على تأييد هذه الآثار[2].

إذاً، من خلال عرض هذين الرأيين يتضح لنا أن القول الأول هو الأقرب إلى الصحة؛ حيث أن العقد القابل للإبطال هو أحد قسمي العقد غير الصحيح، رغم أنه يشابه العقد الصحيح، في ترتيبه لجميع آثاره كالعقد الصحيح، ويكون لصاحب الإجازة حق المطالبة بإبطاله[3].

---

[1] يراجع: المادة 179 من ق.م.الكويتي، والمادة 158 من ق.م. القطري، والمادة 113 من ق.م. البحريني.

[2] حمدي المغاوري محمد عرفه، إجازة العقد القابل للإبطال، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، ط.1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2012م، ص.ص.245-246.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج.1، دار النهضة العربية، مصر، 1996م، ص.201.

المطلب الثاني: مآل حكم تصرفات القاصر المترددة بين النفع والضرر

إن اختلاف الفقهاء والتشريعات العربية حول الوصف الذي تأخذه تصرفات القاصر المترددة بين النفع والضرر، يؤدي إلى اختلاف نهاية هذا الوصف، فمآل العقد الموقوف يختلف عن مآل العقد القابل للإبطال.

وحسب موضوع بحثنا، فإن تصرفات القاصر في قسمها الثالث تكون إما موقوفة، وإما قابلة للإبطال، وفقاً لما بيناه سابقاً، ومن ثم، فإن نفاذ هذين العقدين يكون متصلاً بما يسمى بالإجازة. وعليه نبين المقصود بالإجازة مع شرح ما يترتب عليها في النقاط الآتية:

الفرع الأول: تحديد المقصود بالإجازة

تعد الإجازة تصرف قانوني انفرادي قرره بشأن عقود معينة، بغرض التنازل عن حق، وإثبات حق آخر، وباعتبارها نظام مستقل فلها مضمونها، وشروطها الأساسية حتى ينتج عنها الغرض من وقوعها.

ولأجل هذا، سنبين في هذا الفرع تعريف الإجازة، ثم نعدد شروط صحة الإجازة المتعلقة بتصرفات القاصر، على النحو الآتي.

أولا– تعريف الإجازة من الناحية الاصطلاحية والقانونية:

الإجازة هي جعل الشيء جائزاً أي نافذاً، وإعطاء الإجازة: هو الإذن[1]. ومعناها الإمضاء، يقال: أجاز أمره إذا أمضاه وجعله جائزاً، وأجزت العقد جعلته جائزاً ونافذاً. فالإجازة والإذن كلاهما يهدف للموافقة على العمل، إلاّ أن الإذن يكون قبل الفعل، والإجازة تكون بعده[2].

أو هي تصرف شرعي في العقد بالإبقاء، بحيث توجب نفاذه بعد أن كان غير نافذٍ وترتب عليه آثاره الشرعية، وتتم بالإرادة المنفردة لأحد أطراف العقد[3]، أو من ينوب عنهم كالولي مع القاصر.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض القانونيين يفرقون بين مصطلحي الإجازة والإقرار، عكس فقهاء الشريعة الإسلامية[1].

---

[1] البركتي، التعريفات الفقهية، المرجع السابق، ص.17.

[2] الموسوعة الفقهية، ج.2، المرجع السابق، ص.377.

[3] إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، تحول العقد المالي وأثره، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء، قسم السياسة الشرعية، شعبة الأنظمة، جامعة الإمام بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1424هـ، 1425م، ص.56.

إذاً، فالإجازة هي تصرف قانوني مقرر لأشخاص يشوب إرادتهم عيب من عيوبها، أو لنقص أهليتهم، أو لأسباب أخرى، أبرموا تصرفات مع الغير، تصدر عنهم أو عن من يمثلهم، أو عن من أراد المشرع حمايته، بعد قيامهم بالتصرف من أجل إعطاء حكم النفاذ له.

ثانيا– شروط صحة الإجازة المتعلقة بتصرفات القاصر:

إن صحة إجازة تصرفات القاصر ترتبط بتوافر شروط معينة، وهي: أن يكون التصرف متردداً بين النفع والضرر، وأن تصدر الإجازة من صاحب الحق، وأن تكون ضمن المدة المقررة قانوناً، وقد سبق لنا وأن بينا معنى التصرف المتردد بين النفع والضرر، وأشرنا إلى أنه قد يكون موقوفاً أو قد يكون قابلاً للإبطال؛ وهذا يعني أن الإجازة لا تلحق بالتصرفات الأخرى النافعة نفعاً محضاً، والضارة ضرراً محضاً. وعليه سنشرح الشروط المتبقية على النحو الآتي:

1– صدور الإجازة من صاحب الحق: يعتبر القاصر الشخص الأصيل الذي يتقرر له حق إجازة العقد الذي أبرمه، لكن ونظراً لعدم اكتمال أهليته ينوب عنه نائبه الشرعي؛ سواء الوليّ، أم الوصي، أم القيم، وهذا قبل بلوغ القاصر سن الرشد المقرر، لأنه بمجرد البلوغ يتحول هذا الحق له، وتصدر الإجازة منه لا من نائبه.

وفي هذا الشأن، نصت بعض التشريعات العربية على من يملك هذا الحق، وهو توجه المشرع الأردني[2]، والمشرع العماني[3]، والمشرع الكويتي[4]، والمشرع السوداني؛ حيث بين أنه من شرع توقف العقد لمصلحته هو الذي يثبت له الحق في الإجازة أو الإبطال، فإذا كان العقد موقوفاً لنقص الأهلية كانت إجازته للقاصر بعد بلوغه سن الرشد أو للوليّ أو للمحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون[5].

وهو توجه المشرع الإماراتي، حيث بين أصحاب الحق في الإجازة استناداً إلى الحالات التي ذكرها عند تعريفه للعقد الموقوف، بنصه: "تكون إجازة العقد للمالك إذا صدر من فضولي أو لمن

---

[1] بين شراح القانون أوجه الشبه والاختلاف بين الإجازة والإقرار، بقولهم إن الإجازة تتشابه مع الإقرار من حيث كونهما يتمان بالإرادة المنفردة، غير أن الإقرار هو تصرف قانوني انفرادي يصدر من شخص ليس طرفاً في العقد أو التصرف، وبه يضيف آثاره إلى نفسه. حمدي المغاوري محمد عرفه، إجازة العقد القابل للإبطال، المرجع السابق، ص.234.

[2] بين المشرع الأردني صاحب الحق في الإجازة وفقاً للمادة 172 من ق.م، إذ وردت على النحو الآتي: *"تكون إجازة العقد للمالك أو لمن تعلق له حق في المعقود عليه أو للوليّ أو للوصي أو ناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته أو للمكره بعد زوال الإكراه أو لمن يخوله القانون ذلك"*.

[3] نص المشرع العماني في المادة 2/128 من ق.م.م، على ما يلي: *"لا يكون العقد نافذاً إلاّ بالإجازة ممن يملكها"*.

[4] نص المشرع الكويتي في المادة 1/180 من ق.م، على ما يلي: *"لا يجوز للمحكمة أن تقضي بإبطال العقد القابل للإبطال، إلاّ بناء على طلب من يقرر القانون الإبطال لمصلحته"*.

[5] يراجع: المادة 80 الفقرتين (1 و4) من ق.م.م.السوداني.

تعلق له حق في المعقود عليه أو للوليّ أو للوصي أو ناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته أو المكره أو لمن يخوله القانون ذلك"[1].

2- خلو إرادة المجيز من العيوب: إن صحة التصرفات القانونية تكون متوقفة على سلامة الرضا من عيوب الإرادة، وتوافر الأهلية اللازمة لإبرامها، والإجازة لكونها تصرف قانوني يصدر من جانب واحد وبإرادة منفردة، فلا بد أن تكون إرادة المجيز خالية من أي عيب، وأن تكتمل لديه الأهلية اللازمة لمباشرة هذه الإجازة[2].

3- صدور الإجازة ضمن المدة المقررة قانوناً: لقد تقرر أن حق الإجازة يلحق تصرفات القاصر، وهي تصدر من نائبه قبل البلوغ، وتتحول للقاصر بعد ذلك، غير أن هذا الحق؛ أي الإجازة يجب أن يصدر ضمن المدة المقررة له[3].

وبالرجوع إلى التشريعات العربية نجد أنها أخذت توجهات في تحديد المدة التي يسقط فيها الحق في إجازة العقد القابل للإبطال. توجه حدد مدة خمس سنوات يسقط فيها حق المطالبة بإبطال العقد إن لم يتمسك به صاحبه، فإن لم يستعمل النائب الشرعي حق الإبطال أو الإجازة خلال هذه المدة، سقط عنه وانتقل إلى القاصر وتحسب من يوم زوال سبب نقص أهليته. وهو موقف كل من المشرع الجزائري[4]، والمشرع السوداني[5].

بينما أخذت أغلب التشريعات توجهاً آخر، وذلك بإقرارها مدة ثلاث سنوات، وهو موقف كل من المشرع المصري، والمشرع الليبي، والمشرع الكويتي، والمشرع البحريني، والمشرع القطري، والمشرع الصومالي، والمشرع اليمني، فإن لم يتصرف الوليّ أو الوصي بحق الإبطال أو إجازة العقد سقط الحق وأصبح من حق القاصر ذلك[6].

---

[1] يراجع: المادة 214 من ق.م.م.الإماراتي.

[2] أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، إجازة العقد القابل للإبطال، المطبعة العربية الحديثة، مصر، 1983م، ص.10.

[3] نجيم عامر، الإجازة كشرط لنفاذ تصرفات القاصر في أمواله، مجلة الفقه والقانون، ع.20، المغرب، يونيو 2014م، ص.ص.258-259.

[4] يراجع: المادة 101 بفقرتيها (1 و2) من ق.م.الجزائري.

[5] يراجع: المادة 90 بفقرتيها (1 و2) من ق.م.م. السوداني.

[6] يراجع: المادة 140 بفقرتيها (1 و2) من ق.م.المصري، والمادة 140 بفقرتيها (1 و2) من ق.م.الليبي، والمادة 183 بفقرتيها (1 و2) من ق.م.الكويتي، والمادة 116 بفقرتيها (1 و2) من ق.م.البحريني، والمادة 161 بفقرتيها (1 و2) من ق.م.القطري، والمادة 137 بفقرتيها (1 و2) من ق.م.الصومالي، والمادة 200 من ق.م.اليمني.

وشذّ عن كلا التوجهين، كل من المشرع السوري الذي حددها بمدة سنة واحدة[1]، والمشرع العراقي الذي جعلها أقل من ذلك؛ وهو ما يظهر من خلال نص المادة 1/136 من ق.م، إذ وردت كما يلي: "يجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذاً". وما يلاحظ أن المشرع حدد مدة سقوط حق الإبطال أو الإجازة بمدة ثلاثة أشهر، فخلال هذه المدة إن لم يبادر النائب الشرعي بإعلان رغبته في الإبطال أو الإجازة اعتبر العقد نافذاً. وإذا كان صاحب الحق هو القاصر فإن المدة تحتسب من يوم زوال سبب نقص أهليته.

وبخصوص هذا الموقف الذي اتخذه المشرع العراقي، يدق التساؤل الآتي: إذا كان العقد أصبح نافذا لعدم طلب النائب الشرعي إبطاله، أو لعدم إجازته خلال مدة ثلاثة أشهر، فما هو الحق الذي ينتقل إلى القاصر بعد أن يأخذ العقد حكم النفاذ؟!

الفرع الثاني: الآثار الناتجة عن الإجازة

يقصد بأثر العقد ما يترتب عليه وما يهدف إليه العاقدان، وهو المقصود الأصلي لهما من انعقاد العقد بينهما[2]، وورد تعريفه عند فقهاء المالكية بأنه يقصد به التمكين من البيع، والهبة، والوقف، وغيرها من التصرفات[3].

وعرفه البعض من المذهب الحنبلي بأنه التمكن من التصرف فيما هو له، كالبيع إذا صح العقد ترتب أثره من ملك وجواز التصرف فيه، من هبة، ووقف، وأكل، ولبس، وانتفاع وغير ذلك، وكذا في النكاح، والإجارة، والوقف وغيرها من العقود، ترتب عليها أثرها مما أباحه الشارع له به[4].

وقد قسم وهبه الزحيلي الآثار إلى قسمين، بقوله: لكل عقد أثر خاص، وأثر عام؛ فالأثر الخاص هو حكم العقد، وهذا الأخير هو الأثر الأصلي أو النوعي للعقد أو الغاية الجوهرية الأساسية المقصودة منه، كانتقال الملكية في عقد البيع والهبة، وتملك المنفعة في عقد الإيجار، والإعارة، وحكم العقد هو موضوعه. أما الأثر العام فهو ما تشترك فيه كل العقود أو معظمها من أحكام ونتائج[5].

---

[1] نصت المادة 1/141 من ق.م.السوري، على ما يلي: *"يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صحابه خلال سنة واحدة"*.

[2] الموسوعة الفقهية، ج.30، المرجع السابق، ص.239.

[3] محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، ج.5، المرجع السابق، ص.25.

[4] علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، تحقيق: عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين، م.3، مكتبة الرشد، السعودية، 1421هـ، 2000م، ص.1090.

[5] وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.4، النظريات الفقهية والعقود، المرجع السابق، ص.ص.231-232.

والعقد للعقد الموقوف، إذا أجيز إجازة مستوفية كافة شروطها، ترتب عليها نفاذه، ذلك أن الإجازة إمضاء للعقد الموقوف واعتراف بوجوده الشرعي[1]. أما إذا كان العقد قابلاً للإبطال، فإن الإجازة تجعله يستقر عقداً صحيحاً غير مهدد بالزوال، ومرتباً لكل آثاره، أي إنها تزيل الخطر الذي كان يهدد العقد، فيصبح باتاً في مواجهة طرفيه بصفة نهائية[2].

هذا، وقد اختلف الفقهاء حول الوقت الذي يترتب فيه أثر العقد؛ سواء العقد الموقوف، أم العقد القابل للإبطال، هل يكون استناداً لوقت العقد بناء على قاعدة الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، أم يكون مقتصراً منذ وقت الإجازة وما ينبني على ذلك في حق الزوائد والمنافع التي تحدث في الفترة ما بين العقد والإجازة، وأقوالهم حول هذه المسألة نبينها كالآتي:

ذهب فقهاء الحنفية إلى التفريق بين عقد البيع وغيره، فجعلوا ثبوت الملك في المبيع وما يحدث فيه من كسب ونماء ومنافع، مستنداً إلى وقت العقد، وفي غير عقد البيع من حين الإجازة. وقد أخذت به مجلة الأحكام العدلية ونصت عليه في المادة 1453 منها[3].

وذهب المالكية والحنابلة في الصحيح من المذهب، إلى أن ملكية المعقود عليه تنتقل بمجرد العقد، وعليه فإن كل ما ينتج من المعقود عليه من زوائد ومنافع تكون تابعة له.

في حين قال الشافعية والحنابلة في الرواية الثانية عندهم إن ملك المعقود عليه ينتقل من حين الإجازة[4].

ومن بين هذه الأقوال يتبين أن ما قال به فقهاء المالكية، وفقهاء الحنابلة هو القول الراجح.

وهو توجه أغلب التشريعات العربية، حيث نجد أنها بينت بأن آثار الإجازة تترتب من تاريخ إبرام العقد، وهو موقف كل من المشرع الجزائري، والمشرع المصري، والمشرع الليبي، والمشرع السوري،

---

[1] عجالي بخالد، نظرية العقد الموقوف والفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري –دراسة مقارنة–، رسالة ماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أمحمد بوقرة، الجزائر، نوقشت بتاريخ 13 ماي 2005م، ص.144.

[2] علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص.337.

[3] نصت المادة 1453 من المجلة، على ما يلي: *"الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة. مثلاً لو باع أحد مال الآخر فضولاً ثم أخبر صاحبه فأجازه يكون كما لو وكله أولاً"*.

[4] عبد العزيز مصطفى الخالد، العقد الموقوف والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، فرع الفقه والأصول، قسم الدراسات العليا الشرعية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1409هـ، 1989م، ص.ص.142-143.

والمشرع الأردني، والمشرع العراقي، والمشرع العماني، والمشرع الإماراتي، والمشرع السوداني، والمشرع الفلسطيني، والمشرع اليمني، والمشرع الصومالي، وهذه الآثار تختلف حسب نوع التصرف المبرم[1].

وأضاف كل من المشرع الأردني، والمشرع الإماراتي، أنه في حالة رفض الإجازة يبطل التصرف[2].

ولهذا، فإن الإجازة تسمح باستفادة العاقد من ثمرات العقد منذ انعقاده؛ لأن الإجازة لم تنشئ العقد بل جعلته نافذا؛ بمعنى أنها سمحت بترتب آثاره المتوقفة والممنوعة بالسريان، فتلحق هذه الآثار بالعقد من تاريخ إبرامه لا من تاريخ إجازته[3].

وباستقرائنا لنصوص التشريعات العربية نجد أن البعض منها قد بينت الأثر المترتب في حالة إبطال العقد؛ فهنا يلزم القاصر ناقص الأهلية، وعديم الأهلية عند البعض، برد ما عاد عليه من منفعة فقط بسبب تنفيذ العقد، وهو موقف كل من المشرع الجزائري، والمشرع المصري، والمشرع الليبي، والمشرع السوري، والمشرع البحريني، والمشرع الفلسطيني، والمشرع السوداني، والمشرع العراقي، والمشرع القطري، والمشرع الكويتي، والمشرع الصومالي[4]. في حين خالفهم المشرع اليمني في ذلك، حيث نص في المادة 203 من ق.م. بأن ناقص الأهلية يرد فقط ما بقي لديه وما استعضاع به شيئاً باقياً له.

وقبل ختم هذا الفرع يحسن التذكير بأن طلب إبطال العقد أو إجازته يجب أن يمارس خلال مدة معينة، يقررها القانون، وهي مدة التقادم[5]، فإن انقضت تلك المدة بدون إبطال أو إجازة، استقر العقد صحيحاً.

---

(1) يراجع: المادة 100 من ق.م.الجزائري، والمادة 2/139 من ق.م.المصري، والمادة 2/139 من ق.م.الليبي، والمادة 2/140 من ق.م.السوري، والمادة 1/175 من ق.م.الأردني، والمادة 1/136 من ق.م.العراقي، والمادة 131 من ق.م.م.العماني، والمادة 1/217 من ق.م.م.الإماراتي، والمادة 2/89 من ق.م.م.السوداني، والمادة 2/144 من ق.م.الفلسطيني، والمادة 199 من ق.م.اليمني، والمادة 2/136 من ق.م.الصومالي.

(2) يراجع: المادة 2/175 من ق.م.الأردني، والمادة 2/217 من ق.م.م.الإماراتي.

(3) محمد إبراهيم القاسم، الآثار المترتبة على العقد الموقوف، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، م.6، ع.36، مصر، 2020م، ص.ص.32-33.

(4) يراجع: المادة 2/103 من ق.م.الجزائري، والمادة 2/142 من ق.م.المصري، والمادة 2/142 من ق.م.الليبي، والمادة 2/143 من ق.م.السوري، والمادة 120 من ق.م.البحريني، والمادة 2/146 من ق.م.الفلسطيني، والمادة 93 من ق.م.م.السوداني، والمادة 3/138 من ق.م.العراقي، والمادة 2/164 من ق.م.القطري، والمادة 188 من ق.م.الكويتي، والمادة 2/139 من ق.م.الصومالي.

(5) التقادم في معناه العام هو تغير الأحكام بمرور الزمان، أما معناه الخاص فيقصد به مضي مدة معينة على وجوب أداء الحق، يمنع من سماع الدعوى أمام القاضي. يراجع: محمد أحمد حسن إبراهيم، أحكام التقادم في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، مصر، 1425هـ، 2004م، ص.ص.17-18.

الباب الثالث:

الأحكام الفقهية والقانونية لنظام النيابة الشرعية على أموال القاصر ضمن المعاملات المدنية

تعتبر المسائل المتعلقة بالفئات الضعيفة، وعلى رأسها القصر، من أكثر المواضيع التي كانت ولا تزال محط أنظار من فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، لا سيما ما تعلق بأموالهم؛ حيث جعل الإسلام من أبرز تعاليمه الحفاظ على أموال هذه الفئة، وعدم التعدي عليها، وعزز هذا بقول تعالى: ﴿وَآتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا﴾[1]، وأضاف عز وجل القول: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾[2].

فعجز القاصر بسبب عدم تمييزه، وعدم إدراكه للأمور المتعلقة به، دفع الفقهاء إلى إرساء قواعد وأنظمة من شأنها أن تحميه، وتحافظ على أمواله. ومسايرة لموقف الفقهاء عالجت التشريعات العربية هي الأخرى، هذه الأنظمة التي قررت خصيصاً لحماية أموال القاصر، فأوكلت مسؤولية تسييرها لأشخاص آخرين، تحت نظام النيابة الشرعية.

وتحقيقاً لهذه الغاية فقد وضعت أحكاماً خاصة بنظام النيابة الشرعية، تتعلق أساساً بالأشخاص الذين يتولون هذا المهمة في أي صورة من صورها، حيث أوجب فقهاء الشريعة الإسلامية، والتشريعات العربية، شروطاً معينة تسمح لمن توافرت فيه بأن يكون نائباً شرعياً على القاصر، فإذا تخلفت هذه الشروط أو أحد منها، كان الشخص غير مؤهل لتولي هذه المهام.

هذا، وإن النيابة الشرعية على مال القاصر متعددة الصور؛ وهي نيابة أصلية، أو نيابة تكتسب بطريقة معينة. وعليه، فإن تطبيق أي من هذه الصور منوط باحترام ضوابط محددة، تتمثل في أحقية الشخص بتلك النيابة؛ إذ إن الأشخاص الذين تتقرر لهم النيابة الأصلية، يختلفون كل الاختلاف عن الأشخاص الذين يكتسبون هذه النيابة، لذا كان لزاماً احترام هذه الضوابط، خاصة وأن الصلاحيات التي تقرر لشخص ما تفترق عن صلاحيات غيره؛ فما يكون جائزاً لنائب، قد يمنع عن غيره من النواب.

وقد أخضع فقهاء الشريعة الإسلامية أموال القاصر لنظام الولاية، ونظام الوصاية، في حين اعتمدت التشريعات العربية مصطلح النيابة الشرعية وضمنت تحته الولاية، والوصاية، التي يخضع لها هذا القاصر ونظمت أحكامها؛ إما بموجب قواعد ق.أ، أو ق.و.ع.م؛ بأن بينت المهام المنوطة بكل نائب، والحدود التي يلتزم بها أثناء نيابته.

---

[1] القرآن الكريم، سورة النساء، الآية رقم 02.

[2] القرآن الكريم، سورة النساء، الآية رقم 10.

إن التحديد الدقيق لصلاحيات النائب الشرعي، هو حماية لأموال القاصر، حيث يقع على عاتق من يدير أمواله اتباع ما قرره الفقهاء، وما نص عليه القانون، حتى لا يلحق ضرراً بهذه الأموال، فإن فعل ذلك؛ بأن خالف أحكام نيابته، اعتبر مسؤولاً عما أجراه من تصرف. ولا يقف الأمر عند هذا الحد، بل قد تؤدي هذه المخالفة إلى الحكم بانقضاء النيابة التي يكون القاصر خاضعاً لها، كما قد تنقضي لأسباب أخرى تتنافى والمقصد الشرعي، والقانوني، للنيابة الشرعية.

ونظراً للدور الفعال الذي يلعبه نظام النيابة الشرعية في تحقيق حماية أموال القاصر، فإننا ارتأينا دراسته من خلال هذا الباب الذي خصصناه لبحث الأحكام الفقهية والقانونية لنظام النيابة الشرعية على أموال القاصر ضمن المعاملات المدنية، وذلك بالتطرق لعنصرين أساسيين؛ بيان الشخص المؤهل لتولي نظام النيابة الشرعية في الفقه والقانون (**الفصل الأول**)، الضمانات المقررة لحماية مال القاصر من خلال ممارسة شؤون النيابة الشرعية (**الفصل الثاني**).

الفصل الأول: بيان الشخص المؤهل لتولي نظام النيابة الشرعية في الفقه والقانون

قرر فقهاء الشريعة الإسلامية نظماً خاصة تهدف لحماية الأشخاص القصر، لكونهم غير قادرين على فعل ذلك بأنفسهم، فأخضعوهم لنظامين منفصلين تمثلا في الولاية والوصاية، وعرفا عند القانونين بمصطلح النيابة الشرعية.

وقد سايرت التشريعات العربية فقهاء الشريعة الإسلامية، وقضت بوضع القصر تحت أنظمة تسير من طرف أشخاص معينين بذواتهم، تمنح لهم سلطة إدارة أموال القاصر، وفق ما يقرره القانون، فلا مجال لإعمال الحرية الشخصية بالتصرف في هذا المال من قبل النائب الذي يتولى هذه النيابة، بل يكون ملزماً بالقواعد الأساسية التي نصت عليها النيابة الشرعية.

هذا، وتهدف قواعد النيابة الشرعية في مجملها، إلى حماية من كان عاجزاً عن تسيير شؤونه المالية الخاصة، بما فيهم القصر، فيتقرر وضعهم تحت نظام الولاية، ثم بعد ذلك يخضعون لنظام الوصاية؛ لأنهما نظامان متواليان في الترتيب، فإن انتهت الولاية عليهم، أحيلت أموالهم لتسيّر عن طريق الوصاية.

وبغية فهم موضوع النيابة الشرعية، درسنا هذا الفصل الخاص ببيان الشخص المؤهل لتولي نظام النيابة الشرعية في الفقه والقانون، من زاويتين؛ الأولى تتعلق تعيين النائب الشرعي على القاصر في الفقه والقانون (**المبحث الأول**)، ثم نبين صلاحيات النائب الشرعي على مال القاصر في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول: تعيين النائب الشرعي على القاصر في الفقه والقانون

بين فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، الأشخاص الذين توكل لهم مهام تسيير أموال القاصر، وإدارتها، وفق ما هو مسموح لهم، ونظراً لأهمية هذه الأموال، فإنها تتطلب أشخاصاً أصحاب كفاءة وحسن تسيير، لتولي شؤون الولاية، والوصاية.

ونظام الولاية على مال القاصر، نظام قائم بنفسه، يخضع له هذا الأخير وجوباً، ويكون تحت سلطة أولياء حددهم الفقهاء والتشريعات العربية، اعتماداً على مواصفات معينة، وحسب ترتيب معين؛ إذ تخول الولاية لكل واحد فيهم بالترتيب الشرعي أو القانوني، ولا يتقدم أحد على غيره.

كما نظم الفقهاء والتشريعات العربية، المسائل المتعلقة بالوصاية على مال القاصر، وبالأخص تحديد شروط الأشخاص الذين يتولون إدارة شؤونها، إذ لا يمكن تنصيب أي شخص للقيام بمهام الوصاية إلاّ إذا كان أهلاً لذلك.

إن تعيين النائب الشرعي على القاصر في الفقه والقانون، يقصد به بيان مضمون كل نظام على حدة، لا سيما من ناحية الأشخاص الذين يقومون بتسيير وإدارة أموال القاصر. وعليه سنعالج من خلال هذا المبحث هذين النظامين؛ فندرس بداية الولاية على أموال القاصر في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية (**المطلب الأول**)، ثم نتطرق لشرح الوصاية على أموال القاصر في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: الولاية على أموال القاصر في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية

إن مناط الولاية على المال، هو النظر في مصلحة من لا يستطيع النظر بنفسه لتسيير شؤونه وإدارة أمواله، وهو ما يتعلق بالقصر، ومن في حكمهم، أو من تثبت عليهم هذه الولاية، فيتولى شؤونهم من اعترف له بالولاية عليه.

هذا وإن عناصر الولاية على مال القاصر في مسائل رئيسية، تراوحت بين وجوب حفظ أموال القصر، وإدارتها، واستثمارها بالطرق المرسومة، وضمن الحدود التي عينها الفقهاء، ونصت عليها التشريعات العربية.

وعليه، فقد درسنا موضوع الولاية على أموال القاصر في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية للتفصيل، من ناحية بيان الأشخاص المخول لهم القيام بشؤون الولاية على مال القاصر (**الفرع الأول**)، ثم تحديد المواصفات الشرعية والقانونية في الولي على مال القاصر (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: الأشخاص المخول لهم القيام بشؤون الولاية على مال القاصر

تعد الولاية على أموال القاصر من بين المواضيع التي تطرق لها الفقهاء في مسائلهم الفقهية، وعالجته التشريعات العربية في نصوص مختلفة، بين ق.أ، وق.و.ع.م.

هذا، وقد حاول فقهاء الشريعة الإسلامية، والتشريعات العربية، إرساء المبادئ الأساسية لهذه الولاية، والتصريح بالأشخاص الذين يخول لهم حق تسييرها، وترتيبهم وفق معايير معينة، وحسب حالات مختلفة، إذ إن التحديد الدقيق لأصحاب الولاية، يعتبر قاعدة عامة لا يجوز مخالفتها إلاّ في الحالات التي تستلزم ذلك.

ومن أجل توضيح هذا النظام أكثر، نتطرق لتعريفه، ثم نحدد الأشخاص الذين تثبت لهم هذه الولاية، في التقسيم الآتي:

أولا– تعريف الولاية على مال القاصر لغة واصطلاحاً: نقسم هذه النقطة لبيان عنصرين؛ مدلول الولاية لغة، ومدلولها من الناحية الاصطلاحية.

1– التعريف اللغوي لمصطلح الولاية:

الولاية في اللغة من الولي: ووليّت الأمر، وتوليّته، ووليّت البلد، ووليّت على الصبي والمرأة؛ والصبي والمرأة مولى عليه[1]، ولِيَ الشّيءَ، ولِيَ على الشّيء: ملك أمره وقام به، ولِيَ شؤون عائلته، أولى أميناً على ممتلكاته: جعله والياً عليها، أولاه على الأيتام: أوصاه بهم[2]. ووليّه: يليّه، ولياً، ولاية: ملك أمره وقام به[3]. وأضاف الرازي في الصحاح: فلان أولى بكذا؛ أي أحرى به وأدرى [4].

وليّ: وليّه ولياً دنا منه، وأوليته إيّاه: أدنيته. ووليّ الأمر وتولاه وهو وليّه ومولاه، وهو وليّ اليتيم ووليّ القتيل، وهم أولياءه، وتوليّته: جعلته ولياً[5]، كما ورد بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ﴾[6].

وقد جاء في لسان العرب قوله: الولي هو مالك الأشياء جميعها المتصرف فيها، فالولاية كأنها تُشعر بالتدبير والقدرة والفعل، وما لم يجتمع ذلك فيها لم ينطلق عليه اسم الولي، والوليّ: وليّ اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفايته، ووليّ المرأة: الذي يلي عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد بعقد النكاح دونه، وفي الحديث ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر[7]؛ أي أدنى وأقرب في النسب إلى الموروث، ويقال: فلان أولى بهذا الأمر من فلان؛ أي أحق به[8]، وقد ورد المصطلح بصيغة مثنى في قوله تعالى: ﴿مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأَوْلَيَانِ﴾[9]، وفسر هذا المصطلح أنه يراد به

---

(1) وهي مصدر وليّت، فالفاعل والٍ، والجمع ولاةٍ. يراجع: الفيومي، المصباح المنير، المرجع السابق، ص.258.

(2) أحمد مختار عمر، معجم اللغة، ج.3، المرجع السابق، ص.ص.2495-2496.

(3) المفعول مولى عليه. يراجع: المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص.1057.

(4) الرازي، الصحاح، المرجع السابق، ص.307.

(5) يراجع: الزمخشري، أساس البلاغة، ج.2، المرجع السابق، ص.355؛ الفيروز آبادي، بصائر ذوي العزيز لطائف الكتاب العزيز، تحقيق: عبد العليم الطحاوي، ج.5، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، لجنة إحياء التراث الإسلامي، مصر، 1412هـ، 1992م، ص.280.

(6) القرآن الكريم، سورة المائدة، الآية رقم 51.

(7) رواه البخاري في الصحيح، كتاب: الفرائض، باب: ميراث الجد مع الأب والإخوة، رقم الحديث: 6737، ص1670.

(8) ابن منظور، لسان العرب، م.15، المرجع السابق، ص.ص.406-407

(9) القرآن الكريم، سورة المائدة، من الآية رقم 107.

ولي الموروث، والمولى هو الولي الذي يلي عليك أمرك، وهناك من اعتمد على قوله تعالى: ﴿فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ﴾[1]؛ وفسروها بقولهم: توليتم أمور الناس[2].

ويطلق على الولاية عدة معانٍ[3]؛ هي النصرة والسلطان، كقوله تعالى: ﴿هُنَالِكَ الْوَلَايَةُ لِلَّهِ الْحَقِّ هُوَ خَيْرٌ ثَوَابًا وَخَيْرٌ عُقْبًا﴾[4]، وهي الحماية والنصرة، مصداقاً لقوله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّى يُهَاجِرُوا﴾[5]، والوليّ صفة مشبهة وهو ناصر ومعين، كما ورد في قوله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُ وَلِيٌّ مِنَ الذُّلِّ وَكَبِّرْهُ تَكْبِيرًا﴾[6]، والوليّ محب وصديق، كما ذكره الشارع الحكيم بقوله: ﴿فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ﴾[7]، أو هو حاكم المدينة أو من له حق القصاص، مصداقاً لقوله عز وجل: ﴿لَنُبَيِّتَنَّهُ وَأَهْلَهُ ثُمَّ لَنَقُولَنَّ لِوَلِيِّهِ مَا شَهِدْنَا مَهْلِكَ أَهْلِهِ وَإِنَّا لَصَادِقُونَ﴾[8]، وهو الوارث، كقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا﴾[9]، والوليّ هو المتولي لشؤون العباد، ﴿وَيَنْشُرُ رَحْمَتَهُ وَهُوَ الْوَلِيُّ الْحَمِيدُ﴾[10].

2- التعريف الاصطلاحي للفظ الولاية:

عرف الحنفية الولاية في باب النكاح بأنها تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى[11]. ولكن انتقد هذا التعريف لما فيه من قصور في نواح منها: أن الولاية هي صفة تقوم بالأشخاص وليس تنفيذاً؛ لأن التنفيذ أثر للولاية لا حقيقة لها، إضافة إلى أن التعريف غير جامع لأنواع الولاية؛ لأن الشخص له ولاية على نفسه وماله، وهذا لم يرد بالتعريف، كما أفاد هذا التعريف أن المولى عليه يكون له

---

[1] القرآن الكريم، سورة محمد، الآية رقم 22.

[2] ابن منظور، لسان العرب، م.15، المرجع السابق، ص.408.

[3] أحمد مختار عمر، المعجم الموسوعي لألفاظ القرآن الكريم وقراءاته، ط.1، مؤسسة سطور المعرفة، السعودية، 1423هـ، 2002م، ص.489.

[4] القرآن الكريم، سورة الكهف، الآية رقم 44.

[5] القرآن الكريم، سورة الأنفال، الآية رقم 72.

[6] القرآن الكريم، سورة الإسراء، الآية رقم 111.

[7] القرآن الكريم، سورة فصلت، الآية رقم 34.

[8] القرآن الكريم، سورة النمل، الآية رقم 49.

[9] القرآن الكريم، سورة الإسراء، الآية رقم 33.

[10] القرآن الكريم، سورة الشورى، الآية رقم 28.

[11] ابن عابدين، رد المحتار، ج.4، المرجع السابق، ص.154.

مشيئة وإباء؛ أي إرادة وقصد، واعتراض وامتناع، مع أنه في بعض حالات الولاية يكون المولى عليه خالياً منهما، كحالة الصغير غير المميز، والمجنون[1].

وهناك من عرفها بأنها قرابة حكمية حاصلة من العتق أو من الموالاة، وولى الأمر ولاية؛ أي أي ملك أمر التصرف فيه[2].

والولاية قسمان، أولهما الولاية الخاصة؛ وهي سلطة تمكن صاحبها من مباشرة العقود، وترتيب وترتيب آثارها دون توقف على رضا الغير، ولا تعلق لها بتدبير الأمور العامة، وتكون على أشخاص أشخاص معينين، وثانيهما الولاية العامة؛ وهي سلطة تدبير المصالح العامة للأمة، وتصريف شؤون شؤون الناس، والأمر والنهي فيهم، وتتولى أمرها الإمامة العظمى، وإمارات الأقاليم والبلدان، والوزارة، والوزارة، والقضاء، والشرطة، والمظالم، والحسبة، والإمارة على الجهاد، وجباية الصدقات، والخراج، والخراج، وتكون على أشخاص غير معينين[3].

ويراد بالولاية أيضاً قيام شخص كبير راشد على قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية، أو والمالية، أو هي سلطة تمكنه من تنفيذ العقد وترتيب آثاره عليه، وتلك السلطة قد تكون بالأصالة؛ بالأصالة؛ أي أن يكون متولي العقد هو صاحب الشأن فيه لكمال أهليته؛ لأنه يثبت معه وبشكل وبشكل حتمي الولاية التامة على شؤونه بنفسه. وقد تكون بقيام الشخص على شؤون غيره بولاية شرعية أعطاها له الشرع أو القضاء بالتصرف لمصلحة القاصر بالنيابة عنه إلى شخص آخر، وذلك الوليّ النائب يعتبر هو الممثل الشرعي للقاصر، فيقوم مقامه في جميع الشؤون التي تقبل النيابة، من عقود وأفعال ومخاصمات في الحقوق[4].

وقد عرف البركتي الولي بالمال، بأنه من له ولاية حفظ مال الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة، وهو الأب ثم وصيه ثم الجدّ ثم وصيه ثم القاضي[5].

---

[1] بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية، مصر، بدون تاريخ النشر، ص.453.

[2] محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج.3، (من حرف الغين إلى حرف الياء)، دار الفضيلة، مصر، بدون تاريخ النشر، ص.500.

[3] يراجع: المرجع نفسه، ص.501؛ حسن محمد سفر، معجم المصطلحات الفقهية في الفقه القضائي الإسلامي، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، 1418هـ، ص.44.

[4] يراجع: الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج.2، المرجع السابق، ص.843؛ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.324.

[5] البركتي، التعريفات الفقهية، المرجع السابق، ص.240.

كما وردت الولاية على ألسنة الفقهاء بمعنى إقامة الغير مقام النفس في تصرف جائز معلوم، فتناولت الوكالة، ونضارة الوقف، ونحو ذلك، وبمعنى أحقية المطالبة بدم القتيل في الجناية على النفس، وسموا صاحبها وليّ الدم، وقالوا إن المحجور عليه فيها يسمى المولى عليه[1].

وعليه، يتبين لنا أن تعريف الشيخ أحمد الزرقا أكثر توافقاً مع موضوع رسالتنا، وبناءً على هذا يمكن القول: إن الولاية هي سلطة شرعية مقررة من طرف الشارع بصفة مكتسبة، أو مقررة، لشخص معين يسمى الوليّ يكون كبيراً وراشداً، على أشخاص معينين وهم القصر أو المحجور عليهم، يسمون المولى عليهم، للقيام بما يتعلق بشؤونهم المتعلقة بالمال، وتسمى الولاية على المال[2].

إذاً، الولاية على المال تتحقق بوجود الأشخاص المعنيين بأحكامها، وهم الوليّ الذي يقرره الشارع أو يحدده القانون، والمولى عليهم؛ أي القصر والمحجور عليهم، وتختص بموضوع معين وهو أموال القصر.

3- التعريف القانوني للفظ الولاية:

باستقرائنا لنصوص القوانين العربية نجد أن توجهاتها اختلفت في تعريف الولاية على المال، فهناك توجه قال أول إنه يقصد بها العناية بكل ما له علاقة بمال بالقاصر وحفظه وإدارته واستثماره[3]، وهو ما تبناه المشرع الإماراتي، والمشرع العماني[4].

وقد تبنى المشرع السوداني التعريف نفسه للمشرع العماني، فقط في اختلاف بينهما، وهو أن المشرع السوداني هذا التوجه غير أنه قرر هذه الولاية على القاصر ومن في حكمه[1]؛ أي على كل شخص عجز عن العناية بماله.

---

[1] الموسوعة الفقهية، ج.45، وكالة-يوم النحر، المرجع السابق، ص.ص.135-136.

[2] وهناك ولاية أخرى تسمى الولاية على النفس؛ أو الولاية المتعدية غير الذاتية، تثبت على الأبناء، وقد شرعت لحفظ نفس الغير الذي لا يقدر على حفظ نفسه؛ إما لضعفه، وعجزه، أو لزوال عقله وعدم إدراكه، وهي تتدرج بحسب تدرج مراحل الإنسان، وتشمل أساساً في ولاية الإنفاق، وولاية التأديب، وولاية التزويج. يراجع: أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، مصر، 1966م، ص.5؛ نصر فريد واصل، الولايات الخاصة، الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية، ط.1، دار الشروق، مصر، 1422هـ، 2002م، ص.ص.41-42.

[3] يراجع: المادة 178/ب 1 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 158/ب من ق.أ.ش.العماني.

[4] تجدر الإشارة إلى أن كلا من المشرع الإماراتي، والمشرع العماني، قد بينا بأن الولاية هي ولاية على النفس، وولاية على المال، وكلاهما عرفا الولاية على النفس، حيث عرفها المشرع الإماراتي بأنها العناية بكل ما له علاقة بشخص القاصر والإشراف عليه وحفظه وتربيته وتعليمه وتوجيه حياته وإعداده إعداداً صالحاً، ويدخل في ذلك الموافقة على تزويجه. أما المشرع العماني فاكتفى بالقول بأنها العناية بكل مالا له علاقة بشخص القاصر. يراجع: المادة 178/أ 1 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 158/أ من ق.أ.ش.العماني.

وهناك من قال بأنها نيابة شرعية يقوم الولي بمقتضاها مقام القاصر في إبرام التصرفات العقدية ورعاية شؤونه المالية [2]. وما يلاحظ على هذا التعريف أنه عرف الولاية بالنيابة؛ وبالبحث عن تعريف النيابة نجد أن معناها هو قيام شخص مقام شخص آخر في التصرف عنه مع انصراف أثره إلى هذا الأصيل، وهذه النيابة تكون بصور مختلفة؛ كالخلافة، والوكالة، والولاية أيضاً، فعرفت الولاية بمصدرها وهو النيابة، وتم ربطها بمهامها، وهي إبرام التصرفات العقدية ورعاية شؤونه المالية[3].

ومن خلال ما سبق، يمكن تعريف الولاية بأنها قيام شخص يسمى الوليّ مقام شخص آخر وهو القاصر في التصرف عنه، من خلال إبرام التصرفات العقدية ورعاية شؤونه المالية.

وفي التوجه نفسه عرفها المشرع الليبي بأنها مكنة قانونية توجب على من يتولاها العناية بمال العناية بمال القاصر والقيام بكل ما له علاقة بهذا المال، وهذا ما نص عليه في المادة 43 من القانون القانون المتعلق بتنظيم أحوال القاصرين[4]. ويلاحظ على المشرع الليبي أنه وصف الولاية على المال بالمكنة أو القدرة أو الاستطاعة، وربطها بالقانون فقط، وفي الحقيقة هذه المكنة تقدر من الناحية الشرعية والقانونية، وفرق بينها وبين الولاية على النفس[5].

وفي توجه مقابل التوجه السابق، أشار توجه آخر بأن الولاية هي من ضمن صور النيابة الشرعية التي يخضع لها القاصر، وهو موقف المشرع المغربي، والمشرع الموريتاني، والمشرع السوري[6]، ويجب التذكير بأن المشرع السوري قد قرر هذه النيابة على القاصر ومن في حكمه كذلك.

أما التوجه الثالث فاعتمد مصطلح السلطة الأبوية، وهو ما أخذ به المشرع الجيبوتي في المادة 475 بفقرتيها (1 و2) من ق.م[7]، وعرفها بأنها ملك للأب والأم من أجل حماية الطفل في

---

[1] وفقاً للمادة 233/ب من ق.أ.ش.السوداني، قسم المشرع الولاية، وعرف الولاية على النفس بالصياغة نفسها، كما قررها على القاصر ومن في حكمه، وهذا حسب ما نص عليه في المادة نفسها الفقرة أ.

[2] يراجع: المادة الأولى من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري، والمادة الأولى من وثيقة الكويت للقانون الموحد لرعاية أموال القاصرين ومن في حكمهم.

[3] أحمد فهمي أبو سنه، النيابة في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي، قسم الدراسات العليا الشرعية، فرع الفقه والأصول، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1403هـ، 1404هـ، ص.5.

[4] القانون رقم 17 المتعلق بتنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمه، الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1992م.

[5] عرف المشرع الليبي الولاية على النفس مكنة قانونية توجب على من يتولاها القيام بكل ما له علاقة بشخص القاصر ويخضع له الصغير والمجنون والمعتوه، وهو ما نص عليه في المادة 31 من القانون المتعلق بتنظيم أحوال القاصرين.

[6] يراجع: المادة 229 من م.أ.المغربية، والمادة 176 من م.أ.ش.الموريتانية، والمادة 342 من ق.أ.ش.السوري.

[7] Loi n°003 année 2018, 8éme législature portant code civil de la République de Djibouti.

سلامته وصحته وأخلاقه، ولهم تجاهه حق وواجب الحضانة والإشراف والتعليم[1]، في حين اكتفى في المادة 508 من القانون نفسه، بالقول إن للأب والأم إدارة ممتلكات طفلهم والتمتع بها[2]. ويلاحظ على المشرع الجيبوتي أنه عرف قسماً واحداً من الولاية، وهو الولاية على النفس، في حين لم يعرف الولاية على المال، وإنما بيّن ما يتقرر عنها وهو إدارة ممتلكات الطفل من قبل والديه[3].

وتمشى مع هذا التوجه، مشرع جزر القمر، فقال بأنه للأب والأم سلطة أبوية تتمثل في وعظ أطفالهم مع عدم الإساءة لهم وتعذيبهم، وهذا حسب نص المادة 106 من ق.أ[4]. ويلاحظ على مشرع جزر القمر أنه أتى بتعريف الولاية الخاصة بالنفس، وليس بالمال.

وقد تبنت بعض التشريعات الغربية هذا التوجه، كالمشرع الفرنسي حيث عرفها بالمادة 371-1 الفقرة 1، بقوله: السلطة الأبوية هي مجموعة الحقوق والواجبات التي يكون هدفها النهائي مصلحة الطفل الفضلى[5]. في حين اكتفى المشرع السويسري بالقول إن السلطة الأبوية تخدم مصلحة الطفل. ويظهر أن هذا التشريع لم يعرف الولاية، وإنما بين الهدف منها[6].

وما يلاحظ على مجمل هذه التعاريف، أنها بيّنت من يقوم بصلاحيات هذه السلطة الأبوية كما ورد المصطلح، وأنها تكون على الطفل؛ لكنها لم تحدد الأطفال المشمولين بهذه السلطة، مما يعني أن كل طفل قاصر يكون مشمولاً بهذه السلطة، ويلاحظ كذلك توجه بعض التشريعات إلى بيان نوعين من السلطة؛ التي تختص بالأمور الشخصية للطفل، والمتعلقة بممتلكاته، في حين قصرت تشريعات أخرى الحديث عنها بصفة عامة.

---

(1) Le texte de l'article 475 en ses alinéas (1 et 2) du code civil est le suivant*: "L'autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité. Ils ont à son égard droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation".*

(2) Le texte de l'article 508 du code civil est le suivant: *"Les père et mère ont, sous les distinctions qui suivent, l'administration et la jouissance des biens de leur enfant".*

(3) C'est la matière retenue par le législateur guinéen aux articles 170 et 207. Se référer: Loi n° 011 portant Code de l'enfant guinéen, du 19 Aout 2008.

(4) Le texte de l'article 106/1 du Code de la famille des Comores est le suivant: *"Le père et la mère jouissent de l'autorité parentale (wilayat) ; Leur pouvoir consiste à le sermonner en excluant les sévices et la torture".*

(5) Le texte de l'article 371-1-1 du code civil est le suivant: "*L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant".*

(6) Le législateur suisse l'a prévu à l'article 296/1 du Code civil, dont le texte est le suivant: *"L'autorité parentale sert le bien de l'enfant".*

ثانيا– الأشخاص الذين تثبت لهم الولاية على القاصر: يتطلب بيان الأشخاص الذين تثبت لهم الولاية على مال القاصر، الرجوع إلى أقوال الفقهاء، ثم نبين موقف التشريعات العربية، وذلك حسب التقسيم الآتي.

1– أصحاب الولاية على مال القاصر عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

اختلف الفقهاء في تحديد الأشخاص الذين تثبت لهم الولاية على مال القاصر، وسنقف عند كل مذهب لنبين أصحاب هذه الولاية.

أ– ترتيب الأولياء على المال في المذهب الحنفي: خصص فقهاء مذهب الحنفية فصلاً فصلاً بعنوان ترتيب الولاية، وقالوا إن أولى الأولياء الأب، ثم وصيّه، ثم وصي وصيّه، ثم الجد، ثم ثم وصيّه، ثم وصي وصيّه، ثم القاضي، ثم من نصبه القاضي وهو وصي القاضي[1].

إذا حسب هذا البيان يكون ترتيب الأولياء على أموال الصبي وفق هذا المذهب كما يلي:

– الولي على مال القاصر هو الأب الأول والأسبق في الترتيب، وذلك لكمال شفقته ولقربه، ثم بعد وفاته، يكون الولي هو الوصي الذي يعينه الأب، ثم بعد وفاة وصي الأب، يكون الولي وصي وصيه؛ لأنه مختار من الأب وبرضاه، وكان خلفه في الشفقة، وقائم مقامه كأنه هو الأب.

– وبعد هؤلاء، تكون الولاية للجد قبل القاضي، لأن شفقته تكون ناتجة عن القرابة، والقاضي أجنبي.

– وبعد وفاة الجد، تكون الولاية لوصيّه، ثم بعد وفاته، تكون الولاية لوصي وصيّه؛ لأنه مرضي الجد ومختاره، وقائم مقامه فشفقة وصيّه كشفقته.

– ثم تتقرر الولاية بعد هؤلاء، للقاضي لعموم ولايته، عملاً بحديث: "السلطان وليّ من لا وليّ له"[2].

– ثم وصي القاضي لقيامه مقامه؛ لأنه نائبه[3].

---

[1] الكاساني، البدائع، ج.6، المرجع السابق، ص.589.

[2] رواه ابن ماجه، كتاب: النكاح، باب: لا نكاح إلاّ بولي، رقم الحديث: 1879، ج.1، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، عيسى البابي الحلبي، دار إحياء الكتب العربية، مصر، بدون تاريخ النشر، ص.605؛ ورواه أبو داوود، كتاب: النكاح، باب: في الولي، رقم الحديث: 2083، ج.3، ص.425.

[3] عبد العزيز محمد سعد الحمير، الولاية النفسية والمالية للصغير، المرجع السابق، ص.ص.105–106.

وأشار الحنفية إلى أن من اعتبر ولياً في هذه الولاية، كانت ولايته بالترتيب ضرورة؛ لأن ترتيب الحكم على حسب ترتيب العلة. بمعنى أن الولاية على مال القاصر حسب مذهب الحنفية تسري بالترتيب الذي ذكروه، ولا يتقدم أي شخص على الذي سبقه في الأحقية والترتيب. كما بينوا أن الولاية لا تثبت إلاّ لهؤلاء دون سواهم، فلا ولاية للأم، ولا للأخ، ولا للعم، ولا لغيرهم، ولاية على

مال الصغير؛ لأن الأخ والعم قاصر الشفقة، والأم وإن كانت لها وفور الشفقة فليس لها كمال الرأي، فلا تثبت لها ولا لوصيها الولاية[1].

ب- ترتيب الأولياء على المال في المذهب المالكي: رتب فقهاء مذهب المالكية أصحاب الولاية على مال الصبي بداية من الأب، ثم تصبح لوصيّه بعد موته وإن بَعُدَ، ثم الحاكم[2]، والبعض الآخر قال بأن الولاية للأب، ثم لوصيّه، ثم وصي وصيّه، ثم الحاكم دون الجد والأم وسائر القرابات، وهناك من قررها بترتيب مخالف لهذا، وقالوا إن الولي هو الأب، ثم الجد أبو الأب وإن علا، ثم الوصي[3].

جـ- ترتيب الأولياء على المال في المذهب الشافعي: اتفق فقهاء الشافعية في تحديد الأشخاص الذين يتولون مال الصبي، واختلفوا في البعض منهم كما يلي:

فأجمعوا على أن الولاية للأب إن كان عدلاً، فإن لم يوجد الأب أو كان ممن لا يصلح للنظر، كان النظر للجد أب الأب إذا كان عدلاً، وبما أن المسألة تتعلق بالولاية على حق الصغير، فقدم هذين الاثنين على غيرهما كولاية النكاح، وعلى الحاكم التحقق من عدالتهما حتى تثبت لهما الولاية، فتكفي عدالتهما الظاهرة لوفور شفقتهما، فإن فسقا نزع القاضي المال منهما[4].

فإن مات الأب وأوصى إلى رجل بالنظر إلى مال ابنه وهناك جد يصلح للنظر، ففيه وجهان، الوجه الأول وهو الأصح في المذهب، يرى عدم جواز الوصية إليه، بل النظر إلى الجد؛ لأن الجد

---

[1] الكاساني، البدائع، ج.6، المرجع السابق، ص.590.

[2] الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، م.5، المرجع السابق، ص.443، وص.446، وص.448.

[3] القرافي، الذخيرة، ج.8، المرجع السابق، ص.240.

[4] يراجع: النووي، المجموع، ج.13، المرجع السابق، ص.5؛ النووي، روضة الطالبين، ج.4، المرجع السابق، ص.187؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج.2، المرجع السابق، ص.226.

يستحق الولاية بالشرع، فكان أحق من الوصي، لكن إن لم يكن أب أو جد نظر الوصي من قبلهما، والثاني يرى أن النظر إلى الوصي؛ لأنه قائم مقام الأب[1].

وقد اختلفوا في استحقاق الأم الولاية على مال الصبي إن لم يوجد الأب والجد، ولا وصيهما، على رأيين، أولهما لأبي سعيد الأصطخري، حيث قال: إن للأم ولاية المال بعد الأب والجد، وتقدم على وصيهما؛ لأنها أحد الأبوين، فثبتت لها الولاية كالأب، وثانيهما وهو الأصح في المذهب، أنه لا ولاية لها؛ لأنها ولاية ثبتت بالشرع فلم تثبت للأم كولاية النكاح، فإن لم يوجد أب، ولا جد، ولا وصي فإن الولاية للقاضي، أو من ينصبه القاضي؛ لأن الولاية من جهة القرابة قد سقطت، فثبتت للقاضي كولاية النكاح[2].

وأضافوا بأنه لا ولاية لسائر العصبات كالأخ والعم، بل يكون لهم الإنفاق من مال الطفل على تربيته وتعليمه وإن لم يكن لهم عليه ولاية[3].

د- ترتيب الأولياء على المال في المذهب الحنبلي: ذهب فقهاء الحنابلة إلى القول إن الولاية على الصغير والمجنون بلا نزاع للأب، ثم بعد الأب وصيّه ولو بجُعْل وثم للمتبرع، ثم للحاكم، فلو لم يوص الأب لأحد أقام الحاكم أميناً في النظر لليتيم، فإن لم يوجد حاكم، فأمين يقوم به. أما الجد، والأم وسائر العصبات فليس لهم ولاية، وهو المذهب الأصح، وهو ظاهر ما جزم به في المغني، وقال إن للجد ولاية، وعليه يقدم على الحاكم بلا نزاع، ويقدم على الوصي، وقيل يقدم الوصي عليه، وقال الشيخ تقي الدين إن لسائر العصبة ولاية أيضاً بشرط العدالة[4].

ويتبين حسب أقوال الفقهاء أن الأب هو من يتولى الولاية على مال الصبي، وتثبت له عند الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة جميعاً، وهي ولاية إلزامية، فلا يملك الولي التنحي عنها، ولا تنتقل من بعده لورثته؛ لأنها ولاية شخصية[5]. كما اتفقوا على عدم ثبوتها للأم، واختلفوا فيمن يلي الأب، بين وصي الأب والجد، وأكثر الآراء جعلت بعد الأب الوصي الذي يعينه.

---

[1] النووي، المجموع، ج.13، المرجع السابق، ص.6.

[2] يراجع: النووي، روضة الطالبين، ج.4، المرجع السابق، ص.187؛ النووي، المجموع، ج.13، المرجع السابق، ص.ص.5-6.

[3] الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.2، المرجع السابق، ص.226.

[4] يراجع: الحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، ج.2، دار المعرفة، لبنان، بدون تاريخ النشر، ص.223؛ المرداوي، الإنصاف، ج.5، المرجع السابق، ص.ص.323-324.

[5] مباركي محمد جلال الدين، الأهلية القانونية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001م، 2002م، ص.ص.126-127.

2- أصحاب الولاية على مال القاصر في التشريعات العربية:

جعل المشرع الجزائري الأب هو الولي الشرعي على أموال القاصر، ثم قررها للأم بعده في حالتين؛ الحالة الأولى: هي وفاة الأب، وهذا الحق مقرر للأم في الولاية على مال ابنها القاصر بقوة القانون، وهو ما نص عليه في المادة 87 الفقرة 1 من ق.أ، إذ وردت كما يلي: "يكون الأب ولياً على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانوناً".

أما الحالة الثانية: فهي عند غياب الأب أو عند وجود مانع يحول بينه وبين ممارسته لهذه الولاية، وهو ما يتبين من الفقرة 2 من المادة نفسها، على النحو الآتي: "وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد".

ومن خلال الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري يمكن إبداء بعض الملاحظات في النقاط الآتية:

- نصّب المشرع الجزائري الأب الولي الشرعي والقانوني على أموال القاصر، وقررها للأم في حالة وفاة الأب، أو في حالات استثنائية، مما يعني أن الأم ليس لها الحق في هذه الولاية إلاّ بتحقق الظروف التي تخول لها هذا الحق.

وفي هذا الشأن، قضت المحكمة العليا برفض قرار تم بموجبه إسناد الولاية للأم بالرغم من وجود الأب وهو على قيد الحياة، فهذا القرار يعد خرقاً للأحكام القانونية المقررة، والصريحة بموجب المادة 87 من ق.أ[1].

- عدم تحديد المشرع الجزائري الحالة الثانية التي تتولى فيها الأم الولاية على أموال القاصر بدقة؛ حيث ذكر أمرين: الغياب، وحصول مانع، وكما يعلم أن الموانع متعددة بين المادية، والطبيعية، والقانونية، فإن كان قصده الغياب باعتباره مانعاً مادياً، فما هو المانع الثاني الذي أشار إليه، ويبدو أنه على المشرع ضبط الحالة بصيغة واضحة.

- توجه المشرع الجزائري إلى منح الولاية للأم عند غياب الأب أو عجزه عن القيام بها لمانع معين، وحددها في الأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد القصر، غير أنه لم يوضح المعيار الذي على أساسه يمكن اعتبار الأمر مستعجلا أو غير مستعجل.

---

[1] القرار رقم 167835، المؤرخ في 17-05-1998م، المتضمن (قاصر، وجود أبوه حي ولي عنه، قبول استئناف أمه بالرغم من أنها لم تكن طرفاً في الخصومة، خرق الأشكال الجوهرية في الإجراءات)، المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع.2، 1998م، ص.77.

– جعل المشرع الجزائري الأم ولية على أموال القاصر في الأمور المستعجلة للأولاد القصر في حالة الغياب أو المانع بشكل استثنائي تحسباً لعودة الأب، أو زوال المانع الذي حل به، غير أنه لم يحدد مدة هذا الغياب.

وهذا التوجه الذي تبناه المشرع الجزائري، أخذ به أيضاً المشرع المغربي، والمشرع التونسي، حيث نص المشرع المغربي أن الولاية للأب، وتنتقل للأم فيما تعلق بالأمور المستعجلة للأولاد في حالة حصول مانع للأب، طبقاً لنص المادة 236 من م.أ.المغربية، كما أشار المشرع إلى الدور الذي يضطلع به وصي الأب في حالة وجوده مع الأم؛ إذ يكتفي بمتابعة كيفية تسيير الأم لشؤون القصر الموصى عليهم ويرفع الأمر للقضاء عند الحاجة[1].

وتجدر الإشارة، إلى أن المشرع المغربي بالإضافة إلى إسناده الولاية للأم في حالة وجود مانع للأب، وقصر دورها على الأمور المستعجلة مع عدم تحديد نوع المانع ووصفه، قرر لها هذه الولاية أيضاً في حالة وفاة الأب أو فقدان أهليته، أو لأي سبب آخر، وهو ما نستشفه من نص المادة 2/238 من م.أ.المغربية[2].

ضف على هذا، فقد أجاز المشرع المغربي للمتبرع بمال للمحجور طلب النيابة عليه إذا ما اشترط ذلك، يكون نطاقها ضمن المال الذي تبرع به فقط، دون أن تسري هذه النيابة على باقي الأموال، وهذا ما نص عليه في المادة 239 من المدونة[3].

كما نصّب المشرع التونسي الأب ولياً على مال القاصر، ثم جعل الأم ولياً بعد وفاته أو بفقدان أهليته، على أنه لم يقرر الولاية لوصي الأب إلاّ بعد وفاة الأم أو فقدان أهليتها، وأضاف المشرع أنه في حالة وفاة كل من الأب والأم أو فقد أهليتهما، ولم يكن للقاصر وصي يقوم على شؤونه، يتولى الحاكم الولاية عليه[4].

ويتبين من هذا أن المشرع التونسي جعل الحاكم ولياً في حالة استثنائية، وهي عدم وجود وصي معين من الأب، بدليل أنه في المادة 155 من ق.أ.ش، نص على أصحاب الولاية على مال القاصر

---

[1] يراجع: المادة 4/238 من م.أ.المغربية.

[2] نصت المادة 2/238 من م.أ.المغربية على ما يلي: *"يشترط لولاية الأم على أولادها: 2-عدم وجود الأب بسبب وفاة أو غياب أو فقدان للأهلية، أو غير ذلك"*.

[3] نصت المادة 239 من م.أ.المغربية على ما يلي: *"للأم ولكل متبرع أن يشترط عند تبرعه بمال على محجور، ممارسة النيابة القانونية في إدارة وتنمية المال الذي وقع التبرع به، ويكون هذا الشرط نافذ المفعول"*.

[4] يراجع: الفصل 154 من م.أ.ش.التونسية.

دون أن يدرج ضمنهم الحاكم، بأنه: "للأب ثم للأم ثم للوصي الولاية على مال القاصر أصالة ولا تبطل إلاّ بإذن الحاكم لأسباب شرعية".

وقد سايرت باقي التشريعات العربية الشق الأول من التوجه الذي أخذ به كل من المشرع الجزائري، والمشرع المغربي، والمشرع التونسي، واتفقت على أن الأب هو الولي على مال القاصر، واختلفوا في الأشخاص الذين يحلون بعده؛ سواء بوفاته، أم بفقدان الأهلية.

فهناك توجه جعل الجد ولياً على مال القاصر بعد الأب في حالة عدم وجود وصي الأب، وهو ما تبناه المشرع المصري، والمشرع البحريني، والمشرع القطري، في حين قصرها المشرع السوري[1]، على الأب والجد دون الإشارة لوصي الأب[2].

بينما قرر توجه آخر الولاية بعد الأب لوصيه، ثم الجد لأب، ثم لوصي الجد، وهو موقف المشرع السوداني. وتبنت تشريعات أخرى هذا التوجه، غير أنها اختلفت في تحديد الشخص الذي يلي وصي الجد، فهناك من جعل الولاية للقاضي، كما فعل المشرع الإماراتي، وهناك من قررها للوصي الذي تعينه المحكمة، وهو ما أخذ به المشرع الأردني[3].

في حين ذهب توجه آخر من التشريعات، إلى إسناد الولاية على المال للأب وحده، كما فعل المشرع العماني، حيث ذكرها بشكل صريح في المادة 160 من ق.أ.ش، بقوله: "الولاية على المال للأب وحده".

وشذت بعض التشريعات في مواقفها عن هذه التوجهات، ومنها المشرع العراقي، حيث قرر الولاية للأب ثم المحكمة دون غيرهما[4]، بينما لم يحدد المشرع الموريتاني ترتيب الأولياء في الولاية على المال، وإنما ذكر أن من يباشرها يسمى ولياً، وقد يكون الأب أو القاضي[1].

---

[1] بين المشرع السوري بعد تحديده لأصحاب الولاية بشكل صريح، أن الأقارب لهم فقط ولاية على النفس دون مال القاصر، وهذا ما يظهر من خلال المادة 2/354 من ق.أ.ش.

[2] نصت هذه التشريعات على أصحاب الولاية في المواد المصاغة على النحو الآتي: – المادة الأولى من ق.و.ع.م.المصري: "للأب ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً للولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة". والمادة 14 من ق.و.ع.م.البحريني: "تكون الولاية على مال القاصر للأب ثم للجد الصحيح أي من جهة الأب، إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً. وعليه القيام بها ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المجلس". والمادة 4 من قانون الولاية على مال القاصرين القطري: "تكون الولاية على مال القاصر للأب، ثم الجد لأب إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً". والمادة 354 من ق.أ.ش.السوري: "للأب ثم للجد العصبي ولاية على نفس القاصر وماله وهما ملزمان بالقيام بها".

[3] يراجع: المادة 235 من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 188 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 223 من ق.أ.ش.الأردني.

[4] المادة 27 من قانون رعاية القاصرين العراقي.

في حين ذهب المشرع الليبي من خلال في المادة 44 من قانون تنظيم أحوال القاصرين إلى النص على ما يلي: "تكون الولاية على المال للوالدين أيهما أصلح ثم لمن تعينه المحكمة. ويجوز للمحكمة ألا تتقيد بهذا الترتيب إذا اقتضت مصلحة القاصر ذلك". وما يفهم من موقف المشرع الليبي أنه قرر الولاية للأب والأم، بشرط صلاحيتهما للقيام بشؤون الولاية؛ فقد تسند الولاية للأب لصلاحه، كما قد تسند للأم لصلاحها، ثم بعد الأبوين تسند الولاية للشخص الذي تعينه المحكمة. ويلاحظ أن الترتيب الذي أورده المشرع الليبي ليس ترتيباً إلزامياً، بدليل أنه أجاز للمحكمة عدم التقيّد به مقابل مصلحة القاصر.

وبناءً على ما سبق بيانه، يمكن استخلاص ما يلي:

– تعدد توجهات التشريعات العربية في تحديد أصحاب الولاية على مال القاصر، كصورة من صور النيابة الشرعية.

– سايرت التشريعات العربية فقهاء المذاهب الأربعة في تقريرها الولاية للأب، وذلك لشفقته بابنه القاصر، وصلاحيته لتسيير أمواله.

– توجه بعض التشريعات إلى منح الولاية للأم في حالات معينة كوفاة الأب، أو حصول مانع له، أو فقدانه لأهليته.

– إسناد الولاية للجد من جهة الأب عند بعض التشريعات بعد الأب مباشرة، والبعض الآخر رتبه بعد وصي الأب.

– جعلت بعض التشريعات حق الولاية على مال القاصر، مقرراً لأشخاص محددين دون غيرهم، فهناك من منحها للأب وحده، وهناك من منحها للأب والمحكمة دون سواهما.

– بين المشرع الموريتاني أن النيابة الشرعية تمارس على مال القاصر بصور مختلفة، منها الولاية، ومن يقوم بشؤونها يسمى الولي، وقد يكون الأب أو القاضي، حيث أنه ذكرهما دون ترتيب في الدرجة.

– ذهب المشرع الليبي إلى ذكر ترتيب الأولياء على مال القاصر، غير أنه لم يضف عليه صفة الإلزامية بوجوب احترام أصحاب هذا الحق، وأجاز للمحكمة مخالفته بالنظر لمصلحة القاصر.

---

(1) نص المشرع الموريتاني في المادة 2/177 من م.أ.ش، على ما يلي: *"إذا باشرها الأب أو القاضي سمي ولياً"*.

الفرع الثاني: المواصفات الشرعية والقانونية في الولي على مال القاصر

إن ثبوت الولاية للوليّ الشرعي بحسب الترتيب الذي أقره كل مذهب من المذاهب الأربعة، وحسب ما نصت عليه التشريعات العربية، لا يخول له هذه الولاية إلاّ إذا توافرت فيه الشروط اللازمة لتوليه شؤونها وإدارة أموال القاصر.

وقد أوجب فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية شروطاً أساسية لا بد من توافرها في الوليّ حتى تسند إليه شؤون الولاية على مال القاصر، وبتخلف شرط واحد في الولي يصبح غير أهلاً لهذا الأمر.

وفيما يلي سنبين المواصفات التي أوجبها فقهاء الشريعة الإسلامية (**أولاً**)، ثم نتطرق للشروط القانونية التي ذكرتها التشريعات العربية (**ثانيا**).

أولا– المواصفات الشرعية التي يوجبها فقهاء الشريعة الإسلامية:

اشترط فقهاء المذاهب الأربعة جملة من الشروط الرئيسية في الوليّ حتى تتقرر له الولاية على مال الصبي، نبينها في النقاط الآتية:

1– شرط البلوغ والعقل: يشترط أن يكون الولي بالغاً؛ لأن غير البالغ بحاجة إلى من يلي أمره، فكيف يلي أمر غيره. ويشترط أن كون عاقلاً؛ لأن المجنون ليست له القدرة على تسيير أموره بنفسه، ومن كان مجنوناً لا يتولى شؤونه بنفسه، فمن باب أولى لا يمكنه تولي أمور غيره. وعلى هذا فمن كان فاقداً للأهلية أو ناقصها لا يكون أهلاً لتولي أمور الولاية[1].

2– شرط الرشد: يشترط في الولي أن يكون رشيداً لا يخشى على مال الصبي المميز منه؛ فلو كان الوليّ سفيهاً لا يمكن إسناده ولاية مال الصغير له، فولاية السفيه لا تتحقق فيها المصلحة بل المفسدة، وهي إتلاف المال وتضييعه[2].

3– شرط العدالة: اتفق الفقهاء على اشتراط العدالة في الوليّ؛ لأن تفويض الولاية إلى غير مَنْ هذه صفته هو تضييع للمال، وتظهر أهمية اشتراط العدالة في الوليّ فيما ذهب إليه فقهاء الشافعية إلى سحب الولاية على مال الصغير من الأب والجد الصحيح إن فسقا[3].

---

[1] يراجع: عبد العزيز محمد سعد الحمير، الولاية النفسية والمالية للصغير، المرجع السابق، ص.92؛ مصطفى عبد الغني شيبة، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الطلاق وآثاره، دراسة مقارنة، ط.1، دار الكتب الوطنية، ليبيا، 2006م، ص.250.

[2] عبد العزيز محمد سعد الحمير، الولاية النفسية والمالية للصغير، المرجع السابق، ص.92.

[3] فراس وائل طلب أبو شرخ، الولاية على المال في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2007م، 2008م، ص.88.

هذا، وقد رجح الإمام العز عبد السلام، اشتراط العدالة بعد الخلاف فيها، بقوله: إن العدالة شرط في كل ولاية لتكون العدالة وازعة عن التقصير في جلب المصالح ودرء المفاسد، ولا يشترط ذلك في ولاية النكاح على الأصح[1]؛ لأن الوازع الطَّبْعي يزع عن التقصير في حق المولى عليه[2].

وتكفي أن تكون عدالة الوليّ ظاهرة؛ لأن الفاسق[3] غير مأمون على نفس الصغير وماله، خاصة وأن الأب والجد معروفان بوفور شفقتهما على ولدهما، ولو لم يكونا عدلين باطناً[4].

4- شرط اتحاد الولي مع المولى عليه في الدين: أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على على اعتبار اتحاد الدين بين الوليّ والمولى عليه شرطاً ضرورياً حتى تثبت الولاية[5]، وعليه فلا ولاية لغير المسلم على المسلم أو المسلمة، عملاً بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ أَتُرِيدُونَ أَنْ تَجْعَلُوا لِلَّهِ عَلَيْكُمْ سُلْطَانًا مُبِينًا﴾[6]. ففي تولية الكافر على المسلم علو له، وجعل سبيل لغير المسلم على المسلم، وهناك من أجاز ولاية الذمي على ابنه إذا صار عدلاً في دينه[7].

---

[1] هناك من فرق بين العدالة في ولاية النكاح، والعدالة في الولاية على المال، بالقول إن الإضرار في ولاية النكاح يدخل على الوليّ والمولى عليه، والطبع وازع عنه، وأما الولاية على المال فإن طبعه يَزَعُهُ عن الإضرار بالطفل لأجل غيره، ولا يَزَعُهُ عن ذلك في نفسه، فإن طبعه يحثه على تقديم نفسه على أولاده، فتشرط العدالة فيه لتكون وازعة عن التقصير بالنسبة إليه وإلى غيره. يراجع: فراس وائل طلب أبو شرخ، الولاية على المال في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.88.

[2] أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ج.2، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، 1411هـ، 1991م، ص.89.

[3] الفسق هو الانحراف عن الدين بارتكاب الكبائر، أو الإصرار على الصغائر، أو هو الترك لأمر الله، والعصيان والخروج عن طريق الحق والفجور، ومنه قوله تعالى: ﴿فَفَسَقَ عَنْ أَمْرِ رَبِّهِ﴾، القرآن الكريم، سورة الكهف، من الآية رقم 50. يراجع: حسن محمد سفر، معجم المصطلحات الفقهية في الفقه القضائي الإسلامي، المرجع السابق، ص.33؛ محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج.3، المرجع السابق، ص.43.

[4] يراجع: عبد العزيز محمد سعد الحمير، الولاية النفسية والمالية للصغير، المرجع السابق، ص.ص.92-93.

[5] بن عزيزة حنان، الولاية على أموال القاصر، رسالة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2018م، 2019م، ص.56.

[6] القرآن الكريم، سورة النساء، الآية رقم 144.

[7] عبد العزيز محمد سعد الحمير، الولاية النفسية والمالية للصغير، المرجع السابق، ص.93.

5- شرط الحرية: اشترط الفقهاء أن يكون الوليّ حراً، واتفقوا على عدم صحة ولاية العبيد؛ لأنهم لا ولاية لهم على أنفسهم، والعبد يكون مشغولاً بخدمة سيده، وهو لا يَمْلِكْ بل يُمَلَكْ ويباع[1].

6- شرط القدرة: يجب أن يكون الوليّ قادراً على تولي شؤون الولاية على مال كان عاجزاً فلا تثبت له، فلا تصح ولاية الأصم، والأبكم، والأخرس، ولا شيخ هرم؛ لأن نظر وليس من ذكر بأهل للنظر[2].

7- شرط الذكورة: اشترط الفقهاء في الشخص الذي يتولى زمام أمور الولاية المالية على الصغير أن يكون ذكراً لا أنثى، فلا تكون للمرأة ولاية أصلية بخلاف الولاية النيابية، كأن يوصي الأب زوجته على أولادهما، وقد حكى ابن المنذر الإجماع على جواز أن تكون المرأة وصية؛ لأنها من أهل الشهادة، فأشبهت الرجل[3].

هذا، وقد روي عن عطاء بن أبي رباح، أنه قال في رجل أوصى إلى امرأته: لا تكون المرأة وصياً، فإن فعل حولت إلى رجل من قومه[4].

وكما سبق البيان أعلاه عند الحديث على ترتيب الأولياء في الولاية على مال الصغير، لم يجعل الفقهاء ما عدا الشافعية في قول لهم، الأم ولية على مال أولادها، مما يعني أن الذكورة شرط عندهم لتولي الولاية.

ثانيا- المواصفات القانونية الواجبة في الشخص الذي يتولى الولاية على مال القاصر:

اكتفت بعض التشريعات العربية بتحديد الشروط الواجبة في الولي حتى ينصب ولياً، ويتولى شؤونها، والبعض الآخر لم يشر لهذه الشروط، وعليه نبين ما أوجبته هذه التشريعات على النحو الآتي:

---

[1] يراجع: فراس وائل طلب أبو شرخ، الولاية على المال في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.90؛ عبد العزيز محمد سعد الحمير، الولاية النفسية والمالية للصغير، المرجع نفسه، ص.93.

[2] محمد بن عبد العزيز النمي، الولاية على المال، تحقيق: على بن عبد الله النمي، ط.1، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، 1433هـ، 2012م، ص.56.

[3] عبد العزيز محمد سعد الحمير، الولاية النفسية والمالية للصغير، المرجع السابق، ص.94.

[4] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج.6، المرجع السابق، ص.51.

هناك توجه اكتفى باشتراط الأهلية اللازمة حتى يتمكن الولي من ممارسة حق الولاية على مال ابنه القاصر، وهو ما تبناه المشرع المصري، والمشرع الليبي، والمشرع الكويتي، والمشرع العراقي، والمشرع البحريني[1].

في حين ذهبت باقي التشريعات في توجهها الثاني إلى ذكر مجموعة من الشروط، ونصت على أن الولي يجب أن يكون بالغاً، وعاقلاً، وراشداً، وأميناً، وقادراً على القيام بشؤون الولاية، كما صرحت هذه التشريعات بعدم صحة ولاية غير المسلم على المسلم، مما يعني أن المواصفات التي ذكرتها هذه التشريعات هي البلوغ، والعقل، والرشد، والأمانة، والقدرة، واتحاد الدين بين المولى والمولى عليه، وهذا ما تبناه كل من المشرع الأردني، والمشرع الإماراتي، والمشرع السوداني[2]، والمشرع العماني[3].

وهناك تشريعات أخرى، لم تنص على الشروط الواجبة في الولي، كما فعل المشرع الجزائري، والمشرع المغربي، والمشرع التونسي، والمشرع الموريتاني، في حين اكتفى المشرع السوري بذكر الشروط اللازمة في الولي على النفس[4]، ولم يذكر إن كانت هذه الشروط هي ذاتها الواجبة في الولي على المال.

وبعد عرض جملة المواصفات التي يجب أن تتوافر في الولي على مال القاصر من الناحية الفقهية ومن الناحية القانونية، يمكن القول إن بعض التشريعات العربية سايرت في تحديدها لشروط الولي، الفقه الإسلامي، إلاّ فيما يتعلق ببعض الشروط التي لم ينصوا عليها كالحرية، والذكورة. ومن ثم، حتى تسند الولاية للوليّ يجب أن تتوافر فيه كل المواصفات المذكورة أعلاه وليس بعضها، فإن تخلف شرط واحد منها صار الوليّ غير مؤهل لتولي شؤون الولاية على مال القاصر، حماية لأموال القاصر.

---

[1] يراجع: المادة 2 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 46 من القانون المتعلق بتنظيم شؤون القاصرين الليبي، والمادة 7 من وثيقة القانون الموحد لرعاية أموال القاصرين الكويتي، والمادة 28 من القانون المتعلق برعاية القاصرين العراقي، والمادة 15 من ق.و.ع.م.البحريني.

[2] تجدر الإشارة إلى أن كلا من المشرع الإماراتي، والمشرع السوداني عند حديثهما عن شروط الولي على المال، لم يشترطا اتحاد الدين بين المولى والمولى عليه.

[3] يراجع: المادة 224 بفقرتيها (أ وب) من ق.أ.ش.الأردني، والمادة 1/180 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 236 من ق.أ.ش.السوداني، والمادتين 161 و162 من ق.أ.ش.العماني.

[4] نص المشرع السوري في المادة 356 من ق.أ.ش، على ما يلي: *"يشترط في ولي النفس: 1- أن يكون أميناً على نفس القاصر، 2- أن يكون متحداً معه في الدين، 3- أن لا يكون تحت ولاية غيره على نفسه"*.

المطلب الثاني: الوصاية على أموال القاصر في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية

تعتبر الولاية على المال ولاية أصلية، يخضع لها القاصر بشكل طبيعي، باعتباره غير قادر على تسيير شؤونه المالية الخاصة بمفرده، فيوضع تحت ولاية الوليّ الذي قررت له هذه الولاية، ووفقاً للترتيب المبين أعلاه؛ سواء ما ذكره الفقهاء، أم التشريعات العربية.

وكما سبق ذكره، فإن الولاية على المال هي أولى أنظمة النيابة الشرعية التي تطبق على القاصر، وبجميع أحكامها، ويليها نظام آخر، يسمى بنظام الوصاية؛ حيث يكمن التشابه بين النظامين في الأهداف المنوطة بهما؛ وهو حماية أموال القاصر، وحسن تسييرها، والحفاظ عليها.

والوصاية على مال القاصر باعتبارها أحد أنظمة النيابة الشرعية، لها أحكاماً خاصة بها، تتلق بالقائمين على شؤونها، والأوصاف الشرعية والقانونية التي يتوجب توافرها في الشخص الذي يتولى أمورها، فإن وجد به ما يتعارض وأحكام الوصاية، فلا يعتد بوصايته.

ولأجل هذا الأمر، خصصنا المطلب لدراسة الوصاية على أموال القاصر في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية، في عنصرين؛ أولهما نحدد فيه مضمون الوصاية على مال القاصر في الفقه الإسلامي والتشريعات (**الفرع الأول**)، ثم نبين شروط الوصاية في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: مضمون الوصاية على مال القاصر في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية

درس فقهاء الشريعة الإسلامية وبينت غالبية التشريعات العربية، نظام الوصاية على القصر في أمورهم المالية، وضبطوا الأحكام المتعلقة بها، نظراً لأهمية هذا النظام، وارتباطه بفئات ضعيفة تحتاج إلى الحماية، خاصة إذا ما آلت الولاية التي كانوا خاضعين لها للزوال.

وبما أن الوصاية على المال نظام مستقل، فإن له مضامينه المتعلقة به، سواء تعلق الأمر بمفهومها، أم بالأشخاص الذي تخول لهم الوصاية على مال القاصر، وهو ما سنفصل فيه وفقاً لما أتى به فقهاء الشريعة الإسلامية ونصوص التشريعات العربية.

أولا– مفهوم الوصاية على مال القاصر عند الفقهاء والقانون:

إن الحديث عن مفهوم الوصاية على مال القاصر يقودنا لبيان تعريف هذه الوصاية من الناحية اللغوية، والاصطلاحية، ثم نتطرق لبيان الاختلاف حول إلزامية الوصاية في الفقه الإسلامي.

1- تعريف الوصاية لغة واصطلاحاً: نبحث في تعريف الوصاية في المعاجم اللغوية، ثم نبين معناها الاصطلاحي، والقانوني كما يلي:

أ- التعريف اللغوي للفظ الوصاية: الوصاية في اللغة من الوصي، والجمع أوصياء، وأوصيت إليه بمال جعلته له، وأوصيته بولده استعطفته عليه، وأوصيته بالصلاة: أمرته بها[1]، وعليه قوله تعالى: ﴿ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾[2]، وقوله أيضاً: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾[3]؛ أي يأمركم.

والوصي من أوصى له بشيء، وأوصى إليه جعله وصيه[4]. وفي حديث ما روي عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "واستوصوا بالنساء خيراً"[5].

ويقال: وصي؛ أي أوصى فلان إلى فلان وكذا، ومنه قوله تعالى:﴿حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ﴾[6]، ثم سمي الموصى به وصية، ومنه: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا﴾[7]. وقيل: الإيصاء: طلب شيء من غيره ليفعله على غيب منه حال حياته وبعد وفاته[8].

ووصى له بكذا: عهد إليه به، وأوعز إليه به، وأوصى به بكذا: ملّكه إياه بعد موته، وأوصى إليه: جعله وصياً يتصرف في ماله وأطفاله بعد موته، وأوصاه بالصلاة: أمره بها[9].

ب- التعريف الاصطلاحي للوصاية: عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الوصاية بتعاريف مختلفة، فقد عرفها فقهاء الحنفية بأنها طلب فعل من غيره ليفعله في غيبته حال حياته أو بعد وفاته[10]، وعرفها الزيلعي بأنها: إقامة غيره مقامه فيما له ولاية[11].

---

(1) الفيومي، المصباح المنير، المرجع السابق، ص.254.

(2) القرآن الكريم، سورة الأنعام، من الآية رقم 153.

(3) القرآن الكريم، سورة النساء، من الآية رقم 11.

(4) ويقال: أوصاه، ووصاه توصية، وتواصى القوم: أوصى بعضهم بعضاً. يراجع الرازي، الصحاح، المرجع السابق، ص.302.

(5) رواه البخاري في الصحيح، كتاب: النكاح، باب: الوصاة بالنساء، رقم الحديث: 5186، ص.1321.

(6) القرآن الكريم، سورة المائدة، من الآية رقم 106.

(7) القرآن الكريم، سورة النساء، من الآية رقم 12.

(8) وأضافوا إيصاءً ووصى، والوصية والوصاة اسمان في معنى المصدر، والوصاية بالكسر: مصدر الوصي. المطرزي، المغرب، ج.2، المرجع السابق، ص.ص.357-358.

(9) جبران مسعود، الرائد، المرجع السابق، ص.864.

(10) الطوري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج.9، المرجع السابق، ص.211.

(11) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج.6، المرجع السابق، ص.211.

بينما ذهب فقهاء المالكية إلى ذكر معنيين في باب الوصية، المعنى الأول يتعلق بالوصية التي توجب حقاً في ثلث عاقده يلزمه بموته، والثاني مفاده أن الوصية عقد يوجب نيابة عن عاقده بعد موته[1]. والمعنى الثاني هو ما يتوافق مع موضوع دراستنا.

وعرفها فقهاء الشافعية بأنها إثبات تصرف مضاف لما بعد الموت[2]. في حين قال الحنابلة الوصايا هي الأمر بالتصرف بعد الموت[3].

وهناك تعاريف أخرى وردت في باب الوصاية؛ ومنها أن الولاية على مال ناقص الأهلية أو فاقدها من قبل وصي الأب، ووصي وصيّه، ووصي الجد العصبي، وإن علا، ووصي وصيّه، ووصي القاضي[4].

مما سبق عرضه، يمكن استخلاص الملاحظات الآتية:

– وردت جل تعاريف الفقهاء ما عدا فقهاء المالكية، بصيغة عامة، ولم يرد فيها ما يبين أن الوصاية صورة من صورة النيابة.

– اعتماد المالكية في تعريفهم للوصاية مصطلح العقد، دليل أن الوصاية تبرم بين طرفين، والعقد كما يعلم يستلزم إيجاب وقبول، غير أن هذا التعريف باعتبار أنه ورد بلفظ عقد، فإنه غير جامع؛ لأنه لم يبين الشخص الذي يوصي، والشخص الموصى إليه.

– إن تعريف الوصاية بأنها إثبات تصرف من قبل فقهاء الشافعية، ينطبق على المرحلة المتعلقة بقيام الوصي بشؤون الوصاية، ويقع عليه إثبات ما يقوم به.

– إن اعتبار الوصاية أمر بالتصرف حسب تعريف فقهاء الحنابلة، معناه أن الوصي يكون ملزماً بتنفيذ شؤون الوصاية ولا يمكنه مخالفته.

– إن تعريف الوصاية بأنها ولاية على المال أمر مخالف لأحكام النيابة الشرعية؛ حيث أن الدارس لهذا النظام يتبين له أن الوصاية هي إحدى أنظمة النيابة إلى جانب الولاية، فلا يمكن تعريف صورة بالاعتماد على صورة أخرى.

---

[1] محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، ج.9، المرجع السابق، ص.503.

[2] الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ج.3، المرجع السابق، ص.67.

[3] بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، العدة شرح العمدة، تحقيق: أحمد بن علي، دار الحديث، مصر، 1424هـ، 2003م، ص.321.

[4] أحمد الحجي الكردي، الأحوال الشخصية، الأهلية، والنيابة الشرعية، والوصية، والوقف، والتركات، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، سوريا، 1430هـ، 2009م، ص.93.

– من بين جميع التعاريف، اشتمل تعريف واحد الذي قال به أحمد الحجي الكردي، على نطاق الوصاية من حيث الأشخاص الذين يخضعون لها، والأشخاص الذين يقومون بشؤونها.

ومما سبق يمكن تعريف الوصاية على مال القاصر، بالقول إنها صورة من صور النيابة الشرعية بعد انتهاء الولاية أو سحبها من الوليّ، يقوم بإدارتها أشخاص معينين أو مختارين، من قبل الأولياء بحسب رتبهم، أو من طرف القاضي، تهدف إلى تسيير الشؤون المتعلقة بأموال القاصر.

جـ– التعريف القانوني للوصاية على مال القاصر:

باستقرائنا لنصوص التشريعات العربية، وجدنا أن جلها لم تعرف الوصاية على مال القاصر، القاصر، وإنما اكتفت بتنظيم أحكامها ضمن نصوص ق.أ.ش، ما عدا المشرع العراقي، وعرفها كما يلي: "الإيصاء إقامة الشخص غيره لينظر فيما أوصى به بعد وفاته"[1].

ويلاحظ على التعريف الذي أتى به المشرع العراقي أنه عام؛ حيث استعمل مصطلح "إقامة" ولم يبين كيف تتم، سواء بالتعيين، أم الاختيار، كما أنه لم يحدد الشخص الذي يقيم الوصي، هل يكون الولي، أم المحكمة، إضافة إلى أنه لم يذكر بشكل واضح مهام هذه الوصاية، وذلك باستعماله عبارة "فيما أوصى به".

2– الاختلاف حول إلزامية الوصاية في الفقه الإسلامي:

اختلف فقهاء المذاهب الأربعة حول إلزامية الوصاية، وقد وردت أقوالهم في هذه المسألة على النحو الآتي بيانه:

ذهب فقهاء الحنفية في حديثهم عن إلزامية الوصاية حسب الأحوال الآتية:

– إذا أوصى إلى رجل، فقبل الوصي في حياة الموصي، ثم ردها بعد موته، لزمت الوصاية ولا يعتبر الرد؛ لأن الميت مضى لسبيله معتمداً عليه[2].

– إذا أوصى إلى رجل، فقبل الوصي في وجهه، ثم رد في غير وجهه، فلم يعلم الموصي بالرد، ولم يبلغه في حياته حتى مات، فالوصاية لازمة.

– إذا رد الوصي الوصاية في حياة الموصي، اعتبر الرد؛ لأنه ليس للموصي ولاية إلزامه بالتصرف، ولا غرور فيه؛ لأنه يمكن أن ينيب غيره.

---

[1] وذلك بموجب المادة 75 من ق.أ.ش.

[2] الزيلعي، تبيين الحقائق، ج.6، المرجع السابق، ص.184.

– إذا لم يقبل الوصي ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار؛ إن شاء قبل، وإن شاء لم يقبل؛ لأن الموصي ليس له ولاية إلزام، فبقي مخيراً، فلو أنه باع شيئاً من التركة فقد لزمته الوصاية؛ لأن ذلك دلالة على الالتزام والقبول، وهو معتبر بعد الموت، وينفذ البيع بعد صدوره من الوصي؛ سواء علم بالوصاية، أم لم يعلم.

– إذا لم يقبل الوصي حتى مات الموصي، فقال: لا أقبل، ثم قال: أقبل، فله ذلك إن لم يكن القاضي قد أخرجه من الوصية حين قال: لا أقبل؛ لأنه بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الإيصاء؛ لأن في إبطاله ضرر بالميت، وقد يخرجه القاضي وصح ذلك[1].

بينما ذكر فقهاء المالكية حالتين في باب الخلاف حول إلزامية الوصاية وهما:

– إذا أوصى إلى رجل، وقبل الموصى إليه، ثم ندم قبل وفاة الموصي، فإن أقاله الموصي جازت إقالته، وإن لم يقله ألزمه النظر على ما أحب أو كره.

– إذا كان الوصي قد أشهد بالقبول على نفسه، يجبره الحاكم على ذلك، إن كان مأموناً ثقة، إلاّ أن يكون له عذر مقبول[2].

في حين يرى فقهاء مذهب الشافعية عدم صحة القبول ولا الرد في حياة الموصي، لأنه لم يدخل وقت التصرف، كالتصرف في المال، ولو قبل الوصي في حياة الموصي، ثم رد بعد وفاته، كان قبوله لاغياً، أما لو رد الوصي في حياة الموصي، ثم قبل بعد وفاته، فيصح قبوله[3]، فأصحاب هذا المذهب اعتبروا قبول الموصي شرطاً للزوم الوصاية، وليس بجزء متمم لها، لأن السبب لهذه الوصاية هو إيجاب الموصي فقط، لكن يشترط لإعمال ذلك السبب قبول الموصي بعد الوفاة[4].

وذهب فقهاء مذهب الحنابلة إلى القول بصحة قبوله الوصية في حياة الموصي وبعد موته، وبقبوله يصبح وصياً ولو عزل نفسه متى شاء، وإن رد الوصية في حياة الموصي، لم يصح الرد؛ لأنه لا

---

[1] محمود عبد الله بخيت، مفهوم الوصاية وأركانها في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، م.2، ع.3، الجمعية العلمية للبحوث والدراسات الإستراتيجية، العراق، جوان 2012م، ص.ص.23-24.

[2] محمود عبد الله بخيت، مفهوم الوصاية وأركانها في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق، ص.24.

[3] يراجع: الشربيني، مغني المحتاج، ج.3، المرجع السابق، ص.71؛ محمود عبد الله بخيت، مفهوم الوصاية وأركانها في الفقه الإسلامي وق.أ.ش.الأردني، المرجع السابق، ص.24.

[4] علي بن عبد الرحمن بن علي الربيعة، أحكام الوصايا في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الفقه المقارن، المعهد العالي للقضاء، قسم الدراسات العليا، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 1404هـ، 1984م، ص.96.

حق له في الحياة، فلم يملك إسقاطه، وإن ردها بعد الموت قبل القبول، صح؛ لأن الحق ثبت له، فملك إسقاطه، وإن رد بعد القبول، لم يصح الرد؛ لأنه ملك ملكاً تاماً فلم يصح رده[1].

ثانيا– الأشخاص الذي تخول لهم الوصاية على مال القاصر:

يكون القصر مشمولين بنظام الوصاية على مالهم، فتقدم هذه الأموال لأشخاص معينين من أجل تسييرها، فذهب فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية إلى تحديد الشخص الذي يتولى شؤون هذه الوصاية.

وعليه، نبين أنواع الأوصياء في الفقه الإسلامي، ثم نشرح ما نصت عليه التشريعات العربية في هذه المسألة، حسب التقسيم الآتي بيانه.

1– أنواع الأوصياء في الفقه الإسلامي:

يختلف الوصي الذي يقوم بتولي شؤون الوصاية على مال القاصر، بناءً على عدة اعتبارات؛ إما بالنظر لجهة التعيين، وإما باعتبار موضوع الوصاية، وإما باعتبار مدة الوصاية. وسنتطرق لأنواع الوصي تبعاً لكل اعتبار على حدة.

أ– الوصي باعتبار جهة التعيين: يوجد نوعين من الأوصياء بالنظر للجهة التي عينا بها، وهما الوصي المختار، ووصي القاضي، ونشرح كل واحد منهما كما يلي:

أ–1 – الوصي المختار: ويقصد به الشخص الذي يختاره الوليّ، قبل موته بأن يكون وصياً على أولاده الصغار[2]، هذا، وقد اتفق الفقهاء على أن الأب هو من يتولى اختيار هذا الوصي، فيكون له الحق في إقامة غيره لتولي شؤون أولاده القصر بعد وفاته[3].

ومن جهة أخرى، اختلف الفقهاء في مسألة اختيار الوصي من طرف الجد، وذلك على رأيين؛ فهذب أصحاب الرأي الأول إلى القول بأن الجد لأب يأخذ حكم الأب، ويكون في مقامه،

---

[1] يراجع: المرداوي، الإنصاف، ج.7، المرجع السابق، ص.293؛ ابن قدامة، الكافي، ج.2، المرجع السابق، ص.270.

[2] ماجد سمير الجبور، الرقابة القضائية على حقوق القاصرين، دراسة مقارنة، ط.1، دار الثقافة، الدار العلمية الدولية، الأردن، 1439هـ، 2018م، ص.135.

[3] يراجع: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج.6، المرجع السابق، ص.207؛ محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، ج.9، المرجع السابق، ص.503؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج.3، المرجع السابق، ص.52؛ المقدسي، المرداوي، البعلي، كتاب الفروع، ج.7، المرجع السابق، ص.455.

ويكون له الحق في اختيار الوصي، وذلك لأن الجد عندهم له ولاية على أولاد أولاده وإن نزل، لهذا فهو يملك حق الاختيار، وهو ما تبناه كل من مذهب الحنفية، ومذهب الشافعية[1].

في حين ذهب أصحاب الرأي الثاني إلى القول بأن الجد ليس له حق تولية وصي عنه على أولاد أولاده، لأن الجد ليس له ولاية على أولاد أولاده، وبه قال المالكية والحنابلة[2].

ويبدو أن القول الأول الأقرب إلى الصواب، كون أن الجد الأقرب بعد الأب من تولي شؤون الولاية، ومن ثم، يملك حق اختيار الوصي الأنسب لأولاد أولاده، وهذا لوفور شفقته.

ويظهر أن بعض الفقه الحديث تبنى القول الأول، ومنهم الإمام محمد أبو زهرة، حيث عرف الوصي المختار بأنه وصي الأب، ووصي الجد؛ لأن الأب أو الجد يختاره خليفة له في الولاية عل القصر الذين هم تحت ولايته بعد الوفاة[3].

أ-2- وصي القاضي: وهو الشخص الذي يعنيه القاضي، فبما أن القاضي وليّ من لا وليّ له، فتثبت له الولاية، وبموجبها يثبت له حق تعيين وصي على القصر، وقد اتفق الفقهاء على أن القاضي لا يعين الوصي إلاّ إذا انعدم الوليّ ممثلاً في الأبّ، أو الجد، أو وصيهما[4].

وهناك من يطلق عليه مصطلح الوصي المعين؛ وهو الذي تعينه المحكمة للقاصر إن لم يكن له وصي مختار أو جد صحيح[5].

هذا، ويظهر الفرق بين الوصي المختار ووصي القاضي في النقاط الآتية:

- اختلاف تسمية الوصي باختلاف جهة التعيين؛ فالأول يختاره الأب أو الجد، أما الثاني فيعين بأمر من القاضي المختص.
- الوصي المختار يلتزم بما يحدده له الوليّ، بينما يلتزم وصي القاضي بما يأمره به هذا الأخير.

---

[1] يراجع: السرخسي، المبسوط، ج.28، المرجع السابق، ص.ص.22-23؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج.6، المرجع السابق، ص.207؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج.2، المرجع السابق، ص.226؛ عبد الله محمد سعيد ربابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005م، ص.45.

[2] يراجع: الحطاب، مواهب الجليل، ج.6، المرجع السابق، ص.642؛ البهوتي، عبد الله بن عبد العزيز العنقري، الروض المربع شرح زاد المستنقع وحاشية الروض المربع، ج.2، المرجع السابق، ص.249.

[3] أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر العربي، مصر، 1377هـ، 1957م، ص.480.

[4] أشرف حنضل الشاعر، أحكام الوصاية في الشريعة الإسلامية، ومدى تطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، فلسطين، 1427هـ، 2006م، ص.49.

[5] ماجد سمير الجبور، الرقابة القضائية على حقوق القاصرين، المرجع السابق، ص.136.

– وصي القاضي لا يعين إلاّ في حالتين؛ انعدام الوليّ، سواء الأب، أم الجد، وعدم وجود وصي الأب أو الجد.

ب– الوصي باعتبار موضوع الوصاية: إن تحديد أنواع الوصاية بالنظر لموضوعها، يتعلق بمدى تقييد الوصاية بتصرفات معينة بالضبط، أو عدم تقييدها، وهي على قسمين: الأول الوصاية العامة: وهي التي تكون غير مقيّدة بموضوع معين، أو بنوع خاص من التصرفات، كأن يقول الموصي للوصي: جعلتك وصياً على أولادي. والثاني الوصاية الخاصة: وهي التي تكون مقيدّة بموضوع معين، أو تصرف محدد بالضبط، كأن يقول الموصي للوصي: جعلتك وصياً على الشؤون التجارية لأولادي[1].

ويلاحظ الفرق بين الوصاية العامة، والوصاية الخاصة، أن الوصي يكون أكثر حرية عندما تخول له وصاية عامة، بينما تقيد حريته بما يحدده له الموصي في الوصاية الخاصة، وتجدر الإشارة إلى أن تمتع الوصي بحرية أكبر في الوصاية العامة لا يعني أنه معفى من المراقبة على التصرفات التي يقوم بها، خاصة وإن تعلقت بأموال القاصر.

ج– الوصي باعتبار المدة التي يمارس فيها الوصاية: تختلف تسمية الوصي باختلاف المدة التي تقرر للممارسة الوصاية، وهو بذلك إما أن يكون وصياً دائماً، أو وصياً مؤقتاً، وفيما يلي شرح كل مصطلح منهما:

ج–1– الوصي الدائم: يقصد به ذلك الوصي الذي تكون وصايته دائمة ومستمرة باستمرار الحاجة إلى هذه الوصاية، كوصاية الوصي المختار، أو وصاية وصي القاضي، فهذه الوصاية لا تنتفي إلاّ بانتفاء الحاجة إليها، كبلوغ القاصر، أو تحقق أمور تحول دون استمرار الوصي في هذه الوصاية، كموته أو فقدانه لأهليته، أو عزله لمخالفته أحكام الوصاية[2].

ج–2– الوصي المؤقت: وهو ذاك الوصي الذي يتم تعيينه لمدة محددة إلى حين الانتهاء من المهمة، أو هو الذي تتوقف مهمته في غالب الأحيان. فهنا يتم اختيار شخص ليكون وصياً في فترة مؤقتة، بسبب ظروف طارئة، كأن عزل الوليّ عن ولايته، أو تعيينه في مكان الوصي إذا كان هذا الأخير قد عجز عن أداء مهامه لسبب ما[3].

---

[1] عبد الله محمد سعيد ربابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق، ص.58.

[2] أحمد الحجي الكردي، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.102.

[3] يراجع: بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1987م، ص.196؛ ماجد سمير الجبور، الرقابة القضائية على حقوق القاصرين، المرجع السابق، ص.137.

2- الأوصياء في الولاية على مال القاصر حسب التشريعات العربية:

تحدثت التشريعات العربية في نصوصها على الوصي الذي يتولى مهام الوصاية على مال القاصر، وعليه سنعتمد على الاعتبارات ذاتها لبيان الأوصياء في التشريعات العربية على النحو الآتي بيانه:

أ- الوصي باعتبار جهة التعيين: لقد اختلفت توجهات التشريعات العربية في الحديث عن الوصي بالنظر إلى الشخص الذي ينصبه، وفي الشخص الذي يتولى ذلك، وسنبين هذه التوجهات فيما يلي.

أ-1- بالنسبة للوصي المختار: ذهب توجه أول من التشريعات، إلى منح الأب والجد حق إقامة الوصي المختار لابنهما القاصر، وهو ما تبناه المشرع الجزائري، حسب ما نص عليه في المادة 92 من ق.أ، إذ وردت كما يلي: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون". وأضاف القول أيضاً أنه: "يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها"[1].

ويلاحظ على نص هذه المادة ما يلي:

- استعمال المشرع في بداية نص المادة لفظ "يجوز"، يفهم منه أن الأمر جوازي؛ أي إن لم يعين الأب وصياً، يكون لمجلس العائلة اقتراحه ويحكم به القاضي.

- قرر المشرع الجزائري حق الأب والجد في تعيين الوصي؛ ومن هذا النص يفهم أن للجد ولاية على أولاد ابنه، غير أن هذا الأمر لم يشر إليه المشرع عند الحديث عن ترتيب الأولياء على القصر، وإنما جعل الولاية للأب، والأم في حالات معينة كما سبق بيانها.

- أعطى المشرع للجد الحق في اختيار وصي على القاصر، وذلك في حالة عدم وجود أمه لتتولى شؤونه، أو عندما تكون غير أهل للقيام بهذا التعيين، مما يعني أنه إذا وجدت الأم فلا مجال لتعيين هذا الوصي من قبل الجد.

- يطلق على الوصي حسب نص المادة إن كان مختاراً من الأب بوصي الأب، ووصي الجد إن عين من طرفه، وإن تم اختياره من الأم يسمى وصي الأم، غير أن المشرع الجزائري لم يستعمل هذه الألفاظ في المواد المتعلقة بأحكام الوصاية في ق.أ، واعتمد فقط مصطلح الوصي.

---

[1] وهو ما ورد في المادة 94 من ق.أ.

– أشار المشرع الجزائري في نص هذه المادة إلى مسألة تعدد الأوصياء، غير أنه لم يفصل فيما إذا كان يقصد أن الأب يقيم أكثر من وصي على ابنه القاصر، أو ينفرد كل من الأب والجد أو الأم في حالة وجودها باختيار وصي. والأصل أن كل واحد على الترتيب يقصي سلطة الذي بعده، وبالتالي: الأب يقصي الأم، والأم الجد إلاّ استثناء، وعليه فالأوصياء من يعينهم الشخص الواحد، أي أوصياء الأب وإن تعددوا، وأوصياء الأم وإن تعددوا، وأوصياء الجد وإن تعددوا.

– أحال المشرع الجزائري مسألة تحديد واحد من الأوصياء إن تعددوا لتولي مهام الوصاية على القاصر إلى القاضي المختص باختيار الأصلح فيهم، غير أن المشرع لم يبين المعايير التي يعتمد عليها في هذا الاختيار.

– أوجب المشرع الجزائري عرض الوصاية التي يرغب الأب في إقامتها على القاضي من أجل تثبيتها أو رفضها، وذلك عند وفاة الأب، غير أنه لم يبين على من تقع مسؤولية هذا الأمر؛ إما الأم، أو الوصي المختار بحد ذاته.

– أعطى المشرع الجزائري بموجب المادة 94 للقاضي السلطة التقديرية في تثبيت الوصي المختار، فإن فعل يكون تنفيذاً لإرادة الوليّ، كما أعطى للقاضي أيضاً سلطة رفضها، غير أن المشرع لم يبين الإجراء الواجب اتباعه في حالة رفض الوصاية من القاضي.

وهذا التوجه عموماً أخذ به أيضاً كل من المشرع السوري، حيث نص على ما يلي: "يجوز للأب والجد عند فقدان الأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر أو الحمل المستكن، وله أن يرجع عن إيصائه"[1].

كما نص المشرع السوداني أيضاً على أنه: "يجوز للأب، أو الجد الصحيح أن يعين وصياً على ولده القاصر أو المرتقب، ويجوز له أن يرجع عن إيصائه، ولو التزام بعدم الرجوع"[2].

من خلال موقف المشرع السوري، والمشرع السوداني، يمكن الإشارة إلى بعض الملاحظات على المادتين في النقاط الآتية:

– توجه كل من المشرع السوري، والمشرع السوداني إلى إعطاء الحق للأب، أو الجد في تعيين وصي على القاصر، وعلى الحمل المستكن، أو كما سماه المشرع السوداني بالمرتقب، وهو ما اختلفا فيه عن المشرع الجزائري.

---

[1] المادة 1/370 من ق.أ.ش.

[2] وهو ما ورد في المادة 1/243 من ق.أ.ش.

– قصر المشرعان حق تعيين الوصي المختار على الأب أو الجد، دون غيرهما، عكس ما نص عليه المشرع الجزائري، وتقريره حق التعيين للأم أيضاً.

– إن تعيين الوصي من الأب أو الجد يؤدي إلى اختلاف اللفظ الذي يطلق على هذا الوصي، فإن كان مختاراً من قبل الأب سمي وصي الأب، حتى وإن لم يكن من بين الأقارب عند المشرع السوري، وإن كان مقاماً من طرف الجد سمي وصي الجد.

– أوجب المشرع السوري عرض الوصاية على القاضي ليقوم بتثبيتها متى كانت مستوفية لشروطها الشرعية، وهذا وفق نص المادة 3/370 من ق.أ.ش، وهو ما لم ينص عليه المشرع السوداني.

– بين المشرع السوري أن بعد صدور قرار تثبيت الوصاية من القاضي، يمكن للوصي مباشرة مهامه، ولا يمكنه ذلك قبل صدور هذا القرار، غير أنه لم ينص على الإجراء الواجب اتباعه في حالة عدم تثبيت هذه الوصاية[1].

– أجاز المشرع السوري، والمشرع السوداني للوصي المختار الرجوع عن الوصاية، مما يعني أنها غير لازمة حسب هذين المشرعين، وما يؤكد ذلك، أن هذا الرجوع يكون جائزاً حتى ولو التزم الوصي بعدم الرجوع حسب المشرع السوداني، غير أن كلا المشرعين لم يفصلا في الوقت الذي يرجع فيه كما فعل الفقهاء.

بينما ذهب توجه ثانٍ من التشريعات إلى أن اختيار الوصي يكون من الأب، أو الشخص المتبرع للقاصر أو الحمل المستكن، وهو ما أخذ به المشرع المصري، والمشرع البحريني[2].

وأخذ به كذلك المشرع الإماراتي، حيث نص في المادة 1/213 من ق.أ.ش، على ما يلي: "يجوز للأب أن يُقيم وصياً مختاراً لولده القاصر أو للحمل المستكن وعلى القاصرين من أولاد ابنه المحجور، ويجوز ذلك أيضاً للمتبرع في الحالة المنصوص عليها في المادة 189".

هذا، وقد منحت هذه التشريعات أهمية كبيرة لاختيار الوصي، وذلك باشتراطها توثيق هذا الاختيار بموجب ورقة رسمية أو عرفية، توقع من الشخص الذي قام باختيار هذا الوصي، أو يقوم

---

[1] المادة 4/370 من ق.أ.ش.السوري.

[2] نص كل من المشرع المصري والمشرع البحريني بالصياغة نفسها تقريباً على ما يلي: المادة 28 من ق.و.ع.م.المصري: *"يجوز للأب أن يُقيم وصياً مختاراً لولده القاصر أو للحمل المستكن ويجوز ذلك أيضاً للمتبرع في الحالة المنصوص عليها في المادة 3"*؛ والمادة 23 من ق.و.ع.م.البحريني، نصت على أنه: *"يجوز للأب أن يُقيم وصياً مختاراً لولده القاصر أو للحمل المستكن ويجوز ذلك أيضاً للمتبرع في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 16 من هذا القانون"* .

الوصي المختار بكتابة ورقة بخط يده بإمضائه[1]، وبعدها تعرض هذه الورقة المتضمنة اختيار الوصي، إلى المحكمة أو المجلس في المواد المشار إليها نفسها ليتم تثبيتها، ويفهم من هذا الأمر أن الوصي يختار من الأب، أو المتبرع، وتثبت هذه الوصاية بقرار من المحكمة أو المجلس.

علاوة على هذا، أجازت التشريعات التي أخذت بهذا التوجه، إمكانية عدول الأب أو المتبرع عن اختيارهما للوصي، غير أنهم لم يبينوا الأسباب التي تدعو كل من الأب أو المتبرع للعدول[2]، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الإماراتي قد اشترط إثبات العدول كذلك بموجب ورقة رسمية أو عرفية[3].

وما يمكن ملاحظته بناء على هذا التوجه ما يلي:

- لم يقصر كل من المشرع المصري، والمشرع البحريني، والمشرع الإماراتي حق اختيار الوصي على الأب فقط، وإنما قررته كذلك لشخص الذي يتبرع بمال للقاصر، غير أنها لم تنص على الأسباب التي جعلتها تقرر هذا الحق للمتبرع، خاصة وأن هذا الأخير قد يكون شخصاً أجنبياً عن القاصر، وليس بالضرورة أن يكون من أقربائه.

- وسع المشرع الإماراتي من الحق المقرر للأب في اختيار الوصي، ليشمل ابنه القاصر، وحتى أبناء ابنه المحجور عليه.

- إن اشتراط تدوين الوصي المختار بموجب ورقة رسمية أو عرفية مثبت من المحكمة، أو حتى ورقة باليد، دليل على الحماية التي يسعى المشرع الوضعي تقريرها للقاصر؛ حيث يصبح الوصي ملزماً بهذه المهمة قانوناً، إذ الورقة تعد سند إثبات في حالة رفض الوصي مباشرة مهامه، أو التنصل منها.

- عدم إشارة كل من المشرع المصري، والمشرع البحريني إلى شروط تولي الوصاية عن الحمل المستكن إذا عين له الأب وصياً مختاراً، عكس ما نص عليه المشرع الإماراتي في المادة 5/213 من ق.أ.ش.

وهناك توجه ثالث نصت من خلاله بعض للتشريعات، على أن اختيار الوصي لتولي شؤون الوصاية على أموال القاصر أو للحمل المستكن، يكون للأب، وهو ما أخذ به المشرع الليبي، إذ نص في المادة 62 من القانون المتعلق بتنظيم شؤون القاصرين، على أنه: "يجوز للأب أن يختار وصياً لولده القاصر أو للحمل المستكن إذا كانت الأم فاقدة الأهلية". ويلاحظ على هذا النص أن المشرع

---

[1] يراجع: المادة 2/28 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 1/23 ق.م.ع.م.البحريني، والمادة 3/213 من ق.أ.ش.الإماراتي.

[2] يراجع: المادة 3/28 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 2/23 ق.و.ع.م.البحريني، والمادة 2/213 من ق.أ.ش.الإماراتي.

[3] يراجع: المادة 2/213 من ق.أ.ش.الإماراتي.

الليبي قد أجاز هذا الحق للأب في حالة فقدان الأم لأهليتها، مما يعني أنه إذا كانت كاملة الأهلية، ولا يشوبها أي عيب من عيوب الإرادة لا يختار الأب هذا الوصي.

وهذا التوجه تبناه كذلك المشرع الموريتاني، والمشرع الكويتي، والمشرع القطري، والمشرع العراقي[1]، والمشرع العماني[2]، وباستقرائنا لنص المادة 230/أ من ق.أ.ش.الأردني، نجد أن المشرع نص على أن الاختيار يكون للأب فقط، غير أن هذا الأمر ليس كذلك، باعتبار أن المشرع أشار في المادة نفسها الفقرة "ب" منها، على أن الوصي قد يتم اختياره من قبل الأب، أو جد لأب، أو يختار من طرف الجد لأب[3].

هذا، وقد نص كل من المشرع الموريتاني، والمشرع القطري، والمشرع الكويتي، على أن هذه الوصاية تعرض على المحكمة أو القاضي من أجل إقرارها، غير أن المشرع الموريتاني أفصح عن الوقت الذي تعرض فيه هذه الوصاية على القاضي، وذلك بعد وفاة الأب[4]، في حين أن المشرع القطري، والمشرع الكويتي لم يحددا وقتاً معيناً.

كما أجازت هذه التشريعات للأب الموصي أن يرجع عن اختياره، بل حتى ولو كان قد التزم بعدم الرجوع، حسب ما نص عليه المشرع العماني، وقد بين المشرع القطري، والمشرع الكويتي، أن هذا الرجوع يصدر من الأب في أي وقت[5].

وبعد عرض موقف هذه التشريعات يمكن استخلاص الملاحظات الآتية:

---

[1] في هذا التوجه يعتبر كل من المشرع القطري والمشرع العراقي الوحيدين اللذين أشارا إلى شرط إثبات الوصاية بورقة رسمية أو عرفية مصادق عليها بتوقيع من الأب. يراجع: المادة 1/15 من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري، والمادة 36 من القانون المتعلق برعاية أموال القاصرين العراقي.

[2] يراجع: المادة 1/180 من م.أ.ش.الموريتانية، والمادة 12 من وثيقة القانون الموحد لرعاية القاصرين الكويتي، والمادة 1/15 من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري، والمادة 34 من القانون المتعلق برعاية أموال القاصرين العراقي، والمادة 170/أ من ق.أ.ش.العماني.

[3] نصت المادة 230/ب من ق.أ.ش.الأردني، على ما يلي: *"إذا لم يكن للقاصر وصي مختار من الأب أو جد لأب أو وصي مختار من الجد لأب يعين له القاضي وصياً لإدارة شؤونه مراعياً في ذلك مصلحة القاصر"*.

[4] نص المشرع الموريتاني في المادة 2/180 من ق.أ.ش، على ما يلي: *"إذا توفي الأب عرضت الوصاية فوراً على القاضي لإقرارها"*.

[5] نص المشرع القطري على هذا الرجوع في المادة 15 من قانون الولاية على أموال القاصرين، ونص عليه المشرع الكويتي في المادة 12 من وثيقة القانون الموحد لرعاية القاصرين، بالصياغة نفسها كما يلي: "ويجوز للأب في أي وقت أن يعدل عن اختياره".

– إن جعل حق اختيار الوصي ليقوم على شؤون القاصر، أو الحمل المستكن، أو حتى بالنسبة لأولاد الابن القاصر، يقتصر على الأب فقط، يرجع لوفور شفقته، وحسن اختياره الشخص المناسب والأصلح لإدارة أموال القاصر.

– زيادة على قصر حق اختيار الوصي على الأب، قد أعطى المشرع الموريتاني الحق للوصي المختار في تعيين وصي، غير أن المشرع لم يوضح دور وصي الوصي؛ هل يعينه لمساعدته في إدارة شؤون الوصاية، أم من أجل أن يأخذ مكانه فيصبح هو الوصي المسؤول، كما أن المشرع لم يبين الحالات التي يسمح فيها للوصي المختار من طرف الأب أن يعين وصياً آخر، والوقت الذي يقع فيه هذا التعيين.

وقد شذ المشرع المغربي في موقفه عن التوجهات السابقة؛ حيث قرر أن هذا الاختيار يكون الاختيار يكون من حق الأب، والأم، فإن تم اختياره من قبل الأب، سمي وصي الأب، وإذا تم تم اختياره من الأم، أطلق عليه بوصي الأم[1].

وتجدر الإشارة، إلى أن الوصاية التي تقضي بتعيين الوصي؛ سواء من طرف الأب، أم الأم على ابنهما المحجور أو الحمل، لا تمنح للوصي صلاحية إلاّ إذا أثبت القاضي هذا الاختيار وأقره، بعد وفاة الأب الموصي، أو الأم الموصية، فهنا يقع على القاضي التحقق من قيام الإيصاء صحيحاً من كافة جوانبه، كالتأكد من الشروط الواجبة في الوصي، فإن ثبت لدى القاضي عدم صلاحية الوصي المختار لتولي مهام الوصاية، جاز له إلغاء هذا الاختيار[2].

أ–2– بالنسبة لتعيين الوصي من قبل القاضي: اتفقت أغلب التشريعات العربية على سلطة القاضي في تعيين الوصي في حالة عدم اختيار وصي من طرف الأب، وهناك من سماه مقدماً كالمشرع الجزائري، حيث عرفه في المادة 99 من ق.أ، بأنه: "من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أوصى على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناءاً على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة"، هذا، وقد جعل المشرع المقدم في مقام الوصي، وأخضعه لنفس الأحكام التي تطبق عليه[3].

وحسب ما نص عليه المشرع الجزائري يمكن إبداء بعض الملاحظات في النقاط الآتية:

---

[1] يراجع: المادتين 1/237 و2/237 من م.أ.المغربية.

[2] أحمد نصر الجندي، شرح قانون مدونة الأسرة المغربية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010م، ص.293.

[3] المادة 100 من ق.أ.الجزائري.

– اعتماد مصطلح المقدم من طرف المشرع الجزائري بدل الوصي المعين.

– يتبين من النص أن المحكمة لا تعين هذا المقدم إلاّ إذا قدم طلب بهذا الأمر.

– وسع المشرع الجزائري من دائرة الأشخاص الذين يجوز لهم تقديم طلب بتعيين مقدم على من كان فاقداً للأهلية أو ناقصها، ابتداءاً من الأقارب، أو أي شخص له مصلحة، أو حتى من طرف النيابة العامة.

– إن تصنيف المشرع الجزائري للنيابة العامة من ضمن الأشخاص الذين يجوز لهم تقديم طلب بتعيين مقدم على فاقدي الأهلية أو ناقصيها، دليل على اهتمام المشرع بهذه الفئات، وسعيه لتحقيق أكبر حماية لهم، خاصة وأن الدور المنوط بالنيابة هو حماية حقوق أشخاص المجتمع، لا سيما الفئات الضعيفة.

– إن إخضاع المشرع الجزائري المقدم المعين من المحكمة لأحكام الوصي، يعني أن كل ما يسري على الوصي وما يتحدد له من صلاحية يسري على المقدم كذلك، كما أنه يتحمل مسؤولية التصرفات التي تلحق ضرراً بأموال القاصر.

ومن بين التشريعات التي اعتمدت أيضاً مصطلح المقدم، المشرع المغربي إذ نص في المادة 1/244 من م.أ، على أنه: "إذا لم توجد أم أو وصي، عينت المحكمة مقدماً للمحجور، وعليها أن تختار الأصلح من العصبة، فإن لم يوجد فمن الأقارب الآخرين وإلاّ فمن غيرهم". ويلاحظ على هذا النص أن المحكمة لا تلجأ لتعيين هذا المقدم إلاّ عند انعدام الأم أو الوصي، كما حدد المشرع وبشكل ترتيبي الأشخاص الذين تختار منهم المحكمة هذا المقدم، من العصبة أولاً، ثم من الأقارب، ثم من الغير.

ويظهر أن المشرع المغربي لم يقصر هذا التعيين على المحكمة، بل نص على إمكانية اختيار شخص من قبل أسرة المحجور عليه، أو ممن له مصلحة اختيار شخص حتى يكون مقدماً على المحجور[1]، غير أن المشرع لم يبين من أي فئة يتم اختيار هذا الشخص، هل يكون من العصبة، أم من الأقارب، أو من الغير، ولم يذكر المعايير الأساسية التي يعتمد عليها هؤلاء في ترشيحهم لمقدم من طرفهم.

---

[1] وهو ما نص عليه في المادة 3/244 من م.أ.المغربية.

كما أضاف المشرع المغربي إمكانية تعدد المقدمين ابتداءاً باثنين فأكثر، متى اقتضت مصلحة المحجور ذلك، وتلتزم بتحديد صلاحية كل مقدم، وهو ما نص عليه المشرع الموريتاني كذلك[1].

وتمشى كل من المشرع الموريتاني، والمشرع الليبي مع هذا التوجه، ونصا على أنه للقاضي تعيين مقدم للقاصر أو الحمل إن لم يكن له وصياً[2]. وقد أشار المشرع الموريتاني إلى أن الأم تكون لها الأولوية في تعيين هذا المقدم[3].

في حين اعتمدت باقي التشريعات مصطلح الوصي، وبينت بأنه يعين من قبل القاضي، وهو ما تبناه كل من المشرع المصري، والمشرع الإماراتي، والمشرع العماني، والمشرع الأردني، والمشرع السوري، والمشرع السوداني[4].

وعهدت بعض التشريعات سلطة تعيين الوصي على مال القاصر، في حالة عدم وجود وصي مختار، إلى هيئات معينة، كالمشرع البحريني، حيث جعل سلطة تعيين الوصي بيد مجلس الولاية على أموال القاصرين، كما خول لهذا المجلس تعيين وصي، حتى وإن كان الوصي المختار موجوداً، غير أنه لم يبين الحالات التي تدعو المجلس لهذا الأمر[5].

كما أجاز المشرع البحريني أيضاً للمجلس أن يعين إدارة أموال القاصرين بصفتها وصياً، سواء كان للقاصر وصياً أم لم يكن، ويكون للمجلس كذلك تعيين وصي آخر بدلاً من هذه الإدارة[6].

ومن جهته، نصب المشرع القطري الهيئة العامة لشؤون القاصرين، وصياً على القاصر أو الحمل المستكن في حالة عدم وجود وصي مختار، وهذا ما نص عليه في المادة 2/15 من قانون الولاية على القاصرين.

في حين نص المشرع العراقي بأن الوصي تنصبه المحكمة، غير أنه في حالة وجود الأم فالأولوية لها، وفي حالة انعدام الوصي والأم، اعتبر المشرع دائرة رعاية القاصرين وصياً، لحين تنصيب وصي من

---

(1) يراجع: المادة 2/244 من م.أ.المغربية، والمادة 2/186 من م.أ.ش.الموريتانية.

(2) يراجع: المادة 1/183 من م.أ.ش.الموريتانية، والمادة 62 من القانون المتعلق بأحوال القاصرين الليبي.

(3) وهو ما نص عليه المشرع الموريتاني في المادة 2/183 من م.أ.ش.

(4) يراجع: 29 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 4/213 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 170/ب من ق.أ.ش.العماني، والمادة 230/ب من ق.أ.ش.الأردني، والمادة 371 من ق.أ.ش.السوري، والمادة 2/243 من ق.أ.ش.السوداني.

(5) نص المشرع البحريني على هذا الأمر في المادة 1/24 من ق.و.ع.م.البحريني.

(6) نص المشرع البحريني على هذا الأمر في المادة 3/24 من ق.و.ع.م.البحريني.

طرف المحكمة[1]، مما يعني أن دور هذه الهيئة يكون بشكل استثنائي؛ عند عدم وجود الوصي أو الأم، ومؤقت؛ إلى أن يعين وصياً من المحكمة.

ب- الوصي بالنظر لموضوع الوصاية: أجازت التشريعات العربية في غالبها تعيين وصي خاص؛ وهو الوصي الذي تقوم المحكمة بتعيينه للقيام بمهمة معينة[2].

هذا، وقد نص المشرع الجزائري على هذا الوصي وسماه متصرفاً خاصاً، وذكر حالة واحدة يعين فيها، وهي تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر، وهذا التعيين إما يكون بشكل تلقائي، أو بموجب طلب من ذوي المصلحة[3].

ويؤخذ على المشرع أنه نص على حالة واحدة يعين فيها هذا المتصرف الخاص، عكس ما ذهبت إليه باقي التشريعات، لا سيما المشرع المصري، والمشرع الليبي، اللذان أطلقا عليه لفظ القيم الخاص، والمشرع البحريني، والمشرع السوري، والمشرع الكويتي، والمشرع القطري[4]، وقد أتت هذه التشريعات بحالات مختلفة، معينة نعددها كالآتي:

- تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة الولي[5] أو مع مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته.
- تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة الولي، أو زوجه، أو أحد أصوله، أو فروعه، أو مع من يُملّكه الوصي، وهي الحالة التي نص عليها المشرع السوري في المادة 376 من ق.أ.ش.
- يعين هذا الوصي من أجل إبرام عقد من عقود المعاوضة، أو تعديله، أو فسخه، أو إبطاله، أو إلغائه بين القاصر وبين الوصي أو أحد من المذكورين في البند "ب".
- يعين الوصي الخاص في حالة ما إذا آل إلى القاصر مال بطريق التبرع، وشرط المتبرع ألا يتولى الولي إدارة المال.
- يعين متى تطلب الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال.

---

[1] وهذا حسب نص المادة 34 من قانون رعاية القاصرين العراقي.

[2] ماجد سمير الجبور، الرقابة القضائية على حقوق القاصرين، المرجع السابق، ص.140.

[3] نص المشرع على الأمر في المادة 90 من ق.أ.الجزائري.

[4] نص المشرع القطري على جواز جعل الهيئة أو غيرها من طرف القاضي كوصي خاص، للقيام بالمهام المحددة في المادة 18 من قانون الولاية على أموال القاصرين.

[5] نص كل من المشرع العراقي، والمشرع الكويتي على هذه الحالة، وأضافا عليها حالة تعارض مصالح القاصر مع وصيه، أو القيم عليه، وسمى الوصي هنا بوصي الخصومة، في حين قرر المشرع القطري تعيين وصي الخصومة، وذلك من أجل أن ينوب عن القاصر في الدعاوى التي يكون طرفاً فيها، حتى وإن لم يكن للقاصر مال. يراجع: المادة 37 من القانون المتعلق برعاية القاصرين العراقي، والمادة 16 من وثيقة القانون الموحد لرعاية القاصرين الكويتي، والمادة 20 من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري.

- يلجأ لتعيين الوصي الخاص إذا كان الولي غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية[1].

وهناك توجه ثانٍ من التشريعات، لم يذكر حالات معينة، وإنما قضى بتعيين هذا الوصي الخاص متى اقتضت مصلحة القاصر ذلك، وهو موقف المشرع الإماراتي، والمشرع العماني[2].

جـ- الوصي بالنظر للمدة التي يمارس فيها الوصاية: اتجهت بعض التشريعات إلى النص النص على تعيين وصي مؤقت، فهناك توجه من التشريعات حدد حالات معينة يلجأ فيها إلى هذا هذا الوصي، كأن تم وقف الوصاية وصار القاصر بدون وصي، أو إذا تم وقف الوصي عن مهامه، أو مهامه، أو بسبب عدم تمكن الوصي من أداء واجباته لظروف معينة، وهو ما تبناه المشرع المصري، المصري، والمشرع الليبي، والمشرع البحريني، والمشرع القطري[3].

في حين ذهب توجه ثانٍ إلى الاكتفاء بالقول إنه يجوز تعيين وصي مؤقت وقت الحاجة كما ذكر المشرع المغربي[4]، أو متى اقتضت مصلحة القاصر ذلك حسب المشرع الإماراتي، والعماني[5].

وقد شذ المشرع الأردني عن كل التشريعات، وبين أنه يتم تعيين وصي مؤقت إما لأداء مهمة معينة؛ وهنا يعتبر وصياً مؤقتاً بالنظر لموضوع أو مهام الوصاية، وإما لمدة محددة من أجل ممارسة هذه الوصاية، وكلا الحالتين يلجأ إليهما المشرع حسب حاجة القاصر[6].

وعليه، وبعد عرض موقف الفقه الإسلامي وتوجهات التشريعات العربية، نجد أنهم توافقوا إلى حد بعيد إلاّ فيما تعلق ببيان أنواع الأوصياء لاعتبارات مختلفة؛ سواء من ناحية التعيين، أم بالنسبة لموضوع الوصاية، أم بالنظر للمدة التي تحدد لممارسة هذه الوصاية.

الفرع الثاني: شروط الوصاية في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية

أوجب فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية جملة من الشروط، التي لا بد من توافرها في الشخص الموصي الذي يختاره الولي، أو يعينه القاضي للقيام بشؤون الوصاية على أموال القاصر،

---

(1) يراجع: المادة 31 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 63 من القانون المتعلق بتنظيم شؤون القاصرين الليبي، والمادة 26 من ق.و.ع.م.البحريني، والمادة 15 من وثيقة القانون الموحد لرعاية القاصرين الكويتي.

(2) يراجع: المادة 214 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 171 من ق.أش.العماني.

(3) يراجع: المادة 32 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 64 من القانون المتعلق بتنظيم شؤون القاصرين الليبي، والمادة 27 من ق.و.ع.م.البحريني، والمادة 19 من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري.

(4) المادة 4/244 من م.أ.المغربية.

(5) يراجع: المادة 214 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 171 من ق.أ.ش.العماني.

(6) وهو ما ورد في المادة 230/جـ من ق.أ.ش.الأردني.

وقد شددوا في تحقق هذه الشروط من أجل ممارسة شؤون الوصاية على مال القاصر، إذ لا يمكن تنصيب شخص غير كفؤ لتولي شؤون القاصر.

وعليه سنبين من خلال هذا الفرع الشروط التي أوجبها الفقهاء، ثم نقارنها بما أتت به التشريعات العربية، وهذا حسب النقاط الآتية:

أولا– شروط الوصي في الفقه الإسلامي:

ذكر فقهاء الشريعة الإسلامية مجموعة من الشروط لا بد من توافرها في الوصي الذي يختاره الوليّ، أو يعينه القاضي للقيام بشؤون الوصاية على أموال القاصر، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1– شرط التكليف: ويكون التكليف بالبلوغ والعقل، فلا يصح أن يكون الوصي صبياً أو مجنوناً؛ لأنهما في ولاية الغير، فكيف يليا أمر غيرهما.

2– شرط البلوغ: اشترط المالكية، والشافعية، وفي القول الأصح عند الحنابلة، شرط البلوغ في الموصى إليه، فلا يصح الإيصاء إلى الصبي المميز؛ لأن غير البالغ لا ولاية له في نفسه، ولا ماله، فلا تكون له الولاية على غيره وماله.

في حين ذهب فقهاء الحنفية إلى القول إن البلوغ ليس شرطاً في الموصى إليه حتى يكون الإيصاء صحيحاً، بل الشرط هو التمييز، وعلى هذا، لو أوصى الأب أو الجد إلى الصبي المميز العاقل كان الإيصاء صحيحاً عندهم، وللقاضي أن يخرجه من الوصاية ويعين وصياً آخر بدلاً منه[1].

3– شرط العقل: وهو شرط متفق عليه بين الفقهاء لتكون الوصاية صحيحة، شأنها شأن باقي التصرفات، ومن جهة أخرى اختلف الفقهاء في وصاية السكران، وذلك على قولين:

القول الأول: يرى أن وصاية السكران صحيحة إذا كان سكره معصية، ولا تصح وصايته إذا كان سكره بغير معصية، وهو موقف الحنفية، والشافعية، فقالوا: تصح بما بقي من عقله ما يعقل به.

القول الثاني: عدم صحة الوصاية إلى السكران مطلقاً، وبه قال المالكية، والحنابلة؛ لأن لا حكم له[2].

---

[1] أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد، الولاية والوصاية وشؤون القاصرين والإرث والتخارج، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 1433هـ، 2012م، ص.24.

[2] سلطان بن عبد الله السويلم العنزي، أحكام الوصاية على القاصرين في النظام السعودي، دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، قسم الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، 1436هـ، 2015م، ص.ص.53-54.

4- شرط اتحاد الدين بين الوصي والموصى عليه: اشترط الفقهاء في الوصي أن يكون متحداً في الدين مع من له الوصاية عليه، فلا يصح الإيصاء لمن يكون مخالفاً للقاصر في الين؛ لأن الاتفاق في الدين باعث على العناية بالقاصر والاهتمام بأمره، كما أن الاختلاف في الدين باعث في الغالب على ترك النظر في صالح من يخالفه في دينه[1].

5- شرط العدالة: فلا وصاية لفاسق، أو خائن؛ لأن الوصاية ولاية ائتمان، وإذا كان الوصي الوصي عدلاً، ثم طرأ عليه الفسق، فإنه يعزل، فإن تصرف فتصرفه مردود، وقد ذهب الحنفية إلى عدم إلى عدم اشتراط العدالة، وقالوا بأنها ليست شرطاً، فيصح عندهم الإيصاء للفاسق متى كان يحسن يحسن التصرف، ولا يخشى منه الخيانة، وهو ما قال به المالكية، حيث أن العدالة عندهم هي الأمانة والرضا فيما يشرع فيه ويفعله، بأن يكون حسن التصرف، وحافظاً لمال الصبي، ويتصرف فيه بالمصلحة، بينما ذهب الشافعية، والحنابلة في رواية لهم بأنه لا وصاية للفاسق[2].

6- شرط الخبرة: اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حديثهم عن الخبرة على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية، والحنابلة، إلى عدم اشتراط القدرة على القيام بمقتضيات الوصاية، فتصح الوصاية إلى عاجز؛ لأنه أهل للوصاية من حيث أمانته، فيتعين على القاضي أن يضم شخصاً آخر يساعده في القيام بمقتضيات الوصاية.

القول الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي وجوب اشتراط القدرة على القيام بمقتضيات الوصاية، فلا تصح الوصاية للعاجز؛ لكون العاجز لا يستطيع تولى شؤون من نفسه، فكيف يسير شؤون غيره، وهو ما أخذ به المالكية، والشافعية[3]. فأوجبوا أن يكون الوصي صاحب خبرة بشؤون التصرف في مال الصبي المميز، وهذا الشرط من الضروريات حتى يتمكن الوصي من تسيير شؤون الغير، فإذا كان بدون خبرة، انعكس ذلك على الموصى عليه، وألحق به ضرراً[4].

---

(1) أحمد علي عبد الحليم محمد، الحماية الجنائية للطفل في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، دار النهضة العربية، مصر، 1434هـ، 2013م، ص.ص.630-631.

(2) أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد، المرجع السابق، ص.25.

(3) ماجد سمير الجبور، الرقابة القضائية على حقوق القاصرين، المرجع السابق، ص.ص.144-145.

(4) أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد، المرجع السابق، ص.26.

وتجدر الإشارة إلى أن العبرة في استيفاء هذه الشروط، يكون بعد وفاة الوليّ، وهذه الشروط ليست شروطاً للإنشاء، وإنما شروط تنفيذ، فإن لم يستوف الوصي أحد هذه الشروط أو كلها، جاز للحاكم إخراجه من الوصاية، وتعيين وصي آخر بدلاً عنه[1].

ثانيا– شروط الوصي في التشريعات العربية: نظمت التشريعات العربية أحكام الوصاية، وذكرت الشروط الواجب توافرها في الوصي بشكل مختلف فذهبت بعض التشريعات العربية إلى اشتراط الإسلام، والعقل، والبلوغ، والقدرة، والأمانة، وحسن التصرف، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 93 من ق.أ، كما أجاز المشرع للقاضي عزل الوصي إن لم تتوفر فيه هذه الشروط. وعلى مثل هذه الشروط نص المشرع الموريتاني بموجب نص المادة 181 من م.أ.ش.

وفي توجه آخر، اكتفت بعض التشريعات بالنص على أن الوصي يجب أن يكون كفؤاً وأن يكون ذا أهلية كاملة، وهو ما تبناه المشرع المصري، والمشرع البحريني، مضيفاً على هذه الشروط اتحاد الوصي والقاصر في الدين[2].

وإضافة على الأهلية الكاملة، والكفاءة، واتحاد الدين اشترطت تشريعات أخرى في الوصي أن يكون أميناً، وقادراً على القيام بمقتضيات الوصاية، وأن يكون عادلاً، وحازما، وضابطاً، وهو ما ورد عند المشرع الإماراتي، والمشرع القطري، والمشرع السوري، والمشرع العراقي، والمشرع الكويتي، والمشرع الأردني، والمشرع السوداني، والمشرع العماني، والمشرع الليبي[3]، والمشرع المغربي[4].

وهناك من التشريعات من أجاز أن يكون الوصي من أي جنس؛ سواء ذكراً، أم أنثى، ونص على أن الوصي قد يكون شخصاً طبيعياً، كما قد يكون شخصاً معنوياً إذا خول له القانون هذا الأمر[5].

---

[1] أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.483.

[2] يراجع: 1/27 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 1/25 من ق.و.ع.م.البحريني.

[3] يراجع: المادة 1/215 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 16 من القانون المتعلق بالولاية على أموال القاصرين القطري، والمادة 372 من ق.أ.ش.السوري، والمادة 1/35 من القانون المتعلق برعاية القاصرين العراقي، والمادة 1/13 من وثيقة القانون المتوحد لرعاية أموال القاصرين الكويتي، والمادة 231 من ق.أ.ش.الأردني، والمادة 244 من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 172 من ق.أ.ش.العماني، والمادة 60 من القانون المتعلق بتنظيم شؤون القاصرين الليبي.

[4] إضافة إلى اشتراط المشرع المغربي في الوصي بأن يكون كامل الأهلية، وأن يكون حازماً ضابطاً، وأميناً، نص كذلك على أنه يمكن للمحكمة اعتبار شرط الملاءة في كل منهما، وهذا حسب نص المادة 246 بفقرتيها (1 و2) من م.أ.

[5] وهو ما نص عليه المشرع القطري في المادة 2/16 من القانون المتعلق بالولاية على أموال القاصرين، والمشرع الكويتي في المادة 2/13 من وثيقة القانون المتوحد لرعاية أموال القاصرين.

وزيادة على هذه الشروط التي فرضتها التشريعات العربية في الوصي، اتجهت بعض التشريعات إلى ذكر حالات معينة يمنع معها تعيين الشخص وصياً على مال القاصر، وهذه الحالات، من التشريعات من أخذ بها كلها، ومنهم من اقتصر على بعضها، وفيما يلي بيان ذلك:

– المحكوم عليه في جريمة من الجرائم المخلّة بالآداب، أو الماسة بالشرف، أو النزاهة، ومع ذلك إذا انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات، جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط.

– من كان مشهوراً بسوء السيرة، أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيّش.

– المحكوم بإفلاسه إلى أن يُحكم بردّ اعتباره.

– من سبق أن سُلبت ولايته، أو عُزل من الوصاية على قاصر آخر.

– من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين، متى بُني هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك، ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرفية مصدّق على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطّه وموقعة بإمضائه.

– من كان بينه هو أو أحد أصوله، أو فروعه، أو زوجه، وبين القاصر نزاع قضائي أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة، إذا كان يخشى من ذلك كله على مصلحة القاصر[1].

ومن خلال ما سبق عرضه وبيانه، يتضح أن التشريعات العربية كانت أكثر توسعاً في الشروط اللازمة في الوصي لاختياره أو تعيينه من أجل الوصاية على أموال القاصر، عكس فقهاء الشريعة الإسلامية، إذ اشترطوا شرطاً معينة، تشابهت مع شروط الولي.

---

[1] يراجع: المادة 27 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 2/215 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 231 من ق.أ.ش.الأردني، والمادة 2/25 من ق.و.ع.م.البحريني، والمادة 244 من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 35 من القانون المتعلق برعاية القاصرين العراقي، والمادة 172 من ق.أ.ش.العماني، والمادة 14 من وثيقة القانون المتوحد لرعاية أموال القاصرين الكويتي، والمادة 17 16 من القانون المتعلق بالولاية على أموال القاصرين القطري.

المبحث الثاني: صلاحيات النائب الشرعي على مال القاصر في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية

سعت أحكام الشريعة الإسلامية إلى وضع نظم حمائية للقصر في مختلف جوانب حياتهم، على غرار مسألة أموالهم، والشخص المخول له إدارتها، وتسييرها، والعمل على الحفاظ عليها، نظراً لعجز هؤلاء عن القيام بهذا الأمر بأنفسهم، فمن جهة، أقرت نظام الولاية؛ يتولى شؤونها الوليّ الشرعي؛ إذ ثبتت له الولاية، ورسمت له حدودها ضمن أطر تخدم صالح القاصر، ومن جهة، أخرى أتت بنظام آخر يتوقف البدء في تنفيذه على وفاة الوليّ، وهو ما اصطلح عليه بالوصاية؛ والتي يقوم على أمورها شخص مختار، أم معيناً، تتوافر فيه جل المواصفات التي لا تتعارض مع الهدف المرجو تحقيقه من وراء هذا النظام.

وقد سايرت التشريعات العربية أحكام الشريعة الإسلامية، بتنظيمها لأحكام النيابة الشرعية؛ إما في ق.أ، أم في ق.و.ع.م، وفصلت في كل نظام على حدة، مبينة لكل نائب ما يشترط فيه، وما يلزم به، وما يمنع عليه، وما يتقرر عليه عند مخالفة المنع، لهذا فإن نظام النيابة الشرعية يعد ضماناً ووثقت أحكامه بموجب نصوص قانونية واضحة، وملزمة، تصب كلها في باب الحماية المقررة للقاصر.

ولأجل هذا، فإن البحث عن صلاحيات النائب الشرعي على مال القاصر في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية، يدعونا لبيان السلطات المخولة للولي على مال القاصر في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية (**المطلب الأول**)، ثم دراسة الصلاحيات المقررة للوصي عند إدارة نظام الوصاية على مال القاصر (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: السلطات المخولة للولي على مال القاصر في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية

تأخذ الولاية على مال القاصر طبيعة خاصة، تتمثل في أنها سلطة أبوية؛ حيث تكون في يد الأب باعتباره المسؤول عن أولاده القصر، فقد منح له الشارع الحكيم سلطة تسيير هذه الولاية التي قررت في أساسها لهذه الفئة وغيرها، حماية لنظمهم المالية.

هذا، وقد سبق البيان أن الولاية على مال القاصر تكون شرعاً للأب لوفور شفقته، ولحسن تسييره لأموال القاصر، وفق ما يقتضيه الشرع والقانون، دون أن يعرض هذه الأموال للضياع، أو النقصان.

إن الحديث عن السلطات المخولة للولي على مال القاصر في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية، يقودنا لدراسة مسألتين؛ أولهما تتعلق بضبط تصرفات الولي عند إدارة شؤون الولاية على مال القاصر (**الفرع الأول**)، وثانيهما تتعلق بسلطات الولي في إدارة مال القاصر في التشريعات العربية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: ضبط تصرفات الولي عند إدارة شؤون الولاية على مال القاصر في الفقه الإسلامي

توجه فقهاء الشريعة الإسلامية إلى جعل معيار مصلحة الصغير، الأساس الذي به تحدد التصرفات التي يمكن للوليّ مباشرتها، إذ يقع على عاتقه واجب حماية هذه الأموال من الإسراف، والتبذير، والضياع، وسوء الاستعمال، ويقوم بتنميتها، وتثميرها، واستثمارها، من خلال التصرفات التي سمح بها الفقهاء.

وبغية ضبط تصرفات الولي عند إدارة شؤون الولاية على مال القاصر في الفقه الإسلامي، ينبغي أولا تحديد سلطات الولي في حفظ مال القاصر (**أولاً**)، ثم بيان تصرف الوليّ عن طريق أعمال التصرف والإدارة (**ثانياً**)

أولاً– سلطات الولي في حفظ مال القاصر:

إن حفظ مال الصغير واجب على الوليّ الذي تثبت له الولاية على ماله، حيث يحتم عليه بحكم مركزه النيابي على هذا الصغير القاصر أن يصون ماله عن الضياع والتلف، وأن يحفظ كل مال في حرزه بما يليق به، وبما يصلح له حسب عرف وعادة كل زمان، ومكان، وبلد، وقوم[1].

فيجوز له استئجار حارس مهمته حرس أموال القاصر، وتكون أجرته من مال المولى عليه، فإن قصر الوليّ في واجب الحفظ مما أدى إتلاف المال وجب عليه الضمان المناسب[2].

وهناك من يرى بأن الوليّ لا يلزمه أن يجهد نفسه في تنمية مال الصغير المميز، مما يؤدي إلى قطعه عن مصالحه، وهناك من قال لا يجب على الوليّ المبالغة في الإنماء، وإنما الواجب أن ينمي قدر ما لا تأكل النفقة والمؤن، المال[1].

---

[1] عبد العزيز محمد سعد الحمير، الولاية النفسية والمالية للصغير، المرجع السابق، ص.311.

[2] محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية، رسالة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2017م، 2018م، ص.216.

هذا، وتتمثل أهم أعمال الحفظ التي يتولاها الوليّ في حفظ الذهب بصناديق مغلقة، وكذلك النقود، ولو استأجر خزانة في أحد المصارف جاز له ذلك، إذ تعتبر وسيلة لتحقيق مصلحة الحفظ والصيانة، ويحفظ الحبوب في حرز مثلها، وعليه أن يختار مكاناً صالحاً للتخزين، فلا يصلح أن يضع ذلك في الأمكنة التي يسرع إليها الخراب. وعلى الوليّ تصليح ما خرب من عقار القاصر، أو منقولاته من آلات الحصاد، وآلات ضخ المياه، وسيارات، وغيرها[2].

وما يدعم القول بالواجب الملقى على الوليّ تجاه مال القاصر، قوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[3]، فهذه الآية هي تصريح واضح بأن الهدف من التصرف في مال الصغير، هو ما يخدم مصلحته.

هذا؛ وقد قرر المجمع الفقهي الإسلامي، أنه يقع على الأولياء واجب إسلامي عام، يقتضي تنفيذ واجب أمانة التكليف الإلهي الملقاة على عاتقهم، وهذا الواجب يعبر عنه بالولاية على المال، بالحفاظ على أموال القصر والأيتام وتنميتها بالطرق المشروعة، والحرص على تثميرها، ويظل الولي مطالباً بالإنفاق على القاصر من ماله حتى يبلغ الرشد[4].

ثانيا– تصرف الوليّ عن طريق أعمال التصرف والإدارة:

أجاز الفقهاء للوليّ القيام بمختلف أعمال التصرف والإدارة التي تندرج ضمن المعاملات ذات الصبغة المدنية، من بيع، وشراء، وتأجير، وغيرها، فسعى الفقهاء إلى ضبط هذه التصرفات ضمن الحدود التي تعود على القاصر بالنفع، وتبعد عنه الضرر، فإن وقع الشك في تصرف ما بين نفعه، وضرره وجب عليه الرجوع إلى القاضي ليفصل في الأمر، كونه صاحب التقدير في هذه الحالة.

وسندرس من خلال هذا الفرع موقف فقهاء المذاهب الأربعة من تصرف الوليّ عن طريق أعمال التصرف والإدارة، وذلك في النقاط الآتية:

---

[1] شحاتة محمد السانوسي محمد، ضوابط تنمية أموال القصر، دراسة فقهية مقارنة بقانون الولاية على المال رقم 119 لسنة 1952م، مجلة كلية الشريعة والقانون، ع.19، ج.2، جامعة الأزهر، مصر، 2007م، ص.705.

[2] عبد العزيز محمد سعد الحمير، الولاية النفسية والمالية للصغير، المرجع السابق، ص.311.

[3] القرآن الكريم، سورة البقرة، الآية رقم 220.

[4] القرارات الصادرة عن المجمع الفقهي للرابطة في دورته الرابعة عشرة 1415هـ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع.9، الصادرة عن المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، ط.2، السعودية، 1425هـ، 2004م، ص.ص.341-342.

1- تصرفات الولي في المذهب الحنفي:

ذهب الحنفية إلى القول إنه يجوز بيع الأب من ابنه الصغير وشراؤه منه لنفسه استحساناً، وترجع الحقوق إلى الصبي، ويقوم الأب مقامه فيها، ويجوز هذا البيع من الأب بمثل القيمة وبما يتغابن الناس فيه، فإذا باع الأب ضيعة أو عقاراً لابنه الصغير بمثل قيمته، فإذا كان الأب محموداً أو مستور الحال، يجوز البيع، وإن كان مفسداً، فلا يجوز، وهذا هو الصحيح. وإن باع منقولاً وهو مفسد ففي رواية، لا يجوز إلاّ إذا كان خيراً للصغير، وهذا هو الأصح، وبيع الأب على ابنه المجنون جنوناً طويلا يجوز، وأما الجنون القصير فلا يجوز، وإذا باع الأب عقاراً للصغير إن رأى القاضي نقض البيع خيراً للصبي، كان له نقضه[1].

وأجاز فقهاء الحنفية للوليّ؛ سواء الأب، أم وصيّه، أم جده، أم وصيّه، أم القاضي، أو أمينه، أن يؤجر مال الصغير، فإن بلغ المدة التي حددها، له الخيار؛ إن شاء أمضى الإجارة، وإن شاء فسخ؛ لأن في إبقاء العقد بعد البلوغ ضرراً بالصبي، ولو قام أحد هؤلاء الأولياء بتأجير شيئاً من ماله، فبلغ الصبي قبل تمام مدة الإجارة، فلا خيار له؛ لأن إجارة ماله تصرف نظر في حقه، فلا يملك إبطاله بالبلوغ[2].

وليس له أن يهب مال الصغير من غيره بغير عوض؛ لأنه إزالة ملكه من غير عوض، فكان ضرراً محضاً، وليس له أن يهب بعوض، وليس له أن يتصدق بماله ولا أن يوصي به؛ لأن التصدق والوصية إزالة الملك من غير عوض مالي، فكان ضرراً، فلا يملكه، وكذا ليس له أن يقرض ماله؛ لأن القرض إزالة الملك من غير عوض للحال، وهو معنى قولهم القرض تبرع، وهو لا يملك سائر التبرعات، وله أن يدين ماله من غيره، وكذا ليس له أن يؤاجر نفسه أو ماله بأقل أجرة المثل قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة، وليس له أن يشتري بماله شيئاً بأكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه، ولو اشترى ينفذ عليه، وله أن يقبل الهبة والصدقة والوصية؛ لأن ذلك نفع محض يملكه الولي[3].

وله أن يسافر بماله، وله أن يدفع ماله مضاربة، وله أن يبضع، وله أن يوكل بالبيع والشراء والإجارة والاستئجار؛ لأن هذه الأشياء من توابع التجارة. وله أن يعير ماله استحساناً، لأن هذا من توابع التجارة وضروراتها فتملك بملك التجارة لهذا يملكها المأذون، وله أن يودع ماله؛ لأن الإيداع من ضرورات التجارة، وله أن يرهن ماله لدينه؛ لأن الرهن من توابع التجارة، والتاجر يحتاج إليه، وله أن

---

(1) الهمام نظام، الفتاوى الهندية، ج.3، المرجع السابق، ص.178.

(2) المرجع نفسه، ص.ص.33-34.

(3) الكاساني، البدائع، ج.6، المرجع السابق، ص.585.

يرهن ماله بدين نفسه أيضا، وله أن يأكل من مال الصغير إذا كان غنياً لا خلاف في ذلك، أما إذا كان فقيراً، فله أن يأكل على سبيل الإباحة، ولكن بالمعروف من غير إسراف [1].

2- تصرفات الولي في المذهب المالكي:

قال فقهاء المالكية بخصوص بيع عقار مملوك لقاصر أو شراء عقار له، إن للأب البيع لمال ولده المحجور له مطلقاً ريعاً أو غيره، وإن لم يذكر سببه؛ أي البيع، بل وإن لم يكن له سبب، وإن كان لا بد من سبب من الأسباب، لكن لا يلزمه البيان مطلقاً، أو لا يلزمه إلاّ الريع، أي المنزل، والمراد العقار مطلقاً إذا باعه[2]، وإن كان لمصلحة الأب، فإن البيع يفسخ ويرد المبيع إن كان باقياً على حاله، أما إذا ضاع أو تغير حاله، فإن الأب يغرم قيمته، لا فرق بينها إذا كان الأب موسراً أو معسراً[3].

وأضاف المالكية، أنه إذا ابتاع الولي لمحجوره شيئاً ودفع رهناً من متاع محجوره فله ذلك، وأما إذا رهنه فيما عليه نفسه فلا، وللولي ترك التشفع والقصاص يسقطان؛ يريد به الأب وغيره، هذا القصاص في الصبي غير البالغ إذا جنى عليه أو على وليّه، فلا يعارض ما تقدم في البالغ، وعبارة ابن الحاجب أبين إذ قال: "وللولي النظر في قصاص الصغير أو الدية[4]، فله ترك التشفع لمحجوره؛ لأنه شراء له، وقد يكون عدم الأخذ بالشفعة أحظى له، وكذلك له النظر في القصاص، فإن كان فقيراً محتاجاً للإنفاق عليه، فترك القصاص وأخذ الدية هو الأحسن[5].

وللولي أن يتجر في أموال اليتامى وينميها لهم، وإما أن يتسلفها ويتجر فيها لنفسه، فإن ذلك نظر لنفسه دون الأيتام؛ إلاّ أن يدعو إلى يسير من ضرورة في وقت، ثم يسرع برده وتنميته للأيتام، فإما أن تصرف منافعه عليهم وتحصل التجارة فيه والانتفاع به، فإذا كان الولي مأموناً وتاجراً في مال اليتيم، فخسر أو تلف المال، فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يتعد، وإنما عمل ما وجب عليه أن يعمله[6].

---

[1] المرجع نفسه، ص.ص.586-587.

[2] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج.3، المرجع السابق، ص.299.

[3] عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج.2، المرجع السابق، ص.322.

[4] ابن غازي، شفاء الغليل، ج.1، المرجع السابق، ص.745.

[5] الدميري، بن غازي، الدرر في شرح المختصر، م.1، المرجع السابق، ص.1572، وص.1641.

[6] الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج.2، المرجع السابق، ص.111.

ولا يجوز للولي استقراض مال اليتيم والانتفاع به لنفسه في حالة الضرورة ولمدة يسيرة[1]. ويجوز للأب إعطاء هبة الثواب من مال محجوره الصغير أو السفيه، ولا يجوز له إعطاء غيرها كالتبرعات، كما لا يجوز الإبراء من مال محجوره[2].

كما اختلف المالكية في جواز بيع الأب لنفسه من ابنه، إذا كان نظراً له؛ فأجازه ابن العربي ونسبه للإمام مالك، لأنه من باب الإصلاح[3]؛ فما اشترى لنفسه من عقارهم، فذلك نافذ، إلاّ بالبخس البين، فيرد كله، ومتى قارب الأثمان مضى وما باعه من مال ولد الصغير، فحابى فيه، فإن صغرت المحاباة، مضى، وكان في مال الأب كالعطية، وما عظم، رد كله. ويمنع الرجل أن يقضي في مال ولده الصغير إلاّ بالنظر له والتثمير في ماله والتوفير عليه، فإذا تصرف فيه بشيء، نظر فيه بعد الوقوع، ومن باع أو رهن من متاع ولده لنفسه، فهو مردود إن عرف أنه فعله لنفسه، وإن جهل هل لنفسه أو لولده، لا يرد لإمكان صحة التصرف هذا في عدمه، وأما في ملائه، فيمضي ويضمن الثمن فيما باع لصحة التصرف بحسب الإمكان، وله أن يشتري مال ابنه لنفسه، ولا اعتراض عليه في شيء من ذلك، عقاراً كان المال أو سواه، إلاّ أن يثبت سوء النظر والغبن الفاحش، وإن تضمن العقد أن الثمن ثمن مثله، فحسن، وإلاّ فهو محمول على السداد حتى يثبت فيه الغبن[4].

ولقد أشار فقهاء مذهب المالكية لإجارة الوليّ لأموال القاصر، وذكروا أحوالاً تتعلق ببلوغ هذا الأخير لسن الرشد؛ فقالوا إن للوليّ تأجير دار ابنه الصغير، فإن أجرها لمدة ثلاث سنين ثم بلغ ابنه أثناء هذه المدة، فلا يلزمه باقي المدة، بل يخير في إتمامها، أو في فسخها، فلو بلغ سفيهاً فلا خيار له، إذ إن البلوغ هو محل الخيار. وإذا عقد الولي وهو يظن عدم بلوغ ابنه، وبلغ، فإنه ملزم بباقي مدة الإجارة، كالأشهر، ويسير الأيام، ولا خيار له ولزمه إتمامها، وإن كان الباقي كثير فإنه يخير؛ أي أن العبرة بالمدة المتبقية من الإجارة[5]. وأما إذا أجر الأب من ابنه، فإن كان فيه ضرر، أمضى الحاكم الصواب ورد الضرر، وتكون الأجرة أجرة المثل، فإن كان الأب فقيراً تلزمه نفقته، وله المسمى، فإن كان أكثر من أجرة المثل يقضى له به في النفقة، وإلاّ سقط الزائد[6].

---

(1) شحاتة محمد السانونسي محمد، ضوابط تنمية أموال القصر، المرجع السابق، ص.716.

(2) الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج.6، ص.459.

(3) المرجع نفسه، ج.5، ص. 433.

(4) الحطاب، مواهب الجليل، م.5، المرجع السابق، ص.ص.443-446.

(5) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج.4، المرجع السابق، ص.34.

(6) القرافي، الذخيرة، ج.5، المرجع السابق، ص.373.

3- تصرفات الولي في المذهب الشافعي:

قال الشافعية إن للولي التصرف بالمصلحة وجوباً، بمعنى أن التصرف الذي لا خير فيه ولا شر ممنوع منه، إذ لا مصلحة منه، ويبني دوره بالطين والآجر لا اللبن والجِص، ولا يبيع عقار إلاّ لغبطة أو مصلحة ظاهرة؛ لأن العقار أسلم وأنفع مما عاداه، إلاّ لحاجة كنفقة أو كسوة بأن لم تف غلة العقار بهما ولم يجد من يقرضه، أو لم ير مصلحة في الاقتراض أو خاف خرابه، وله بيع ماله بعوض ونسيئة للمصلحة، وإذا باع نسيئةٍ أشهد وارتهن به، ويأخذ له بالشفعة أو يترك بحسب المصلحة، وينفق عليه بالمعروف[1].

وللوليّ إجارة مال الطفل، أباً كان أو وصياً أو قيماً، إذا رأى المصلحة فيها، على أن لا يجاوز مدة بلوغه بالسن[2].

وليس له أن يسافر بماله من غير ضرورة؛ لأن في ذلك تغريراً بالمال وتعريضاً له للهلاك، فإن دعت إليه ضرورة بأن خاف من نهب أو غرق أو حريق، جاز له أن يسافر به إلى حيث يؤمن عليه؛ لأن ذلك أمر تسوغه الضرورة وتدعو إليه[3].

وأضاف فقهاء مذهب الشافعية القول بأنه لا يلزم الأب أو الجد الارتهان من أنفسهما والدّين عليهما، كأن باعا مال المولى لأنفسهما نسيئة؛ لأنهما أمينان في حقه، ومحل ذلك إذا كان ملياً، وإلاّ فهو مضيع، ويحكم القاضي بصحة بيعهما مال ولدهما إذا رفعاه إليه، وإن لم يثبتا أن بيعهما وقع بالمصلحة؛ لأنهما غير متهمين في حق ولدهما، ويجب إثباتهما العدالة ليسجل لهما في أوجه الوجهين، كما يحكم بعدالة الشهود ليحكم[4]، ولهما بيع مال أحد الصغيرين للآخر[5].

4- تصرفات الولي في المذهب الحنبلي:

ذهب فقهاء الحنابلة إلى القول إن لولي الصبي المميز التصرف في ماله بما لا حظ له فيه، كالعتق والهبة والتبرعات والمحاباة، فلا يملكه ولا يأكل من ماله إن غنيا، ومن كان فقيراً جاز له، وليس له إلاّ أقل الأمرين من أجرته أو قدر كفايته، لأنه لا يستحقه بالعمل والحاجة معاً، فلم يملك إلاّ ما وجد فيه، ثم إذا كان أباً فلا شيء عليه؛ لأن له أن يأخذ من مال ولده، وله أن يتجر بماله،

---

[1] الشربيني، مغني المحتاج، ج.2، المرجع السابق، ص.226، وص.229.

[2] النووي، روضة الطالبين، ج.5، المرجع السابق، ص.250.

[3] النووي، المجموع، ج.13، المرجع السابق، ص.13.

[4] الرملي، وآخرون، نهاية المحتاج، ج.4، المرجع السابق، ص. 378.

[5] النووي، روضة الطالبين، ج.4، المرجع السابق، ص.189.

لأنه أحظ لليتيم لتكون نفقته من ربحه، ولا يتجر إلاّ في المواضع الآمنة، لئلا يغرر بماله والربح كله لليتيم؛ لأن المضارب إنما يستحق بعقد، وليس له أن يعقد لنفسه بنفسه، فإن أعطاه لمن يضارب له به جاز[1].

ويجوز أن يشتري له العقار؛ لأن الحظ فيه يحصل من الفضل، ويبقى الأصل، فهو أحظ من التجارة وأقل غرراً، وله أن يبنيه؛ لأنه في معنى الشراء، ولا يجوز بيع عقاره لغير حاجة؛ لما فيه من تفويت الحظ الحاصل به، ويجوز للحاجة، كالنفقة أو قضاء دين أو غبطة لزيادة كثيرة منه كالثلث وما فوق. ولا يجوز أن يودع ماله إلاّ لحاجة أو يقرضه إلاّ لحظه؛ مثل أن يخاف هلاكه أو نقصانه ببقائه فيقرضه ليستوفيه كله، ولا يقرضه إلاّ لمليء يؤمن جحده أو مطله، ويأخذ بالعوض رهناً استيثاقا له، وإن لم يأخذ جاز في ظاهر كلامه؛ أي كلام الإمام أحمد. وإذا أراد الولي السفر لم يكن له المسافرة بماله؛ لأنه يخاطر به. وينفق عليه نفقة مثله بالمعروف من غير إسراف ولا إقتار، وللأب بيع ماله بماله؛ لأنه غير متهم عليه لكمال شفقته[2].

وإن أجر الوليّ مال الصغير مدة، فبلغ في أثنائها، فليس له فسخ الإجارة؛ لأن عقده لازم، عقده بحق الولاية، فلم يبطل بالبلوغ، وإن مات الوليّ المؤجر لمال الصبي، أو عزل أو انتقلت الولاية إلى غيره، لم يبطل عقده؛ لأنه تصرف وهو من أهل التصرف في محل ولايته، فلم يبطل تصرفه بموته أو عزله[3].

كما يمكن للولي إيداع مال الصغير والمجنون بشرطين؛ أن تكون هناك حاجة للإيداع، كالخوف على المال من نهب أو حريق، وأن يكون الإيداع عند ثقة، كما يملك الاستئجار للصغير؛ لأن هذا من الإصلاح[4].

ومن جهة أخرى، ذهب الحنابلة إلى القول بأنه لا يصح أن يبيع ولي صغير وسفيه ومجنون، من مال موليه لنفسه أو يشتري لنفسه، أو يرتهن لنفسه ويتجه أو يقترض وهو متجه من مال موليه

---

[1] ابن قدامة، الكافي، ج.2، المرجع السابق، ص.ص.107-109.

[2] المرجع نفسه، ص.109.

[3] ابن قدامة، الشرح الكبير، ج.14، الشركة، المساقاة، الإجار، المرجع السابق، ص.ص.347-349.

[4] خالد بن علي بن محمد المشيقح، المختصر في المعاملات، مكتبة الرشد، ط.2، السعودية، 1434هـ، 2013م، ص.ص.153-154.

لنفسه؛ لأنه مظنة التهمة غير الأب فله ذلك، وكذا لا يعقد الولي المضاربة بمال المولى لنفسه للتهمة[1].

وللولي أن يلي العقد مع موليه بنفسه؛ لأن التهمة منتفية بين الوالد وولده، إذ من طبع الوالد الشفقة على ولده والميل إليه وترك حظ نفسه لحظه، بخلاف غيره[2].

ومن ثم، فالقاعدة العامة التي تحكم عقود الولي وتصرفاته، هي التقّيد بالنظر في التصرف بما يحقق المصلحة العامة للمولى عليه[3]؛ فلا يجوز له مباشرة التصرفات الضارة ضرراً محضاً، كهبة شيء من ماله، أو التصدق به، أو البيع بغبن فاحش، وله مباشرة التصرفات النافعة نفعاً محضاً، كقبول الهبة والصدقة والوصية[4].

وإن كان التصرف الذي يباشره الولي من التصرفات التي تدور بين النفع والضرر؛ كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار والقسمة والشركات؛ فإن ترتب عليها ضرراً ظاهراً، فلا تصح، وتكون باطلة، وإن لم يترتب عليها ضرراً ظاهراً، فهي صحيحة[5].

وعليه، فإن الفقهاء قيدوا الوليّ بضرورة النظر في مصلحة ابنه القاصر، لأنه الهدف الأسمى من وراء الولاية عليه، وإن الفقهاء قد اختلفوا حول هذه المسألة، فالأمر ذاته بالنسبة للتشريعات العربية، وهو ما سنبينه في المطلب الثاني من هذا الفرع.

الفرع الثاني: سلطات الولي في إدارة مال القاصر في التشريعات العربية

نظمت التشريعات العربية أحكام الولاية على المال التي تثبت على القاصر، ومن بين أهم المواضيع ذات الصلة بهذه الولاية، وهو ما يتمتع به الوليّ صاحب الولاية الشرعية على ابنه القاصر، والسلطات الممنوحة له قانوناً لمباشرة أي تصرف.

وقد نالت تصرفات الوليّ في مال القاصر حظها من الدراسة والاهتمام من غالبية التشريعات العربية؛ باعتبارها أساس قيام هذه الولاية، فإن علم الوليّ حدوده التزم بها، وإن خالفها خرج عن قواعد الولاية، مما قد يؤدي إلى حدوث تعارض بين مصالحه ومصالح القاصر الذي قررت لأجله الولاية، أو قد يؤدي ذلك التجاوز إلى الإضرار بالذمة المالية للمولى عليه.

---

(1) السيوطي، الشطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج.3، المرجع السابق، ص.ص.408-409.

(2) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج.3، المرجع السابق، ص.482.

(3) أبو العينين، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، المرجع السابق، ص.167.

(4) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، المرجع السابق، ص.752.

(5) رشدي شحاتة أبو زيد، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.191.

وارتأينا من خلال هذا الفرع بيان سلطات الولي في إدارة مال القاصر المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري، وفي القوانين العربية الأخرى.

أولا– سلطات الولي المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري

تعتبر مسألة تحديد سلطات الوليّ التي يجوز له القيام بها، من المسائل المهمة التي تطرقت لها التشريعات العربية مسايرة لتوجه فقهاء الشريعة الإسلامية، فبتحديد هذه السلطات يلتزم الوليّ بها دون غيرها، وذلك حماية لأموال القاصر من أي تصرف يصدر من الوليّ من شأنه أن يلحق ضرراً بهذه الأموال.

وقد أقر المشرع الجزائري بوجوب تصرف الوليّ الشرعي تصرف الرجل الحريص؛ فالحرص على الشيء في المعنى اللغوي معناه: اشتدت رغبته فيه، وحرصه على الشيء قوى رغبته فيه، واحترص الرجل جهد في تحصيل شيء[1]. ويقصد به من الناحية الاصطلاحية طلب الشيء بأقصى ما يمكن من الاجتهاد[2].

وهذا المعنى يصدق على الوليّ، إذ يقع على عاتقه بذل ما في وسعه من أجل الحفاظ على مال موليه، فيكون التزامه التزاماً ببذل عناية؛ أي التعهد ببذل جهد وعناية للوصول إلى الغرض المطلوب[3].

وبالنظر للمعيار الذي افترضه المشرع الجزائري في الوليّ، يبدو أنه لا يكفي في الوليّ القيام على شؤون من هم تحت ولايته بما يرعى به أمواله؛ لأنه مطالب بعناية خاصة، فإن كان يقوم على مصالحه الشخصية بعناية الرجل المعتاد، فعليه أن يزيد من هذه العناية للحفاظ على مصالح موليه، وأما إن كان يرعى مصالحه بعناية الرجل الحريص فلا ينبغي أن ينزل عن هذه الرعاية لتسيير الشؤون المالية لابنه القاصر.

هذا، وقد توجه المشرع الجزائري إلى تعداد بعض التصرفات القانونية التي على الوليّ أن يستأذن فيها المحكمة قبل إبرامها، وهي حسب نص المادة 2/88 من ق.أ:

- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة.
- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.
- استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض، أو المساهمة في شركة.

---

[1] المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص.ص.166-167.

[2] علي بن نايف الشدود، موسوعة المفاهيم الإسلامية، بدون دار النشر، بدون بلد النشر، 1429هـ، 2008م، ص.470.

[3] علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص.28.

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

ويلاحظ من خلال هذا النص، أن المشرع الجزائري اشترط الإذن في هذه التصرفات التي تكون مترددة بين النفع والضرر حسب هذه المادة، غير أنه لم يوضح إن كانت التصرفات التي ذكرها هل هي على سبيل المثال أم على سبيل الحصر؟

وعليه، سنتطرق لبيان كل تصرف بالشرح والتفصيل في النقاط الآتية:

1- **التصرف في عقار القاصر**: لا خلاف حول أهمية العقار، وخطورة التصرفات التي ترد عليه، وقد حرس المشرع الجزائري على حماية عقار القاصر، بنص خاص، ألزم من خلاله الوليّ بضرورة استئذان المحكمة قبل بيع العقار، أو قسمته، أو رهنه، أو إجراء المصالحة عليه. وسنحاول فيما يلي بيان بعض الأحكام المتعلقة بهذه التصرفات القانونية.

أ- بيع العقار: نص المشرع الجزائري على بيع الوليّ لعقار القاصر، وضبطه بشرطين أساسيين؛ الإذن، وأن يتم البيع عن طريق المزاد العلني. وسنبين هذين الشرطين كما يلي:

أ-1- وجوب استئذان القاضي المختص: قيّد المشرع الجزائري الوليّ، إذا أراد بيع عقار القاصر، بضرورة طلب الإذن من القاضي، وعلى هذا الأخير، أن يراعي أمرين قبل منح الوليّ الإذن، وهما الضرورة الداعية للبيع، والمصلحة التي يحققها. ومعلوم أن مفهوم الضرورة يختلف كل الاختلاف عن معنى المصلحة؛ فالضرورة لها معانٍ متعددة، فقد تعرف بأنها الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعاً، أو هي خوف الضرر أو الهلاك على النفس أو بعض الأعضاء بترك الأعضاء[1]، أو هي أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر، أو المشقة الشديدة؛ بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعرض أو بالعقل أو المال[2].

كما عرفت المصلحة بتعاريف مختلفة، فهناك من عرفها بقوله إن المصلحة في الأصل هي عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة[3]، والهدف الرئيسي منها هو المحافظة على مقاصد الشرع الخمسة،

---

[1] محمود محمد عبد العزيز الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، تطبيقاتها-، أحكامها-، آثارها، دراسة مقارنة، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 1993م، ص.19.

[2] أيمن بن علي موسى، غاية المأمول في شرح البداية في الأصول، ط.1، دار ابن رجب، دار الفوائد، مصر، 1433هـ، 2012م، ص.ص.116-117.

[3] حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، مكتبة المتنبي، مصر، 1998م، ص.5.

وكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة[1].

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أنه اعتمد هذين المعيارين، وهو ما ورد في المادة 89 من ق.أ، حيث نصت على أنه: "على القاضي أن يراعي في الإذن: حالة الضرورة والمصلحة". ويلاحظ على المشرع أنه ذكر الحالتين مع بعضهما، وهذا لا يعني ضرورة اجتماعهما مع بعض، إذ يكفي توافر إحداهما؛ لأنه قد يتعذر في الغالب أن يتحقق وجود الضرورة والمصلحة معاً، وهذا إن كان مقصوداً، فلا شك أن النص سيكون مقيداً بشكل مفرط قد يضر بالقاصر.

أ-2- وجوب بيع عقار القاصر عن طريق المزاد العلني: بيع المزاد هو عقد بمقتضاه يتم مبادلة سلعة معروضة بمال بعد النداء عليها بالبيع وإعلان السعر المقدم وطلب الزيادة من الحاضرين[2].

هذا، وقد نظم المشرع الجزائري البيع بالمزاد العلني وإجراءاته ضمن نصوص ق.إ.م.إ، من المادة 747 وما يليها، واعتبر بيع عقار القاصر بالمزاد العلني بيعاً خاصاً، وحسب القاعدة العامة في هذا البيع، فإن إجراءاته تكون على مرحلتين: الأولى تتعلق بما يتم قبل البيع، والثانية المتبعة أثناء جلسة البيع.

حيث تتطلب المرحلة الأولى الخاصة بالإجراءات المقررة قبل البيع بالمزاد العلني، إيداع قائمة شروط البيع بناءاً على طلب الولي أو الوصي أو المقدم، بأمانة ضبط المحكمة، وتتضمن بيانات أساسية موضحة في المادة 783 من القانون نفسه، توضع من طرف المحضر القضائي، أو غيره.

كما نص المشرع على بعض المستخرجات يرفقها واضع الطلب مع قائمة شروط البيع، وقد نصت عليها المادة 784 من القانون نفسه[3].

---

[1] أبو حامد الغزالي، المستصفى، المرجع السابق، ص.328.

[2] زكي زكي حسين زيدان، البيع بالمزاد العلني في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر القانوني، مصر، 2009م، ص.23.

[3] نص المشرع الجزائري في المادة 784 من ق.إ.م.إ، على ما يلي: *"ترفق مع قائمة شروط البيع المستندات الآتية: 1- مستخرج من جدول الضريبة العقارية، 2- مستخرج من عقد الملكية، والإذن بالبيع عند الاقتضاء، 3- الشهادة العقارية"*.

وبالنظر لإمكانية تعلق حق الغير بهذا العقار، أوجب المشرع على المحضر القضائي تبليغ الدائنين أصحاب التأمينات العينية، عن قائمة شروط البيع التي تم إيداعها، إذ من حق هؤلاء الاعتراض على هذه القائمة، وما ورد فيها[1].

وبعد ذلك يتم الإعلان عن البيع، وذلك بعد قيام المحضر بتحرير مستخرج من السند التنفيذي، وقائمة البيع قبل الجلسة، وينشره على نفقة طالب التنفيذ، وهو الولي حسب موضوعنا، وهو ما يتضح من المادة 749 من القانون نفسه[2].

وفور استكمال إجراءات المرحلة الأولى، يشرع بمباشرة جدول سير المرحلة الثانية لهذا البيع، التي يحضر فيها وبشكل إجباري كل من رئيس المحكمة والقاضي المعين لمتابعة إجراءات البيع، برئاستهما، والمحضر القضائي، ووليّ القاصر، وعدد من المزايدين، والأشخاص الذين تم تبليغهم رسمياً من قبل المحضر؛ حيث خول المشرع للقاضي صلاحية التأكد من صحة هذه الإجراءات، إلاّ فيما تعلق بالاعتراضات المقدمة بخصوص قائمة شروط البيع.

وفي هذا الشأن، قضت المحكمة العليا بنقض قرار صادر عن المجلس القضائي، قضى بتحميل قاضي البيوع البحث من جديد في موضوع الدعوى، والتأكد من صحة قائمة الشروط، وقد أقر قضاة المحكمة العليا مبدأ مفاده، أن إعادة النظر في مدى قانونية قائمة شروط البيع لا يدخل ضمن صلاحيات قاضي البيوع العقارية؛ لأنه مجرد قاضي إجرائي، دور يتمثل في التأكد من صحة إجراءات هذا البيع[3].

إن افتتاح جلسة البيع بالمزاد العلني يتوقف على إتمام جميع الإجراءات السابقة لها؛ خاصة فيما تعلق بالتبليغ الرسمي، والنشر، والتعليق، إذ إن رئيس الجلسة يأمر بافتتاحها بعد تأكده من حضور المعنيين، وباقي الإجراءات[4]، مذكراً بجميع البيانات الواردة في قائمة شروط البيع؛ من حيث تحديد المواصفات الكاملة، وبالتدقيق للعقار المعروض للمزايدة.

---

[1] نص المشرع الجزائري على هذا الأمر في المادة 785 من ق.إ.م.إ.

[2] سميحة حنان خوادجية، بيع عقار القاصر بالمزاد العلني في القانون الجزائري، مجلة الشريعة والاقتصاد، ع.12، قسنطينة، الجزائر، ربيع الثاني 1439هـ، ديسمبر 2017م، ص.11، وص.15.

[3] القرار رقم 1247088، المؤرخ في 2020/09/10، المتضمن: (بيع عقاري، قاضي عقاري، قاضي إجرائي)، المحكمة العليا، الغرفة العقارية، مجلة المحكمة العليا، ع.2، 2020، ص.60.

[4] المادة 1/754 من ق.إ.م.إ.

هذا، وقد وضع المشرع الجزائري حداً أدنى لقيمة السعر الافتتاحي للمزاد، محدد بعشرة آلاف د.ج، (10.000 د.ج)؛ سواء كان عقاراً، أم حقاً عينياً عقارياً. غير أن المشرع لم يوضح المعيار الذي استند إليه في تحديد السعر الافتتاحي بهذه القيمة.

وبين المشرع في المادة 754 في فقرتها 3 من القانون نفسه، أن البيع يتم في عدة جلسات، وأن المعيار المحدد لكل جلسة، يكون إما عدد المزايدين، أو العرض المقدم؛ سواء كان هذا العرض أقل من الثمن الأساسي، أم لم يقدم أصلاً. وتبدأ الجلسة الأولى بالمناداة على كل مزايد بالتقدم للشراء بنفسه، أم بواسطة وكيله، وعند تحقق أي من هذه المعايير المشار إليها بعد ظرف زمني قدره 15 دقيقة من الافتتاح، يتقرر تأجيل البيع بذات الثمن الأساسي، ويؤشر على ذلك في سجل الجلسة.

وعند انعقاد الجلسة المؤجلة، ولم يتوصل فيها إلى الغرض الذي انعقدت من أجله؛ أي البيع، يقرر الرئيس من جديد تأجيل البيع، وإنقاص عشر الثمن، مع ضرورة إعادة نشر إعلان البيع وتعليقه وفق ما تقضي به المادة 750 من القانون نفسه.

وقرر المشرع أن البيع يكون لصاحب أعلى عرض ولو كان أقل من الثمن الأساسي في الجلسات الموالية للجلستين السابقتين، إلاّ إذا وافق الدائنين باستيفاء دينهم عيناً بالعقار بثمنه الأساسي المحدد له، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 5/754.

ويظهر مما سبق، أنه على الوليّ بيع عقار القاصر، اتباع كل الإجراءات المقررة في ذلك، حتى يكون تصرفه صحيحاً وغير مخالف للقانون[1].

ب- قسمة عقار القاصر: تعرف القسمة بأنها عملية تحديد نطاق حق ملكية مشاع بغية إيجاد التطابق بين نطاقه المعنوي أو الحسابي، ونطاقه المادي، أو هي طريقة لانقضاء الشيوع، بحيث تؤدي إلى تقسيم المال الشائع إلى عدة أقسام، أو حصص، بحيث يستقل كل واحد من هؤلاء الشركاء بقسم من الأقسام دون سائر الشركاء[2].

---

[1] ومثال ذلك طلب التصرف في مناب القصر ببيع عدد من القطع الأرضية، كالرخصة بالتصرف في أموال قاصر، صادرة عن محكمة الشلف، قسم شؤون الأسرة، رقم الترتيب: 19/00760، الصادرة بتاريخ 7-10-2019.

[2] مازن زايد جميل عمران، القسمة الرضائية في العقار، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008م، ص.9.

ما يفهم من التعريف، أن القسمة تكون في الملكية المشاعة؛ وهي الملك المشترك غير المفرز بين شخص أو أكثر، تنشأ لأسباب مختلفة؛ إما باتفاق الأطراف، أو عن طريق الحيازة، أو الاستيلاء، أو الالتصاق، أو الوصية، أو الإرث[1]، وفق ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 713 من ق.م[2].

وقد اعتبر المشرع الجزائري قسمة العقار المملوك للقاصر في الشياع، من بين التصرفات التي يجوز القيام بها، مع ضرورة احترام الإجراءات المقررة لذلك، وأولها طلب الترخيص القضائي؛ سواء كانت قسمة اتفاقية، تجري بين المتقاسمين في المال الشائع بالتراضي، وبإجماع الكل، مع وجوب مراعاة الإجراءات القانونية إذا كان من بين الشركاء ناقص الأهلية[3]، أم كانت قسمة قضائية، تجريها المحكمة بناءاً على دعوى ترفع من أحد الشركاء المشاعين[4].

ومن ثم، فإن هذه القسمة؛ سواء كانت اتفاقية، أم قضائية، لا تتم إلاّ بعد حصول الوليّ الشرعي على إذن مسبق من القاضي المختص، فإن تصرف بدونه اعتبر تصرفه باطلاً، وهو ما يجب أن تقضي به المحكمة في حالة حصوله.

وبهذا الصدد، قضت المحكمة العليا بما يلي: "من المقرر قانوناً أن تقسيم عقار قاصر من بين التصرفات التي يستأذن الوليّ فيها القاضي، ومن المقرر أيضاً أن للقاضي أن يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدعوى متى كان لازماً، ومن ثم، فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خطأ في تطبيق القانون، ولما كان من الثابت –في قضية الحال– أن الطاعنة لم تستأذن المحكمة في تقسيم عقار القصر وفي رفع الدعوى، وأن قضاة المجلس بتأييدهم للحكم القاضي بصحة تلك الإجراءات خرقوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون"[5].

---

[1] خالد سلطي نواف السنجلاوي، تصرف الشريك في الملكية الشائعة، دراسة قانونية فقهية مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2012م، 2013م، ص.ص.29-30.

[2] نص المادة 713 من ق.م.الجزائري، على ما يلي: *"إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم فيه حصة غير مقررة، فهم شركاء في الشيوع وتعتبر الحصص متساوية، إذا لم يقم دليل على غير ذلك"*.

[3] يراجع: للمادة 723 من ق.م.الجزائري.

[4] تومي مريم، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، ع.45، جامعة برج باجي مختار، عنابة، الجزائر، مارس 2016م، ص.ص.5-6.

[5] القرار رقم 51282، المؤرخ في 1988/12/19، المتضمن: (ولاية، قسمة عقار قاصر، رفع دعوى، عدم استئذان المحكمة، خرق القانون)، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، الجزائر، ع.2، 1991م، ص.63.

جـ- رهن عقار القاصر: يعتبر الرهن من بين التصرفات التي يكتسب بموجبها الراهن حقاً عينياً تبيعاً أو تأميناً عينياً، وقد نظم المشرع أحكامه في الكتاب الرابع من القانون المدني، وصنفه من بين التصرفات التي تستلزم الإذن القضائي، حتى يتمكن وليّ القاصر من إجرائه.

ويلاحظ على المشرع في مسألة رهن الوليّ لعقار القاصر ما يلي:

- أشار في المادة 88 السالفة الذكر إلى جواز رهن العقار، لكن لم يبين نوعه إذا ما كان يقصد الرهن الرسمي، أم الرهن الحيازي، خاصة وأن المشرع بين بأن الرهن الرسمي كأصل عام ينعقد على عقار، إلاّ إذا نص القانون على غير ذلك[1] هذا من جهة، ومن جهة أخرى نص على إمكانية رهن العقار رهناً حيازياً[2].

- لم يبين المشرع الأسباب التي تدفع الوليّ إلى رهن عقار القاصر؛ هل لدين عليه، أم على ابنه، أم لأحد أبنائه القصر الآخرين، أم على دين للغير[3].

د- إجراءات الصلح: عرف المشرع الجزائري عقد الصلح بموجب المادة 459 من ق.م، بأنه عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه.

وقد اشترط القانون أن يكون المصالح أهلاً للتصرف[4]، وبما أن القاصر لا يتمتع بالأهلية التي تخول له إجراء هذا الصلح، فإنه ينوب عنه وليّه في ذلك.

والصلح هو الآخر من بين التصرفات المتوقفة على إذن القاضي؛ حيث يلتزم الوليّ بطلبه، من أجل إجراء مصالحة في نزاع ما يتعلق بالمصالح المالية للقاصر، كالنزاع المتعلق بملكية معينة، أو ملكية شائعة بين الورثة، إذا ما تبين له بأن هذا الصلح يعود بالنفع على القاصر، لكن إن كان غير ذلك، بأن يؤدي إلى إنقاص ماله، أو يؤدي إلى إسقاط حق ثابت له بأن يتنازل عنه لشخص آخر، ففي

---

[1] وهو ما ورد في المادة 886 من ق.م، بحيث نصت على أنه: *"لا يجوز أن ينعقد الرهن إلاّ على عقار، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"*.

[2] وهذا حسب ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 949 من ق.م، كما يلي: *"لا يكون محلاً للرهن الحيازي إلاّ ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار"*.

[3] بلقاسم عقيلة، رباحي أحمد، رقابة القاضي على تصرفات الوليّ الشرعي في أموال القاصر في التشريع الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، م.8، ع.2، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، ديسمبر 2020م، ص.16.

[4] المادة 460 من ق.م.الجزائري.

هذه لحالة يمتنع القاضي عن منح الإذن حماية لأموال القاصر وحقوقه، وعلى الوليّ الامتناع عن هذا الإجراء كذلك[1].

2- التصرف عن طريق بيع المنقولات الخاصة: أدرج المشرع الجزائري المنقول ضمن تصرفات الوليّ المتوقفة على إذن القاضي، ولكن ليس كل المنقولات، وإنما الخاصة حسب ما نص عليه في المادة 2/88 من ق.أ. ويلاحظ على هذا الأمر ما يلي:

- لم يضع المشرع معياراً للمنقول الخاص، كمعيار قيمته، أو صنفه، وغيرهما من المعايير التي تجعل المنقول خاصاً.

- اشترط المشرع الجزائري في المنقولات الخاصة الإذن، دون باقي المنقولات ذات القيمة العادية[2].

- لم يبين المشرع إمكانية بيع المنقول عن طريق المزاد العلني، لكونه خاصاً، بل اشترط أن لا يباع إلاّ بالإذن، وفي هذه المسألة نجد تعارضاً بين نص المادة بالصياغة العربية، ونصها بالصياغة الفرنسية؛ حيث أن المشرع بموجب المادة 89 من ق.أ بالصياغة العربية أوجب بيع العقار عن طريق المزاد العلني دون إشارة إلى كيفية بيع المنقول، فضلاً أنه وسمه بالصفة الخاصة، في حين لم يحدد المشرع في المادة نفسها بالصياغة الفرنسية[3]، العين التي تكون محلاً في المزاد العلني. مما يطرح إشكالاً حول النص الواجب التطبيق بحسب الصياغة.

وفي رأينا يمكن القول إن نص المادة 89 بالصياغة الفرنسية هو أكثر ملاءمة، كون أن المنقول ذو الأهمية الخاصة كالسفن، والأوراق المالية المتداولة، لا يقل أهمية عن العقار، ومن ثم، وجب أن يتقرر بيعه عن طريق المزاد العلني.

- اكتفى المشرع الجزائري بالحديث عن بيع المنقولات الخاصة، دون غيرها من التصرفات، عكس حديثه عن العقار، لكن المتطلع في النصوص القانونية يجد أن المنقول لا يكون محلاً للبيع فقط، وإنما قد يرهن، كما قد يكون ملكية مشاعة تتطلب قسمته، ولكن المشرع لم يشر إليها[4].

---

[1] غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014م، 2015م، ص.ص.203-204.

[2] بلقاسم عقيلة، رباحي أحمد، رقابة القاضي على تصرفات الوليّ الشرعي في أموال القاصر في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص.16.

[3] Le texte de l'article 89 est extrait du Code de la famille, en français, comme suit: *"le juge accorde l'autorisation en tenant compte de la nécessité et de l'intérêt du mineur sous réserve que la vente ait lieu aux enchères publiques".*

[4] يراجع: المواد 969 وما بعدها المتعلقة برهن المنقول، والمادة 1/988 المتعلقة بقسمة المنقول الشائع من ق.م.

3- استثمار أموال القاصر: يعرف الاستثمار بأنه استخدام الأموال في الإنتاج، إما مباشرة أو بطريقة غير مباشرة، أو هو طلب تنمية المال وتكثيره، وهناك من عرفه بأنه تشغيل الأموال بقصد تنميتها وفق معايير وقيود الشرع الإسلامي[1].

هذا، وقد أجاز المشرع الجزائري للوليّ استثمار أموال ابنه القاصر، إما عن طريق الإقراض، أو الاقتراض، أو المساهمة في شركة، وعليه نبين هذه التصرفات في النقاط الآتية:

أ- استثمار أموال القاصر عن طريق الإقراض أو الاقتراض: أجاز المشرع الجزائري للوليّ استثمار مال ابنه القاصر من خلال الإقراض أو الاقتراض؛ بشرط الحصول على الإذن القضائي، غير أن المشرع اكتفى بهذا النص، مما يدعو إلى إبداء بعض الملاحظات كما يلي:

- عدم تحديد المشرع الجزائري لنوع القرض الذي يجوز للوليّ الاستئذان فيه؛ إذا ما كان قرضاً حسناً؛ وهو عقد مخصوص يأخذ أحد المتعاقدين من الآخر بموجبه مالاً على أن يرد مثله أو قيمته إن تعذر ذلك[2]، أو كان قرضاً تبادلياً؛ وهو اتفاق بين اثنين على أن يقرض أحدهما الآخر مبلغاً لمدة معلومة على أن يقوم المقترض بإقراض المقرض مبلغاً مماثلاً مستقبلاً[3]. لذا وجب على المشرع تحديد نوع القرض بدقة؛ سواء كان الوليّ هو المقرض، أم كان المقترض.

- إن إقراض مال القاصر يؤدي إلى تعطيل مصالحه، لذا كان لزاماً على المشرع اشتراط مدة معينة في ذلك، حماية لأموال القاصر.

- لم يحدد المشرع القيمة المالية التي يلزم الوليّ بعدم تجاوزها عند إقراضه لمال القاصر، والتي بناءاً عليها يقدر القاضي إذا ما كان سيمنح الإذن، أم لا يمنحه، وهذا دفعاً للضرر الذي قد يصيب القاصر من جراء إقراض هذا المال.

- لم يبين المشرع الجزائري الشخص الذي يقوم الوليّ بإقراضه مال القاصر؛ هل يقرضه لنفسه؛ أم للغير[4].

---

[1] زياد إبراهيم مقداد، الضوابط الشرعية لاستثمار الأموال، بحث مقدم إلى المؤتمر العملي الأول بعنوان: الاستثمار والتمويل في فلسطين بين آفاق التنمية والتحديات المعاصرة، المنعقد بكلية التجارة بالجامعة الإسلامية، فلسطين، في الفترة من 8 إلى 9 ماي 2005م، ص.ص.4-5.

[2] محمد نور الدين أردنية، القرض الحسن وأحكامه في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2010م، ص.12.

[3] رائد أحمد خليل سالم، أحكام التصرف في القرض في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.112.

[4] غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.207.

– نص المشرع على جواز اقتراض الوليّ أموال من أجل تثمير الذمة المالية للقاصر، غير أنه لم يحدد القيمة التي يجوز للوليّ اقتراضها؛ لأنه ملزم بردها فيما بعد، فعلى القاضي تقدير هذا الأمر.

– عدم إشارة المشرع للشخص الذي يقترض منه الوليّ أموالاً من أجل الاستثمار، إذا ما كان من القاصر، أم من الغير.

ب– استثمار أموال القاصر عن طريق المساهمة في شركة: تعرف الشركة بأنها عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو من عمل أو من عمل لاستثمار ذلك المشروع، واقتسام ما قد ينشأ عنه من ربح أو خسارة[1].

والمشرع الجزائري عند حديثه عن الشركات، أتى بتقسيمين، شركات مدنية؛ نظم أحكامها في القانون المدني من المادة 416 وما بعدها، وشركات تجارية؛ بين تفاصيلها في القانون التجاري من المادة 544 وما بعدها.

ولقد أجاز المشرع الجزائري للوليّ استثمار أموال القاصر عن طريق المساهمة في شركة بإذن القاضي، غير أن ما أتى به المشرع عليه بعض الملاحظات نبديها على النحو الآتي:

– عدم تحديد نوع الشركة التي يجوز للوليّ أن يستثمر فيها أموال القاصر بعد إذن القاضي؛ وذلك لأن الخطورة تتدرج حسب نوع الشركة التي يبرمها.

– إن مصطلح المساهمة في شركة الذي نص عليه المشرع في المادة 3/88 من ق.أ، ينطبق على الشركة؛ سواء كانت مدنية؛ لأنه أورد مصطلح المساهمة في تعريف هذه الشركة[2]، أم كانت تجارية؛ لأنها تنعقد بمساهمة الشركاء.

– إذا كانت نية المشرع الجزائري في إباحة استثمار أموال القاصر من طرف وليّه، بعد الحصول على الإذن، تتجه نحو المساهمة في الشركات التجارية، فلا بد أن يحدد شكل الشركة بدقة؛ كون أن الشركات التجارية تنقسم إلى قسمين؛ شركات أشخاص؛ وهي التي يقوم كيانها على الشركاء فيها، ولهم اعتبار شخصي في وجودها؛ أي أن وجود هؤلاء الأشخاص هو الأساس في قيام هذه الشركة، وشركات أموال؛ وهي الشركات التي يكون أساسها قيامها المال فقط دون أي اعتبار للأشخاص[3].

---

[1] حاتم محمود أحمد البخيت العبادي، النظام القانوني للشركات المدنية، رسالة ماجستير في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة مؤتة، الأردن، 2012م، ص.9.

[2] حسب نص المادة 416 من ق.م.الجزائري.

[3] علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، بحوث مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 1430هـ، 2009م، ص.122.

– يجب على المشرع الجزائري إن أجاز للوليّ المساهمة في شركات أموال، أن يحدد نصاباً معيناً من الأسهم يستثمر بها الوليّ، وليس كل المال؛ لأن هذا النوع من الشركات يتطلب رأس مال ضخم للمساهمة فيها، فضلاً على أنها تكون أكثر عرضة للإفلاس من غيرها[1].

4– إيجار عقار القاصر: جعل المشرع الجزائري من صلاحيات الوليّ في مال القاصر إيجار عقاره، وذلك طبقاً لما نص عليه في المادة 4/88 من ق.أ، ويكون هذا التصرف متوقفاً على الإذن المسبق من القاضي المختص. وهو حق مقرر له باعتباره الوليّ الشرعي دون غيره، فإن تصرف شخص آخر بدلاً عنه، اعتبر الأمر مخالفاً للقانون، وضد مصلحة القاصر، مما يجعله تصرفاً باطلاً، وهو الأمر الذي نستشفه في العديد من القضايا المطروحة أمام المحاكم، ومن ذلك ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتحميل المسؤولية لشخص ليس له صفة الوليّ على البنت القاصرة، كونها تصرفت بمحض إرادتها عن طريق إيجار عقار ملك لهذه القاصرة، فهذا الأمر مخالف لأحكام القانون[2].

ويتضح من خلال ما نص عليه المشرع بخصوص صلاحيات الوليّ بالتصرف عن طريق إيجار القاصر ما يلي:

– اقتصار المشرع الجزائري على اشتراط الإذن عند تصرف الوليّ في عقار القاصر عن طريق استئجاره، الأمر الذي يدعونا للتساؤل حول إمكانية استئجار المنقولات لا سيما تلك التي وصفها المشرع بالخاصة.

– اشترط المشرع الإذن في إيجار عقار القاصر متى كان يزيد عن ثلاث سنوات[3]؛ فإن كانت أقل فلا يكون الوليّ ملزماً بالإذن.

– أجاز المشرع في إيجار عقار القاصر أن يستمر لأكثر من سنة بعد بلوغ سن الرشد؛ ففي هذه الحالة يجوز للقاصر بما أنه أصبح راشداً؛ إما أن يتولى هذا الإيجار بنفسه وتحت إشراف وليّه، أو يقوم

---

[1] بلقاسم عقيلة، رباحي أحمد، رقابة القاضي على تصرفات الوليّ الشرعي في أموال القاصر في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص.16.

[2] القرار رقم 72353 الصادر بتاريخ 1991/04/10، قضية (ع.ق) و(س.م)، المجلة القضائية، ع.3، المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، الجزائر، 1993، ص. 115.

[3] نص المشرع الجزائري في المادة 1/468 من ق.م، على أنه: *"لا يجوز لمن لا يملك إلاّ حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث (3) سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك"*.

بإلغاء هذا الإيجار. هذا إن لم يطرأ عليه بعد الرشد أي عارض من عوارض الأهلية؛ فإن حدث يبقى الوليّ هو المتصرف.

– أعطى المشرع الجزائري للوليّ الحرية في إيجار عقار القاصر بعد حصوله على الإذن ضمن المدة التي يقررها ولم يضبطه بمدة معينة.

– عدم إشارة المشرع الجزائري للشخص المستأجر، إذا ما كان الوليّ نفسه، أو الغير.

– لم يبين المشرع قيمة الإيجار التي يلتزم الوليّ باشتراطها على المستأجر، أو على الأقل الحد الأدنى الذي لا يمكن النزول عنه، وكيفية دفعها من قبل هذا الأخير؛ إما دفعة واحدة، أم عبر دفعات، فإن كان يدفعه بالشطر، فللقاضي تحديد المدة بين الشطر والآخر وذلك حتى يحمي حق القاصر، وتوظيف بدل الإيجار في إجراء معاملات أخرى.

ويظهر مما سبق، أن الوليّ الشرعي حسب المشرع الجزائري، تخول له السلطات المقررة بموجب المادة 88 من ق.أ، مع التزامه بالشروط المحددة؛ وهي طلب الإذن في بعض التصرفات، واتباع الإجراءات القانونية المحددة لكل تصرف عند التنفيذ، فإن تخلف شرط واحد؛ كعدم طلب الإذن المسبق، أو مخالفة إجراءات المزاد العلني، أو أن يقدم الوليّ مصلحته الشخصية على مصلحة ابنه القاصر، أصبح الأمر متعارضاً وأحاكم الولاية على ماله، ومن ثم، فلا يعتد بتصرفه، ويرفض من طرف القاضي المختص حماية لأموال القاصر.

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أيضاً، عدم نصه على سلطة الوليّ في سحب أموال ابنه القاصر من حسابه البنكي، ووجوب الإذن في ذلك.

ثانيا– تصرفات الولي المخولة له بموجب القوانين العربية الأخرى:

توجهت التشريعات العربية هي الأخرى، إلى الحديث عن تصرفات الوليّ المحددة بموجب نصوص ق.أ.ش، أو بموجب ق.و.ع.م، وبينت أحكامها حسب نوعها كما فعل المشرع الجزائري، من بيع، وتجارة، ورهن، وغيرها.

هذا، وقد فصلت هذه التشريعات بين التصرفات، فبينت تلك التي يتوقف إبرامها على إذن القاضي المختص؛ باعتبارها تصرفات مترددة بين النفع والضرر، والتي لا تتطلب ذلك؛ لأنها تحقق النفع المحض للقاصر، والتصرفات التي لا يجوز للوليّ القيام بها مطلقاً؛ لأنها ضارة بالأموال.

ولأجل هذا، خصصنا هذا الجزء المتعلق بتصرفات الولي المخولة له بموجب القوانين العربية الأخرى، من أجل دراسة التصرفات التي تستلزم الإذن، وبيان التصرفات التي لا تتطلب الإذن، ثم نتطرق للتصرفات الممنوعة على الوليّ، وفق التقسيم الآتي بيانه.

1- التصرفات التي تستلزم الإذن: تتمثل التصرفات التي تستوجب الإذن في: البيع والشراء، والرهن، والإقراض والاقتراض، والاستمرار في تجارة القاصر، والتبرعات المثقلة بالتزامات، والتصرف في المنقول، والتصرف في المال الموروث، واستثمار مال القاصر، وسنشرح تصرف على حدة على النحو الآتي بيانه:

أ- بيع وشراء ملك القاصر لنفسه: نص القانون على وجوب طلب الوليّ للإذن من المحكمة المختصة، إذا أراد أن يبيع مالاً مملوكاً لابنه القاصر أو شرائه لنفسه، أو لزوجته، أو لسائر أولاده، وهو ما أخذ به المشرع الإماراتي[1].

في حين توجهت تشريعات أخرى إلى جواز قيام الوليّ ببيع ملك القاصر أو شرائه لنفسه، وذلك إذا ثبتت مصلحة القاصر من وراء هذا التصرف، وهو ما نص عليه المشرع السوداني، والمشرع العماني[2].

ب- بيع العقار: نصت التشريعات العربية بيع عقار القاصر من طرف وليّه الشرعي، غير أن أحوال هذا البيع اختلف بين التشريعات، وفق الحالات الآتية:

- توجه بعض التشريعات إلى النص بعدم جواز تصرف الأب في عقار القاصر، سواء لنفسه، أم لزوجه، أم لأقاربه، أم لأقاربها إلى الدرجة الرابعة، إلاّ بإذن المحكمة، وهو ما نص عليه المشرع المصري، وذلك في المادة 6 من ق.و.ع.م.

كما أضاف المشرع المصري بأن لا يجوز له القيام بأي تصرف من التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية، أو التبعية، أو نقله، أو تغييره، أو زواله، إلاّ بإذن

---

[1] لم يكتف المشرع الإماراتي بالحديث عن بيع وشراء الولي ملك القاصر لنفسه، بل أضاف كذلك عدم جواز قيام الوليّ ببيع ملك زوجته، أو سائر أولاده لابنه القاصر إلاّ بموجب الإذن، حسب نص المادة 2/206 من ق.أ.ش.

[2] يراجع: المادة 240/أ من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 1/167 من ق.أ.ش.العماني.

المحكمة، فإن لم يستأذن اعتبر متجاوزاً لحدود وصايته، وهذا الأمر قضت به محكمة النقض المصرية في إحدى القضايا التي تتعلق بقسمة الوصي لعقار القاصر بدون إذن مسبق[1].

– وهناك تشريعات نصت على منع الوليّ من التصرف في عقار القاصر، تصرفاً ناقلاً لملكيته، أو منشئاً عليه حقاً عينياً، إلا لضرورة أو مصلحة ظاهرة وبإذن من المحكمة[2].

وهناك تشريعات منعت الوليّ من التصرف في العقار بصفة عامة؛ أي بأي نوع كان، وهو ما أخذ به المشرع القطري[3]. والمشرع السوداني[4].

وفي المقابل نصت بعض التشريعات على منع الأب بأن يتصرف في العقار، أو المحل التجاري، أو الأوراق المالية، في حدود قيمة معينة حسب كل تشريع، إلاّ بإذن المحكمة، وهو ما تبناه المشرع المصري[5]، والمشرع البحريني[6].

وهناك من نص على هذا المنع دون أن يحدد قيمة هذه الأموال، بل نص على ضرورة الإذن فقط، وهو ما أخذ به المشرع الليبي في المادة 50 من القانون المتعلق بتنظيم شؤون القاصرين، إذ نصت على أنه: "لا يجوز للوليّ أن يتصرف في المنقول من مال القاصر أو في الأوراق المالية إلا بإذن من المحكمة". وهذا ما تبناه المشرع القطري كذلك[7].

وشذ عن هذه التوجهات المشرع المغربي؛ حيث وضع قيمة معينة لعقار القاصر يقدرها القاضي، إن لم تتعداها يتم البيع رضائياً؛ أي بين البائع وهو وليّ القاصر، وبين المشتري، طبقاً

---

[1] الطعن رقم 10408، المؤرخ في 2016/01/18، الدوائر المدنية، غرفة الأحوال الشخصية، محكمة النقض المصرية، منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية:https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111256434&ja=76169 تاريخ الإطلاع والتصفح: 2022/01/20م، على الساعة: 20.45 دقيقة مساءاً.

[2] المادة 49 من القانون المتعلق بتنظيم شؤون القاصرين الليبي.

[3] المادة 1/9 من القانون المتعلق بالولاية على أموال القاصرين القطري.

[4] نص المشرع السوداني في المادة 241 من ق.أ.ش، على أنه: *"يمنع الوليّ من التصرف في العقار إلاّ بعد إذن القاضي بعد تحقق المصلحة"*.

[5] نص المشرع المصري في المادة 7 بفقرتيها (1و2) من ق.و.ع.م، على ما يلي: *"لا يجوز للأب أن يتصرّف في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة. ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خُمس القيمة"*.

[6] نص المشرع البحريني في المادة 18 من ق.و.ع.م، على أنه: *"لا يجوز للوليّ التصرف في عقار القاصر أو المحل التجاري، أو الأوراق المالية، ولا يجوز للمجلس أن يرفض الإذن إلاّ إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة"*.

[7] طبقاً لنص المادة 6/9 من القانون المتعلق بالولاية على أموال القاصرين القطري.

للفصل 1/209 من المسطرة المدنية[1]، وإن تجاوزت القيمة يتم البيع بالمزاد العلني، وفق الإجراءات المقررة له، وهو ما ورد بالفصل 2/209 من المسطرة[2].

جـ- تأجير عقار القاصر: يعد الإيجار من ضمن التصرفات التي يجوز للوليّ إبرامها عند إدارته لأموال القاصر، ولا يمكنه إجراؤه إلاّ بعد حصوله على الإذن، غير أن التشريعات اختلفت فيما بينها حول أمرين؛ أولهما يتعلق بالمدة التي يؤجر فيها الوليّ، وثانيهما تخص الفترة التي يقع فيها الإيجار.

وقد توجهت بعض التشريعات إلى الحد من المدة التي لا يجب أن يتجاوزها الوليّ بعد بلوغ بلوغ القاصر سن الرشد، وحددتها بالسنة؛ مما يعني أن الوليّ يقدر المدة التي يجب أن يؤجر فيها فيها العقار استناداً إلى المدة التي بقيت على رشد القاصر، فإن كانت تستمر لغاية سنة، وجب عليه وجب عليه طلب إذن القاضي، وهو ما تبناه المشرع المصري[3]. والمشرع القطري[4].

ويلاحظ على هذه التشريعات، أنها لم تبين وضع الإيجار إذا ما بلغ القاصر سن الرشد، ولكن طرأ على أهليته عارض من عوارضها؛ فهل هذا يوجب الأمر فسخ الإيجار أو استمراره؟

كما توجهت بعض التشريعات إلى النص على وجوب الإذن عند تأجير الوليّ لعقار القاصر القاصر لمدة، إما تزيد عن سنتين وهو ما نص عليه المشرع البحريني[5]، أو تزيد عن الثلاث وهو موقف المشرع المغربي، والمشرع الموريتاني[6]، غير أنها لم تبين ما إذا كانت هذه المدة تمتد إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد، أم لا.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري، ومن دار في فلكه كالمشرع المغربي، والمشرع الموريتاني، قد حددوا مدة أطول في الإيجار، وهي ثلاث سنوات، بينما تراوحت المدد حسب هذه التشريعات بين سنة عند المشرع المصري، والمشرع القطري، والسنتين عند المشرع البحريني.

---

[1] نص المشرع المغربي في الفصل 1/209 من المسطرة المدنية على ما يلي: *"إذا كانت قيمة العقار لا تتجاوز بتقدير خبير عند الاقتضاء ألفي درهم يتم البيع رضائياً"*.

[2] بين المشرع المغربي أن بيع العقار بالمزاد العلني يكون متوقفاً على تجاوز قيمة ألفي درهم، ومن ثم، يتم البيع وفق الإجراءات المقررة لذلك.

[3] نص المشرع المصري في المادة 10 من ق.و.ع.م، على أنه: *"لا يجوز للولي بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة"*.

[4] نص المشرع القطري في المادة 3/9 من القانون المتعلق بالولاية على أموال القاصرين، على ما يلي: *"لا يجوز للوليّ بدون إذن القاضي تأجير عقار القاصر لمدة تزيد عن سنة، أو تمتد إلى سنة بعد بلوغه سن الرشد"*.

[5] وهو ما نص عليه المشرع البحريني في المادة 4/18 من ق.و.ع.م.

[6] يراجع: الفصل 2/11 من ق.إ.ع.المغربي، والمادة 32 من ق.إ.ع.الموريتاني.

د- رهن عقار أو مال القاصر: اختلفت توجهات التشريعات العربية في مدى جواز قيام الوليّ برهن عقار أو مال القاصر، فهناك من نص بأنه لا يجوز للوليّ أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه، وهو ما أخذ به المشرع المصري[1]، في حين اشترط المشرع البحريني، والمشرع القطري الإذن للقيام بذلك[2].

وهو موقف المشرع الجزائري نفسه، غير أن المشرع تحدث عن رهن العقار، وهؤلاء نصوا على رهن المال، ومصطلح المال يصدق على العقار والمنقول معاً.

والبعض الآخر، أجاز الرهن في حالات عديدة، وهو موقف المشرع الأردني، حيث نص في المادة 229/أ من ق.أ.ش، على جواز رهن الأب لماله عند ابنه[3]، ولم يقصر هذا الأمر على الأب فقط، وإنما أجازه حتى للجد لأب. وأجاز المشرع أيضاً رهن مال الصغير لدين؛ سواء كان على الوليّ، أم القاصر، بشرط أن يكون بإذن المحكمة[4]. وفي هذه المسألة منع المشرع الوليّ من رهن مال ابنه الصغير بدين لشخص أجنبي عن الأب[5]؛ ويلاحظ أن المشرع قصر هذا المنع على الأجنبي فقط، مما يطرح التساؤل حول إمكانية رهنه لأحد الأفراد من العصبة، أو من الأقارب.

وأضاف المشرع الأردني على هذه الحالات، إمكانية رهن الوليّ أموال ابنه القاصر لأحد أبنائه القاصرين كذلك، وهو ما نص عليه في المادة 223/د من القانون نفسه بقوله: "وله أن يرهن مال أحد أولاده الصغار لابنه الآخر الصغير بدين له عليه على أن يأخذ إذن المحكمة في هذه الحالة".

إذاً، يلاحظ أن المشرع الأردني كان أكثر توسعاً في أحكام الرهن، حيث ذكر العديد من الحالات التي يجوز فيها للوليّ رهن مال القاصر، مع اشتراطه الإذن من المحكمة.

هـ- إقراض أو اقتراض مال القاصر: توافقت غالبية التشريعات العربية مع موقف المشرع الجزائري، بنصه على عدم جواز قيام الوليّ بإقراض أو اقتراض مال القاصر، إلاّ بعد حصوله على إذن

---

[1] نص المشرع المصري في المادة 6 من ق.و.ع.م، على أنه: *"لا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه"*.

[2] يراجع: المادة 6/18 من ق.و.ع.م.البحريني، والمادة 5/9 من القانون المتعلق بالولاية على أموال القاصرين القطري.

[3] نص المشرع الأردني في المادة 229/أ من ق.أش، على ما يلي: *"يجوز للأب أن يرهن ماله عند ولده الصغير، وفي حالة عدم وجود الأب فللجد أب الأب رهن ماله عند ذلك الصغير"*.

[4] أضاف المشرع الأردني في المادة 229 بفقرتيها (ب وج) من ق.أش، ما يلي: ب-*"إذا كان للأب دين عند ابنه الصغير فله أن يرتهن لنفسه مال ولده؛ ج- وللأب أو الجد أن يرهن مال الصغير بدين على الصغير نفسه"*.

[5] وهو ما نص عليه في المادة 229/هـ من ق.أ.ش.الأردني.

من المحكمة المختصة، وهو الموقف الذي تبناه كل من المشرع المصري، والمشرع الليبي، والمشرع البحريني، والمشرع القطري[1].

و- الاستمرار في تجارة القاصر: نصت بعض التشريعات على منع الوليّ من أن يستمر في يستمر في تجارة آلت للقاصر، إلاّ بإذن من المحكمة المختصة، وهو ما تبناه المشرع المصري في المادة المادة 11 من ق.و.ع.م، إذ نص على أنه: "لا يجوز للولي أن يستمر في تجارة آلت للقاصر إلا بإذن إلا بإذن من المحكمة وفي حدود هذا الإذن". وأخذ به كذلك المشرع التونسي، والمشرع القطري[2].

ومن جهة أخرى، نص المشرع الإماراتي، والمشرع العماني، على إمكانية استمرار الولي في هذه التجارة في حالة واحدة، وهي النفع الظاهر[3]؛ وهنا يقع على الولي مسؤولية تقدير النفع الذي تحققه هذه التجارة.

ز- عدم جواز قبول التبرعات المثقلة بالتزام: توجهت بعض التشريعات العربية إلى منع الوليّ من قبول هبة أو وصية لابنه القاصر، تكون محملة بالتزامات، فهذا المنع هو حماية لمال القاصر، فقط يضطر الوليّ بعد هذا القبول إلى تحرير هذا التصرف؛ سواء الهبة، أم الوصية، من الالتزامات المثقلة به مما قد يرتب ضررٌ يلحق بالقاصر. وهو ما تبناه المشرع المصري، والمشرع الليبي، والمشرع القطري، والمشرع الإماراتي، والمشرع البحريني[4].

المشرع العماني إلى النص على ما يلي: "قبول التبرعات المشروعة لمصلحة لولده، إذا كانت خالية من الالتزامات"[5]؛ أي أنه يمنع من قبولها إذا كانت تحمل التزامات.

---

[1] يراجع: المادة 9 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 52 من القانون المتعلق بتنظيم أحوال القاصرين الليبي، والمادة 3/18 من ق.و.ع.م.البحريني، والمادة 2/9 من القانون المتعلق بأموال القاصرين القطري.

[2] نص المشرع التونسي في الفصل 17 من م.إ.ع، على ما يلي: *"ليس لولي الصغير أو المحجور عليه أن يستمر على تعاطي التجارة في حق من هو لنظره ما لم يكن مأذوناً في ذلك من القاضي الذي له النظر ولا يصدر هذا الإذن إلاّ لمصلحة واضحة للصغير أو المحجور عليه"* . في حين اكتفى المشرع القطري بالقول، إنه لا يجوز للولي دون إذن القاضي الاستمرار في تجارة آلت للقاصر، وهذا ما ورد في المادة 7/9 من القانون المتعلق بأموال القاصرين.

[3] نص المشرع الإماراتي على هذا الأمر في المادة 2/205 من ق.أ.ش، ونص عليه أيضاً المشرع العماني في المادة 2/166 من ق.أ.ش، بنفس الصياغة الآتية: *"تحمل تصرفات الولي على السداد خاصة في الحالات الآتية: - القيام بالتجارة لحسابه ولده، ولا يستمر فيها إلاّ في حالة النفع الظاهر"* .

[4] يراجع: المادة 12 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 53 من القانون المتعلق بتنظيم أحوال القاصرين الليبي، والمادة 4/9 من القانون المتعلق بأموال القاصرين القطري، والمادة 195 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 5/18 من ق.و.ع.م.البحريني.

[5] يراجع: المادة 3/166 من ق.أ.ش.العماني.

حـ- التصرف في المنقول: سبق البيان أن المشرع الجزائري عند حديثه عن تصرف الوليّ في المنقول المملوك للقاصر، ألزمه بالإذن في المنقول ذي الأهمية الخاصة، غير أن بعض التشريعات ألزمته بالإذن غير أنها لم تضع معياراً محدداً لهذا المنقول، وهذا يعني أن كل المنقولات تستلزم الإذن، سواء كانت ذات أهمية، أم غير ذلك.

ومن بين التشريعات التي نصت على هذا الأمر، المشرع الليبي، بموجب المادة 50 من القانون المتعلق بتنظيم أموال القاصرين.

ط- التصرف في المال الموروث: إذا آلت للقاصر أموالاً عن طريق الإرث، واشترط مورثه بأن الوليّ يمنع من التصرف في هذا المال، وهذا يعد منعاً للوليّ، فإذا أراد التصرف فيه لزمه طلب الإذن من المحكمة المختصة. وهو ما تبناه المشرع المصري بنصه: "إذا كان مورث القاصر قد أوصى بأن لا يتصرف وليّه في المال الموروث فلا يجوز للولي أن يتصرّف فيه إلا بإذن المحكمة وتحت إشرافها"[1]، وهذا ما تبناه المشرع البحريني طبقاً للمادة 2/18 من ق.و.ع.م.

ي- استثمار ثمن بيع ملك القاصر لنفسه: يقع على عاتق الولي مهمة استثمار أموال القاصر عن طريق تنميتها بمختلف الطرق، غير أن القانون قد ألزمه طلب الإذن إذا قام ببيع مال مملوك لابنه القاصر، من أجل أن يستثمر فيه لنفسه. وهو الموقف الذي تبناه المشرع الإماراتي في المادة 3/206 من ق.أ.ش.

غير أن المشرع السوداني، والمشرع العماني بخصوص هذه المسألة، لم يلزما الوليّ بالإذن، وإنما أرجعا ذلك إلى ثبوت مصلحة القاصر من ورائها[2]، وهذه المصلحة التي تكمن وراء هذا التصرف الذي يقوم به الوليّ لم يبينها كلا التشريعين.

وعكس هذه التشريعات، ذهب المشرع التونسي إلى الإشارة لبعض التصرفات التي يقوم بها الوليّ وأوجب فيها إذن القاضي، مع مراعاة هذا الأخير الضرورة والمصلحة للصغير أو السفيه، وهذا ما يظهر من خلال الفصل 15 من مجلة الالتزامات والعقود[3]. ويلاحظ على المشرع التونسي أنه

---

[1] المادة 8 من ق.و.ع.م.

[2] يراجع: المادة 240/ب من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 3/167 من ق.أ.ش.العماني.

[3] نص المشرع التونسي في هذا الفصل على ما يلي: *"الأب المدير لكسب ابنه الصغير أو السفيه والولي وكل مدير لكسب بوجه قانوني ليس لهم أن يتصرفوا فيما هو موكول لنظرهم بمثل بيع ومعاوضة وكراء لمدة تتجاوز ثلاثة أعوام وإنزال وشركة ومقاسمة ورهن وغير ذلك مما هو مصرح به في القانون إلاّ بإذن خاص من القاضي المختص ولا يعطي الإذن المذكور إلاّ عند الضرورة والمصلحة الواضحة للمذكور آنفاً"*

ذكر التصرفات المشار إليها بموجب هذا الفصل على سبيل المثال لا الحصر؛ لأنه صرح بقوله "وغير ذلك"، ومن ثم أعطى مجالاً واسعاً للوليّ في القيام بأي تصرف بشرط الإذن من القاضي المختص.

2- التصرفات التي لا تتطلب الإذن:

ذكرت التشريعات العربية بعض التصرفات التي يمكن القيام بها دون حاجة لإذن المحكمة، كونها تصرفات نافعة للقاصر، ولا تلحق ضرراً بأمواله، وهذه التصرفات تتمثل فيما يلي:

أ- التعاقد باسم موليّه والتصرف في ماله: تخول الولاية على مال القاصر، للوليّ القائم بشؤونها باسمه. وهذا هو المقصد الشرعي والقانوني من إخضاع القاصر لنظام الولاية، إذ يقوم الوليّ بالتعاقد ويلتزم بما يحدده له القانون، وألزمه به. وقد نص على هذا الأمر المشرع الإماراتي، والمشرع السوداني، والمشرع العماني، حيث وردت هذه النصوص بنفس الصياغة، بقولها: "تحمل تصرفات الولي على السداد، خاصة في الحالات الآتية: 1- التعاقد باسم موليه، والتصرف في ماله"[1].

ومن جهة أخرى، نصت بعض التشريعات على جواز تعاقد الولي مع نفسه باسمه القاصر، وسواء كان ذلك لحسابه، أم لحساب غيره، إلاّ إذا نص القانون على خلاف ذلك، كأن يلزمه بالإذن. وهو الموقف الذي تبناه المشرع المصري[2].

وباستقرائنا لنصوص القانون الجزائري، نجد أن المشرع تحدث عن مسألة تعاقد الشخص مع نفسه، حيث نص في المادة 410 من ق.م، على أنه: "لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة، كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية".

إذاً، فحسب ما نص عليه المشرع الجزائري، لا يمكن للوليّ أن يتعاقد باسمه الحقيقي، أو المستعار، عن طريق شراء ما تحت ولايته من مال، إلاّ بموجب إذن صادر من المحكمة المختصة، ويلاحظ أن المشرع نص على هذا الأمر كقاعدة عامة، غير أنها تطبق على الولاية الخاصة بمال القاصر؛ لأنها نوع من أنواع النيابة.

ب- التجارة لحساب القاصر: تعتبر التجارة أكثر التصرفات التي تؤدي إلى تنمية الأموال، واستثمارها، لذلك أجاز القانون للوليّ الاتجار بمال القاصر، ويكون ذلك لحساب هذا الأخير، وهو موقف المشرع الإماراتي، والمشرع العماني، والمشرع السوداني[1].

---

[1] يراجع: المادة 1/205 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 1/239 من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 1/166 من ق.أ.ش.العماني.

[2] نص المشرع المصري على هذا الأمر في المادة 14 من ق.و.ع.م.

وكما هو معلوم بأن التجارة قد تكون محققة للربح، كما قد تأتي بخسارة، لذا كان على هذه التشريعات على الأقل تحديد قيمة مالية معينة يستثمرها الولي عن طريق التجارة، ويوظفها في تجارة يعلم خباياها على الأقل، أو يستعن بأهل الخبرة في ذلك، من أجل تجنب ضياع كل المال، فإن حددت القيمة التزم الولي بها.

جـ- قبول التبرعات: أشرنا سابقاً إلى أن الولي يكون ملزماً بطلب إذن قبل قبض تبرع للقاصر متى كان محملاً بالتزامات، نظراً لخطورة هذه التبرعات، وهذا يعني أنه إذا كان التبرع خالياً من أي التزام جاز للوليّ قبوله؛ كونه يعود بالنفع المحض على القاصر[2].

د- نفقة الولي: أجاز القانون للوليّ أن يتصرف في مال القاصر عن طريق النفقة؛ سواء بإنفاقه على نفسه من هذا المال، أو بإنفاقه على من تجب نفقتهم على القاصر، وهو الموقف الذي تبناه المشرع المصري، بنصه على ما يلي: "للولي أن ينفق على نفسه من مال الصغير إذا كانت نفقته واجبة عليه. وله كذلك أن ينفق منه على من تجب على الصغير نفقته"[3].

وأخذ بهذا الموقف أيضاً المشرع القطري، حيث نص في المادة 10 من القانون المتعلق بالولاية على أنه: "يجوز للولي الفقير أن ينفق على نفسه بالمعروف من مال القاصر، وله كذلك أن ينفق منه على من تجب على القاصر نفقته، ويكون ذلك تحت إشراف الهيئة".

ويلاحظ على المشرع القطري، أنه حدد الولي الذي يجوز له أن ينفق على نفسه من ماله ابنه القاصر، وهو الأب الفقير؛ أي أن الوليّ الذي له من المال ما يكفيه لا يمكنه ذلك، كما يجوز للوليّ الإنفاق على أولاد القاصر أو زوجته لوجوب النفقة عليهم من القاصر.

في حين توجهت بعض التشريعات إلى ذكر الحالة الثانية فقط؛ أي حالة قيام الوليّ بالإنفاق على من تجب النفقة لهم من مال القاصر، وهو ما نص عليه المشرع الإماراتي، والمشرع السوداني، والمشرع العماني[4].

---

[1] يراجع: المادة 2/205 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 2/239 من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 2/166 من ق.أ.ش.العماني.

[2] أخذ بهذا الموقف كل من المشرع الإماراتي حسب المادة 4/205 من ق.أ.ش، والمشرع السوداني في المادة 239/ج من ق.أ.ش، والمشرع العماني في المادة 3/166 من ق.أ.ش.

[3] المادة 17 من ق.و.ع.م.

[4] يراجع: 4/205 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 239/د من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 4/166 من ق.أ.ش.العماني.

ثالثا– التصرفات الممنوع على الوليّ إجراؤها:

يهدف القانون في نصوصه المنظمة للولاية على المال إلى السعي نحو تحقيق أكبر حماية لأموال القاصر، حيث قيّد الوليّ بالإذن في بعض التصرفات، وأباح له غيرها بدون إذن، ومن جهة أخرى منعه من القيام بتصرفات معينة لتحقق الضرر من جرائها.

هذا، وقد تضمنت بعض التشريعات العربية، التصرف الذي لا يجوز للوليّ القيام به مطلقاً، فإن أجراه ترتبت المسؤولية في حقه، ويتعلق الأمر بتبرع الوليّ بمال القاصر، أو بمنافعه.

وباستقرائنا لنصوص التشريعات العربية نجد أن هذا المنع نص عليه المشرع السوري في المادة 4/361 بقوله: "لا يجوز لأحد ولو أباً أو جداً عصبياً التبرع بمال القاصر أو بمنافعه تحت طائلة البطلان والضمان والمسؤولية الجزائية"، وهو ما تبناه المشرع الليبي[1].

ويلاحظ، بأن القانون منع الوليّ من التبرع بمال القاصر، فإن خالف هذا المنع اعتبر تصرفه باطلاً؛ على أنه لم يحدد نوع البطلان؛ ما إذا كان مطلقاً، أم نسبياً، كما أقر بتحمل الولي مسؤولية تصرفه، فالمشرع السوري حدد بشكل صريح نوع هذه المسؤولية، واعتبرها جزائية، في حين أن المشرع الليبي أشار إلى المسؤولية دون بيان نوعها.

وقد خالفهما المشرع المصري في مسألة تبرع الوليّ من مال القاصر؛ حيث نص في المادة 5 من القانون المتعلق بالولاية على أنه: "لا يجوز للولي التبرع بمال القاصر إلاّ لأداء واجب إنساني أو عائلي وبإذن المحكمة"، وما يفهم من هذا النص أن القاعدة العامة، هي عدم جواز تبرع الولي، واستثناءً تجوز في حالتين؛ واجب إنساني، أو حالة واجب عائلي، ولا يكون هذا إلاّ بإذن المحكمة. غير أن المشرع هنا لم يفصل في مسألة الواجب العائلي أكثر، ولم يحدد القصد منه، هل قصد به تبرع الوليّ من أجل تحرير العائلة من التزامات معينة؟ أو مساعدة الأقارب في ظروف معينة عن طريق التبرع لها؟

وفي إطار تحديد صلاحيات الوليّ الشرعي في مال القاصر، نقف عند ما نص عليه المشرع المغربي مخالفاً باقي التشريعات كلها، حيث نص في المادة 240 من م.أ، على ما يلي: "لا يخضع الوليّ لرقابة القضاء القبلية في إدارته لأموال المحجور، ولا يفتح ملك النيابة الشرعية بالنسبة له إلاّ إذا تعدت قيمة أموال المحجور مائتي ألف درهم (200 ألف درهم)، وللقاضي المكلف بشؤون القاصرين

---

[1] نص المشرع الليبي في المادة 51 من القانون المتعلق بتنظيم شؤون القاصرين، على ما يلي: *"لا يجوز التبرع بمال القاصر أو بمنافع ماله، فإذا تبرع أحد بشيء من ذلك كان تبرعه باطلاً وموجباً لضمانه ومسئولياته"*.

النزول عن هذا الحد والأمر بفتح ملك النيابة الشرعية إذا ثبتت مصلحة المحجور في ذلك، ويمكن الزيادة في هذه القيمة بموجب نص تنظيمي". ويلاحظ على هذا النص ما يلي:

– إن الأصل العام هو خضوع النائب الشرعي للرقابة القضائية عند ممارسته لمهام النيابة الشرعية، وهو ما قضت به المادة 3/235 من م.أ، وأما عدم خضوعه للرقابة فيكون استثناء.

– قرر المشرع المغربي أن فتح النيابة الشرعية على مستوى القضاء، متوقف على قيمة أموال المحجور عليه؛ فإن كانت أقل من الحد الذي وضعه المشرع فلا مجال للحديث عن الرقابة، وإن تعدت تلك القيمة فإنه يفتح الملف ويصبح الوليّ خاضعاً لرقابة القاضي.

– أعطى المشرع المغربي للقاضي السلطة في انقاص قيمة أموال المحجور عليه، أو الزيادة فيها، حماية لمصالحه.

المطلب الثاني: الصلاحيات المقررة للوصي على مال القاصر

يأتي نظام الوصاية في التدرج بعد الولاية، يخضع له القاصر بعد انعدام الولاية عليه؛ أي أن نفاذه متوقف على وفاة وليّه الشرعي، فيبدأ الوصي حينها شؤون الوصاية؛ سواء التي حددها له الوليّ، أم عينها له القاضي، فيكون ملتزماً دوماً بما خول له القيام به.

هذا، وقد عكف فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، على تنظيم جميع المسائل المتعلقة بهذا النظام، وبالخصوص من ناحية البيان الدقيق للسلطات التي يكتسبها الوصي، حتى يقوم بها بما يخدم مصلحة القاصر، ويحمي أمواله، ويمتنع عن إتيان ما يضرر بهذه المصلحة.

إن الصلاحيات المقررة للوصي على مال القاصر موضوع يستدعي الوقوف على مسألتين؛ أولهما بيان حدود تصرفات الوصي المحددة في الفقه الإسلامي (**الفرع الأول**)، ثم بيانها عند التشريعات العربية (**المطلب الثاني**).

الفرع الأول: حدود تصرفات الوصي المحددة في الفقه الإسلامي

أولى فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، أهمية لنظام الوصاية، لا تقل شأناً عن الولاية على القاصر، فسعياً منهم لتوسيع نطاق الحماية التي تضمن عدم ضياع أموال هذا الأخير، وضعوا للوصي حدوداً لوصايته، تتمثل أساساً في التصرفات المدنية المختلفة التي يقوم بها بالشروط المقررة لها، خاصة فيما يتعلق بالإذن.

فأجاز له فقهاء المذاهب الأربعة والتشريعات العربية، القيام ببعض التصرفات التي حددت له في إطار مباشرته لشؤون الوصاية، فلا ينبغي له الخروج عنها. هذا، وإن ممارسة الوصاية على القاصر

أثارت خلافاً فقهياً حول مدى استحقاق الوصي لأجر يدفع له نظير عمله؛ فالأجر هو المحدد لطبيعة هذا العمل، إن كان بمقابل، أو تبرعاً، وحتى لو كانت هذه الوصاية بغير أجر، فلا يجب على الوصي التقاعس في أدائها، بل يكون تصرفه بأمانة، خاصة وأن الهدف الأسمى منها هو ضمان حماية أموال القاصر الموصى عليه.

وفيما يلي سنبين سلطات الوصي في الفقه الإسلامي، ينبغي الوقوف عند دراسة سلطات الوصي في الفقه الإسلامي (**أولا**)، ثم بيان الاختلاف حول استحقاق الوصي للأجرة (**ثانيا**).

أولا– سلطات الوصي في الفقه الإسلامي:

تحدث فقهاء الشريعة الإسلامية عن سلطات الوصي، باعتبارها مسألة ذات أهمية بالغة، لتعلقها بالقاصر، إذ إن أموال هذا الأخير تكون محلاً لهذه الوصاية، فيوظفها الوصي عن طريق إبرامه للعديد من التصرفات التي أباحتها له الشريعة الإسلامية، مع ضرورة حسن اختيار التصرف الأنسب الذي يتواءم والأساس من هذه الوصاية.

هذا، وتتمثل التصرفات التي يقوم بها الوصي في البيع والشراء، والاقتراض، والمتاجرة، والرهن، ونتطرق لكل تصرف على حدة كما يلي:

1– تصرف الوصي بالبيع والشراء:

لقد اختلف الفقهاء في مسألة تصرف الوصي عن طريق البيع والشراء، وفيما يلي نبين مواقفهم حول هذا التصرف، حسب الأحوال التي ذكروها.

فقد ذهب فقهاء الحنفية إلى التفريق بين بيع المنقول، والعقار عندما يتصرف الوصي بالبيع والشراء؛ حيث أجازوا له بيع المنقول بما يتغابن فيه الناس في مثله، ولا يجوز بما لا يتغابن فيه[1].

في حين اتفق الفقهاء حول جواز بيع عقار القاصر، غير أنهم اختلوا في السبب الذي يجوز من أجله هذا البيع، فهناك من أجاز بيع العقار والتصرف فيه مطلقاً، في حين يرى غيرهم بأن بيع عقار القاصر لا يكون إلاّ لضرورة، أو إذا كان في بيعه غبطة[2].

وما يبدو لنا، أن الرأي الثاني القائل بالتصرف للضرورة هو الراجح، فالضرورة هي المسوغ الشرعي للبيع، كأن تكون الغلة من بيع العقار موجهة للإنفاق على القاصر، أو على من تجب نفقتهم عليه، أو أن يخاف من تسلط جائر نحو العقار، أو أن يبيع العقار بضعف قيمته أو أكثر

---

[1] الزيلعي، تبيين الحقائق، ج.6، المرجع السابق، ص.211.

[2] يراجع: سلطان بن عبد الله السويلم العنزي، أحكام الوصاية على القاصرين في النظام السعودي، المرجع السابق، ص.99؛ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج.2، المرجع السابق، ص.322.

منه، ففي جميع هذه الحالات وغيرها، يتقرر للوصي جواز بالبيع والشراء ما دام العائد لمصلحة القاصر[1].

هذا، وقد اختلف الفقهاء حول مدى جواز بيع الوصي مال القاصر لنفسه، على قولين؛ حيث يرى أصحاب القول الأول جواز بيع الوصي مال الصغير لنفسه، وأن يشتري مال نفسه للصغير، بشرط وجود مصلحة ظاهرة للصغير القاصر عند الحنفية، وقال الإمام مالك يجوز في الشي اليسير[2].

أما القول الثاني، فيرى أصحابه عدم جواز بيع الوصي أو شرائه من مال الصغير لنفسه مطلقاً، وذلك لعدم وفور شفقته، ولوجود التهمة في هذا التصرف؛ لأنه قد يؤثر مصلحته على مصلحة القاصر، بخلاف الأب، وبه قال الشافعية، والحنابلة[3].

2- اقتراض الوصي من مال القاصر: ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى القول بعدم جواز قيام الوصي باقتراض مال الصبي المميز الذي تحت وصايته، فإن فعل ضمن ذلك، وهو ما قال به الحنفية، في حين ذهب المالكية إلى القول بعدم جواز إقراض الوصي للغير من مال القاصر، أما لنفسه، فيجوز إذا كان له مال يستوفي منه، والبعض الآخر، وهو موقف الشافعية والحنابلة، ذهبوا إلى القول بعدم الجواز أيضاً، إلاّ إذا كان لحظ الصغير المميز، وكان بقصد الإيداع للحفظ[4].

3- متاجرة الوصي بمال القاصر: قد يتصرف الوصي من خلال المتاجرة بمال القاصر، حيث اتفق الفقهاء على جواز هذه المتاجرة متى باشرها الوصي بنفسه، بمختلف طرق الاستثمار، غير أنهم اختلفوا في تصرف الوصي في مال القاصر، وذلك بدفع مال هذا الأخير للغير للاتجار به، كونه صاحب خبرة، فهناك من لم يجز هذا، إلاّ إذا كان الشخص الذي يسلم له المال وصي مشترك معه، وهناك من قال بالجواز بشرط أن يتولى الوصي مهمة الإشراف والمتابعة ومراقبة كل ما يقدم عليه الشخص الذي سلم إليه المال[5].

---

[1] أحمد علي عبد الحليم محمد، الحماية الجنائية للطفل في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، المرجع السابق، ص.635.

[2] يراجع: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج.6، المرجع السابق، ص.211؛ إبراهيم شمس الدين محمد بن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، تحقيق: جمال مرعشلي، ج.1، دار عالم الكتب، السعودية، 1423هـ، 2003م، ص.203.

[3] يراجع: الشربيني، مغني المحتاج، ج.2، المرجع السابق، ص.176؛ البهوتي، كشاف القناع، ج.3، المرجع السابق، ص.450

[4] يراجع: أشرف حنضل الشاعر، أحكام الوصاية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.ص.89-87؛ أحمد الحصري، الولاية، الوصاية، الطلاق في الفقه الإسلامي للأحوال الشخصية، ط.2، دار الجبل، لبنان، 1412هـ، 19992م، ص.122.

[5] يراجع: أشرف حنضل الشاعر، أحكام الوصاية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.88؛ سلطان بن عبد الله السويلم العنزي، أحكام الوصاية على القاصرين في النظام السعودي، المرجع السابق، ص.111.

4- رهن مال القاصر: اختلفت آراء الفقه حول مسألة رهن مال القاصر، فالبعض يقر بعدم جوازه، وسواء كان للوصي دين على الصبي المميز، أم رهن هذا المال لدين عليه، وهناك من قال بجواز رهن الوصي مال الصغير بدين نفسه عند الأجنبي؛ لأنه وصي يملك الإيداع[1].

ثانيا- الاختلاف حول استحقاق الوصي للأجرة:

إن تولي الوصي؛ سواء المختار من الأب، أم المعين من القاضي، قد يطرح مسألة تتعلق بأجر هذه الوصاية المستحق للوصي، بين مقر لها، وبين عدم القول بها؛ لأن الوصاية في الأغلب تكون عملاً تبرعياً.

وقيام الوصي بمهام الوصاية من بين المسائل التي اختلف حولها الفقهاء، ولهم في هذه المسألة ثلاثة آراء؛ أولها يرى أن الوصي لا يستحق أجراً على عمله؛ سواء كان غنياً، أم فقيراً، وثانيهما يرى أن الوصي يستحق الأجر إذا كان فقيراً، ولا يستحقه إذا كان غنياً، وثالثهما ذهب إلى القول إن الوصي يستحق أجراً؛ سواء كان غنياً، أم فقيراً[2].

وقد انبنى اختلاف الفقهاء في هذا الحكم على اختلافهم في مدلول قوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[3]، حيث ذهب كل توجه إلى تفسير منطوق الآية حسب الرأي الذي أدلى به؛ حيث قال أصحاب الرأي الأول: إن مطالبة الغني بالاستعفاف، ومطالبة الفقير بالأكل بالمعروف، تدل على أن الوصي لا يستحق أجراً، غنياً، أم فقيراً، إلاّ أن الفقير يباح له الأكل في حدود العرف، وهذا الأكل ليس أجراً، فيكون عمله من باب القربة.

وقال أصحاب الرأي الثاني: إن الآية لا تفرق بين الغني والفقير؛ حيث أمرت الغني بالاستعفاف عن أخذ الأجر، ورخصت للثاني في الأكل بالمعروف، فكان له الأجر المتعارف.

في حين قال أصحاب الرأي الثالث: إن الآية لا تمنع الوصي من أخذ أجر على عمله الذي يقوم به، بل جعلت للفقير أن يأكل بالمعروف؛ أي بمقدار جهده وأجره، والغني مثل الفقير في ذلك، إلاّ أنها ندبت له الاستعفاف عن مال القاصر استغناء بماله، حتى يكون عمله خالصاً لوجه الله[4].

---

[1] أحمد الحصري، الولاية، الوصاية، الطلاق في الفقه الإسلامي للأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.124.

[2] أدهم محمد شبل محمد الشرقاوي، الحماية الإجرائية لناقص وعديم الأهلية في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2019م، ص.146.

[3] القرآن الكريم، من الآية رقم 06.

[4] زكريا أحمد البري، أحكام الأولاد في الإسلام، ط.1، مطبعة المدني، دار المدني، مصر، السعودية، 1413هـ، 1992م، ص.101.

الفرع الثاني: سلطات الوصي في التشريعات العربية

تطرقت التشريعات العربية في نصوصها المتفرقة لبيان سلطات الوصي المقررة له ضمن حدود الوصاية، إذ أولت لها أهمية بالغة، خاصة فيما يتعلق بالتصرفات التي تتطلب الإذن من القاضي، إذ إن الوصي يكون ملزماً بطلب الإذن المسبق عند رغبته بإجراء تصرف معين.

ولم تقف التشريعات العربية عند هذا الحد، بل بينت كذلك الواجبات التي تضعها الوصاية على عاتق الوصي، والتي تعد ضماناً أساسياً يثبت فيه الوصي حسن قيامه بوظيفته، ووقوفه على التسيير الحسن لهذه الأموال.

ولأجل هذا الغرض، سنتطرق لبيان التصرفات التي يقوم بها الوصي على المال، ثم نحدد الواجبات الأساسية التي يقوم بها الوصي على هذا المال.

أولا– التصرفات التي يقوم بها الوصي على المال:

خول المشرع الجزائري للوصي على أموال القاصر السلطات نفسها التي منحها للولي، وهو ما نص عليه في المادة 95 من ق.أ[1]؛ ومعنى هذا أن الوصي يخضع للمواد 88، و89، و90، التي بينت التصرفات التي يتطلب على الولي الحصول فيها على الإذن من المحكمة المختصة، ومن ثم، تطبق عليه جميع الملاحظات التي ذكرناها عند الحديث عن سلطات الولي.

1– بيع مال القاصر وشراؤه: نصت بعض التشريعات على جواز بيع الوصي لمال القاصر مع وجوب حصوله على الإذن، ولا يتم هذا البيع إلاّ بالطريقة التي يحددها القانون، وهو ما أخذ به المشرع الأردني، والمشرع الإماراتي، والمشرع السوداني، والمشرع السوري، والمشرع العماني، والمشرع القطري، والمشرع الموريتاني[2].

في حين نص المشرع الكويتي على أنه للمحكمة الإذن للوصي ببيع عقار القاصر، بعد استعانتها بأهل الخبرة، وتأكد لها أن البيع هو لضرورة أو لمصلحة؛ وأن بيعه أولى من بيع غيره؛ بشرط أن يكون ثمن المبيع حالاً، وأن لا يوجد ثمن أعلى من الثمن الذي يباع به العقار[3].

---

[1] نص المشرع الجزائري في المادة 95 من ق.أ، على أنه: *"للوصي نفس سلطة الوليّ في التصرف وفقاً لأحكام المواد 88 و89 و90 من هذا القانون"*.

[2] يراجع: المادة 237 من ق.أ.ش.الأردني، والمادة 1/225 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 252 من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 1/378 من ق.أ.ش.السوري، والمادة 1/182 من ق.أ.ش.العماني، والمادة 24/ من قانون الولاية على مال القاصرين القطري، والمادة 1/189 من م.أ.ش.الموريتانية.

[3] وهو ما ورد في المادة 30 من وثيقة القانون الموحد لرعاية القاصرين الكويتي.

وأضاف المشرع الكويتي بخصوص شراء الوصي عقار للقاصر ما يلي: "للمحكمة أن تأذن للوصي بشراء عقار للقاصر إذا ثبت لديها أن شراء ذلك العقار فيه مصلحة للقاصر وكان الثمن عادلاً"[1].

بينما ذهب المشرع الموريتاني إلى تعداد مجموعة من الشروط يجب أن تثبت للقاضي، حتى يمنح الإذن ببيع العقار، وهو ما ورد في المادة 190 من م.أ.ش، على النحو الآتي: "يصدر القاضي إذنه في بيع العقار إذا ثبت لديه شرعاً ما يلي: أن بيع العقار تقتضيه ضرورة؛ أحقية ذلك العقار بالبيع دون غيره؛ إخضاع بيعه بالمزاد العلني؛ عدم وجود زائد على الثمن الذي أعطي فيه؛ كون الثمن نقداً وحالاً".

ويلاحظ أن المشرع الموريتاني كان أكثر تشدداً في بيان شروط بيع عقار القاصر من طرف وليّه، حماية له، عكس باقي التشريعات التي أوجبت الإذن والمزاد، أو الإذن فقط.

كما اشترط المشرع الموريتاني المصلحة الظاهرة، في حالة شراء الوصي أو المقدم لممتلكات القاصر، وهو ما نص عليه في المادة 192 من م.أ.ش.

2- المقايضة بمال القاصر: نصت بعض التشريعات العربية على مقايضة الوصي بمال القاصر، مع ضبطه بضرورة الإذن المسبق، الذي بدونه يمنع عليه مباشرتها، وهو ما نص عليه المشرع الإماراتي، والمشرع السوداني، والمشرع السوري[2].

3- التصرف في السندات أو الأسهم: السند هو التزام ديني خطي محدد الشكل بدقة، يعطي حامله حقاً بمطالبة الشخص الذي وقع المحرر دفع المبلغ المدون فيه في موعده المحدد، أما الأسهم فهي صكوك متساوية القيمة، وقابلة للتداول بالطرق التجارية، والتي يتمثل فيها حق المساهم في الشركة، لا سيما حقه في الحصول على الأرباح[3].

وقد نصت بعض التشريعات على ضرورة الحصول على الإذن حتى يستطيع الوصي بالتصرف في هذه السندات والأسهم، وهو موقف المشرع الإماراتي، والمشرع السوداني، والمشرع العماني[4].

---

[1] المادة 31 من وثيقة القانون الموحد لرعاية القاصرين الكويتي.

[2] يراجع: المادة 1/225 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 252 من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 1/378 من ق.أ.ش.السوري.

[3] أحمد بن محمد الخليل، الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، ط.1، دار ابن الجوزي، السعودية، 1424هـ، ص.47، وص.80.

[4] يراجع: المادة 2/225 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 252/ب من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 2/182 من ق.أ.ش.العماني.

4- رهن الوصي لمال القاصر: اختلفت التشريعات العربية حول رهن الوصي لمال القاصر، فهناك من اشترط فيه الإذن، كالمشرع الإماراتي، والمشرع السوداني، والمشرع السوري، والمشرع العماني، والمشرع الموريتاني[1].

بينما فصل المشرع الأردني موقفه بهذا الصدد فأجاز رهن الوصي لمال القاصر أو المحجور عند أجنبي؛ وذلك بسبب وجود دين له عليهما[2]. بينما منع عليه رهن ماله عند الصغير أو المحجور عليه، أو ارتهان مال أيهما لنفسه، حسب ما نص عليه في المادة 238/ب من ق.أ.ش.

5- التبرع بمال القاصر: سبق البيان أن الوليّ يمنع من التبرع بمال القاصر، كأصل عام، غير أن بعض التشريعات نص على جواز ذلك، لأجل أسباب معينة، وهو الموقف الذي تبناه المشرع المصري[3].

كما تبنى المشرع البحريني هذا الموقف بقوله إنه لا يجوز للوصي التبرع بمال القاصر، ومع ذلك إن كان في أموال هذا الأخير سعة، فإنه يجوز للوصي أن يتبرع بمال القاصر بما لا يبهضه إذا كان ذلك لأداء واجب إنساني، أو عائلي، وكل هذا بشرط الحصول على الإذن[4]. وهو الأمر ذاته بالنسبة للمشرع العراقي.

من خلال هذا العرض، يتبين أن التشريعات العربية كانت أكثر تشدداً بالنسبة لسلطات الوصي، فبالإضافة إلى هذه التصرفات المختلفة، نصت هذه التشريعات على غيرها تدرج ضمن نطاق تصرفاته، عكس ما فعله المشرع الجزائري؛ حيث اكتفى بإسناد نفس التصرفات التي أجازها له القانون، وقيده بالإذن والمصلحة، ونظراً لتشعبها ارتأينا دراسة بعض التصرفات على سبيل التمثيل فقط.

ثانيا- الواجبات الأساسية التي يقوم بها الوصي على المال: نصت التشريعات العربية على واجبات تقع وجوباً على الوصي، يلتزم بتنفيذها؛ سواء أثناء فترة الوصاية، أم بعد انتهاء وصايته، وعليه نبين هذه الواجبات حسب ما ورد في النصوص القانونية على النحو الآتي.

---

(1) يراجع: المادة 1/225 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 252 من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 1/378 من ق.أ.ش.السوري، والمادة 1/182 من ق.أ.ش.العماني، والمادة 1/189 من م.أ.ش.الموريتانية.

(2) المادة 238/أ من ق.أ.ش.

(3) يراجع: المادة 38 من ق.و.ع.م، إذ نصت على أنه: *"لا يجوز للوصي التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي وبإذن من المحكمة"*.

(4) المادة 30 من ق.و.ع.م.

1- تقديم كشف حساب بالأموال:

نص المشرع الجزائري على بعض الواجبات التي تقع على الوصي، وذلك بموجب المادة 1/97 من ق.أ، التي جاء فيها ما يلي: "على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهدته ويقدم عنها حساباً بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاضي الذي رشد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته".

ومن خلال هذه المادة نبدي الملاحظات الآتية:

- وضع المشرع الجزائري على عاتق الوصي واجب تقديم حساب بأموال القاصر التي كانت في عهدته، مع المستندات التي توضح ذلك، غير أن المشرع الجزائري بين أن هذا الواجب يتعلق بالوصي الذي انتهت مهمته، غير أنه كان من الأحسن أن يكون هذا الإجراء منذ بداية الوصاية، وعند كل تصرف، وبشكل مستمر، ودوري، لتحقيق حماية أكيدة لهذه الأموال.

- نص المشرع الجزائري على أن الحساب الخاص بأموال القاصر يقدمه الوصي إلى من يخلفه؛ وهذا لا يتوافق وأحكام الوصاية، خاصة وأنها لا تنتقل بإرادة الوصي، ولا تنتقل بالخلافة.

ومن التشريعات التي تمشت في نصوصها مع موقف المشرع الجزائري، نجد المشرع السوداني، والمشرع العماني، والمشرع الأردني، والمشرع الإماراتي، والمشرع الموريتاني[1].

والمشرع الكويتي تمشى هو الآخر مع هذا التوجه، من خلال نصه: "إذا انتهت الوصاية بثبوت رشد القاصر، أو موت الوصي أو الحجر عليه أو اعتباره غائباً أو لأي سبب آخر، التزم الوصي أو ورثته أو من ينوب عنه بتسليم أموال القاصر إليه في حال رشده، وفي غيرها من الحالات إلى الهيئة، مشفوعة بكشف حساب مؤيد بالمستندات خلال فترة ثلاثين يوماً التالية لانتهاء الوصاية".

من خلال موقف المشرع الكويتي يمكن إبداء بعض الملاحظات نذكرها في النقاط الآتية:

- إن تسليم الأموال إلى القاصر بعد رشده واجب يقع على عاتق الوصي، فإن كان غير موجود تكفل بذلك ورثته من بعده.

- في الحالات التي تنتهي فيها الوصاية لأسباب تتعلق بالوصي، يلتزم هذا الأخير أو ورثته بتسليم أموال القاصر إلى الهيئة العامة المكلفة بشؤون القاصرين، وذلك بسبب عدم رشد القاصر، أو طرأ عليه عارض في أهليته.

---

[1] يراجع: المادة 257 من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 188 من ق.أ.ش.العماني، والمادة 243 من ق.أ.ش.الأردني، والمادة 1/231 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 199 من م.أ.ش.الموريتانية.

– ألزم المشرع الكويتي الوصي أو ورثته بتقديم كشف حساب مع الإثباتات التي تؤيد صحتها بعد انتهاء الوصاية بالفترة المحددة.

في حين أخذت باقي التشريعات توجهات مختلفة بشأن التزامات الوصي أثناء وصياته؛ فذهب توجه إلى إلزام الوصي بتقديم حساب عن إدارته لأموال القاصر قبل نهاية كل سنة من تعيينه، وهو موقف المشرع المصري، والمشرع الليبي، والمشرع البحريني، والمشرع السوري، والمشرع القطري[1].

وقد أشار المشرع المغربي أن الحساب الذي يقدمه الوصي، تتم مراقبته من طرف محاسبين يعينهما القاضي، وهو ما نص عليه في المادة 1/255 من م.أ، بقولها: "يجب على الوصي أو المقدم أن يقدم إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين حساباً سنوياً مؤيداً بجميع المستندات، على يد محاسبين يعينهما القاضي".

كما أضاف المشرع أن كشوف الحساب تعاين ويتحقق من صحتها قبل المصادقة عليها، وهو ما ورد في المادة 2/255، على النحو الآتي: "ولا يصادق على هذه الحسابات إلاّ بعد فحصها ومراقبتها والتأكد من سلامتها".

ويلاحظ أن المشرع المغربي كان موفقاً بباقي التشريعات التي تبنت هذا التوجه، حيث نص على ضرورة التأكد من صحة الكشف الحسابي الذي يقدمه الوصي، حتى يصادق عليه من طرف القاضي المختص، فإن وجد خللاً بهذه الحسابات، تتخذ الإجراءات المقررة ضد الوصي حماية لحق المحجور[2].

وهناك بعض التشريعات من أقر بإمكانية إعفاء الوصي من هذا الحساب، وذلك إذا كانت أموال القاصر لا تتعدى قيمة محددة حسب كل تشريع، وهو موقف المشرع المصري، والمشرع الليبي، والمشرع البحريني، والمشرع السوري[3].

وأضاف كل من المشرع المصري، والمشرع البحريني، أنه سواء قدم الوصي كشف الحساب خلال كل سنة، أم أعفاه القاضي، فإنه يجب على الوصي الذي يستبدل به غيره، تقديم هذا

---

[1] يراجع: المادة 45 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 72 من قانون تنظيم أحوال القاصرين الليبي، والمادة 1/33 من ق.و.ع.م.البحريني، والمادة 1/381 من ق.أ.ش.السوري، والمادة 5/25 من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري.

[2] حسب نص المادة 3/255 من م.أ.المغربية.

[3] يراجع: المادة 45 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 2/33 من ق.و.ع.م.البحريني، والمادة 2/381 من ق.أ.ش.السوري.

الحساب[1]، مما يعني هذا أن هذا الواجب مقرر على كل وصي؛ سواء كان الأول، أم الذي يتولى شؤونها بعده.

2- إيداع أموال القاصر في حساب بنكي: أوجبت بعض التشريعات على الوصي أن يودع أموال القاصر في البنك، كالأوراق المالية، والمصوغات، والمجوهرات وغيرها، ولا يمكنه أن يسحب منه بدون إذن من المحكمة المختصة، وهو موقف المشرع المصري، والمشرع الليبي، والمشرع البحريني[2].

في حين ألزمه المشرع القطري بهذا الإجراء، ولكنه لم يوجب عليه الإذن عند السحب منه[3]. فإلزام الوصي بفتح حساب بنكي للقاصر، هو ضمانة قانونية لأمواله، وكان من الأحسن أن يعززها القانون برقابة القاضي المختص؛ حيث يقرر إجراء رقابة دورية على هذا الحساب.

إن الحديث عن قيام الوصي بواجباته، يدعونا إلى بيان موقف التشريعات العربية حول مسألة مدى استحقاق الوصي لأجر نظير قيامه بشؤون الوصاية، هذا، وقد توجهت غالبية التشريعات العربية إلى القول إن الوصاية تكون بغير أجر كأصل عام، واستثناءً إذا طلبها الوصي، فينظر القاضي في طلبه ويقدر إن كان يستحق أجراً، فإن وافق حدد قيمتها من يوم الطلب[4].

---

[1] يراجع: المادة 44 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 3/33 من ق.و.ع.م.البحريني.

[2] يراجع: المادة 2/45 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 71 من قانون تنظيم أحوال القاصرين الليبي، والمادة 1/32 من ق.و.ع.م.البحريني.

[3] نص المشرع القطري في المادة 3/23 من قانون الولاية على أموال القاصرين، على ما يلي: *"يقوم الوصي: بإيداع ما يحصله من أموال القاصر في حساب باسم القاصر في البنك العاملة في الدولة، والسحب منه"*.

[4] يراجع: المادة 46 من ق.م.ع.م.المصري، والمادة 264 من م.أ.المغربية، والمادة 73 من القانون المتعلق بتنظيم أحوال القاصرين الليبي، والمادة 34 من ق.و.ع.م.البحريني، والمادة 227 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 194 من م.أ.ش.الموريتانية.

الفصل الثاني: الضمانات المقررة لحماية مال القاصر من خلال ممارسة شؤون النيابة الشرعية

إن الوضع الشرعي والقانوني للقاصر يقضي بضرورة حماية أمواله، ولعدم قدرته على ذلك، منح أمر تصريف هذه الأموال وتسييرها لأشخاص توافرت فيهم الشروط الكافية لتولي مهام النيابة عليه؛ سواء عن طريق الولاية، أم الوصاية.

ومن ثم، يصبح الوليّ بموجب قواعد الولاية، والوصي بموجب أحكام الوصاية ملزمان شرعاً وقانوناً بما تمليه عليهما نيابتهما؛ حيث يؤديان ما عليهما، ولا يتجاوزا حدود ذلك، فإن لم يلتزما بواجبهما، أو تجاوزها بما يكون عكس مصلحة القاصر يصبحان مخلين، ومسؤولان عن أفعالهما التي ألحقت الضرر بأموال هذا القاصر.

وإن إقرار مسؤولية النائب الشرعي، ومعاقبته على أفعاله المضرة بأموال القاصر تعد سبباً اضطرارياً لوقف أو نهاية الولاية، أم الوصاية على هذا القاصر، كما قد تنقضي لأسباب أخرى. سواء كانت مؤقتة، أم دائمة، فإن هذه النيابة قررت لنفس هذه الأسباب، فإن انتفت الأحوال التي بموجبها شرعت الولاية، أو الوصاية، انقضت هذه النيابة.

وعليه، فإن الحديث عن الضمانات المقررة لحماية مال القاصر من خلال ممارسة شؤون النيابة الشرعية يتضمن مسألتين؛ أولهما محاسبة النائب لكيفية إدارته النيابة الشرعية على مال القاصر (**المبحث الأول**)، وثانيهما بيان كيفية انقضاء الوصاية على مال القاصر في الفقه الإسلامي والقانون (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول: محاسبة النائب لكيفية إدارته النيابة الشرعية على مال القاصر

سبق البيان أن الولاية تكون للوليّ الشرعي أصالة، وقد وقع الاختيار على أحقية الأب في توليها، لوفور شفقته بابنه، ولافتراض حسن تسييره، والعمل على عدم تعرضه لما يهدده بالضياع أو التبذير، فإن كان الأب قد شرعت له الولاية لهذا السبب، فضلاً عن اشتراط أمانته، مع وجوب رجوعه للقاضي لاستشارته في تصرف ما، وتقدير مصلحة القاصر فيه، فالأمر أشد وأكبر من هذا بالنسبة للوصي.

ولقد اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، جملة من المواصفات التي تتطلب توافرها في الوصي من أجل اختياره وصياً على القاصر، كأمانته، وحسن قيامه بشؤون الوصاية

وغيرهما، فإن كان الفقهاء والتشريعات العربية قد غضوا النظر عن مدى إخلال الوليّ في تصرفاته تجاه القاصر ما عدا البعض، فإنهم بينوا أحكام إخلال الوصي، لكثرة واحتمال وقوعه بسوء نية.

وبين فقهاء الشريعة الإسلامية وبعض التشريعات العربية، الحالات التي يعد بموجبها الوصي مخلاً بواجب الوصاية، فمنها من قرر الضمان، والبعض الآخر حمله المسؤولية بحسب نوع الفعل الذي يأتي به.

هذا، وبغرض بيان كيف تتم محاسبة النائب لكيفية إدارته النيابة الشرعية على مال القاصر، نذكر ما أتى به فقهاء الشريعة الإسلامية (**المطلب الأول**)، ثم بيان المسؤولية المترتبة على الوصي بسبب إخلاله (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية من مساءلة النائب الشرعي

توجه أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية في حديثهم عن مساءلة النائب الشرعي إلى بيان حالات مختلفة، كهلاك الشيء المملوك للقاصر، أو هلاك ماله، أو منازعة القاصر لوليّه أو وصيّه في النفقة عليه.

كما تطرقت التشريعات العربية في نصوصها إلى ذكر واجبات النائب الشرعي، والتشديد على الالتزام بها، فإن خالف ذلك يعد مخلاً بموجب أحكام الولاية، أم الوصاية.

ولأجل هذا، سنبين موقف الفقهاء في هذه المسألة (**الفرع الأول**)، ثم بيان موقف التشريعات العربية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من مساءلة النائب الشرعي

تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية إلى الحديث عن مساءلة النائب الشرعي القائم على شؤون أموال القاصر، من زوايا مختلف، وقد انفرد كل مذهب ببيان حالات معينة إن تحققت تطرح مسألة مساءلة الوصي عن أعماله في مال القاصر. وفيما يلي بيان لها.

أولا– موقف مذهب الحنفية من مساءلة النائب الشرعي:

ذكر فقهاء الحنفية عدة حالات تتعلق بمساءلة الوليّ والوصي على أموال القاصر نبينها في النقاط الآتية:

– إذا تصرف الأب في الأشياء التي لم توجد وضاع الثمن، أو اتجر وخسر في التجارة مثلاً، ففي هذه الحالة لا يكون ضامناً.

– إن الأموال المملوكة للأولاد الصغار لا تبقى بحالة واحدة بل قد تزيد أو تنقص، لذلك احتيج إلى محاسبة الوليّ عليها ليستلمها على ما هي، بقطع النظر عما طرأ عليها من نقص أو زيادة، لأنه قائم مقامه، وكل شيء يدعيه الأب حال المحاسبة يحسب من مالهم إن صدقوا قوله؛ لأن الأموال ملكهم.

– للأولاد الصغار أن يقروا على ما يدعيه وإن نازعوه فيما يدعيه، بأن قال صرفت عليهم في صغرهم مبلغ كذا وعارضوه في ذلك؛ فإن كان الظاهر لا يكذبه، بأن كانت المدة تحتمل صرف هذا المبلغ صدق قوله بيمينه. أما إن كان الظاهر يكذبه، كما لو كان المبلغ الذي يدعي صرفه يزيد عن لوازمهم في تلك المدة، فهنا إن قدم سبباً مقبولاً ،كأن قال اشتريت طعاماً فسرق، أو كسوة فاحترقت، صدق إن لم يدع تكرار ذلك مراراً، وأما إذا لم يقدم سبباً مقنعاً فلا يصدق بل تحسب نفقة المثل ويلزم بدفع الباقي[1].

– إذا كبر الصغار وأرادوا أن يحاسبوا وصيهم على ما أنفق عليهم، لينظروا إن أنفق بالمعروف أم لا، وطلبوا من القاضي أن يحاسبه، كان للقاضي أن يأمره، وكان لهم أن يطالبوا بالحساب، لكن لا يجبر على ذلك لو امتنع، والقول قوله فيما أنفقه بالمعروف ولم يسرف؛ لأنه أمين من جهة الميت (الوليّ) أو القاضي، وهناك من قال القول قوله مع اليمين فيما جعل أميناً[2].

– اتفق فقهاء الحنفية أن الوصي يقبل قوله فيما يدعيه من الإنفاق بلا بينة، إلاّ في اثني عشرة مسألة، ومن بين هذه المسائل التي تتعلق بأموال الصغير، ادعاءه بأن اليتيم استهلك مالاً آخر فدفع ضمانه، أو أذن له بتجارة فركبه ديون فقضاها عنه، أو أنه زوج اليتيم امرأة ودفع مهرها من ماله وهي ميتة[3].

ثانيا– موقف فقهاء المالكية من مساءلة النائب الشرعي:

أجاز فقهاء المالكية للصبي بعد رشده محاسبة الوصي ومنازعته على النفقة، فإن قال الوصي أنفقت على اليتامى أموالهم أو بعضها، فإن كانوا في حجره؛ فالقول قوله في السداد، وإن كانوا عند أمهم أو أخيهم أو غيرهما؛ لم يصدق إلاّ ببينة، لأنه أمين ولا بد من يمينه[4].

---

[1] محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج.2، مكتبة النهضة، لبنان، العراق، بدون تاريخ النشر، ص.ص.130-131.

[2] البغدادي، مجمع الضمانات، م.2، المرجع السابق، ص.865.

[3] ابن عابدين، رد المحتار، ج.10، المرجع السابق، ص.ص.435-437.

[4] محمد بن عرفة الورغمي التونسي، المختصر الفقهي، تحقيق: حافظ عبد الرحمن محمد الخير، ط.1، مؤسسة خليف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية، الإمارات، 1435هـ، 2014م، ص.ص.516-517.

كما يحاسب الوصي أيضاً إذا نازعه الصبي بعد بلوغه ورشده، وطالبه بدفع ماله إليه الذي بحوزته، فلا يقبل قول الوصي إلاّ ببينة، لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾[1]، أما إذا كان قبل البلوغ فلا يصدق ولو وافقه[2].

ثالثا– موقف مذهب الشافعية من مساءلة النائب الشرعي:

ذهب فقهاء الشافعية للقول إنه إذا بلغ الصبي أو أفاق من الجنون، أو رشد السفيه، ونازع الوصي في أصل أو قدر نحو الإنفاق اللائق بحاله، أو على مونّه، صدق قول الوصي بيمينه، أما غير اللائق، فيصدق الولد فيه قطعاً بيمينه لتعدي الوصي بفرض صدقه، ولو تنازعا في الإسراف وعين القدر، نظر فيه وصدق من يقتضي الحال تصديقه، وإن لم يعين صدق الوصي، ولو اختلفا في شيء أهو لائق أو لا، ولا بينة، صدق الوصي بيمينه، وإن تنازعا في دفع المال إلى الصبي بعد البلوغ أو الإفاقة أو الرشد، صدق الولد بيمينه ولو على الأب لعدم عسر إقامة البينة عليه[3].

رابعا– موقف مذهب الحنابلة من مساءلة النائب الشرعي:

لقد بين فقهاء الحنابلة الحالات التي يتنازع فيها الصبي مع وليّه أو وصيه، محاسبة توجب مسؤوليتها، نذكرها كما يلي:

– إذا زال الحجر عن الصغير أو المجنون أو السفيه، فادعى أحدهم على الوليّ تعدياً في ماله أو ادعى ما يوجب ضماناً من تفريط أو محاباة أو تبرع ونحوه بلا بينة، فقول الولي؛ لأنه أمين كالمودع، حتى في قدر النفقة عليه، أو كسوة، أو قدر نفقة وكسوة على مال المحجور من رقيق وبهائم.

– وكذا يقبل قوله في قدر النفقة على من تلزمه نفقته من زوجة وقريب، أو قدر نفقة على عقاره، إن أنفق عليه في عمارة بالمعروف من ماله؛ أي مال الوليّ ليرجع على المحجور عليه.

– إذا اختلف الصبي مع الوصي في تاريخ وفاة الأب حتى يرجع بنفقته عليه، كأن قال الوصي: أنفقت عليك مدة ثلاث سنين، وقال اليتيم: بل مات أبي منذ سنتين وأنفقت علي من أوان موته، فقول اليتيم بيمينه[4].

هذا، وقد ذكر الفقيه السروجي في كتابه أدب القاضي، مسائل متفرقة تتعلق بالوصي على مال الصبي، نبينها على النحو الآتي:

---

[1] القرآن الكريم، سورة النساء، من الآية رقم 06.

[2] الخرشي، مختصر الخرشي، ج.8، المرجع السابق، ص.195.

[3] الرملي، نهاية المحتاج، ج.6، المرجع السابق، ص.109.

[4] البهوتي، كشاف القناع، ج.3، المرجع السابق، ص.456.

– إذا تعرض شخص ظالم متغلّب للوصي وطلب منه بعض مال اليتيم، فأعطاه إن كان خائفاً من القتل أو إتلاف بعض أعضائه فهنا لا ضمان عليه لليتيم، وإن كان يخاف الضرب أو الحبس ودفعه، ضمن.

– إذا أنفق الوصي في خصومة للصغير، فلا ضمان عليه إذا كان ذلك على وجه الإجارة، وإن كان على وجه الرشوة، لا يجوز وضمن؛ لأنه إعطاء على وجه غير مستحق.

– إذا دفع الوصي إلى المحجور عليه ماله أو أودعه إياه فضاع أو أتلفه، ضمن الوصي.

– إذا أخذ الوصي شيئاً من مال اليتيم، وأنفقه على نفسه ثم ردّه مثل ما أنفق، لا يبرأ من ضمانه حتى يسلمه إياه بعد البلوغ[1].

ويتضح من خلال ما سبق عرضه، أن الفقهاء بحديثهم عن منازعة الصبي بعد بلوغه ورشده، للوليّ في حالات معينة، أو الوصي، فإنهم أقروا مساءلة هؤلاء في كيفية إدارتهم لأموال هذا الصبي، وهذه المحاسبة كما رأينا لم توجب عقوبة جنائية توقع على النائب الشرعي، بل ألزمت في بعض الأحيان بالضمان.

الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية من إخلال النائب الشرعي بواجباته

إن إخلال الوصي بالواجبات التي تقع على عاتقه، يعد مخالفة لما تقتضيه أحكام الوصاية، وهذا الإخلال قد يكون تعمداً، أو قد يكون إهمالاً أو تهاوناً منه، وفي هذا كله يعد الوصي مخلاً ومسؤولاً عن إهماله.

وقد اختلفت توجهات التشريعات العربية في حديثها عن إخلال الوصي بواجبات الوصاية، بل أكثر منه هذا، فالبعض منها حملته مسؤولية نتيجة أفعاله التي ألحقت ضرراً بأموال القاصر الذي دعى المشرع إلى حماية أمواله.

وعليه سنبين موقف المشرع الجزائري، ثم بيان موقف باقي التشريعات العربية من المسألة.

أولا– موقف المشرع الجزائري من إخلال النائب الشرعي بواجباته:

لم يشر المشرع الجزائري في ق.أ إلى الإجراء الذي قرره القانون عند إخلال النائب الشرعي بواجباته، غير أنه بالرجوع إلى ق.إ.م.إ، نجد ما نص عليه المشرع بموجب المادة 473 التي ورد فيها

---

[1] أبو العباس شمس الدين أحمد بن إبراهيم بن عبد الغني السروجي، كتاب أدب القضاء، تحقيق ودراسة: صديقي بن محمد ياسين، ط.1، دار السلام الإسلامية، لبنان، 1418هـ، 1997م، ص.152، وص.502، ص.527.

ما يلي: "إذ قصر الوليّ أو الوصيّ أو المقدم في أداء مهامه، يتخذ القاضي جميع الإجراءات المؤقتة الضرورة لحماية مصالح القاصر بموجب أمر ولائي".

وحسب هذا النص، إذا بلغ علم القاضي تقصير الوليّ في أداء مهامه، فإنه يتخذ جميع الإجراءات المؤقتة الضرورية لحماية القاصر بموجب أمر ولائي[1]؛ والأوامر الولائية هي إجراءات مؤقتة، لا تمس أصل الحق، وتكون صادرة من سلطات قانونية إما بناءً على طلب من له مصلحة، أو بشكل تلقائي[2].

والأمر الولائي يدخل ضمن صلاحيات قاضي شؤون الأسرة الذي يصدره لاحتمال تقصير من يتولى الولاية، أو الوصاية، أو المقدم، في المهام المنوطة بهم، وفي مثل هذا الحال، يقع على القاضي أن يتخذ إجراءً وقتياً بغرض حماية مصالح القاصر[3]، وهذا تطبيقاً لنص المادة 424 من ق.إ.م.إ التي تقضي بدور القاضي في السهر على حماية مصالح القصر.

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يبين بموجب هذه المادة 473 من ق.إ.م.إ الحالات التي يعد الوليّ مقصراً في مهام ولايته على أموال القاصر، ولم يوضح الإجراءات التي أشار إليها، غير أنه وبالرجوع إلى موقع هذه المادة في ق.إ.م.إ، المتعلق بقسم الولاية على أموال القاصر، وبالتحديد في الجزء الخاص بتعيين الوصي والمقدم، يمكن استنتاج إحدى الحالات التي يمكن أن تعتبر تقصيراً من طرف الوليّ، وهي ما نص عليه المشرع في المادة 90 من ق.أ التي قضت بما يلي: "إذا تعارضت مصالح الوليّ ومصالح القاصر يعيّن القاضي متصرفاً خاصاً تلقائياً أو بناء على طلب من له مصلحة".

فتعارض مصلحة الوليّ مع مصلحة القاصر، هو تقصير من جانبه في أداء المهام الرئيسية المقررة بموجب نظام الولاية على أمواله؛ حيث يصبح الوليّ غير مخول بإدارة هذه الأموال، نظراً لعدم تقيّده

---

[1] بربارة عبد الرحمن، شرح ق.إ.م.إ، المرجع السابق، ص.350.

[2] مشهور محمد الدعيس، الحكم القضائي والأمر الولائي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، الأكاديمية اليمنية للدراسات العليا، اليمن، 1435هـ، 2014م، ص.14.

[3] صورية حدادو، مرفت حدادو، الأوامر الولائية لقاضي شؤون الأسرة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، م.12، ع.4، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، ديسمبر 2019م، ص.10.

بما هو ملزم به[1]. ومن ثم، يصدر القاضي المختص بشؤون القصر أمراً ولائياً يتضمن تعيين وصي خاص لتولي مهام الولاية على الأموال.

أما إذا كان الأمر متعلقاً بالوصي، فكما سبق بيانه أن المشرع الجزائري ألزمه بتقديم حساب عن أموال القاصر التي كانت بحوزته عند انتهاء مهمته، يشرف عليه قاضٍ منتدب بأمر من الجهة القضائية التي أمرت به[2].

وقد أحال المشرع التفصيل في أمر هذا الحساب على المادة 591 من ق.إ.م.إ، التي نصت على ما يلي: "يتضمن الحساب بيان الإيرادات والمصروفات الفعلية، ويختتم بموازنة تلك الإيرادات والمصروفات مع تخصيص باب للأموال المطلوب تحصيلها، ويرفق بالحساب جميع المستندات المثبتة، ويقوم الملزم بالحساب بتقديمه والموافقة عليه إما شخصياً أو بواسطة وكيل خاص في الأجل المحدد...".

فإذا ثبت في الحساب المقدم تجاوز الإيرادات قيمة المصروفات، جاز لطالب الحساب أن يلجأ للقاضي المنتدب من أجل استصدار أمر تنفيذي يقضي باسترداد الفائض دون انتظار المصادقة على الحساب[3]. ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يبين من هو طالب الحساب، الذي قد يكون القاصر بعد بلوغه راشداً، أو القاضي المختص بشؤون هذا القاصر، ومن ثم يحاسب الوصي على كيفية تصرفه في أموال القاصر التي كانت بحوزته، غير أن المشرع لم يبين كيف تتم هذه المحاسبة، والعقوبة التي تتقرر عليه إن ثبت إخلاله.

ثانيا– موقف باقي التشريعات العربية من إخلال النائب الشرعي بواجباته: اختلفت توجهات التشريعات العربية في الحديث عن الأثر المترتب عند إخلال النائب الشرعي بشؤون نيابته، نبينها على النحو الآتي:

هناك تشريعات قررت الضمان، والتعويض، والحرمان من الأجرة، والعزل، كعقوبة لإخلال الوصي بواجباته، إذ يكون للقاضي الحكم بهذه العقوبات كلها أو بعض منها، فإن تدارك الوصي

---

[1] بلقاسم عقيلة، رباحي أحمد، رقابة القاضي على تصرفات الوليّ الشرعي في أموال القاصر في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص.21.

[2] نصت المادة 1/590 من ق.إ.م.إ.الجزائري على ما يلي: *"إذا أمرت أية جهة قضائية بتقديم حساب لتصفية حسابات أموال القاصر أو أموال الشركات المدنية، يمكنها ندب قاض وتحديد أجل لتقديم الحساب"*.

[3] المادة 593 من ق.إ.م.إ.الجزائري.

خطأه جاز إعفاءه منها، وهو ما تبناه المشرع السوري في المادة 389 من ق.أ.ش [1]. وهو موقف المشرع القطري، والمشرع الكويتي أيضاً، حيث نصوا على أنه: "إذا أخل الوصي بواجب من الواجبات المفروضة عليه بمقتضى أحكام القانون، أو امتنع دون عذر مقبول عن تسليم أموال القاصر، فإنه يكون ضامناً لكل ما يلحق القاصر من ضرر"[2]. ونص على هذا الأمر كذلك المشرع الموريتاني، غير أنه جعل الوصي ضامناً بعد انتهاء وصايته[3].

وذهب توجه آخر، زيادة على ما نص عليه المشرع السوري، إلى تقرير غرامة مالية، مع إمكانية منح كل الغرامة المدفوعة من الوصي إلى القاصر أو جزء منها بقرار من المحكمة، وهو ما تبناه المشرع المصري، ونص عليه في المادة 84 من ق.و.ع.م، حيث وردت كما يلي: "إذا قصّر الوصي في الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون أو أوقف تنفيذ القرارات التي تصدرها المحكمة جاز لها أن تحكم عليه بغرامة لا تزيد على مائة جنيه وحرمانه من أجره كله أو بعضه وعزله أو بأحد هذه الجزاءات. ويجوز للمحكمة أن تمنح القاصر هذه الغرامة أو جزء منها".

كما أجاز المشرع المصري إعفاء الوصي من الجزاء المالي كله أو بعضه، إذا نفذ واجباته بعد صدور الحكم الذي قضى بإخلاله بها، أو قدم أعذاراً للمحكمة لعدم قيامه بها[4].

وهناك توجه ثالث، ذهبت من خلاله بعض التشريعات إلى بيان الأمور التي يسأل عنها الوليّ، ويحاسب عليها، وهو موقف المشرع المصري، والمشرع البحريني، حسب الآتي بيانه:

- قررت أن الوليّ لا يسأل إلاّ عن خطأه الجسيم؛ غير أنها لم تضع معياراً تبين فيه جسامة الخطأ، حسب نص المادتين 24، و1/22 من ق.و.ع.م.المصري والبحريني على التوالي.
- يسأل الوليّ أو ورثته عن قيمة الأموال التي صرفها قبل بلوغ ابنه القاصر سن الرشد، وذلك بالنظر للقيمة وقت التصرف، وهو ما تمت الإشارة إليه في المادتين 25، و2/22 من ق.و.ع.م.المصري والبحريني على التوالي.

---

[1] يراجع: المادة 398 بفقرتيها (1 و2) من ق.أ.ش.السوري.

[2] يراجع: المادة 25 من قانون الولاية على أمال القاصرين القطري، والمادة 28 من وثيقة القانون الموحد لرعاية القاصرين الكويتي، والمادة 1/389 من ق.أ.ش.السوري.

[3] نص المشرع الموريتاني في المادة 201 من م.أ.ش، على ما يلي: *"إذا انتهت مهمة الوصي أو المقدم ورفض دون عذر مقبول تسليم ممتلكات القاصر لمن قام مقامه أو للقاصر بعد رشده ضمن ما تلف منها"*.

[4] نص المشرع الجزائري في المادة 24 من ق.و.ع.م، على ما يلي: "يجوز إعفاء الوصي من الجزاء المالي كله أو بعضه إذا نفذ الأمر الذي ترتب عليه الحكم أو قدم أعذاراً تقبلها المحكمة".

– أقر المشرع محاسبة الوليّ في ريع المال الموهوب للقاصر لأجل غرض معين كتعليمه، أو لتعلم مهنة، أو غيرهما، وفقاً للمادتين 25، 3/22 من ق.و.ع.م.المصري والبحريني على التوالي.

في حين نص المشرع المغربي على أن إخلال الوصي أو المقدم بواجباته، يعرضه للمساءلة، وهذا حسب نص المادة 257 من م.أ.المغربية.

المطلب الثاني: المسؤولية المترتبة على الوصي لمخالفة أحكام الوصاية

إن مسؤولية الوصي تتقرر بسبب ما يلحقه من ضرر بأموال القاصر، إما نتيجة إخلاله بواجباته، وإما عن طريق إتيانه بفعل يكيف على أساس جريمة معينة قضى القانون بالمعاقبة عليها.

وبالنظر إلى أن الوظيفة الأساسية للوصي تتمحور حول تسيير أموال القاصر، فإن كل ما يعتبر جريمة يستحق الوصي بموجبها العقاب، يكون محلاً لها؛ لأنه ارتكب أفعالاً مست بأموال ليست ملكاً له، وأؤتمن عليها.

ولهذا، سنتحدث عن المسؤولية المترتبة على الوصي لمخالفة أحكام الوصاية، إما من خلال تحميله المسؤولية (**الفرع الأول**)، وإما بمساءلة الوصي عما ارتكبه من جرائم عند أداء مهام الوصاية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: المسؤولية التي يتحملها الوصي بسبب مخالفة أحكام الوصاية

حملت بعض التشريعات العربية الوصي المخل بواجبه المقرر في نظام الوصاية عل أموال القاصر المسؤولية على أفعاله التي ألحقت ضرر مس الأموال التي عهدت إليه من أجل حمايتها.

وقد توجهت بعض التشريعات إلى تحميله مسؤولية تقصيرية، بينما ذهب البعض الآخر إلى تحمليه مسؤولية الوكيل. وفيما يلي شرح لكليهما.

أولا– تحمل الوصي المسؤولية بسبب تقصيره:

أقرت بعض التشريعات بأن الوصي يعتبر مسؤولاً بسبب ما يلحقه من ضرر بأموال القاصر نتيجة تقصيره في مهامه، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في المادة 98 من ق.أ، التي قضت بهذا الأمر.

هذا، وقد اختلفت الآراء في تكييف هذه المسؤولية، ويقول الأستاذ علي علي سليمان: "في الواقع إن مسؤولية الوصي مسؤولية عقدية؛ لأن الوصاية عقد يتم بين الموصي والوصي، وهي مسؤولية تقصيرية ناتجة عن إخلال الوصي بالتزامه الذي فرضه عليه القانون، ومنه للمتضرر الخيرة في

تأسيس دعواه؛ إما على أساس المسؤولية العقدية، وإما على أساس المسؤولية التقصيرية، ويتم تطبيق القواعد العامة بمراعاة نص المادة 124 من ق.م"[1].

وتمشى المشرع الموريتاني مع موقف المشرع الجزائري، بتحميل الوصي مسؤولية ما يلحق من ضرر بأموال القاصر نتيجة تقصيره ببعض واجباته، وهو ما ورد بنص المادة 200 من م.أ.ش.

وهو موقف المشرع السوري كذلك، حسب ما نص عليه في المادة 1/389 من ق.أ.ش، كما يلي: "إذا أخل الوصي بواجب من الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون كان مسؤولاً عما يلحق القاصر من ضرر بسبب تقصيره ويكون ضامناً له كالوكيل".

ثانيا– متابعة الوصي على أساس مسؤولية الوكيل: قد يخل الوصي بواجب الوصاية، مما قد يجعله مسؤولاً، وفي هذه الحالة يتقرر تحميله مسؤولية الوكيل، هذا وقد تطرح مسؤولية الوكيل بناءاً على إحدى الحالات الآتي ذكرها:

1– اختلاف الوكيل تجاه موكله إذا ادعى تلف المقبوض أو هلاكه: إذا ادعى الوكيل أن المال الموكل بقبضه هلك دون تعدٍ أو تفريطٍ، فعندئذٍ تبرأ ذمته؛ لأنه أمين، أما إذا كان المقبوض ثمناً، فيغرمه الموكل للبائع، كأن يزعم الوكيل أن ثمن الشيء الموكل بشرائه قد ضاع منه أو تلف، ففي هذه الحالة لا يكلف الوكيل إقامة البينة على التلف أو الهلاك، إلاّ إذا نجم التلف أو الهلاك بسبب حريق، فهنا يقع عليه إقامة البينة على وقوع الحدث الذي نتج الهلاك بسببه[2].

وإذا ادعى الغريم أنه أدى الحق إلى الوكيل، سواء كان الحق عيناً، أم ديناً، فأنكر الوكيل القبض، ثم أقام الغريم البينة على الوكيل أنه أقبضه الحق، فلما قامت البينة على الوكيل بالقبض اعترف به، وادعى التلف بلا تعد ولا تفريط، أو ادعى دفعه إلى الموكل، فعليه ضمان ذلك الحق للغريم أو الموكل، حتى لو أقام البينة التي تشهد له بالتلف أو الهلاك أو الدفع للموكل؛ لأنه لما أنكر القبض أولاً فقد كذب ببينته التي أقامها بعد ذلك[3].

---

[1] علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون تاريخ النشر، ص.132؛ نقلاً عن: عبد الحكيم بن شبري، الدور الإيجابي لقاضي شؤون الأسرة في مجال حماية أموال القاصر، ضمن كتاب حماية حقوق الطفل تشريعياً، فقهياً، قضاء، ط.1، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، 2017م، 2018م، ص.107.

[2] عبد الرحمن جمعة، مسؤولية الوكيل أمام موكله في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق الكويتية العالمية، ع.2، جامعة الكويت، رمضان 1439هـ، يونيو 2018م، ص.ص.10-11.

[3] إسماعيل عبد النبي شاهين، مسؤولية الوكيل في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.114.

2- اختلاف الوكيل والموكل في تعديه أو تفريطه في الحفظ ومخالفته أمر موكله: وذلك كأن يدعي عليه أنه حمل السيارة أو الدابة فوق طاقتها أو فرط في حفظها، أو أمره برد المال فلم يفعل، ونحوها، فالقول قول الوكيل أيضاً بيمينه؛ لأنه أمين، والوكيل أمين سواء كانت الوكالة بجعل، أم بغير جعل؛ لأنه نائب عن الموكل في اليد؛ أي الحيازة، والتصرف، فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك، فلا يضمن ما تلف في يده بلا تعدٍ[1].

3- اختلاف الوكيل والموكل في التصرف: كأن يقول الوكيل: بعت الثوب وقبضت الثمن فتلف، فيقول الموكل: بعت ولم تقبض شيئاً، أي أن الخلاف إما في حدوث البيع، أو في قبض الثمن بعد الاتفاق على البيع، فالقول قول الوكيل عند الحنفية، والحنابلة؛ لأنه يملك البيع والقبض فيقبل قوله فيهما، وعند الشافعية قولان، أصحهما أنه يصدق قول الموكل بيمينه؛ لأن الأصل عدم التصرف وبقاء ملك الموكل[2].

4- اختلاف الوكيل مع الموكل في قدر الثمن: إذا طلب الموكل من وكيله أن يبيع له سلعة وحدد له ثمنها، فخالف الوكيل وباعها بأكثر من الثمن المحدد لها، وكانت الزيادة من جنس الثمن، فإن الوكيل لا يكون ملزماً بالبيع إن لم يكن الموكل قد نهاه عن هذا، أما إذا كان قد نهاه عن ذلك، فيكون ملزماً به[3].

وقد ذهبت بعض التشريعات إلى قياس مسؤولية الوصي على مسؤولية الوكيل عند إخلاله بواجباته، وهو ما نص عليه المشرع المصري، والمشرع المغربي؛ حيث حملاه مسؤولية الوكيل بأجر، أما المشرع السوري فاعتبره ضامناً للضرر الذي لحق القاصر ومسؤولاً مسؤولية الوكيل[4].

الفرع الثاني: مساءلة الوصي عما ارتكبه من جرائم عند أداء مهام الوصاية

قد يرتكب الوصي الذي أوكلت له مهمة الوصاية على أموال القاصر، أفعالاً تكيّف على أساس أنها جريمة يعاقب عليها القانون، وقد كيفت أفعال الوصي في صورتين؛ إما تكون جرائم ماسة بالأموال، وإما يتابع بجريمة سوء الائتمان. وهو ما سنتطرق إليه بالشرح فيما يلي.

---

[1] الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، ج.4، المرجع السابق، ص.ص.789-790.

[2] المرجع نفسه، ص.790.

[3] إسماعيل محمد الشنديدي، مخالفة الوكيل موكله في البيع وأثرها في الفقه الإسلامي، مجلة كلية الشريعة والقانون، م.32، ع.3، جامعة الأزهر، مصر، يونيو 2017م، ص.ص.41-43.

[4] يراجع: المادة 86 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 257 من م.أ.المغربية، والمادة 1/389 من ق.أ.ش.السوري.

أولا– مساءلة الوصي عن الجرائم الماسة بالأموال:

جرائم الأموال هي الجرائم التي يكون المال محل الاعتداء فيها؛ حيث يرتكب الوصي جريمة تمس بأموال القاصر، مما يؤدي إلى مساءلته، وهذه الجرائم تتخذ صوراً مختلفة، فقد ترتكب عن طريقة السرقة، أو النصب والاحتيال، أو خيانة الأمانة.

1– سرقة أموال القاصر: يذهب البعض في تعريف السرقة إلى القول إن كل من اختلس شيئاً غير مملوك له يعد سارقاً، ويعاقب السارق بحسب العقوبة المقررة في كل تشريع، وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 350 من ق.ع.

وعليه، فإن إخلال الوصي يضعه أمام المساءلة بسبب جريمة السرقة، التي يرتكبها بقصد الاستيلاء على مال القاصر، رغبة منه في إثراء ذمته، كما أن هذا الوصي قد يخون هذه الأمانة، فيكون مسؤولاً حسب قواعد جريمة خيانة الأمانة؛ وهي إخلال الوصي بالثقة التي وضعت به، وتشترك مع جريمة السرقة في كونهما يهدفان إلى تبديد الأموال[1].

2– النصب والاحتيال على أموال القاصر: الاحتيال هو الاستيلاء على مال مملوك للغير بخداعه أو حمله على تسليم ذلك المال[2]، أو هو الاستيلاء على الحيازة الكاملة لمال الغير بوسيلة يشوبها الخداع تسفر عن تسليم ذلك المال[3]. ومن ثم، إن استعمل الوصي أي أسلوب تدليسي تجاه القاصر، بغية النصب على أمواله، فإنه يعتبر جانياً ومسؤولاً جنائياً.

فقد يلجأ الوصي إلى الاحتيال على القاصر، بأنه يجعله يمضي له تعهداً أو مخالصة تثبت أن القاصر يقر باستيلامه لجميع مستحقاته، وهو الأمر الذي نصت عليه بعض التشريعات العربية؛ حيث اعتبر أن هذا التعهد أو المخالصة قابلاً للإبطال، وهذا إن صدر التعهد أو المخالصة ضمن الوقت الذي يكون فيه الوصي ملزماً بتقديم الحساب السنوي للقاضي، وهو ما أخذ به المشرع المصري، والمشرع الإماراتي، والمشرع القطري، والمشرع الليبي، والمشرع الموريتاني[4].

---

[1] مليكة حفيظ، حماية المحجور بين قواعد الأهلية ونظام النيابة الشرعية في ضوء مدونة الأسرة، دراسة مقارنة، مطبعة النجاح الوطنية، المغرب، 1438هـ، 2016م، ص.ص.430-431.

[2] محمد هشام صالح عبد الفتاح، جريمة الاحتيال، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008م، ص.7.

[3] رحال عبد القادر، جريمة النصب والاحتيال بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، قسم الشريعة، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 1431هـ، 2010م، ص.25.

[4] يراجع: المادة 52 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 2/231 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 30 من القانون المتعلق برعاية أموال القاصرين القطري، والمادة 80 من القانون المتعلق بتنظيم أموال القاصرين الليبي، والمادة 202 من م.أ.ش.الموريتاني.

وما يلاحظ على موقف هذه التشريعات، أنها لم تعتبر هذا التعهد أو المخالصة جريمة، وإنما اعتبرته تصرفاً قابلاً للإبطال؛ لأنه صادر من القاصر، وهذا الأخير غير أهل للقيام بهذه التصرفات؛ إذ يعتبر تنازلاً صريحاً عن مستحقاته، فوجب عرضه على القضاء للتأكد من صحته.

وهذا الأمر عبر عنه المشرع الجزائري بالاستغلال، في المادة 1/380 من ق.ع؛ حيث نص بأنه: "كل من استغل حاجة لقاصر لم يكمل التاسعة عشرة أو ميلاً أو هوى أو عدم خبرة فيه، ليختلس منه التزامات أو إبراء منها أو أية تصرفات أخرى تشغل ذمته المالية وذلك إضراراً به يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000 د.ج".

ويلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع بيّن الوسيلة التي تنفذ بها هذه الجريمة؛ وهي توافر القصد الجنائي عند الجاني؛ إذ يكون عالماً بوضع القاصر فيستغله لصالحه، من أجل أن يختلس منه ما يعود عليه بالفائدة كتحرير القاصر لدين أو مخالصة للجاني، أو إقراضه مالاً، فالمشرع لم يذكر هذه التصرفات على سبيل الحصر، وإنما وسع منها لاحتمال وقوع أي تصرف بهذه الصورة[1].

وتجدر الإشارة إلى أن العقوبة التي قررها المشرع في جريمة استغلال القاصر من أجل اختلاسه، هي عقوبة تطبق على كل شخص استغله لهذا الغرض، في حين شدد العقوبة وجعلها من سنة إلى خمس سنوات حبساً، وبغرامة مالية من 1.000 إلى 15.000 د.ج، وهذا إذا كان المجني عليه؛ أي القاصر، تحت رعاية أو رقابة أو سلطة الجاني[2]، مما يعني أنه إذا كان الجاني وصي القاصر وارتكب هذه الجريمة، تطبق عليه عقوبة جنحة استغلال حاجة القاصر.

3- خيانة أمانة القاصر: تتحقق هذه الجريمة عن طريق اختلاس الأموال، وذلك بتحويلها من حيازة مؤقتة إلى حيازة دائمة بنية التملك، أو عن طريق تبديدها، وهذا يتحقق بفعل يخرج به الأمين الشيء الذي أؤتمن عليه من حيازته باستهلاكه أو بالتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو المقايضة وغيرها[3].

---

[1] غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.240.

[2] نصت المادة 2/380 من ق.ع.الجزائري على ما يلي: "*تكون العقوبة الحبس من سنة إلى خمس سنوات والغرامة من 1.000 إلى 15.000 د.ج إذا كان المجني عليه موضوعاً تحت رعاية الجاني أو رقابته أو سلطته، وفي جميع الحالات المنصوص عليها في هذه المادة يجوز أن يحكم أيضاً على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 وبالمنع بالإقامة وذلك لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر*".

[3] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج.1، الجرائم ضد الأشخاص، والجرائم ضد الأموال، وبعض الجرائم الخاصة، ط.9، دار هومة، الجزائر، 2008م، ص.361.

ومن ثم، يتوجب على الوصي أن يكون أميناً في مال من تحت ولايته، والقاعدة تستوجب التصرف في مال القصر، بما يحقق مصالحهم المالية، ويوفر الخير لهم، إذ إن الوصاية لا تعمل إلاّ في إطار المصلحة المالية لهؤلاء، ومن يعمل خارج هذه المصلحة، يكون مخالفاً لمهامه، مخالفة تستوجب مساءلته عن ما يلحق من ضرر بمال القاصر[1].

ثانيا– متابعة الوصي بجريمة إساءة الائتمان: يقصد بهذه الجريمة استيلاء شخص على مال منقول كان قد دخل بحوزته، بناء على عقد من عقود الائتمان، أو أي صورة من الصور التي نص عليها القانون، وذلك بالادعاء بتحويل الصفة من حائز للمال إلى المالك له[2].

ومن بين التشريعات التي نصت على هذه الجريمة، نجد المشرع السوري، حيث نص على أن عدم تسليم أموال القاصر للوصي الذي استبدل بالوصي الذي انتهت وصايته يعد إخلالاً بواجبه، ويجعله مسؤولاً في نظر القانون، وهو ما نص عليه في المادة 388 من ق.أ.ش، التي وردت على النحو الآتي: "إذا كان الوصي قد انتهت وصايته وامتنع دون عذر مقبول عن تسليم أموال القاصر لمن حل محله في الوصاية في المدة المحددة في المادة السابقة أحيلت قضيته للنيابة العامة بعد إنذاره بعشر أيام لإقامة الدعوى عليه بجريمة إساءة الائتمان".

ويلاحظ على المشرع السوري بخصوص هذه المسألة ما يلي:

– أنه اعتبر عدم تسليم أموال الوصاية للوصي الجديد إخلالاً بواجب الوصي السابق.

– إن امتناع الوصي عن تسليم هذه الأموال يكون لأسباب مقبولة، وفي غير ذلك يكون مخلاً.

– إن تدخل النيابة العامة في حالة امتناع الوصي عن تسليم أموال القاصر، يوحي باهتمام القانون بضمان حماية أكبر لهذه الأموال، والوقوف على كل إشكال يؤدي إلى إلحاق أي ضرر بها.

– إن امتناع الوصي عن تسليم الأموال، يجعله مجرماً بحسب مقتضيات جريمة إساءة الائتمان.

---

[1] مليكة الغنام، إدارة أموال القاصر على ضوء التشريع المغربي والعمل القضائي، مجلة الحقوق المغربية، الإصدار 3، المغرب، يونيو 2010م، ص.253.

[2] علاف خلف عبد القادر الشوابكة، ضوابط التمييز بين جريمة إساءة الائتمان وجريمة الاختلاس، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2015م، ص.12.

المبحث الثاني: طرق انقضاء نظام النيابة الشرعية في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية

يخضع القاصر لنظام النيابة الشرعية بصورها المختلفة بسبب حالته التي تدعو إلى حماية أمواله من التصرفات التي تؤدي إلى ضياعه، أو إسرافه، فأوكلت مهمة الحفاظ على هذه الأموال إلى الوليّ، ويمارس واجباته طبقاً لنظام الولاية، ثم يحل بعده الوصي، ويكون ملزماً بما يحدده له القانون بموجب نظام الوصاية.

وكما بينا سابقاً، أن الولاية الأولى في الترتيب، وتليها الوصاية بعد وفاة الوصي، وكما يتم إقرار أنظمة النيابة الشرعية على أموال القاصر، فإن كل نظام ينقضي متى توافرت أسباب ذلك، سواء تعلق الأمر بالولاية، أم بالوصاية.

ولقد بين فقهاء الشريعة الإسلامية، والتشريعات العربية الطرق التي ينقضي بها كل نظام يخضع له القاصر على أمواله؛ إما لأسباب تعود إليه، وإما لنائبه.

وعليه، خصصنا هذا المبحث المتعلق بطرق انقضاء نظام النيابة الشرعية في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية، للحديث عن مآل الولاية على مال القاصر في الفقه الإسلامي والقانون (**المطلب الأول**)، ثم بيان كيفية انقضاء الوصاية على مال القاصر في الفقه الإسلامي والقانون (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: مآل الولاية على مال القاصر في الفقه الإسلامي والقانون

يرجع الأصل في خضوع القاصر لنظام الولاية على ماله، إلى عدم تمتعه بالأهلية اللازمة التي تخول له التصرف فيه بنفسه، وكيف ما شاء، وهذه الحالة القانونية للقاصر هي التي أوجبت خضوعه للنيابة عن طريق الولاية عليه. ومن جهة أخرى، أوجب الفقهاء والتشريعات العربية مجموعة من الشروط في الوليّ الذي تتقرر له هذه الولاية، حتى يتمكن من تسيير أموال ابنه القاصر، وإداراتها بما يعود على هذا الأخير بالنفع. ومن ثم، فإن نظام الولاية يتحدد بأمرين؛ وجود قاصر، وثبوت الولاية عليه، وزوالها أيضاً يرجع لهذين الأمرين.

وتؤول الولاية على مال القاصر إلى الانتهاء متى تحققت ظروف معينة، تحول دون استمرار خضوع القاصر للولاية عليه كأسباب ترجع له شخصياً (**الفرع الأول**)، أو تظهر حالات تتعلق بالوليّ مما يتقرر معها انتهاء ولايته (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: انتهاء الولاية المالية لأسباب ترجع للقاصر

إن أهم الأسباب التي بموجبها تنتهي الولاية على مال القاصر، والمتعلقة به، تتمثل في زوال سبب قصره أو عجزه؛ بالبلوغ وكمال الأهلية، أو لسبب طبيعي وهو الوفاة، وعليه سنشرح هذين السببين كما يلي:

أولا– انتهاء الولاية بسبب بلوغ القاصر: إن سبب إقرار الولاية على مال القاصر يكمن في عجز هذا الأخير غن تسيير ماله بنفسه، لعدم تمتعه بالأهلية اللازمة للتصرف، لهذا الغرض يتم إخضاعه لأحكام الولاية، ومن ثم، متى زال هذا السبب، من خلال بلوغه سن الرشد، واكتمال أهليته، فإن هذا يؤدي إلى انتهاء الولاية عليه[1].

وبالرجوع إلى التشريعات العربية نجد أن البعض منها قد نص على أن بلوغ القاصر سن الرشد يعد سبباً من أسباب انتهاء الولاية عليه، ما لم يتقرر استمرار الولاية عليه لوجود عوارض تقتضي خضوعه للحجر، وهو ما تبناه المشرع المصري، والمشرع البحريني، والمشرع القطري، والمشرع الكويتي، والمشرع السوري[2]، والمشرع العراقي[3]، وتوجه المشرع الليبي إلى التفريق بين القاصر الصغير، والقاصر المحجور عليه لعارض في الأهلية، ونص على أنه: "تنتهي الولاية على المال بالنسبة للصغير ببلوغه سن الرشد وبالنسبة لغيره من القصَّر بزوال الحجر عنه"[4].

هذا، وقد أشارت بعض التشريعات العربية أنه إذا تقرر انتهاء الولاية على القاصر فلا تعود إلاّ إذا طرأ عليه عارض في أهليته، وهو ما نص عليه المشرع المصري، والمشرع البحريني، والمشرع القطري، والمشرع الكويتي[5].

---

[1] خالد بوشمة، نظرية النيابة الشرعية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، منشورات بغدادي، الجزائر، بدون سنة النشر، ص.126.

[2] لقد أشار المشرع السوري إلى استمرار الولاية على القاصر إذا بلغ سن الرشد؛ أي ثمانية عشر وهو مجنون أو معتوه بحكم من المحكمة وبطلب من الوليّ فوراً، وهذا ما نص عليه في المادة 2/366 من ق.أ.ش.

[3] يراجع: المادة 18 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 1/21 من ق.و.ع.م.البحريني، والمادة 1/12 من القانون المتعلق بالولاية على أموال القاصرين القطري، والمادة 10 من وثيقة الكويت للقانون الموحد لرعاية القاصرين الكويتي، والمادة 1/366 من ق.أ.ش.السوري، والمادة 31 من القانون المتعلق برعاية القاصرين العراقي.

[4] المادة 58 من القانون المتعلق بتنظيم أحوال القاصرين الليبي.

[5] يراجع: المادة 19 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 2/21 من ق.و.ع.م.البحريني، والمادة 2/12 من القانون المتعلق بالولاية على أموال القاصرين القطري، والمادة 10 من وثيقة الكويت للقانون الموحد لرعاية القاصرين الكويتي.

ثانيا– انتهاء الولاية بسبب وفاة القاصر: لا خلاف بين الفقهاء في أن الولاية على المال تنتهي بموت القاصر الذي يخضع لأحكامها[1]، والوفاة سبب طبيعي؛ لأن سبب الولاية قد زال؛ وهو القيام بالشؤون المالية للقاصر، ومحلها أصبح غير موجود، وهو القاصر، فبمجرد وفاة هذا الأخير تصبح أمواله المشمولة بالولاية تركة[2].

وبالرغم من أن الوفاة من الأسباب الطبيعية التي يتقرر بموجبها انتهاء الولاية على القاصر، إلاّ أن التشريعات العربية لم تدرجه ضمن الأسباب التي تؤدي إلى انتهاء هذه الولاية.

الفرع الثاني: انتهاء الولاية على القاصر لأسباب تتعلق بالوليّ

إن انتهاء الولاية لأسباب ترجع للوليّ يقصد بها، وجود ظرف يحول دون ممارسة الولي لشؤون الولاية على مال القاصر، وقد تعددت وتنوعت هذه الأسباب، غالبها يدور حول عجز الولي، أو موته، أو الحجر عليه، أو سلب الولاية منه، وفيما يلي نبين كل سبب على حدة، مع الإشارة إلى موقف التشريعات العربية من هذه المسألة.

1– انتهاء الولاية بسبب عجز الولي عن إدارة شؤون الولاية المالية: يقصد بعجز الوليّ، عدم قدرته على إدارة شؤون الولاية على مال ابنه القاصر، والعجز من بين الأسباب التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 1/91 من ق.أ، بقوله: "تنتهي وظيفة الولي: 1–بعجزه".

ويلاحظ على المشرع الجزائري أنه ذكر العجز بصيغة عامة، ولم يحدد حالة أو حالات معينة تعتبر عجزاً، وعليه، فحسب هذا النص، يستوي العجز الذي يكون فيه الوليّ على أي صورة من الصور التي يطلق على صاحبها عاجز.

2– انتهاء الولاية بسبب موت الوليّ: يعتبر الموت سبباً مشتركاً بين القاصر والوليّ، فكما تعتبر الوفاة سبباً ينهي الولاية على المال في حالة وفاة القاصر، فإنها كذلك تعد سبباً لإنهاء الولاية عند موت الولي.

وقد نص المشرع الجزائري على الموت كسبب ثانٍ تنتهي بموجبه وظيفة الولي[3]، وفي هذه الحالة تنتقل الولاية إلى الأم قانوناً حسب ما بيناه سابقاً، فإن لم توجد أم، يصبح القاصر خاضعاً لنظام الوصاية.

---

[1] خالد بوشمة، نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص.127.

[2] أحمد عيسى، الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القصر، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، م.1، ع.1، جامعة البليدة 02، الجزائر، 2011م، ص.100.

[3] وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 2/91 من ق.أ.

3- انتهاء الولاية بسبب الحجر على الوليّ: سبق البيان أن الحجر هو نظام قرر لمنع الشخص من التصرف في ماله، متى وجد به سبب من الأسباب الموجبة له، كعوارض الأهلية، أو الفلس؛ والإفلاس هو أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون في ماله وفاء بديونه، أو هو أن لا يكون له مال معلوم أصلاً، أو هو خلع الرجل من ماله لغرمائه[1]. أو مرض الموت؛ وهو نوع من الأمراض، ويطلق عليه وصفان؛ الأول أن يغلب عليه الهلاك، والثاني أن يعقبه الموت متصلاً به؛ سواء كان سبب الموت ظاهراً، أم بسبب آخر أفضى إلى الموت[2]. وغيرها من الأسباب.

والحجر على الوليّ من الأسباب التي نص عليها المشرع الجزائري[3]، غير أن المشرع لم يذكر الأسباب التي وقع الحجر لأجلها على الوليّ.

وبالمثل اعتبر المشرع السوري الحجر على الوليّ سبباً من أسباب وقف الولاية على القاصر[4]، بشكل عام ولم يبين أسباب الحجر، ويلاحظ على المشرع هنا أنه استعمل مصطلح "وقف" بدل "إنهاء"، مما يدل على إمكانية رجوع الولاية للوليّ إذا ما زال السبب الذي وقفت من أجله.

4- انتهاء الولاية بسبب غياب الوليّ: تنتهي الولاية على مال القاصر إذا اعتبر الوليّ غائباً في وضع تكون حالته مجهولة، فلا تعرف حياته أو مماته، وهو بهذا الغياب لا يستطيع أن يدير أموال من هم تحت ولايته، فإن كان الوليّ غائباً انتهت ولايته إلى حين عودته[5].

هذا، وقد اعتبرت بعض التشريعات العربية غيبة الوليّ سبباً موجباً لانتهاء ولايته على ابنه القاصر، وهو ما تبناه المشرع المصري، والمشرع الإماراتي، والمشرع العراقي[6]، غير أن هذه التشريعات لم تفصل في غيبة الوليّ، خاصة من ناحية المدة، مما يدعو إلى الرجوع لتطبيق القواعد العامة في أحكام الغائب.

---

(1) محمد سعيد سعيد الحارثي، الإفلاس وأثره في تصرفات المدين في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1402هـ، ص.ص.19-20.

(2) عزت كامل، الوجيز في تصرفات المريض مرض الموت، دراسة فقهية قضائية معلقاً عليها بآراء الفقهاء وأحدث أحكام محكمة النقض، دار الفكر القانوني، مصر، 2007م، ص.25.

(3) نص المشرع الجزائري في المادة 3/91 من ق.أ، على ما يلي: *"تنتهي وظيفة الولي: 3- بالحجر عليه"*.

(4) وهو ما نص عليه في المادة 368 من ق.أ.ش.

(5) ماجد سمير الجبور، الرقابة القضائية على حقوق القاصرين، المرجع السابق، ص.124.

(6) يراجع: المادة 21 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 198 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 33 من القانون المتعلق برعاية القاصرين العراقي.

في حين اعتبرت تشريعات أخرى، وبالتحديد المشرع السوري، الفقد كسبب لوقف الولاية عن الوليّ، لكنه لم يبين المدة التي يعتبر بموجبها الشخص مفقوداً، مما يقتضي الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بأحكام المفقود.

5- انتهاء الولاية بسبب الحكم على الوليّ بعقوبة تقيد حريته: إن ارتكاب الوليّ لجريمة معينة يستحق تسليط العقاب عليه، وذلك بالحكم عليه بالعقوبة المقررة للفعل الذي ارتكبه، ومتى كان الحكم نهائياً كان واجب التنفيذ، فيسجن الوليّ أو يحبس حسب المدة التي يقضي بها الحكم[1]، وعليه فإنه متى كان الوليّ محكوماً عليه ونفذ تجاهه الحكم قيدت حريته، مما يحول دون تسييره لشؤون الولاية على أموال القاصر.

هذا، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 9 مكرر 1 من ق.ع على ما يلي: "في حالة الحكم بعقوبة جنائية، يجب على القاضي أن يأمر بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها أعلاه لمدة أقصاها عشر (10) سنوات، تسري من يوم انقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه"، وقد نص المشرع في هذه المادة عن مجموعة من الحقوق التي يحرم منها المحكوم عليه، ومن بينها سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها.

كما ذهبت تشريعات أخرى، إلى إقرار انتهاء الولاية بسبب الحكم على الوليّ بعقوبة جنائية، أو حبس لمدة معينة حسب ما يقرره كل تشريع، وهو موقف كل من المشرع المصري، والمشرع السوري، والمشرع العراقي، والمشرع الإماراتي[2].

6- انتهاء الولاية بسلبها من الوليّ أو الحد منها: يتمتع الوليّ بسلطات محددة بموجب توليه شؤون إدارة أموال ابنه القاصر، وينصب وليّاً متى استوفى الشروط الواجبة لذلك، غير أنه قد يتقرر سلب الولاية عنه كلياً مما يؤدي تلقائياً إلى إنهاء ولايته، أو الحد منها[3].

وقد ذهبت إليه بعض التشريعات العربية، إلى النص على جواز قيام المحكمة بسلب الولاية عن الوليّ أو الحد منها، لا سيما إذا كانت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الوليّ، أو لأي

---

[1] أحمد علي عبد الحليم محمد، الحماية الجنائية للطفل في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، المرجع السابق، ص.ص.621-622.

[2] يراجع: المادة 21 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 368 من ق.أ.ش.السوري، والمادة 33 من القانون المتعلق برعاية القاصرين العراقي، والمادة 198 من ق.أ.ش.الإماراتي.

[3] ماجد سمير الجبور، الرقابة القضائية على حقوق القاصرين، المرجع السابق، ص.126.

سبب آخر تراه المحكمة موجباً للسلب، وهو ما تبناه المشرع المصري، والمشرع العراقي، والمشرع القطري، والمشرع الكويتي[1].

أما بخصوص المشرع الجزائري فقط نص على هذا الأمر تحت مصطلح إسقاط، بموجب المادة 4/92 من ق.أ، لكنه لم يذكر الأسباب التي تلزم بإسقاط الولاية عن الوليّ. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 66-156 المتضمن ق.ع المعدل، تحدث عن سقوط كل الحقوق الأبوية أو بعضها، وكان يعتبره تدبير أمن شخصي، غير أنه مع التعديل حذف هذا النص[2].

المطلب الثاني: انقضاء الوصاية على مال القاصر في الفقه الإسلامي والقانون

إن تولي الوصي لمهام الوصاية على مال القاصر، سواء كان مختاراً من وليّه، أم معيناً من القاضي، مرتبط بمدى صلاحية هذا الشخص لهذه الوصاية، لا سيما فيما اشترطه فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية من مواصفات رئيسية فيه، حتى لا يتعارض وأحكام الوصاية.

وكما هو الأمر بالنسبة للولاية على مال القاصر، التي تنتهي لأسباب معينة، إما راجعة للقاصر المشمول بالولاية، أم تعود لمتولي الولاية، فإن الوصاية هي الأخرى تنقضي متى وجدت الأسباب التي من شأنها أن تؤدي إلى استحالة المواصلة في تطبيق أحكامها.

والوصاية هي الأخرى تنقضي لأسباب تعود للقاصر، وأسباب تتعلق بالوصي، وعليه سنبين من خلال دراسة انقضاء الوصاية على مال القاصر في الفقه الإسلامي والقانون، حالتين؛ الأولى تتعلق بالأسباب التي تؤدي إلى انتهاء الوصاية على المال في الفقه الإسلامي (**الفرع الأول**)، ثم نبين الأسباب المؤدية لانتهاء الوصاية في التشريعات العربية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: الأسباب التي تؤدي إلى انتهاء الوصاية على المال في الفقه الإسلامي

تعد الوصاية من بين أنظمة النيابة الشرعية التي يخضع لها القاصر، بعد انتهاء الولاية عليه، لسبب من الأسباب التي ذكرناها أعلاه، فتسري أحكام هذه الوصاية على القاصر كما هو مقرر شرعاً وقانوناً، وتنتهي في وقت معين لسبب محدد، فكما للولاية أسباب انتهائها، فللوصاية كذلك أسباب تؤدي إلى زوال هذا النظام وعدم خضوع القاصر لأحكامه.

---

[1] يراجع: المادة 20 من ق.و.ع.م.المصري، والمادة 32 من القانون المتعلق برعاية القاصرين العراقي، والمادة 14 من القانون المتعلق بالولاية على أموال القاصرين القطري، والمادة 11 من وثيقة الكويت للقانون الموحد لرعاية القاصرين الكويتي.

[2] نص المشرع الجزائري في المادة 4/19 من ق.ع رقم 66-156، على ما يلي: *"تدابير الأمن الشخصية هي: 4-سقوط حقوق السلطة الأبوية كلها أو بعضها"*.

وعليه نبين من خلال هذا الفرع، الأسباب التي تؤدي إلى انتهاء الوصاية بسبب القاصر، ثم نتطرق للأسباب الخاصة بالوصي.

أولا– انتهاء الوصاية بالنظر للأسباب الخاصة بالقاصر:

إن الأسباب التي ترجع إلى القاصر، لا سيما البلوغ وكمال الأهلية، أو موته هي ما تؤدي إلى انتهاء الوصاية عليه، إذ تعد أسباباً مشتركة بين انتهاء الولاية، وانتهاء الوصاية، خاصة وأنه هو محل هذه الوصاية، إذ يكون له اعتبار في النظام الذي يخضع له، فبمجرد بلوغه، أو موته تنتهي وصاية الوصي.

ثانيا– انتهاء الوصاية للأسباب التي ترجع للوصي: إن أسباب المتعلقة بالوصي والتي من شأنها أن تؤدي إلى انتهاء وصايته على القاصر عديدة، وسنبين هذه الأسباب في النقاط الآتية:

1– انتهاء الوصاية بسبب فقدان الوصي لأهليته أو نقصانها: سبق البيان أن الأهلية شرط أساسي في الشخص لاختياره، أو تعيينه لإدارة شؤون الوصاية، فإن تخلف هذا الشرط في الوصي، أصبح غير أهل لذلك، فإن كان فاقد الأهلية وناقصها بحاجة لمن يرعى شؤونه، فكيف يسمح له بتولي أمور غيره، فإن كان الوصي فاقداً للأهلية، أو ناقصها، فهو غير مخول للوصاية[1].

2– انتهاء الوصاية بسبب موت الوصي: يؤدي موت الوصي إلى استحالة توليه شؤون هذه الوصاية، وهذا أمر طبيعي، لاستحالة التصرف بالموت، فموت الوصي الذي اختير أو عين لإدارة شؤون الوصاية يؤدي إلى انتهاء الوصاية. وفي هذه الحالة قد يصبح القاضي وصياً على القاصر، أو قد يعين شخصاً آخر ليتولى ذلك؛ لأن الوصاية لا تورث[2].

3– انتهاء الوصاية بسبب غياب الوصي أو فقدانه: يعد كل من الغياب، والفقد، من الموانع المادية التي تحول دون ممارسة الشخص لأموره الشخصية والمالية، فيتعين إدارتها من قبل أشخاص آخرين نيابة عنه، وهذا الأمر يعد قاعدة عامة تسري على الجميع؛ أي أنه إذا غاب الوصي المختار أو المعين أو فقد لمدة محددة انتهت الوصاية بالنسبة له، وأخضع القاصر لوصاية القاضي، أو من ينصبه[3].

---

(1) ماجد سمير الجبور، الرقابة القضائية على حقوق القاصرين، المرجع السابق، ص.154.

(2) أحمد علي عبد الحليم محمد، الحماية الجنائية للطفل في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، المرجع السابق، ص.653.

(3) ماجد سمير الجبور، الرقابة القضائية على حقوق القاصرين، المرجع السابق، ص.155.

4- عجز الوصي من القيام بشؤون الوصاية: يؤدي العجز إلى استحالة تسيير شؤون أموال القاصر عن طريق نظام الوصاية؛ سواء، كان عجزاً كلياً، أم جزئياً؛ وسواء كانت استحالة مؤقتة، كحالة المرض الذي يرجى شفاء الوصي منه، أم استحالة مطلقة، تتنافى والمقصد الشرعي من الوصاية، وقد ذهب البعض إلى القول إن الوصي لو عجز بسبب كبره في السن، فإن القاضي يضم إليه غيره، وذلك لسببن؛ أولهما احترام إرادة الموصي خاصة إذا كان الوصي من اختياره، وثانيهما الحرص على حماية حقوق القاصر في ماله، وعدم إهمال النظر في شؤونه[1].

5- انتهاء الوصاية بسبب إعادة الولاية على مال القاصر: إذا أخضع القاصر في ماله لنظام الوصاية بعد زوال الولاية عنه بسبب من الأسباب السالف ذكرها، خاصة فيما يتعلق بالحالات التي تؤدي لوقف الولاية وليس إنهائها كلياً، لا سيما فيما تعلق بزوال أسباب الحجر، أو انقضاء مدة العقوبة، ففي هذه الحالة ترجع الولاية للوليّ الشرعي، وتزول الوصاية، ويظهر هنا أن الوصاية انتهت بزوال السبب الذي أوقف الولاية[2].

6- انتهاء الوصاية بسبب انتفاء عدالة الوصي: تعد العدالة شرطاً أساسياً في الوصي، يجب توافره منذ بداية الوصاية على القاصر، إلى غاية انتهائها، فإذا انتفى هذا الشرط؛ أي العدالة، وظهر على الوصي الفسق، وجب عزله عن مهامه؛ لأن الفاسق لا ولاية له[3].

وإجمالاً لما سبق عرضه، يمكن القول إنه متى تحقق سبب من هذه الأسباب؛ سواء تعلقت بالقاصر محل الوصاية، أم بالوصي القائم بها، فإن الوصاية على المال تنتهي، ويعزل الوصي عن ما أوكل له من مهام.

الفرع الثاني: الأسباب المؤدية لانتهاء الوصاية في التشريعات العربية

نصت التشريعات العربية في نصوصها، على الأسباب التي إن تحققن تطلب الأمر إنهاء الوصاية المقررة على القاصر، وقد اختلفت التشريعات في تعداد هذه الأسباب، لذلك سنحاول من خلال هذا الفرع ذكر هذه الأسباب في النقاط الآتية:

---

[1] أحمد علي عبد الحليم محمد، الحماية الجنائية للطفل في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، المرجع السابق، ص.658.

[2] أحمد علي عبد الحليم محمد، الحماية الجنائية للطفل في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، المرجع السابق، ص.ص.659-660.

[3] أحمد علي عبد الحليم محمد، الحماية الجنائية للطفل في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، المرجع السابق، ص.654.

أولا– انتهاء الوصاية للأسباب الخاصة بالقاصر: تتمثل هذه الأسباب في البلوغ، والوفاة، ونشرحهما كما يلي:

1– انتهاء الوصاية لبلوغ القاصر: اتجهت أغلب التشريعات العربية إلى النص على أن بلوغ القاصر سن الرشد المقرر في كل دولة، من بين الأسباب التي تزيل عنه الوصاية، ما لم يصدر حكم بالحجر عليه، وهو ما تبناه المشرع الجزائري، والمشرع المغربي، والمشرع الموريتاني، والمشرع الكويتي، والمشرع القطري، والمشرع العماني، والمشرع العراقي، والمشرع السوري، والمشرع السوداني، والمشرع البحريني، والمشرع الإماراتي، والمشرع الأردني[1].

2– انتهاء الوصاية لوفاة القاصر: كذلك هو الأمر بالنسبة لوفاة القاصر أو المحجور عليه، حيث اعتبرته التشريعات العربية سبباً طبيعياً يؤدي إلى انتهاء الوصاية عليه، وهو ما تبناه كل من المشرع الجزائري، والمشرع المغربي، والمشرع الموريتاني، والمشرع الكويتي، والمشرع القطري، والمشرع العماني، والمشرع العراقي، والمشرع السوري، والمشرع السوداني، والمشرع البحريني، والمشرع الإماراتي، والمشرع الأردني[2].

ثانيا– انتهاء الوصاية للأسباب التي ترجع للوصي: إن الأسباب المتعلقة بالوصي، والتي من شأنها أن تؤدي إلى انقضاء الوصاية عنه، عديدة، وسنحاول بيانها فيما يلي:

1– انتهاء الوصاية بسبب فقدان الوصي لأهليته أو نقصانها: إن فقد أو نقص أهلية الوصي يعد سبباً من شأنه أن ينهي الوصاية ويوقف مهام الوصي. وبما أن الأهلية شرط ضروري في الوصاية، فلا يمكن التغاضي عنه إذا ما وجد، وهذا السبب نصت عليه غالبية التشريعات العربية[3].

---

[1] يراجع: المادة 2/96 من ق.أ.الجزائري، والمادة 2/258 من م.أ.المغربية، والمادة 2/195 من م.أ.ش.الموريتانية، والمادة 1/24 من وثيقة القانون الموحد لرعاية القاصرين الكويتي، والمادة 1/26 من القانون المتعلق بالولاية على أموال القاصرين القطري، والمادة 5/185 من ق.أ.ش.العماني، والمادة 1/39 من القانون المتعلق برعاية القاصرين العراقي، والمادة 2/385 من ق.أ.ش.السوري، والمادة255/هـ من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 1/35 من ق.و.ع.م.البحريني، والمادة 5/288 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 241/أ من ق.أ.ش.الأردني.

[2] يراجع: المادة 1/96 من ق.أ.الجزائري، والمادة 1/258 من م.أ.المغربية، والمادة 1/195من م.أ.ش.الموريتانية، والمادة 4/24 من وثيقة القانون الموحد لرعاية القاصرين الكويتي، والمادة 4/26 من القانون المتعلق بالولاية على أموال القاصرين القطري، والمادة 9/185 من ق.أ.ش.العماني، والمادة 1/385 من ق.أ.ش.السوري، والمادة 255/ح من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 4/35 من ق.و.ع.م.البحريني، والمادة 8/288 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 241/و من ق.أ.ش.الأردني.

[3] يراجع: نفس المواد المشار إليها عند الحديث عن بلوغ القاصر.

2- انتهاء الوصاية بسبب موت الوصي: نصت التشريعات العربية على أن موت الوصي ينهي مهامه، وهو ما ورد عن المشرع الجزائري، والمشرع المغربي، والمشرع الموريتاني، والمشرع الكويتي، والمشرع القطري، والمشرع العماني، والمشرع العراقي، والمشرع السوري، والمشرع السوداني، والمشرع البحريني، والمشرع الإماراتي، والمشرع الأردني[1].

3- انقضاء الوصاية لانتهاء المهام التي أوكلت له: سبق لنا البيان أن من بين أنواع الأوصياء، يوجد الوصي الخاص الذي توكل له مهاماً معينة، فبمجرد انتهائه من تنفيذها، تنتهي وصايته، أو تنتهي بانتهاء المدة التي حددت للقيام بشؤون الوصاية.

وقد نص المشرع الجزائري بموجب المادة 3/96 من ق.أ على سبب انتهاء المهمة[2]، وهذا ما أخذت به باقي التشريعات، والمشرع المصري، حيث نص في المادة 35 من ق.و.ع.م، على أنه: "تنتهي مهمة الوصي الخاص والوصي المؤقت بانتهاء العمل الذي أقيم لمباشرته أو المدة التي اقتضت بها تعيينه".

وهو الموقف الذي تبناه كذلك المشرع الليبي، والمشرع المغربي، والمشرع الموريتاني، والمشرع القطري، والمشرع السوري، والمشرع الإماراتي، والمشرع الأردني[3].

4- انتهاء الوصاية بسبب غيبة الوصي أو فقدانه: اتجهت بعض التشريعات إلى النص على حالة فقدان الوصي أو غيابه، كسبب يقرر بموجبه انتهاء الوصاية، وهو ما أخذ به كل من المشرع السوري حيث نص على سبب واحد وهو الفقد[4]، والمشرع الأردني، والمشرع الإماراتي، والمشرع السوداني، والمشرع العماني[5].

---

(1) يراجع: المادة 1/96 من ق.أ.الجزائري، والمادة 1/258 من م.أ.المغربية، والمادة 1/195من م.أ.ش.الموريتانية، والمادة 4/24 من وثيقة القانون الموحد لرعاية القاصرين الكويتي، والمادة 4/26 من القانون المتعلق بالولاية على أموال القاصرين القطري، والمادة 1/185 من ق.أ.ش.العماني، والمادة 255/أ من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 4/35 من ق.و.ع.م.البحريني، والمادة 1/288 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 241/هـ من ق.أ.ش.الأردني.

(2) نص المشرع الجزائري في المادة 3/96 من ق.أ، على ما يلي: " *تنتهي مهمة الوصي: 3- بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها*".

(3) يراجع: المادة 66 من القانون المتعلق بتنظيم أموال القاصرين الليبي، والمادة 1/258 من م.أ.المغربية، والمادة 1/195 من م.أ.ش.الموريتانية، والمادة 4/26 من القانون المتعلق بالولاية على أموال القاصرين القطري، والمادة 5/385 من ق.أ.ش.السوري، والمادة 1/288 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 241/هـ من ق.أ.ش.الأردني.

(4) نص المشرع السوري في المادة 8/385 من ق.أ.ش، على أنه: *"تنتهي مهمة الوصي: 8- بفقده"*.

(5) يراجع: المادة 241/د من ق.أ.ش.الأردني، والمادة 2/288 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 2/255 من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 2/185 من ق.أ.ش.العماني.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن هذه التشريعات نصت على ثبوت الغيبة، أو الفقد، مما يعني أن المحكمة بعد ما يثبت لديها غياب الوصي أو فقده، تقرر إنهاء الوصاية، وليس فقط مجرد التكهن بغيابه أو فقده.

5- انتهاء الوصاية بسبب رجوع الولاية على القاصر: نص على هذا السبب بعض التشريعات، كالمشرع البحريني، والمشرع السوري، والمشرع العراقي[1]. وهناك من التشريعات من نص على انتهائها بسبب استرداد الوليّ لأهليته، وهو ما تبناه المشرع البحريني، والمشرع الإماراتي، والمشرع السوداني، والمشرع العماني[2].

6- انتهاء الوصاية بسبب طلب الوصي التخلي عنها: أو كما ورد عند البعض طلب الاستقالة، حيث أجاز القانون للوصي تقديم طلب يتضمن الرغبة في التخلي عن القيام بشؤون الوصاية، وهو ما نصت عليه بعض التشريعات العربية، من بينها المشرع الجزائري[3]، ويلاحظ أن المشرع بمناسبة هذا السبب أورد عبارة "قبول عذره"، ويفهم من هذا، أن الوصي لا يمكنه طلب التخلي عن هذه المهام إلاّ إذا وجد عذر من طرفه. وهو ما أخذ به المشرع المغربي أيضاً في نص المادة 4/258 من م.أ.

وقد تبنى هذا التوجه أيضا كل من المشرع الموريتاني، والمشرع الإماراتي، والمشرع العماني، والمشرع السوداني، والمشرع الأردني، والمشرع السوري، والمشرع البحريني، والمشرع العراقي[4].

7- انتهاء الوصاية بسبب تعذر قيام الوصي بمهامها: أخذت بهذا السبب بعض التشريعات، كالمشرع العماني، والمشرع السوداني، والمشرع الإماراتي في المواد نفسها المشار إليها في الأسباب السالفة الذكر.

---

[1] يراجع: المادة 5/385 من ق.أ.ش.السوري، والمادة 2/39 من القانون المتعلق برعاية القاصرين العراقي.

[2] يراجع: المادة 2/35 من ق.و.ع.م.البحريني، والمادة 7/288 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 255/ز من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 8/185 من ق.أ.ش.العماني.

[3] نص على هذا الأمر في المادة 4/96 من ق.أ.

[4] يراجع: المادة 195 من م.أ.ش.الموريتانية، والمادة 3/228 من ق.أ.ش.الإماراتي، والمادة 3/185 من ق.أ.ش.العماني، والمادة 288/ج من ق.أ.ش.السوداني، والمادة 241/ط من ق.أ.ش.الأردني، والمادة 6/385 من ق.أ.ش.السوري، والمادة 3/35 من ق.و.ع.م.البحريني، والمادة 3/39 من القانون المتعلق برعاية القاصرين العراقي.

8- انتهاء الوصاية بسبب عزل الوصي: قررت بعض التشريعات العربية، أنه إذا تم عزل الوصي تنتهي وصايته، والعزل هنا يكون بسبب التصرفات التي يقوم بها الوصي والتي من شأنها أن تضيع أموال القاصر، وتفسد مصلحته.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أنه نص على ما يلي: "تنتهي مهمة الوصي: بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر".

ويلاحظ على المشرع الجزائري، أنه قصر العزل على طلب ذوي المصلحة، وأهمل ذكر القاضي أو النيابة العامة، اللذان من حقهما كأصل عام، التدخل من أجل عزل الوصي، متى ألحق بتصرفاته ضرراً بالقاصر.

واكتفت بعض التشريعات بذكر العزل[1]، دون أن تبين الأسباب التي يعزل من أجلها كما صرح بها المشرع الجزائري.

[1] نص على العزل كسبب من أسباب انتهاء الوصاية كل من: المشرع المغربي في المادة 5/258 من م.أ، والمشرع الموريتاني في المادة 195 من م.أ..ش، والمشرع الكويتي في المادة 2/24 من وثيقة القانون الموحد لرعاية القاصرين، والمشرع القطري في المادة 26 من القانون المتعلق بالولاية على أموال القاصرين، والمشرع العراقي في المادة 3/39 من القانون المتعلق برعاية القاصرين، والمشرع السوري في المادة 9/385 من ق.أ.ش، والمشرع البحريني في المادة 3/35 من ق.و.ع.م، والمشرع الإماراتي في المادة 3/288 من ق.أ.ش، والمشرع الأردني في المادة 241/ط من ق.أ.ش.

خاتـــمة

خاتمة

بعد الفراغ من دراسة موضوع الحماية القانونية لأموال القاصر في المعاملات المدنية، في الفقه الإسلامي، والفقه القانوني، والتشريعات الوضعية العربية، وبعض التشريعات الغربية، توصلنا إلى جملة من النتائج، نبرز أهمها فيما يلي:

أولاً– اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد معنى الذمة على ثلاثة توجهات؛ حيث اعتبرها التوجه الأول بأنها أهلية وجوب، وقال التوجه الثاني بأنها ذات، فيما ذهب التوجه الثالث إلى القول بأنها مجرد أمر افتراضي وثيق الصلة بالشخص، في حين ربطها شراح القانون بالمال، وصنفوها ضمن خصائص الشخصية القانونية الطبيعية التي يتمتع بها الإنسان. كما اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون حول الصلة التي تربط الذمة بالأهلية، فقال الفقه الإسلامي بوجود تغاير بين المصطلحين؛ وأنهما يرتبطان من حيث الوجود والعدم، فإن وجدت الأهلية ثبتت الذمة، والعكس صحيح، في حين أسس الفقه القانوني دراسته للمسألة على ثلاث نظريات، واتضح من خلال عرضها، أن النظرية الحديثة التي رسمت معالم الذمة المالية، وأقرت للشخص التمتع بها؛ هي الأولى بالقبول؛ لأن فقهاءها اعتبروا الذمة المالية وحدة تفنى فيها عناصر الشخصية، وهي مستقلة عنها، بحيث لا تتأثر بما يطرأ على هذه العناصر من تغيرات.

ثانياً– تباينت تعاريف الفقه الإسلامي لمصطلح المال؛ فهناك من عرفه بشكل واسع ليشمل الأعيان، والمنافع، وهناك من قصره على الأعيان فقط، ليستقر معناه في الأخير بأنه كل ما يمكن تملكه وادخاره، سواء كان عيناً، أم منفعة، في حين ذهبت التشريعات العربية إلى اعتباره حقاً مالياً يقع على شيء معين؛ سواء كان عيناً –عقاراً أو منقولاً– أم عملة نقدية، بموجبه يكتسب الشخص القدرة على التصرف فيه بشكل مشروع، ومن انعدمت فيه هذه القدرة يخضع للحجر إما لمصلحته، أو لمصلحة غيره؛ ويمنع من التصرف في هذا المال.

ثالثاً– اختلاف توجه التشريعات العربية في تحديد مصطلح القاصر من حيث بيان الأشخاص الذين ينضوون تحته؛ فهناك من اعتمد، صراحة أو ضمناً، معيار السن؛ واعتبر أن كل شخص لم يبلغ سن الرشد، يكون قاصراً. وهناك توجه أضاف إلى جانب الصغير، المجنون والمعتوه، واعتبر الثلاثة قصرا، وهو ما قال به المشرع السعودي. بينما توسع المشرع العراقي في مفهوم القاصر، وجعله يشمل: الصغير، والجنين، ومن تقرر المحكمة أنه ناقص الأهلية أو فاقدها، والغائب، والمفقود، ما لم يثبت عكس ذلك. وقد ظهر من خلال عرض هذه التوجهات، أن القاصر هو الصبي غير المميز، والمميز،

ويضاف إليهما عند بعض التشريعات: الجنين، والمجنون، والمعتوه، والسفيه، وذا الغفلة، والمفقود، والغائب، والمحكوم عليه.

رابعاً– لم تتفق كلمة فقهاء الشريعة الإسلامية حول حكم الإذن للقاصر من أجل ممارسة التجارة؛ فمنهم من أجازه، ورأى فيه فرصة يكتسب من ورائها أصول التجارة، والاندماج مع الواقع الخارجي، ومنهم من قال بعدم جواز الإذن؛ مخافة أن يكون سبباً في ضياع مال القاصر. وقد تبين بعض عرض الاتجاهين، أن الرأي الأول هو الأولى بالقبول، شريطة أن يكون المأذون تحت إشراف ورقابة وليّ أو وصيّه. ونظام الإذن هذا، تبنته أغلب التشريعات العربية، تحت اسم الترشيد، سمحت من خلاله للقاصر مزاولة التجارة، أو التصرف في بعض ماله، أو كله، متى بلغ سناً معينة، يختلف تقديرها تبعاً لاختلاف سن الرشد. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يكن موفقاً في ما نص عليه من أحكام تتعلق بالترشيد؛ لأنها لم تكن على سَنَن واحدة؛ فقد قرر ترشيد القاصر ببلوغه سن التمييز في ق.أ، وأشار إليه عند حديثه عن موطن القاصر في ق.م، دون بيان هذه السن في كلا القانونين، بينما حددها صراحة في ق.ت ببلوغ ثماني عشر سنة، وهي سن قريبة من سن الرشد. كما أن المشرع لم يأت على ذكر جميع الأحكام التي نصت عليها باقي التشريعات الحديثة؛ مما جعل الترشيد عنده مجرد فكرة، تحتاج إلى المزيد من التدقيق.

خامساً– تعتبر المعاملات المدنية نوعاً من أنواع المعاملات، نظمت أحكامها التشريعات العربية ضمن نصوصها المتعلقة بالقانون المدني، أو المعاملات المدنية. وهذه المعاملات، إما أن تكون في شكل عقود تمليك، أو عقود انتفاع، أو عقود تقع على العمل، أو عقود غرر. وهي على اختلاف أنواعها وتعددها تكون من حيث أثرها؛ إما تصرفات نافعة نفعاً محضاً تضيف لذمة الشخص قيمة مالية، أو تصرفات ضارة ضرراً محضاً تفقر هذه الذمة، أو تصرفات مترددة بين النفع والضرر تحتمل الربح والخسارة. وتقسيم المعاملات المدنية بهذا الشكل، يعد معياراً أساسياً يعتمد عليه لمعرفة حكم تصرفات القاصر التي يجريها في أمواله.

سادساً– اختلف الفقهاء حول حكم بعض التصرفات التي تعود على القاصر المميز بالنفع المحض، ومنها توكيل الصبي المميز، حيث انقسموا على رأيين؛ فذهب أولهما إلى القول بجوازه، ومنعه الثاني، وقد تبين أن الرأي الأول هو الراجح، متى كان هذا التوكيل بإذن من الوليّ. كما اختلفوا في صحة توكل القاصر عن غيره على ثلاثة أقوال، فأجاز الأول ذلك في التصرفات غير المالية، وأجاز له الثاني أن يكون وكيلاً في مسائل الطلاق فقط، وأما الثالث فأطلق له جميع التصرفات. وقد ظهر أن القول الأول هو الأرجح؛ لأنه فرق بين التصرفات العوضية والتبرعية. كما اختلفوا في مدى جواز

قبض الهبة من القاصر المميز، حيث أجاز البعض ذلك ولو بغير إذن، فيما ذهب توجه إلى إعطاء حق القبول أو القبض للشخص القائم على شؤون القاصر.

وقد اختلف توجه التشريعات العربية أيضاً حول حكم التصرفات النافعة نفعاً محضاً، فمنهم من اعتبرها مثرية للذمة المالية، وللوليّ أو الوصيّ الإذن للقاصر بقبولها أو قبضها، كالمشرع المغربي، والمشرع التونسي، ومنهم من أجازها للقاصر ولو بدون إذن، كالمشرع الموريتاني، في حين ألزم توجه ثالث رجوع الوليّ إلى المحكمة المختصة لطلب الإذن في قبول التبرع المقدم للقاصر متى كان محملاً بالتزام معين، وهذا ما تبناه المشرع المصري، والمشرع الكويتي.

سابعاً– اتفق أغلب الفقهاء على حكم بعض التصرفات التي تكون ضارة ضرراً محضاً، كالإقراض، والعارية، والهبة، والوقف؛ لأنها تؤدي إلى نقصان قيمة هذه الأموال بشكل كبير، أو خسارتها كلياً، على أن بعض التشريعات العربية اكتفت بالنص على شروط التصرف، كالهبة، وأقرت تشريعات أخرى صحة بعضها، كالوصية، مع إجماعهم على عدم صحة وقف القاصر، إلاّ من شذ منهم.

ثامناً– تباينت أقوال الفقهاء بشأن بعض التصرفات التي تندرج ضمن الطائفة الثالثة من صور المعاملات المدنية؛ ومنها بيع القاصر وشراؤه؛ حيث قال الرأي الأول بصحتهما إذا كان القاصر مأذوناً، في حين ذهب الرأي الثاني إلى القول بعدم صحة هذا البيع والشراء؛ سواء كان القاصر مأذونا أم غير مأذون. وقد تبين أن الرأي الراجح هو قول جمهور الفقهاء، الذي قصر بيع القاصر وشراءه على الشيء اليسير، كما اختلف توجه التشريعات العربية بخصوص بيع وشراء القاصر؛ فمنهم من اعتبره عقداً قابلاً للإبطال، كالمشرع المصري، والمشرع الفلسطيني، والمشرع الصومالي، ومنهم من قال بأنه عقد موقوف على إجازة الوليّ، وهو ما تبناه المشرع الإماراتي، والمشرع العراقي، والمشرع اليمني. وقد ظهر من خلال دراستنا، أن المشرع الجزائري قد أخذ بالحكمين في قانونيين مختلفين؛ فاعتبر التصرفات الدائرة بين النفع والضرر موقوفة بموجب المادة 83 ق.أ، وجعل تصرفات ناقص الأهلية قابلة للإبطال، وهو حكم نصت عليه المادة 101 ق.م، ضمناً. ومعلوم أن الفكرتين مختلفتان من حيث التأصيل ومن حيث الآثار، كما أن هذا التعارض يثير مسألة الحكم الواجب تبينه في حالة وجود نزاع قضائي، مما يتعين العمل بالمادة 2 من ق.م المتعلقة بسريان القانون من حيث الزمان.

كما أجاز الفقه الإسلامي الإجارة، سواء كانت تتعلق بمال القاصر، أم بذاته؛ باعتبارها من توابع التجارة، في حين كان للتشريعات العربية ثلاثة مواقف في المسألة؛ فمنها من اشترط أهلية العاقد

دون أن يبين نوعها، ومنها من اشترط أهلية الإدارة التي يكتسبها القاصر بموجب الإذن الممنوح له، ومنها من اشترط أهلية الالتزام فيما يتعلق بإجارة الأشخاص.

وإلى جانب هذين التصرفين، أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية رهن أموال القاصر؛ لأنه من توابع التجارة، بينما اشترطت التشريعات العربية أهلية التصرف في الراهن حتى يتمكن من رهن ماله، بشرط أن يرجع فيه إلى إجازة الوليّ عندما يكون الراهن هو القاصر المأذون، على أن منهم من صرح بجواز رهن العقار بشرط إذن الوليّ وموافقته، وهو ما تبناه المشرع الجزائري.

تاسعاً– اختلف الفقهاء في حكم تصرفات المجنون؛ فمنهم من فصل في ذلك حسب حالته، فإن كان جنونه مطبقاً أخذ حكم تصرفات الصبي غير المميز، وإن كان جنونه غير مطبق أخذ حكم الصبي المميز، في حين ذهب البعض إلى القول بعدم صحة تصرفات المجنون التي تكون بدون إذن. كما تباينت أقوالهم بشأن تصرفات المعتوه على رأيين؛ أخضعها الرأي الأول لحكم تصرفات الصبي المميز، بينما اعتبرها الرأي الثاني باطلة كتصرفات المجنون. ومن جانب آخر، اختلف الفقهاء بشأن حكم تصرفات السفيه قبل الإذن وبعده، فأما التي تكون قبل الإذن، فظهر بشأنها ثلاثة آراء؛ فالأول منها قال بنفاذها، وأما الثاني فاعتبرها موقوفة، والثالث جعلها باطلة. وأما إذا كانت بعد الإذن، فقال الجمهور بجوازها، واعتبرها رأي آخر غير صحيحة. كما اختلفت أقوال الفقهاء كذلك بخصوص تصرفات ذي الغفلة، فألحقها رأي بتصرفات السفيه بصورها الثلاث، وقال رأي آخر بنفاذها، لأن ذا الغفلة غير محجور عليه.

وتجب الإشارة في هذا المقام، أن المشرع الجزائري لم يوفق بشأن حكم تصرفات المجنون، والمعتوه، والسفيه، وذي الغفلة؛ لأن نصوص قوانينه جاءت متعارضة، ففي الوقت الذي اعتبر المجنون والمعتوه عديمي الأهلية، جعل تصرفهما صحيحاً غير نافذ في المادة 85 من ق.أ بصياغتها العربية، وألحق بهما السفيه وهو ناقص الأهلية، وفاته أن ق.م، قد اعتبر تصرفه قابلاً للإبطال، فأخذ بذلك تصرف السفيه حكمين مختلفين من حيث التأصيل والأثر، وفضلاً عن هذا، فقد أهمل المشرع ذكر حكم تصرفات ذي الغفلة في ق.أ؛ بالرغم من أنه قرر النيابة على أمواله، بعدما ألحقه في ق.م، بناقصي الأهلية صفة –إذ هو في حكم الصبي المميز، والسفيه– وحكماً؛ فتكون تصرفاته قابلة للإبطال بموجب نص المادة 101 من ق.م.

عاشراً– اختلف الفقه حول دور الإجازة في العقد الموقوف أو العقد القابل للإبطال بالنسبة لتصرفات الصبي المميز المترددة بين النفع والضرر، فذهب رأي إلى القول بأن الإجازة تؤكد صحة العقد، وأما الرأي الثاني فقال إنها تصححه بأثر رجعي. وأما عن الوقت الذي ترتب فيه الإجازة

آثارها، فقد اختلفوا أيضا على ثلاثة أقوال؛ قول جعلها من وقت العقد إذا كان بيعاً، ومن حين الإجازة في غيره، وقول ثانٍ أرجعها لتاريخ إبرام العقد، وقول ثالث حددها بوقت الإجازة. والرأي الراجح والذي أخذت به التشريعات العربية، هو الرأي الثاني.

إحدى عشر– إن أساس الحماية المقررة للقاصر على أمواله، هو ما تبنته الشريعة الإسلامية من نظم نيابية أصلية ومكتسبة يخضع لها هذا القاصر، وهو ما أخذت به التشريعات العربية في نصوصها القانونية، حيث أقرت نظام النيابة الشرعية على مال القاصر؛ الذي ينقسم بدوره إلى نظم مختلفة، تتدرج ترتيبياً، أولها الولاية على مال القاصر؛ حيث اتفق التوجهان الفقهي والقانوني في تحديد أصحاب الولاية على مال القاصر، وإقرارها بصفة أصلية لوليّه في الغالب الأعم، في حين اختلفوا فيمن يليه في المرتبة، لا سيما فيما يتعلق بالجد، والأم، فهناك من جعل الجد ولياً أصالة كالمشرع المصري، والمشرع السوري، والمشرع القطري، وهناك من أقر الولاية للأم في حالات استثنائية أو مستعجلة، كوفاة الوليّ أو غيابه، وثانيها للوصي، سواء اختاره الأب حال حياته، أم عينه القاضي.

إثني عشر– إن ضبط صلاحيات النائب الشرعي، دليل على الاهتمام الفقهي والتشريعي بالقاصر، والسعي إلى حماية أمواله؛ حيث يلتزم النائب بما يسمح له من صلاحيات وسلطات تصب في مصلحة القاصر؛ إذ يقع على عاتقه حسن تسيير هذه الأموال وتوظيفها في المعاملات التي لا تضر به، واستثمارها فيما ينفع.

وقد اختلفت توجهات التشريعات العربية في تحديد صلاحيات الوليّ على مال القاصر، فهناك من ذكر التصرفات الموجبة للإذن، مراعياً في ذلك ما يوجبه القانون من إذن القاضي، واتباع إجراءات المزاد العلني في التصرفات التي تستوجب ذلك، كالمشرع الجزائري، على أن البعض منها لم يكتف بهذين الشرطين، وإنما شدّد في ذلك، خاصة إذا تعلق الأمر بعقار القاصر، وهو ما تبناه المشرع الموريتاني، وهناك تشريعات ذكرت جل تصرفاته؛ سواء تلك التي تستلزم الإذن، أم لا تستلزمه، بل إنها ذكرت حتى الممنوع منها، خاصة التصرفات التبرعية، كالمشرع السوري، والمشرع الليبي. وقد اشترط البعض في هذه المسألة، ضرورة الرجوع إلى المحكمة المختصة لاستصدار الإذن بقبول هذا التبرع بما يحمله من التزام، وهو ما تبناه المشرع المصري، والمشرع البحريني.

إن تشديد التشريعات العربية في إجراءات بيع أموال القاصر، واشتراط طلب الإذن من القاضي قبل التصرف فيها، يكشف عن أهمية حماية هذه الأموال. ويظهر هذا التشديد من خلال تفعيل الرقابة القبلية من القاضي المختص، والتأكد من الضرورة التي تستدعي بيع هذه الأموال، ومصلحة القاصر من ذلك، إلى جانب التأكد من الإجراءات القانونية المقررة بخصوص هذا البيع،

كما أن للقاضي ممارسة الرقابة البعدية؛ من خلال متابعة تصرفات النائب الشرعي، والتدخل عند تعارض مصالحه مع مصالح القاصر، فضلاً عن محاسبة النائب عما يرتكبه من أفعال تخل بواجبه النيابي.

ثلاثة عشر– يكون الوصي باعتباره نائباً شرعياً على القاصر عند توليّه لهذه المهام بعد وفاة الوليّ، ملزماً بالتقيّد بما تمليه عليه شؤون هذه الوصاية بكل أمانة؛ إذ يقع على عاتقه العمل وفق ما يحدده له الوليّ، أو القاضي، من أجل حسن تسيير أموال القاصر، واستثمارها، وإلاّ كان مخلاً بالتزاماته، إخلالا يوجب تحمل المسؤولية. وقد يصل هذا الإخلال إلى حد ارتكاب أفعال تكيفّ على أنها جرائم يعاقب عليها القانون، سواء كانت جرائم تتعلق بالاعتداء على المال، أم جرائم سوء الائتمان.

وقبل ختم هذه الدراسة ارتأينا اقتراح بعض التوصيات، وهي على النحو الآتي:

أولاً– ضرورة إعادة النظر في مسألة ترشيد القاصر، وإقراره كنظام، وليس كفكرة فقط، وضبطه من حيث السن التي يرشد فيها، إذ لا بد أن تتقرر سناً تبعد على الأقل بثلاث سنوات عن سن الرشد حسب التشريعات، حتى يتحقق الغرض الذي رشد من أجله القاصر، فضلاً عن التوسيع من نطاقه وعدم قصره على النشاط التجاري، ومده ليشمل الأعمال المدنية، فضلاً عن بيان أحكامه وإجراءاته.

ثانياً– وجوب إعادة النظر في حكم تصرفات الأشخاص الذين يعتريهم عارض في الأهلية، لا سيما عند المشرع الجزائري، بالنظر للتعارض الذي وقع فيه بين نصوص ق.م، ونصوص ق.أ؛ إذ يتوجب عليه بيان حكم تصرفات عديمي الأهلية، أو ناقصيها، بنصوص واضحة المعنى، دقيقة المصطلحات، تجنبا لأي خلاف قد يقع حول تفسيرها.

ثالثاً– ضرورة توجه التشريعات إلى سن قوانين خاصة تتعلق بأموال القاصر، تكون مستقلة عن القوانين العامة، وهذا كما فعلت بعض التشريعات العربية، كالتشريع المصري، والتشريع الليبي، والتشريع البحريني، والتشريع القطري، والتشريع الكويتي، والتشريع العراقي.

رابعاً– على التشريعات العربية التفصيل في المعاملات التي قد يجريها القاصر، وبيان حكمها صراحة، وعدم الاكتفاء بالشروط الواجبة فيها فقط، وتشديد المنع على التصرفات الضارة حتى لا يقوم القاصر بإبرامها.

خامساً– ضرورة التحديد الدقيق لتصرفات النائب الشرعي في جميع صورها؛ النافعة، والضارة، والمترددة بين النفع والضرر، وبيان طرق إبرامها، كالرجوع للقاضي، أو المحكمة المختصة، خاصة فيما يتعلق بالإجراءات التي تسبق التصرف، كالإذن، والبيع بالمزاد العلني.

سادساً– على المشرع الجزائري وضع معايير واضحة ودقيقة، يبين من خلالها تصرفات النائب الشرعي في أموال القاصر، وعدم الاكتفاء بالنص على التصرفات التي تستلزم الإذن من القاضي؛ إذ يجب تحديد التصرفات الضارة أيضاً، وتقرير عقوبات ردعية على من يخالفها.

سابعاً– ضرورة إلزام النائب الشرعي بتقديم حساب سنوي أو شهري، يثبت من خلاله كل ما قام به من تصرفات قانونية لصالح القاصر، وهذا الحساب يعرض على القاضي المختص من أجل فحصه، والتأكد من مدى التزام النائب بالحدود المرسومة له.

ثامناً– إنشاء هيئات خاصة على مستوى المحاكم، تعمل تحت إشراف القاضي المختص بشؤون القاصر تنظر في جميع التصرفات؛ سواء تلك التي يقوم بها القاصر بنفسه، أم نائبه الشرعي، من أجل متابعة كل المسائل المتعلقة بإدارة هذه الأموال، وهذا على غرار ما فعل المشرع القطري، والمشرع العراقي، والمشرع السعودي.

تاسعاً– ضرورة إعطاء القاضي سلطة تعيين شخص بشروط خاصة، يتوليّ مهمة مراقبة تصرفات الوليّ، لا سيما تلك التي لا تستلزم الإذن من القاضي، وكذا مراقبة تصرفات الوصي، والاشتراك معه في إجرائها بإذن من القاضي إن تطلب الأمر ذلك.

عاشراً– وجوب إقرار مسؤولية الوصي وتحديد نوعها بدقة، والتفصيل فيها أكثر، وعدم الاكتفاء بالقواعد العامة، خاصة وأن الأمر يتعلق بأموال القاصر، وإقرار عقوبات صارمة تطبق عليه عند إخلاله بواجب الوصاية، أو ارتكابه جرائم تمس بأموال القاصر وتؤدي إلى خسارتها.

إحدى عشر– ضرورة إعادة النظر في مسؤولية الوصي من حيث الطبيعة والجزاء، والتفصيل في أحكامها أكثر، خاصة عند المشرع الجزائري، وإبراز حدود مسؤولية الوصي التي تكون على أساس الوكالة، لا سيما عند المشرع المغربي، والمشرع المصري، والمشرع السوري.

ملخص باللغة العربية

ملخص باللغة الفرنسية

ملخص باللغة الإنجليزية

ملخص الدراسة

تتضمن الشريعة الإسلامية الكثير من الأحكام والقواعد التي تبين المقاصد التي تسعى إلى تحقيقها؛ سواء تعلقت بالمصلحة العامة، أم الخاصة. والمال أحد أهم هذه المقاصد؛ حيث أولاه الله تعالى اهتماماً وعناية خاصة جعلته عصب الحياة، وبالمقابل حثّ الناس على كسبه بالطرق المشروعة، وأمرهم بحفظه حتى لا يتم سرفه أو تبذيره فيما لا فائدة منه. وحفظ المال من التبديد والبذخ يكون أكثر تطلباً إذا ما كان هذا المال مملوكاً لأشخاص غير قادرين على تسييره بأنفسهم، لأسباب إما طبيعية، أو طارئة تحول دون تمكنهم من التصرف في مالهم الخاص.

والقاصر من بين الأشخاص الذين يكونون غير قادرين على التصرف في أموالهم الخاصة، وعدم قدرته هذه جعلته محط اهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية، والتشريعات العربية، وذلك بدراسة مسائله، لا سيما ما تعلق بهذه الأموال، ببيان كيفية إدارتها، وتسييرها، وذلك من خلال إرساء قواعد فقهية تضمنتها الأبواب المتعلقة بالأهلية، والحجر،والنيابة الشرعية، وقد كانت هذه القواعد مرجعاً أساسياً للتشريعات الوضعية؛ حيث اعتمدت عليها من أجل سن النصوص المتعلقة بمال القاصر، إما في القانون المدني، أو في قانون الأسرة، أم في قانون خاص يتضمن الولاية على مال القاصر عند البعض، وهو الأمر الذي دفعنا لاختيار موضوع الحماية القانونية لأموال القاصر في المعاملات المدنية.

ولموضوع الحماية القانونية لأموال القاصر في المعاملات المدنية، أهمية بالغة، تجسدت من خلال ما أقره فقهاء الشريعة الإسلامية وسايرهم في ذلك جلّ التشريعات العربية ببيان الأحكام الخاصة بمال القاصر، وكيفية تسييره لماله بنفسه، والنظم النيابية التي قررت لصالحه،والتي يتولاها أشخاص معينين تخول لهم شؤون إدارة هذه الأموال، ولهذا فإن دراستنا تهدف للتفصيل في جميع العناصر ذات الصلة بالموضوع المحدد، ابتداء من شخص القاصر، وعنصر المال، والأسباب التي تمنع هذا القاصر من التصرف في ماله، وتحديد مجال المعاملات المدنية التي يمكنه القيام بها والحكم المترتب عنها، فضلاً عن بيان نظم النيابة الشرعية المقررة لمصلحته، وكيفية تسيير القائمين بها لهذه الأموال.

إن البحث في هذا الموضوع اقتضى الاعتماد على المنهج المقارن كمنهج أصلي لهذه الرسالة، من خلال مقارنة مواقف التشريعات العربية في جميع عناصر الموضوع، وزيادة على هذا، فإن دراستنا شملت أيضاً المقارنة بين النصوص القانونية ومواقف فقهاء الشريعة الإسلامية وآرائهم في جميع المسائل، وألحقنا بالمنهج المقارن كل من المنهج الوصفي؛ بجمع معطيات الموضوع، والربط بينها للوصول إلى نتائج تخدم البحث، زيادة على اعتمادنا المنهج التحليلي؛ عن طريق تحليل النصوص

القانونية الواردة في التشريعات العربية، وتحليل آراء الفقهاءللتمكن من الإجابة على جميع الإشكالات التي يطرحها البحث.

هذا، وقد ارتأينا تقسيم دراستنا إلى ثلاثة أبواب؛ حيث خصصنا الباب الأوللدراسةالتأصيل الفقهي والقانوني للنطاق الزمني لتصرف القاصر في ذمته المالية الشخصية،ونستخلص منه أن مصطلح القاصر لم يكن متعارفاً عليه عند الفقهاء، عكس التشريعات العربية؛ حيث خصصت له إطاراً خاصاً ضمن قوانينها المختلفة؛ سواء في القانون المدني، أم في قانون الأسرة، أم في قانون الولاية على ماله، وبالبحث في معناه لاحظنا اختلاف توجهاتهم في ذلك؛ حيث اعتبر بأنه من لم يبلغ سن الرشد عند البعض، والبعض الآخر صرح به بأنه يشمل عدة أشخاص يطلق عليهم هذا اللفظ، في حين أن توجهات تشريعية أخرى لم تذكر بصريح العبارة من هو القاصر، كما فعل المشرع الجزائري، مما دعانا للبحث عنه فيما نص عليه من مواد تثبت فعلياً اعتراف المشرع الجزائري ومن في فلكه بوجود شخص يخضع لأحكام القانون، يسمى القاصر.

وبما أن القاصر غير بالغ فإن الأمر يقتضي إخضاعه لنظام الحجر، حيثيتبين أن الحجر كنظام شرعي وقانوني، شرع من أجل حماية أشخاص معينين، كالقاصر؛ إما بسبب صغر سنه، أو بسبب ما طرأ عليه من عارض بأهليته جعله مجنوناً، أو معتوهاً، فأعدمها كلياً، أو جعله سفيهاً، أو مغفلاً، فأنقص منها، ونظراً لهذه الأسباب تقرر الحجر عليه، وذلك بمنعه من التصرف في المال الخاص به.

وإن كان الحجر يقيّد من تصرفات القاصر، فإن الإذن يفتح له المجال فيها ضمن ما يحدده له الوليّ إن أذن له بذلك؛ حيث أن القاصر لا يمكنه القيام بأي تصرف بدون إذن سابق، ونظراً لأهمية الأمر، فقد اختلفت الآراء حول جواز الإذن له، بين مجيز ومعارض، ليستقر في الأخير الرأي القائل بالجواز، وهو ما تبنته غالبية التشريعات العربية عن طريق ما يعرف بالترشيد؛ حيث يؤذن للقاصر متى بلغ سناً معينة تكون أقل من سن الرشد المقرر في كل تشريع، بالقيام ببعض الأعمال، أو كلها تحت رقابة الآذن له.

في حين خصصنا الباب الثاني لمسألة النطاق الموضوعي للمعاملات المدنية للقاصر في ماله الخاص فقهاً وقانوناً، فالمعاملات المدنية من بين التصرفات التي تثير الجدل حول إمكانية تصرف القاصر في نطاقها، باعتبارها تأخذ صوراً ثلاث متفق عليها عند الفقهاء والتشريعات العربية؛ بين تصرفات نافعة نفعاً محضاً، إلى تصرفات ضارة ضرراً محضاً، إلى تصرفات مترددة بينهما، فكل فئة من هذه الفئات لها مضمونها، وترتبط بأنواع مختلفة من التصرفات، كالوكالة، والاقراض،والهبة، والوصية، والبيع، والإيجار، وغيرهم. والحكم على معاملات القاصر وإعطاؤها وصفاًمن بين هذه الصور الثلاث

يظهر من خلال البحث في الجانب العملي لتصرفاته؛ حيث يتبين أن أقوال الفقهاء وتوجه التشريعات العربية، اتفقت أحياناً، وتعارضت أحياناً أخرى، فمن جهة، اتفقوا على أن التصرفات التي تثري الذمة المالية تعتبر جائزة منه، وأتوا بتطبيق على ذلك، كتوكيل القاصر، أو التبرع له، مع ملاحظة التزام الوليّ عندما يتعلق بتبرع مقدم للقاصر بالرجوع للمحكمة طالباً للإذن، وذلك متى كان هذا التبرع محملاً بالتزام معين، وهذا بالنسبة للتشريعات التي اشترطت ذلك، كما اتفقوا أيضاً على التصرفات التي تلحق ضرراً بأمواله، وقالوا بعدم جوازها منه، كالإقراض، والوصية، فهذه التصرفات تؤدي إلى خروج الذمة المالية من ملكيته لتنتقل إلى الغير، وهو ما يتعارض وأساس الحماية المقررة له. واختلفت آراء الفقه والتشريعاتحول التصرفات المترددة بين النفع والضرر، فهنا يجوز له إبرامها متى كان مأذوناً فيها، فإن كانت محققة للضرر توقف أثرها للنظر من أجل إجازتها، أو ردها، من قبل وليّه، أو وصيّه؛ فإن أجيزت نفذت، وإن لم يجزها أبطلت، فإن أبطلت التزم القاصر أو وليّه بإرجاع ما عاد عليه من منفعة فقط، أو ما بقي عنده، ويلاحظ هنا الدور الأساسي الذي يلعبه وليّ القاصر أو وصيّه في حماية أمواله من خلال إعطائهما الحق في إجازة التصرف، أو إبطاله، وفقاً لمتطلبات حماية مصلحة القاصر.

بينما عالجنا في الباب الثالث الأحكام الفقهية والقانونية لنظام النيابة الشرعية على أموال القاصر ضمن المعاملات المدنية؛ فبالنظر للوضع الخاص بالقاصر الذي لا يمكنه من التصرف في ماله بمفرده قرر فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، نظماً خاصة بهم، تعرف بمصطلح النيابة الشرعية؛ حيث يتولى شؤونها أشخاص معينين بالذات حسب ترتيبهم، وفق ما قال به الفقهاء والتشريعات العربية؛ فيخضع القاصر لنظام الولاية على ماله، يسيرها الولي ممثلاً في الأب أصالة؛ لوفور شفقته، ومحققاً لجميع الشروط اللازمة لهذه الولاية، ويليه في الترتيب أشخاص آخرين وفق ما حدده الفقهاء والتشريعات؛ فيقوم الوليّ بإدارة شؤون ابنه القاصر المالية، متصرفاً بما يعود بالمصلحة على ابنه، وبالطرق التي تؤدي إلى حفظ هذا المال من الإسراف، والتبذير، والضياع؛ وهذا التصرف يكون حسب ما حدد له ضمن صلاحياته؛ حيث يلتزم بطلب الإذن في التصرفات التي تستوجب ذلك قانوناً، ويمتنع عن القيام بما ليس من سلطاته؛ لأنها ضارة بمال القاصر، ويمكنه التصرف بكل حرية متى عاد بالنفع على هذه الأموال.

كما يخضع القاصر لنظام الوصاية، كنظام آخر من نظم النيابة الشرعية؛ وذلك بعد انقضاء الولاية عليه بوفاة وليّه، فتخول لشخص محدد بشروط خاصة؛ إما يعين من قبل الوليّ، أم من طرف القاضي، وسواء كانت وصايته محددة بموضوع معين، أم لا، وسواء كانت وصايته دائمة أم مؤقتة،

فمهما كان نوع الوصاية، فإن الوصي يلتزم بالقيام بالشؤون المالية الخاصة بالقاصر، وإدارتها بما يحقق المصلحة والنفع له،ومن أجل ضمان هذا الأمر، عكف فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية على بيان الصلاحيات المخولة لهذا الوصي، والتصرفات التي يمكنه القيام بها بمال القاصر، والواجبات الأساسية التي تقع على عاتقه، باعتباره وصياً، كتقديم كشوف خاصة بمال القاصر، أو إيداع هذا المال في حساب بنكي خاص.

هذا، ولم يقف فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية على بيان أنظمة النيابة الشرعية التي يخضع لها القاصر في ماله، وتحديد صلاحيات كل نائب شرعي بحسب صفته، بل ألزمته بالتصرف لمصلحة القاصر، فإن كان عكس هذا اعتبر مخلاً بما خول له القيام به، وهذا الإخلال لا يقتصر على عدم تسيير مال القاصر، وإنما قد يصل لدرجة ارتكاب تصرفات تحمله المسؤولية عما ألحقه من ضرر بمال القاصر، أو قد تكيّف على أساس أنها جرائم؛ إما تكون ماسة بالمال، وإما إساءة الائتمان، فإن ثبت سوء تصرفه منع من مواصلة نيابته لانقضائها بسب إخلاله، أو قد تنقضي لأسباب أخرى.

وفي ختام موضوع الحماية القانونية لأموال القاصر في المعاملات المدنية توصلنا إلى أن القاصر؛ سواء كان صبياً غير مميز، أم صبياً مميزاً، أم مجنوناً، أم معتوهاً، أم سفيهاً، أم ذا غفلة، أم غائباً، أم مفقوداً،لا يمكنه تولي شؤونه المالية بمفرده؛ لعدم قدرته على ذلك، واستثناءً يجوز له التصرف إن أذن له بذلك من طرف وليّه، أو القاضي متى بلغ سناً معينة، اصطلح عليها بسن الترشيد، وعلى الرغم من الثغرات القانونية الموجودة بنظام الترشيد في التشريع الجزائري، إلاّ أنه يبقى حلاً يمكن من خلاله للقاصر أن يتصرف في ماله. وهذا التصرف لا يكون على مطلقه، وإنما يتقيد خاصة في مجال المعاملات المدنية، بما هو نافع له نفعاً محضاً، ويمتنع عنهإذا كان ضاراً به، وإن كان تصرفه دائراً بين النفع والضرر وقف للنظر من طرف وليّه بحسب المصلحة.

كما ثبت لدينا أن المعيار الأساسي لتحقيق المصلحة لمال القاصر لا يكون فقط بمنعه من التصرف، وإنما بجعل هذه الأموال تحت تصرف أشخاص مؤهلين قانوناً لتولي زمام الأمور الخاصة به، وتسيير هذه الأموال بالنظر لمصلحته بما يعود عليه بالنفع، ومن ثم، فإن النائب الشرعي، سواء كان ولياً، أم وصياً، فإنه يلتزم بإدارة هذه الأموال وفق ما هو محدد له، وفي حالة مخالفة ذلك،وجب محاسبة المتصرف ومساءلته، إما مدنياً، أو جنائياً.

Résumé de l'étude

La " charia " islamique comprend de nombreuses dispositions et règles qui montrent les objectifs qu'elle cherche à atteindre; qu'elles soient liées à l'intérêt public ou privé. L'argent est l'un des plus importants de ces objectifs, Où "Allah" le tout-Puissant lui a accordé une attention et des soins particuliers qui ont fait de lui l'épine dorsale de la vie, et en retour, il a exhorté les gens à le gagner par des moyens légitimes, et leur a ordonné de le préserver afin qu'il ne soit pas dépensé de manière extravagante ou gaspillé inutilement. Et cette préservation est plus exigeante si l'argent appartient à des personnes incapables de le gérer elles-mêmes, pour des raisons naturelles ou d'urgence qui les empêchent de disposer de leur propre argent.

Ainsi, le mineur fait partie des personnes incapables de disposer de leur propre argent, et cette incapacité l'a placé au centre de l'attention des spécialistes de la "charia" islamique et des législations arabes, qui ont étudié les différents aspects de ces fonds, en particulier ceux liés à leur management et à leur gestion, et ce à travers l'établissement de règles jurisprudentielles incluant dans les chapitres relatifs à l'éligibilité, à la pierre et à la représentation légale. Ces règles étaient une référence de base pour les législations positives sur lesquelles celles-ci s'étaient appuyées pour édicter des textes relatifs à l'argent du mineur, soit en droit civil, soit en droit de la famille, soit dans une loi spéciale,pour certains, incluant la tutelle sur l'argent du mineur, ce qui nous a poussés à choisir le thème de "la protection juridique de l'argent du mineur dans les transactions civiles".

L'importance de la question de la protection juridique de l'argent du mineur dans les transactions civiles s'incarne à travers tout le travail qui a été fait par les juristes de la "charia" islamique et suivi par la plupart des législations arabes en

adoptant les dispositions relatives à l'argent du mineur, et les modalités de la gestion de son argent par lui-même, et les régimes représentatifs décidés en sa faveur, et exercés par certaines personnes chargées de gérer ces fonds, et donc notre étude vise à détailler tous les éléments liés à ce sujet, en commençant par le mineur, l'argent et les raisons qui empêchent ce mineur de disposer de son argent, et de déterminer l'étendue des actes civils qu'il peut accomplir et ce qui en résulte, ainsi que les régimes représentatifs mis en place à son profit, et les modalités de la gestion de son argent par les personnes habilitées à le faire.

Dans cette thèse, notre recherche s'est basée essentiellement sur l'approche comparative, qui consiste à comparer les positions des législations arabes sur tous les éléments du sujet. Notre étude a également inclus une comparaison entre les textes juridiques et les positions des juristes de la "charia" islamique et leurs opinions sur toutes les questions se rapportant à ce sujet. Nous avons joint à cette approche l'approche descriptive; en collectant des données sur le sujet et en les reliant pour obtenir des résultats qui servent cette recherche. Aussi, nous avons adopté la méthode analytique pour l'analyse des textes juridiques contenus dans les législations arabes, et nous avons procédé à l'analyse des avis des juristes afin de pouvoir répondre à toutes les problématiques posées par la recherche.

Notre étude a été alors scindée en trois chapitres, nous avons consacré le premier chapitre à l'étude de l'enracinement jurisprudentiel et juridique de la portée temporelle de la disposition par le mineur de son patrimoine, où nous avons conclu que le terme "mineur" n'était pas d'usage chez les juristes, contrairement aux législations arabes; qui lui ont réservé un cadre spécial dans ses différentes lois; que ce soit en droit civil, en droit de la famille ou en droit de la tutelle sur son argent, et en examinant son sens, nous avons relevé leurs différents points de vue sur cela; selon certains, il a été considéré comme quelqu'un qui n'a pas atteint l'âge de la majorité, et d'autres ont affirmé que ce terme comprend plusieurs car plusieurs personnes sont appelées par ce terme, alors que d'autres législations ne le définissent pas, comme l'a fait le législateur algérien, ce qui nous a incités à le rechercher à travers les dispositions stipulées

quiont démontré quele législateur algérien et ceux de son orbiteont effectivement reconnu l'existence d'une personne soumise aux dispositions de la loi, dite "mineure".

En n'étant pas majeur, le mineur est soumis au régime de l'interdiction, car il s'avère que l'enfermement, en tant que régime légal et juridique, a été légiféré pour protéger certaines personnes, comme le mineur ; soit à cause de son jeune âge, soit à cause de la survenance d'un effet causant l'altération de son éligibilité et qui l'a ainsi rendu fou, ou un imbécile, en détruisant complètement son éligibilité, ou bien le rendant prodigue , ou idiot, en l'a réduisant, et pour ces raisons, il a été décidé de l'empêcher de disposer de son argent.

Et si l'interdiction restreint les actes du mineur, la permission lui ouvre la voie dans ce que le tuteur lui détermine dans la permission. Étant donné qu'un mineur ne peut accomplir aucune action sans autorisation préalable, et compte tenu de l'importance de la question, les avis ont divergé, certains ont été favorables pour la permission, d'autres se sont y opposés, pour être au final de l'avis favorable , qui a été adopté à la majorité des législation arabes par ce qu'on appelle la majorité; lorsque le mineur est autorisé, lorsqu'il atteint un certain âge inférieur à l'âge de la majorité prévu par chaque législation, à effectuer tout ou partie des travaux sous la surveillance de la personne qui a donné l'autorisation.

Alors que nous avons consacré le deuxième chapitre à la question du périmètre objectif des transactions civiles du mineur en son propre argent dans la jurisprudence et le droit, les transactions civiles font partie des actes qui suscitent la polémique sur la possibilité d'agir du mineur dans leur périmètre, comme elles prennent trois formes convenues par les juristes et les législations arabes; entre les actes purement bénéfiques, aux actes purement nuisibles, à ceux hésitants entre eux, chacune de ces catégories a son contenu, et est liée à différents types de comportements, comme la procuration, le prêt, le don, le testament, la vente, la location, et autres.Juger donc les transactions du mineur et leur donner une description parmi ces trois formes passe par une recherche sur son acte pratique; car les juristes et les législations arabes, sont parfois convenues et parfois

opposés, ils sont convenus, d'une part, que les actes qui enrichissent le patrimoine du mineur sont autorisées , comme par exemple une demande à ce que le mineur soit sujet d'une procuration, ou bénéficie d'une donation, notant l'obligation du tuteur de retourner au tribunal , selon ce qui est stipulé dans certaines législations, lorsqu'il s'agit d'une donation au mineur assujetti à une certaine obligation, ils se sont également mis d'accord sur les actes qui causent des dommages à son argent, et ils ont dit que cela ne lui est pas permis, comme le prêt et testaments, car ces actions entraînent la sortie de la propriété de son patrimoine pour passer à autrui, ce qui contredit le fondement même de la protection établie pour lui. Les avis de la jurisprudence et de la législation divergent sur les actes qui hésitent entre le bien et le mal, il peut les conclure dès qu'il s'y autorise. Si elle lui est nuisible, son effet est suspendu en attendant qu'elle soit autorisée ou révoquée par son tuteur ou curateur. Si elle est permise, elle est exécutée. Si elle n'est pas permise, elle est révoquée et dans ce cas le mineur ou son tuteur est tenu de ne prendre que ce qui lui a profité, ou ce qui lui est resté. Il est noté ici le rôle principal que jouent le tuteur ou le curateur dans la protection de l'argent du mineur en lui autorisant l'acte ou en le révoquant, selon les exigences de protection des intérêts du mineur.

Alors que nous avons traité dans le troisième chapitre des dispositions jurisprudentielles et légales du régime de représentation légale sur l'argent du mineur dans le cadre des transactions civiles; Compte tenu de la situation particulière du mineur qui ne peut disposer seul de son argent, les juristes de la "charia" islamique et des législations arabes ont décidé pour lui des régimes spéciaux, dits de "représentation légale"; Ses affaires sont traitées par des personnes déterminées dans leur ordre, selon ce qu'a été décidé par les juristes et les législations arabes ; le mineur est soumis au régime de tutelle sur son argent, qui est géré par le tuteur représenté par le père principalement ; vu sa compassion, et en remplissant toutes les conditions nécessaires à cette tutelle, et il suivi dans l'ordre des autres personnes tel que déterminé par les juristes et la législation . Le tuteur gère les affaires financières de son fils mineur, agissant dans l'intérêt de

son fils, et de manière à préserver cet argent de l'extravagance, du gaspillage et de la prodigalité ; Cette action est conforme à ce qui lui est assigné dans le cadre de ses pouvoirs. Alors il est obligé de demander la permission dans les actes que la loi l'exige, et de s'abstenir de faire ce qui n'est pas de son ressort parce que cela nuit à l'argent du mineur, et il peut en disposer librement chaque fois que cela est bénéfique pour lui.

Le mineur est également soumis au régime de la tutelle, comme étant un autre régime de représentation légale et ce après la fin de la tutelle sur lui avec le décès de son tuteur, elle est ainsi accordée à une personne désignée dans des conditions particulières; soit nommé par le tuteur, soit par le juge, et que sa tutelle soit spécifique ou non, et qu'elle soit permanente ou temporaire, quel que soit le type de tutelle, le tuteur est tenu d'administrer les affaires financières du mineur et de les gérer d'une manière qui réalise l'intérêt et le bénéfice pour lui, et afin d'assurer cela, les juristes islamiques de la "charia" et les législations arabes ont élaboré les pouvoirs conférés à ce tuteur, les actes qu'il peut accomplir avec l'argent du mineur, et les devoirs fondamentaux qui lui incombent, en tant que tuteur, tels que la remise de relevés de l'argent du mineur, ou le dépôt de cet argent sur un compte bancaire spécial.

Ceci, et les juristes de la "charia" islamique et des législations arabes ne se sont pas contentés d'expliquer les régimes de représentation légale auxquels le mineur est soumis en son argent, et de définir les pouvoirs de chaque représentant légal en fonction de sa capacité, mais l'ont plutôt obligé à agir dans l'intérêt du mineur, et si le tuteur agit contrairement à cela, son acte a été considéré comme un manquement à ce qu'il a été autorisé à faire, et ce manquement ne se limite pas à ne pas gérer l'argent du mineur, mais peut aller jusqu'à le responsabiliser du préjudice qu'il a causé à l'argent du mineur, ou pourraient même être qualifiées en tant qu'infractions d'argent ou d'abus de confiance, si sa mauvaise conduite est prouvée, il est mis fin à son mandat de tuteur en raison de son manquement, son mandat peut aussi expirer pour d'autres raisons.

En concluant le sujet de la protection juridique de l'argent du mineur dans les transactions civiles, nous avons conclu que le

mineur; qu'il soit une personne immature, ou une personne mature, ou un fou, un idiot, ou un imbécile, ou un insouciant, ou un absent, ou un disparu, il ne peut pas s'occuper seul de ses affaires financières; pour son incapacité, et à titre exceptionnel, il peut agir s'il y est autorisé par son tuteur, ou par le juge lorsqu'il atteint un certain âge, dit âge de maturité, et malgré les vides juridiques existant dans le régime de maturité dans la législation algérienne, cela reste une solution par laquelle le mineur peut disposer de son argent. Ce comportement n'est pas absolu, mais limité, surtout dans le domaine des transactions civiles, à ce qui lui est purement bénéfique, et il s'en abstient s'il lui est nuisible, et si son comportement se situe entre le bien et le mal, il est suspendu pour examen par son tuteur selon l'intérêt.

Il nous a également été prouvé que le critère de base pour réaliser l'intérêt pour l'argent du mineur, ce n'est pas seulement de l'empêcher d'en disposer, mais de mettre cet argent à la disposition de personnes juridiquement qualifiées pour prendre en charge ses affaires, et gérer ces fonds en vue de son intérêt d'une manière qui lui profite. Par conséquent, le représentant légal, qu'il soit tuteur ou tuteur testamentaire, est tenu de gérer ces fonds conformément à ce qui lui est spécifié, et en cas de violation de celle-ci, le responsable doit être poursuivi civilement ou pénalement.

Study summary

Islamic Sharia includes many provisions and rules that show the purposes that it seeks to achieve; whether related to the public interest, or private. Money is one of the most important of these purposes. Where God Almighty gave it special attention and care that made it the backbone of life, and in return, he urged people to earn it by legitimate means, and ordered them to preserve it so that it would not be extravagant or wasteful in what is useless. Keeping money from squandering and extravagance is more demanding if this money is owned by people who are unable to manage it themselves, for reasons either natural or emergency that prevent them from being able to dispose of their own money.

The minor is among the people who are unable to dispose of their own money, and this inability has made them the focus of the attention of Islamic jurisprudents, and Arab legislation, by studying their issues, especially those related to these funds, by explaining how to manage and manage them, through the establishment of jurisprudential rules It was included in the chapters related to eligibility, stone, and legal representation. These rules were a basic reference for man-made legislation. It relied on it in order to enact texts related to the money of the minor, either in the civil law, or in the family law, or in a special law that includes jurisdiction over the money of the minor for some, which prompted us to choose the topic of legal protection for the money of the minor in civil transactions.

The issue of legal protection for a minor's money in civil transactions is of great importance, embodied by what was approved by Islamic Sharia jurists and followed by most Arab legislation by explaining the provisions relating to a minor's money, how he manages his money by himself, and the

representative systems that have been decided in his favor, and which is carried out by certain people that are authorized to manage these funds, and for this reason, our study aims to detail all the elements related to the specific subject, starting from the minor individual, the element of money, and the reasons that prevent this minor from disposing of his money, and determining the field of civil transactions that he can carry out And the ruling resulting from it, as well as a statement of the legal representation systems established for his benefit, and how those in charge of them manage these funds.

The research on this subject necessitated reliance on the comparative approach as an original approach to this thesis, by comparing the positions of Arab legislation in all elements of the subject, and in addition to this, our study also included a comparison between legal texts and the positions of Islamic Sharia jurists and their opinions on all issues, and we attached the comparative approach Both descriptive approach; By collecting subject data, and linking them to reach results that serve the research, in addition to our adoption of the analytical method; By analyzing the legal texts contained in Arab legislation, and analyzing the opinions of jurists in order to be able to answer all the problems posed by the research.

This, and we have decided to divide our study into three chapters; Where we have devoted the first chapter to the study of the jurisprudential and legal rooting of the temporal scope of the minor's disposal of his personal financial liability, and we conclude from it that the term "minor" was not customary among the jurists, unlike the Arab legislation; As it allocated a special framework for it within its various laws; Whether in civil law, family law, or guardianship law over his money, and by examining its meaning, we noticed their different orientations in that; Where it was considered that it is someone who has not reached the age of maturity according to some, and others have stated that it includes several people called this term, while other legislative trends did not explicitly mention who is a minor, as the Algerian legislator did, which called us to search for him in what was stipulated From articles that actually prove the recognition

by the Algerian legislator and those in his orbit of the existence of a person subject to the provisions of the law, called a minor.

Since the minor is not an adult, the matter requires subjecting him to the system of confinement, as it turns out that the confinement, as a legal and legitimate system, was legislated in order to protect certain people, such as the minor; Either because of his young age, or because of what happened to him that opposed his eligibility, made him crazy, or an imbecile, so he executed it completely, or it made him foolish, or an idiot, so he reduced it, and for those reasons, it was decided to ban him, by preventing him from disposing of his money.

And if the forbiddance restricts the actions of the minor, the permission opens the way for him within what the guardian determines for him if he gives him permission to do so. Since a minor cannot perform any action without prior permission, and given the importance of the matter, opinions differed about the permissibility of his permission, between permissible and opposed, to settle in the end the opinion of permissibility, which was made by the majority of Arab legislation through what is known as rationalization; Where the minor is authorized when he reaches a certain age that is less than the age of majority stipulated in each legislation, to perform some or all of the work under the supervision of the authorized person.

While we devoted the second chapter to the issue of the objective scope of the civil transactions of the minor in his own money in jurisprudence and law, civil transactions are among the behaviors that raise controversy about the possibility of the minor's disposal within their scope, as they take three forms agreed upon by jurists and Arab legislation; Between purely beneficial behaviors, to purely harmful behaviors, to hesitant behaviors between them, each of these categories has its content, and is linked to different types of behavior, such as agency, lending, gift, will, sale, rent, and others.Judging the minor's transactions and giving them a description from among these three forms appears through research on the practical side of his behavior; When it turns out that the sayings of the jurists and the directive of Arab legislation, sometimes agreed, and sometimes contradicted, on the one hand, they agreed that the actions that

enrich the financial disclosure are considered permissible from him, and they came up with an application on this, such as the power of attorney for the minor, or donation to him, noting the obligation of the guardian when it comes to a donation The minor is presented to the court asking for permission, whenever this donation is borne by a certain obligation, and this is in relation to the legislation that stipulates that, and they also agreed on actions that cause damage to his money, and they said that it is not permissible for him, such as lending, and a will, these actions lead to the exit of the financial liability from His ownership is transferred to others, which contradicts the basis of the protection granted to him. The opinions of jurisprudence and legislation differed about the behaviors that hesitate between benefit and harm. Here he may conclude them whenever he is authorized in them. If it is permitted, it is implemented, and if it is not permitted, it is invalidated. If it is revoked, the minor or his guardian is obligated to return only what benefited him, or what remained with him. It is noted here that the main role played by the minor's guardian or trustee in protecting his money by giving them the right to authorize disposal, or Revoke it, in accordance with the requirements of protecting the interests of the minor.

While we dealt in the third chapter with the jurisprudential and legal provisions of the legal prosecution system on the funds of the minor within the civil transactions; In view of the special situation of a minor who is not able to dispose of his money on his own, the jurists of Islamic Sharia and Arab legislation have decided on special systems for them, known as the legal representation; Its affairs are handled by specific persons in their order, according to what the jurists and Arab legislations have said; The minor is subjected to the guardianship system over his money, which is managed by the guardian represented by the father asala; Loving his compassion, fulfilling all the conditions necessary for this guardianship, and following him in the order of other persons as determined by the jurists and legislation; The guardian manages the financial affairs of his minor son, acting in the interest of his son, and in ways that lead to the preservation of this money from extravagance, waste, and waste; This action is according to what is assigned to him within his powers. Where

he is obligated to seek permission in the actions that require this by law, and refrain from doing what is not within his authority; because it is harmful to the money of the minor, and he can dispose of it freely whenever he benefits from this money.

The minor is also subject to the guardianship system, as another system of legal prosecution; And that after the end of the guardianship over him with the death of his guardian, so it is granted to a specific person under special conditions; Either appointed by the guardian, or by the judge, and whether his guardianship is specific to a specific issue or not, and whether his guardianship is permanent or temporary, whatever the type of guardianship, the guardian is obligated to carry out the financial affairs of the minor, and manage them in a way that achieves the interest and benefit for him, and from In order to ensure this matter, Islamic Sharia jurists and Arab legislation have worked out the powers conferred on this guardian, the actions that he can perform with the money of the minor, and the basic duties that fall upon him, as a guardian, such as submitting statements of the minor's money, or depositing this money in a special bank account .

This, and the jurists of Islamic Sharia and Arab legislation did not stop at explaining the legal representation systems to which the minor is subject to in his money, and defining the powers of each legal representative according to his capacity, but rather obligated him to act in the interest of the minor, and if the opposite of this was considered a breach of what he was authorized to do, and this breach does not It is limited to not managing the minor's money, but may reach the point of committing acts that hold him responsible for the damage he has caused to the minor's money, or may be adapted on the basis that they are crimes; Either it is bad with money, or bad credit, if his misbehavior is proven to prevent him from continuing his mandate because it expires due to his breach, or it may expire for other reasons.

In concluding the issue of legal protection of the minor's money in civil transactions, we concluded that the minor; whether he be an undistinguished boy, or a distinguished boy, or insane, or a lunatic, or foolish, or negligent, or absent, or missing,

he cannot take charge of his finances alone; For his inability to do so, and as an exception, he may act if authorized to do so by his guardian, or the judge when he reaches a certain age, termed as the age of rationalization, and despite the legal loopholes that exist in the rationalization system in Algerian legislation, it remains a solution through which the minor can: He disposes of his money. This behavior is not on its absolute, but is restricted, especially in the field of civil transactions, to what is purely beneficial to him, and he refrains from it if it is harmful to him, and if his behavior is between benefit and harm, it is stopped for consideration by his guardian according to the interest.

It has also been proven to us that the basic criterion for achieving the interest of the minor's money is not only by preventing him from disposing of it, but by making this money at the disposal of legally qualified persons to take charge of his affairs, and managing these funds in view of his interest in a way that benefits him. Hence, the legal representative, whether if he is a guardian, or a trustee, he is obligated to manage these funds according to what is specified for him, and in case of violation of this, the disposer must be held accountable and accountable, either civilly or criminally.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

أولا– المصادر والمراجع باللغة العربية:

1–كتب الحديث:

1) ابن حجر العسقلاني أحمد بن علي بن محمد الكناني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، ج.18، ط.1، مؤسسة الرسالة العالمية، سوريا، 1434هـ، 2013م.

2) أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ج.3، وج.6، ط.2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1424هـ، 2003م.

3) أبو الحسن الدارقطني علي بن عمر بن أحمد بن مهدي، السنن، ج.4، ط.1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1424هـ، 2004م.

4) أبو الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل إلى العدل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، ط.2، دار السلام، الرياض، السعودية، 1421هـ، 2000م.

5) أبو داوود سليمان بن الأشعث بن اسحاق بن بشير، في السنن، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قروبللي، ج.1، ج.3، ط.1، دار الرسالة العالمية، سوريا، 1430هـ، 2009م.

6) أبو عبد الله ابن ماجة محمد ين يزيد الربعي القزويني، سنن ابن ماجة، ج.1، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، عيسى البابي الحلبي، دار إحياء الكتب العربية، مصر، بدون تاريخ النشر.

7) أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري، موطأ مالك، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج.2، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1406هـ، 1985م.

8) أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وأيامه، ط.1، دار ابن كثير، سوريا، لبنان، 2002م.

9) أبو عبد الله محمد بن عبد الله النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، ج.2، وج.3، وج.4، دار الكتب العلمية، لبنان، 1422هـ، 2002م.

10) أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة بن موسى السلمي البوغي الترمذي، الجامع الكبير، تحقيق: بشار عواد معروف، م.2، الزكاة، البيوع، ط.1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1996م.

11) أبو يعلى أحمد بن علي بن المثنى التميمي الموصلي، تحقيق: حسين سليم أسد، ج.3، ط.2، دار الثقافة العربية، سوريا، لبنان، 1412هـ، 1992م.

12) الشوكاني محمد بن علي بن محمد بن عبد الله، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخيار، تحقيق: محمد صبحي بن حسن حلاق، ج.10، ط.1، دار ابن الجوزي، السعودية، 1427هـ.

2-كتب التفسير:

1) أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، ج.2، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، لبنان، 1412هـ، 1992م.

2) أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، القسم الأول، الفاتحة لآخر سورة النساء، دار الكتب العلمية، لبنان، بدون تاريخ النشر.

3) أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تفسير الطبري، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد السند حسن يمامة، ج.5، وج.6، ط.1، دار هجر، مصر، 1422هـ، 2001م.

4) أبو الحسن علي بن أحمد الواحدي النيسابوري، أسباب النزول، تحقيق: عصام بن عبد المحسن الحميدان، ط.2، دار الاصطلاح، السعودية، 1412هـ، 1992م.

5) أبو حيان الأندلسي، تفسير المحيط، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد عوض، زكريا عبد المجيد النوتي، أحمد النجولي الجمل، ج.3، (آل عمران 102-المائدة 81)، ط.3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2010م.

6) أبو زيد الثعالبي عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف المكي، تفسير الثعالبي الموسوم بـ: الجواهر الحسان في تفسير القرآن، تحقيق: علي محمد معوّض، عادل أحمد عبد الموجود، عبد الفتاح أبو سنة، ج.2، ط.1، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ الغربي، لبنان، 1418هـ، 1997م.

7) أبو السعود العمادي محمد بن محمد بن مصطفى، إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم (تفسير أبو السعود)، ج.2، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بدون تاريخ النشر.

8) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، كامل محمد الخراط، محمد معتز كريم الدين، ج.6، وج.20، ط.1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1427هـ، 2006م.

9) أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد السلامة، ج.2، (آل عمران-النساء)، ط.2، دار طيبة للنشر والتوزيع، السعودية، 1420هـ، 1999م.

10) أبو القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي، تفسير الكشاف على حقائق التنزيل وعيون الأقاويل وجودة التنزيل، تحقيق: خليل مأمون شيحا، ط.3، دار المعرفة، لبنان، 1430هـ، 2009م.

11) الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق: عدنان صفوان داوودي، ط.4، دار القلم، الدار الشامية، سوريا، لبنان، 1430هـ، 2009م.

12) عبد الرحمن بن الكمال جلال الدين السيوطي، تفسير الدر المنثور في التفسير المأثور، ج.2، دار الفكر، لبنان، 1433هـ، 2011م.

13) عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، تحقيق: عبد الرحمن بن معلا اللويحق، ط.2، دار السلام، السعودية، 1422هـ، 2002م.

14) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، بصائر ذوي العزيز لطائف الكتاب العزيز، تحقيق: عبد العليم الطحاوي، ج.5، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، لجنة إحياء التراث الإسلامي، مصر، 1412هـ، 1992م.

15) محمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي، العذب النمير من مجالس الشنقيطي في التفسير، تحقيق: خالد بن عثمان السبت، م.5، ط.2، دار عالم الفوائد، السعودية، 1426هـ.

16) محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي البكري أبو عبد الله فخر الدين الرازي، تفسير الفخر الرازي المشهور بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب، ج.9، ط.1، دار الفكر، مصر، 1401هـ، 1981م.

17) محمود شكري الألوسي البغدادي شهاب الدين، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، ج.5، إدارة الطباعة المنبرية، لبنان، بدون تاريخ النشر.

18) هود بن محكم الهواري، تفسير كتاب الله العزيز، تحقيق: بالحاج بن سعيد شريفي، ج.1، ط.1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1990م.

3-المعاجم والقواميس:

1) أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، الكليات، معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويش، محمد المصري، ط.2، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1419هـ، 1998م.

2) أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد، جمهرة اللغة، تحقيق: رمزي منير بعلبكي، ج.2، ط.1، بدون دار النشر، لبنان، 1987م.

3) أبو جيب سعدي، القاموس الفقهي لغةً واصطلاحاً، ط.2، دار الفكر، سوريا، 1408هـ، 1988م.

4) أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، ج.4، (ح، هـ، خ)، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1421هـ، 2000م.

5) أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، ج.3، ج.5، ج.6، دار الفكر للطباعة، بدون بلد النشر، 1399هـ، 1979م.

6) أبو الفتح ناصر الدين المطرزي، المغرب في ترتيب المعرب، معجم لغوي، تحقيق: محمود فاخوري، عبد الحميد المختار، ج.1، ج.2، مكتبة أسامة بن زيد، سوريا، 1399هـ، 1979م.

7) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، م.1، وم.3، وم.4، وم.5، وم.6، و.9، وم.11، وم.13، وم.14، وم.15، دار صادر، لبنان، دون تاريخ نشر.

8) أبو القاسم جار الله محمود بن عمر بن أحمد الزمخشري، أساس البلاغة، تحقيق: محمد باسل عيون السود، ج.2، فأد-يهم، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1419هـ، 1998م.

9) أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير، معجم عربي-عربي، مكتبة لبنان، لبنان، 1987م.

10) أحمد رضا، معجم متن اللغة، موسوعة لغوية حديثة، م.3، دار مكتبة الحياة، لبنان، 1378هـ، 1959م.

11) أحمد الشرباصي، المعجم الاقتصادي الإسلامي، دار الجيل، بدون بلد النشر، 1401هـ، 1981م.

12) أحمد مختار عمر: - المعجم الموسوعي لألفاظ القرآن الكريم وقراءاته، ط.1، مؤسسة سطور المعرفة، السعودية، 1423هـ، 2002م.

13) – معجم اللغة العربية المعاصرة، م.1، وم.2، و.3، ط.1، عالم الكتب، مصر، 1429هـ، 2008م.
14) جبران مسعود، الرائد، معجم لغويّ عصريّ رتّبت مفرداته وفقاً لحروفها الأولى، ط.7، دار العلم للملايين، لبنان، 1992م.
15) حسن محمد سفر، معجم المصطلحات الفقهية في الفقه القضائي الإسلامي، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، 1418هـ.
16) الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين مرتباً على حروف المعجم، تحقيق: عبد الحميد الهنداوي، ج.1، وج.4، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1424هـ، 2003م
17) عبد الرؤوف بن المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق: عبد الحميد صالح حمدان، ط.1، دار عالم الكتب، مصر، 1410هـ، 1990م.
18) عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، الشامل في حدود وتعريفات مصطلحات علم أصول الفقه وشرح صحيحها وبيان ضعيفها، والفرق بين المتشابه بينها، دراسة تأصيلية استقرائية نقدية، م.1، ط.1، مكتبة الرشد، السعودية، 1430هـ، 2009م.
19) علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، تحقيق: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، مصر، بدون تاريخ النشر.
20) علي بن نايف الشحود، موسوعة المفاهيم الإسلامية، بدون دار النشر، بدون بلد النشر، 1429هـ، 2008م.
21) قاسم القونوي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقيق: أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، ط.1، دار الوفاء للنشر، السعودية، 1406هـ، 1986م.
22) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي، ط.8، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1426هـ، 2005م.
23) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط.4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 1435هـ، 2004م.
24) مجمع اللغة العربية، معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، مصر، 1420هـ، 1999م.
25) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، لبنان، 1986م.

26) محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي أبو منصور، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، ج.11، وج.12، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2001م.

27) محمد علي التهانوي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تحقيق: رفيق العجم، علي دحروج، ج.1، أ-ش، ط.1، مكتبة لبنان، لبنان، 1996م.

28) محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، معجم يشرح الألفاظ المصطلح عليها بين الفقهاء والأصوليين وغيرهم من العلماء، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1424هـ، 2003م.

29) محمد قلعجي، معجم لغة الفقهاء، ط.2، دار النفائس، لبنان، 1408هـ، 1988م.

30) محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مصطفى حجازي، ج.12، وج.17، وج.22، وج.31، وزارة الإعلام، الكويت، 1399هـ، 1979م.

31) محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج.3، (من حرف الغين إلى حرف الياء)، دار الفضيلة، مصر، بدون تاريخ النشر.

32) نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ط.1، دار القلم، الدار الشامية، سوريا، لبنان، 1429هـ، 2008م.

4-كتب الفقه الإسلامي وأصوله وقواعده:

1) إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد زهير شاوش، ج.1، ط.1، دار السلام، سوريا، 1402هـ، 1982م.

2) إبراهيم شمس الدين محمد بن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، تحقيق: جمال مرعشلي، ج.1، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، 1423هـ، 2003م.

3) ابن شاط، إدرار الشروق على أنواء الفروق، مطبوع مع كتاب الفروق، ج.3، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، 1431هـ، 2010م.

4) أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزاباذي الشيرازي، التنبيه في الفقه الشافعي، تحقيق: مركز الخدمات والأبحاث الثقافية، ط.1، عالم الكتب، لبنان، 1403هـ، 1983م.

5) أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخيمي الشاطبي، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان، م.2، ط.1، دار ابن عفان، السعودية، 1417هـ، 1997هـ.

6) أبو إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: محمد الزحيلي، ج.3، المعاملات المالية، والسبق، وإحياء الموات، والوقف، والهبات، والوصايا، دار القلم، الدار الشّاميّة، سوريا، لبنان، 1412هـ، 1992م.

7) أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، ج.4، البيع، الحجر، الشركة، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1418هـ، 1997م.

8) أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير: – الشرح الكبير، تحقيق: محمد عليش، ج.3، عيسى البابلي الحلبي، بدون بلد النشر، بدون تاريخ النشر.

9) – الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى الإمام مالك، وبهامشه حاشية أحمد بن محمد الصاوي المالكي، تحقيق: مصطفى كمال وصفي، ج.3، دار المعارف، مصر، بدون تاريخ النشر.

10) أبو بكر البكري محمد الشطا، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، ج.1، دار إحياء الكتب العربية، بدون بلد النشر، 1300هـ.

11) أبو بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، ج.3، ط.2، دار الفكر، بدون بلد النشر، بدون تاريخ النشر.

12) أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعبادات ومعاملات، مكتبة العلوم والحكم، المملكة العربية السعودية، 1421هـ، 2000م.

13) أبو بكر محمد بن إبراهيم المنذر النيسابوري، الإجماع، تحقيق: أبو حامد صغير أحمد بن محمد حنيف، رقم الانفراد: 55، ط.2، مكتبة الفرقان، مكتبة مكة الثقافية، المتحدة، 1420هـ، 1999م.

14) أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، تحقيق: أحمد زكي حماد، ج.1، ط.1، العالمية للنشر والترجمة والتدريب، دار الميهان للنشر والتوزيع، مصر، السعودية، بدون تاريخ النشر.

15) أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر القدوري البغدادي الحنفي، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، المشهور باسم "الكتاب"، تحقيق: كامل محمد محمد عويضة، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1418هـ، 1997م.

16) أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب المرداوي البصري، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق: علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، ج.3، وج.8، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1414هـ، 1994م.

17) أبو الحسن علي بن محمد بن علي بن عباس البعلي ابن اللحام الحنبلي، القواعد، تحقيق: ناصر بن عثمان بن عمير الغامدي، ج.1، ط.1، مكتبة الرشد، السعودية، 1423هـ، 2002م.

18) أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي، الإقناع في الفقه الشافعي، تحقيق: خضر محمد خضر، ط.1، دار إحسان، إيران، 1420هـ، 2000م.

19) أبو العباس شمس الدين أحمد بن إبراهيم بن عبد الغني السروجي، كتاب أدب القضاء، تحقيق ودراسة: صديقي بن محمد ياسين، ط.1، دار السلام الإسلامية، لبنان، 1418هـ، 1997م.

20) أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بهاد بن عبد الشافعي الزركشي، المنثور في القواعد، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، ج.2، وج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1421 هـ، 2000م.

21) أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري المدني، المدونة الكبرى رواية الإمام سحنون، م.5، وم.6، وم.13، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوى والإرشاد، السعودية، 1324هـ.

22) أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، تحقيق: حمد أبو الأجفان، الطاهر المعموري، القسم الأول، ط.1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1993م.

23) أبو عبد الله محمد الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، وبهامشه حاشية علي العدوي، ج.2، وج.5، وج.8، ط.2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1317هـ.

24) أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان، أبو عمر أحمد عبد الله أحمد، م.3، ط.1، دار ابن الجوزي، السعودية، 1423هـ.

25) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عمر الوانوغي التونسي المالكي، أبو عبد الله محمد بن أبي القاسم بن محمد المشدالي، تعليقة الوانوغي على تهذيب المدونة، وبهامشها تكملة التعليقة، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، حافظ بن عبد الرحمن خير، م.3، بدون دار النشر، بدون بلد النشر، 1435هـ، 2014م.

26) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، أبو بكر بن محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي، الإتقان والإحكام شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، تحقيق: محمد عبد السلام محمد سالم، ج.2، دار الحديث، مصر، 1422هـ، 2011م.

27) أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب المالكي، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق: عبد السلام محمد الشريف، ط.1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1404هـ، 1984م.

28) أبو عبد الله الخرشي، على العدوي، الخرشي على مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوي، ج.5، وج.6، ط.2، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، 1317هـ.

29) أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، التمهيد لما في الموطأ والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير بكري، ج.2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1387هـ، 1967م.

30) أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عند الله البر النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، م.2، ط.1، مكتبة الرياض الحديثة، السعودية، 1398هـ، 1978م.

31) أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي السبتي المالكي، مشارق الأنوار على صحاح الآثار، ج.1، المكتبة العتيقة، دار التراث، تونس، مصر، 1978م.

32) أبو القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب المصري، التفريغ، تحقيق: حسين بن سالم الدهماني، ج.2، ط.1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1408هـ، 1987م.

33) أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبو حنيفة النعمان، تحقيق: محمد أحمد سراج، على جمعة محمد، م.2، ط.1، دار السلام، مصر، 1420هـ، 1999م.

34) أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ج.2، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، 1411هـ، 1991م.

35) أبو المظفر يحي بن محمد بن زهيرة الشيباني، اختلاف الأئمة العلماء، تحقيق: السيد يوسف محمد، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1423هـ، 2002م.

36) أبو الوليد إبراهيم بن أبي اليمن محمد الحنفي، لسان الحكام في معرفة الأحكام، البابلي الحلبي، مصر، 1393هـ، 1973م.

37) أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات، لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، تحقيق: محمد حجي، ج.2، ط.1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1408هـ، 1988م.

38) أبو يحي زكريا الأنصاري الشافعي، أسنى المطالب شرح روض الطالب، وبهامشه حاشية الشيخ أبو العباس أحمد الرملي، ج.2، بدون دار النشر، بدون بلد النشر.

39) أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، ط.1، المكتبة الأزهرية للتراث، والجزيرة للنشر والتوزيع، مصر، 1434هـ، 2013م.

40) أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الأهلية وعوارضها وأحكام التصرف عن الغير، الولاية، الوصاية، القوامة، المساعدة القضائية، الوكالة، الفضالة، في الشريعة الإسلامية والقانون، معلقا عليها بأحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض، المكتبة الأزهرية للتراث، مصر، 1435هـ، 2015م.

41) أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهري المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، تحقيق: عبد الوارث محمد علي، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1418هـ، 1997م.

42) أحمد بن محمد الخليل، الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، ط.1، دار ابن الجوزي، السعودية، 1424هـ.

43) أحمد الحصري، الولاية، الوصاية، الطلاق في الفقه الإسلامي للأحوال الشخصية، ط.2، دار الجبل، لبنان، 1412هـ، 1992م.

44) أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، تعريفه، أنواعه، علاقته، ضوابطه، جزاءه، م.1، ط.1، دار ابن عفان، السعودية، 1418هـ، 1997م.

45) إسماعيل عبد النبي شاهين، مسؤولية الوكيل في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، مكتبة الكويت الوطنية، الكويت، 1999م.

46) الأوزجندي فخر الدين حسن بن منصور، الفتاوى العالمكيرية المعرفة بالفتاوى الهندية، وبهامشه فتاوى قاضي خان والفتاوى البزازية، ج.5، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، 1310هـ.

47) أيمن بن علي موسى، غاية المأمول في شرح البداية في الأصول، ط.1، دار ابن رجب، دار الفوائد، مصر، 1433هـ، 2012م.

48) بدران أبو العينين بدران: -تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية، مصر، بدون تاريخ النشر.

49) - حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1987م

50) برهان الدين أبو الحسن على بن أبو بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى، مع شرح العلامة عبد الحي اللكنوي، تحقيق: نعيم أشرف نور محمد، ج.5، وج.6، وج.8، ط.1، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، 1417هـ.

51) بن السيد سالم كمال أبو مالك، صحيح فقه السنة، وأدلته، وتوضيح مذاهب الأئمة، تحقيق: ناصر الدين الألباني، عبد العزيز بن باز، محمد بن صالح العثيمين، ج.4، ط.1، المكتبة التوفيقية، مصر، 2003م.

52) بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، العدة شرح العمدة، تحقيق: أحمد بن علي، دار الحديث، مصر، 1424هـ، 2003م.

53) تقي الدين أحمد بن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى، تخريج الأحاديث: عامر الجزار، أنور الباز، ج.29، وج.30، ط.3، دار الوفاء للطباع، مصر، 1426هـ، 2005م.

54) الجبي، شرح غريب ألفاظ المدونة، تحقيق: محمد محفوظ، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1425هـ، 2005م.

55) جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1403هـ، 1983م.

56) جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاش، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميد بن محمد لحمر، ج.2، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1423هـ، 2003م.

57) جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي الشافعي، محمد بخيت المطيعي، نهاية السول في شرح منهاج الأصول، ومعه سلم الوصول شرح نهاية السول، ج.4، دار عالم الكتب، بدون بلد النشر، بدون تاريخ النشر.

58) الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج.5، وج.6، وج.7، ط.1، مؤسسة المعارف، لبنان، 1430هـ، 2009م.

59) الحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، ج.2، دار المعرفة، لبنان، بدون تاريخ النشر.

60) حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، مكتبة المتنبي، مصر، 1998م.

61) الحطاب أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، تحقيق: محمد يحي بن محمد الأمين بن أبوه الموسوي اليعقوبي الشنقيطي، م.5، وم.6، ط.1، دار الرضوان، موريتانيا، 1431هـ، 2010م.

62) خالد بن علي بن محمد المشيقح، المختصر في المعاملات، مكتبة الرشد، ط.2، السعودية، 1434هـ، 2013م.

63) خالد عبد الرحمن العك، موسوعة الفقه المالكي، م.3، ط.1، دار الحكمة، سوريا، 1413هـ، 1993م.

64) رشدي شحاتة أبو زيد، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، دار الرحمة، مصر، بدون تاريخ النشر.

65) زكريا أحمد البري، أحكام الأولاد في الإسلام، ط.1، مطبعة المدني، دار المدني، مصر، السعودية، 1413هـ، 1992م.

66) زكي زكي حسين زيدان، البيع بالمزاد العلني في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر القانوني، مصر، 2009م.

67) زين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي: -البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ومعه الحواشي المسماة منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين الدمشقي الحنفي، تحقيق: زكريّا عميرات، ج.2، وج.5، وج.6، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1418هـ، 1997م.

68) - فتح الغفار بشرح المنار، المعروف بمشكاة الأنوار في أصول المنار، مع بعض حواشي الشيخ عبد الرحمن البحراوي الحنفي، ج.3، ط.1، مكتبة مصطفى البابلي الحلبي وأولاده، مصر، 1355هـ، 1936م.

69) زين العابدين إبراهيم ابن نجيم المصري، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، شرح: أحمد بن محمد الحنفي الحموي، ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405هـ، 1985م.

70) سعد الدين بن عمر التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، وبالهامش شرح التوضيح للتنقيح المذكور، ج.1، وج.2، دار الكتب العلمية، لبنان، بدون تاريخ النشر.

71) سليمان بن محمد بن عمر الشافعي البجيرمي، حاشية البجيرمي على الخطيب المسماة تحفة الحبيب على شرح الخطيب، المعروف بالإقناع في حل ألفاظ أبو شجاع، ج.1، دار الفكر، لبنان، 1428هـ، 2007م.

72) السيد سابق، فقه السنة، ج.3، السلم والحرب، المعاملات، دار الفكر، لبنان، 1424هـ، 2010م.

73) شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.2، وج.10، وج.11، وج.13، وج.21، وج.24، وج.25، ج.28، دار المعرفة، لبنان، 1409هـ، 1989م.

74) شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، علي بن علي الشبراملسي، أحمد بن عبد الرزاق المغربي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ومعه حاشية الشبراملسي وحاشية المغربي الرشيدي، ج.4، ط.3، دار الكتب العلمية، لبنان، 1424هـ، 2003م.

75) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، على متن منهاج الطالبين، تحقيق: محمد خليل عيتاني، ج.2، وج.3، ط.1، دار المعرفة، لبنان، 1418هـ، 1997م.

76) – الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق: على محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، ج.2، ط.2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1425هـ، 2004م.

77) شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، علاء الدين علي بن سليمان المرداوي، تقي الدين أبو بكر بن إبراهيم بن يوسف البعلي، كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع وحاشية ابن قندس، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج.7، ط.1، مؤسسة الرسالة، دار المؤيد، لبنان، السعودية، 1424هـ، 2003م.

78) شهاب الدين أحمد ابن حجر الهيتمي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج.5، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1357هـ، 1938م.

79) شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، ج.5، وج.8، ط.1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1994م.

80) شهاب الدين القرافي، الفروق، المسمى أنوار البروق في أنواء الفروق، وبهامشه تهذيب الفروق، والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، تحقيق: علي عمر، ج.3، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، 1431هـ، 2010م.

81) صادق مهدي السعيد، مفهوم العمل وأحكامه العامة في الإسلام، مطبعة مؤسسة الثقافة العمالية، العراق، 1983م.

82) الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط.2، الدار السودانية للكتب، دار الجيل، السودان، لبنان، 1410هـ.

83) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج.1، ط.1، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، لبنان، بدون تاريخ النشر.

84) عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني المصري، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ومعه الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، تحقيق: عبد السلام محمد أمين، ج.6، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1422هـ، 2002م.

85) عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج.2، وج.3، كتاب الحظر والإباحة، كتاب اليمين، كتاب أحكام البيع، ط.2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1424هـ، 2003م.

86) عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي، محمد بن علي بن محمد الحصكفي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ومعه الدر المنتقى، تحقيق: خليل عمران المنصور، ج.4، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1419هـ، 1998م.

87) عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، ج.2، المكتبة العلمية، لبنان، بدون تاريخ النشر

88) عبد الكريم زيدان: - الوجيز في أصول الفقه، ط.6، مؤسسة قرطبة، بدون بلد النشر، بدون تاريخ النشر.

89) - المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج.8، ط.1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1413هـ، 1993م.

90) عبد لطيف بن الملك، شرح منار الأنوار في الفقه وبهامشه شرح الشيخ زين الدين عبد الرحمن بن أبي بكر بن العيني، دار الكتب العلمية، لبنان، 1308م.

91) عبد الله بن حجازي بن إبراهيم الشافعي، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب شرح تحرير تنقيح اللباب لأبي يحي زكريا الأنصاري، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1418هـ، 1997م.

92) عبد الله حسين الموجان، أحكام الوديعة في الشريعة الإسلامية، ط.1، شركة كنوز المعرفة، السعودية، 1422هـ، 2001م.

93) عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب أهل المدينة، تحقيق: حميش عبد الحق، ج.1، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، السعودية، بدون تاريخ النشر.

94) عبد الله بن مسعود المحبوبي البخاري الحنفي، شرح التوضيح للتنقيح، ج.2، دار الكتب العلمية، لبنان، بدون سنة النشر.

95) عثمان أحمد النجدي الحنبلي، هدية الراغب لشرح عمدة الطالب، تحقيق: حسنين محمد مخلوف، م.2، ط.1، دار محمد، السعودية، 1417هـ، 1996م.

96) عدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ط.1، دار الشروق للنشر والتوزيع، السعودية، 1401هـ، 1981م.

97) عزت كامل، الوجيز في تصرفات المريض مرض الموت، دراسة فقهية قضائية معلقاً عليها بآراء الفقهاء وأحدث أحكام محكمة النقض، دار الفكر القانوني، مصر، 2007م.

98) علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، تحقيق: عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين، م.3، مكتبة الرشد، السعودية، 1421هـ، 2000م.

99) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.5، وج.6، وج.8، وج.10، ط.2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003م، 1424هـ.

100) علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، ج.4، دار الكتاب العربي، لبنان، 1308م.

101) على بن محمد البزدوي، أصول البزدوي، ج.4، دار الكتاب العربي، لبنان، 1308م.

102) علي بن سليمان المرداوي علاء الدين أبو الحسن، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد حامد الفقي، ج.1، وج.4، وج.5، ط.1، مطبعة السنة المحمدية، بدون بلد النشر، 1374هـ، 1955م.

103) علي حيدر أفندي، ترتيب الصنوف في أحكام الوقوف، تحقيق: أكرم عبد الجبار، محمد أحمد العمر، أبو يوسف حسن بن البشير الطليوش، مؤسسة الريان، بدون بلد النشر، بدون سنة النشر.

104) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، م.2، وم.3، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، دار الجيل، السعودية، لبنان، 1423هـ، 2003م.

105) علي الخفيف: – أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، مصر، 1429هـ، 2008م.

106) – الشركات في الفقه الإسلامي، بحوث مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 1430هـ، 2009م.

107) – الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، معناها، أنواعها، عناصرها، خواصها، قيودها، دار الفكر العربي، مصر، 1416هـ، 1996م.

108) عمر بن رسلان البلقيني الشافعي سراج الدين أو حفص، التدريب في الفقه الشافعي المسمى بـ "تدريب المبتدي وتهذيب المنتهي"، ومعه تتمة التدريب، تحقيق: أبو يعقوب نشأت بن كمال المصري، ج.2، ط.1، دار القبلتين، السعودية، 1433هـ، 2012م.

109) عياض بن نامي السلمي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، ط.1، دار التدمرية، المملكة العربية السعودية، 1426هـ، 2005م.

110) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، وبهامشه حاشية الشلبي، ج.5، وج.6، ط.1، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، 1315هـ.

111) الكراماستي يوسف بن حسين، الوجيز في أصول الفقه، تحقيق: عبد اللطيف كسّاب، دار الهدى، مصر، 1404هـ، 1984م.

112) الكريم بن محمد القزويني، المحرر في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1426هـ، 2005م.

113) محمد الخضري بك، أصول الفقه، ط.6، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1389هـ، 1969م.

114) محمد أبو زهرة: –الأحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر العربي، مصر، 1377هـ، 1957م.

115) – الولاية على النفس، دار الفكر العربي، مصر، 1966م.

116) – أصول الفقه، دار الفكر العربي، بدون بلد النشر، 1377هـ، 1958م.

117) – الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، 1996م.

118) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، ج.3، وج.4، وج.5، وج.7، وج.9، وج.10، دار عالم الكتب، السعودية، 1423هـ، 2003م.

119) محمد الأمين أمير بادشاه، تيسير التحرير شرح كتاب التحرير، في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية، ج.2، دار الباز، السعودية، بدون تاريخ النشر.

120) محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، تحقيق: ماجد الحموي، ط.1، دار ابن حزم، لبنان، 1434هـ، 2013م.

121) محمد بن أحمد بن صالح الصالح، الوقف في الشريعة الإسلامية وتنمية المجتمع، ط.1، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، 1422هـ، 2001م.

122) محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، ج.4، ط.1، دار الوفاء، مصر، 1422هـ، 2001م

123) محمد بن حسين بن علي الطوري القادري الحنفي، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: زكريا عميرات، ج.9، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1418هـ، 1997م.

124) محمد بن صالح العثيمين، شرح الممتع على زاد المستنقع، م.9، ط.1، دار ابن الجوزي، السعودية، 1424هـ.

125) محمد بن عرفة الورغمي التونسي، المختصر الفقهي، تحقيق: حافظ عبد الرحمن محمد الخير، ط.1، مؤسسة خليف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية، الإمارات، 1435هـ، 2014م.

126) محمد بن علي حسين المكي، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، مطبوع على هامش الفروق، ج.3، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، 1431هـ، 2010م.

127) محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، نظرية المؤيدات التأديبية (الحدود، القصاص، التعزير)، نظرية المؤيدات المدنية (البطلان، الفساد)، نظرية الأهلية والولاية، نظرية العرف، القواعد الفقهية، ط.1، دار القلم، الدار الشامية، سوريا، لبنان، 1414هـ، 1993م.

128) محمد زهري الغمراوي، شرف الدين يحي النووي، السّراج الوهاج على متن المنهاج، دار المعرفة، لبنان، 1337م.

129) محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج.2، مكتبة النهضة، لبنان، العراق، بدون تاريخ النشر.

130) محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، ط.1، دار الهجرة، السعودية، 1418هـ، 1998م.

131) محمد سكحال المجاجي: - أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، ط.1، دار ابن حزم، لبنان، 1422هـ، 2001م.

132) - المهذب في الفقه المالكي وأدلته، ج.2، ط.1، دار الوعي، دار القلم، الجزائر، سوريا، 1431هـ، 2010م.

133) محمد عبد العزيز حسين زيد، الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر، ط.1، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، مصر، 1417هـ، 1996م.

134) محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، المال، الملكية، العقد، ط.2، دار النفائس، الأردن، 1430هـ، 2010م.

135) محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأحمد الدردير، وبهامشه الشرح المذكور مع تقريرات المحقق محمد عليش، ج.3، وج.4، عيسى البابلي الحلبي، بدون بلد النشر، بدون تاريخ النشر.

136) محمد عليش، على مختصر العلامة خليل، مع تعليقات من تسهيل منح الجليل، ج.2، وج.5، وج.6، وج.9، ط.1، دار الفكر، لبنان، 1404هـ، 1984م.

137) محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، في المعاملات الشرعية على وفق مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ط.2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1308هـ، 1891م.

138) محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، المدخل، المصادر، الحكم الشرعي، ط.2، دار الخير للنشر والتوزيع، لبنان، 1427هـ، 2006م.

139) محمد مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، تعريفه وتاريخه ومذاهبه نظرية الملكية والعقد، ط.10، الدار الجامعية، لبنان، 1405هـ، 1985م.

140) محمد هشام البرهاني، سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، المطبعة العلمية، سوريا، 1995م.

141) محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين ببدر الدين العيني الحنفي، البناية شرح الهداية، تحقيق: أيمن صالح شعبان، ج.11، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1420هـ، 2000م.

142) محمود حمودة، مصطفى حسين، أضواء على المعاملات المالية في الإسلام، ط.2، مؤسسة الورّاق، الأردن، 1999م.

143) محمود محمد عبد العزيز الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، تطبيقاتها-أحكامها-آثارها، دراسة مقارنة، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 1993م.

144) مصطفى أحمد الزرقا: - المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ج.3، ط.1، دار القلم، سوريا، 1420هـ، 1999م.

145) - المدخل الفقهي العام، إخراج جديد بتطوير في الترتيب والتبويب وزيادات، ج.1، وج.2، ط.2، دار القلم، سوريا، 1425هـ، 2004م.

146) مصطفى عبد الغني شيبة، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الطلاق وآثاره، دراسة مقارنة، ط.1، دار الكتب الوطنية، ليبيا، 2006م.

147) منصور بن إدريس البهوتي: -الروض المربع شرح زاد المستنقع ومعه حاشية ابن عثيمين، تحقيق: عبد القادر قدوس، دار المؤيد، دار الرسالة، بدون بلد النشر، بدون تاريخ النشر.

148) - شرح منتهى الإرادات، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج.3، ط.1، مؤسسة الرسالة، بدون بلد النشر، 1421هـ، 2000م.

149) - كشاف القناع عن متن الإقناع، ج.2، وج.3، وج.4، عالم الكتب، لبنان، 1403هـ، 1983م.

150) منصور بن إدريس البهوتي، عبد الله بن عبد العزيز العنقري، الروض المربع شرح زاد المستنقع وحاشية الروض المربع، ج.3، وج.4، وج.6، وج.9، مكتبة الرياض الجديدة، مطبعة السعادة، السعودية، 1397هـ، 1977م،

151) الموسوعة الفقهية، ج.2، وج.5، وج.8، وج.9، وج10، وج12، ج.30، وج.45، وجط.2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1404هـ، 1983م.

152) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة: الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد فارس، مسعد عبد الحميد السعدني، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1414هـ، 1994م.

153) – المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، ج.4، ج.5، وج.6، وج.9، ج.9، ط.3، دار عالم الكتب، السعودية، 1417هـ، 1997م،

154) نجم الدين أبو حفص عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل النسفي، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية على ألفاظ كتب الحنفية، دار الطباعة العامرة، مصر، 1311هـ.

155) نجم عبد الله إبراهيم العيساوي، الجناية على الأطراف في الفقه الإسلامي، ط.1، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات، 1422هـ، 2002م.

156) وهبه الزحيلي: –الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، ط.2، دار الفكر، سوريا، 1419هـ، 1998م.

157) – الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، الأحوال الشخصية، ط.2، دار الفكر، سوريا، 1405هـ، 1985م.

158) – موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج4، ج.5، ط.3، دار الفكر، سوريا، 1433هـ، 2012م،

159) يحي بن شرف النووي محي الدين أبو زكريا: المجموع في شرح المهذب، تحقيق: محمد نجيب المطبعي، ج.2، وج.7، وج.9، وج.13، مكتبة الإرشاد، السعودية، بدون تاريخ النشر.

160) – روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، ج.4، وج.6، ط.3، المكتب الإسلامي، لبنان، 1412هـ.

161) يوسف ضياء الدين، أحمد نائلي وشركاسي، مرآة الأصول شرح مرقاة الفصول، در سعادت، بدون بلد النشر، 1321م.

5–الكتب القانونية:

1) إسماعيل عبد النبي شاهين، المدخل لدراسة العلوم القانونية، القسم الثاني، النظرية العامة للحق، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط.1، دار الوفاء القانونية، مصر، 2013م.

2) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، ط.6، دار هومة، الجزائر، 2008م.

3) أحمد سي علي، المدخل للعلوم القانونية، دروس في النظرية العامة للحق، ط.1، دار الأكاديمية، الجزائر، 2011م، 2012م.

4) أحمد محمد علي داود، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ج.1، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 1432هـ، 2011م.

5) أحمد محمود الخولي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ج.3، ط.1، دار السلام، مصر، 1423هـ، 2003م.

6) أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، تعريفه، أنواعه، علاقته، ضوابطه، جزاءه، م.1، ط.1، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، 1418هـ، 1997م.

7) أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط.5، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1432هـ، 2011م.

8) بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 0809 مؤرخ في 25 فيفري 2008)، ط.2، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009م.

9) بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية)، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008م.

10) جلال علي العدوي، رمضان أبو السعود، محمد حسن قاسم، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية، منشأة المعارف، مصر، 1996م.

11) حسن كيره، المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة التقليدية، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، مصر، بدون تاريخ النشر.

12) حسين طاهري، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية، ط.3، دار الخلدونية، الجزائر، 2005م.

13) خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج.1، مصادر الالتزام، ط.2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005م.

14) رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005م.

15) سلطان بن إبراهيم بن سلطان الهاشمي، أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية، ط.1، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، 1422هـ، 2002م.

16) سهيل حسين الفتلاوي، المدخل لدراسة علم القانون، دراسة مقارنة في نظريتي القانون والحق، مكتبة الذاكرة، العراق، 1430هـ، 2009م.
17) سوزان حسن، الوجيز في مبادئ القانون، النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق، النظرية العامة للالتزام، أساسيات القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2001م.
18) عباس الصراف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، نظرية القانون، نظرية الحق، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1429هـ، 2008م.
19) عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، التحري والتحقيق، دار هومة، الجزائر، 2008م.
20) عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي للقانون المدني، الكتاب الأول، منشأة المعارف، مصر، بدون تاريخ النشر.
21) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.4، وج.8، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بدون تاريخ النشر.
22) عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، 2011م.
23) عبد العزيز محمد سعد الحمير، الولاية النفسية والمالية للصغير بحث فقهي في الأحوال الشخصية، ط.1، دار الصميعي، السعودية، 1432هـ، 2011م.
24) عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق، ط.1، الإصدار العاشر، دار الثقافة، الأردن، 1429هـ، 2008م.
25) عبد الله بن عمر بن حسين بن طاهر، العقود المضافة إلى مثلها، ط.1، دار كنوز إشبيليا، السعودية، 1434هـ، 2013م.
26) عجة الجيلالي، المدخل للعلوم القانونية، ج.2، نظرية الحق، برتي للنشر، الجزائر، 2009م.
27) عصمت عبد المجيد بكر، أحكام رعاية القاصرين، دراسة في قانون رعاية القاصرين العراقي مع الإشارة إلى تشريعات عربية والقانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، المكتبة القانونية، العراق، بدون تاريخ النشر.
28) علي فيلالي: – الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008م.
29) – نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011م.
30) عوض أحمد الزغبي، المدخل إلى علم القانون، ط.3، دار وائل، الأردن، 2007م.

31) عيسى عبده، أحمد إسماعيل يحي، الملكية في الإسلام، كتاب يبحث في المال والاستخلاف والملكية في النظم الشرعية والأحكام الشرعية، دار المعارف، مصر، بدون تاريخ النشر.

32) فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009م.

33) فريد بن جحا، ترشيد القاصر، أهلية القاصر المرشد، مآل الترشيد إثر التخفيض من سن الرشد، القاصر والتجارة، الترشيد والزواج، معهد الدراسات العليا للنشر، تونس، 2015م.

34) فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد القانون 08-09، منشورات الأمين، الجزائر، 2009م.

35) محمد بقبق، النظرية العامة للإلزام، التصرف القانوني، نشأة التصرف القانوني، آثار التصرف القانوني، ط.1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2009م.

36) محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، القاعدة القانونية، نظرية الحق، ج.2، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006م، 2007م.

37) محمد حسين منصور، نظرية الحق، ماهية الحق، أنواع الحقوق، الأشياء، محل الحق، ميلاد الحق وحمايته وإثباته، الشخصية القانونية، الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009م.

38) محمد رضا الصباغ ليث عبد القادر، النظام القانوني للصبي المأذون له في التجارة، دراسة مقارنة، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005م.

39) محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، ج.2، دروس في نظرية الحق، دار هومة، الجزائر، 2011م.

40) محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار عالم الكتب، السعودية، 1423هـ، 2003م.

41) منصور حاتم الفتلاوي، نظرية الذمة المالية، دراسة مقارنة بين الفقهين الوضعي والإسلامي، ط.2، دار الثقافة، الأردن، 1431هـ، 2010م.

42) منير محمد أحمد الصلوي، نظام الحجر على فاقد الأهلية في الفقه الإسلامي والقانون اليمني، دراسة مقارنة، ط.2، دار النهضة العربية، مصر، 1431هـ، 2010م.

43) نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005م.

6- الأطروحات والمذكرات:

أ-رسائل الدكتوراه:

1) آباري محمد محمود، القواعد الأصولية المتعلقة بالمعاملات المالية في فتاوى الشبكة الإسلامية، رسالة دكتوراه في أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، ماليزيا، 2012م، 2013م.

2) ابن يحي أم كلثوم حكوم داود، أحكام القاصر بين الشريعة والقانون الجزائري والأردني، دراسة فقهية وقانونية، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، الأردن، 2007م.

3) أحمد فهمي أبو سنه، النيابة في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي، قسم الدراسات العليا الشرعية، فرع الفقه والأصول، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1403هـ، 1404هـ.

4) بن ددوش نضر، انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2010م، 2011م.

5) بن عزيزة حنان، الولاية على أموال القاصر، رسالة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2018م، 2019م.

6) حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، تخصص علوم أصول الفقه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 30 ديسمبر 1998م.

7) خالد بوشمة: - نظريّة الشخصية في الفقه الإسلامي، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص: أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2005م.

8) - نظرية النيابة الشرعية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، منشورات بغدادي، الجزائر، بدون سنة النشر.

9) زايدي خالد، القيد في السجل التجاري، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، الجزائر، 2006م، 2007م.

10) عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، مصر، 1388هـ، 1968م.

11) عبد العزيز بن محمد بن عبد الله الحجيلان، تصرفات الأمين في العقود المالية، رسالة دكتوراه، م.1، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، نوقشت بتاريخ 20-1-1412هـ.

12) عبد العزيز مصطفى الخالد، العقد الموقوف والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، فرع الفقه والأصول، قسم الدراسات العليا الشرعية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1409هـ، 1989م.

13) عبد الله بن عبد الواحد بن عبد الكريم الخميس، التصرفات الموقوفة في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 1413هـ، 1993م.

14) عبد الله محمد سعيد ربابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005م.

15) عبد المنعم فارس سقا، أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، في أصول الفقه، كلية الشريعة، جامعة دمشق، سوريا، 1425هـ، 2004م.

16) علي بن عبد الرحمن بن علي الربيعة، أحكام الوصايا في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الفقه المقارن، المعهد العالي للقضاء، قسم الدراسات العليا، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 1404هـ، 1984م.

17) مبارك محمد بن حمد الدعيلج، الرهن في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في الفقه المقارن، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 1405هـ، 1406م.

18) محمد أحمد حسن إبراهيم، أحكام التقادم في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، مصر، 1425هـ، 2004م.

19) محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية، رسالة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2017م، 2018م.

20) محمد سعيد سعيد الحارثي، الإفلاس وأثره في تصرفات المدين في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1402هـ.

21) نور الدين بوكرديد، أحكام الربح بين الفقه الإسلامي والاقتصاد الوضعي –الجزائر نموذجا–، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 1427هـ، 2006م.

ب– مذكرات الماجستير:

1) إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، تحول العقد المالي وأثره، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء، قسم السياسة الشرعية، شعبة الأنظمة، جامعة الإمام بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1424هـ، 1425م.
2) أدهم صابر عبد العال، أحكام إشارة الأخرس في الأحوال الشخصية والحدود والمعاملات، وبيان ذلك وفق مقاصد الشريعة، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، فلسطين، 1430هـ، 2009م.
3) أسامة موسى سليمان إغبارية، بيع الجزاف وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2013م.
4) أشرف حنضل الشاعر، أحكام الوصاية في الشريعة الإسلامية، ومدى تطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، فلسطين، 1427هـ، 2006م.
5) أيمن محمد حسين ناصر، بيع ملك الغير، دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2006م.
6) تريحان ترميجان، الغرر وتطبيقاته في المعاملات المالية المعاصرة، رسالة ماجستير في الشريعة الإسلامية، جامعة سوراكرتا، إندونيسيا، 1437هـ، 2015م.
7) توفيق إبراهيم موسى أبو عقيل، أحكام الرهن في الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 1429هـ، 2008م.
8) حاتم محمود أحمد البخيت العبادي، النظام القانوني للشركات المدنية، رسالة ماجستير في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة مؤتة، الأردن، 2012م.
9) حمد محمد طاهر واوان الشمري، الفروق في السلوك العدواني والمهارات الاجتماعية لدى أطفال متلازمة داون طبقاً لفترة الالتحاق ببرامج التدخل المبكر، رسالة ماجستير في التربية الخاصة، تخصص الإعاقة الذهنية، جامعة الخليج العربي، كلية الدراسات العليا، مملكة البحرين، 1428هـ، 2007م.

10) خالد سلطي نواف السنجلاوي، تصرف الشريك في الملكية الشائعة، دراسة قانونية فقهية مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2012م، 2013م.

11) خير عبد الراضي خليل، الهبة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، فرع الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الملك عبد العزيز، السعودية، 1401هـ، 1981م.

12) رائد أحمد خليل سالم، أحكام التصرف في القرض في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة الخليل، فلسطين، 1433هـ، 2012م.

13) رحال عبد القادر، جريمة النصب والاحتيال بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، قسم الشريعة، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 1431هـ، 2010م.

14) رنا محمد صبحي عواده، دمج المعاقين حركياً في المجتمع المحلي بيئياً واجتماعياً، دراسة حالة في محافظة نابلس، رسالة ماجستير في برنامج التخطيط الحضري والإقليمي، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007م.

15) سامي عدنان العجوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، قسم الدراسات الإسلامية، كلية التربية، جامعة الأزهر، فلسطين، 1434هـ، 2013م.

16) سعود بن محمد أحمد هنيدي، أحكام الأهلية في فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1418هـ، 1419هـ.

17) سلطان بن عبد الله السويلم العنزي، أحكام الوصاية على القاصرين في النظام السعودي، دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، فسم الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، 1436هـ، 2015م.

18) سيد محمد صادق الأنصاري، عقد الوكالة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في فرع الفقه والأصول بالدراسات العليا الشرعية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الملك عبد العزيز، المملكة العربية السعودية، 1399هـ، 1979م.

19) عبد الغفار عبد البصير الجوزجاني، المصطلحات الفقهية في المعاملات المالية، رسالة ماجستير، فرع الفقه وأصوله، قسم الدراسات العليا الشرعية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1404هـ.

20) عبد الله بن صالح بن حسين العلي، عقد العارية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الملك عبد العزيز، المملكة العربية السعودية، 1399هـ، 1979م.

21) عبد الله بن فخري بن محمود أنصاري، أحكام الهزل في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية أصولية موازنة، رسالة ماجستير، فرع الفقه والأصول، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1417هـ.

22) عبد الله بن ناصر عبد الله العرجاني، شروط أطراف الدعوى في الفقه ونظام المرافعات الشرعية (دراسة مقارنة تطبيقية)، رسالة ماجستير، قسم العدالة الجنائية، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، 1427هـ، 2007م.

23) عجالي بخالد، نظرية العقد الموقوف والفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، نوقشت بتاريخ 13 ماي 2005م.

24) عدنان عبد الهادي حسن حسان، أحكام العقود الصورية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، فلسطين، 1427هـ، 2006م.

25) علاف خلف عبد القادر الشوابكة، ضوابط التمييز بين جريمة إساءة الائتمان وجريمة الاختلاس، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2015م.

26) غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014م، 2015م.

27) فراس وائل طلب أبو شرخ، الولاية على المال في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2007م، 2008م.

28) مازن زايد جميل عمران، القسمة الرضائية في العقار، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008م.

29) مباركي محمد جلال الدين، الأهلية القانونية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001م، 2002م.

30) محمد بن عبد الله صالح اللحيدان، شرط المصلحة في دعوى الحقوق في نظام المرافعات الشرعية السعودي، دراسة تأصيلية تطبيقية، رسالة ماجستير، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، 1426هـ، 2006م.

31) محمد بن علي السبيهين، الوكالة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء، السعودية، 1393هـ.

32) محمد عبد الرحيم بن الشيخ محمد علي، أحكام إذن الإنسان في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي، ج.1، فرع الفقه والأصول، قسم الدراسات العليا الشرعية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1412هـ، 1991م.

33) محمد عمر صغير شماع، أحكام الأعمى في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الدراسات الإسلامية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1414هـ، 1994م.

34) محمد نور الدين أردنية، القرض الحسن وأحكامه في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2010م.

35) محمد هشام صالح عبد الفتاح، جريمة الاحتيال، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008م.

36) محمود مجيد بن سعود الكبيسي، الصغير بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، رسالة ماجستير في الفقه والأصول، قسم الدراسات العليا، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1401هـ، 1981م.

37) مساعد بن عبد الله بن عبد العزيز العثمان، العقوبات التكميلية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير في العدالة الجنائية، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، السعودية، 1426هـ، 2006م.

38) مشهور محمد الدعيس، الحكم القضائي والأمر الولائي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، الأكاديمية اليمنية للدراسات العليا، اليمن، 1435هـ، 2014م.

39) مصطفى يوسف عبد السلام الأسطل، المعاوضة على الحقوق والالتزامات وتطبيقاتها المعاصرة، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، فلسطين، 1432هـ، 2011م.

40) منصور عبد اللطيف منصور صوص، القبض وأثره في العقود، رسالة ماجستير في الفقه والشريعة، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، نوقشت وأجيزت بتاريخ 12 جوان 2000م.

41) نضال عطا بدوي الدويك، التعويض عن الأضرار المادية المستقبلية الناجمة عن الإصابات الجسدية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2016م.

42) يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 1424هـ، 2003م.

7-المقالات العلمية:

1) إبراهيم رحماني، مفهوم الذمة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مجلة البحوث والدراسات، ع.8، جامعة الوادي، الجزائر، جوان 2009م.

2) ابن سلامة عبد الرحيم، الذمة والأهلية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مجلة الإحياء، ع.11، المغرب، يناير 1998م.

3) أحمد عيسى، الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القصر، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، م.1، ع.1، جامعة البليدة 02، الجزائر، 2011م.

4) إسماعيل محمد الشنديدي، مخالفة الوكيل موكله في البيع وأثرها في الفقه الإسلامي، مجلة كلية الشريعة والقانون، م.32، ع.3، جامعة الأزهر، مصر، يونيو 2017م.

5) بلقاسم عقيلة، رباحي أحمد، رقابة القاضي على تصرفات الوليّ الشرعي في أموال القاصر في التشريع الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، م.8، ع.2، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، ديسمبر 2020م.

6) تشوار الجيلالي، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة والقانون المدني، مجلة علوم تكنولوجيا وتنمية، الوكالة الوطنية لتنمية البحث العلمي، ع.1، الجزائر، 2007م.

7) تومي مريم، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، ع.45، جامعة برج باجي مختار، عنابة، الجزائر، مارس 2016م.
8) حسين خلف سليمان الجبوري، الذمة باعتبارها مناطا لأهلية الوجوب، مجلة كلية الشريعة واللغة العربية، ع.1، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 1978م.
9) حماد بن عبد الله الحماد، عقد الوكالة في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في كتابات العدل بالمملكة العربية السعودية، مجلة العدل، ع.23، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، رجب 1425هـ.
10) رائد نصري أبو مؤنس، المنفعة وخصائصها الذاتية في التشريع الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، م.23، العدد 1، فلسطين، يناير 2015م.
11) رباحي أحمد: - حكم التصرفات القانونية لناقص الأهلية، "دراسة مقارنة في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، ع.5، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سعيدة، الجزائر، ديسمبر 2015م.
12) - مراتب العقد الباطل في القانون الوضعي -دراسة مقارنة-، مجلة الحقيقة، ع.37، جامعة أحمد درارية، أدرار، الجزائر، جوان 2016م.
13) زرارة عواطف، أهلية التقاضي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، م.5، ع.3، كلية الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، نوفمبر 2012م.
14) سميحة حنان خوادجية، بيع عقار القاصر بالمزاد العلني في القانون الجزائري، مجلة الشريعة والاقتصاد، ع.12، قسنطينة، الجزائر، ربيع الثاني 1439هـ، ديسمبر 2017م.
15) شحاتة محمد السانوسي محمد، ضوابط تنمية أموال القصر، دراسة فقهية مقارنة بقانون الولاية على المال رقم 119 لسنة 1952م، مجلة كلية الشريعة والقانون، ع.19، ج.2، جامعة الأزهر، مصر، 2007م.
16) صليحة بن عاشور، نظرية الذمة بين الفقه والقانون، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع.1، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، جانفي 2009م.
17) صورية حدادو، مرفت حدادو، الأوامر الولائية لقاضي شؤون الأسرة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، م.12، ع.4، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، ديسمبر 2019م.
18) عادل عبد الله جعفر الفخري، أحكام تصرفات القاصر في الفقه الإسلامي، مجلة كلية الشريعة والقانون، ع.26، ج.3، مصر، 1433هـ، 2011م.

19) عبد الأمير كاظم زاهد، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مجلة حولية المنتدى، م.1، ع.7، المنتدى الوطني لأبحاث الفكر والثقافة، العراق، 2011م.

20) عبد الحكيم بن شبري، الدور الإيجابي لقاضي شؤون الأسرة في مجال حماية أموال القاصر، مقال منشور ضمن كتاب حماية حقوق الطفل تشريعياً، فقهياً، قضاء، ط.1، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، 2017م، 2018م.

21) عبد الرحمن جمعة، مسؤولية الوكيل أمام موكله في ق.م.الأردني، دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق الكويتية العالمية، ع.2، جامعة الكويت، رمضان 1439هـ، يونيو 2018م.

22) علي علي سليمان، عند إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، مجلة الشرطة، ع.39، المديرية العامة للأمن الوطني، الجزائر، 1989م.

23) القرارات الصادرة عن المجمع الفقهي للرابطة في دورته الرابعة عشرة 1415هـ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع.9، الصادرة عن المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، ط.2، السعودية، 1425هـ، 2004م.

24) محمد إبراهيم القاسم، الآثار المترتبة على العقد الموقوف، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، م.6، ع36، مصر، 2020م.

25) محمد إبراهيم القاسم، بطلان العقد في الفقه الإسلامي والقانون السعودي، مجلة كلية الشريعة والقانون، م.22، ع.3، جامعة الأزهر، مصر، 2020م.

26) محمد علي عبد الله الشرفي، بحث في العلاقة بين أهلية الوجوب والذمة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن، مجلة الدراسات الاجتماعية، م.8، ع.16، جامعة العلوم والتكنولوجيا، اليمن، ديسمبر 2003م.

27) محمود عبد الله بخيت، مفهوم الوصاية وأركانها في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، م.2، ع.3، الجمعية العلمية للبحوث والدراسات الإستراتيجية، العراق، جوان 2012م.

28) مصطفى أحمد إبراهيم حماد، تقسيمات العقود في الفقه الإسلامي، مجلة دار الإفتاء المصرية، م.5، ع.15، دار الإفتاء المصرية، مصر، 2013م.

29) مليكة الغنام، إدارة أموال القاصر على ضوء التشريع المغربي والعمل القضائي، مجلة الحقوق المغربية، الإصدار 3، المغرب، يونيو 2010م.

30) نائل علي مساعدة، حكم الاستغلال في عقود المعلوماتية في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، م.9، ع.1، جامعة آل البيت، الأردن، 1434هـ، 2013م.

31) نجيم عامر، الإجازة كشرط لنفاذ تصرفات القاصر في أمواله، مجلة الفقه والقانون، ع.20، المغرب، يونيو 2014م.

8-ملتقيات:

1) زياد إبراهيم مقداد، الضوابط الشرعية لاستثمار الأموال، بحث مقدم إلى المؤتمر العملي الأول بعنوان الاستثمار والتمويل في فلسطين بين آفاق التنمية والتحديات المعاصرة، المنعقد بكلية التجارة بالجامعة الإسلامية، فلسطين في الفترة من 8 إلى 9 ماي 2005م.

9-النصوص القانونية:

أ-التشريع الجزائري:

1) الأمر رقم 75-58، المتضمن ق.م، المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق 26 سبتمبر 1975م، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10، المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426هـ، الموافق 20 يونيو 2005م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع.78، الصادرة في 24 رمضان 1395هـ، الموافق لـ 3 سبتمبر 1975م.

2) أمر رقم 75-59 المتضمن ق.ت، المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ، الموافق 26 سبتمبر 1975م، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02، المؤرخ في 27 ذو الحجة 1425هـ، الموافق لـ 06 فبراير 2005م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع.101، الصادرة بتاريخ 16 ذو الحجة 1395هـ، الموافق لـ 19 ديسمبر 1975م.

3) القانون رقم 84-11، المتضمن ق.أ، المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 9 يونيو 1984م، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 18 محرم 1426هـ، الموافق لـ 27 فبراير 2005م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع.2415، الصادرة بتاريخ 12 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 12 جوان 1984م.

4) القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف، المؤرخ في 12 شوال 1411هـ، الموافق لـ 27 أفريل 1991م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع.21، الصادرة بتاريخ 23 شوال1411هـ، الموافق لـ 8 ماي 1991م.

5) القانون رقم 06-23 المتضمن ق.ع، المؤرخ في 29 ذي القعدة 1427هـ، الموافق لـ 20 ديسمبر 2006م، يتمم الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر 1386هـ، الموافق لـ 8 يونيو 1966م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع.84، الصادرة في 04 ذو الحجة 1437هـ، الموافق لـ 24 ديسمبر 2006م.

6) القانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، المؤرخ في 18 صفر 1429هـ، الموافق لـ 25 فبراير 2008م، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 المتعلق بالإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع.21، الصادر في 17 ربيع الثاني 1429هـ، الموافق لـ 23 أفريل 2008م.

ب-التشريعات الأجنبية:

1) القانون رقم 131 المتعلق ق.م.المصري لسنة 1948م.

2) القانون رقم 119 المتضمن ق.و.ع.م، الصادرة بتاريخ 1952م، الوقائع المصرية، ع.118 ملحق، الصادرة بتاريخ 04 أغسطس 1952م.

3) القانون رقم 17 المتعلق بإصدار ق.م.المصري، لسنة 1999م.

4) القانون رقم 58 المتضمن ق.م.المصري، لسنة 1937م، طبقاً لأحدث التعديلات بالقانون رقم 95 لسنة 2003م.

5) ظهير شريف رقم 1.59.413 المتعلق بالمصادقة على مجموعة ق.ج، صادر في 28 جمادى الثانية 1382هـ، الموافق لـ 26 نوفمبر 1962م، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، ع.2640 مكرر، الصادرة بتاريخ 12 محرم 1383هـ، الموافق لـ 5 يونيو 1963م.

6) ظهير شريف بمثابة قانون رقم 447-74-1 المتعلق بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، بتاريخ 11 رمضان 1394هـ، الموافق لـ 28 شتنبر 1974م، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، ع.3230 مكرر، الصادرة بتاريخ 13 رمضان 1394هـ، الموافق لـ 30 شتنبر 1974م.

7) ظهير شريف رقم 83-96-1، الصادر في 15 ربيع الأول 1417هـ، الموافق لـ 1 أغسطس 1996م، المتعلق بتنفيذ القانون رقم 95-15 المتضمن م.ت.المغربية، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، ع.4418، الصادرة بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417هـ، الموافق لـ 3 أكتوبر 1996م.

8) ظهير شريف رقم 22-04-1 بمثابة م.أ، الصادر في 12 ذي الحجة 1424هـ، 3 فبراير 2004م، بتنفيذ القانون رقم 03-70، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، ع.5184، الصادرة بتاريخ 14 ذي الحجة 1424هـ، 5 فبراير 2004م.

9) ظهير شريف رقم 140-11-1 صادر في 16 رمضان 1432هـ الموافق 17 أغسطس 2011م، بتنفيذ ظهير رقم 9 رمضان 1331هـ، الموافق 12 أغسطس 1913م، بمثابة ق.إ.ع، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، ع.5980، الصادرة في 23 شوال 1432هـ، الموافق 22 سبتمبر 2011م.

10) القانون رقم 08-39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 178-11-1، الصادر بتاريخ 25 ذي الحجة 1432هـ، الموافق لـ 22 نوفمبر 2011م، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، ع.5998، الصادر بتاريخ 27 ذي الحجة 1432هـ، الموافق لـ 24 نوفمبر 2011م.

11) أمر يتعلق بإصدار م.أ.ش، الصادر في 06 محرم 1376هـ، الموافق 13 أوت 1956م، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع.66، الصادر في 10 محرم 1376هـ، الموافق 17 أوت 1956م.

12) القانون رقم 129 المتعلق بإدراج ق.ت.التونسي الصحيح، الصادر في 2 ربيع الثاني 1379هـ، الموافق 5 أكتوبر 1959م، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع.56، الصادر بتاريخ نوفمبر 1959م.

13) القانون رقم 87 المتعلق بإعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية، المؤرخ في 15 أوت 2005م، الرائد الرسمي التونسي، ع.68، الصادر بتاريخ 15 أوت 2005م.

14) القانون رقم 162-83 المتضمن ق.ج.الموريتاني، الصادر بتاريخ 9 يوليو 1983م.

15) القانون رقم 035-99 المتضمن م.إ.م.ت.إ.الموريتانية، الصادر بتاريخ 24 يوليو 1999م.
القانون رقم 05-2000 المتعلق م.ت.الموريتانية، الصادر بتاريخ 18 يناير 2000م.

16) الأمر القانوني رقم 89-126 المتضمن ق.إ.ع.الموريتاني، الصادر بتاريخ 14 سبتمبر 1989م، والمعدل بالقانون رقم 31-2001، الصادر بتاريخ 7 فبراير 2001م.

17) قانون رقم 2001-052 يتضمن م.أ.ش. الموريتانية، الصادر بتاريخ 19 يوليو 2001م، الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، ع.1004، الصادرة بتاريخ 15 أغسطس 2001م.

18) ق.م.الليبي، الصادر بتاريخ 20 فبراير 1954م.

19) القانون رقم 18 المتعلق بالمرافعات المدنية والتجارية الليبي، الصادر بتاريخ 20 ديسمبر 1989م.

20) القانون رقم 17 المتعلق بتنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمه، الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1992م.

21) ق.م.م.السوداني الصادر في 1984/02/14م.

22) ق.أ.ش.السوداني، الصادر بتاريخ 24 جويلية 1991م.

23) القانون رقم 8 المتعلق بالوقف القطري، الصادر بتاريخ 08 محرم 1417هـ، الموافق لـ 25 ماي 1996م، الجريدة الرسمية، ع.6، الصادرة بتاريخ 7 ربيع الأول 1417هـ، الموافق لـ 22 جويلية 1996م.

24) القانون رقم 22 بشأن ق.م.القطري، المؤرخ في 12 جمادى الأولى 1425هـ، الموافق لـ 30 جوان 2004م، الجريدة الرسمية القطرية، ع.11، الصادرة في 22 جمادى الثانية 1425هـ، الموافق 08 أوت 2004م.

25) القانون رقم 40 المتعلق بالولاية على أموال القاصرين القطري، الصادر بتاريخ 02 ذو القعدة 1425هـ، الموافق لـ 14 ديسمبر 2004م، الجريدة الرسمية القطرية، ع.2، الصادرة بتاريخ 06 محرم 1426هـ، الموافق لـ 15 فبراير 2005م.

26) القانون رقم 22 المتضمن ق.أ.ش.القطري، الصادر بتاريخ 03 جمادى الثانية 1427هـ، الموافق لـ 29 جوان 2006م، الجريدة الرسمية القطرية، ع.8، الصادرة بتاريخ 04 شعبان 1427هـ، الموافق لـ 28 أوت 2006م.

27) قانون اتحادي رقم 5 المتعلق بإصدار ق.م.م.الإماراتي، الصادر بتاريخ 3 ربيع الثاني 1406هـ، الموافق لـ 15 ديسمبر 1985م، الجريدة الرسمية الإماراتي، ع.158، الصادرة بتاريخ 17 ربيع الثاني 1406هـ، الموافق لـ 29 ديسمبر 1985م.

28) القانون الاتحادي رقم 11 بشأن إ.م.لدولة الإمارات العربية المتحدة، الصادر بتاريخ 24 فبراير 1992م، الجريدة الرسمية، ع.225، الصادرة بتاريخ 08 مارس 1992م.

29) قانون اتحادي رقم 18 المتعلق بالمعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الصادر بتاريخ 21 ربيع الأول 1414هـ، الموافق 7 سبتمبر 1993م.

30) قانون إتحادي رقم 28 المتضمن ق.أ.ش.لدولة الإمارات العربية المتحدة، الصادر بتاريخ 17 شوال 1426هـ، الموافق 19 نوفمبر 2005م، الجريدة الرسمية، ع.439، الصادرة بتاريخ 28 شوال 1426هـ، الموافق 30 نوفمبر 2005م.

31) القانون رقم 14 المتعلق بتنظيم الوقف والهبة في إمارة دبي، الجريدة الرسمية الإماراتية، ع.423، الصادرة بتاريخ 18 صفر 1439هـ، الموافق لـ: 7 نوفمبر 2017م.

32) قرار جمهوري بالقانون رقم 32 المتعلق ق.ت.اليمني، سنة 1991م.

33) القانون رقم 40 بالمتعلق بالمرافعات والتنفيذ المدني اليمني، الصادر بتاريخ 15 شعبان 1423هـ، الموافق 12 أكتوبر 2002م، الجريدة الرسمية للجمهورية اليمنية، ع.09، الصادر بتاريخ 18 شعبان 1423هـ، الموافق 15 أكتوبر 2002م.

34) قرار جمهوري رقم 14 بشأن ق.م.اليمني، الجريدة الرسمية للجمهورية اليمنية، ع.14، لسنة 2002م.

35) القرار الجمهوري بالقانون رقم 20 المتضمن ق.أ.ش.اليمني، لسنة 1992م، المعدل بالقانون رقم 27 لسنة 1998م، والقانون رقم 34 لسنة 2003م.

36) مرسوم ملكي رقم 06 المتضمن النظام التجاري (نظام المحكمة التجارية)، الصادر بتاريخ 01 محرم 1350هـ، الموافق 18 مايو 1931م.

37) نظام الجنسية العربية السعودية، الصادر بتاريخ 29 أوت 1954م، الموافق 1 محرم 1374هـ.

38) المرسوم الملكي السعودي رقم 13 المتضمن نظام البيع بالتقسيط، المؤرخ في 04 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 13 أبريل 2005م، جريدة أم القرى السعودية، ع.4033، الصادرة بتاريخ 05 ربيع الثاني 1426هـ، الموافق 13 مايو 2005م.

39) النظام الملكي السعودي رقم 51 المتعلق بنظام العمل، الصادر بتاريخ 23 شعبان 1426هـ، الموافق 28 سبتمبر 2005م.

40) المرسوم الملكي السعودي رقم 18، المتعلق بنظام الهيئة العامة للولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم، الصادر بتاريخ 13 ربيع الأول 1427هـ، الموافق لـ 11 نوفمبر 2006م، جريدة أم القرى السعودية، ع.4097، الصادرة بتاريخ 21 ربيع الثاني 1427هـ، الموافق لـ 19 ماي 2006م.

41) المرسوم الملكي السعودي رقم 48 الخاص بنظام الإيجار التمويلي، الصادر بتاريخ 13 شعبان 1433هـ، الموافق 03 يوليو 2016م.

42) القانون رقم 67 المتعلق بالقانون المدني الكويتي، الصادر سنة 1980م.

43) وثيقة الكويت للنظام (القانون) الموحد لرعاية أموال القاصرين ومن في حكمهم بدول مجلس التعاون، 1426هـ، 2005م.

44) القانون رقم 51 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية الكويتي، سنة 1984م، الجريدة الرسمية – الكويت اليوم–، ع.1570، الصادرة بتاريخ 24 شوال 1404هـ، الموافق لـ 23 جويلية 1984م، المعدل بالقانون رقم 61، لسنة 1961م، الجريدة الرسمية –الكويت اليوم–، ع.276، وبالقانون رقم 29، لسنة 2004م، الجريدة الرسمية –الكويت اليوم–، ع.664، وبالقانون رقم 66، لسنة 2007م، الجريدة الرسمية –الكويت اليوم–، ع.852.

45) مرسوم رقم 07 المتعلق بإصدار قانون الولاية على المال البحريني، الصادر بتاريخ 17 رجب 1406هـ، الموافق لـ 28 مارس 1986م، الجريدة الرسمية للمملكة البحرينية، ع.1688، الصادرة بتاريخ 3 أفريل 1986م.

46) القانون رقم 19 المتعلق بالقانون المدني البحريني، الصادر في 1422هـ، 2001م.

47) القانون رقم 37 المتعلق بالقانون المدني الصومالي، الصادر بتاريخ 02 يونيو 1973م.

48) القانون رقم 04 المتعلق بالقانون المدني الفلسطيني الصادر في 2012م.

49) القانون رقم 40 المتعلق بالقانون المدني العراقي، الصادر بتاريخ 30 شعبان 1370هـ، 4 حزيران 1951م.

50) القانون رقم 188 المتعلق بالأحوال الشخصية العراقي، الصادر بتاريخ 1959/12/19م، الوقائع العراقية، ع.280، الصادرة بتاريخ 1959/12/30م.

51) القانون رقم 78 المتعلق برعاية القاصرين العراقي، الصادر بتاريخ 20-04-1980م، الوقائع العراقية، ع.2772، الصادرة بتاريخ 05-05-1980م.

52) القانون رقم 43 بشأن ق.م.الأردني، الصادر بتاريخ أول يناير 1976م، الجريدة الرسمية الأردنية، ع.2645، الصادرة بتاريخ أول جويلية 1976م.

53) قانون مؤقت رقم 36 المتضمن ق.أ.ش.الأردني، الصادر سنة 2010م.

54) مرسوم سلطاني برقم 97/32 المتعلق بإصدار ق.أ.ش.في سلطة عمان، الصادر بتاريخ 28 محرم 1418هـ، الموافق 4 يونيو 1997م، الجريدة الرسمية العمانية، ع.601، الصادرة بتاريخ 10 صفر 1418هـ، الموافق 15 يونيو 1997م.

55) مرسوم سلطاني رقم 29 بشأن إصدار ق.م.م.العماني، الصادر بتاريخ 6 ماي 2013م، الموافق 25 جمادى الثانية 1434هـ، الجريدة الرسمية العمانية، ع.1012، الصادرة بتاريخ 12 ماي 2013م، الموافق لـ أول رجب 1434هـ.

56) ق.م.ع.اللبناني، الصادر بتاريخ 9 مارس 1932م، الجريدة الرسمية اللبنانية، ع.2642، الصادرة بتاريخ 11 نوفمبر 1932م.

57) مرسوم اشتراعي رقم 340 المتعلق بقانون العقوبات اللبناني، الصادر في أول مارس 1943م.

58) المرسوم رقم 84 المتضمن ق.م.السوري، الصادر بتاريخ 18 ماي 1949م.

59) المرسوم التشريعي رقم 59 المتضمن ق.أ.ش.السوري، الصاد بتاريخ 7 سبتمبر 1953م.

60) مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية، لبنان، 1302هـ، 1884م

10-القرارات:

1) القرار رقم 51282، المؤرخ في 1988/12/19، المتضمن: (ولاية، قسمة عقار قاصر، رفع دعوى، عدم استئذان المحكمة، خرق القانون)، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع.2، 1991م.

2) القرار رقم 72353 الصادر بتاريخ 1991/04/10، قضية (ع.ق) و(س.م)، المجلة القضائية، ع.3، المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، الجزائر، 1993م.

3) القرار رقم 167835، المؤرخ في 1998/05/17م، المتضمن (قاصر، وجود أبوه حي ولي عنه، قبول استئناف أمه بالرغم من أنها لم تكن طرفاً في الخصومة، خرق الأشكال الجوهرية في الإجراءات)، المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع.2، 1998م.

4) القرار رقم 1247088، المؤرخ في 2020/09/10، المتضمن: (بيع عقاري، قاضي عقاري، قاضي إجرائي)، المحكمة العليا، الغرفة العقارية، مجلة المحكمة العليا، ع.2، 2020م.

5) الطعن رقم 10408، المؤرخ في 2016/01/18، الدوائر المدنية، غرفة الأحوال الشخصية، محكمة النقض المصرية، منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية:

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111256434&ja=76169

تاريخ الاطلاع والتصفح: 2022/01/20م، على الساعة: 20.45 دقيقة مساءاً.

11-الصكوك الدولية:

1) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة 217 ألف (د-3)، المؤرخ في 10 ديسمبر 1948م.

ثانيا–المراجع باللغة الأجنبية:

1-Article:

1) Nicole Rigoulot, de l'émancipation des mineurs en droit des enfants, journée de formation, Organisé par terre des hommes et université de Franche-Comté, éditeur par délégation de Doubs, Jérôme cardot, Lucile garbagnati, France, 2013.

2- Dictionnaire:

1) Alain Rey, le petit robert, Normandie roto, France, 2012.

3- Textes juridiques:

1) Loi n°003 année 2018, 8éme législature portant code civil de la République de Djibouti.

2) Loi du 03 juin 2005 portant le Code de la famille des Comores.

3) Code civil de Suisse, du 10 décembre1907.

4) German Civil Code, of 1 October 2013.

5) Droit civil des français, modifié par loi n° 2016-297, du 13 mars 2016, journal officiel de la république française, n°0063, Publié le 15 mars 2016**.**

6) Code civil du Québec, Canada 1991.

7) Code de commerce français, 1807.

8) Droit commercial belge, du 1807.

الفهرس

الفهرس

آية قرآنية	
شكر	
إهداء	
المختصرات	
العنوان	**رقم الصفحة**
مقدمة	**08**
الباب الأول: التأصيل الفقهي والقانوني للنطاق الزمني لتصرف القاصر في ذمته المالية الشخصية	**16**
الفصل الأول: الأحكام العامة المنظمة للذمة المالية للقاصر وفق مراحل الأهلية	**18**
المبحث الأول: خصوصيات الذمة المالية للقاصر في الفقه الإسلامي والقوانين العربية	**19**
المطلب الأول: تحديد المفهوم الفقهي والقانوني للذمة المالية للقاصر	**19**
الفرع الأول: المفهوم اللغوي والاصطلاحي للذمة المالية للقاصر	**19**
أولا–تعريف مصطلح الذمة	**20**
1–تعريف الذمة لغةً	**20**
2– تعريف الذمة اصطلاحاً	**20**
ثانيا– تعريف مصطلح المال	**22**
1– تعريف المال من الجانب اللغوي	**23**
2– تعريف المال من الجانب الفقهي	**24**
أ– تعريف المال عند فقهاء الحنفية	**24**
ب– تعريف المال عند فقهاء المالكية	**26**
جـ– تعريف المال عند فقهاء الشافعية	**26**
د– تعريف المال عند فقهاء الحنابلة	**26**
الفرع الثاني: مفهوم المال من الجانب القانوني	**28**
أولا– تعريف مصطلح المال في التشريعات العربية	**28**

ثانيا– تقسيمات المال	**30**
1– الأعيان	**30**
2 – النقود	**31**
المطلب الثاني: البحث في العلاقة بين الذمة المالية وأهلية القاصر	**32**
الفرع الأول: تحديد مدلول مصطلح الأهلية	**32**
أولا– تعريف مصطلح الأهلية	**33**
1– الأهلية لغة	**33**
2– الأهلية اصطلاحاً	**33**
3– الأهلية في المعنى القانوني	**33**
ثانيا– تقسيمات الأهلية	**34**
1– أهلية الوجوب	**34**
2– أهلية الأداء	**36**
الفرع الثاني: نظرية الذمة المالية والأهلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	**38**
أولا–موقف الفقهاء من نظرية الذمة والأهلية	**38**
1– اعتبار الذمة والأهلية مصطلحاً واحداً	**38**
2– الذمة والأهلية مصطلحان مختلفان	**39**
ثانيا– موقف القانون من نظريتي الذمة المالية والأهلية	**43**
1– النظرية التقليدية	**43**
2 – نظرية التخصيص	**44**
3 – النظرية الحديثة	**45**
المبحث الثاني: ضبط مصطلح القاصر في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	**46**
المطلب الأول: المقصود بمصطلح القاصر من الناحية اللغوية والاصطلاحية	**46**
الفرع الأول: مفهوم القاصر من الناحية اللغوية والاصطلاحية	**47**
أولا– تعريف القاصر من الناحية اللغوية	**47**
ثانيا– تعريف القاصر من الناحية الفقهية	**48**
1– الجنين	**49**

2– الصبي	**50**
الفرع الثاني: مفهوم القاصر في القوانين الوضعية	**51**
المطلب الثاني: الفئات التي ينتمي إليها القاصر حسب توجه التشريعات العربية	**53**
الفرع الأول: القصر بالنظر إلى معيار السن	**53**
أولا– الصغير غير المميز	**53**
ثانيا– الصغير المميز	**55**
الفرع الثاني: القصر بالنظر إلى حالة الأهلية	**58**
أولا– القصّر بالنظر إلى وجود عارض في الأهلية	**58**
1– تعريف عارض الجنون	**59**
أ – أقسام الجنون بالنظر لزمن استمراره	**61**
أ–1– الجنون المطبق أو المستمر	**61**
أ– 2– الجنون غير المطبق أو المتقطع	**61**
ب– أقسام الجنون بالنظر لزمن نشوءه	**62**
ب–1– الجنون الأصلي	**62**
ب–2– الجنون الطارئ أو العارض	**62**
2– تعريف عارض العته	**63**
3– تعريف عارض السفه	**63**
4– تعريف عارض الغفلة	**66**
ثانيا– القصّر بالنظر إلى وجود مانع في الأهلية	**67**
1– الموانع المادية	**67**
أ– المانع المادي بسبب الفقد	**68**
ب– المانع المادي بسبب الغيبة	**70**
2– الموانع القانونية	**72**
3– الموانع الطبيعية	**73**
الفصل الثاني: السياسة الشرعية والقانونية المقررة على حرية القاصر من التصرف في ماله	**74**
المبحث الأول: نظام الحجر على القاصر في الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة	**75**

المطلب الأول: مفهوم الحجر على القاصر في الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة	**75**
الفرع الأول: تحديد مدلول الحجر	**75**
أولا– المعنى اللغوي للحجر	**76**
ثانيا– التعريف الاصطلاحي والقانوني للحجر	**77**
1– التعريف الاصطلاحي للحجر	**77**
أ– الحجر عند فقهاء الحنفية	**77**
ب– الحجر عند فقهاء المالكية	**77**
ج– الحجر عند فقهاء الشافعية	**77**
د– الحجر عند فقهاء الحنابلة	**78**
2 – التعريف القانوني للحجر	**78**
الفرع الثاني: مشروعية الحجر على القصّر	**78**
أولا– الأدلة من القرآن	**79**
ثانيا– الأدلة من السنة النبوية	**80**
ثالثا– الأدلة من الآثار	**80**
المطلب الثاني: نطاق الحجر على القاصر في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية	**81**
الفرع الأول: الأسباب الموجبة للحجر حسب أقوال الفقهاء	**82**
الفرع الثاني: الأسباب الموجبة للحجر في القوانين العربية	**85**
الفرع الثالث: الإجراءات القانونية الخاصة بالحجر	**88**
أولا– وجوب تقديم طلب بتوقيع الحجر	**88**
ثانيا– أصحاب الحق في تقديم طلب الحجر	**89**
1–أحد الأقارب	**89**
2– صاحب المصلحة	**90**
3– النيابة العامة	**91**
المبحث الثاني: المعايير الإلزامية لبدء القاصر التصرف في ماله في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية	**92**
المطلب الأول: الإذن للقاصر بالتصرف في ماله في الفقه الإسلامي	**93**

الفرع الأول: مفهوم الإذن للقاصر بالتصرف في ماله	**93**
أولا– تعريف الإذن لغة واصطلاحاً	**93**
1– التعريف اللغوي للإذن	**93**
2– تعريف الإذن اصطلاحاً	**94**
ثانيا– خلاف الفقهاء في منح القاصر الإذن للتصرف في ماله	**96**
1– جواز الإذن للصبي المميز	**96**
2– لا يجوز الإذن للصبي المميز	**96**
أ– رأي مذهب المالكية	**99**
ب– رأي مذهب الشافعية	**100**
جـ– رأي مذهب الحنابلة	**100**
الفرع الثاني: كيفية اختبار الصبي المميز المأذون له	**102**
المطلب الثاني: موقف القوانين الوضعية من الإذن للقاصر بالتصرف في ماله	**103**
الفرع الأول: الترشيد كآلية قانونية لتصرف القاصر في ماله	**106**
الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن ترشيد القاصر	**117**
الباب الثاني: النطاق الموضوعي للمعاملات المدنية للقاصر في ماله الخاص فقهاً وقانوناً	**120**
الفصل الأول: تصرفات القاصر المدنية في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية	**121**
المبحث الأول: تحديد نطاق تصرفات القاصر المدنية	**121**
المطلب الأول: مضمون تصرف القاصر في المعاملات المدنية	**122**
الفرع الأول: مفهوم التصرف لغة واصطلاحاً	**122**
أولا– التصرف في المدلول اللغوي	**122**
ثانيا– التصرف في المدلول الاصطلاحي	**123**
الفرع الثاني: تحديد أقسام التصرف	**124**
أولا– باعتبار ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل	**124**
1– التصرف الفعلي	**124**
2– التصرف القولي	**124**
ثانيا– باعتبار التصرف في الحقوق والأملاك	**125**

1– التصرف بالنقل	**125**
2– التصرف بالإسقاط	**125**
ثالثا– باعتبار ما يلحق التصرف من نفع أو ضرر	**125**
1– تصرفات نافعة نفعاً محضاً	**126**
2– تصرفات ضارة ضرراً محضاً	**126**
3– تصرفات مترددة بين النفع والضرر	**127**
المطلب الثاني: تحديد أنواع المعاملات المدنية التي يقوم بها القاصر	**129**
الفرع الأول: مفهوم المعاملات المدنية	**129**
أولا– تعريف المعاملات في المدلول اللغوي	**129**
ثانيا– التعريف الاصطلاحي للمعاملات المدنية	**130**
الفرع الثاني: تصنيف المعاملات المدنية	**131**
أولا– العقود التي تقع على الملكية	**131**
ثانيا– العقود الواردة على الانتفاع بالشيء	**132**
ثالثا– العقود الواردة على العمل	**133**
رابعا– عقود الغرر	**134**
المبحث الثاني: حكم التصرفات المدنية للقاصر في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية	**139**
المطلب الأول: حكم التصرفات المدنية للقاصر في الفقه الإسلامي	**139**
الفرع الأول: حكم تصرفات القاصر استناداً لمعيار السن	**140**
أولا– حكم تصرفات الصبي غير المميز	**140**
ثانيا– حكم تصرفات الصبي المميز	**141**
1– حكم تصرفات المميز عند الحنفية	**141**
2– حكم تصرفات المميز عند المالكية	**143**
3– حكم تصرفات المميز عند الشافعية	**144**
4– حكم تصرفات المميز عند الحنابلة	**144**
الفرع الثاني: حكم تصرفات القاصر بالنظر إلى حالة أهليته	**145**
أولا– حكم تصرفات القاصر الذي يعتريه عارض بالأهلية	**145**

1– حكم تصرفات المجنون	**145**
2– حكم تصرفات المعتوه	**149**
3 – حكم تصرفات السفيه	**150**
أ– حكم التصرفات التي تكون قبل الإذن	**151**
ب– حكم تصرفات السفيه بعد الإذن	**155**
4– حكم تصرفات ذي الغفلة	**157**
ثانيا– حكم تصرفات القاصر الذي يوجد مانع بأهليته	**158**
1– الموانع المادية	**158**
أ– التصرف في أموال المفقود	**158**
أ–1– حالة تعيين وكيل على أموال المفقود	**159**
أ– 2– حالة ترك مال المفقود وديعة عند شخص أمين	**159**
أ– 3– حالة ذهاب المفقود وترك أمواله بدون وكيل أو أمين عنها	**160**
ب– التصرف في أموال الغائب	**160**
2– الموانع الطبيعية	**161**
أ– تصرفات الأعمى	**161**
ب– تصرفات الأخرس	**163**
المطلب الثاني: موقف التشريعات الوضعية من حكم التصرفات المدنية للقاصر	**164**
الفرع الأول: حكم التصرفات المدنية للقاصر الواردة في القانون المدني والأحوال الشخصية	**164**
أولا– حكم تصرفات القاصر بالنظر لمعيار السن في القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية	**164**
1– حكم تصرفات القاصر غير المميز في القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية	**164**
2– حكم تصرفات القاصر المميز في القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية	**167**
ثانيا– حكم تصرفات القاصر بالنظر لأهليته في القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية	**171**
1 – حكم تصرفات القاصر وفقا لما يعتريه من عارض في الأهلية	**171**

أ– حكم تصرفات المجنون	**171**
ب– حكم تصرفات المعتوه	**175**
جـ– حكم تصرفات السفيه	**176**
د– حكم تصرفات ذي الغفلة:	**179**
2– حكم تصرفات القاصر بالنظر إلى وجود مانع في الأهلية	**181**
أ– الموانع المادية	**181**
أ–1– تصرفات المفقود	**181**
أ– 2– تصرفات الغائب	**183**
ب– الموانع الطبيعية	**184**
الفرع الثاني: حكم التصرفات المدنية للقاصر المنظمة في قانون الولاية على المال	**186**
أولا– حكم تصرفات القاصر بالنظر لمعيار السن	**186**
ثانيا– حكم تصرفات القاصر بالنظر إلى حالة أهليته	**187**
1– حكم تصرفات القاصر الذي يعتريه عارض بأهليته	**187**
2– حكم تصرفات القاصر بالنظر لوجود مانع بأهليته	**188**
أ– بالنسبة للمفقود والغائب	**188**
ب– بالنسبة لذوي الإعاقة	**188**
الفصل الثاني: الجانب العملي لتصرفات القاصر المدنية في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية	**191**
المبحث الأول: تطبيقات التصرفات المدنية للقاصر المميز في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية	**191**
المطلب الأول: تصرفات القاصر المميز التي تعود عليه بالنفع المحض	**192**
الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من التصرفات النافعة نفعاً محضاً	**192**
أولا– وكالة القاصر	**192**
1– المسألة الأول مدى صحة توكيل القاصر المميز	**193**
2– المسألة الثانية مدى صحة توكيل القاصر المميز	**194**
ثانيا– قبض الهبة من القاصر وقبولها	**196**

الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية من التصرفات النافعة نفعاً محضاً	**198**
المطلب الثاني: تصرفات القاصر المميز التي تعود عليه بالضرر المحض	**201**
الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من التصرفات الضارة ضرراً محضاً	**201**
أولا– إقراض القاصر المميز	**201**
ثانيا– وصية القاصر	**203**
1– القول الأول وصية الصبي باطلة:	**204**
2– القول الثاني وصية الصبي صحيحة وتنفذ	**204**
ثالثا– عارية القاصر	**206**
رابعا– هبة القاصر	**207**
خامسا– وقف القاصر	**208**
الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية من التصرفات الضارة ضرراً محضاً	**210**
أولا– وصية القاصر المميز	**210**
ثانيا– هبة القاصر المميز	**211**
ثالثا– وقف القاصر المميز	**212**
المطلب الثالث: تصرفات القاصر المترددة بين النفع والضرر	**214**
الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من تصرفات القاصر المترددة بين النفع والضرر	**214**
أولا– بيع القاصر المميز وشراؤه	**215**
1– أقوال الفقهاء بخصوص بيع القاصر المميز وشرائه	**215**
أ– القول الأول صحة البيع والشراء من القاصر المميز	**215**
ب– القول الثاني عدم صحة البيع والشراء من القاصر المميز	**216**
2– أدلة التوجهين السابقين ومناقشتها	**217**
أ– أدلة القول الأول	**217**
أ– 1– دليلهم من الكتاب	**217**
أ– 2– دليلهم من السنة	**217**
ب– أدلة القول الثاني	**218**
ج– مناقشة أدلة التوجهين والترجيح	**218**

ثانيا– إجارة القاصر	**219**
1– القول الأول صحة إجارة القاصر المميز	**219**
2– القول الثاني عدم صحة إجارة القاصر المميز	**220**
ثالثا– رهن القاصر المميز	**220**
1– القول الأول صحة رهن القاصر المميز	**221**
2– القول الثاني عدم صحة رهن القاصر المميز	**221**
الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية من تصرفات القاصر المترددة بين النفع والضرر	**222**
أولا– بيع القاصر المميز	**222**
ثانيا– إجارة القاصر المميز	**224**
ثالثا– رهن القاصر المميز	**225**
المبحث الثاني: الحكم المترتب عن التصرفات المدنية للقاصر في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية	**228**
المطلب الأول: الوصف الشرعي والقانوني لتصرفات القاصر المترددة بين النفع والضرر	**228**
الفرع الأول: اعتبار تصرفات القاصر المميز الدائرة بين النفع والضرر موقوفة	**228**
أولا– تعريف العقد الموقوف	**229**
ثانيا– حكم العقد الموقوف	**230**
1– أقوال الفقهاء بخصوص حكم العقد الموقوف	**230**
أ – القول الأول العقد الموقوف عقد صحيح	**230**
ب– القول الثاني العقد الموقوف عقد باطل	**231**
2– أدلة القولين السابقين	**231**
أ– أدلة القول الأول	**231**
ب– أدلة القول الثاني	**232**
الفرع الثاني: اعتبار تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال	**232**
أولا– تعريف العقد القابل للإبطال	**233**
ثانيا– طبيعة العقد القابل للإبطال	**234**
1– الرأي الأول العقد القابل للإبطال عقد غير صحيح	**234**

2– الرأي الثاني العقد القابل للإبطال عقد صحيح	**234**
المطلب الثاني: مآل حكم تصرفات القاصر المترددة بين النفع والضرر	**235**
الفرع الأول: تحديد المقصود بالإجازة	**235**
أولا– تعريف الإجازة من الناحية الاصطلاحية والقانونية	**235**
ثانيا– شروط صحة الإجازة المتعلقة بتصرفات القاصر	**236**
1– صدور الإجازة من صاحب الحق	**236**
2– خلو إرادة المجيز من العيوب	**237**
3– صدور الإجازة ضمن المدة المقررة قانونا	**237**
الفرع الثاني: الآثار الناتجة عن الإجازة	**238**
الباب الثالث: الأحكام الفقهية والقانونية لنظام النيابة الشرعية على أموال القاصر ضمن المعاملات المدنية	**242**
الفصل الأول: بيان الشخص المؤهل لتولي نظام النيابة الشرعية في الفقه والقانون	**244**
المبحث الأول: تعيين النائب الشرعي على القاصر في الفقه والقانون	**245**
المطلب الأول: الولاية على أموال القاصر في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية	**245**
الفرع الأول: الأشخاص المخول لهم القيام بشؤون الولاية على مال القاصر	**245**
أولا– تعريف الولاية على مال القاصر لغة واصطلاحاً	**246**
1– التعريف اللغوي لمصطلح الولاية	**246**
2– التعريف الاصطلاحي للفظ الولاية	**247**
3– التعريف القانوني للفظ الولاية	**249**
ثانيا– الأشخاص الذين تثبت لهم الولاية على القاصر	**251**
1– أصحاب الولاية على مال القاصر عند فقهاء الشريعة الإسلامية	**252**
أ– ترتيب الأولياء على المال في المذهب الحنفي	**252**
ب– ترتيب الأولياء على المال في المذهب المالكي	**253**
جـ– ترتيب الأولياء على المال في المذهب الشافعي	**253**
د– ترتيب الأولياء على المال في المذهب الحنبلي	**254**
2– أصحاب الولاية على مال القاصر في التشريعات العربية	**254**

الفرع الثاني: المواصفات الشرعية والقانونية في الولي على مال القاصر	**258**
أولا– المواصفات الشرعية التي يوجبها فقهاء الشريعة الإسلامية	**259**
1– شرط البلوغ والعقل	**259**
2– شرط الرشد	**259**
3– شرط العدالة	**259**
4– شرط اتحاد الولي مع المولى عليه في الدين	**260**
5– شرط الحرية	**260**
6– شرط القدرة	**260**
7– شرط الذكورة	**261**
ثانيا– المواصفات القانونية الواجبة في الشخص الذي يتولى الولاية على مال القاصر	**261**
المطلب الثاني: الوصاية على أموال القاصر في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية	**262**
الفرع الأول: مضمون الوصاية على مال القاصر في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية	**263**
أولا– مفهوم الوصاية على مال القاصر عند الفقهاء والقانون	**263**
1– تعريف الوصاية لغة واصطلاحاً	**263**
أ– التعريف اللغوي للفظ الوصاية	**263**
ب– التعريف الاصطلاحي للوصاية	**263**
جـ– التعريف القانوني للوصاية على مال القاصر	**266**
2– الاختلاف حول إلزامية الوصاية في الفقه الإسلامي	**266**
ثانيا– الأشخاص الذي تخول لهم الوصاية على مال القاصر	**268**
1– أنواع الأوصياء في الفقه الإسلامي	**268**
أ– الوصي باعتبار جهة التعيين	**268**
أ–1 – الوصي المختار	**268**
أ–2– وصي القاضي	**269**
ب– الوصي باعتبار موضوع الوصاية	**269**
جـ– الوصي باعتبار المدة التي يمارس فيها الوصاية	**270**
جـ–1– الوصي الدائم	**270**

ج–2– الوصي المؤقت	**270**
2– الأوصياء في الولاية على مال القاصر حسب التشريعات العربية:	**270**
أ– الوصي باعتبار جهة التعيين	**271**
أ–1– بالنسبة للوصي المختار	**271**
أ–2– بالنسبة لتعيين الوصي من قبل القاضي	**276**
ب– الوصي بالنظر لموضوع الوصاية	**279**
ج– الوصي بالنظر للمدة التي يمارس فيها الوصاية	**280**
الفرع الثاني: شروط الوصاية في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية	**280**
أولا– شروط الوصي في الفقه الإسلامي	**281**
1– شرط التكليف	**281**
2– شرط البلوغ	**281**
3– شرط العقل	**281**
4– شرط اتحاد الدين بين الوصي والموصى عليه	**281**
5– شرط العدالة	**282**
6– شرط الخبرة	**282**
ثانيا– شروط الوصي في التشريعات العربية	**283**
المبحث الثاني: صلاحيات النائب الشرعي على مال القاصر في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية	**285**
المطلب الأول: السلطات المخولة للولي على مال القاصر في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية	**285**
الفرع الأول: ضبط تصرفات الولي عند إدارة شؤون الولاية على مال القاصر في الفقه الإسلامي	**286**
أولاً– سلطات الولي في حفظ مال القاصر	**286**
ثانيا– تصرف الوليّ عن طريق أعمال التصرف والإدارة	**287**
1– تصرفات الولي في المذهب الحنفي	**288**
2– تصرفات الولي في المذهب المالكي	**289**

3– تصرفات الولي في المذهب الشافعي	**291**
4– تصرفات الولي في المذهب الحنبلي	**291**
الفرع الثاني: سلطات الولي في إدارة مال القاصر في التشريعات العربية	**293**
أولا– سلطات الولي المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري	**294**
1– التصرف في عقار القاصر	**295**
أ– بيع العقار	**295**
أ–1– وجوب استئذان القاضي المختص	**295**
أ–2– وجوب بيع عقار القاصر عن طريق المزاد العلني	**296**
ب– قسمة عقار القاصر	**298**
جـ– رهن عقار القاصر	**300**
د– إجراءات الصلح	**300**
2– التصرف عن طريق بيع المنقولات الخاصة	**301**
3– استثمار أموال القاصر	**302**
أ– استثمار أموال القاصر عن طريق الإقراض أو الاقتراض	**302**
ب– استثمار أموال القاصر عن طريق المساهمة في شركة	**303**
4– إيجار عقار القاصر	**304**
ثانيا: تصرفات الولي المخولة له بموجب القوانين العربية الأخرى	**305**
1– التصرفات التي تستلزم الإذن	**306**
أ– بيع وشراء ملك القاصر لنفسه	**306**
ب– بيع العقار	**306**
جـ– تأجير عقار القاصر	**308**
د– رهن عقار أو مال القاصر	**309**
هـ– إقراض أو اقتراض مال القاصر	**309**
و– الاستمرار في تجارة القاصر	**310**
ز– عدم جواز قبول التبرعات المثقلة بالتزام	**310**
حـ– التصرف في المنقول	**311**

ط- التصرف في المال الموروث	**311**
ي– استثمار ثمن بيع ملك القاصر لنفسه	**311**
2– التصرفات التي لا تتطلب الإذن	**312**
أ– التعاقد باسم موليّه والتصرف في ماله	**312**
ب– التجارة لحساب القاصر	**312**
ج– قبول التبرعات	**313**
د– نفقة الولي	**313**
3– التصرفات الممنوع على الوليّ إجراؤها:	**314**
المطلب الثاني: الصلاحيات المقررة للوصي على مال القاصر	**315**
الفرع الأول: حدود تصرفات الوصي المحددة في الفقه الإسلامي	**315**
أولا– سلطات الوصي في الفقه الإسلامي	**316**
1– تصرف الوصي بالبيع والشراء	**316**
2– اقتراض الوصي من مال القاصر	**317**
3– متاجرة الوصي بمال القاصر	**317**
4– رهن مال القاصر	**318**
ثانيا– الاختلاف حول استحقاق الوصي للأجرة	**318**
الفرع الثاني: سلطات الوصي في التشريعات العربية	**319**
أولا– التصرفات التي يقوم بها الوصي على المال	**319**
1– بيع مال القاصر وشراؤه	**319**
2– المقايضة بمال القاصر	**320**
3– التصرف في السندات أو الأسهم	**320**
4– رهن الوصي لمال القاصر	**321**
5– التبرع بمال القاصر	**321**
ثانيا– الواجبات الأساسية التي يقوم بها الوصي على المال	**321**
1– تقديم كشف حساب بالأموال	**322**
2– إيداع أموال القاصر في حساب بنكي	**324**

الفصل الثاني: الضمانات المقررة لحماية مال القاصر من خلال ممارسة شؤون النيابة الشرعية	**325**
المبحث الأول: محاسبة النائب لكيفية إدارته النيابة الشرعية على مال القاصر	**325**
المطلب الأول: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية من مساءلة النائب الشرعي	**326**
الفرع الأول: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من مساءلة النائب الشرعي	**326**
أولا– موقف مذهب الحنفية من مساءلة النائب الشرعي	**326**
ثانيا– موقف فقهاء المالكية من مساءلة النائب الشرعي	**327**
ثالثا– موقف مذهب الشافعية من مساءلة النائب الشرعي	**328**
رابعا– موقف مذهب الحنابلة من مساءلة النائب الشرعي	**328**
الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية من إخلال النائب الشرعي بواجباته	**329**
أولا– موقف المشرع الجزائري من إخلال النائب الشرعي بواجباته	**329**
ثانيا– موقف باقي التشريعات العربية من إخلال النائب الشرعي بواجباته	**331**
المطلب الثاني: المسؤولية المترتبة على الوصي لمخالفة أحكام الوصاية	**333**
الفرع الأول: المسؤولية التي يتحملها الوصي بسبب مخالفة أحكام الوصاية	**333**
أولا– يتحمل الوصي المسؤولية بسبب تقصيره	**333**
ثانيا– متابعة الوصي على أساس مسؤولية الوكيل	**334**
1– اختلاف الوكيل تجاه موكله إذا ادعى تلف المقبوض أو هلاكه	**335**
2– اختلاف الوكيل والموكل في تعديه أو تفريطه في الحفظ ومخالفته أمر موكله	**335**
3– اختلاف الوكيل والموكل في التصرف	**335**
4– اختلاف الوكيل مع الموكل في قدر الثمن	**335**
الفرع الثاني: مساءلة الوصي عما ارتكبه من جرائم عند أداء مهام الوصاية	**335**
أولا– مساءلة الوصي عن الجرائم الماسة بالأموال	**336**
1– سرقة أموال القاصر	**336**
2– النصب والاحتيال على أموال القاصر	**336**
3– خيانة أمانة القاصر	**337**

ثانيا– متابعة الوصي بجريمة إساءة الائتمان	**338**
المبحث الثاني: طرق انقضاء نظام النيابة الشرعية في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية	**339**
المطلب الأول: مآل الولاية على مال القاصر في الفقه الإسلامي والقانون	**339**
الفرع الأول: انتهاء الولاية المالية لأسباب ترجع للقاصر	**340**
أولا– انتهاء الولاية بسبب بلوغ القاصر	**340**
ثانيا– انتهاء الولاية بسبب وفاة القاصر	**341**
الفرع الثاني: انتهاء الولاية على القاصر لأسباب تتعلق بالوليّ	**341**
1– انتهاء الولاية بسبب عجز الولي عن إدارة شؤون الولاية المالية	**341**
2– انتهاء الولاية بسبب موت الوليّ	**341**
3– انتهاء الولاية بسبب الحجر على الوليّ	**342**
4– انتهاء الولاية بسبب غياب الوليّ	**342**
5– انتهاء الولاية بسبب الحكم على الوليّ بعقوبة تقيد حريته	**343**
6– انتهاء الولاية بسلبها من الوليّ أو الحد منها	**343**
المطلب الثاني: انقضاء الوصاية على مال القاصر في الفقه الإسلامي والقانون	**344**
الفرع الأول: الأسباب التي تؤدي إلى انتهاء الوصاية على المال في الفقه الإسلامي	**344**
أولا– انتهاء الوصاية بالنظر للأسباب الخاصة بالقاصر	**345**
ثانيا– انتهاء الوصاية للأسباب التي ترجع للوصي	**345**
1– انتهاء الوصاية بسبب فقدان الوصي لأهليته أو نقصانها	**345**
2– انتهاء الوصاية بسبب موت الوصي	**345**
3– انتهاء الوصاية بسبب غياب الوصي أو فقدانه	**345**
4– انتهاء الوصاية بسبب عجز الوصي من القيام بشؤونها	**346**
5– انتهاء الوصاية بسبب إعادة الولاية على مال القاصر	**346**
6– انتهاء الوصاية بسبب انتفاء عدالة الوصي	**346**
الفرع الثاني: الأسباب المؤدية لانتهاء الوصاية في التشريعات العربية	**346**
أولا– انتهاء الوصاية للأسباب الخاصة بالقاصر	**347**

1– انتهاء الوصاية لبلوغ القاصر	**347**
2– انتهاء الوصاية لوفاة القاصر	**347**
ثانيا– انتهاء الوصاية للأسباب التي ترجع للوصي	**347**
1– انتهاء الوصاية بسبب فقدان الوصي لأهليته أو نقصانها	**347**
2– انتهاء الوصاية بسبب موت الوصي	**348**
3 – انقضاء الوصاية لانتهاء المهام التي أوكلت له	**348**
4– انتهاء الوصاية بسبب غيبة الوصي أو فقدانه	**348**
5– انتهاء الوصاية بسبب رجوع الولاية على القاصر	**349**
6– انتهاء الوصاية بسبب طلب الوصي التخلي عنها	**349**
7– انتهاء الوصاية بسبب تعذر قيام الوصي بمهامها	**349**
8– انتهاء الوصاية بسبب عزل الوصي	**350**
خاتمة	**352**
ملخص الرسالة باللغة العربية، واللغة الفرنسية، واللغة الانجليزية	**360**
قائمة المصادر والمراجع	**377**
الفهرس	**418**