

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية أصول الدين والشريعة
والحضارة الإسلامية

جامعة الأمير عبد القادر
للعلوم الإسلامية
قسنطينة

قسم : الشريعة والقانون
تخصص : الأحوال الشخصية

الرقم التسلسلي :
رقم التسجيل :

موضوع البحث :

سلطة القاضي في حماية أموال القاصر

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين العربية

مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون

تخصص : الأحوال الشخصية

تحت إشراف الدكتور:
كمال لدرع

إعداد الطالب :
هشام عليواش

أعضاء لجنة المناقشة

<u>الإسم واللقب</u>	<u>الصفة</u>	<u>الرتبة العلمية</u>	<u>الجامعة الأصلية</u>
أ.د. بلقاسم شتوان	رئيسا	أستاذ التعليم العالي	جامعة الأمير عبد القادر
أ.د. كمال لدرع	مقررا	أستاذ محاضر	جامعة الأمير عبد القادر
أ.د. باجو مصطفى	عضوا	أستاذ محاضر	جامعة الأمير عبد القادر
أ.بن ستيرة السبيقي	عضوا	أستاذ مكلف بالدروس	جامعة الأمير عبد القادر

السنة الجامعية : 1428هـ / 1429هـ - 2007 م / 2008 م .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى:

﴿ وَلَا تَقْرَبُوا عَالِ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَمْحَنُ حَتَّىٰ

يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ﴾ . الأنعام - 152

إهداء

إلى والديّ الكريمين ، اللذين بذلا كل ما في وسعهما ، وسانداني ودعماني طيلة مساري العلمي ، أعزهما الله وحفظهما .

إلى روح أخي إدريس رحمه الله ، وإلى ابنه أنيس حفظه الله ورعاه .

إلى أختي وافية شفاها الله .

إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد في إنجاز هذا البحث المتواضع ، وخاصة صديقي هشام زرقينوج ، الذي قدّم لي كل الدعم اللازم .

شكر و تقدير

أتقدم بشكر خاص لأستاذي المشرف الدكتور كمال
لدرع ، على توجيهاته و مساعدته لي منذ اختيار مشروع
البحث ، وإلى غاية الانتماء منه ، و على كل المعلومات
القيمة التي ساهمت في إثراء البحث ، كما أشكره على
صبره وسعة صدره طيلة مدة البحث .

مقدمة

جامعة الأمير
عبد القادر للعلوم الإسلامية

التعريف بموضوع البحث:

لقد أولت الشريعة الإسلامية عناية كبيرة بالفئات الضعيفة والعاجزة، وخاصة فئة القاصر، فوَّقت لهم الحماية اللازمة لرعاية شؤونهم ومصالحهم، والحيلولة دون لحاق الضرر بهم، هذه الحماية وإن كانت تبدأ قبل الولادة، بحماية حق الحمل في الحياة ونسبه إلى أبيه، وحفظ ما يؤول إلى ذمته من أموال بطريق الميراث أو الهبة أو الوصية، فإن أهميتها تزايد بعد ذلك إلى أن يبلغ القاصر للرشد ويجوز القدرة العقلية والجسدية لتدبر شؤونه بنفسه .

ولا شك أن نظام الولاية على المال جزء مهم من هذه الحماية، فموجبه ينوب بعض الأشخاص-الذين تتوفر فيهم شروط محددة- عن القاصر في مباشرة التصرفات والعقود التي ينصرف أثرها إليه، وذلك حماية لمصلحه وحقوقه من كل ما يهددها .
وحرصاً على السير الحسن لهذا النظام ، وحماية للقاصر مما قد يعتريه من نقائص أو انحرافات، فإن القاضي يقوم هنا بدور هام، ويضطلع بسلطات واسعة تخوله الإشراف على الولاية المالية منذ ابتدائها وإلى ما بعد انتهائها، فيكون له مراقبة أصحاب هذه الولاية والإشراف على أعمالهم وتصرفاتهم، بما يكفل حفظ أموال وممتلكات القاصر من الضياع بالإهمال أو النهب، وضمان إدارتها وتنميتها بما يعود عليه بالنفع.

هذا ما سأحاول تناوله بالبحث والتحليل في موضوع اخترت له عنوانا :

- ملحة القاضي في حماية أموال القاصر -

أهمية الموضوع:

ويستمد هذا البحث أهميته من حيث أنه يتناول كيفية الإشراف على الولاية المالية التي تهدف إلى حفظ وحماية نفس ومال القاصر معاً، وهما من الضروريات الخمسة التي جاءت الشريعة الإسلامية لحفظها، وهي الدين والنفس والعقل والنسل والمال، كما أن الولاية على المال وإن كانت ذات طابع خاص، بحيث تتم ممارستها في إطار الأسرة أساساً، إلا أنها ذات طابع عام كذلك، من حيث دور السلطة العامة-ممثلة في مؤسسة القضاء- في الإشراف عليها ومراقبتها، وهنا نصل إلى إبراز الدور المحوري الذي يقوم به القاضي في هذا النظام، من خلال السلطات الواسعة التي يخولها إياه الشرع والقانون على السواء، كما أن البحث يستمد أهميته من خلال

الدراسة المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون، والتي تهدف إلى إبراز نقاط التشابه والاختلاف، وما مدى تأثير الفقه الإسلامي على التشريعات العربية المقارنة، أو لنقل محاولة التأصيل الفقهي للمبادئ التي أخذ بها المشرعون العرب في هذا المجال .

أسباب اختيار الموضوع:

من الأسباب التي دفعتني لاختيار هذا الموضوع، النقص الكبير الذي لاحظته في القواعد القانونية الخاصة بحماية مال القاصر في القانون الجزائري، مقارنةً مع باقي التشريعات العربية، كما أن اهتمامي بمسائل النيابة الشرعية، ورغبتني في البحث في المهام والسلطات المختلفة التي تضطلع بها مؤسسة القضاء، كل ذلك كان دافعا إضافيا لاختيار هذا الموضوع .

أهداف البحث:

ومن أبرز أهداف هذا البحث، إظهار المكانة الخاصة التي أولتها الشريعة الإسلامية لفئة القصر، والتي تترجمها السلطات الواسعة الممنوحة للقاضي لحماية أموال هذه الفئة، وانعكاس كل ذلك على تشريعات الأحوال الشخصية في البلدان العربية، والتي تعتمد الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي في سنّ القواعد القانونية، كما يهدف البحث إلى إبراز مزايا نظام الولاية على أموال القاصر والذي يراعي بالإضافة إلى خدمة مصالح القاصر، الروابط العائلية وتماسك الأسرة، وذلك ما سنقف عليه أثناء البحث .

كما يهدف هذا البحث إلى إضافة دراسة أكاديمية، في محاولة لتغطية الفراغ الكبير في الدراسات التي تتناول موضوع الولاية المالية في التشريع الجزائري، وإبراز النقائص الكبيرة في القواعد القانونية التي تحكمه، وتناولها بالعرض والتحليل، والمقارنة مع الفقه الإسلامي والتشريعات العربية الأخرى، للتنبه عليها بهدف تداركها .

الدراسات السابقة:

ولقد اعتمدت في هذا البحث على عدّة دراسات سابقة، وإن كانت لا تبرز دور القاضي خاصة، إلا أنها تتضمن جزئيات مهمة من صلاحياته وسلطاته في مجال الولاية على المال، فزيادة على المسائل المتفرقة في بطون المصادر الفقهية، فلقد اعتمدت على دراسات فقهية وقانونية حديثة، كان لها الفضل الكبير في إثراء وتوجيه البحث، وأذكر من ذلك: كتاب الولاية على

المال وتطبيقاتها في المذهب المالكي للدكتور عبد السلام الرفعي، والذي تناول نظام الولاية على المال بدراسة فقهية شاملة، كما أذكر كذلك كتاب: أحكام اليتيم في الفقه الإسلامي للأستاذ عبد الأحد ملا رجب، والذي تناول في الباب الثالث منه، الولاية على مال اليتيم وحدود صلاحيات الأوصياء وسلطانهم، كما اعتمدت على بعض الدراسات القانونية ومنها، مؤلف الأستاذ كمال صالح البنا الذي يتناول فيه شرح قواعد قانون الولاية على المال المصري، كما استعنت بموسوعة الأحوال الشخصية في جزئها الثالث لمؤلفها الدكتور معوض عبد التواب، والتي أثرت البحث خاصة في مجال الاجتهاد القضائي، وهذا بالإضافة إلى العديد من البحوث والدراسات التي تناولت جزئيات لها علاقة بالبحث .

إشكالية البحث:

إذا كانت مهمة حماية القصر، والإشراف على نظام الولاية المالية تقع على عاتق مؤسسة القضاء، فإن الإشكالية الأساسية للبحث تكمن في محاولة بيان السلطات المخولة للقاضي في هذا المجال .

وسأحاول الإجابة على هذه الإشكالية من خلال التساؤلات الآتية:

- 1- ما هي المظاهر المختلفة لسلطات القاضي في رعاية شؤون القاصر المالية في الفقه الإسلامي والقانون ؟ وما هو مدى هذه السلطات ؟
- 2- ما هي حدود سلطة النائب الشرعي في التصرف في أموال القاصر ؟
- 3- وما هي مسؤولية النائب الشرعي في حالة الإخلال بنظام الولاية المالية ؟

منهج البحث:

يستلزم هذا البحث استعمال منهجين اثنين :

المنهج التحليلي، وذلك عند تناول المظاهر المختلفة لسلطات القاضي في حماية مال القاصر ومصالحه، والمنهج المقارن لإبراز أوجه التشابه والاختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون في الموضوع .

مقدمة البحث

بما أننا بصدد دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون، فلقد كان من اللازم عليّ في بعض الأحيان- في محاولة لإيفاء الدراسة حقّها- دراسة الجانب الفقهي والقانوني كلّ على حدة، ثم الخروج بمحصّلة بمحاولة المقارنة بينهما لمعرفة أوجه التشابه والاختلاف، بينما قمت في أحيان أخرى بدراسة مقارنة دون الفصل بين الجانب الفقهي والقانوني، وذلك وفقاً لما تتطلبه وتتيحه الدراسة دائماً، ولقد قمت بتبيين مواضع الآيات الكريمة الواردة في البحث بذكر اسم السورة ورقم الآية، وقمت بتخريج كلّ الأحاديث النبوية الشريفة، والآثار التي وردت في الدراسة بعزوها لمصادرها الأصلية، كما قمت بذكر درجة الحديث كلّما أمكن ذلك، ولقد رجعت إلى المصادر الأصلية في المذاهب الفقهية الأربعة، ورّبت آراء الفقهاء وفقاً لظهورها التاريخي، بدءاً بالحنفية ثم المالكية، ثم الشافعية فالحنابلة، ولقد درجت -عند تطرقي للقوانين العربية- على ذكر رأي المشرّع الجزائري أولاً إذا وُجد، ثم باقي المشرّعين العرب وفقاً لأهمية رأي كلّ منهم، كما جمعت بينهم إذا تشابهت مواقفهم في نفس المسألة، وبما أنني تناولت أربعة تشريعات عربية بالدراسة المقارنة مع الفقه الإسلامي- في محاولة للإلمام بجوانب الموضوع، وتوسعة مجال البحث وتعميماً للفائدة من خلال المقارنة بينها وبين التشريع الجزائري- فإنّي ارتأيت عدم إثقال المتن بالنصوص القانونية الكثيرة، ولذلك وضعتها في الهامش، إلا ما استوجب البحث الاستدلال به في المتن، كما قمت بتوثيق المعلومات بحيث أذكر كل البيانات الخاصة بالمرجع في الهامش عند ذكره للمرة الأولى، وعند تكراره أكتفي بذكر اسم المؤلف والكتاب والجزء والصفحة، كما وضعت في الأخير مختلف الفهارس العلمية.

خطة البحث

ولمعالجة هذا الموضوع والإلمام بمختلف جوانبه، ارتأيت تقسيمه إلى ثلاثة فصول :
ولمّا كان من الواجب قبل الخوض في أيّ بحث علمي ضبط وتحديد المصطلحات الواردة فيه، وتمييزها عمّا يمكن أن يلتبس بها، فلقد خصّصت الفصل الأوّل لترجمة المفاهيم، ويقع في ثلاثة مباحث، تناولت في الأوّل مفهوم القضاء وتعريف القاضي باعتباره المحور الذي تدور حوله الدراسة، كما تناولت فيه مفهوم السلطة التقديرية للقاضي، والتي يبرز من خلالها الدور الكبير

الفصل الأول: ترجمة المفاهيم.

جامعة الأميرة
عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الأول، تعريفه القضاء ومفهوم السلطة التقديرية للقاضي.

وفيه تناول التعريف بالقضاء ومشروعيته وشروطه (المطلب الأول)، كما تطرّق كذلك لمفهوم السلطة التقديرية للقاضي (المطلب الثاني).

المطلب الأول، تعريفه القضاء وبيان مخرجه وحكمه.

الفرع الأول، تعريفه القضاء.

البند الأول، تعريفه القضاء لغة.

القضاء مصدر الفعل الثلاثي قضى، ومن قضى الأمر فلقد أحكمه وأتقنه، وأنفذه لجهته، قال تعالى: ﴿فَقَضَيْنَهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾⁽¹⁾، أي أحكم خلقهن، والقضاء هو الحكم لقوله تعالى: ﴿فَأَقْضِي مَا أَنْتَ قَاضٍ﴾⁽²⁾، أي اصنع واحكم، ولذلك يسمّى من يُحكم الأحكام ويُنفذها قاضياً، كما تسمّى النية قضاءً لأنه أمر يُنفذ في الإنسان⁽³⁾. وقضاء الأمر بمعنى الفراغ منه، فنقول قضى حاجته، وقضى عليه بمعنى قتله، ومن قضى نخبه فقد مات، قال تعالى: ﴿فَمِنْهُمْ مَن قَضَىٰ نَحْبَهُ﴾⁽⁴⁾، كما يكون القضاء بمعنى الأداء والإهاء، كقوله تعالى: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ﴾⁽⁵⁾، أي أبلغناه ذلك، واستقضى فلان بمعنى صير قاضياً، وقضى الأمير قاضياً بتشديد الضاد، مثل أمر أميراً⁽⁶⁾. فمعنى القضاء لغةً يدور حول مفهومين اثنين، الأوّل ويعني الإحكام والإتقان، أمّا الثاني فيعني الإنفاذ والإلزام .

(1) سورة فصلت الآية 12 .

(2) سورة طه الآية 72 .

(3) أبو الحسين بن زكريا - معجم مقاييس اللغة ، تحقيق وضبط عبد السلام هارون ، دار الفكر ، بيروت دت دط 100/5 مادة (قضى) .

(4) سورة الأحزاب الآية 23 .

(5) سورة الحجر الآية 66 .

(6) محمد بن أبي بكر الرازي- مختار الصحاح، راجعته وحققته لجنة من العلماء- دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت ، طبعة 1981، ص 540 .

البند الثاني: تعريف القضاء في الفقه الإسلامي.

عرّف الحنفية القضاء بأنه: "قول ملزم يصدر عن ولاية عامّة"⁽¹⁾، وعرّفوه كذلك بأنه: "فصل الخصومات وقطع المنازعات"⁽²⁾.

فالقضاء عندهم هو الفصل في الخصومات على وجه الإلزام ممن له ولاية القضاء .
أمّا المالكية فقالوا هو: "الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام"⁽³⁾، أي أن القضاء هو الحكم الشرعي الذي يصدر عن الحاكم (القاضي) على وجه الإلزام وفقاً لما ثبت عنده من وقائع.

كما عرّفه الشافعية بأنه: "إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه، بخلاف المفتي، فإنه لا يجب عليه إمضاؤه"⁽⁴⁾، أمّا الحنابلة فقالوا "القضاء شرعاً الإلزام"⁽⁵⁾ .
فالفقهاء متفقون إذاً على أن القضاء هو الحكم بشرع الله لفضّ المنازعات والخصومات بين الناس، على وجه الإلزام⁽⁶⁾، وهو ما يفرّق القضاء عن الفتوى، لأن المفتي يبيّن حكم الشرع في المسألة، ولكنّه لا يلزم الناس بذلك الحكم ولا يمجّبه عليهم، فالقاضي هو الذي يملك ذلك، فالتعريف الاصطلاحي يتفق مع التعريف اللغوي في كون القضاء هو الإلزام والإنفاذ، فالقاضي يلزم الخصوم بحكم الشرع، وينفذه عليهم .

- (1) الشيخ نظام ومجموعة من علماء الهند - الفتاوى الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة ، مامشه فتاوى قاضيخان والفتاوى البرازية ، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، طبعة 1411هـ/1991م ، 306/3 .
- (2) ابن عابدين - حاشية رد المحتار على الدر المختار - دار الفكر ، بيروت، الطبعة الثانية 1386هـ/1966م ، 352/5 .
- (3) علي الصمدي - حاشية العدوي، دار المعرفة ، بيروت دت، دط 309/52، كما عرّفوه كذلك بأنه "حكم حاكم أو محكم بأمر ثبت عنده، كدين أو حبس وقتل ... ليرتب على ما ثبت عنده مقتضاه أو حكمه بذلك المقتضى" ، أنظر أحمد الصاوي - بلغة السالك لأقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، دار الفكر ، بيروت، دت ، دط 305/2 .
- (4) محمد الخطيب الشربيني - مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج - دار الفكر بيروت، دت، دط 372/4 .
- (5) علاء الدين المرادوي - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، صححه وحققه محمد حامد الفقي - دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1377هـ/1957م، 154/11 .
- (6) محمد حمد الغرايبة - نظام القضاء في الإسلام ، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان ، الطبعة الأولى 1424هـ/2004م ، ص 47 .

البند الثالث: تعريفه القضاء في القانون.

أما رجال القانون فيعرفون القضاء باعتبار الوظيفة القضائية ككل، وبالتالي فهو كل ما يتصل بمنصب القاضي وامتيازاته، والقاضي هو أساس السلطة القضائية التي تضمن إصدار الأحكام لقمع المخالفات، وفصل المنازعات التي تقوم بشأن تطبيق القواعد القانونية⁽¹⁾.

فلا اختلاف إذاً بين الفقه الإسلامي والقانون حول مفهوم القضاء، فهو النظام الذي يهدف للفصل في الخصومات والمنازعات وإلزام المتخاصمين بالحكم، غير أن ما يستند إليه القاضي عند الفقهاء هو الشريعة الإسلامية، فلا يحكم إلاّ بدليل من الكتاب أو السنة أو الإجماع، فإن لم يجد ما يحكم به في كل ذلك، اجتهد برأيه⁽²⁾.

أما القاضي في القانون فهو ملزم بالتقيّد بالنصوص القانونية، وعادة ما يبيّن التشريع المصادر التي يجب عليه أن يستمدّ منها أحكامه، كما يبيّن ترتيبها، و في هذا الإطار تنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري⁽³⁾ أنه: «يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة»، فالمصدر الأوّل الذي يستند إليه القاضي هو القانون أو التشريع بالمعنى الأصح، ثم الشريعة الإسلامية، فالعرف، ثم القانون الطبيعي وقواعد العدالة⁽⁴⁾.

كما تنص المادة 8 من القانون الأساسي للقضاء⁽⁵⁾ أنه: «يجب على القاضي أن يُصدر أحكامه طبقاً لمبادئ الشرعية والمساواة، ولا يخضع في ذلك إلاّ للقانون، وأن يحرص على حماية المصلحة العليا للمجتمع».

(1) أحمد زكي بنوي - معجم المصطلحات القانونية، دار الكتاب اللبناني، طبعة 1989، ص 139، وانظر إبراهيم النجار وأحمد زكي بنوي ويوسف شلا - القاموس القانوني، مكتبة لبنان، بيروت الطبعة السادسة 1998، ص 169.

(2) السمرقندي - تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الثانية 1414هـ/1993م، ص 370/3.

(3) الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 م المتضمن القانون المدني.

(4) المقصود بذلك خلاصة مبادئ العدالة والإنصاف، وهي مجموعة القواعد الثابتة التي تترجم فكرة العدل، و التي يجعلها المشرع أساساً لتشريع، أنظر أحمد زكي بنوي - المرجع نفسه ص 90-93.

(5) القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 21 رجب عام 1425 الموافق ل 6 سبتمبر سنة 2004، المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

الفرع الثاني: مشروعية القضاء وحكمه .

البند الأول: مشروعية القضاء .

ويستمد القضاء مشروعيته من الكتاب والسنة، والإجماع والمعقول.

أولاً، مشروعية القضاء من كتاب الله .

لقد نزلت في كتاب الله الكريم الكثير من الآيات الدالة على مشروعية القضاء، نذكر منها

قوله تعالى: ﴿يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ﴾⁽¹⁾، وقوله عز وجل: ﴿وَأَن آحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾⁽²⁾، وقوله: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرْنَاكَ اللَّهُ﴾⁽³⁾، وكذلك قوله: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾⁽⁴⁾، وقوله عز وجل: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾⁽⁵⁾، وكذلك قوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّبُ الَّذِينَ ءَامَنُوا كُفُونًا قَوْمِينَ بِالْأِقْصَاطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ﴾⁽⁶⁾، وقوله عز وجل: ﴿وَإِن حَكَمْتَ فَا حْكُم بَيْنَهُم بِالْأِقْصَاطِ إِنَّ اللَّهَ سَخِيبُ الْمُقْسِطِينَ﴾⁽⁷⁾.

فلقد نصت كل هذه الآيات الكريمة على أن الله عز وجل استخلف الإنسان في الأرض، وأمره بالقضاء والحكم بشريعة الإسلام.

(1) سورة ص الآية 26 .

(2) سورة المائدة الآية 49 .

(3) سورة النساء الآية 105 .

(4) سورة النساء الآية 58 .

(5) سورة النساء الآية 65 .

(6) سورة النساء الآية 135 .

(7) سورة المائدة الآية 42 .

ثانياً، مشروعية القضاء من السنة النبوية الشريفة .

كما وردت عن النبي صلى الله عليه وسلم أحاديث كثيرة، تدلّ كلّها على مشروعية القضاء ورفعته مكانته، ووردت في المقابل أحاديث أخرى تنص على النهي عنه وكرهه توكّيه، ومن الأحاديث التي تدلّ على مشروعية القضاء :

ما رُوِيَ عن عمر بن العاص رضي الله عنه أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول: {إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر} (1).

وقال صلى الله عليه وسلم: {إن أحبّ الناس إلى الله يوم القيامة، وأدناهم منه مجلساً، إمام عادل، وأبغض الناس إلى الله، وأبعدهم منه مجلساً إمام جائر} (2).

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: {سبعة يظلهم الله تعالى في ظله يوم لا ظل إلا ظله: إمام عادل...} (3).

وقال عليه الصلاة والسلام: {إنّ المقسطين عند الله على منابر من نورٍ على يمين الرحمن عز وجل، الذين يعدلون في حكمهم وأهليهم وما ولّوا} (4).

وإضافة إلى كل ذلك، فلقد تولّى النبي عليه الصلاة والسلام القضاء والحكم بين الناس، فلقد روى ابن عباس رضي الله عنهما، أنه عليه الصلاة والسلام قضى باليمين على المدعى عليه (5)، وأنه صلى الله عليه وسلم قضى بيمين وشاهد (6).

ولقد ولّى النبي صلى الله عليه وسلم، كبار الصحابة رضوان الله عليهم على القضاء، كعمر بن الخطاب، وعليّ ابن أبي طالب (1)، ومعاذ بن جبل (2).

(1) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الاعتصام، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، أنظر صحيح البخاري، إدارة الطباعة المنيرية، مصر ، دت دط 193/9 ، وأخرجه مسلم في صحيحه - كتاب الأفضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد ، أنظر النووي ، صحيح مسلم بشرح النووي- طبعة 1403-1983 ، دار الفكر، 2/12 .

(2) أخرجه الترمذي في سننه - كتاب الأحكام، باب ما جاء في الإمام العادل ، وقال: حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه، أنظر سنن الترمذي- دار إحياء التراث العربي ، بيروت، طبعة 1995/1415 ، 617/3 .

(3) أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب الزكاة، باب الصدقة باليمين ، أنظر صحيح البخاري، المرجع نفسه 226/2 .

(4) أخرجه مسلم في صحيحه - كتاب الإمارة، باب فضيلة الأمير العادل ، أنظر النووي ، المرجع نفسه 211/12 .

(5) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأفضية باب اليمين على المدعى عليه، أنظر النووي، المرجع نفسه ، 2/12 .

(6) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأفضية باب وجوب الحكم بيمين وشاهد، أنظر النووي، المرجع نفسه 4/12 .

هذا ومن الأحاديث التي تدل على التحذير من القضاء وكرهه توليه، قوله عليه الصلاة والسلام: {ما من حَكَمٍ يحكم بين الناس إلا جاء يوم القيامة ومَلَكٌ آخِذٌ بِقَفَاهُ، ثم يرفع رأسه إلى السماء، فإن قال ألقه، ألقاه في مهوأة أربعين خريفاً} (3).
وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {من ولي القضاء، أو جعل قاضياً بين الناس فقد ذبح بغير سكين} (4).

ثالثاً، مشروعية القضاء من آثار الصحابة والتابعين .

لقد أثر عن الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم، ما يؤكد مشروعية القضاء، فلقد تولاه الخلفاء الراشدون الأربعة، ومن بعدهم أئمة المسلمين والتابعين وتابعيهم (5)، كما بعث عمر

(1) عن علي رضي الله عنه قال: بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن قاضياً، فقلت: يا رسول الله تعني وأنا شاب أقضي بينهم، ولا أدري ما القضاء، قال: فضرب بيده في صدري ثم قال {اللهم اهد قلبه وثبت لسانه}، قال: فما شككت بعد في قضاء بين اثنين، أخرجه ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب ذكر القضاة، أنظر سنن ابن ماجه - تحقيق محمد عبد الباقي، دار الفكر بيروت، دت، دط، 774/2.

(2) عن معاذ بن جبل رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعثه إلى اليمن قاضياً، قال: {كيف تقضي}؟ فقال أقضي بما في كتاب الله، قال: {فإن لم يكن في كتاب الله}؟ قال: فبسنة رسول الله، قال: {فإن لم يكن في سنة رسول الله}؟ قال: أجتهد رأيي، قال: {الحمد لله الذي وفق رسول الله} أخرجه الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، أنظر سنن الترمذي 616/3.

(3) أخرجه ابن ماجه - أبواب الأحكام، باب التغليظ في الحيف والرشوة، أنظر سنن ابن ماجه 775/2، وأخرجه الدارقطني بلفظ: {ما من حكم يحكم بين الناس إلا بيعت يوم القيامة، وملك آخذ بقفاه حتى يوقفه على شفير جهنم، ثم يلتفت إلى الله مغضباً، فإن قال ألقه ألقاه في المهوى أربعين خريفاً} أنظر سنن الدارقطني بذيله التعليق المعني على الدارقطني لأبي الطيب محمد آبادي، عالم الكتب، الطبعة الرابعة 1986/1406، 205/4.

(4) أخرجه الترمذي - كتاب الأحكام، باب ما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في القضاء، وقال حسن غريب من هذا الوجه، ورواه ابن ماجه في سننه بلفظ (من جعل بين الناس قاضياً، فقد ذبح بغير سكين) أبواب الأحكام، باب ذكر القضاة، أنظر سنن ابن ماجه - المرجع نفسه 774/2، وقال صاحب المستدرک: حديث صحيح الإسناد، انظر المحاكم النيسابوري - المستدرک على الصحيحين بذيله التلخيص للذهبي - دار الكتاب العربي، بيروت دت، دط، 91/4.

(5) ابن أبي الدم - أدب القضاء، تحقيق محمد مصطفى الزحيلي دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية 1402 / 1982 .
. 25-24/1

رضي الله عنه أبا موسى الأشعري إلى البصرة قاضياً، وبعث له رسالته الشهيرة في القضاء⁽¹⁾، وبعث كعب بن سوار، وشريحاً على قضاء البصرة والكوفة⁽²⁾.
وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال "لأن أفضي يوماً وأوافق فيه الحق والعدل أحب إلي من غزو سنة أو قال مائة يوم"⁽³⁾.
كما تقلد بعض الصحابة القضاء في خلافة معاوية، وتقلده بعض التابعين كأبي بردة بن أبي موسى، وسعيد بن جبير في زمن الحجاج بن يوسف⁽⁴⁾.

وفي المقابل فلقد امتنع عن القضاء الإمام أبو حنيفة رحمه الله، لما دعاه المنصور إلى ذلك ثلاث مرات، وكان كل مرة يُضرب بالسوط ثلاثين ضربة، كما دُعي صاحبه محمداً للقضاء فأبى، حتى قيّد وحُبِسَ فاضطر لقبوله⁽⁵⁾، كما امتنع الشافعي رحمه الله عن القضاء عندما دعاه المأمون⁽⁶⁾.

رابعاً، مشروعية القضاء من الإجماع.

لقد أجمع فقهاء الأمة على مشروعية نصب القضاء⁽⁷⁾، وعلى ضرورته لكل مجتمع فبدونه لا تستقيم شؤون الحياة ولا يستتب الاستقرار.

(1) أخرجه الدارقطني في سننه 4/ 206 .

(2) أخرجه البيهقي - السنن الكبرى ، دار الفكر دت دط، كتاب آداب القاضي 87/10، وقال الألباني رجاله ثقات، غير أنه منقطع، أنظر محمد ناصر الدين الألباني - إرواء الغليل في تخریج أحاديث منار السبيل ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الثانية 1985/1405 ، 229/8 .

(3) البيهقي - السنن الكبرى ، كتاب آداب القاضي 89/10 .

(4) الزيلعي - نصب الرأية لأحاديث الهداية ، دار الحديث القاهرة ، دت ، دط 70/4 .

(5) ابن أبي الدم - أدب القضاء 26/1-28 ، ابن عابدين - حاشية رد المحتار على الدر المختار 382/5 ، الشيخ نظام ومجموعة من علماء الهند - الفتاوى الهندية 310/3 .

(6) محمد الخطيب الشربيني - مغني المحتاج 373/4 .

(7) ابن فرحون - تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام ، خرّج أحاديثه وعلّق عليه وكتب حواشيه الشيخ جمال مرعشلي ، دار عالم الكتاب - الرياض، طبعة 2004 / 1423 ، 12/1 ، وانظر الشيرازي - المهذب في فقه الإمام الشافعي - دار الفكر دت ، دط 304/2 .

ثامناً، مشروعية القضاء من المعقول.

إنّ الإنسان كائن اجتماعي بفطرته التي فطره عليها الله عزّ وجل، وحاجة الناس لبعضهم البعض تدفعهم للاجتماع والتعاون على جلب المنافع ودرء المضار عنهم، غير أنّ نزعة الغلبة والاعتداء على حقوق الآخرين وحبّ التملك، كل ذلك يدفع لحدوث نزاعات وخصومات بينهم، فكان لزاماً لاستقرار النظام الاجتماعي والمعاملات، واستتباب الأمن، الفصل في هذه النزاعات والخصومات وإزالة الضغينة من النفوس بإعطاء كل ذي حقّ حقه، ولا يكون ذلك إلاّ بالقضاء العادل بين الناس وفقاً لشرعية الإسلام⁽¹⁾.

كما أنّ القضاء بين الناس أمر بالمعروف ونهي عن المنكر مصداقاً لقوله تعالى: ﴿الْأَمْرُ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّهْيُ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾⁽²⁾، فهو يرفع الفتنة بين الناس ويحول دون بغي بعضهم على بعض⁽³⁾، كما أنّ عادات وأعراف جميع الأمم كلّها درجت على إقامة القضاء، ونصّت عليه كل الشرائع⁽⁴⁾، فالقضاء من أقوى الفرائض وأشرف العبادات بعد الإيمان بالله عزّ وجل، ومن دونه ينتشر الظلم والفساد، فيه ينصف المظلوم، وتردّ الحقوق لأهلها، كما أنّ المراد به نيابة الله ورسوله صلى الله عليه وسلم⁽⁵⁾.

وخلص في الأخير إلى أنّ الآيات الكريمة، والأحاديث النبوية الشريفة، وآثار الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم، كلّها تدل على مشروعية القضاء، وعلى ضرورته لقيام النظام والعدل في المجتمع، وإعطاء الحقوق لأهلها واستقرار المعاملات.

(1) محمد نعيم ياسين - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النفائس، الأردن، طبعة 1999، 58/1، محمد حمد الفراية - نظام القضاء في الإسلام ص 49.

(2) سورة التوبة الآية 112.

(3) ابن فرحون - تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام 10/1.

(4) إسماعيل بدوي - مقال بعنوان: فصول في القضاء، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، السنة الرابعة العدد الثامن 1987/1407، ص 88.

(5) قاسم القنوي - أنيس الفقهاء في التعريفات المتداولة بين الفقهاء، تحقيق أحمد بن عبد الرحمن الكبيسي، دار الوفاء للطباعة والنشر، السعودية، الطبعة الثانية، 1407هـ/1987م، ص 228، وأنظر سليم رستم باز اللباني - شرح مجلة الأحكام العدلية، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة 1405هـ/1985م، 1162/2.

وأما ما ورد من أحاديث وآثار على كراهة تولي القضاء، فإنها تُحمَل على من يقحم نفسه فيه دون أن تتوفر فيه الشروط اللازمة لذلك، وتُحمَل كذلك على الاحتراز من الظلم والجور عند الحكم بين الناس، قال تعالى ﴿وَأَمَّا الْقَنَسِطُونَ فَكَانُوا لِجَهَنَّمَ حَطَبًا﴾⁽¹⁾، وقال صلى الله عليه وسلم: {القضاة ثلاثة، قاضيان في النار وقاضٍ في الجنة: رجل قضى بغير الحق فعلم ذلك فذاك في النار، وقاضٍ لا يعلم فأهلك حقوق الناس فهو في النار، وقاضٍ قضى بالحق فذلك في الجنة}⁽²⁾، وقال عليه الصلاة والسلام: {إن الله مع القاضي ما لم يجبر، فإذا جار تخلى عنه ولزّمه الشيطان}⁽³⁾.

ويقول ابن فرحون⁽⁴⁾ في ذلك: "واعلم أن كل ما جاء من الأحاديث التي فيها تخويف ووعيد، فإنما هي في حق قضاة الجور العلماء، أو الجهّال الذين يُدخلون أنفسهم في هذا المنصب بغير علم ففي هذين الصنفين جاء الوعيد"⁽⁵⁾.

وعليه فإنه يتوجّب على كلّ من يتوق لتولي القضاء، رغبة في تحصيل فائدة دنيوية زائلة، كالمكسب المادي، أو سموّ المنصب ورفعة المكانة، الحذر من ذلك كلّهُ، لأن فيه هلاكه

(1) سورة الجن الآية 15 .

(2) أخرجه الترمذي - أبواب الأحكام ، باب ما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في القاضي ، انظر سنن الترمذي 613/3 ، وصحّحه الألبان، انظر محمد ناصر الدين الألبان - إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ، 235/8 ، وقال الحاكم حديث صحيح الإسناد، انظر الحاكم النيسابوري - المستدرک على الصحيحين 90/4 .

(3) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الأحكام، باب ما جاء في الإمام العادل ، وقال حديث حسن غريب، انظر سنن الترمذي 618/3 .

(4) هو إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون برهان الدين العمري، عالم وباحث جليل، ولد ومات في المدينة المنورة، ذو أصل مغربي، وكان من شيوخ المالكية ، تولى قضاء المدينة سنة 793 هجرية ، من مصنفاته (الديباج المذهب)، و(تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام)، و(طبقات علماء المغرب) أنظر الزركلي - الأعلام ، دار العلم للملايين ، بيروت ، الطبعة السابعة 1986 ، 52/1 .

(5) ابن فرحون - تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام 11/1 .

وخسرانه، فلا يصح أن يتقدم له إلا من كان أهلا له، قاصداً إرضاء الله عز وجل في المقام الأول، بالسعي إلى إحقاق الحق وإبطال ما سواه⁽¹⁾.

غير أنه لا يجب التشديد في كراهية تولي القضاء حتى يظن الناس أن من تولاه قد هلك، فذلك خطأ كبير يجب تصحيحه، إذ أن من تولاه بشروطه اللازمة، وحكم بين الناس بالعدل، فلقد أقام شريعة الله في أرضه، وكان له بذلك من الرفعة والشرف ما أباح رسول الله صلى الله عليه وسلم الحسد عليه⁽²⁾، إذ قال عليه الصلاة والسلام {لا حسد إلا في الثنتين، رجل آتاه الله مالا فسلطه علىهلكته في الحق، ورجل آتاه الله حكمة فهو يقضي بها ويعلمها}⁽³⁾.

البند الثاني، حكم القضاء.

القضاء فرض كفاية⁽⁴⁾ على الصالحين له القادرين عليه⁽⁵⁾، فإن امتنعوا كلهم أموا، إلا أنه قد يكون واجبا أو مندوبا أو مكروها أو حراما، حسب ما يأتي:

فيكون واجبا على من يصلح للقضاء ولا يوجد غيره، فهذا يحرم عليه الامتناع إذا طلب منه، ويكون مستحبا إذا وجد غيره ممن يصلح للقضاء لكنه كان أصلح منه، وهذا يُندب له فعله خيرا من تركه، ويكون مخيرا إذا ساواه غيره في الصلاحية، فيأثمون إذا امتنعوا جميعهم،

(1) محمود عايش متولي - ضمانات العدالة في القضاء الإسلامي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 2003/1424 بيروت ص 9 .

(2) ابن فرحون - تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام 10/1 .

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب أجر من قضى بالحكمة لقوله تعالى: ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فولئك هم الفاسقون﴾، أنظر صحيح البخاري 112/9 .

(4) ابن عابدين - حاشية رد المحتار على الدر المختار 368/5، السمرقندي - تحفة الفقهاء 169/3، علي الصعيدي - حاشية العنوي 310/2، محمد الخطيب الشربيني - مغني المحتاج 372/4، علاء الدين المرادوي - الإنصاف 154/11، الشيرازي - المهذب 289/2.

(5) القضاء فرض لما سبق ذكره من الآيات الكريمة، وهو على الكفاية لأنه أمر بالمعروف ونهي عن المنكر، انظر نصر محمد واصل - السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، مصر المكتبة التوفيقية، الطبعة الثانية 1982/1403، ص

ويكون مكروهاً إذا وُجد من يصلح للقضاء أفضل منه، ويكون حراماً على من علم أنه عاجز عن القضاء والإنصاف والعدل، وهذا يجب عليه الامتناع⁽¹⁾.

الفرع الثالث: شروط تولي القضاء.

البند الأول: شروط القاضي في الفقه الإسلامي.

والشروط الواجب توفرها في القاضي، هي العقل والبلوغ والإسلام والعدالة والحرية، وأن يكون سمياً بصيراً ناطقاً⁽²⁾، لأن الأصم لا يسمع الخصوم، والأعمى لا يفرق بين المدعي والمدعى عليه، والأخرس لا يمكنه النطق بالحكم، أما سلامة باقي أعضاء الجسم فليست واجبة إنما مستحبة، فيجوز تولي المقعد الذي لا يمشي، أو من قطعت أطرافه أو كان أعرجاً⁽³⁾.

ولقد خالف الحنفية جمهور الفقهاء، فأجازوا تولية الكافر ليحكم بين أهل الذمة، واحتجوا بقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَرَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ

بَعْضٍ﴾⁽⁴⁾، كما أجازوا تولي الفاسق، لأنه لو اعتُبر شرط العدالة لانسد باب القضاء كما قالوا، أما الذي طُبِق عليه الحد في القذف فلا يجوز توليته القضاء لأنه لا تقبل شهادته⁽⁵⁾، أما جمهور الفقهاء فقالوا باسئراط العدالة في القاضي لأن وظيفته تتضمن النظر على اليتامى والأوقاف، والفاسق لا يؤمن على ذلك، كما أن الفاسق مردود الشهادة فأولى أن لا يتولى القضاء بين الناس⁽⁶⁾.

(1) الشيخ نظام- الفتاوى الهندية 3/306، ابن أبي الدم - أدب القضاء 31/1.

(2) ابن عابدين- حاشية رد المحتار على الدر المختار 354/5-356، علي الصعيدي - حاشية العدوي 310/2-311، أحمد الصاوي- بلفة السالك 305، الشريبي- مغني المحتاج 376/4، الشوزاي - المهذب 290/2، المرادوي- الإنصاف 200/11، وأنظر مرفق الدين وشمس الدين بن قدامي المقدسي- المغني وبلية الشرح الكبير، دار الكتاب العربي بيروت، طبعة 1983/1403، 380/11.

(3) نصر محمد واصل- السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام ص137، وأنظر محمود الشريبي- القضاء في الإسلام، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الثانية 1999، ص 31.

(4) سورة المائدة الآية 51.

(5) ابن عابدين- حاشية رد المحتار على الدر المختار 354/5.

(6) أنظر نفس المراجع الفقهية السابقة، وأنظر محمود عايش متولي - ضمانات العدالة في القضاء الإسلامي ص 11.

كما قال الجمهور بأن المرأة لا تكون قاضياً، لقوله صلى الله عليه وسلم حين علم أن ابنة كسرى هي التي خلفته في الحكم: {لن يفلح قوم ولّوا أمرهم امرأة} (1)، ولقد أخرج الإمام النسائي رحمه الله هذا الحديث في كتاب آداب القضاة، تحت باب النهي عن استعمال النساء في الحكم، وقال الإمام الصنعاني (2) أن في هذا الحديث دليلاً على عدم جواز تولية المرأة شيئاً من الأحكام العامة بين المسلمين، كما أنه من الواجب على القاضي مجالسة العلماء والفقهاء والشهود والخصوم، وذلك يُمنع على المرأة خشية الفتنة، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين من بعده لم يولّوا جميعهم المرأة على القضاء، إلا أن الحنفية (3)، قالوا بجواز تولي المرأة القضاء في غير الحدود والقصاص لأنه تجوز شهادتها فيما دون ذلك.

كما اشترط الفقهاء أن يكون القاضي فطناً، فيعلم ما يرد به الصحيح فاسداً وما يرد به الفاسد صحيحاً، وأن يكون بعيداً عن السهو والغلط (4)، فلا يُخدع بأقوال الخصوم، وأن يكون له من الفراسة ما يفهم به مراد المتخاصمين (5).

كما يجب أن يكون فقيهاً مجتهداً (6)، فيعرف من الكتاب والسنة عام الأحكام وخاصتها، والناسخ والمنسوخ منها، ويعرف من السنة المتواتر، والمتصل والمرسل، وأخبار الآحاد، وحال الرواة من حيث القوة أو الضعف، ويكون متمكناً من اللغة العربية، ويعرف أقوال الصحابة ومن بعدهم إجماعاً واختلافاً وقياساً (1).

(1) أخرجه النسائي في سننه، كتاب آداب القضاة، باب النهي عن استعمال النساء في الحكم، أنظر سنن النسائي بشرح السيوطي - دار الكتاب العربي، بيروت دت دط، 227/8.

(2) الصنعاني - سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، تحقيق إبراهيم عصر، دار الحديث، مصر دت دط، ص 146.

(3) المرغيناني - الهداية شرح بداية المبتدي، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1990/1410، 118/3.

(4) علي الصمدي - حاشية العدوي 310/2، ابن فرحون - تبصرة الحكام 21/1.

(5) محمود الشريفي - القضاء في الإسلام ص 31.

(6) ابن عابدين - حاشية رد المحتار على الدر المختار 354/5-356، علي الصمدي - حاشية العدوي 310/2-311، أحمد الصاوي - بلغة السالك 305/2، الشريفي - مغني المحتاج 376/4، الشيرازي - المهذب 290/2، موقوف الدين وعلم الدين بن قدامي المقدسي - المغني وعلوه الشرح 380/11، المرادوي - الإنصاف 200/11.

غير أن اجتماع كل هذه الشروط أمر نادر خاصة في زماننا، لذلك أجاز الفقهاء تولية المقلد القضاء، لمنع تعطل الأحكام وحدوث الفتن والتراعات بين الناس⁽²⁾.
هذا وبالإضافة إلى كل الشروط السابق ذكرها، فإنه لا يكون قضاء القاضي واجب التنفيذ و ملزماً للخصوم، إلا إذا تم تنصيبه وتوليته من طرف الإمام أو الحاكم العام للدولة، ذلك أنه صاحب الحق الأصلي في القضاء لكنه ينيب غيره ليتولاه مكانه⁽³⁾.

البند الثاني: شروط القاضي في القانون.

يُعَيّن القضاء في الجزائر من بين خريجي المدرسة العليا للقضاء⁽⁴⁾، ويشترط للالتحاق بهذه المدرسة إجراء مسابقة وطنية تشمل اختبارات كتابية للقبول الأولي واختبارات للقبول النهائي⁽⁵⁾.

(1) الشيخ نظام -الفتاوى الهندية 311/3 ، ابن عبد البر القرطبي - الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الكتب العلمية ، بيروت الطبعة الثانية 1413/1992 م ص497 ، الشريبي-مفني المحتاج 376/4 .

(2) السمرقندي - تحفة الفقهاء 370/3 ، ابن فرحون- تبصرة الحكام 22/1 .

(3) ابن فرحون- المرجع نفسه 22/1-23 ، وأنظر نصر محمد واصل-السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام ص117 .

(4) تم تحويل المعهد الوطني للقضاء إلى مدرسة عليا للقضاء بموجب المادة 1/35 من القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 21 رجب عام 1425 الموافق 6 سبتمبر سنة 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء ، والتي تلتخص مهمتها في التكوين القاعدي للطلبة القضاء ، والتكوين المستمر للقضاة العاملين، وذلك تحت وصاية وزير العدل .

(5) ويشترط في المترشح لهذه المسابقة :

- أن لا يتجاوز سنه 35 سنة عند تاريخ إجراء المسابقة.

- حيازة شهادة بكالوريا التعليم الثانوي وثمانية سداسيات من التعليم العالمي المتوج بشهادة ليسانس في الحقوق على الأقل أو شهادة تعادها .

- إثبات الوضعية القانونية تجاه الخدمة الوطنية .

- استيفاء شروط الكفاءة البدنية والعقلية لممارسة الوظيفة .

- التمتع بالحقوق المدنية والوطنية وحسن الخلق .

وهو ما نصت عليه المادة 28 من المرسوم التنفيذي رقم 05-303 مؤرخ في 15 رجب عام 1426 الموافق 20 غشت سنة 2005 ، يتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء ويحدد كفايات سيرها وشروط الالتحاق بها ونظام الدراسة فيها وحقوق الطلبة القضاء وواجبهم ، الجريدة الرسمية عدد 58 لسنة 2005 .

و الشروط الواجب توفرها في القاضي هي:

أولاً- شرط الجنسية: فيشترط أن يكون القاضي حاملاً الجنسية الجزائرية أصلياً كانت أو مكتسبة وفقاً للمادة 37 من القانون الأساسي للقضاء، غير أنه يجوز قبول المترشحين الأجانب بناءً على قرار من وزير العدل بعد استشارة وزير الخارجية⁽¹⁾.

ثانياً- الذكورة: يشترط لتولي منصب القضاء شرط الذكورة وفقاً لما هو معمول به في المملكة العربية السعودية⁽²⁾، غير أن هذا الشرط غير معتبر به عندنا في الجزائر.

ثالثاً- الإسلام: كما يجب أن يدين القاضي الذي يحكم بين المسلمين بدينهم، ولقد قضت في هذا الشأن محكمة الإسكندرية الابتدائية في الدعوى رقم 42 لسنة 1967 بأنه: "إذا صدر الحكم من قاضٍ غير مسلم في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية إذا كان أحد المتخاصمين مسلماً فإن هذا الحكم يكون باطلاً يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة قانوناً لأن القواعد القانونية المعمول بها في مصر تركت أمر الفصل في التراع في الأحوال الشخصية للمسلمين إلى من يعتقد دينهم من القضاة وينتسب إليه، ولأن الإجماع منعقد بين فقهاء المسلمين لأن القضاء من باب الولاية ولا ولاية لغير المسلم على المسلم شرعاً"⁽³⁾.

والمشرع الجزائري لم ينص على هذا الشرط، وربما يعود ذلك إلى أن أغلبية سكان الجزائر تدين بالإسلام، غير أنه كان من الواجب النص عليه، خاصة وأنه سمح لمكتسبي الجنسية الجزائرية وللأجانب-الذين قد يدينون بغير الإسلام- بتولي القضاء كما مرّ سابقاً .
رابعاً- القدرة والكفاءة البدنية والعقلية: بأن يكون عاقلاً، سليم الحواس (متكلماً سميحاً بصيراً) ليتمكن من أداء وظيفته على أكمل وجه⁽⁴⁾.

(1) المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 05-303 ، المتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء .

(2) نبيل إسماعيل عمر- أصول المرافعات الشرعية وعلم القضاء في المملكة العربية السعودية ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، طبعة 1993 ص 55 وما بعدها .

(3) انظر محمود الشريبي - القضاء في الإسلام ص 19 .

(4) المادة 4/28 من المرسوم التنفيذي رقم 05-303 ، المتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء ، وانظر نبيل إسماعيل عمر- المرجع نفسه ص 55 وما بعدها .

خامساً- السن: يشترط في المترشح لمسابقة القضاء، أن لا تتجاوز سنه خمساً وثلاثين (35) سنة يوم إجراء المسابقة⁽¹⁾.

سادساً- حسن السيرة والسلوك: من أهم الشروط الواجب توفرها في المترشح لدخول المدرسة العليا للقضاء أن يكون حسن الخلق، وغير مسبوق في جريمة من الجرائم التي تؤدي إلى حرمانه من حقوقه المدنية والوطنية⁽²⁾، كما يجب على القاضي بعد تنصيبه في مهامه أن يلتزم بسلوك يحفظ شرف المهنة، ويتجنب الشبهات وكل ما يضر بحياده واستقلالته⁽³⁾.

ويشترط حسن السيرة والسلوك في القاضي للاستمرار في وظيفته كذلك، إذ يتم توقيفه في حال ارتكابه جريمة من جرائم القانون العام، ويتم عزله من وظيفته نهائياً إذا هو ارتكب جنابة أو حبس من أجل جنحة عمدية⁽⁴⁾.

سابعاً- المؤهل العلمي: يشترط في القاضي أن يكون حاملاً لشهادة المدرسة العليا للقضاء، والتي يتحصّل عليها بعد ثلاث سنوات من التكوين القاعدي⁽⁵⁾، ويشترط للالتحاق بهذه المدرسة أن يكون المترشح قد تابع ثمانية سداسيات من التعليم العالي المتوج بشهادة ليسانس في الحقوق

(1) المادة 1/28 من المرسوم التنفيذي رقم 05-303، المتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء، وتنص المادة 37/أ من نظام القضاء السعودي على اشتراط سن اثنين وعشرين سنة (22) كحد أدنى لتولي منصب القضاء، انظر نبيل إسماعيل عمر- أصول المرافعات الشرعية وعلم القضاء في المملكة العربية السعودية ص 55 وما بعدها.

(2) المادة 5/28 من المرسوم التنفيذي رقم 05-303، المتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء.

(3) المادة 7 و 23 من القانون العضوي رقم 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

(4) المادة 63 و 65 من القانون العضوي رقم 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، وتنص المادة 37/ب من نظام القضاء السعودي: أن يكون القاضي حسن السيرة والسلوك، فلا يكون مسبوقاً في جريمة ماسة بالأخلاق، أو تم فصله من وظيفة عامة، انظر نبيل إسماعيل عمر- المرجع نفسه ص 55 وما بعدها.

(5) والذي يتضمن محاضرات وأعمالاً موجهة، وحلقات دراسية، وتمثيل جلسات، و تداريب على مستوى الجهات

القضائية، وكذا رحلات دراسية، وعند نهاية الثلاث سنوات يجتاز الطلبة الناجحون اختبارات كتابية واختباراً شفاهياً، كما يناقشون مذكرة نهاية التكوين وفي حال النجاح يحصل الطالب على شهادة المدرسة العليا للقضاء، المواد 32، 33 و 35 من المرسوم التنفيذي رقم 05-303، المتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء.

على الأقل أو شهادة تعادلها⁽¹⁾، كما يمكن وبصفة استثنائية تعيين مستشاري المحكمة العليا ومجلس الدولة من بين:

- حاملي دكتوراه الدولة بدرجة أستاذ التعليم العالي في الحقوق، أو في الشريعة والقانون، أو العلوم المالية أو الاقتصادية أو التجارية، والذين مارسوا فعليا عشر (10) سنوات في الاختصاصات ذات الصلة بالميدان القضائي.

- المحامين المعتمدين لدى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، الذين مارسوا فعليا لمدة عشر (10) سنوات على الأقل بهذه الصفة⁽²⁾.

أمّا نظام القضاء السعودي فيُشترط فيه أن يكون المرشح للقضاء من الحاصلين على مؤهل علمي من كليات الشريعة، كما يمكن أن يتولّى القضاء كذلك من كان معروفاً ومشتهراً بين الناس بعلمه⁽³⁾.

ثامناً-التنصيب: ينصبّ القضاة بموجب مرسوم رئاسي بعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء، وبناء على اقتراح من وزير العدل، كما يُلزمون قبل تعيينهم وتولّي وظائفهم بأداء اليمين⁽⁴⁾، كما يتم تعيين القاضي في السعودية بأمر ملكي بناءً على قرار من المجلس الأعلى للقضاء⁽⁵⁾.

(1) المادة 38 من القانون الأساسي للقضاء و المادة 2/28 من المرسوم التنفيذي رقم 05-303 ، المتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء .

(2) المادة 41 من القانون الأساسي للقضاء .

(3) نبيل إسماعيل عمر - أصول المرافعات الشرعية وعلم القضاء في المملكة العربية السعودية ، ص 55 وما بعدها .

(4) يلزم القضاة بأداء اليمين الآن نصّها : بسم الله الرحمن الرحيم

" أقسم بالله العلي العظيم أن أقرم مهمتي بعناية وإخلاص ، وأن أحكم وفقاً لمبادئ الشرعية والمساواة وأن أكرم سر المداولات ، وأن أسلك في كل الظروف سلوك القاضي العريه والوفى لمبادئ العدالة بوالله على ما أقول شهيد "

وذلك أمام المجلس القضائي الذي عيّن القاضي في دائرة اختصاصه بالنسبة إلى قضاة النظام القضائي العادي ، وأمام المحكمة الإدارية بالنسبة إلى قضاة النظام القضائي الإداري ، المادة 3 و 4 من القانون الأساسي للقضاء .

(5) نبيل إسماعيل عمر - المرجع نفسه ص 55 وما بعدها .

المطلب الثاني، السلطة التقديرية للقاضي.

وهو مصطلح قانوني حديث يعبر عن السلطة الممنوحة للقاضي عند تطبيقه لقاعدة قانونية مرنة، بحيث يكون له وحده تقدير الوقائع وتقرير الحكم المناسب لها، فيعتبر ذلك من المسائل الموضوعية التي يستقل بها لوحده، ولا يكون في هذا الصدد للمحكمة العليا (محكمة النقض في مصر) رقابة على هذه السلطة التقديرية⁽¹⁾.

غير أن هذه السلطة ليست حرة أو مطلقة، إذ أن القاضي وإن كان يستمدّها من القاعدة القانونية، إلا أن القاعدة القانونية نفسها هي التي تبيّن حدودها التي لا يجوز له تحطّيتها، كما أنه يجب على القاضي من جهة أخرى أن يبيّن العناصر التي استمد منها تقديره، بحيث تكون هذه العناصر مستمدة من الوقائع والأدلة والمستندات المقدمة بين يديه⁽²⁾، كما أن حكمه يكون خاضعا في جميع الأحوال للقواعد العامة في الطعن، إذ يمكن استئنافه أمام الجهة القضائية الأعلى، أو الطعن فيه بالنقض⁽³⁾.

الفروع الأولى، السلطة التقديرية للقاضي في القانون.

البند الأول، السلطة التقديرية للقاضي المدني.

وتتكلم عن السلطة التقديرية للقاضي المدني عندما يعطي له المشرع حرية الاختيار بين أحد وجهي الحكم، وفقاً لظروف كل دعوى ينظرها، فعادة ما تتضمن القوانين عبارات مثل: «للقاضي»، أو «يجوز للقاضي»، أو «عند الاقتضاء»، أو «حسب ظروف الأحوال»⁽⁴⁾. ومن الأمثلة على ذلك ما نصّت عليه المادة 119 من القانون المدني الجزائري، حيث يكون للقاضي أن يعطي للمدين أجلاً للوفاء بالالتزام، بدل فسخ العقد مباشرة، كما أن المادة 128

(1) أحمد هلاي - قضاء النقض والتميز في المواد المدنية والتجارية في التشريعين المصري والكويتي، مكتبة الفلاح، الكويت طبعة 1986، ص 218.

(2) قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 50548 الصادر في 1989/06/26، المحلة القضائية لسنة 1990 عدد 3 ص 154.

(3) سمير عبد السيد تناغو - النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 1984 ص 56، وأنظر يوسف دلاندة - الوجيز في ضمانات المحاكمة العادلة، دار هومة، الجزائر، طبعة 2005، ص 65.

(4) أحمد هلاي - المرجع نفسه ص 218.

من نفس القانون قد أعطت للقاضي حق تقدير التعويض للمتضرر من فعل شخص كان في حالة الدفاع الشرعي، إذا كان دفاعه قد تجاوز القدر الضروري، فالقاضي هو الوحيد المعني بتقدير مدى تجاوز القدر الضروري للدفاع الشرعي وبالتالي يقرر التعويض للمتضرر من عدمه.

البند الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الجزائري.

وتظهر السلطة التقديرية للقاضي الجزائري عندما تحدّد القاعدة القانونية حدّين أو أكثر للعقوبة، فيكون للقاضي وفقاً لتقديره الخاص الأخذ بأحدها دون الآخر، وإن كان من الواجب المساواة بين الجميع أمام القضاء، بحيث يعاقب كل الأشخاص -ودون استثناء- بنفس العقوبة إذا هم ارتكبوا نفس الجريمة، إلا أن مبدأ العدالة يتطلّب النظر في الظروف والملابسات التي رافقت وسبقت ارتكاب الجريمة، من حيث شخص الجاني إذا كان ذا سوابق عدلية أم لا، ومن حيث الظروف والضغوط التي تعرّض لها، ومن حيث الأضرار التي تسبّب فيها، فكلّ ذلك يختلف من جريمة لأخرى باختلاف الأشخاص والوقائع، فكان لزاماً وفقاً لذلك تقدير عقوبات مختلفة على نفس الجريمة، وهنا تظهر سلطة القاضي التقديرية في الحكم بأحد حدود العقوبة الذي تبيّن القاعدة القانونية⁽¹⁾.

فالقاضي الجزائري وفقاً لسلطته التقديرية ملزم بالتوفيق بين مختلف المبادئ التي يريد المشرّع إقرارها مثل مبدأ شرعية الجريمة، ومبدأ المساواة أمام القضاء⁽²⁾.

ومن الأمثلة على سلطة القاضي التقديرية في قانون العقوبات الجزائري:

ما نصّت عليه المادة 331 منه، بحيث أعطت للقاضي حق تقدير الحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات، وغرامة من خمسمائة (500) إلى خمسة آلاف (5000) دينار، على كلّ من امتنع

(1) خيري أحمد الكباش - الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ، رسالة دكتوراه نوقشت سنة 2001 بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية ص 536 .

(2) وهو ما أوصت به مختلف المؤتمرات العلمية الدولية، كما نصّت على وجوب ضبط هذه السلطة بضوابط تكمل الرقابة عليه ، وتحول دون تمسّفه في استعمالها ، وهو ما أوصى به مؤتمر أثينا الدولي السابع للتشريع العقابي لسنة 1957 ، ومؤتمر برشلونة الدولي الثامن للتشريع العقابي لسنة 1981 ، انظر خيري أحمد الكباش - المرجع نفسه ص 541 .

عن تقديم النفقة المحكوم بها قضاءً لإعالة أسرته أو زوجته، فالقاضي هنا يقتدر العقوبة المناسبة وفقاً لظروف المدين بالنفقة⁽¹⁾.

كما نصّت المادة 316 منه، على عقوبة ترك طفل والتخلّي عنه، وهي الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة، فيعود للقاضي تقدير العقوبة المناسبة، ومن جهة أخرى فإنّ تقدير وسائل الإثبات كالإقرار مثلاً، يعود لسلطة القاضي وحده ولا تملك المحكمة العليا حق الرقابة عليه في ذلك⁽²⁾، كما لا تملك الرقابة عليه إذا تعلّق الأمر بتقدير محاضر الشرطة التي تعتبر محاضراً استدلالية⁽³⁾.

الفروع الثاني، ملحة القاضي التقديرية في الشريعة الإسلامية

إنّ تولّي منصب القضاء في الشريعة الإسلامية يقوم على أساس شخصي يتوفّر في القاضي نفسه، وذلك من خلال الشروط الواجب أن يشتمل عليها، وخاصة شرط الاجتهاد. فالقاضي وإن كان ملزماً بالحكم بكتاب الله وسنة رسوله عليه الصلاة والسلام، إلّا أنه في المقابل يُشترط فيه الاجتهاد، نظراً لقلة القواعد وعموميتها⁽⁴⁾، ولأنّ: "الحوادث ممدودة والنصوص معدودة فلا تجد في كل حادثة نصاً يفصل به الحكم، فيحتاج إلى استخراج المعنى من المنصوص عليه ليثبت مثل حكمه في غير المنصوص عليه"⁽⁵⁾. فالإسلام فرض إقامة العدل بين الناس لكّنه ترك وسائل تحقيق ذلك للمسلمين⁽⁶⁾، وفقاً لما يتحقّق مصالحهم في كلّ زمان ومكان بشرط ألا يتعارض ذلك مع الشرع .

(1) إبراهيم الشباسي-الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري ، دار الكتاب اللبناني بيروت، ص 374 .

(2) قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 29342 ، غير منشور . أنظر يوسف دلاندة - الوجيز في ضمانات المحاكمة العادلة ص 65 .

(3) قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 34185 الصادر في 07-01-1986 نشرة القضاة العدد 44 ص 111 .

(4) وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر ، دمشق ، الطبعة الثانية 1985/1405 ، 747/6 ، وأنظر

سليمان الطماوي- السلطات الثلاث، دار الفكر العربي، الطبعة السادسة 1996/1416 ، ص 432 .

(5) شرح أدب القضاء للحصاف- شرحه الإمام عمر بن عبد العزيز وحققه الشيخان أبو الوفاء الأقفاني ، وأبو بكر محمد

الهاشمي ، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1994/1414 ، ص 4 .

(6) محمد حمد الغرابية - نظام القضاء في الإسلام ص 69

ولكن هل يعني ذلك أن القاضي في الشريعة الإسلامية يمتلك سلطة تقديرية؟ خاصة وأنه ملزم بأن يردّ اجتهاده إلى الله ورسوله، لقوله تعالى ﴿فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾⁽¹⁾.

والحقيقة أن مفهوم السلطة التقديرية للقاضي وإن كان مصطلحاً حديثاً، إلا أن هناك ما يقابله في الفقه الإسلامي، ويظهر ذلك جلياً في مجال تطبيق العقوبات، ونقصد بذلك تفويض القاضي في التعزير⁽²⁾، فالتعزير يكون في الجرائم التي لم يرد نص من الكتاب أو السنة في كيفية العقاب عليها، فيكون للقاضي تعزير كل من ارتكب معصية لا حد فيها ولا كفارة، وهنا يظهر الفرق بين الحد والتعزير، فالأول تكون عقوبته محددة مسبقاً من الشارع، أما الثاني فيكون تقدير العقوبة فيه مفوضاً للقاضي⁽³⁾، فالتفويض هو ترك تقدير العقاب في الجرائم التعزيرية إلى القاضي⁽⁴⁾.

(1) سورة النساء الآية 59 .

(2) التعزير هو تأديب دون الحد، وأصله العزر وهو المنع ، أنظر علي بن محمد الجرجاني - التعريفات ص 76 ، كما لا يختص التعزير بنوع معين بل يجتهد القاضي في تقدير نوعه ومقداره كالحبس أو الجلد ، أنظر ابن تيمية - الفتاوى الكبرى ومعه كتاب الإختيارات العلمية في إختيارات بن تيمية ، لعلاء الدين بن عباس البعلبي ، دار المعرفة ، بيروت، دت ، دط . 480/4 .

(3) على أنّ القاضي براعي في ذلك ظروف الجريمة والمحرم على حدّ السواء، فإن كانت الجريمة المرتكبة من جنس الجريمة التي تستوجب الحد فإن القاضي يشدّد العقوبة التعزيرية إلى أقصى درجة، وإلا فإنه يكتفي بما يوافق الجريمة فقط، كما ينظر لأحوال المحرم فبعض الناس يجرح بالعقوبة اليسيرة، والبعض الآخر يجب التشديد في تعزيره ، انظر عبد العزيز عامر - التعزير في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي ، مصر، الطبعة الرابعة 1969 ص 83 ، وبالتالي أمكننا أن نلخص الفروق بين الحد والتعزير في ما يأتي : أولاً أنّ التعزير غير محدد في شكله أو مقداره، بخلاف الحدّ الذي قدره الشارع الحكيم ، ثانياً : أن التعزير يختلف باختلاف الفاعل أو الجاني ، بعكس الحدود التي لا تتغير مهما كان مرتكبها ، ثالثاً: كما يختلف التعزير أيضاً باختلاف الضحية أما الحدود فلا تتغير أبداً، رابعاً: و يختلف التعزير كذلك باختلاف مقدار الجريمة، أما الحد فلا يتغير، فمن سرق القليل قُطعت يده إذا بلغ النصاب كمن سرق الكثير ، خامساً: يقام التعزير ولو مع وجود شبهة بعكس الحدود، سادساً تختلف وسائل التعزير من زمان إلى زمان ومن مكان إلى آخر، سابعاً: التعزير يجوز فيه العفو والشفاعة ولو بعد رفع الأمر للحاكم بعكس الحدود، أنظر ناصر علي ناصر الخليمي - الظروف المشدّدة والمخفّفة في عقوبة التعزير في الفقه الإسلامي ، مطبعة المدني، مصر ، الطبعة الأولى 1992/1419 ، ص 96-97 .

(4) أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح - النظام العقابي الإسلامي، دار التعاون للطبع والنشر ، طبعة 1986 ص 471 .

وإذا نظرنا إلى الجرائم التي حدّد لها الشارع عقوبات مقدّرة في الكتاب أو السنة، لوحدنا أنّها تقتصر على الجرائم التي تستوجب تطبيق الحدود أو القصاص على مرتكبيها فقط⁽¹⁾، مما يفتح المجال واسعا أمام القاضي الذي يمتلك بموجب هذا التفويض سلطة تقديرية واسعة تتيح له حرية تقدير العقوبة المناسبة فيما دون ذلك.

المبحث الثاني: مفهوم الولاية على المال.

وفيه نتطرّق لتعريف الولاية على المال مع بيان أسبابها (المطلب الأول)، كما نتناول فيه ترتيب الأولياء وشروطهم وكيفية انتهاء ولايتهم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف الولاية على المال وبيان أسبابها.

الفرع الأول: تعريف الولاية على المال.

الولاية لغةً مُشتقة من الوَلَّى، ويعني القُرب، فيقال تباعد بعد وُلِّي، أي بعد قُرب، واجلس مما يلي أي يُقارِبني، ووَلَّى الشيء وعليه: مَلَّك أمره، ووَلَّى فلانا وعليه: نَصَره وأحَبّه، وولاية البلد: التسلُّط عليه، ومنه الوالي أو السلطان، فالولاية بكسر الواو، والولاية بفتحها إنما يقصد بها القدرة والسلطة والإمارة، والولي هو الناصر، وهو ضد العدو، وهو الجار والحليف كذلك⁽²⁾.

وعليه فإن المعنى اللغوي للولاية يدور حول معنى القرب والنصرة والقراة والتحالف، كما يعني في جانب منه السلطة والإمارة.

(1) محمد أبو زهرة - الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي دار الفكر العربي، القاهرة، دت، دط ص 175 .

(2) أنظر مادة "ولي" في المراجع الآتية: - محمد بن أبي بكر الرازي - مختار الصحاح ص 736 ،

- مجموعة من المؤلفين - المعجم الوسيط، دار الفكر، سوريا دت. دط 1057/2،

- ابن منظور - لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، طبعة محققة، دت 4920/6.

- أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا - معجم مقاييس اللغة 146/6.

البند الأول: التعريف الفقهى للولاية على المال.

لم أفلح في الحصول على تعريف خاص بالولاية على المال عند الفقهاء القدامى، فالحنفية مثلاً يعرفون الولاية بأنها: « تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى »⁽¹⁾. وهذا التعريف-بالإضافة إلى أنه عام ولا يخص الولاية المالية- قد تعرّض لعدة انتقادات⁽²⁾، منه أنه قاصر على الولاية المتعدية دون ولاية الشخص الذاتية على نفسه وماله، وعلى الولاية الإجبارية دون الاختيارية.

كما أن المالكية يعرفون الولاية بالقول أن: « المراد بالولي إذا أطلق ولي المرأة... وكذا ولي الزوج إذا كان رقيقاً أو محجوراً »⁽³⁾، وقال ابن عرفة أن: « الولي من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام »⁽⁴⁾.

وهذان التعريفان يخصان ولاية التزويج فقط، دون الولاية المالية، كما أنهما لا يتناولان سوى الولاية المتعدية دون الولاية الذاتية.

هذا وبالمقابل فلقد وردت عدة تعريفات للولاية على المال عند الفقهاء المعاصرين إذ عرفوه بأنها:

« السلطة التي يملك بها الولي التصرفات والعقود التي تتعلق بمال المولى عليه من البيع والشراء والإحارة والرهن... »⁽⁵⁾.

(1) ابن عابدين- حاشية رد المحتار على الدر المختار 55/3.

(2) انظر في الموضوع عبد السلام الرفعي- الولاية على المال وتطبيقهما في المذهب المالكي، إفريقيا الشرق، الدار البيضاء، طبعة 1996، ص 19، وانظر كذلك بدران أبو العينين- الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، دت. دط 450.

(3) محمد بن أحمد بن ميارة الفاسي- شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام، دار الفكر، بيروت، دت. دط، 1/161.

(4) محمد بن يونس الكافي- إحكام الأحكام على تحفة الحكام، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثالثة 1981، ص 78.

(5) محمد مصطفى شلي- أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب الأربعة والمذهب الجعفري والقانون دار النهضة، بيروت، الطبعة الثانية، 1977/1397، ص 779.

أو أنها: «تمثل في المحافظة على المال وتنميته واستثماره والتصرف فيه وإدارته، بما يعود على المولى عليه ومجموع الأمة بالربح والفائدة»⁽¹⁾.

أو هي: «تدبير شؤون القاصر المالية من استثمار وتصرف وحفظ وإنفاق»⁽²⁾.

ويلاحظ هنا تركيز التعريفات الفقهية على أن الولاية على المال هي القدرة أو السلطة الشرعية التي يكون للولي بموجبها حق التصرف وإنشاء العقود المالية للقاصر.

البند الثاني: التعريف القانوني للولاية على المال.

بينما يعرف رجال القانون الولاية بأنها: «منح سلطة لشخص معين لأن يجري التصرفات القانونية لا لحساب نفسه ولكن لحساب المشمول بولايته ونيابة عنه»⁽³⁾.

أو هي: «قدرة أو سلطة قانونية لشخص معين في مباشرة التصرفات القانونية باسم والحساب غيره من عديمي الأهلية أو ناقصيها، أو كاملها ممن تقوم بهم بعض موانعها، وبما ينتج آثارها في حقهم»⁽⁴⁾.

أو هي: «سلطة شخص معين في مباشرة التصرفات باسم والحساب الأصيل من الأشخاص عديمي أو ناقصي الأهلية»⁽⁵⁾.

(1) أحمد فراج حسين- المدخل للفقه الإسلامي، تاريخ الفقه الإسلامي، الملكية ونظرية العقد، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، طبعة 2001، ص 245.

(2) عبد الكريم زيدان- المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم -مؤسسة الرسالة بيروت الطبعة الثانية- 1415هـ/1994 . 316/10

(3) محمد حسنين- الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، طبعة 1985 ص 97.

(4) حسن كيرة- المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة 1974 ص 596.

(5) توفيق حسن فرج- المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، الدار الجامعية، الطبعة الثالثة 1993 ص 586.

والعامل المشترك بين التعريفات القانونية، أنها ركزت على كون الولاية على المال نيابةً للولي عن المولى عليه في تصرفاته وعقوده المالية، فالتصرفات التي يباشرها الولي تكون نيابة عن المولى عليه، وآثارها تنصرف مباشرة إليه وليس إلى الولي.

البند الثالث، نقد ومقارنة التعريفات.

من خلال عرضنا للتعريفات الفقهية والقانونية يتبين لنا وجود اختلاف في النظر إلى حقيقة الولاية المالية، فالتعريفات القانونية تُبرز أن جوهر الولاية على المال، هو نيابة الولي عن ناقص الأهلية أو عديمها، وحلوله مكانه بقوة القانون أو القضاء، وكأن المولى عليه هو الذي يباشر العقود والتصرفات⁽¹⁾، ذلك أن آثار هذه التصرفات والعقود وإن كان الولي هو الذي ينشئها ويباشرها إلا أنها تنصرف إلى المولى عليه، بينما ركزت التعريفات الفقهية على أن الولاية على المال هي سلطة الحق في التصرف، وقدرة إنشاء العقود المالية التي منحها الشارع للولي للمحافظة على المصالح المالية للقاصر.

فالفقهاء يرون أن الولي يتصرف بإرادته المنفردة بموجب السلطة التي منحها إياه الشارع، بينما يركز رجال القانون على أن تصرفات الولي المالي تكون مبنية على نيابته عن المحجور عليه، هذا ويرى د. عبد السلام الرفعي⁽²⁾، أن الولي عندما يمارس حقه في التصرف وإنشاء العقود المالية الخاصة بالقاصر ومباشرتها، فهو لا يعبر عن إرادته هو، ولا عن إرادة المولى عليه- كما تصوّره التعريفات القانونية- وإنما يعبر عن إرادة المشرع التي أنشأت الحكم الشرعي، وما إرادة الولي إلا كاشفة لهذا الحكم، ولذلك يرى بأن التعبير بلفظ "السلطة" دال على إرادة المشرع أكثر من لفظ "الحلول" أو النيابة، ولذلك عرّف الولاية على المال بأنها: «الصلاحية التي يملكها شخص معين من الشرع أو القانون للتصرف في المصالح المالية لمن تحت ولايته وفق حدود حدّدها الشرع، حفظاً وتنمية لهذه الأموال والحقوق المالية»⁽³⁾.

(1) عبد السلام الرفعي- الولاية على المال وتطبيقاتها في المذهب المالكي ص 29-30.

(2) عبد السلام الرفعي- المرجع نفسه ص 29-30.

(3) عبد السلام الرفعي- المرجع نفسه ص 29-30.

وأرى أن التباين بين التعريفات الفقهية والقانونية ليس جوهريا، إذ أن هناك اتفاقا على مضمون الولاية على المال وجوهرها، ألا وهو حق الولي في إدارة أموال المحجور وتمييتها لصالح هذا الأخير، مع ما يتضمّن ذلك من القدرة على إبرام العقود والتصرفات التي تنصرف آثارها للمولّى عليه مباشرة، والاختلاف إنما يتركز على المصدر الذي تُستمد منه هذه القدرة أو السلطة، فرجال القانون يرون أن الولي يستمدّها من القانون أو القضاء الذي ينيب عن المحجور، بينما الفقهاء يرون أنه يستمدّها مباشرة من الشرع، فلقد أبرز لنا رجال القانون حقيقة الولاية على المال، وهي أنها نيابة الولي عن المولّى عليه، بينما أبرز لنا الفقهاء أثر هذه الولاية ألا وهو القدرة أو السلطة الممنوحة للولي في إنشاء التصرفات والعقود ومباشرتها لصالح القاصر. وعليه أمكننا تعريف الولاية على المال بإبراز حقيقتها، والأثر المترتب عنها في نفس الوقت، وبذلك نعرّفها بما يأتي: هي نيابة الولي المالي عن المحجور عليه في حفظ أمواله وإدارتها وتمييتها بموجب السلطة التي منحه إياها الشرع أو القانون.

الفرض الثاني، أسباب الولاية على المال.

هنالك عدّة أسباب للولاية على المال، فمنها ما يرجع إلى نقص أهلية المولّى عليه أو انعدامها مثل الجنون والصُّغر، وهذه الأسباب محل اتفاق بين المذاهب الفقهية، ومنها ما يتعلّق بحماية مصالح المولّى عليه ومصالح الغير، وهي أسباب تختلف فيها مثل السفه، والغفلة والدين، والزوجية في الزوجة، كما أنّ أسباب الولاية على المال تختلف كذلك من حيث أنّ بعضها يُثبت ولاية كلية أو مطلقة، بينما بعضها الآخر لا يثبت إلا ولاية جزئية على مال المولّى عليه.

ولقد نصّ المشرّع الجزائري في المادة 44 من القانون المدني⁽¹⁾ أنه:

(1) تقابلها المادة 211 من الأمر 03/70 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1424 هـ الموافق 03 فبراير 2004 م، المعدل والمتمم للقانون رقم 57/342 المتضمن مدونة الأسرة المغربية، والمادة 163 من المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر في 17 سبتمبر 1959، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

« يخضع فاقدو الأهلية و ناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية، أو الوصاية أو القوامة، ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون ».

وعليه فإن المعيار المعتمد في إثبات الولاية على المال هو نقص الأهلية أو انعدامها، غير أنه ليس المعيار الوحيد، إذ تثبت الولاية المالية قانوناً على كل من المريض مرض الموت، وكذلك المدين والمفقود، كما تثبت المساعدة القضائية على ذوي العاهات المزوجة، وهو ما سنتعرض له في أوانه.

فلا يوجد اختلاف كبير بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في اعتبار الأسباب الموجبة للولاية على المال، وإنما يكمن الاختلاف في تصنيف هذه الأسباب وتقسيمها، حيث وزيادة على الصغر كسبب موجب للولاية على المال، فإن رجال القانون يقسمون هذه الأسباب إلى ما يسمّى بعوارض الأهلية وكذلك موانع الأهلية، هذا إضافة إلى أسباب أخرى كمرض الموت والمديونية.

البند الأول: الصغر كسبب من أسباب الولاية على المال.

والصغر موجب للولاية المالية باتفاق الفقهاء⁽¹⁾، وينقسم إلى ثلاث مراحل: مرحلة الحمل، ثم مرحلة عدم التمييز، فمرحلة التمييز، والتي يأتي بعدها الرشد، ولقد اختلف الفقهاء في مسألة الولاية على مال الحمل إلى قولين :

القول الأول: وهو عدم الولاية على مال الحمل إلا بعد ولادته حياً، فقالوا أن: " الحمل لا يلي ولا يولى عليه"⁽²⁾.

القول الثاني: وهو أنه مادام يجوز الوصية للحمل فالأولى أن يعين عليه وصي⁽³⁾. والرأي الراجح هنا -والله أعلم- هو إثبات الولاية على الحمل، لأنه كما يستحق الوصية والميراث والوقف، فإن الأولى حفظ هذا المال بتعيين وصي عليه يحفظه ويديره وينميه.

(1) ابن عابدين- حاشية رد المحتار على الدر المختار 147/6 ، أحمد الصاوي- بلغة السالك لأقرب المسالك 128/2 ،

الشريبي- مغني المحتاج 165/2 ، موفق الدين وشمس الدين بن قدامي المقدسي- المغني وبله الشرح الجبير 4/208 .

(2) ابن عابدين- المرجع نفسه 654/6 .

(3) الشريبي- مغني المحتاج 74/3 .

لكن الإشكال الذي يُطرح هنا، هو في حال ما إذا تصّرف الوصي في المال الذي تحت يديه، ثم وُلد الحمل ميتاً، لأنه يشترط ولادته حياً لاستحقاق الوصية⁽¹⁾، وفي حالة ولد ميتاً فإنه يجب إرجاع المال إلى ورثة الموصي، ولذلك فلقد رجّح الأستاذ عبد الأحد ملاً رجب⁽²⁾، الرأي القائل بأن الأفضل هو تعيين وصي على الحمل، لكن لا يكون له من الصلاحيات إلا حفظ المال دون التصّرف فيه، فهو أمين على المال فقط، وذلك لغاية ولادة الحمل حياً، وفي حال ولد ميتاً فإنّ الأمين يعيد المال إلى ورثة الموصي .

وأما في القانون فإنّ الأصل أن لا تثبت الولاية على مال الجنين، إذ أنه ليس له أهلية أداء⁽³⁾، كما أنّ أهلية الوجوب لديه ناقصة، وتتوقف على ولادته حياً، ومع ذلك تثبت له بعض الحقوق كالنسب والإرث والوصية والوقف لأن اكتسابها لا يحتاج إلى قبول منه⁽⁴⁾، وهذا هو موقف المشرّع الجزائري إذ لا نجد نصاً يدلّ على الولاية على مال الحمل، سواء في قانون الأسرة أو في القانون المدني، بينما ذهب أغلبية المشرّعين العرب إلى إثبات الولاية المالية على الحمل⁽⁵⁾، وذلك

(1) يشترط لصحة الوصية أن يكون الحمل موجوداً عند الإيضاء وأن يولد حياً، أنظر الكاساني- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي- بيروت، الطبعة الثانية 1402هـ/1982م، 335/7-336، وأنظر الزيلعي- تبين الحقائق شرح كمر الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، الطبعة الثانية دت 186/6، علي الصعدي - حاشية العدوي 206/2، وأنظر الآبي عبد السمیع- جواهر الإكليل شرح العلامة خليل في مذهب الإمام مالك، دار الفكر بيروت، دت دط 317/2، الشريبي- المرجع نفسه 40/3، موفق الدين وشمس الدين بن قدامي المقدسي- المرجع نفسه 474/6-475.

(2) عبد الأحد ملاً رجب - أحكام اليتيم في الفقه الإسلامي، دار الأطلس للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، طبعة 1413هـ/1992م ص 75.

(3) الأهلية القانونية هي قابلية الإنسان لاستحقاق الحقوق وتحمل الإلتزامات، فإذا كان صالحاً لتكوين الحقوق له أو عليه فهي أهلية وجوب، وإن كان صالحاً لاستعمالها فهي أهلية الأداء، أنظر أحمد زكي بدوي- معجم المصطلحات القانونية، ص 48.

(4) محمد حسنين - الرجز في نظرية الحق ص 56.

(5) المادة 28 و 29 من القانون رقم 119 لسنة 1952 المتضمن قانون الولاية على المال المصري، والمادة 176 و 177 من قانون الأحوال الشخصية السوري، والمادة 237 من مدونة الأسرة المغربية.

بهدف عدم تعطيل المصالح والأرزاق المتعلقة بهذه الأموال، لأن ترك المال مهماً فيه ضرر بمصلحته هو ومصلحة الغير⁽¹⁾.

ولقد سبق أن رجّحت الرأي الفقهي القائل بجواز الولاية المالية على الحمل رعاية لماله، وحفظاً له من الضياع والنهب، وهو ما يجدر بالمشرع الجزائري الأخذ به إقتداء بنظرائه العرب. وأما المرحلة الثانية من الصغر فهي مرحلة عدم التمييز، وتبدأ منذ الولادة إلى غاية بلوغ سن التمييز، ويوصف الصغير في هذه المرحلة بعدم التمييز لعجزه عن تمييز ما يجلب له النفع، مما يجلب له الضرر، وعليه تثبت الولاية على ماله مطلقاً لانعدام أهلية الأداء لديه، وقال الفقهاء أن من لم يبلغ سن السابعة⁽²⁾، تكون كل تصرفاته باطلة، سواء كانت نافعة أو مضرة أو دائرة بين النفع والضرر، وحكمها حكم العدم، كأنها لم تتم أصلاً حتى لو كانت بإذن وليه⁽³⁾.

و تنص المادة 82 من قانون الأسرة الجزائري على أن: « من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقاً للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة ».

و تنص المادة 42 من القانون المدني الجزائري أن سن التمييز هي ستة عشر (16) سنة، قبل أن يتم تعديلها بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، فأصبحت مقدّرة بثلاثة عشر (13) سنة فقط⁽⁴⁾.

وأما المرحلة الثالثة من الصغر فهي مرحلة التمييز⁽⁵⁾، وتبدأ منذ سن التمييز إلى غاية بلوغ الرشد، وتثبت الولاية على مال الصغير في هذه المرحلة ولو أنها ليست مطلقة، إذ تصح منه

(1) مصطفى أحمد الزرقا- المدخل الفقهي العام ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، دار الفكر ، دمشق ، طبعة 1968 .822/2

(2) وهي أدن سن للتمييز، انظر محمد أبو زهرة- الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة ، الطبعة الثالثة ، 1957/1377 ، ص 282 .

(3) الشيخ نظام- الفتاوى الهندية 54/5 ، وانظر عبد الكريم زيدان - المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم 271/10 .
(4) وحددها المشرع المغربي ، (11) سنة بموجب المادة 214 من مدونة الأسرة المغربية، وحددها المشرع المصري ، (07) سنوات فقط .

(5) عرّفت المادة 943 من مجلة الأحكام العدلية الصبي المميّز بأنه: « من يعرف أن البيع سالب والشراء جالب ، ويقصد الربح ويميز بين الفين الفاحش والبسر » .

التصرفات النافعة نفعاً محضاً، ويمنع عليه القيام بالتصرفات الضارة ضرراً محضاً، بينما يتوقف نفاذ تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر على إجازة وليه⁽¹⁾، وتنتهي هذه المرحلة ببلوغ الرشد، ويكون البلوغ عند الغلام والفتاة بالاحتلام أو إنبات شعر العانة، وتزيد الفتاة بالحيض أو الحمل، وإلا فيكون بالسّن، وهي خمسة عشر سنة (15) كاملة⁽²⁾، وقال المالكية أن سنّ البلوغ هي ثمانية عشر (18) سنة للغلام والفتاة⁽³⁾، بينما قال أبو حنيفة رحمه الله بأنّ البلوغ عند الغلام يكون بثمانية عشر (18) سنة، وعند الفتاة بسبعة عشر (17) سنة⁽⁴⁾.

و تنص المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري أن: «من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقاضي»، كما تنص المادة 40 من القانون المدني أن سن الرشد هي (19) سنة كاملة⁽⁵⁾.

وتنتهي الولاية على القاصر ببلوغه رشيداً، دون حاجة إلى حكم من القاضي يرفع الحجر عنه⁽⁶⁾، في حين قال المالكية⁽¹⁾ أنه إذا كان القاصر تحت ولاية وصي أو مقدّم، فإنه يُشترط

(1) ابن عابدين - حاشية رد المختار على الدر المختار 143/6-173، الشيخ نظام - المرجع نفسه 110/5، أحمد الصاوي - بلغة السالك 128/2، محمد عرفة الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، دار الفكر، دت، دط 294/3.

(2) ابن عابدين - حاشية رد المختار على الدر المختار 153/6، الشريبي - معني المحتاج 166/2-167، موفّق الدين وشمس الدين بن قدامي المقدسي - المعنى والشرح الكبير 513/4، الزركشي - شرح الزركشي على مختصر الحرفي، تحقيق وتخريج عبد الله الجبرين، مكتبة العبيكان الرياض، الطبعة الأولى 1993/1413، 95/4.

(3) محمد عرفة الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير 293/3.

(4) ابن عابدين - المرجع نفسه 153/6.

(5) حدّدها كل من المشرّع المغربي بموجب المادة 209 من ملوثة الأسرة، والمشرّع السوري بموجب المادة 162 من قانون الأحوال الشخصية، (18) سنة كاملة، بينما جعلها المشرّع المصري (21) سنة كاملة، بموجب المادة 18 من قانون الولاية على المال.

(6) الكاساني - بدائع الصنائع 171/7، الشريبي - المرجع نفسه 165/2، أبو زكريا النووي - المجموع شرح المهذب دار الفكر، دت، دط 359/13، موفّق الدين وشمس الدين بن قدامي المقدسي - المرجع نفسه 510/4، الزركشي - المرجع نفسه 92/4.

زيادة على بلوغه الرشد، أن يُشهد الوصي أو المقدم على فكّ حجره ورفع الولاية عنه، أما الفتاة فإن الولاية عليها لا تنتهي إلا بدخول زوجها بها أو بشهادة العدول بصلاح حالها. و تنص المادة 1/40 من القانون المدني الجزائري أن: «كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يعجز عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية».

البند الثاني، الولاية على المال بسبب عوارض الأهلية.

وعوارض الأهلية إما تصيب عقل الإنسان فتجعله عديم الأهلية كالجنون والعتة، وإما تصيب حسن تدبيره وتقديره للأمور فتجعله ناقص الأهلية كالسفه والغفلة⁽²⁾، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 81 من قانون الأسرة التي تنص أن: «من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانوناً ولي أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون».

أولاً- الجنون والعتة.

والجنون هو الذي فقد عقله، بحيث لا يستقيم كلامه وأفعاله، أما المعتوه فهو من حصل خلل في عقله بحيث يختلط كلامه، فيشبه بعضه كلام العقلاء وبعضه كلام المجانين⁽³⁾. والفرق بين الجنون والعتة يكمن في أن الجنون يصيب العقل فيؤدي إلى اضطرابه أو زواله، أما العتة فإنه يؤثر على الإدراك، ويكون نتيجة لنقص خلقي أو لمرض طارئ أو بسبب تقدم السن⁽⁴⁾، وعليه تثبت الولاية على مال الجنون والمعتوه سواءً بلغا وهما على هذه الحال، أو كان الجنون والعتة بعد البلوغ.

(1) أحمد الدردير - الشرح الصغير على مختصر أقرب المسالك، مؤسسة العصر الجزائر، طبعة 1992، 138/2، بلعة

السالك 128/2، محمد عرفة الدسوقي-حاشية الدسوقي 298-296/3.

(2) حسن كيرة- المدخل إلى القانون ص 584.

(3) علي بن محمد الجرجاني - التعريفات، ضبطه وفهرسه محمد بن عبد الحكيم القاضي، دار الكتاب اللبناني بيروت،

ودار الكتاب المصري القاهرة، الطبعة الأولى 1991/1411، ص 161-218.

(4) محمد حسنين- الوجيز في نظرية الحق ص 65.

والمشرع الجزائري يُوجب الولاية على مال كل من الجنون والمعتوه لأتقما عديما الأهلية⁽¹⁾، فلقد نص في المادة 85 من قانون الأسرة على أنه: «تعتبر تصرفات الجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه»⁽²⁾، ونص في المادة 101 من نفس القانون كذلك على أن: «من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه».

هذا وتنتهي الولاية على مال كل من الجنون والمعتوه-عند الفقهاء- بمجرد زوال سببها وهو الجنون أو العته، وذلك دون حاجة إلى حكم القاضي بزوال الحجر عليهما⁽³⁾، أما قانونا فلا يزول الحجر إلا بحكم قضائي وفقا لنص المادة 108 من قانون الأسرة التي تنص أنه: «يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه».

ثانيا- السفه والغفلة

السفيه هو الذي يبتر ماله في النفقة ويسرف فيها على غير مقتضى الشرع والعقل⁽⁴⁾، فهو يقصد تبذير أمواله بكامل إرادته، بينما ذو الغفلة فينخدع ويغيب في المعاملات لسذاجته وسلامة قلبه⁽⁵⁾، هذا وقال الفقهاء أنه لا تثبت الولاية على السفيه وذو الغفلة، ولا يحجر عليهما إلا

(1) وهو ما ذهب إليه المشرع السوري بموجب المادة 200 من قانون الأحوال الشخصية، والمشرع المصري بموجب المادة 25 من قانون الولاية على المال، والمشرع المغربي بموجب المادة 217 من مدونة الأسرة المغربية.

(2) استخدم المشرع عبارة (عدم نفاذ) وهو يعني وقف التصرف، والتصرف الموقوف تصرف صحيح لكنه لا يرتب آثاره قبل إحازته، وكان يجب أن يستعمل لفظ البطلان، انظر محمد السعيد جعفر - التصرف الدائر بين النفع والضرر، دار هومة، الجزائر، طبعة 2002، ص 27.

(3) الشيخ نظام- الفتاوى الهندية 54/5، محمد عرفة الدسوقي- حاشية الدسوقي 292/3، الشربيني-مغني المحتاج 166/2، موفق الدين وشمس الدين بن قدامي المقدسي-المغني ويلي الشرح 510/4، الزركشي- شرح الزركشي 92/4.

(4) ابن عابدين-حاشية رد المحتار على الدر المختار 147/6، الشيخ نظام- المرجع نفسه 55/5، أحمد الصاوي- بلغه السالك 128/2، محمد عرفة الدسوقي- المرجع نفسه 292/3.

(5) ابن عابدين- المرجع نفسه 147/6، الشيخ نظام- المرجع نفسه 60/5.

بحكم القاضي، ولا ترفع الولاية عنهما إلا بحكم منه⁽¹⁾، وحالفهم محمد من الحنفية⁽²⁾ فقال
يثبت عليهما الحجر بالسفه والغفلة، ويرفع عنهما إذا صارا مصنحين، كما قال المالكية⁽³⁾ بأنه
إذا ثبت الحجر على السفه بالإشهاد من وليه، فلا يزول إلا بالإشهاد .

وللإشارة فإن الولاية عليهما تشمل جميع أموالهما، بما في ذلك ما يؤول إليهما بعد الحجر،
فلا يكون لهما التصرف ببيع أو شراء أو هبة، أو أي تصرف آخر دون إذن الولي⁽⁴⁾، ولقد
خالف أبو حنيفة⁽⁵⁾ رحمه الله جمهور الفقهاء في عدم جواز الحجر على السفه، وقال أن البالغ
العاقل لا يجوز الحجر عليه إلا في حالات ثلاث هي: الطيب الجاهل، والمفتي الماجن والمكاري
المفلس⁽⁶⁾، والغفلة هنا تخضع لنفس أحكام السفه من حيث إثبات الولاية بسببها عند جمهور
الفقهاء، وعدمه جواز ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله⁽⁷⁾.

ولقد نص المشرع الجزائري على خضوع السفه وذو الغفلة للولاية المالية⁽⁸⁾، بموجب المادة
81 من قانون الأسرة، والتي تنص أنه: « من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون
أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون»، كما نص
بموجب المادة 43 من القانون المدني المعدلة والمتممة بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو

(1) ابن عابدين- المرجع نفسه 152/6 ، الشيخ نظام- المرجع نفسه 55/5-65 ، موفق الدين وشمس الدين بن قدامي

المقدسي- المرجع نفسه 520/4 ، الزركشي- المرجع نفسه 99/4 ، الشريبي- المرجع نفسه 170/2 .

(2) الشيخ نظام- المرجع نفسه 55/5-56 ، وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته 315/10.

(3) محمد عرفة الدسوقي- المرجع نفسه 296/3 .

(4) الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 58/5-62 ، الشريبي- مفتي المحتاج 146/2 .

(5) ابن عابدين- حاشية رد المختار على الدر المختار 147/6 .

(6) وليس المقصود بالحجر هنا المنع من نفاذ التصرف، إنما يقصد منه منع هؤلاء الثلاثة من العمل من باب الأمر بالمعروف
والنهي عن المنكر، لأن الطيب الجاهل يفسد أبدان الناس، والمفتي الماجن يفسد دين المسلمين، والمكاري المفلس يفسد
أموال الناس، فالحجر هنا ليس اصطلاحيا بل هو حجر حسي، أنظر ابن عابدين- المرجع نفسه 147/6 ، وانظر وهبة
الزحيلي- الفقه الإسلامي وأدلته ص450.

(7) وهبة الزحيلي- المرجع نفسه 131/4 .

(8) وهو ما نص عليه المشرع السوري بموجب المادة 2/200 من قانون الأحوال الشخصية السوري، والمشرع المصري في
المادة 65 من قانون الولاية على المال المصري، والمشرع العربي في المادة 213 من مدونة الأسرة المغربية.

2005 أن «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».

والملاحظ في هذه المادة أن المشرع قد اعتبر السفيه وذا الغفلة ناقصي الأهلية، وألحقهما بالصبي المميز، وهما بالتالي يخضعان لنفس الأحكام قانوناً، غير أنه وبالمقارنة مع نص المادة 85 من قانون الأسرة، نجد تناقضاً كبيراً، بحيث اعتبر المشرع السفيه ناقص الأهلية في الأولى وألحقه بالصبي المميز، بينما اعتبره في الثانية عديم الأهلية وألحقه بالمجنون والمعتوه، إذ جاء نصها كما يلي:

«تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه».

ولا يمكننا أن نطبق هنا قاعدة "الخاص يقيد العام" حسب د.علي علي سليمان⁽¹⁾، ذلك أن قانون الأسرة لا يعتبر قانوناً خاصاً بالنسبة للقانون المدني، لأنه لا يلغي الأحكام الواردة فيه، بل يكمله، لأن المشرع أحال في كل منهما على الآخر، كما أنه أورد أحكام الولاية والأهلية متفرقة في كليهما، وعليه فإن اعتبار السفيه عديم الأهلية في قانون الأسرة، بينما اعتباره ناقص الأهلية في القانون المدني أمر يجانب الصواب⁽²⁾، وتناقض يجب إزالته في التعديلات القادمة. والملاحظ في قانون الأسرة الجزائري كذلك إهمال المشرع ذكر ذو الغفلة، وعدم التطرق لأحكامه في باب النيابة الشرعية، وهو نفس الشيء في القانون المدني قبل التعديل الأخير، إذ نصت المادة 43 منه على لفظ "المعتوه" أو "Frappé d'imbécillité" قبل أن يتدارك المشرع الخطأ ويعوضه بلفظ "ذو الغفلة" أو "l'étourdi"⁽³⁾.

(1) علي علي سليمان - ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، طبعة 1992 ص 263.

(2) محمد السعيد جعفر - التصرف الدائر بين النفع والضرر ص 28.

(3) محمد السعيد جعفر - المرجع نفسه ص 29.

البند الثالث، الولاية على المال بصحبه مواع الأهلية،

قد يبلغ الإنسان سن الرشد كامل الأهلية، ويكون بذلك خاليا من العوارض السابق ذكرها، إلا أنه رغم ذلك قد تحصل له مواع تحول دون ممارسته ومباشرته التصرفات والعقود بنفسه، سواء كان المانع طبيعيا، قانونيا أو ماديا، ولذلك وجب أن ينوب عنه من يمثله في مباشرة تصرفاته أو يعينه في مباشرتها⁽¹⁾.

أولا- الغيبة،

والمقصود بالغيبة هنا الفقدان، فالمفقود هو الغائب الذي لا يُعرف موضعه، ولا يُعرف أحي هو أم ميت⁽²⁾، ويحجر القاضي على الغائب، ويبيع ماله لنفقة زوجته وولده، أو لتسديد ديونه⁽³⁾.

ولقد عرّف لنا المشرّع الجزائري الغائب والمفقود في المادة 109 من قانون الأسرة، التي تنص أن: «المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يُعرف مكانه، ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم»⁽⁴⁾، ونصّت المادة 110 من نفس القانون أن: «الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة، مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود».

فالغائب إذا هو كل شخص تعيّب عن غير طواعية منه، ولأسباب قاهرة منعه من الرجوع إلى محل إقامته وإدارة شؤونه بنفسه، أو بوكيل، وتزيد مدة غيابه عن السنة⁽⁵⁾.

(1) حسن كيرة- المدخل إلى القانون ص 591 .

(2) علي بن محمد الجرجاني - التعريفات ص 236 .

(3) محمد عرفة الدسوقي-حاشية الدسوقي 302/3 .

(4) وهو ما نص عليه المشرّع المصري في المادة 74 من قانون الولاية على المال، والمشرّع السوري في المادة 202 من

قانون الأحوال الشخصية السوري .

(5) الغائب بعد مرور مدة سنة فأكثر يأخذ حكم المفقود، وتعيّن له المحكمة مقدما من الأقارب إذا لم يوجد له نائب، انظر

محمد حسنين- الوجيز في نظرية الحق ص 106 .

وبالتالي فإن لفظ "الغيبه" كمانع من موانع الأهلية إنما يقصد به الغائب والمفقود معاً، وذلك لأنّ مناط الولاية على مال كل منهما متوفر، وهو لا يتعلق بأهليتهما لأنها كاملة، ولكن بالضرر الذي يلحق مصالحهما، ومصالح الأشخاص المرتبطين بهما بسبب الغياب، ولذلك يتوجب رفع هذا الضرر عن طريق تعيين نائب أو وكيل عن المفقود والغائب، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 111 من قانون الأسرة⁽¹⁾، إذ نصّت على أنه يجب على القاضي في نفس الحكم الذي يقضي فيه بفقدان الشخص، أن يعيّن له مقدماً من الأقارب أو غيرهم لتسيير أمواله واستلام ما يستحقّه من ميراث، وهذا المقدم يعيّن أيضاً للغائب لأنه يأخذ حكم المفقود وفقاً لنص المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري بعد مرور سنة عن غيابه، وتنتهي مهمة الوكيل عن الغائب أو المفقود، بعودة الغائب أو المفقود حياً، أو بموته الفعلي أو الحكمي، وفقاً لنص المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري .

ثانياً- العاهة المزوجة،

قد يتعدّر على الإنسان بسبب العاهة التعبير عن إرادته بشكل سليم، لذلك يتقرّر له نوع من الولاية المالية أو ما يسمّى بالمساعدة القضائية، ولقد نص المشرع الجزائري على ذلك في المادة 80 من القانون المدني⁽²⁾ والتي تنص أنه:

« إذا كان الشخص أصمّ أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، تعذّر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعيّن له مساعداً قضائياً، يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصنحته...».

ومناط الولاية على مال صاحب العاهة المزوجة، هو تعذّر تعبيره عن إرادته، وليس قصورا في أهليته أو انعدامها، لذلك يعيّن له مساعد قضائي يعاونه في التصرفات القانونية التي يبرمها،

(1) تقابلها المادة 74 من قانون الولاية على المال المصري، والمادة 204 من قانون الأحوال الشخصية السوري .
 (2) تقابلها المادة 70 من قانون الولاية على المال المصري، وأضاف المشرع المصري عاهة أخرى وهي ما أسماه بالعجز الجسماني الشديد، ويقصد به الشلل النصفي، أو ضعف في السمع والبصر ضعفا شديدا لا يبلغ مبلغ الصمم أو العمى، انظر كمال صالح البناء- أحكام الولاية على المال ، يتضمّن التعليق على مواد قانون الولاية على المال ، عالم الكتب ، القاهرة طبعة 1982 ص 63 .

فهما يشتركان في إنشاء وإبرام التصرفات القانونية، وهذا ما أشارت له المادة 80 من القانون المدني الجزائري، بحيث تكون كل التصرفات التي يُبرمها الشخص الذي تقررت مساعدته قابلة للإبطال إذا صدرت منه بدون حضور المساعد القضائي، فهذا الأخير لا يعتبر نائبا عن الشخص صاحب العاهة، إذ لا ينفرد بالتصرفات القانونية لوحده، كما أن المساعدة القضائية تنحصر في التصرفات التي يحددها قرار تعيين المساعد القضائي⁽¹⁾.

ثالثا- العقوبة الجنائية،

عندما يُحكم على شخص ما بعقوبة جنائية، فإنه يُحجر عليه حجراً قانونياً، تبعاً لعقوبة سلبه حريته، فالشخص في هذه الحالة وإن كان يتمتع بأهلية كاملة، إلا أن هذا المانع القانوني لا يخوّله مباشرة شؤونه المالية بنفسه.

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري بموجب المادة 6 من قانون العقوبات⁽²⁾، إذ أثبت على الشخص المحكوم بجناية، عقوبة تبعية تتمثل في الحجر عليه، ومنعه من التصرف في أمواله، وأثبت عليه في المادة 7 من نفس القانون الولاية المالية، إذ نص على أن إدارة أمواله تكون بنفس الطريقة التي تدار بها أموال المحجور قضاء .

مما يعني أن يتولى قيم إدارة أمواله ومباشرة حقوقه المالية إلى غاية انتهاء عقوبته، غير أن سلطة القيم تنحصر في إدارة الأموال دون التصرف فيها⁽³⁾.

البند الرابع، الولاية على المال بسبب محارص أخرى،

ويمكن أن تثبت الولاية المالية على الإنسان مع توافر أهليته الكاملة، وغياب الموانع السابق ذكرها، وبالرغم من ذلك فإنه تُكفّ يده عن أمواله، ويحجر عليه، وذلك حفاظاً على مصالح الغير ممن يُخشى أن يُضّر بهم، ومثال ذلك حالة المريض مرض الموت، وكذلك المدين.

(1) محمد حسنين- الوجيز في نظرية الحق ص70 .

(2) من الأمر رقم 156-66 الصادر في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات

الجزائري ، و تقابلها المادة 25 من قانون العقوبات المصري .

(3) محمد حسنين- الوجيز في نظرية الحق ص72.

أولاً- مرض الموت: "هو المرض الذي ينشأ الموت عنه عادة"⁽¹⁾، أو هو المرض الذي يجعل صاحبه عاجزاً عن ممارسة أعماله المعتادة سواء الرجل أو المرأة، ويكون متصلًا بالوفاة⁽²⁾.

ولأن هذا المرض يعتبر كإندثار بحدوث الموت، فإنه يحجر على صاحبه، وتثبت عليه الولاية المالية حماية لورثته، غير أن هذه الولاية ليست مطلقة، إذ يكون له التصرف فيما دون الثلث كما شاء، وما زاد على الثلث فإنه يتوقف على إجازة الورثة⁽³⁾، وذلك قياساً على الوصية، ولقد نصّ المشرع الجزائري على ذلك في المادة 204 من قانون الأسرة التي تنص أن: «الهبة في مرض الموت، الأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية».

وتنص المادة 185 من نفس القانون أنه: «تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة»، كما لا يجوز للمريض مرض الموت البيع لأحد الورثة دون موافقة البقية، وهو ما نصت المادة 408 من القانون المدني الجزائري: «إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة».

ثانياً- الحدين، وتثبت الولاية على المدين الذي استغرقت الديون جميع أمواله، أو زادت عليها- ويسمى في هذه الحالة مفلساً-حفاظاً على أموال الدائنين وحقوقهم ومنعاً للإضرار بهم، وذلك لا يكون إلاّ بحكم من القاضي بعد طلب غرمائه⁽⁴⁾، وتثبت الولاية على ماله لصالح غرمائه فلا يكون له التصرف بما يضرهم لتعلق حقهم بماله، فلا يهب أو يتصدق، ولا يقرّ بحق لغريم آخر، ولا يبيع بغير فاحش إلاّ بإجازتهم، وإذا وقع منه ذلك كان باطلاً، غير أن الولاية على ماله لا تشمل إلاّ ماله الموجود في الحال، ولا تثبت بالتالي على ما يكسبه بعد الحجر عليه، وإذا وجد أحد الغرماء ماله بعينه، فهو أحقّ به من باقي الغرماء، كما يكون للقاضي بيع ماله لاستيفاء

(1) محمد عرفة الدسوقي - حاشية الدسوقي 306/3 ، أحمد الصاوي- بلغة السالك 134/2 .

(2) مصطفى أحمد الزرقا- المدخل الفقهي العام 803/2، وهبة الزحيلي - المعق الإسلامى وأدلته 133/4 .

(3) وبأخذ حكمه كذلك المحبوس بقتل أو المحبوس بقطع إذا ثبت عليه ذلك بيّنة أو اعتراف ، محمد عرفة الدسوقي -

حاشية الدسوقي 306/3 ، أحمد الصاوي- بلغة السالك 134/2 .

(4) ابن عابدين - حاشية رد المختار على الدر المختار 148/6 ، الشيخ نظام- الفتاوى الهندية 61/5 ، أحمد الصاوي-

المرجع نفسه 116/2 ، الشريبي-معنى المحتاج 146/2 ، الزركشي - شرح الزركشي 62/4 .

الديون التي في ذمته ويقسم ثمنه على الغرماء حسب حصة كل منهم، ويبدأ ببيع ما يسرع إليه التلّف من المنقولات ثم ما لا يخاف عليه التلّف، ثم العقار⁽¹⁾.

هذا واختلف الفقهاء في رفع الولاية عن المدين، فقال الفريق الأوّل بأنها تنتهي بمجرد قسمة أمواله لزوال سببها، وقال الفريق الثاني لا تنتهي إلاّ بحكم القاضي لأنها ثبتت بحكمه⁽²⁾.

أما في القانون فيجب أن نفرّق بين كون المدين تاجرا أو لا:

فإذا كان تاجرا فإنه يخضع في إشهار إفلاسه والحجز على ممتلكاته وبيعها، لنظام التسوية القضائية أو الإفلاس، وفقا لنصوص القانون التجاري⁽³⁾، ولقد نظم المشرّع الجزائري هذه الأحكام في المواد من 221 إلى 238 من القانون التجاري .

أما إذا لم يكن المدين تاجرا، فإنه يخضع للأحكام المبيّنة في القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية، فتحجز جميع أمواله ولا يكون له التصرف فيها، وتكون كلّها ضامنة للوفاء بالدين⁽⁴⁾، كما تثبت الولاية على ماله لدائنه، فيكون له القيام بكل التصرفات التي من شأنها تخفيف إعساره، وإذا حلّ أجل الدين فإن له أن يوقف كل تصرف يزيد من إعسار مدينه⁽⁵⁾، كما

⁽¹⁾ ابن عابدين - المرجع نفسه 150/6-151 ، الشيخ نظام - المرجع نفسه 62/5 ، أحمد الصاوي - المرجع نفسه 116/2-120 ، الشريبي - المرجع نفسه 146/2-150 ، الزركشي - المرجع نفسه 63/4-66 .

⁽²⁾ وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته 478/10 .

⁽³⁾ أنظر راشد راشد - الأوراق التجارية، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، طبعة 1999 ، ص 221 وما بعدها .

⁽⁴⁾ وذلك ما أشارت له المادة 188 من القانون المدني الجزائري: «أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء دينه» ، كما تنص المادة 349 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري أن: «كل تصرف من المدين في الأموال المحجوز عليها يقع باطلا وعدم الأثر، ولا يجوز للمحجوز عليه أن يوجر الأموال المحجوز عليها بغير إذن المحكمة» .

⁽⁵⁾ المواد 189-190-191 من القانون المدني الجزائري .

يكون للقاضي بيع أمواله بالمزاد العلني لسداد ديونه، وفي حال زادت الديون على أمواله فإنه يتم التوزيع حسب حصة كل دائن⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أنه إضافة إلى كل الأسباب التي سبق ذكرها، فإن الملكية⁽²⁾ أضافوا سببا آخر، بحيث قالوا أنه تثبت الولاية على مال الزوجة لصالح زوجها في التبرع بما يزيد على الثلث من مالها، فيتوقف ذلك على إجازته، أما قانوناً فلا يملك الزوج منع زوجته من التصرف في ثلث مالها أو ما يزيد عن ذلك، بالتبرع أو غيره من التصرفات، فلها كامل الحرية في ذلك، ولقد نصت المادة 40 من القانون المدني الجزائري أن كل من بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه .

المطلب الثالث: ترتيب الأولياء على المال وخروجه وخيضة انتماء ولايته.

الفروع الأول: ترتيب الأولياء على مال القاصر.

البند الأول: ترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي

لقد اختلف الفقهاء في إثبات الولاية و ترتيب الأولياء على مال القاصر، تبعاً لتوفر الولي على شرطين أساسيين، الأول هو وفور الشفقة على القاصر- وذلك يتعلق بدرجة القرابة أساساً- والثاني هو الدراية والقدرة على تسيير أموره المالية⁽³⁾، وسنبرز فيما يلي قول كل مذهب فقهي على حدا:

⁽¹⁾ تنص المادة 371 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري أنه: «تباع الأموال المحجوزة بالمزاد العلني بعد حردها وذلك بالجملة أو التحزنة وفقاً لمصلحة المدين»، وفي حال كانت الديون أكبر قيمة من أموال المدين المحجوزة، فإنه يتم الاتفاق على التوزيع على الدائنين حسب حصة كل منهم وفقاً للمادة 400 من نفس القانون .

⁽²⁾ محمد عرفة الدسوقي - حاشية الدسوقي 307/3 ، أحمد الصاوي- بلغة السالك 135/2 .

⁽³⁾ عبد السلام الرفعي- الولاية على المال ص 227 .

أولاً- العنفة: يكون حق الولاية على مال القاصر للأب ابتداءً، ثم لوصيه فوصي وصيه، ثم للجد ووصيه، فووصي وصيه، ثم للقاضي ووصيه، على أنهم لا يثبتون الولاية للأب لعدم قدرتها وخيرتها بالأمور المالية⁽¹⁾.

وعليه يكون الأب أحقّ الناس بالولاية على مال ابنه لأنه أكثرهم شفقة عليه، وتنقل الولاية بعده مباشرة لوصيه، حتى لو وُجد الجد، فيقدّم الوصي عليه، لأنه يجب احترام إرادة الأب ولو بعد وفاته، حتى لو كان الجد أكثر شفقة من الوصي، ثم يأتي الجد بعد الوصي، وقبل القاضي لأنه أجنبي عن الصغير، ثم القاضي لأنه ولي من لا ولي له، ولا يجوز لغير هؤلاء، كالأخ والعم الولاية على مال الصغير، إلاّ عن طريق الوصاية من الأب أو الجد أو باختيار من القاضي⁽²⁾.

ثانياً- المالكية: وتكون الولاية على مال الصغير عند المالكية، للأب أولاً ثم لوصيه، ثم للقاضي ثم وصيه⁽³⁾، فالمالكية بخلاف الأحناف لا يثبتون الولاية للجد مطلقاً، وبالتالي فلا ولاية لوصيه كذلك، إذ بعد الأب ووصيه تنتقل الولاية مباشرة للقاضي، كما لا تكون الولاية لباقي العصباء كالأخ والعم إلاّ عن طريق وصية الأب أو وصيه.

كما انفرد المالكية بإثبات الولاية المالية للحاضن والكافل، إذا جرى بذلك عرف⁽⁴⁾ بين الناس، وذلك لأنّ العادة في المجتمعات الريفية خاصة، أن الناس لا يوصون على أولادهم لافتراضهم أن

(1) ابن عابدين - حاشية رد المختار على الدر المختار 174/6 ، وانظر الكاساني - بدائع الصنائع 155/5.

(2) محمد مصطفى شلي - أحكام الأسرة في الإسلام ص 780-784.

(3) محمد عرفة الدسوقي - حاشية الدسوقي 293/3.

(4) العرف " هو ما استقرت عليه النفوس بشهادة العقول ، وتلقته الطباع بالقبول، وهو حجة"، انظر زكريا بن محمد الأنصاري - الحدود الأنيفة والتعريفات الدقيقة، حقق نصه وقدم له د. مازن المبارك - دار الفكر المعاصر، بيروت لسان، الطبعة الأولى 1991/1411، ص 72 ، أو هو " ما تعارفه الناس وساروا عليه ، من قول أو فعل، أو ترك ويسمى العادة " انظر عبد الوهاب خلاف - علم أصول الفقه، الزهراء للنشر والتوزيع - الجزائر، الطبعة الأولى 1990 ص 89 ، ويجب مراعاة العرف من المتهجد ومن القاضي على حدّ السواء مادام لا يخالف الشرع ، ولقد راعى الشارع الحكيم عرف العرب عندما شرط الكفاءة في الزواج ، وعندما اعتر التعصيب في الميراث والولاية ، ولقد بنى الإمام مالك رحمه الله الكثير من الأحكام على عمل أهل المدينة ، وأبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله اختلفوا في بناء الأحكام لاختلاف أعرافهم ، والشافعي رحمه الله له مذهبان قدم وحديد لأنه عندما حل بمصر أعاد انظر في كثير من الأحكام التي ذهب إليها وهو في بغداد ، ومن الأحكام المبنية على العرف عند الحنفية ، جواز وقف المنقول إذا جرى بذلك عرف ، وتحديد المقدم-

الأقارب سيقومون برعايتهم، فتثبت الولاية المالية للكافل والحاضن عملاً بالعرف⁽¹⁾، كما لا يثبت المالكية الولاية المالية للأم، بل لها الحضانة فقط، غير أنهم أجازوا لها أن تكون وصية على أولادها، كما أن الولاية تكون بعد القاضي لكافة المسلمين⁽²⁾.

ثالثاً - الشافعية: الولاية على مال الصغير عند الشافعية، تكون للأب ثم الجد، ثم وصي الأب ثم وصي الجد، لأن الشافعي رحمه الله يترى الجد منزلة الأب⁽³⁾، وعليه تنتقل الولاية المالية بعد الأب، للجد ولو مع وجود وصي الأب - وذلك عكس الحنفية الذين يقدمون وصي الأب على الجد - لأن الجد أوفر شفقة من الوصي، وأما ولاية الأم على مال الصغير ففيها قولان:

الأول: وقال به أبو سعيد الإصطخري⁽⁴⁾، ومفاده جواز ولاية الأم على مال ولدها لأنها أحد الوالدين.

الثاني: وهو الأصح من مذهب الشافعية، ومفاده أنه لا تكون لها الولاية، بل تنتقل مباشرة للسلطان (القاضي)⁽⁵⁾.

وأجاز الشافعية في حالة الضرورة لغير الولي التصرف في مال الصغير، كمن كان عنده قاصر وهو ليس بوصيه، وخاف ضياع ماله فجاز له التصرف فيه، والصرف عليه منه، كما

والموخّر بين الزوجين إذا اختلفا يكون وفقاً للعرف كذلك، ومن القواعد الفقهية المشتهرة قولهم: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، أنظر عبد الوهاب خلافاً - المرجع نفسه ص 90، ولقد وضع العلامة ابن فرحون باباً كاملاً في الحالات التي يستوجب على القاضي الحكم فيها بالعرف وفصلها بإسهاب، أنظر ابن فرحون - تبصرة الحكام في أصول القضاها ومناهج الأحكام 67/2.

(1) أحمد الصاوي - بلغة السالك 131/2، وأنظر عبد السلام الرفعي - الولاية على المال 223-224.

(2) محمد عرفة الدسوقي - المرجع نفسه 293/3.

(3) الشربيني - معنى المحتاج 173/2.

(4) هو أبو سعيد الحسين بن أحمد الإصطخري، كان هو وابن سريج شيوخاً الشافعية ببغداد، وصنّف كتباً كثيرة منها "أدب القضاء" كان زاهداً، وتولّى القضاء في عهد المقتدر، ولد سنة أربع وأربعين ومائتين وتوفي سنة ثمان وعشرين وثلاثمائة ببغداد، انظر - عبد الرحيم الأسنوي، طبقات الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى

1407هـ/1987م 34/2.

(5) أبو زكريا النووي - المجموع شرح المهذب 346/13.

تنتقل الولاية عندهم إلى كافة المسلمين، إذا لم يوجد الأولياء السابق ذكرهم، ولم يوجد سوى حاكم فاسق أو غير أمين⁽¹⁾.

رابعا- العداولة. تكون الولاية على مال الصغير عندهم للأب ثم وصيته ثم الحاكم (القاضي) لأنه ولي من لا ولي له، ثم لمن يعينه الحاكم أو القاضي على مال الصغير⁽²⁾، ذلك أنهم مثل المالكية لا يُثبتون الولاية المالية للجد على مال الصغير، إذ تنتقل الولاية مباشرة بعد الأب إلى وصيته، ثم للقاضي أو من ينيبه.

فلقد اتفق الفقهاء إذاً على أن الأب هو أول المستحقين للولاية على مال ابنه، وذلك لأنه يتوفر على شرط الشفقة من جهة، وعلى شرط القدرة على إدارة أموال القاصر حفظاً وتنميةً من جهة أخرى، وإن كانت الأم أكثر شفقة على ابنها -ولذلك أحاز بعض الفقهاء ولايتها- إلا أن عدم قدرتها ودرابنتها بكيفية حفظ وتنمية الأموال، جعل الأب أحقّ منها في ولاية مال ابنه، ويرى د. عبد السلام الرفعي، جواز ولاية الأم، لأن الفقهاء أجازوا وصايتها على مال أولادها من جهة، ومن جهة ثانية أن ظروف المرأة قد تعيّرت في عصرنا الحالي بحيث أصبح لديها بعض المعارف فيما يخص إدارة الأموال، وإن قيل أنّ منع ولايتها يهدف لحفظ كرامتها وشرفها، فيردّ عليهم بأن: «المرأة بذلت نفسها في الشوارع والأماكن غير المشروعة بدلا يجعل انشغالها بالتجارة وتمير أموال أولادها القاصرين أولى»⁽³⁾.

وأرى أن ولاية الأم جائزة- بالإضافة للأسباب السابق ذكرها- لأنه يمكنها أن توكل أمينا على الأعمال التي لا تستطيع القيام بها، أو التي تتطلب خروجها ومخالطتها للرجال مخافة الفتنة، وقد أحاز الفقهاء⁽⁴⁾ للأعمى أن يوكل فيما يعجز عنه غيره، فكذلك المرأة هنا، كما أنه يمكن

(1) عبد الكريم زيدان- المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم ، 318/10-319.

(2) علاء الدين المرادوي- الإنصاف 323/5 ، موقف الدين وشمس الدين بن قدامى المقدسي- المغني وبله الشرح الكبير . 518/4 .

(3) عبد السلام الرفعي - الولاية على المال ص 253 .

(4) الشريبي- مغني المحتاج 74/3 .

للقاضي عند الضرورة أن يعين مشرفاً عليها لا تتصرف بدون مشاورته، أو يقيم مقدماً من طرفه يعينها فيما تعجز عنه، وبذلك يضمن عدم الإضرار بالقاصر.

البند الثاني: ترتيب الأولياء في القانون:

نصت المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري⁽¹⁾ أنه:

« يكون الأب ولياً على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانوناً، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد».

فالمشرع الجزائري وافق إجماع الفقهاء على كون الأب اول من يستحق الولاية على مال أولاده، لكنه بعد ذلك يرتب الولاية للأم⁽²⁾ بعد الأب مباشرة، كما أعطى الحق في الولاية لمن أسندت له الحضانة بعد الطلاق.

ويبدو أن المشرع قد حرص على أن يعطي للحاضن صلاحيات واسعة، وذلك بحيث جمع في يديه الولاية المالية والحضانة، وهو ما يخدم مصلحة القاصر أكثر، لأن منح الحضانة لشخص والولاية على ماله لآخر من شأنه تعطيل مصالحه.

هذا وبالنظر إلى نص المادة 92 من قانون الأسرة الجزائري⁽³⁾، نجد أن المشرع قد أعطى حق تعيين الوصي لكل من الأب والجد في حالة عدم وجود الأم، وهذا بالرغم من أنه لم يعط للجد

(1) اقتصر المشرع الجزائري في قانون الأسرة على تنظيم أحكام الولاية المالية فقط دون الولاية على النفس، أنظر العونى بن ملحمة - قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى 2005 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ص 205.

(2) ولقد نصت المادة 19 من القانون الملغى رقم 778 لسنة 1957 الذي كان مطبقاً في الفترة الاستعمارية، أن الولاية تكون للأم بعد الأب إذا لم يكن هذا الأخير قد اختار وصياً، وتخضع لنفس الأحكام التي يخضع لها الأب، كما تنص

المادة 47 منه أن في حالة زواجها يقرّر مجلس العائلة - بعد أن يستدعيه القاضي - ما مدى صلاحيتها للاستمرار في الولاية من علمها، وهو حكم مستمد من القانون الفرنسي، أنظر محمد حسنين - الوجيز في نظرية الحق ص 100.

(3) تنص أنه: «أنه يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أمره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية ...».

حق الولاية على مال الصغير في المادة 87، وهو أمر غير مستساغ، فالأصل أن من لا يملك حق الولاية لا يملك الإنابة فيه .

وعليه نستنتج أن ترتيب الأولياء⁽¹⁾ على المال في قانون الأسرة الجزائري يكون كالآتي:
الأب أولاً ثم الأم، ثم وصي الأب ثم وصي الجد، ثم القاضي لأنه ولي من لا ولي له.
والفائدة من ترتيب الأولياء، فائدة عملية إذ يقدم السابق على اللاحق، فلا تكون الولاية للقاضي مع وجود الأب، كما أن تصرفات اللاحق مع وجود السابق تعتبر باطلة لا ينتج عنها أثر⁽²⁾.

الفرع الثاني: شروط الأولياء على مال القاصر.

البند الأول: شروط الأولياء في الفقه الإسلامي.

تتلخص شروط الأولياء على المال فيما يأتي:

أولاً-التكليف: فيشترط فيمن يتولى الولاية المالية كباقي الولايات، أن يكون عاقلاً بالغاً وحرّاً، فلا يجوز أن يتولاها مجنون أو صبي أو عبد⁽³⁾.

ثانياً-الإسلام: لقوله تعالى: ﴿ وَلَنْ نَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ﴾⁽⁴⁾، ولأن الكافر عدو المسلم فلا يؤمن العدو على عدوه، وهذا في حين ذهب الشافعية والحنابلة⁽⁵⁾ إلى

⁽¹⁾ المشرع المصري أخذ بالمذهب الحنفي، إذ نص في المادة الأولى من قانون الولاية على المال، على أن الولاية المالية تكون للأب أولاً ثم وصيه، ثم الجد، أما المشرع السوري فحعل الولاية للأب ثم للجد وأعطاهما حق تعيين الوصي وفقاً للمواد 172 و176، كما أعطى الولاية للحاضن وفقاً للمادة 173 من قانون الأحوال الشخصية السوري، والمشرع المغربي جعل الولاية المالية للأب ثم الأم ثم لوصي الأب والأم، ثم القاضي ومقدمه وفقاً للمادة 231 من ملونة الأسرة المغربية.
⁽²⁾ عبد السلام الرفعي - الولاية على المال ص 227 .

⁽³⁾ الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 516/3-517، الكاساني-بدائع الصنائع 153/5، وأنظر الزرقاني- شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت دت، دط 200/8، المهذب 463/1، موفق الدين وشمس الدين بن قدامي المقدسي - المغني وبله الشرح الكبير 570-569/6 .

⁽⁴⁾ سورة النساء الآية 141 .

⁽⁵⁾ الشريبي- معني المحتاج 173/2، الشيرازي - المهذب 463/1، المرادوي- الإنصاف 324/5 .

القول بجواز ولاية الكافر العدل إذا كان القاصر كافراً، ولكن إذا رُفِعَ الأمر للقاضي فإنه يعيّن مكانه مسلماً للولاية على مال الصغير، لأن الأمانة في المسلمين أقوى منها عند الكفار.

ثالثاً- المحجورة، وهذا الشرط ينطبق على الولي الشرعي خاصةً دون الوصي، إذ يجوز أن تتولى المرأة الوصاية، لما رُوي عن عمر رضي الله عنه أنه أوصى لابنته حفصة⁽¹⁾، فكان دليلاً على جواز الوصاية للنساء .

رابعاً- العدالة⁽²⁾، بأن لا يكون فاسقاً، و يكفي أن يكون الولي أو الوصي مستور الحال، بأن يكون أميناً، فإذا كان فاسقاً أو طراً عليه الفسق بعد تولّيه، عزله القاضي وأقام أميناً بدله، ذلك أن الفاسق متهم بالخيانة.

خامساً- القدرة على إدارة شؤون القاصر (القفاية)، بأن يكون قادراً من الناحية الجسدية، ومن ناحية الكفاءة في إدارة وتسيير الأموال، وقال الفقهاء بجواز تولّي الوصاية من الأعمى لأنه يمكنه التوكيل في الأمور التي لا يقدر عليها، فإذا عجز الولي أو الوصي عجزاً جزئياً يضمّ إليه القاضي من يعينه، أمّا إذا كان العجز مطلقاً فيبدّله بغيره.

وكل هذه الشروط السابق ذكرها تعتبر شروطاً لابتداء الولاية وللإستمرار فيها، فإذا فقد أحدها وجب إمّا الحد من ولاية النائب الشرعي بضمّ غيره إليه كما في حال العجز الجزئي، أو العزل منها وتنصيب وصي جديد كما في حال فقدان شرط العدالة⁽³⁾، كما أنّ هذه الشروط لا

(1) أبو بكر ابن أبي شيبة - الكتاب المصنّف في الأحاديث والآثار، الدار السلفية للطباعة والنشر، الهند، الطبعة الأولى 1981/1402، 162/11 .

(2) هي: " الاستقامة على طريق الحق بالاجتناب عما هو محظور " أنظر علي بن محمد الجرجاني - التعريفات ص 161، أو هي: اجتناب الكبائر كالزنا والسرقه وشرب الخمر والقتل بغير حق، وشهادة الزور، وعدم الإصرار على الصغائر كالكذب وهجر المسلم فوق ثلاث، ومجالسة الفسّاق، أنظر نصر محمد واصل-السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام ص 139 .

(3) أنظر شروط الأولياء والأوصياء في المراجع الآتية : الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 516/3-517، الكاساني-بدائع الصنائع 153/5، الزرقاني- شرح الزرقاني 200/8، الشربيني- معني المحتاج 173/2، الشيرازي-المهذب 463/1، مرفق الدين وشمس الدين بن قدامي المقدسي- المعني ويلىه الشرح الكبير 569/6-570، المرادوي- الإنصاف 324/5

تُعتبر عند إنشاء الولاية ولكن تُعتبر عند نفاذها، فإذا كان الوصي وقت الوصية إليه غير أهل لها، كأن كان عاجزا، ولكنه صار أهلاً لها بعد وفاة الموصي فوصايته صحيحة نافذة⁽¹⁾.

البند الثاني: شروط الأولياء في القانون.

نصّت المادة 93 من قانون الأسرة الجزائري على شروط الوصي وهي: الإسلام والعقل والبلوغ والقدرة والأمانة وحُسن التصرف، وهذه الشروط تنطبق على المقدم كذلك باعتباره خاضعا لنفس الأحكام بموجب المادة 100 من نفس القانون. وإن كان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على الشروط الواجب توفرها في كل من الأب والأم، وهما صاحبا الولاية الشرعية بموجب المادة 87 من قانون الأسرة، غير أنه إذا رجعنا إلى نص المادة 91 من نفس القانون⁽²⁾، لوجدنا أنه ذكر لنا حالات انتهاء الولاية إما بعجز الولي، أو بالحجر عليه، أو بإسقاط الولاية عنه، مما يفيد أنه يجب أن تتوفر فيه القدرة الجسدية والعقلية لإدارة وتسيير أموال المحجور عليه، كما يجب أن تتوفر فيه الأمانة وإلا أسقطت ولايته. وعليه فشروط الولي المالي في القانون هي:

أولا- الأهلية، بأن يكون عاقلاً بالغاً رشيداً، فلا يُعقل أن يتولى أمور القاصر مجنون أو صبي، فمن لا يملك الولاية على ماله أولى أن لا يملكها على غيره، وهو ما صرح به المشرع المصري في المادة الثانية من قانون الولاية على المال التي تنص أنه: «لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو»⁽³⁾.

(1) محمد أبو زهرة- الأحوال الشخصية، ص 483، محمد مصطفى شلي- أحكام الأسرة في الإسلام 801.

(2) تنص أنه «تنتهي وظيفة الولي: 1- بعجزه، 2- بموته، 3- بالحجر عليه، 4- بإسقاط الولاية عنه».

(3) ويشير د. حسن كيرة في هذا السياق إلى أن أهلية كل من الأب والجد على مال القاصر يمكن تجزئتها، بحيث إذا كان الأب والجد أهلاً للولاية على بعض الأمور دون أمور أخرى، فإنه لا يسقط حقهما في الولاية تماماً، بل تبقى الولاية سارية على ما هما أهل لمباشرة، ويعين القاضي وصيا خاصا لمباشرة ما يعجزان عن القيام به، أنظر حسن كيرة - المدخل إلى القانون ص 599.

ثانياً-العقدية⁽¹⁾؛ فلا يكون مؤتمناً على أموال القاصر من كان معروفاً بقلّة أمانته وتبذيره للمال، أو المحكوم عليه في جرائم السرقة وخيانة الأمانة .

ثالثاً-الحيانة، كما يشترط أن يكون الولي على القاصر من نفس ديانته، فلا يلي الكافر على المسلم⁽²⁾، وإن كان د. محمد مصطفى شلي⁽³⁾ يرى أنه لا ينطبق هذا الشرط على القاضي لأن ولايته عامة على كل الرعايا من المسلمين وغيرهم.

رابعاً-القصر على إحارة أموال القاصر(الضمانية)⁽⁴⁾؛ بأن تتوفر لدى النائب الشرعي القدرة الجسدية والعقلية، والمهارة اللازمة لإدارة أموال القاصر وتنميتها، فإذا افتقد لذلك عين القاضي من يساعده فيما عجز عنه أو استبدله بغيره.

خامساً-الملاءة⁽⁵⁾، انفرد المشرع المغربي بهذا الشرط⁽⁶⁾، وإن كان قد جعله جوازياً وخاضعاً لتقدير القاضي، كما أنه يخص الوصي والمقدم فقط، ويبدو أنه أراد بذلك الاحتراز والاحتياط للقاصر في حال تعدي الوصي أو تقصيره في أداء مهامه، ففي هذه الحالة يمكن تعويض القاصر على الضرر الذي أصابه من مال الولي المتسبب فيه، كما أنه من جهة أخرى يُخشى من الشخص الذي لا يملك مالاً أن يصرف مال القاصر لخدمة مصالحه الشخصية، ولذلك اشترط المشرع المصري⁽⁷⁾ أن تكون للوصي وسيلة مشروعة للكسب.

(1) يقصد بالعقدية قانوناً من كان حسن السيرة ومستور الحال وأميناً على حفظ المال، أنظر كمال صالح البنا - أحكام الولاية على المال ص 25 .

(2) وهو ما جاء في نص المادة 93 من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 1/178 من قانون الأحوال الشخصية السوري، وما تنص عليه المادة 7/27 من قانون الولاية على المال المصري بالنسبة للوصي، ولا فرق في ذلك بين الوصي وبين الولي الشرعي أنظر كمال حمدي - الولاية على المال، الأحكام الموضوعية، الإختصاص والإجراءات، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة 1987 ص 37 .

(3) محمد مصطفى شلي - أحكام الأسرة في الإسلام ص 788 .

(4) مفهوم مصطلح الكفاية يعني الأهلية للقيام على شؤون القاصر، وهو ما نص عليه قرار محكمة النقض المصرية، جلسة 1972-03-22، أنظر معوض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة السادسة 1995 1520/3 .

(5) ويقصد بها أن يكون النائب الشرعي غير مفلس .

(6) تنص المادة 2/246 من مدونة الأسرة المغربية على جواز انتراط الملاءة في كل من الوصي و المقدم .

(7) المادة 3/27 من قانون الولاية على المال المصري .

والملاحظ أن مختلف التشريعات العربية قد نصت على هذه الشروط بالنسبة للوصي والمقدم فقط، وإن كانت تشمل الولي الشرعي كذلك، وهو ما نستنتجه من خلال إمكانية وقف ولايته أو الحد منها أو عزله، غير أن القانون اعتبر في الولي الشرعي وفور شفقتة على القاصر، وكذلك ثبوت ولايته بالشرع والقانون، فتساهل معه في هذه الشروط، إذ الأصل صلاحيته للولاية على مال الصغير حتى ثبوت العكس .

الفرع الثالث: انتهاء الولاية على المال.

تقوم الولاية على مال القاصر لنقص أهليته أو إنعدامها، فبمجرد اكتمالها تزول الولاية عليه لزوال سببها بقوة الشرع والقانون، ودون حاجة لحكم القاضي، وهو ما اتفق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية⁽¹⁾، وما نصت عليه التشريعات العربية.

إذ نصّت المادة 86 من قانون الأسرة الجزائري أن: « من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني»، ونصت المادة 40 من القانون المدني أن سن الرشد هي تسعة عشر (19) سنة كاملة، فمن بلغ هذه السن دون أن يحجر عليه، كان كامل الأهلية، وترفع عنه الولاية تلقائيا بقوة القانون .

كما نصت المادة 18 من قانون الولاية على المال المصري أنه: « تنتهي الولاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ما لم تحكم المحكمة قبل هذه السن باستمرار الولاية عليه»، فهذه المادة قرّرت انتهاء الولاية بحكم القانون متى بلغ القاصر رشيدا⁽²⁾، كما قرّرت محكمة النقض المصرية أن نيابة الوصي نيابة قانونية مؤقتة تنتهي ببلوغ القاصر سن الرشد⁽³⁾، ونصت المادة 4/163 من قانون الأحوال الشخصية السوري أنه: « تنتهي الولاية ببلوغ القاصر ثماني عشرة

(1) الكاساني-بدائع الصنائع 170/7 ، محمد عرفة الدسوقي-حاشية الدسوقي 296/3-297 ، الخطاب- مواهب الجليل، دار الفكر ، بيروت، الطبعة الثالثة 1992/1412 ، 64/5 ، الشربيني- معني المحتاج 166/4 ، موفّق الدين وشمس الدين بن قدامي المقدسي-المغني ويليهِ الشرح الكبير 510/4 .
(2) معوض عبد التواب- موسوعة الأحوال الشخصية 1500/3 .
(3) محكمة النقض المصرية طعن رقم 1185 لسنة 55(الأحوال الشخصية) جلسة 25-01-1989 ، أنظر معوض عبد التواب - المرجع نفسه 1485/3 .

سنة ما لم يحكم قبل ذلك باستمرار الولاية عليه لسبب من أسباب الحجر أو يبلغها معتوها أو مجنوناً فتستمر الولاية عليه من غير حكم .
ويجب أن نفرّق في هذا الصدد بين الأسباب التي تؤدي إلى انتهاء الولاية المالية، كنظام قانوني يهدف لحماية القاصر، وبين أسباب انتهاء وظيفة الولي المالي الذي أقيم للسهر على تحقيق هذه الغاية .

فالولاية المالية كنظام قانوني، تنتهي بزوال سبب قيامها ابتداءً، وهو انعدام أهلية القاصر أو نقصها، كما تنتهي كذلك بوفاة القاصر الذي هو موضوع هذه الحماية .
أما انتهاء وظيفة النائب الشرعي فلا تؤدي إلى انتهاء الولاية المالية لأن سببها لازال قائماً، بل يُعهد بها إلى وصيٍّ أو مقدّمٍ يرعى أمور القاصر المالية، في حين أن انتهاء الولاية المالية ببلوغ القاصر الرشد أو بوفاته يؤدي تلقائياً إلى انتهاء وظيفة وليّه.

وتنتهي وظيفة النائب الشرعي-بالإضافة إلى بلوغ القاصر أو وفاته- للأسباب الآتية:

- 1- وفاة (الولي، أو الوصي أو المقدّم)، أو فقدان أهليته، أو غيابه غيبة منقطعة.
- 2- عزل النائب الشرعي أو استقالته أو إعفائه.
- 3- بانتهاء المهام التي أقيم من أجلها (وهذا يخص الوصي المؤقت، والخاص، ووصي الخصومة).

المبحث الثالث: مفهوم أموال القاصر.

وستنظر هنا بداية لمفهوم المال وتقسيماته المختلفة (المطلب الأول)، ثم للتعريف بالقاصر وكيفية الإذن له أو ترشيده (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم المال.

الفرع الأول: تعريفه المال.

البند الأول: المال في الفقه الإسلامي.

المال هو: «كل ما يُملك من الذهب والفضة، والأعيان، وكان العرب يطلقون لفظ المال على الإبل لأنها كانت تمثل أكثر أموالهم»⁽¹⁾.

أو هو: «ما يُملك من جميع الأشياء، فأهل البادية يطلقون المال على الأنعام، بينما أهل الحضر يطلقونه على الذهب والفضة وإن كان الجميع مالا»⁽²⁾، وعليه فالمال لغةً يشمل كل ما هو صالح للملك من معادن نفيسة أو أعيان.

هذا ولم يحدّد لنا الشارع الحكيم مفهوماً محدداً للمال، بل ترك لنا في الأمر سعةً، وذلك لتغيّر وتطور مفهومه من زمان إلى زمان، ومن مكان إلى آخر، فمفهوم المال عند أهل البادية ليس نفسه عند أهل الحضر، كما أنّ مفهومه اليوم يختلف عن مفهومه بالأمس، وهذا ما يثبت صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان⁽³⁾.

وفي المقابل فإنه يخرج من دائرة المال كل ما لا يجوز التعامل فيه بيعاً وشراءً، كالأدمي، لسمو مكانته، ولأنه تعالى كرّمه وعزّزه⁽⁴⁾، ففرّق بين الإنسان المكرّم، وبين المال الذي سُخّر لخدمته

(1) الفيروز آبادي- القاموس المحيط، دار الكتاب العربي- دت. دط 52/4.

(2) ابن منظور- لسان العرب 4300/6، وانظر القرضاوي- فقه الزكاة، مؤسسة الرسالة، الطبعة السادسة عشر 1406/1986م، 124/1.

(3) محمد أبو زهرة- الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي القاهرة، طبعة 1977م، ص49.

(4) عبد السلام الرفعي- الولاية على مال ص285، وانظر محمد مصطفى ثلثي- المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية، بيروت طبعة 1985، ص329.

فقال عز وجل: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾⁽¹⁾، وقال: ﴿إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنْ لَهُمُ الْجَنَّةُ﴾⁽²⁾.

وقال النبي صلى الله عليه وسلم: {كل المسلم على المسلم حرام، عرضه وماله ودمه}⁽³⁾.

كما يخرج من دائرة المال ما هو حرام كالخمر والخنزير⁽⁴⁾، قال تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَمْيَتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلِلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾⁽⁵⁾، وقال عز وجل: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾⁽⁶⁾.

وهذا في حين عمد الفقهاء لوضع تعريفات تحدّد مفهوم المال وعناصره، مما أدى إلى ظهور اختلاف بينهم سنوضحه فيما يأتي:

القول الأول: ذهب الأحناف⁽⁷⁾ إلى تعريف المال بأنه: «ما يميل الطبع إليه ويمكن ادخاره

لوقت الحاجة، والمالية تثبت بتمول⁽⁸⁾ الناس كافة أو بعضهم».

هذا التعريف وإن كان لا يختلف كثيرا عن التعريف اللغوي، إلا أنه تعرّض لعدة انتقادات منها:

1- أن ميول الناس وطبائعهم تختلف من شخص لآخر، فكان في تعريف المال بأنه كل ما يميل

(1) سورة الكهف- الآية 46 .

(2) سورة التوبة- الآية 111 .

(3) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {المسلم أخو المسلم لا يظونه ولا يكذبه ولا يخذله ، كل المسلم على المسلم حرام عرضه وماله ودمه، التقوى هاهنا ، بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم} أخرجه الترمذي - كتاب البر والصلة، باب ما جاء في شفقة المسلم على المسلم ، أنظر سنن الترمذي 325/4 .

(4) لا تحترم ملكيتهما، فمن أتلفهما لا يضمن، الإمام أبو زهرة- الملكية ونظرية العقد ص48 .

(5) سورة المائدة- الآية 5 .

(6) سورة المائدة- الآية 90 .

(7) حاشية ابن عابدين 501/4 .

(8) يقصد بالتمول: التناقص وبذل العوض في سبيل الحصول على هذه العين وحيازتها، انظر أحمد فراج حسين- المدخل للغة الإسلامي ص10 .

إليه النفس عدم دقة، كما أنّ من الأموال ما لا تُميل إليه النفس، كبعض المواد المستعملة في بعض أنواع الصناعة، ومن الأموال ما لا يمكن ادّخاره كالخضر والفواكه... الخ⁽¹⁾.

2- كما أنّ تعريف الحنفية يشترط إمكانية ادّخار المال وتموّل الناس به، مما ينتج عنه عدم اعتبار المنافع⁽²⁾ أموالاً⁽³⁾، لاستحالة ادّخارها، ونفس الشيء بالنسبة للحقوق المالية كحق الشفعة، وحقوق الارتفاق من حق الممرّ والمسيل والتعلّي، كما أنّ الديون التي لم يتم قبضها لا تعتبر مالاً⁽⁴⁾.

فالحنفية يشترطون في المال توفر عنصرين اثنين، العينية والتموّل، وبالتالي أخرجوا من معنى المال كل ما لا يمكن إحرازه وحيازته كالمنافع، والحقوق المالية كحق الشفعة وحقوق الارتفاق، وكذلك الديون التي لم يتم قبضها، كما أخرجوا ما ليس له قيمة عند الناس ولا يتموّلون به، كالميتة وحب القمح، وعليه فإن تعريف المال عندهم هو: «كل عين ذات قيمة مادية بين الناس»⁽⁵⁾.

القول الثاني: ذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبار كل ما ينتفع به الإنسان مالاً ومن ذلك المنافع والحقوق المالية كحق الشفعة وحق المسيل والمشرب والمرور.

فلقد عرفه الإمام السيوطي رحمه الله بقوله: «وقال الشافعي رحمه الله لا يقع اسم المال إلا على ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه، وإن قلت وما لا يطرحه الناس مثل الفلّس وما أشبه ذلك»⁽⁶⁾. وعليه فالجمهور يشترطون في المال توفر عنصرين هما:

أولاً: أن تكون له قيمة بين الناس وذلك يتحقّق في المادي وغيره، أي العين والمنفعة.

(1) محمد أبو زهرة - نظرية الملكية والعقد ص 47، وانظر مصطفى أحمد الزرقا - المدخل الفقهي العام 114/3 .
(2) المنافع : هي الفائدة المقصودة من الأعيان، كسكن الدار، ولبس الثوب، وركوب السيارة .
(3) داماد أفندي - مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دت. دط. 458/2، وانظر محمد أبو زهرة - المرجع نفسه ص 54 .
(4) مصطفى أحمد الزرقا - المرجع نفسه 114/3 ، ومحمد مصطفى شلي - المدخل للفقهاء الإسلامي ص 330 .
(5) مصطفى أحمد الزرقا - المرجع نفسه 118/3 .
(6) انظر السيوطي - الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1411/هـ 1990 ص 327 .

ثانياً: أن يبيح الشرع الانتفاع به في حالة السعة والاختيار.

وعليه يكون مفهوم المال عند الجمهور هو: «كل ما له قيمة مادية بين الناس وأجاز الشارع الانتفاع به في حالة السعة والاختيار»⁽¹⁾.

ولقد رجّح الفقهاء المعاصرون قول الجمهور، ذلك أنّ حقيقة التعامل بين الناس تظهر أنّهم يعتبرون المنافع أموالاً، ويبدلون في سبيلها العوض المالي، كما أنّ المنافع ممكن حيازتها بجائزة أصلها، كما أنّ الناس يميلون بطبعهم إليها، وفي هذه النقطة يقول د. محمد مصطفى شلي⁽²⁾ أنّ: «هذا الرأي أوجه من سابقه لاتفاقه مع العرف العام في المعاملات المالية».

ويقول د. رمضان علي السيد الشرنباصي⁽³⁾ أنّ: «هذا الرأي هو الأليق والذي يتفق مع أغراض الناس ومعاملاتهم».

ويرى د. أحمد فراج حسين⁽⁴⁾ أنّ المتأخرين من الحنفية يعتبرون المنافع مما يدخل في الأموال، لأن لها قيمة نقدية، ويستنتج أنّ مالية الأشياء إنّما تتحدّد بقيمتها النقدية، ويرى أنّ هذا الرأي هو الذي يتماشى مع التطوّر العلمي والحضاري الذي أظهر أشياء لم تكن معروفة من قبل ولها قيمة نقدية، كحقوق التأليف والاختراع... الخ، فبينما لا تعتبر هذه الأشياء أموالاً عند الحنفية، فإن تعريف الجمهور يشملها جميعها، وهذا الرأي هو الذي أخذت به مختلف التشريعات الوضعية الحديثة كما سنرى.

(1) أحمد فراج حسين - المدخل للفقہ الإسلامي ص 11 .

(2) محمد مصطفى شلي - المدخل للفقہ الإسلامي ص 332 .

(3) رمضان علي السيد الشرنباصي - المدخل لدراسة الفقہ الإسلامي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، طبعة 2000م ص 304 .

(4) أحمد فراج حسين - المرجع نفسه ص 12-13 .

البند الثاني، المال في القانون،

يركز رجال القانون في تعريف المال على التفريق بين مصطلحين اثنين هما: الشيء والمال، فالشيء هو: «كل ما يصلح لتحقيق مصالح البشر الاقتصادية والاجتماعية والأدبية»⁽¹⁾، أو هو كل ما يصلح أن يكون محلاً للحقوق، أو محلاً للعلاقات القانونية، أما المال فهو: «كل شيء دخل دائرة التعامل وتمت حيازته وإحرازه»⁽²⁾.

فهناك شرطان أساسيان لإطلاق وصف المال على شيء ما، وهما:

أولاً، أن يكون له وجود مستقل عن الإنسان، فالإنسان ليس مالا، وكذلك كل جزء منه⁽³⁾.

ثانياً، أن لا يكون خارجاً عن دائرة التعامل به، سواء بحكم طبيعته أو بحكم القانون⁽⁴⁾.

وتكون الأشياء خارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها، لعدم حيازتها وإحرازها، وبالتالي استحالة الانتفاع والتعامل بها، مثل أشعة الشمس ومياه البحر والهواء، وأما الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل بحكم القانون، فهي في الأصل صالحة للحيازة والإحراز، ولكن القانون جعل التعامل بها ممنوعاً، كالمخدرات مثلاً.

ويعرف لنا د. حسن كيرة، المال بأنه: «الحق ذو القيمة المالية أياً كان نوعه أو محله سواء كان الحق عينياً أو شخصياً أو ذهنياً في شقه المالي، وبالتالي يكون الشيء المادي محلاً للحق العيني، والشيء غير المادي محلاً للحق الذهني أو الفكري»⁽⁵⁾.

وعليه يمكننا أن نعرف المال وفقاً للنظرة القانونية بأنه: كل شيء مادي أو غير مادي باستثناء الإنسان، يكون صالحاً لأن يصبح محلاً للحق المالي سواء كان حقاً عينياً أو فكرياً.

(1) عباس الصراف وجورج حزبون- المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الثانية 1991، ص 185.

(2) حسن كيرة- المدخل إلى القانون ص 705.

(3) حسن كيرة- المرجع نفسه ص 704.

(4) نبيل إبراهيم سعد- المدخل إلى القانون، دار النهضة العربية طبعة 1995، ص 202.

(5) حسن كيرة- الموجز في أحكام القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الرابعة 1995، ص 29.

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 682⁽¹⁾ من القانون المدني بقوله:

« كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية، والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية».

البند الثالث: مقارنة بين التعريفين الفقهي والقانوني للمال.

رأينا أن المال عند جمهور الفقهاء هو كل ما له قيمة مادية بين الناس، ولم يحرم الشارع الانتفاع به، وعند رجال القانون هو كل حق ذو قيمة مالية، مهما كان نوع الحق عينياً أو شخصياً أو فكرياً، بشرط أن يكون محل هذا الحق قابلاً للحيازة والإحراز، ولم يمنع القانون التعامل به، وعليه فالتعريفان يشتركان في أن المال هو كل ما له قيمة بين الناس سواء العين أو المنفعة أو الحقوق المالية، وإن كان رجال القانون يفصلون بين الحق المالي والشيء الذي يكون محلاً له، كما أن الفقه الإسلامي والقانون يشتركان في اشتراط إمكان الحيازة والإحراز، فيخرج بذلك ما لم يمكن حيازته كماء البحر، وأشعة الشمس، والهواء في الجو... الخ، كما يشتركان في استثناء النفس البشرية وكل جزء من الإنسان من دائرة المال، كما أن ما يمنع القانون التعامل به لا يعتبر مالاً كالمخدرات، وكذلك ما منعت الشريعة التعامل فيه كالخمر والخنزير والميتة، فإنه لا يعتبر مالاً في نظر الشرع.

(1) تقابلها المادة 1/81 من القانون المدني المصري .

الفرع الثاني، تقسيمات الأموال.

تتعدّد تقسيمات الأموال تبعاً لطريقة النظر إليها، وتبعاً للغاية من هذه التقسيمات، فإذا اعتبرنا ما للأموال من حرمة وحماية، قسمناها إلى متقومة وغير متقومة، وإذا نظرنا إلى استقرارها من عدمه جعلنا فيها العقار والمنقول، وإذا نظرنا إلى تماثل أحادها وأجزائها قسمناها إلى مثلية وقيمة⁽¹⁾.

وعلى كلٍ فإن القانون أخذ بالتقسيمات الفقهية للمال مع وجود بعض الاختلاف من حيث الألفاظ سنوضحه فيما يأتي:

البند الأول : تقسيم المال إلى متقوّه وغير متقوّه .

يكون المال متقوماً في نظر الفقهاء إذا تمت حيازته وأباح الشرع الانتفاع به في غير حالة الضرورة، وعليه فإن السمك في البحر ليس مالا لعدم حيازته، والخمر والخنزير⁽²⁾، ليس مالا ولو مع الحيازة لأن الشرع حرّم الانتفاع بهما⁽³⁾.
وعليه يشترط في تقوّم المال عنصران، هما الحيازة والإباحة، لا يكتمل تقوّم المال بدونهما، فالمال المتقوّم هو: ما أمكن حيازته، وأباح الشرع الانتفاع به في حالة الاختيار والسعة⁽⁴⁾.
ولا يعتمد هذا التقسيم في القانون، بل يُقسّم المال إلى داخل في دائرة التعامل بطبيعته وحكم القانون، وخارج عن دائرة التعامل تلك⁽⁵⁾، وعليه يشترط في المال قانوناً ليكون قابلاً للتعامل به، الحيازة، وأن لا يمنع القانون التعامل به.

(1) محمد مصطفى شلبي - المدخل للفقه الإسلامي ص 333 .

(2) قال الإمام أبو حنيفة رحمه الله ، بتقوّم الخمر والخنزير عند غير المسلمين لأن شريعتهم تبيح التعامل فهما، انظر - داماد أفندي - مجمع الأثر 108/2 .

(3) مصطفى أحمد الزرقا - المدخل الفقهي العام 124/3 وما بعدها ، وانظر بدران أبو العينين - الشريعة ونظرية الملكية والعقود ص 288 .

(4) محمد مصطفى شلبي - المدخل للفقه الإسلامي ص 334 .

(5) انظر المادة 682 من القانون المدني الجزائري ، والمادة 81 من القانون المدني المصري .

وعليه فإن مبدأ عدم تقوّم المال موجود في القانون كذلك، إلا أنه لا يستند إلى تحريم الشارع الحكيم، وإنما يتأسس على منع التعامل وفقاً لما ينص عليه القانون، ولذلك يبيح القانون التعامل بالخمر والخنزير، ولا يبيح التعامل بالمخدرات⁽¹⁾.

ويذهب الإمام أبو زهرة رحمه الله⁽²⁾ إلى أن هناك تقارباً واضحاً في المعنى بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في شأن تقوّم المال من عدمه، إذ أن القانون يحرم ويمنع اقتناء وإحراز بعض المواد كالمخدرات والسموم، وأن من استولى عليها لا يعتبر حائزاً لها، فلا يلزم متلفها بالتعويض، وعليه جاز اعتبارها أموالاً غير متقومة.

فائدة التفصيل: يستفاد من تقسيم المال إلى متقوم وغير متقوم، أن من أتلّف مالا غير متقوم لا يلزم بتعويضه وضمانه، سواء كان مالكة مسلماً أو ذمياً⁽³⁾، كما أن صحة العقود والتصرفات كالبيع والهبة والوصية، تتوقف على كون المال محلّها مالا متقوماً وإلا وقعت باطلة⁽⁴⁾.

(1) محمد مصطفى شلبي - المرجع نفسه ص 333 .

(2) محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد ص 52 .

(3) قال أبو حنيفة رحمه الله بوجوب الضمان إذا كان المالك ذمياً، لأنها متقومة في حقهم فهي معصومة.

(4) مصطفى أحمد الزرقا - المدخل الفقهي العام 126/3 ، وانظر أحمد فراج حسين - المدخل للفقه الإسلامي ص 50 ، ويدران أبو العينين - الشريعة ونظرية الملكية والعقود ص 289 .

البند الثاني، تقسيم المال إلى عقار ومنقول.

من أهم التقسيمات الفقهية والقانونية للمال، تقسيمه إلى عقار ومنقول، فالقاعدة العامة أن كل ما كان ثابتاً ومستقراً في مكانه، ولا يمكن نقله دون تلف، فهو عقار، وكل ما دون ذلك فهو منقول.

فلقد جاء تعريف العقار في معجم لغة الفقهاء⁽¹⁾ بأنه: «ما لا ينقل ولا يتحول في العادة كالأرض وما اتصل بها اتصال قرار، كالبناء والأشجار وهو ما لا يمكن نقله وتحويله إلا بالنقض».

وعرفه الحنفية بأنه كل ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر، فهو الأرض بمجردة عن البناء والشجر، وعليه فهم يرون أن العقار يقتصر على الأرض وحدها، وأن ما يتصل بها من بناء وأشجار ونبات، ليس عقاراً ولا يخضع لأحكامه، بل يُعد منقولا، وبالتالي لا يجري فيه حق الشفعة⁽²⁾ إلا إذا تم بيعه متصلاً مع الأرض⁽³⁾.

أما المالكية فيرون أن العقار هو الأرض وما عليها من أبنية ونبات، مادامت متصلة بالأرض بصفة قارة ويمتنع نقلها دون تلف أو تغيير شكلها، ولذلك عرفوا العقار بأنه: «الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر»⁽⁴⁾، وعليه تجري الشفعة عندهم في الأرض والدور والبساتين والحدائق وما اتصل بها واستحال نقله دون تغيير هيئته⁽⁵⁾.

هذا ويتفق المذهب المالكي مع نظرة القانون وتعريفه للعقار، فلقد عرفه المشرع الجزائري بموجب المادة 1/683 من القانون المدني بالقول أن: «كل شيء مستقر بجيزه وثابت فيه ولا يمكن

(1) محمد رواس قلعة جي وحامد صادق قنبي - معجم لغة الفقهاء دار الفانيس، بيروت، الطبعة الثانية 1988/1408، ص 397.

(2) كما لا يصح وقفه لأن الوقف لا يكون إلا في العقار، وفي المنقول المتعارف على وقفه، انظر أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد ص 59، وانظر مصطفى أحمد الزرقا - المدخل الفقهي العام 148/3.

(3) داماد أفندي - مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر 471/2، محمد أبو زهرة، المرجع نفسه ص 59، بدران أبو العينين - الشريعة ونظرية الملكية والعقود ص 290.

(4) محمد عرفة الدسوقي - حاشية الدسوقي 476/3، أحمد الصاوي - بلغة السالك 134/2.

(5) ابن عبد البر القرطبي - الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ص 852.

نقله من دون تلف فهو عقار، وكل ماعدا ذلك من شيء فهو منقول»، وتقابلها المادة 1/82 من القانون المدني المصري⁽¹⁾.

وبالتالي فإن العقار في القانون يُقصد به الأرض أساسا وكل ما اتصل بها من أبنية وأشجار وأغراس بصفة تمنع نقلها دون تلفها أو تغيير هيئتها، وبالمقابل فإن ما لا يدخل في تعريف العقار فهو منقول، أي أن كل ما أمكن نقله دون تلف فهو منقول⁽²⁾.

غير أن القانون توسّع في مفهوم العقار، فأورد بعض الاستثناءات التي يعتبر فيها العقار منقولا ويخضع لأحكامه، كما أن المنقول كذلك يخضع بموجب هذه الاستثناءات إلى أحكام العقار، فنجد المشرع الجزائري قد نص في المادة 2/683 من القانون المدني على: «أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص».

فالعقار بالتخصيص حيلة أو افتراض قانوني، يكفل ضمان استمرارية خدمة المنقولات لصالح العقارات، لأن إخضاعها لأحكام مغايرة قد يؤدي لتعطيل هذه الاستمرارية⁽³⁾، ويشترط لذلك أن يكون كل من العقار والمنقول الذي وضع في خدمته ملكا لنفس الشخص، وأن يتم رصد المنقول لخدمة العقار بصفة ثابتة ومستمرة.

والحيلة أو الافتراض القانوني الثاني هو ما يسمّى بالمنقول بالمآل، وفيه يخضع العقار لأحكام المنقول، ومفاد هذا الافتراض القانوني أن العقارات التي ستتحول وتؤول إلى منقولات في وقت قريب، تأخذ حكم المنقول، كالبناء المعدّ للهدم، والثمار المعدّة للجن، والثروات الباطنية المعدّة للاستخراج، فهي تأخذ حكم المنقولات تسهيلاً للإجراءات⁽⁴⁾ التي تخضع لها واستباقا للحالة التي ستؤول إليها⁽⁵⁾.

(1) حسن كورة- المدخل إلى القانون ص 707 .

(2) المادة 1/683 قانون مدني جزائري ، والمادة 2/82 قانون مدني مصري .

(3) انظر في تفصيل الموضوع حسن كورة- المدخل إلى القانون ص 709 وما بعدها .

(4) العقار يخضع في نقل الملكية لإجراءات مطولة ومعقدة، تتمثل في القيد والتسجيل والشهر، عكس المنقولات التي تنسم إجراءات نقل ملكيتها بالسهولة والسرعة .

(5) حسن كورة- المرجع نفسه ص 711 ، نبيل إبراهيم سعد- المدخل إلى القانون ص 208 .

فائدة التقسيم: تظهر فائدة تقسيم الأموال إلى عقارات ومنقولات من ناحيتين:

أولاً- من الناحية الإجرائية:

أ- أن الاختصاص المحلي في الدعاوى المتعلقة بالعقار، إنما يتحدد بالمحكمة الواقع في دائرتها العقار⁽¹⁾، بينما في الدعاوى المتعلقة بالمنقول، فإن الاختصاص ينعقد للمحكمة التابع لها مقر إقامة المدعى عليه⁽²⁾.

ب- أن نقل ملكية الأموال العقارية، يخضع لإجراءات الشهر والتسجيل والتسجيل التي تختمها طبيعتها المستقرة وثباتها، أما المنقولات فتنتقل ملكيتها بمجرد التعاقد عليها⁽³⁾.

ج- أن إجراءات حجز العقار تنقسم بالتعقيد مقارنة مع إجراءات حجز المنقول، هذا ويحجز دائماً على الأموال المنقولة أولاً فإن لم تفي بالديون تحجز العقارات.

ثانياً- من الناحية الموضوعية:

أ- أن حق الشفعة لا يسري إلا على العقار⁽⁴⁾.

ب- أن الحيازة تعتبر سنداً في يد الحائز، إذا تعلق الأمر بالمنقول، وقرينة على الحق الذي يدعيه⁽⁵⁾، أما حيازة العقار فلا تعتبر كذلك، إذ يلزم الحائز بمدة التقادم المكسب، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 228 من القانون المدني بقوله: « إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات ».

(1) المادة 2/8 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري ، والمادة 1/50 من قانون المرافعات المصري .

(2) المادة 1/8 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، والمادة 49 من قانون المرافعات المصري .

(3) تنص المادة 793 من القانون المدني الجزائري أنه: « لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير ، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار » ، وأنظر حسن كيرة- المدخل إلى القانون ص708 .

(4) ابن عبد البر القرطبي- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ص852 ، وأنظر محمد أبو زهرة- الملكية ونظرية العقد ص60-61 ، وهو ما نصت عليه المادة 794 من القانون المدني الجزائري .

(5) المادة 835 من القانون المدني الجزائري .

ج- كما أن من أهم نتائج هذا التقسيم ماله علاقة وطيدة مع موضوع البحث، ألا وهو مدى قدرة النائب الشرعي التصرف في مال القاصر، فبينما يتمتع بحرية نسبية في التصرف في المنقول ، فإنه لا يجوز له التصرف في العقار إلا بوجود مصلحة أو ضرورة للقاصر كما نص عليه الفقهاء⁽¹⁾، كما أنه يجب عليه الحصول على إذن القاضي وفقا لما ينص عليه القانون كما سنرى لاحقا.

البند الثالث: تقسيم المال إلى قيمي ومثلي.

المال المثلي هو المال الذي تماثل وتشابه آحاده وأجزاؤه، فلا يوجد بينها فرق كبير يُعتمد به، وهو عادة ما يتعامل الناس فيه باستعمال الكيل أو المقياس أو الوزن أو العدد، كالحبوب والفواكه والحلوى... الخ⁽²⁾.

وهو ما نصّ عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 686 من القانون المدني التي تنص أن: « الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتي تقلّر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن»، وتقابلها المادة 85 من القانون المدني المصري. هذا وبالمقابل فإن المال القيمي هو كل مال تفاوتت آحاده وأجزاؤه بصفة يجعلها لا تقوم مقام بعضها البعض عند الوفاء كالأراضي والمنازل... الخ⁽³⁾.

وقد يتحوّل المال المثلي إلى قيمي، كأن يختلط مالان مثليان من جنسين مختلفين فالنتاج عن ذلك يكون مالا قيميًا، وكان يصيب المال المثلي عيب أو يتم استعماله فإن ذلك يُنقص من

(1) الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 286/2-287 ، محمد عرفة الدسوقي-حاشية الدسوقي 303/3 ، الشريبي- معني

المحتاج 175/2 ، موفق الدين وشمس الدين بن قدامى المقدسي-المعني ويليه الشرح الكبير 524/4-525 .

(2) محمد أبو زهرة- الملكية ونظرية العقد ص 55 ، وانظر مصطفى أحمد الزرقا- المدخل الفقهي العام 130/3 ،

وبدران أبو العينين- الشريعة ونظرية الملكية والعقود ص 294 ، و أحمد فراج حسين- المدخل للفقهاء الإسلاميين ص 21 ،

وحسن كيرة- المدخل إلى القانون ص 720.

(3) أحمد فراج حسين- المرجع نفسه ص 22 ، ومصطفى أحمد الزرقا- المرجع نفسه 130/3 ، حسن كيرة- المرجع نفسه

ص 720.

قيمته بالمقارنة مع أمثاله فيصبح قيمياً، وكذلك إذا أحاط بالمال المثلي خطر وشيك، كالخريق أو الغرق، فذلك يُنقص من قيمته بالمقارنة مع أمثاله، فيصير قيمياً⁽¹⁾.

ثالثة التقييم:

1- أن المال المثلي يثبت في ذمة الملتزم ثبوت الدين، أي أنه عليه أدائه من أي مال مماثل، بينما المال القيمي فإنه لا يثبت كدين بذاته بل يثبت بعينه لانعدام ما يمثله⁽²⁾.

2- الضمان أو التعويض عند إتلاف الأموال المثلية يكون يمثلها لتمائل أحادها وأجزائها، بينما الأموال القيمية فيكون تعويضها بما يساوي قيمتها⁽³⁾.

3- لا تقع المقاصة إلا بين دينين يتعلقان بأموال متماثلة، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 297 من القانون المدني التي تنص أنه: «للمدين حق المقاصة... ولو اختلف سبب الدينين إذا كان موضوعهما نقوداً أو مثليات متحدة النوع والجودة»، وتقابلها المادة 1/362 من القانون المدني المصري.

4- أنه لا يعتبر شرعاً بيع الأموال القيمية بعضها ببعض من قبيل ربا الفضل⁽⁴⁾، فيجوز أن يُعطى القليل منها مقابل الكثير من نفس الجنس: كناقاة بناقة، وذلك لعدم تماثل الأحاد في الأموال القيمية⁽⁵⁾.

5- أن انتقال ملكية الأموال المثلية لا يتم إلا بإفرازها لتصبح معينة بالذات، بينما الأموال القيمية تنتقل بملكيتها بمجرد التعاقد عليها لأنها بطبيعتها معينة بالذات⁽⁶⁾.

(1) مصطفى أحمد الزرقا- المدخل الفقهي العام 133/3 ، أحمد فراج حسين - المدخل للفقهاء الإسلاميين ص 22 .

(2) أحمد فراج حسين- المرجع نفسه ص 24 ، وبدران أبو العينين- الشريعة ونظرية الملكية والعقود ص 294 ، وأحمد مصطفى الزرقا- المرجع نفسه ص 136 .

(3) بدران أبو العينين - المرجع نفسه ص 294 ، وحسن كورة- المرجع نفسه ص 721.

(4) وهو تساوي البدلين من جنس واحد، ويكون في الأموال المثلية دون القيمية .

(5) بدران أبو العينين- المرجع نفسه ص 296 ، وأحمد مصطفى الزرقا- المرجع نفسه ص 139 ، وحسن كورة- المرجع نفسه ص 721.

(6) حسن كورة- المرجع نفسه ص 721.

البند الرابع، تقسيم المال إلى استهلاكي واستعمالي.

كما يقسم المال إلى استهلاكي، واستعمالي (غير استهلاكي)، فالمال الاستهلاكي هو الذي يستهلك بمجرد استعماله للمرة الأولى مثل الطعام والورق... الخ، فلا يُتصور استعماله دون استهلاكه، وهذا الاستهلاك قد يكون فعليا كاستهلاك الطعام، أو حكما كاستهلاك النقود⁽¹⁾. أما المال الاستعمالي فهو المال الذي يمكن الانتفاع به باستعماله مرارا وتكرارا دون استهلاك عينه، ومثاله العقار والثياب⁽²⁾.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بهذا التقسيم إذ نص في المادة 685 من القانون المدني على أن: « الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له في استهلاكها أو إنفاقها»، وهو ما نص عليه المشرع المصري في المادة 841 من القانون المدني المصري، وعليه فإن كل مال استلزم استعماله استهلاك عينه، أو إنفاقه كالنقود فهو مال استهلاكي أو قابل للاستهلاك.

فائدة التقسيم،

الأموال الاستهلاكية لا تكون قابلة لأن ترد عليها عقود يكون هدفها الاستعمال دون الاستهلاك كعقدي الإجارة والإعارة، فلا يجوز تأجير أرض للرعي أو تأجير بقرة لشرب لبنها لمدة معينة⁽³⁾، هذا وبالمقابل فإن الأموال الاستعمالية لا تقبل أن تكون محلاً لعقود تهدف إلى استهلاكها دون استعمالها، لأن المتفع يلتزم برد المال لصاحبه بعينه⁽⁴⁾.

(1) مصطفى أحمد الزرقا- المدخل الفقهي العام ص143 .

(2) بدران أبو العينين- الشريعة ونظرية الملكية والعقود ص296 .

(3) أحاز الفقهاء -استثناء- استئجار الظئر لإرضاع الطفل للضرورة ، انظر مصطفى أحمد الزرقا- نفس المرجع ص145 .

وبدران أبو العينين- المرجع نفسه ص296 .

(4) حسن كيرة- المدخل إلى القانون ص719 .

البند الخامس: تقسيم المال إلى عام وخاص.

يُعتبر المال مالا خاصاً إذا دخل في الملك الفردي، أي إذا صار ملكاً لشخص طبيعي أو اعتباري، فلا يكون مباحاً لعامة الناس سواء بالانتفاع أو التصرف، والمال العام هو ما لم يدخل في الملك الفردي بل جعل خدمة لعامة الناس⁽¹⁾.

فالمعيار في اعتبار المال عاماً أو خاصاً هو دخوله في ملكية الأفراد، وما دون ذلك من أموال فهي عامة، ولقد وضح لنا المشرع الجزائري ما يدخل في المال العام بموجب المادة 688 من القانون المدني والتي تنص على أنه: «تعتبر أموالاً للدولة العقارات والمنقولات التي تخصص بالفعل، أو بمقتضى نص قانوني لمصلحة عامة، أو لإدارة، أو لمؤسسة عمومية أو لهيئة لها طابع إداري، أو لمؤسسة اشتراكية، أو لوحدة مسيرة ذاتياً أو لتعاونية داخلية في نطاق الثورة الزراعية».

والملاحظ أن المشرع الجزائري اعتبر كل مال يهدف لتحقيق المصلحة العامة مالا عاماً، وكذلك كل مال يُخصّص للمرافق العمومية، ولإدارات الدولة ومؤسساتها العمومية سواء ذات الطابع الإداري أو التجاري أو الصناعي.

هذا وقد يتحوّل المال العام إلى خاص، أو العكس، كما في حال استبدال مال موقوف كمستشفى مثلاً، فإنه بعد البيع يصير ملكاً لمشتريه وبالتالي يصبح مالا خاصاً بعد أن كان مالا عاماً، كما أنّ المال الخاص قد ينقلب عاماً إتماماً بحكم الشرع وذلك مثل استيلاء السلطة على أرض للمنفعة العامة، وإتماماً بإرادة فردية من المالك بأن يقوم بوقف ماله الخاص، فهو بعد الوقف يخرج من ملكيته، ويصير مالا عاماً⁽²⁾.

ملاحظة التفسير:

1- لا يجوز لأحد أن ينتفع بالمال الخاص أو يتصرف فيه، فذلك مقصور على مالكة الشرعي، أو بإذنٍ وموافقة منه، بينما المال العام فقد رُصد لانتفاع عامة الناس به، وإن كان يجدر هنا

⁽¹⁾ بدران أبو العينين- الشريعة ونظرية الملكية والعقود ص 297 .

⁽²⁾ بدران أبو العينين- المرجع نفسه ص 297 .

التفريق بين المال العام المخصص للانتفاع العام ويسمى "Le domaine public"، وبين المال العام المخصص للدولة ويدعى "Le domaine privé"⁽¹⁾.

2- لا يجوز أن يُحجز المال العام أو يتم التصرف فيه، ولا يملكه بالتقادم، وذلك وفقا للمادة 689 من القانون المدني الجزائري التي تنص أنه: « لا يجوز التصرف في أموال الدولة، أو حجزها، أو تملكها بالتقادم ».

المطلب الثاني، مفهوم القاصر.

الفرع الأول، تعريف القاصر.

البند الأول، تعريف القاصر لغة.

إن الباحث في المعاجم اللغوية يجد أن لفظ "القاصر" مرتبط بمفهوم العجز والنقصان، فلقد جاء في معجم مقاييس اللغة⁽²⁾ أن: « القاف والصاد والراء (قصر)، أصلان صحيحان يدل أحدهما على ألا يبلغ الشيء مداه ونهايته، والآخر على الحبس، وهما متقاربان، فالقاصر هو الذي لا يبلغ مدى الشيء ونهايته ».

والقاصر مفرد قاصرون وقصّر، وهو من لم يبلغ سن الرشد⁽³⁾، وقصارأك بمعنى غابتك وآخر أمرك وما اقتصرت عليه، وقصّر الشيء: حبسه، وقصّر عن الشيء: عجز عنه ولم يبلغه، والتقصير في الأمر: التواني فيه، والافتقار على الشيء: الاكتفاء به⁽⁴⁾.

نستنتج من هذه التعريفات اللغوية أن من لم يبلغ سن الرشد إنما سمي بالقاصر لوجود عجز عقلي وجسدي يمنعه من التكفل بنفسه، ولأن سنه قاصرة عن سن الرشد.

(1) عباس الصراف وجورج حزبون- المدخل إلى علم القانون ص 193 .

(2) أبو الحسين بن فارس بن زكريا- معجم مقاييس اللغة 96/5 .

(3) محمد بن أبي بكر الرازي- مختار الصحاح ص 537 .

(4) جماعة من كبار اللغويين العرب- المعجم العربي الأساسي ، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، طبعة 1989 ص 990 .

البند الثاني: تعريفه القاصر في القانون،

يُستعمل لفظ القاصر قانوناً للدلالة على الشخص الذي لم يبلغ سن الرشد بعد، فكل من ليس راشداً يعتبر قاصراً، وتذهب مختلف القوانين لتحديد سن معينة كمعيار لمعرفة حدّ الرشد⁽¹⁾، بالإضافة إلى معيار التمتع بالقوى العقلية، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 40 من القانون المدني حيث جاء فيها أن: «كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة (19) عشر سنة كاملة» .

فالقاصر قانوناً هو كل شخص عديم الأهلية أو ناقصها لقصور في سنّه عن السن الواجبة لمباشرة حقوقه.

البند الثالث: تعريفه القاصر في الفقه الإسلامي،

إن القاصر عند الفقهاء هو كل من قصر عن الشيء إذا تركه عجزاً، وهو العاجز عن التصرف السليم مثل المجنون والصغير دون البلوغ⁽²⁾.

غير أن مصطلح "القاصر" نادر الاستعمال عند الفقهاء وخاصة القدماء منهم، وبالمقابل فإنهم يستعملون ألفاظاً أخرى للدلالة على معناه، مثل لفظ الصبي واليتيم والصغير.

فالصبي: هو الإنسان منذ ولادته إلى أن يُفطم حسبما جاء في معجم لغة الفقهاء⁽³⁾، قال تعالى: ﴿قَالُوا كَيْفَ نُكَلِّمُ مَنْ كَانَ فِي الْمَهْدِ صَبِيًّا﴾⁽⁴⁾، وقال عز وجل: ﴿وَأَتَيْنَاهُ الْحُكْمَ

(1) فلقد ذهب كل من المشرع المغربي بموجب المادة 209 من ملونة الأسرة، والمشرع السوري بموجب المادة 162 من قانون الأحوال الشخصية لتحديد سن الرشد بثمانية عشر (18) سنة كاملة، وذهب المشرع المصري في المادة 18 من قانون الولاية على المال لتحديدها بـ (21) سنة كاملة.

(2) محمد رواس قلعه جي وحامد صادق قنبي - معجم لغة الفقهاء، ص 270-354 .

(3) محمد رواس قلعه جي وحامد صادق قنبي - المرجع نفسه ص 354 .

(4) سورة مريم - الآية 29.

صَبِيًّا⁽¹⁾.

وقيل: «الإنسان حين في بطن أمه، فإذا انفصل عنها ذكرا فهو صبي إلى البلوغ، فغلام إلى تسع عشرة، فشاب إلى أربع وثلاثين، فكهل إلى أحد وخمسين، فشيخ إلى آخر عمره، هذا وسُمي صبيا لأنه يصبو، أي يميل إلى كل شيء لاسيما اللعب»⁽²⁾.

فالصبا مرحلة تبدأ منذ الولادة وتنتهي بالبلوغ، سواء بالنسبة للذكر أو الأنثى.

أما الصبي المميّز: فهو الذي يُدرك معاني العقود في عرف الناس، وأدى سن للتمييز هي سبع سنوات، والصبي غير المميّز: هو الذي لا يدرك أن البيع سالب للملكية وأن الشراء جالب لها⁽³⁾.

أما اليتيم: فلغة هو الفرد لأن اليتيم هو الأئفرد، واليتيم من فقد أباه، وأما من فقد أمه فيسمى عجيباً، ومن فقد أمه وأباه يسمى لطيماً⁽⁴⁾.

وقال الجصاص⁽⁵⁾ رحمه الله: سُمي يتيماً لأنه منفرد عن الأب الذي يعتني به ويليه ويحيطه برعايته وعطفه⁽⁶⁾.

أما شرعاً: فاليتيم هو من مات أبوه حتى يبلغ، فإذا بلغ زال عنه اليتيم، لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا يتم بعد احتلام»⁽¹⁾، وجاء في التعريفات⁽²⁾ أن اليتيم: "هو المنفرد عن الأب لأن نفقته عليه لا على الأم، وفي البهائم اليتيم هو المنفرد عن الأم لأن اللبن والأطعمة منها".

(1) سورة مريم الآية 12.

(2) عبد النبي الأحمد النكري - موسوعة مصطلحات جامع العلماء ، مكتبة لبنان ناشرون، الطبعة الأولى ص 523 .

(3) الإمام أبو زهرة - الأحوال الشخصية ص 282 .

(4) ابن منظور - لسان العرب ص 4949.

(5) هو أحمد بن علي الرازي ، أبو بكر الجصاص ، إمام متفقه مجتهد ، حنفي المذهب ، اشتهر بالورع والزهد، وقد طلب للقضاء فامتنع ، من أشهر ما صنّف (أحكام القرآن) ، ولد سنة ثلاثمائة وخمس ، وتوفي سنة ثلاثمائة وسبعين هجرية ، أنظر عادل نويهض - معجم المفسرين من صدر الإسلام حتى العصر الحاضر ، مؤسسة نويهض الثقافية للتأليف والنشر ، الطبعة الأولى 1983/1403 ، 48/1 .

(6) أبو بكر أحمد الرازي الجصاص - أحكام القرآن، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دت. دط 46/2.

فاليتم ينتهي بالبلوغ لحديث النبي صلى الله عليه وسلم السابق ذكره، فبعد هذه المرحلة لا تجري عليه شرعا أحكام اليتامى، ولقد جاء في المبسوط للإمام السرخسي⁽³⁾ أن: «اسم اليتيم حقيقة، يتناول الصغير»⁽⁴⁾، وقال الشافعية أن: «اليتيم إنما يقع على غير البالغ»⁽⁵⁾، وهو ما جاء كذلك في معجم لغة الفقهاء من أن اليتيم من الإنسان هو فقد الأب قبل البلوغ⁽⁶⁾.

أما الصغير: فهو قليل الجسم أو الحجم، والصغير ضد الكبير، والصغيرة بالفتح خلاف العظم وجمعه صغارٌ وصغراء⁽⁷⁾.

والصغير المميز: هو الصبي دون البلوغ الذي يفرق بين الربح والخسارة وبين ما يضره وينفعه، ويترك الفرق بين ما يجلب له النفع وما يجلب له الخسارة⁽⁸⁾.

فمعنى لفظ الصغير في اللغة، لا يختلف عن معناه في اصطلاح الفقهاء، إذ يدل على الطفل الذي لم يبلغ بعد، وبالتالي فإن: "الصغير وصف لحال لم تتكامل فيها قوى الإنسان، وتبتدى من ولادته إلى حين بلوغه"⁽⁹⁾.

- (1) أخرجه أبو داود في سننه - كتاب الوصايا، باب ما جاء متى ينقطع اليتيم، صححه الألباني، أنظر محمد ناصر الدين الألباني - صحيح سنن أبي داود، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت الطبعة الأولى 2002/1423، 220/8 .
- (2) علي بن محمد الجرجاني - التعريفات، ص 268 .
- (3) هو محمد بن أحمد بن أبي سهل، أبو بكر السرخسي، إمام علامة، فقيه وأصولي، له "المبسوط" في نحو خمسة عشر مجلداً، ألفه وهو في السجن، توفي سنة تسعين وأربعمئة، أنظر محي الدين بن أبي الوفاء - الجواهر المضية في طبقات الحنفية، تحقيق د. عبد الفتاح محمد الحلوة، دار هجر للطباعة والنشر، مصر، الطبعة الثانية 1993/1413، 87/3 .
- (4) السرخسي - المبسوط، دار المعرفة، بيروت، طبعة 1409هـ/1989م، 21/25 .
- (5) الشريبي - مغني المحتاج 2/165 .
- (6) محمد رواس قلعه جي وحامد صادق قنبي - معجم لغة الفقهاء ص 513 .
- (7) الفيروز آبادي - القاموس المحيط 2/70 .
- (8) محمد رواس قلعه جي وحامد صادق قنبي - المرجع نفسه 274 .
- (9) أحمد مصطفى الزرقا - المدخل الفقهي العام 2/816 .

وبعد تعريفنا لكل من لفظ الصبي واليتيم والصغير في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء، نجد أن هناك تقارباً كبيراً بين المصطلحات الثلاثة، ولو مع وجود اختلافات طفيفة، إذ أن الفقهاء يقصدون بهذه الألفاظ طفل الإنسان منذ ولادته إلى غاية البلوغ.

الفرع الثاني، الإذن للقاصر (ترخيصه). المبدأ الأول، تعريفه الإذن.

الإذن عند اللغويين هو "الإعلام بإجازة الشيء والرخصة فيه"⁽¹⁾، وشرعاً هو: "فك الحجر برفع المانع لمن هو محجور عنه وإعلاماً بإطلاقه فيما حُجر عليه"⁽²⁾، أو: "هو فك الحجر في التجارة"⁽³⁾، أو: «فك الحجر وإطلاق التصرف للشخص فيما كان ممنوعاً منه أو هو: إباحة التصرف وإثبات الفعل كيف شاء الفاعل في حدود الإذن»⁽⁴⁾.

فلا يوجد اختلاف بين المعنى اللغوي والاصطلاحي، فالإذن عند اللغويين هو الإعلام بالترخيص في الشيء وإجازته، وعند الفقهاء يكون هذا الإعلام بالإجازة للقاصر بالتصرف، وفك الحجر عنه في التجارة وتوابعها.

كما أن الإذن في القانون هو: «التصريح للقاصر بإدارة شؤون نفسه وأمواله والانتفاع بما في حدود القانون»⁽⁵⁾، أو هو: «دفع الولاية عنه ومنحه أهلية الأداء الكاملة»⁽⁶⁾.

(1) مجموعة من المؤلفين - المعجم الوسيط 12/1 .

(2) قاسم القنوي - أنيس الفقهاء في التعريفات المتداولة بين الفقهاء ص 267 .

(3) ابن عابدين - حاشية رد المحتار على الدر المختار 154/6، الشيخ نظام - الفتاوى الهندية 61/5 .

(4) محمد رواس قلعة حي وحامد صادق قنبي - معجم لغة الفقهاء 37 و 52 .

(5) أحمد زكي بدوي - معجم المصطلحات القانونية ص 98 .

(6) محمد حسنين - الوجيز في نظرية الحق ص 89 .

فهناك اتفاق بين الفقه والقانون، على أن الإذن هو السماح للقاصر بإدارة أمواله والتصرف فيها والتجارة بها، وإن كان التعريفات الفقهية تشمل كذلك العبد الذي يأذن له سيده بممارسة التجارة .

هذا ويكون الإذن - كقاعدة عامة - من حق كل من يملك الولاية علم مال القاصر⁽¹⁾، غير أنه يمكن - استثناءً - للقاضي أن يأذن للقاصر بالتجارة ولو كانت ولايته مؤخرّة على باقي الأولياء⁽²⁾.

كما أن الإذن يكون خاصاً بالنوع الذي أذن فيه دون غيره، فمن أذن له في تجارة معينة كان الإذن خاصاً بتلك التجارة وحدها، إلا أن أبا حنيفة رحمه الله قال بعدم تجزئ الإذن فيكون عاماً في كل الأنواع دون استثناء⁽³⁾، ويشترط فيمن يؤذن له أن يكون مميزاً، أو كما قال الفقهاء عارفاً بأن البيع سالب للملك والشراء جالب لها، ويقصد الربح ويعرف الغبن الفاحش من اليسير، أما غير المميز فلا حاجة لاختباره لأنه قد علم حاله مسبقاً، كما أن المأذون له يملك القيام بكل توابع التجارة فله أن يبيع ويشترى، ويؤجر ويستأجر، كما يصح إقراره بدين التجارة، وذلك حتى يقتنع الناس بالتعامل معه⁽⁴⁾.

فالإذن في الفقه الإسلامي والقانون، يعني فك الحجر وإطلاق التصرف للمولى عليه، وإن كان الإذن للقاصر قانوناً يتم وفقاً لإجراءات قانونية سنعرضها فيما يأتي:

المرشد الثاني: إجراءات ترشيده القاصر في القانون:

يكون الحق في ترشيده القاصر للقاضي وحده وفقاً لقانون الأسرة الجزائري، كما يكون له الحق في الرجوع في الإذن إذا رأى ما يستوجب ذلك، ويكون هذا الإذن جزئياً أو كلياً بطلب

(1) الحصص - أحكام القرآن 62/2 ، السرخسي-المبسوط 220/5 ، الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 54/5-112 ، موقف الدين وشمس الدين بن قدامى المقدسي-المفتي وبلية الشرح الكبير 533/4 .

(2) الشيخ نظام- المرجع نفسه 111/5 .

(3) الكاساني-هدائع الصنائع 193/7 .

(4) ابن عابدين - حاشية رد المختار على الدر المختار 161/6-173 ، الشيخ نظام-- المرجع نفسه 110/5 ، موقف الدين وشمس الدين بن قدامى المقدسي - المرجع نفسه 533/4 .

من الأب أو الأم أو الوصي أو القاصر⁽¹⁾، وهو ما نصّت عليه المادة 84 من قانون الأسرة :
« للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرّر ذلك ».

غير أنه من الجدير بالذكر أن هذه المادة نصّت على إمكانية صيرورة القاصر غير المميّز راشداً، دون أن يمرّ بمرحلة التمييز، فبعد أن كان ممنوعاً من كل التصرفات أمكنه بذلك التصرف في أمواله كلّها أو جزء منها دون توقّفه على الخبرة اللازمة لذلك، بمجرد بلوغه سن التمييز، بينما جعل باقي المشرّعين العرب الترشيد مشروطاً ببلوغ القاصر سن خمسة عشر (15) أو ثمانية عشر (18) سنة كما سيأتي بيانه، ولم يتيحوا له - في هذه الحالة - إلا القيام بأعمال الإدارة⁽²⁾ بعكس المشرّع الجزائري الذي مكّنه من التصرف في أمواله⁽³⁾.

وسنّ التمييز وفقاً للمادة 42 من القانون المدني الجزائري المعدلة والمتممة بالقانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 هي ثلاثة عشر (13) سنة، ويبدو أن المشرّع الجزائري قد تأثر بالانتقادات التي وجهت له حول ارتفاع حدّ سن التمييز التي كانت قبل التعديل المذكور مقدّرة بستة عشر (16) سنة، فحاول تصحيح الأمور بإنزالها إلى ثلاثة عشر (13) سنة⁽⁴⁾، لكنّه في المقابل أغفل تعديل المادة 84 من قانون الأسرة، بحيث لا يُعقل أن يؤذن للقاصر الذي بلغ ثلاثة عشر سنة فقط بالتصرف في أمواله، وكان عليه أن يشترط سن ثمانية عشر سنة على الأقل لإمكان ترشيده، ليتوافق ذلك مع السن المنصوص عليها في المادة الخامسة (5) من القانون التجاري .

(1) الفوتني بن ملحمة - قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ص 200 .

(2) أعمال الإدارة هي الأعمال التي لا تمس أصل المال مثل حثي المحصول و بيعه ، و تآجير العين لمدة قصيرة ، بينما أعمال التصرف فتتطرق لأصل المال في حدّ ذاته مثال ذلك البيع ، أنظر عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار النهضة العربية ، القاهرة 151/9 .

(3) محمد صوري السعدي - شرح القانون المدني الجزائري ، دار الهدى الجزائر، الطبعة الثانية، دت ، 161/1 .

(4) وحدّدها المشرّع المغربي ، (11) سنة بموجب المادة 214 من مدونة الأسرة المغربية، وحدّدها المشرّع المصري ، (07) سنوات فقط .

كما أن المشرع الجزائري قرن ترشيد القاصر ببلوغه سن التمييز⁽¹⁾، وهو ما أدى لحصول تناقض بين نصوص القانون المدني وقانون الأسرة، وكان عليه كما ذكرنا أن يجعل سنًا معينة هي المعيار في ترشيد القاصر كما نصت عليه التشريعات العربية الأخرى ب(15) أو (18) سنة، بحيث تبتعد عن سن التمييز، والذي حدّده في التعديل الأخير بثلاثة عشر سنة.

أما المشرع المصري فلقد جعل الإذن من حق الولي إذا بلغ القاصر ثمانية عشر (18) سنة، ويتم الإذن بالإشهاد أمام الموثق، وكذلك سلبه أو الحدّ منه⁽²⁾، وأما إذا كان القاصر خاضعًا للوصاية فالإذن يكون من القاضي وحده⁽³⁾، ويخصّ أعمال الإدارة والتسيير كلّها باستثناء تأجير عقاراته لمدة تزيد عن السنة، أو الوفاء بالديون المترتبة خارج أعمال الإدارة، كما أنه سمح للقاصر المأذون بإنفاق على نفسه وعلى من تلزمه نفقتهم⁽⁴⁾، ويكون للقاضي الحدّ من الإذن أو سلبه عند الضرورة⁽⁵⁾.

بينما ذهب المشرع السوري إلى جعل السن الواجبة لحصول القاصر على الإذن هي خمسة عشر (15) سنة⁽⁶⁾، ويكون الإذن من القاضي وحده بعد سماع أقوال الوصي، كما أن هذا

⁽¹⁾ وهو ما أخذ به المشرع المغربي كذلك في نص المادة 226 من ملبنة الأسرة المغربية ، ولقد نص في المادة 214 من نفس القانون على أن : « الصغير المميز هو الذي أتم اثني عشرة سنة شمسية كاملة » .

⁽²⁾ المادة 54 من قانون الولاية على المال « للولي أن يأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشر في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ويكون ذلك بإشهاد لدى الموثق وله أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر ... » .

⁽³⁾ المادة 55 من قانون الولاية على المال: « يجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصي أن تأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها و إذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز بتحديد طلبه قبل مضي سنة من تاريخ صدور القرار النهائي بالرفض » .

⁽⁴⁾ المادة 56 من قانون الولاية على المال: « للقاصر المأذون أن يباشر أعمال الإدارة وله أن يفني ويستوفي الديون المترتبة على هذه الأعمال ولكن لا يجوز له أن يوجر الأراضي الزراعية و المباني لمدة تزيد على سنة، ولا أن يفني الديون الأخرى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذي آخر إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصي فيما يملكه من ذلك ، ولا يجوز للقاصر أن يتصرف في صافي دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا » .

⁽⁵⁾ وهو ما نصت عليه المادة 59 من قانون الولاية على المال ، والمادة 168 من قانون الأحوال الشخصية السوري .

⁽⁶⁾ المادة 2/164 من قانون الأحوال الشخصية السوري: « للقاضي أن يأذن له بعد بلوغه الخامسة عشرة و سماع أقوال الوصي بتسليم جانب من هذه الأموال لإدارتها » .

الإذن يقتصر على أعمال الإدارة والتسيير فقط⁽¹⁾.

أما مدونة الأسرة المغربية فقد جعلت الإذن من حق الولي الشرعي، كما يكون من حق القاضي إذا كان القاصر خاضعا للوصاية أو التقدّم، وذلك بطلب من الوصي أو المقدم أو القاصر نفسه، ويتسلّم القاصر جزءا من أمواله فقط لاختباره في كيفية إدارتها⁽²⁾، كما يكون للولي وللقاضي حق إلغاء الإذن إذا أساء القاصر إستعماله⁽³⁾.

هذا ويسمح القانون للقاصر المرشّد بالإضافة إلى إدارة أمواله، بمزاولة التجارة، غير أن ذلك يتم بعد إذن خاص من القاضي لأن التجارة لا تدخل ضمن أعمال الإدارة⁽⁴⁾، كما أنّ فيها مخاطرة بالمال لأنها تختمل الخسارة كما تختمل الربح، بالإضافة إلى أنّ القدرة على ممارستها تختلف من شخص لآخر، فكان واجبا تأكّد القاضي من قدرة القاصر على ذلك دون أن يعرّض أمواله للخطر، وهو ما نصت عليه المادة الخامسة(5) من القانون التجاري الجزائري⁽⁵⁾: «لا يجوز للقاصر المرشّد ذكرا أو أنثى البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية، إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمّه أو على قرار مجلس العائلة مصدّقا عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحالت عليه مباشرتها أو في حالة عدم وجود الأب والأم».

(1) المادة 1/165 من قانون الأحوال الشخصية السوري: «للقاصر المأذون مباشرة أعمال الإدارة وما يتفرّع عنها كبيع الحاصلات وشراء الأدوات» .

(2) المادة 226 من مدونة الأسرة المغربية: «1- يمكن للصغير المميّز أن يتسلّم جزءا من أموال إدارتها بقصد الاختبار، 2- يصدر الإذن من الولي، أو بقرار من القاضي المكلف بشؤون القاصرين بناء على طلب من الوصي أو المقدم أو الصغير المعنى بالأمر...» .

(3) المادة 227 من مدونة الأسرة المغربية: «للولي أن يسحب الإذن الذي سبق أن أعطاه للصغير المميّز إذا وجدت مبررات ذلك» ، والمادة 3/226 من نفس القانون: «يمكن للقاضي المكلف بشؤون القاصرين إلغاء قرار الإذن بالتسليم بطلب من الوصي أو المقدم أو النيابة العامة أو تلقائيا إذا ثبت سوء التدبير في الإدارة المأذون بها» .

(4) المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال المصري، أنظر كمال صالح البنا - أحكام الولاية على المال ص 49.

(5) الأمر 59/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1385 هـ الموافق ل 26 ديسمبر سنة 1975 والمتضمّن القانون التجاري ، المعدل والمنتم بموجب القانون 02/05 المؤرخ في 06 فبراير 2005 .

فهذه المادة تضع شروطا إضافية لكي يمارس القاصر الأعمال التجارية، فبالإضافة إلى اشتراط سن 18 سنة كاملة، فإنه يجب حصوله على الإذن من والده أو أمه أو بقرار من مجلس العائلة⁽¹⁾ في حالة غياب الأب، وفي هذه الحالة يجب أن يكون الإذن مصادقا عليه من المحكمة، وهو نفس المبدأ الذي نص عليه المشرعان المصري والسوري⁽²⁾.

وتجدر الإشارة في الأخير أن ترشيد القاصر وفقا للقانون الملغى رقم 778 لسنة 1957⁽³⁾، كان يتم بناء على تصريح من الوصي بعد إذن مجلس الأسرة بذلك، ويصدر التصريح بالترشيد أمام القاضي وبحضور شاهدين، كما يكون الترشيد بحكم من القاضي بناء على طلب من القاصر.

المبحث الثالث: حكم الإذن للقاصر.

لا خلاف بين الفقهاء في عدم جواز الإذن للقاصر غير المميز، وهو ما يتفق مع نصوص القانون، ذلك أنه لا يدرك الفرق بين ما يضره وما ينفعه، فكان في الإذن له بالتصرف في أمواله ضررا أكيدا به، وأما القاصر المميز فقد اختلفوا في جواز الإذن له إلى قولين:

(1) لم ينص المشرع الجزائري على ماهية مجلس العائلة؟ وما يتكون؟ وما هي صلاحياته؟ غير أن المعمول به في ميدان الواقع - كما يقول د. الغوثي بن ملح - أنه يتكون من عضوين من جهة الأم وعضوين من جهة الأب، يتم اختيارهم من بين أقارب القاصر، ويعين هذا المجلس من طرف القاضي الذي يمارس الولاية المالية في دائرة اختصاصه، والذي يرأس جلسات هذا المجلس، كما تدون مدلولاته في محضر، أنظر الغوثي بن ملح - قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ص 204.

(2) المشرع المصري جعل ممارسة القاصر للتجارة مشروطة بإذن القاضي وحده، ولو مع وجود الوالي وفقا للمادة 57 من قانون الولاية على المال: «لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولاً بالولاية أو الوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنت المحكمة في ذلك إذنا مطلقا أو مقيدا»، وفي حال ممارسته للتجارة دون إذن المحكمة فإن تصرفاته تكون قابلة للإبطال، أنظر معوض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1567/3، وكمال صالح البنا - أحكام الولاية على المال ص 50، وهو ما نص عليه المشرع السوري في المادة 2/165: «لا يجوز له بغير موافقة القاضي مزاولة التجارة ولا عقد الإيجار لمدة تزيد عن سنة ولا أن يستوفي حقا أو يوفي دينا لا يتعلق بأعمال الإدارة».

(3) محمد حسنين - الوجيز في نظرية الحق ص 89.

القول الأول: يجوز الإذن للقاصر المميز مما يعني نفاذ جميع تصرفاته بموجب هذا الإذن، وهو

قول الحنفية⁽¹⁾، والمالكية⁽²⁾، والحنابلة⁽³⁾، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَأَبْتَلُوا أَلَيْسَ حَتَّىٰ إِذَا

بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾⁽⁴⁾.

ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى أمر بابتلائهم وهم يتامى⁽⁵⁾، أي قبل البلوغ، وابتلائهم

يكون بالسماح لهم بالتصرف في بعض أموالهم بالتجارة لمعرفة رشدهم من عدمه، ولقد جعل

الله عز وجل الاختبار يمتد إلى غاية البلوغ لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ وفي ذلك

دلالة ثانية على أن الاختبار يكون قبل البلوغ⁽⁶⁾.

ويُردّ على هذا الاستدلال، بأن الاختبار المذكور في الآية الكريمة لا يكون بالسماح لهم

بالتصرف في أموالهم، ولكن باختبار عقولهم وإطلاعهم على كيفية التعامل في البيع والشراء فإذا

أرادوا العقد عقد الولي⁽⁷⁾، كما أنه تعالى اشترط لدفع المال إليهم البلوغ مع الرشد فقال:

﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾⁽⁸⁾ فاشترط الرشد مع البلوغ لدفع المال

إليهم يدل على عدم جواز الإذن لهم قبل ذلك⁽⁹⁾.

(1) الكاساني-بدائع الصنائع 193/7 وما بعدها، السمرقناني- تحفة الفقهاء 275/3، السرخسي-المبسوط 21/25،

الزيلعي- كشف الحقائق 219/5.

(2) الخطاب- مواهب الجليل 61/5.

(3) موفق الدين وشمس الدين بن قدامي المقدسي-المغني ويليهِ الشرح الكبير 533/4.

(4) النساء الآية 6.

(5) الاختبار يشمل اليتيم الذي يختاره الوصي، كما يشمل من له أب كذلك، فيختاره أبوه ليعرف حاله، أنظر ابن العربي-

أحكام القرآن، دار الفكر بيروت، دت دط 320/1.

(6) الكاساني-بدائع الصنائع 193/7، الزيلعي- تبين الحقائق 219/5، الجصاص- أحكام القرآن 61/2، موفق

الدين وشمس الدين بن قدامي المقدسي-المغني ويليهِ الشرح الكبير 533/4، أحمد فراج حسين- المدخل للفقهِ الإسلامي

ص 217.

(7) أبو زكريا النووي- المجموع شرح المهذب 366/13.

(8) سورة النساء الآية 6.

(9) الجصاص- أحكام القرآن 62/2.

والإحابة على هذا أن الآية الكريمة أمرت بابتلائهم واختبارهم وهم صغار قبل البلوغ، وبدفع أموالهم بعد إيناس رشدهم، وذلك يقتضي أن يُسَلَّم لهم جزء من المال للاختبار في البيع والشراء فإذا بلغوا راشدين دُفعت لهم أموالهم جميعها⁽¹⁾.

كما استدلوا بمحدث أم سلمة رضي الله عنها، عندما انقضت عدتها، وأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم في خطبتها فقالت: يا رسول الله ليس أحد من أوليائي شاهداً، فأمرت ابنها عمر فقام فزوجها لرسول الله⁽²⁾، فالإذن له في تزويج أمه، دليل على جواز الإذن له في التجارة⁽³⁾.

ومن المعقول: قالوا أنه عاقل محجور عليه، فيصح تصرفه بإذن وليه، كما يصح تصرف العبد المأذون⁽⁴⁾.

القول الثاني: عدم جواز الإذن له ولا يتسَلَّم أمواله إلا بالبلوغ وإيناس الرشد⁽⁵⁾، وهو قول

- (1) ابن عابدين - حاشية رد المختار على الدر المختار 150/6، السرخسي - المسوط 21/25، ابن العربي - أحكام القرآن 320/1، محمود الكيسي - الصغیر بین أهلية الوجوب وأهلية الأداء، إدارة إحياء التراث الإسلامي ندوة قطر طبعة 1403هـ/1983م ص 340.
- (2) أخرجه الإمام أحمد في مسنده، أنظر مسند الإمام أحمد بما مشه منتخبة كثر العمال في سنن الأقوال والأفعال - دار الفكر، بيروت، دت دط 295/6، قال صاحب الفتح الرباني أن سنده جيد، أنظر أحمد عبد الرحمان البنا - الفتح الرباني مع شرحه بلوغ الأمان، دار إحياء التراث العربي، لبنان، دت دط، 162/16-163،
- (3) السرخسي - المسوط 22/25، عبد الأحد ملا رجب - أحكام اليتيم في الفقه الإسلامي ص 398.
- (4) موفق الدين وشمس الدين بن قدامي المقدسي - المعنى ولبه الشرح الكبير 533/4، السرخسي - المسوط 21/25.
- (5) والرشد يكون عند جمهور الفقهاء بحفظ المال وعدم تبذيره، أنظر ابن عابدين - حاشية رد المختار على الدر المختار 150/6، وأنظر الفخر الرازي - التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة دت 188/9، وهو فسّر به ابن عباس رضي الله عنهما قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رَشِدًا﴾ فقال أن الرشداً هو الصلاح في العقل ووجه المال، أنظر الجصاص - أحكام القرآن 63/2، بينما قال الشافعية أن الرشداً يكون بصلاح الدين والمال معاً، فلا يرنك المعاصي التي تسقط عدالته، ولا يبذر ماله، أنظر في معنى الرشداً عند الشافعية: الشريبي - معنى المحتاج 168/2. الشيرازي - المذهب في فقه الإمام الشافعي 331/1، النووي - المجموع شرح المذهب 366/13، وأحكام القرآن لا العربي 322/1.

الشافعية⁽¹⁾ والحنابلة في رواية⁽²⁾، وهو كذلك ما نقله ابن القاسم⁽³⁾، وابن وهب⁽⁴⁾، وأشهب⁽⁵⁾، عن الإمام مالك رحمه الله⁽⁶⁾.

واستدلوا بالآية الكريمة: ﴿وَأَبْتَلُوا الَّذِينَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنَّ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾⁽⁷⁾، ويقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾⁽⁸⁾، ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى أمر بدفع أموالهم إليهم بشرطي البلوغ والرشد معاً، فلا يجوز دفع المال قبل ذلك، كما أنه سبحانه وتعالى أمر بجمع أموالنا عن السفهاء، والصبي منهم، فدل ذلك على عدم جواز الإذن له⁽⁹⁾.

⁽¹⁾ عبد الله الكوهجي - زاد المحتاج بشرح المنهاج، راجعه عبد الله الأنصاري، ودارة الشؤون الدينية بدولة قطر، الطبعة الأولى - 1402هـ/1982م، ص 1901، المهذب 331/1، المجموع 366/13.

⁽²⁾ موفق الدين وشمس الدين بن قدامة المقدسي - المغني ويلي الشرح الكبير 533/4.

⁽³⁾ هو أبو عبد الله عبد الرحمان بن القاسم العتقي المصري، صاحب الإمام مالك عشرين سنة وتفقه به، وهو أعلم الناس بأقواله، ولقد خرّج عنه البخاري في صحيحه، وُلد سنة ثمان وعشرين أو ثلاث وثلاثين بعد المائة، ومات بمصر في صفر من سنة واحد وتسعين ومائة، أنظر محمد بن محمد مخلوف - شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دت، دط، ص 58.

⁽⁴⁾ هو أبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم القرشي مولاهم، إمام جامع بين الفقه والحديث، خرّج عنه البخاري وغيره، وُلد في ذي القعدة سنة خمس وعشرين ومائة، وتوفي بمصر في شعبان من سنة سبع وتسعين ومائة، أنظر محمد بن محمد مخلوف - المرجع نفسه ص 58.

⁽⁵⁾ هو أبو عمر أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري المصري، فقيه عالم ورع، خرّج عنه أصحاب السنن، وُلد سنة أربعين ومائة، وتوفي سنة أربع ومائتين، بعد الإمام الشافعي بنمانيه عشر يوماً، أنظر محمد بن محمد مخلوف - المرجع نفسه ص 58.

⁽⁶⁾ ابن العربي - أحكام القرآن 322/1.

⁽⁷⁾ سورة النساء الآية 6.

⁽⁸⁾ سورة النساء الآية 5.

⁽⁹⁾ المحصص - أحكام القرآن 61/2، المبسوط 21/25.

ويُردّ على هذا الدليل بأن الآية الكريمة، تنهى عن إيتاء السفهاء أموالنا، ونحن نتكلم عن دفع أموالهم إليهم، وحتى لو أن الآية عامة، فإن من يؤنس رشده ليس سفيهاً، ويجوز الإذن له⁽¹⁾. واستدلوا من المعقول: بأنه غير مكلف فهو أشبه بغير المميز، فلا يجوز الإذن له. والردّ على ذلك أن المميّز يدرك ما يجلب له النفع مما يضرّه، فكان في الإذن له اختباراً لمعرفة رشده من عدمه، فإذا ثبت صحة تصرفاته دفعت أمواله جميعها، وإلا فلا⁽²⁾. ولقد أخذت مختلف التشريعات الوضعية بمبدأ الإذن للقاصر، ولو مع اختلافات طفيفة في السن الواجبة لذلك، وما يشمله الإذن، غير أنها تتفق كلها على مبدأ تسليم القاصر بعض أمواله ليتمرّس على التعامل مع الناس، ويكتسب الخبرة اللازمة لذلك، وهو ما رجّحه الكثير من الفقهاء المعاصرين⁽³⁾، لأنه يتماشى مع ظاهر الآية في وجوب ابتلاء اليتامى، ولأن مبدأ الإذن للقاصر أقرب إلى تحقيق مصلحته، فهو وإن كان اختباراً للقاصر، فهو تدريب له على خوض غمار الحياة، وتميئته لدخولها.

(1) الزيلعي - تبين الحقائق 220/5 ، وانظر أحمد فراج حسين- المدخل للفقهاء الإسلامي ص 217 .

(2) الزيلعي - المرجع نفسه 219/5 ، عبد الأحد ملا رحب - أحكام اليتيم ص 401.

(3) انظر أحمد فراج حسين- المرجع نفسه ص 217 ، وانظر محمود الكبيسي - الصغور بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء.

ص 340 ، وانظر عبد الأحد ملا رحب - أحكام اليتيم في الفقه الإسلامي ص 398 .

جامعة الأميرة سمية
الفاضل الثاني، رقابة القاضي السابقة على
الأولياء على حال القاصر وعلى أعماله.

إن سلطات القاضي ورقابته في مجال الولاية المالية تتسم بالاتساع والشمول، فهي تطال الأولياء في أشخاصهم، إذ يتأكد القاضي من صلاحيتهم لمنصب الولاية، وذلك من حيث توفرهم على الأهلية الكاملة، بالإضافة إلى الأمانة والكفاءة، حتى يتم التصرف في مال القاصر بشكل سليم، فلا يُهمل ويضيع بقلة الكفاءة أو انعدامها، ولا يُنهب أو يُعاث فيه فسادا بانعدام الأمانة، كما أن رقابته تطال حلّ الأعمال التي يقومون بها، وذلك من حيث اشتراط إذنه قبل مباشرتها.

المبحث الأول: سلطة القاضي في تثبيتته وتعيين الأولياء.

نتناول فيه تثبيت الوصي المختار وتعيين المقدم (المطلب الأول)، وكذلك تنصيب كل من الوصي الخاص والوصي المؤقت (المطلب الثاني)، ووصي الخصومة وكذا المشرف (المطلب الثالث).

المطلب الأول: سلطة القاضي في تثبيتته الوصي المختار وتعيين المقدم.

الفرع الأول: تثبيتته الوصي المختار⁽¹⁾.

البند الأول: الحق في اختيار الوصي.

الوصي المختار هو من يختاره الولي الشرعي للولاية على مال القاصر بعد وفاته⁽²⁾، والأصل أن تعيين الوصي المختار يكون لكل من يملك حق الولاية على القاصر، وهو ما قال به فقهاء الشريعة الإسلامية، وما نص عليه بعض المشرعين العرب، كالمشرع السوري الذي أعطى حق

(1) و يسمى كذلك: الوصي بالوصية " le tuteur testamentaire " ، انظر إبراهيم النجار وأحمد زكي بدوي ويوسف شلا - القاموس القانوني ص 282 .

(2) محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية ص 840 ، وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته 755/7 ، محمد مصطفى شلي - أحكام الأسرة في الإسلام ص 800 .

الإيضاء لكل من الأب والجد⁽¹⁾، ونظيره المغربي الذي أعطى هذا الحق لكل من الأب والأم⁽²⁾.

غير أن هناك استثناءات في بعض التشريعات الأخرى، كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري الذي أعطى حق الإيضاء لكل من الأب والجد بموجب المادة 92 من قانون الأسرة: «يجوز للأب والجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره، أو تثبت عدم أهليتها بالطرق القانونية، وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون»، وذلك بالرغم من أنه لم يعطي حق الولاية للجد أصلاً، فإذا كان هذا الأخير قادراً على اختيار من يصلح للوصاية على مال القاصر، فالأولى أن يكون قادراً على ممارسة الولاية بنفسه، كما أنه حرم الأم من حق الإيضاء رغم أنه أعطاها حق الولاية في ذاته، فالواجب أن تملك حق الإيضاء الذي هو جزء منه .

ويدو أن هذا التناقض بين النصوص القانونية مرده إلى أن المشرع الجزائري حاول التوفيق بين المذاهب الفقهية من جهة، وبين تأثيره بالقانون الفرنسي من جهة أخرى، فنجده لم يعطي حق الولاية للجد مماشياً مع المذهب المالكي، غير أنه قرّر له حق الإيضاء وفقاً للمذهب الحنفي، كما أنه أعطى الولاية للأم مماشياً وتأثراً بالقانون الفرنسي، وحرّمها في المقابل من حق الإيضاء⁽³⁾، وإذا اعتبرنا أن حق الإيضاء متضمّن في حق الولاية وجزء لا يتجزأ عنه، فإن ذلك يستوجب ضرورة إعادة النظر في أحكام المادتين 87 و92 من قانون الأسرة على نحو يزيل التناقض الموجود بينهما .

غير أنه يبدو من جهة أخرى أن المشرع الجزائري قد أقر لكل من الأم والجد نوعاً خاصاً من الولاية، بحيث منحهما ولاية ناقصة الصلاحيات، فأعطى للأم حق الولاية دون حق

(1) تنص المادة 1/176 من قانون الأحوال الشخصية السوري أن: «يجوز للأب والجد عند فقدان الأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر أو الحمل، وله أن يرجع عن إيضائه»، وتنص المادة 1/172 من نفس القانون أنه: «للأب وللجد العصى دون غيرها ولاية على مال القاصر حفظاً وتصرفاً واستثماراً» .

(2) تنص المادتان 1/237 و3/238 من مدونة الأسرة المغربية، على حق الأب والأم في اختيار وصي على القاصر، وتنص المادة 231 من نفس القانون أن: «صاحب النيابة الشرعية: الأب الراشد، الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته، وصي الأب، وصي الأم، القاضي، مقدّم القاضي» .

(3) مقبولجي عبد العزيز - الرشداء عديمي الأهلية، ماجستير كلية الحقوق جامعة الجزائر العاصمة سنة 2003 ص 72

الفصل الثاني: رقابة القاضي السابقة على الأولياء على مال القاصر وعلى أعمالهم

الإيضاء، وأعطى للجد حق الإيضاء دون حق الولاية، وذلك محاولة منه - كما سبق ذكره - للتوفيق بين المذاهب الفقهية من جهة، وبين ما تنادي به القوانين الحديثة، وخاصة القانون الفرنسي.

كما أن المشرع المصري خرج عن القاعدة، ولم يعطي حق الإيضاء إلا للأب، دون الجد الذي منحه حق الولاية⁽¹⁾، وربما يكون ذلك كما قال الإمام أبو زهرة⁽²⁾، تأثراً بالمذهب المالكي الذي لا يثبت الولاية للجد أصلاً، فاتفق معه فيما يخص الإيضاء من الجد وخالفه في ولايته، وهذا في حين أنه منح حق اختيار الوصي لمن لا يملك حق الولاية أصلاً، وهو المتبرع الذي اشترط أن لا تكون الولاية على المال الذي تبرع به للقاصر تابعة لوليّه الشرعي⁽³⁾، وذلك لأنه يُفترض في المتبرع هنا أن يحسن اختيار من يقوم على المال⁽⁴⁾، كما أن من شأن ذلك عدم تفويت الفرصة على القاصر للاغتناء بهذا المال .

البند الثاني: تثبيت الوصي المختار.

وعلى كل وبغض النظر عن الأشخاص الذين يمتلكون حق الإيضاء، فإن مباشرة الوصي لممارسة مهامه بعد وفاة الوصي تستوجب إجراءً أساسياً، يتمثل في التثبيت القضائي، فالقاضي هنا وإن لم يكن له دخل في اختيار الوصي، إلا أنه يضطلع بدور هام في تثبيت هذا الاختيار، وبدون هذا التثبيت لا يعوز الوصي صفته القانونية، ولا يمكنه مباشرة أعمال الوصاية. وإن كان هذا الإجراء لا يتطرق للوصاية في حد ذاتها كحق شخصي مضمون للولي الشرعي. وإنما يتعلق بإثباتها من الناحية الشكلية، وكذلك بمدى قابلية الوصي لهذه المهمة، فالقاضي يتأكد.

(1) تنص المادة الأولى من قانون الولاية على المال المصري أن: «لأب ثم الجد الصحيح إذا لم يكن قد اختار وصياً للولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة» .

(2) محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية ص 484 .

(3) وهو ما نصت عليه المادة 3 من قانون الولاية على المال المصري: «لا يدخل في الولاية ما يزول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك» .

(4) كمال صالح البنا - أحكام الولاية على المال ص 26 .

بفضل هذا الإجراء من صحة الوصاية شكلاً، ومن حسن اختيار الوصي، من حيث توفر الشروط المطلوبة فيه وغياب الموانع⁽¹⁾.

أولاً - التأمّن من صحة الوصاية شكلاً .

لا يُشترط فقها إثبات الوصاية عند القاضي إلا إذا كان هناك نزاع قائم، كأن يدعي الوصي على شخص ما ديناً للميت، إذ يلزمه إثبات الوصاية بالبينة، فيثبت أن الموصي قد أوصى له، وأنه قبلها في حياته (الموصي)⁽²⁾، بعد ذلك ينظر القاضي في شروط صلاحيته لها، كعدالته وكفاءته، عندئذ يثبت ويقضي بوصايته، فالقاضي إذا لا يناقش الحق المدعى به، حتى يتم إثبات الوصاية بالبينة⁽³⁾.

- (1) تنص المادة 94 من قانون الأسرة الجزائري أنه: « يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها ». و تنص المادة 3/28 من قانون الولاية على المال المصري أنه: « يجوز للأب والمتبرع بطريق الوصية ، في أي وقت أن يعدلا عن اختيارهما وتعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها » ، و تنص المادة 2/176 من قانون الأحوال الشخصية السوري: « وتعرض الوصاية بعد الوفاة على المحكمة لتثبيتها » . و تنص المادة 2/237 من مدونة الأسرة المغربية: « تعرض الوصية بمجرد وفاة الأب على القاضي للتحقق منها وتثبيتها » ، و تنص المادة 4/238 من نفس القانون: « تعرض الوصية بمجرد وفاة الأم على القاضي للتحقق منها وتثبيتها » .
- (2) ويشترط لصحة الوصاية أن يستمر الموصي عاقلاً إلى وفاته ، فإذا جنّ أو عته بطلت الوصاية ، لأن الإعياء تصرف غير لازم فيشترط في بقائه ما يشترط في إنشائه ابتداءً ، أنظر محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية ص 483 .
- (3) الشيخ نظام - الفتاوى الهندية 431/3 وما بعدها ، ولقد جاء في كتب الخفعية نموذج عن شكل المحضر الذي يثبت به القاضي الوصاية وهو كما يأتي : « ثم يكتب : و أحضر معه من الشهود جماعة فشهدوا أن فلانا بن فلان أبا هذا الذي حضر وقد عرفوه معرفة قديمة باسمه ونسبه ووجهه ، توفي وترك من الورثة أباه فلانا وأمه فلانة ومن البنين فلانا وفلانا ، ومن البنات فلانة وفلانة ... و أبا يعرفون له وارثا غيرهم ، وأن هذا المتوفى أشهدهم في صحة عقله وبدنه وجواز أمره ، أنه جعل أخاه هذا الذي حضر وصيه بعد وفاته في جميع ما يخلقه ، وهو حاضر في مجلس الاستشهاد قبل وصايته ، وقد عرف القاضي هؤلاء الشهود بالعدالة و الرضا في الشهادة ، فسأل القاضي المدعى عليه هذا الذي أحضره معه ، عما ادّعا عليه هذا الذي حضر لأخيه فلان الموصي من الدراهم الموصوفة ، فأقر المدعى عليه هذا أن فلان بن فلان أخي هذا الذي حضر ، عليه كذا كذا درهما ... ، فسأل مدعي الوصاية هذا الذي حضر القاضي إنفاذ القضاء بجميع ما ثبت عنده بشهادة هؤلاء الشهود ، من وفاة أخيه فلان ، وعدد ورثته ووصايته إليه ، وإلزام المدعى عليه هذا الذي أقر به عنده لفلان من الدراهم الموصوفة فيه ، والقضاء بذلك كله عليه وأمره بدفعها إليه ، فأنفذ القاضي فلان القضاء بوفاة فلان بن فلان أخي المدعي هذا الذي حضر ، وعدد ورثته فلان وفلان إلى آخرهم ، على ما اجتمع عليه هؤلاء الشهود ، ثم أنفذ القاضي القضاء بوصاية فلان بن فلان يعني الموصي إلى أخيه هذا الذي حضر في جميع تركته وقبوله هذه الوصاية بما اجتمع عليه -

أما إثبات الوصاية قانوناً فيشترط أن يكون بورقة رسمية أو عرفية مصدق على توقيع الموصي فيها، أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه⁽¹⁾، ويرى الإمام أبو زهرة⁽²⁾ رحمه الله أن اشتراط إثبات الوصاية شكلاً في القانون، لا يخرج عن إطار إثبات الوصايا والتصرفات التي تلحق بالمتوفى شرعاً، ومثال ذلك أن إثبات الطلاق على المتوفى يتم بما هو قريب من ذلك. والمشرع الجزائري لم ينص هنا على كيفية إثبات الوصاية، ولذلك فإننا نتبع القواعد العامة في الإثبات.

أما إثبات الوصاية وفقاً للقانون 778 لسنة 1957 الذي كان مطبقاً إبان الفترة الاستعمارية، فإنه يتم وفقاً للمادة 21 منه بورقة مكتوبة من الوصي وموقعة بخطه، أو بتقرير أمام القاضي أو الموثق بحضور شاهدين، أو بإظهار إرادة المتوفى في حضور شاهدين في حالة وجود مانع من الكتابة⁽³⁾.

ثانياً- التأكد من توفر الشروط في الوصي وظوه من الموانع .

بالإضافة إلى التأكد من صحة الوصاية في جانبها الشكلي، فإن القاضي يتحقق بعدها من صلاحية الوصي لها، فينظر إذا كان أهلاً لها فيثبته وإلا فلا، فلقد قال الحنفية: «ثم إذا أقام بينة على أن الميت أوصى إليه، وأنه قبل وصايته، نظر القاضي فيه إن كان عدلاً مرضياً السيرة مهتدياً في التجارة، جعله القاضي وصياً وقضى بوصايته، وإن عرفه بالفسق والخيانة لا يمضي

-هؤلاء الشهود، وذلك بعد أن انتهت إليه عدالته، وأمانته، وأنه موصع لذلك، وأنه أمر أن يقوم بجميع تركه أحيه ولان بنفلان مقام الموصي فيما يجب في ذلك لله تعالى، وإلزام القاضي فلان بن فلان المدعى عليه هذا ما أقر به عنده لفلان بن فلان من الدراهم الموصوفة فيه، وقضى بذلك كله عليه وأمره بدفعها إلى فلان هذا الذي حضر وصي فلان وهو أخوه، وقضى بذلك كله على ما سمى ووصف في هذا الكاتب بمحضر من فلان وذلك كله في مجلس قضائه ...» انظر الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 196/6-197 .

(1) المادة 2/28 من قانون الولاية على المال المصري تنص: «ويشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية أو عرفية مصدق على توقيع الأب أو المتبرع فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه»، وانظر كمال صالح البنا - أحكام الولاية على المال ص 26، ومعرض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1524/3 .

(2) محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية ص 484 .

(3) محمد حسنين - الوجيز في نظرية الحق ص 101 .

إبصاءه، وإن عرف منه ضعف رأي وقلة هداية في التصرف، يُمضي وصايته ويقضي بها، ولكن يضم إليه أمينا مهتدياً في التجارة حتى يتظاهرا في التجارة ولا يتلفا مال الصبي»⁽¹⁾.

ويقول الإمام أبو زهرة: «فإن كان الوصي غير مستوفي للشرط بعد الوفاة فإن القاضي يُخرجه ولا يمكنه»⁽²⁾.

كما نصت المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال المصري، أن اختيار الوصي من قبل الموصي، لا يمنع من تأكد المحكمة من توفر الشروط اللازمة فيه، فتثبت عند وجودها، أو تقرّر تعيين وصي آخر يصلح لتولي الوصاية⁽³⁾، وتنص المادة 3/176 من قانون الأحوال الشخصية السوري⁽⁴⁾، أن القاضي لا يثبت الوصاية إلا بعد التأكد من توفر الشروط الشرعية فيها.

فالتثبيت القضائي يتشكل من الجانب الشكلي الذي يتأكد فيه القاضي من صحة الوصاية، من حيث صدورها من الموصي وقبولها من الوصي، كما أنه يتأكد من الجانب الموضوعي المتمثل في صلاحية الوصي لممارسة مهامه، من حيث توفر الشروط المطلوبة فيه، وغياب الموانع. على أن القاضي بعد الفحص والتدقيق يملك سلطة واسعة في تقدير خدمة الوصاية لمصالح القاصر من عدمها، وبالتالي يمكنه رفضها، وهو ما صرح به المشرع الجزائري في نص المادة 94 من قانون الأسرة⁽⁵⁾.

ولقد عزز المشرع الجزائري بموجب المادة 92 من قانون الأسرة⁽⁶⁾ من صلاحيات القاضي بحيث منحه حق اختيار الوصي الأصح في حالة تعدد الأوصياء.

(1) الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 431/3 ، 220/5 .

(2) محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية ص 483 .

(3) كمال صالح البنا - أحكام الولاية على المال ص 26 .

(4) تنص: «أن الوصاية في أموال القاصرين بعد وفاة الأب هي للوصي الذي اختاره الأب وإن لم يكن قريباً لهم على أن تعرض الوصاية على القاضي لتثبيتها فيما إذا كانت مستوفية للشروط الشرعية» .

(5) تنص: «يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها» .

(6) تنص أنه: «يجوز للأب والجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره ، أو تثبت عدم أهليتها بالطرق القانونية، وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون» .

والسؤال المطروح هنا، هو في حالة ما إذا أوصى الأب لأكثر من وصي واحد، فهل يلتزم القاضي بالوصية ويثبتهم جميعاً؟ وفي هذه الحالة هل يعطي لكل منهم اختصاصاً محدداً؟ أو يُشركهم جميعاً في التصرف في مال القاصر؟

أم أنه يختار الأصحح منهم كما نصت عليه المادة 92 من قانون الأسرة؟ .

وأرى أن القاضي في هذه الحالة يمكنه أن يثبت أكثر من وصي واحد، وذلك تقيداً بالوصية. كما أن المادة 92 من قانون الأسرة نصت على اختيار الأصحح من الأوصياء على وجه الجواز فقط، ولم تلزم القاضي بذلك بدليل أن المشرع استعمل عبارة (للقاضي) أي يجوز له بذلك خاضع لتقديره، كما أن بقية النصوص الخاصة بالوصاية لا تدل على منع التعدد .

هذا وإذا أثبت القاضي الأوصياء، فإن عليه التقيّد بإرادة الموصي من حيث اختصاص كل منهم بتصرف معين، أو إشراكهم جميعاً في التصرف، وإذا لم تبيّن الوصية ذلك، فإن القاضي يعتمد في ذلك دائماً على معيار مصلحة القاصر⁽¹⁾ .

والتشريعات العربية الأخرى لم تنص على حالة تعدد الأوصياء المختارين، غير أن المشرع المغربي تطرّق لحالة وجود الوصي مع الأم⁽²⁾، ففي هذه الحالة تفرد الأم بالولاية على أولادها ويكون الوصي مشرفاً عليها فقط، ويرفع ما يراه ضرورياً للقاضي .

وتعدّد الأوصياء المختارين جائز عند الفقهاء بالاتفاق⁽³⁾، إذ قالوا بأنه يجوز للموصي الإيصال لاثنين فأكثر، فإذا أوصى إليهما مجتمعين، أو لم يوضّح مجال تصرف كل منهما، يُحمل ذلك على قصد التعاون بينهما، فلا يكون لأحدهما التصرف دون صاحبه، لأن الموصي رأى المصلحة في ذلك، كأن يكون أحدهما أميناً والآخر عارفاً بالتجارة، وإن كان الإمام أبو حنيفة رحمه الله قال أن الوصية لا تقبل التجزيء، فإنه يجوز للموصي عند جمهور الفقهاء أن يخصّ

(1) معوض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1524/3 .

(2) المادة 4/238 من مدونة الأسرة المغربية: « في حالة وجود وصي الأب مع الأم ، فإن مهمّة هذا الأخير تقتصر على تتبع تسيير الأم لشؤون الوصي عليه ورفع الأمر إلى القضاء عند الحاجة» .

(3) الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 515/3 ، الزرقاني-شرح الزرقاني 201/8 ، حواشي الشرواني وابن القاسم العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج - دار إحياء التراث العربي ، دت ، دط 92/7 ، موفق الدين وشمس الدين بن قدامي المقدسي-المغني والشرح الكبير 568/6 .

كلًا منهما بتصرف معين، هذا ويكون لكل واحد منهما الإنفراد بإجراء الأمور الضرورية والتي فيها نفع محض للقاصر كإقتضاء الديون وردّ الودائع والعارية⁽¹⁾.

الفروع الثاني: تعيين المقدم (وصي القاصي).

إن مصلحة القاصر تستوجب دائما وجود من يقوم برعايته والسهر على حسن تسيير وإدارة أمواله، ولذلك يكون من واجب القاضي السهر دائما على عدم حصول فراغ أو اختلال في هذه الوظيفة الحيوية، التي يجب أن تستمر إلى غاية بلوغ القاصر الرشد، وفي هذا الإطار فإن القاضي يملك حق تعيين الوصي أو ما يسمى بالمقدم⁽²⁾، فإذا خلا القاصر من ولي أو وصي مختار، أو فقد نائبه الشرعي أحد الشروط الواجب توفرها فيه، وجب سدّ الفراغ بتعيين المقدم الذي ينظر في الشؤون المالية للقاصر ويرعى مصالحه⁽³⁾.

والأصل أن القاضي هو صاحب الحق في الولاية هنا، إلا أنه لكثرة مشاغله ينيب المقدم عنه في هذه المهمة⁽⁴⁾، كما أنه بعد تعيين المقدم لا يمتلك إلا حق الإشراف العام على الولاية⁽⁵⁾.

وعليه فإن تعيين المقدم يكون في الحالات الآتية:

(1) الزرقاني-شرح الزرقاني 201/8، ابن عبد البر القرطبي-الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ص 548، حواشي الشرواني وابن القاسم العبادي 92/7.

(2) وهو اللفظ المستعمل عند فقهاء المالكية، واستعمله المشرعان الجزائري والمغربي كذلك، بينما يستعمل المشرعون المشاركة عبارة "وصي القاصي".

(3) ابن عابدين- حاشية رد المختار على الدر المختار 701/6، الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 219/5، الخطاب-مواهب الجليل 60/5، الزرقاني- المرجع نفسه 200/8، حواشي الشرواني وابن القاسم العبادي 88/7، كما تنص على حق القاضي في تعيين المقدم المواد: 99 من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 244 من مدونة الأسرة المغربية، والمادة 29 من قانون الولاية على المال المصري، والمادة 177 من قانون الأحوال الشخصية السوري.

(4) ولقد قال الفقهاء بأن القاضي الذي يملك تعيين مقدم على القاصر، هو القاضي الذي يملك الولاية عليه، فلا يكفي أن تكون أموال القاصر تحت ولايته، بمعنى أنه إذا كان القاصر يقيم في مكان ما، وكانت أمواله في مكان آخر، فإن القاضي الذي يلي القاصر هو صاحب الحق في التقديم عليه وليس القاضي الذي تتواجد الأموال تحت يديه، فالعبرة بمكان تواجد القاصر وليس بمكان تواجد الأموال، أنظر الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 220/5، وأنظر عبد السلام الرفعي-الولاية على المال ص 266.

(5) عبد السلام الرفعي - المرجع نفسه ص 266-267.

البند الأول ، حالة حصول فراغ في منصب الولي المالي،

كما قلنا فإن مصالح القاصر تتطلب رعاية مستمرة، ولا تحتمل الانقطاع أو التأخير، فكان على القاضي واجب تعيين من يقوم على مصالحه إن لم يكن له ولي أو وصي، فلقد جاء في الفقه الحنفي أن القاضي ينصب وصيا (مقدماً) في الحالات الآتية: «إذا كان في التركة دين... أو وصية أو صغير، فينصبه لقضاء الدين أو لتنفيذ الوصية أو لحفظ مال الصغير»⁽¹⁾. وقال المالكية أنه إذا لم يكن للقاصر المأذون ولي أو وصي فإن القاضي يعين له مقدماً، يجيز تصرفاته النافعة له، ويرد ما يضره وفقاً لما يراه⁽²⁾.

ولقد جاء في الفقه المالكي نموذج عن محضر تعيين المقدم وهو كالآتي: «قدم القاضي بمدينة كذا أبو فلان فلان بن فلان، وفقه الله وسدده، فلان بن فلان بن فلان، على النظر لليتيم فلان بن فلان، والتنمي لماله، وضبطه وتنقيفه، وإجراء النفقة عليه، ويجب الإنفاق عليه وعلى من يجب الإنفاق عليه بسببه، تقديماً أقامه فيه مقام الوصي التام الإيصاء الجائز الفعل، بعد أن ثبت عنده من يتم اليتيم، وأنه لا وصي له من قبل الأب ولا مقدم من حاكم، ما أوجب التقديم وقبل فلان التقدم»⁽³⁾.

كما يعين القاضي مقدماً على القاصر ولو كان له ولي أو وصي، إذا كان هذا الأخير غائباً لمدة طويلة، فلقد جاء في الفتاوى الهندية⁽⁴⁾: «وإن كان للصغير أب غائب واحتجج إلى إثبات حق للصغير، إن كانت غيبة الأب منقطعة بنصب القاضي وصياً وإلا لا». ولقد نصت مختلف التشريعات العربية على هذا المبدأ⁽⁵⁾، وفي هذا الصدد فإن المشرع

(1) الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 218/5 .

(2) الخطاب- مواهب الجليل 60/5 ، محمد أحمد عليش - شرح منح الجليل على مختصر خليل، دار صادر دت، دط، 169/3 .

(3) الخطاب- مواهب الجليل 72/5 .

(4) الشيخ نظام- الفتاوى الهندية 219/5 .

(5) المادة 99 من قانون الأسرة الجزائري: «المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه ، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة»، والمادة 29 من قانون الولاية على المال المصري: «إذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصي مختار تعين المحكمة وصياً ، و يبقى وصي الحمل المستكن وصياً على المولود ما لم تعين المحكمة غيره » ، والمادة 177 من قانون الأحوال الشخصية السوري: «إذا لم يكن =

المصري⁽¹⁾ نص على وجوب إعلام النيابة العامة فور حصول فراغ في منصب الولى المال، إذ يقع هذا الواجب على أقارب القاصر وعلى الموظفين العموميين الذين أثبتوا وفاة نائبه الشرعي، وذلك في ظرف أربع وعشرين (24) ساعة من تاريخ الوفاة، ليقوم القاضى بعدها بتعيين نائب جديد عن القاصر من بين من ترشّحهم النيابة العامة لهذا المنصب⁽²⁾.

أما المشرّع المغربي فلقد ألزم الورثة والأقارب والسلطات الإدارية المحلية بإبلاغ القاضى المكلف بشؤون القاصرين بحالة وفاة الولى أو الوصى أو المقدم، في ظرف ثمانية (08) أيام من تاريخ وفاته، كما يقع هذا الالتزام على النيابة العامة من تاريخ علمها به، وفي حالة فقدان النائب الشرعي لأهليته، فإنه يجب إعلام القاضى في ظرف شهر من تاريخ حصول ذلك⁽³⁾، ليَتَّخذ الإجراءات الكفيلة بحماية حقوق القاصر⁽⁴⁾.

= للقاصر أو الحمل المستكن وصى مختار تعين المحكمة وصيا»، والمادة 1/244 من مدونة الأسرة المغربية: «إذا لم توجد أم أو وصى، عينت المحكمة مقدا للمحمور، وعليها أن تختار الأصلح من العصابة، فإن لم يوجد فمن الأقارب الآخرين وإلا فمن غيرهم».

(1) المادة 979 من قانون المرافعات المصري تنص أنه: «على الأقارب المقيمين في معيشة واحدة مع المتوفى وعلى ورثته البالغين والمأمورين أو الموظفين العموميين الذين أثبتوا الوفاة وكذلك مشايخ البلاد أن يبلغوا العمدة أو شيخ الحارة في ظرف أربع وعشرين ساعة بوفاة كل شخص توفي عن حمل مستكن أو قصر أو عديمي الأهلية أو ناقصيها أو عانين بوفاة الولى أو الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب... وعلى العمدة ومشايخ الحارات أن يبلغوا ذلك إلى النيابة العامة بالمحكمة التي يقع في دائرتها محل عملهم في ظرف أربع وعشرين ساعة من وقت إبلاغهم بذلك أو علمهم به».

(2) المادة 986 من قانون المرافعات المصري تنص: «تعيّن المحكمة النائب عن عديمي الأهلية أو الغائب أو المساعد القضائي لمن تقرر مساعدته، بعد أخذ رأي النيابة العامة ودوي الشأن وعلى النيابة أن تتخذ الإجراءات اللازمة لترشيح من يصلحون للنيابة عن عديمي الأهلية والغائب أو مساعدة المطلوب مساعدتهم قضائيا، وأن ترفع هذا الترشيح للمحكمة خلال ثمانية أيام على الأكثر من تاريخ الوفاة أو قرار الحجر أو المساعدة القضائية أو إنابة الغيبة أو سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها».

(3) المادة 266 من مدونة الأسرة المغربية: «في حالة وجود ورثة قاصرين للمتوفى، أو وفاة الوصى أو المقدم، يتعين على السلطات الإدارية المحلية والأقارب الذين كان يعيش معهم، إبلاغ القاضى المكلف بشؤون القاصرين بواقعة الوفاة خلال فترة لا تتعدى ثمانية أيام، ويقع نفس الالتزام على النيابة العامة من تاريخ العلم بالوفاة،

- ترفع الفترة المنصوص عليها في الفقرة السابقة إلى شهر، في حالة فقدان القريب أو الوصى أو المقدم للأهلية».

(4) المادة 257 من مدونة الأسرة المغربية: «بأمر القاضى المكلف بشؤون القاصرين بإقامة رسم عدة الورثة وبكل إجراء يراه مناسبا للمحافظة على حقوق ومصالح القاصرين المالية والشخصية».

وإن كان المشرعان المصري والسوري قد جعلوا إعلام القاضي بشغور منصب الولي المالي إلزامياً، فإن المشرع الجزائري جعل ذلك جوازياً فقط، بحيث نصت المادة 182 من قانون الأسرة أنه: «في حالة عدم وجود ولي أو وصي يجوز لمن له مصلحة أو للنيابة العامة أن يتقدم إلى المحكمة بطلب تصفية التركة وبتعيين مقدم، ولرئيس المحكمة أن يقرر وضع الأختام، وإيداع النقود والأشياء ذات القيمة، وأن يفصل في الطلب».

ولأن مصلحة القاصر تقتضي الرعاية المستمرة وغير المنقطعة، ولا تختمل التأخير الذي يضر به، ولأن مسائل الأسرة تعتبر من النظام العام، ولأن النيابة العامة طرف أصلي في جميع قضاياها⁽¹⁾، فإنه من الواجب النص على إلزام الأقارب والسلطات الإدارية، وكل من يعلم بشغور منصب الولي المالي، بإعلام النيابة العامة أو القاضي، في ظرف قصير من حدوث ذلك، لتقوم فوراً باتخاذ ما يكفي من إجراءات قانونية للحيلولة دون الإضرار بالقاصر.

البند الثاني: حالة اختلال شرط من شروط الولاية.

من الشروط الواجب توفرها في كل من يتولى أمور القاصر المالية - زيادة على الأهلية الكاملة - العدالة والقدرة على إدارة أمواله، أو ما يعبر عنه الفقهاء بمصطلح الكفاية، ذلك أن اختلال أحد هذين الشرطين (العدالة والكفاية) يكون له الأثر البالغ على السير الحسن للولاية، ولذلك يتدخل القاضي هنا إما بتعيين مقدم مكان النائب الشرعي، أو يكفي بأن يضمه إليه، ليضمن حسن إدارته للأموال.

فالقاضي لا يعزل النائب الشرعي إذا اختل شرط الكفاية فيه، وإنما يضم إليه وصياً أو مقدماً، أما إذا اختل شرط العدالة فيعزله ليعين مقدماً أميناً مكانه، فلقد جاء في الفقه الحنفي: «وإذا كان عدلاً غير كافٍ، لا يعزله بل يضم إليه آخر كافياً... أما إذا لم يكن عدلاً يعزله

(1) المادة 3 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، المضافة بموجب القانون 09/05 المؤرخ في 05 يونيو 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة تنص: «تُعَدُّ النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون».

وينصب وصياً آخر»⁽¹⁾، وقالوا كذلك: «لو كان أب الصغير مبانراً متلفاً مال الصغير ينصب وصياً لحفظ ماله»⁽²⁾.

وهو ما جاء في الفقه الشافعي كذلك، فبمجرد اختلال شرط الكفاية في مقدم القاضي فإنه يعزله ويقيم غيره مكانه لأنه هو الذي عينه⁽³⁾.

والقانون لا يختلف عن الفقه الإسلامي في اعتبار الشروط الواجب توفرها في النائب الشرعي من قبيل شروط الابتداء والاستمرار في الولاية، فإذا اختل أحدها كان من الواجب على القاضي التدخل بوقف النائب الشرعي، أو الحد من ولايته، أو سلبه إياها مطلقاً، وفي هذه الحالة وجب عليه تعيين من يخلفه في مهامه .

البند الثالث: حالة حصول اختلال في الولاية عند تعمد الأوصياء.

إذا أوصى الأب إلى وصيين اثنين فقبل أحدهما ورفض الآخر، أو إذا اختلفا في التصرف في مال القاصر أو مات أحدهما، أو امتنع عن التصرف، فإنه لا يكون للآخر التصرف وحده، بل يضم له القاضي مقدماً عدلاً أميناً⁽⁴⁾، وكذلك في حال ما إذا فقد أحدهما أهليته، أو فقدها الاثنان، فالقاضي هنا يكون له ضمّ مقدم، أو تعيين مقدمين أمينين⁽⁵⁾، ضماناً لحسن إدارة مال القاصر واحتراماً لإرادة الموصي .

والمقدم عند الفقهاء يتصرف مثل الوصي، غير أنّ المالكية⁽⁶⁾ قالوا بأنه يجب عليه استشارة القاضي في بيع الأملاك والعقار، لأنه وكيل مخصوص وليس كالوكيل المفوض، بعكس الوصي المختار الذي يمكنه بيع العقار لأحد الوجوه المبيّنة شرعاً دون استئذان القاضي. ولقد نص القانون على جواز تعيين أكثر من مقدم واحد⁽¹⁾، إذا تطلبت مصلحة القاصر أو الضرورة ذلك، كأن تكون له أموال متعدّدة تتطلّب فيمن يسيّرهما شخصاً معيناً (مصانع ،

(1) داماد أفندي-مجمع الأمر 721/2 .

(2) الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 218/5 ، ابن عابدين- حاشية رد المحتار على الدر المختار 701/6 .

(3) حواشي الشرواني وابن القاسم 88/7 .

(4) ابن عابدين- المرجع نفسه 701/6 ، الزرقاني-شرح الزرقاني 200/8 .

(5) حواشي الشرواني وابن القاسم 88/7 .

(6) الخطاب-مواهب الجليل 72-60/5 .

وأراضي زراعية مثلا)، فيعين القاضي من يصح لكل نوع، أو يضمه للوصي المختار⁽²⁾، وفي هذه الحالة ينفرد كل منهم باختصاص معين وفقا لقرار التعيين، ولا يجوز لأي منهم أن يتصرف خارج الحدود المرسومة في هذا القرار⁽³⁾، غير أنه يجوز لهم الأفراد في الأمور المستعجلة والضرورية كالطعن في الأحكام القضائية، وقبول التبرعات الخالية من الالتزامات⁽⁴⁾. هذا ولقد نص المشرع المغربي على جواز تعيين المقدم إلى جانب الوصي، إذا تطلب الأمر مساعدته في بعض الأعمال⁽⁵⁾، أما المشرع الجزائري فلم يتطرق إلى جواز تعيين أكثر من مقدم واحد وترك ذلك لتقدير القاضي، ولقد كان القانون رقم 778 لسنة 1957 ينص على أنه في حالة تعدد الأوصياء يخصص كل منهم في وثيقة تعيينه، وإلا فإنهم يشتركون في التصرف ويكونون في هذه الحالة مسؤولين بالتضامن وفقا للمادة 24 منه⁽⁶⁾. وعليه فإن مبدأ تعدد المقدمين أو إضافة المقدم إلى الوصي، أمر عملي الواقع، وتتطلبه مصلحة القاصر، كأن يكون له أموال متعددة ومختلفة، تتطلب عدة اختصاصات يتكفل بها هؤلاء المقدمون بشكل يحقق الهدف من تشريع الولاية على المال وهو مصلحة القاصر.

(1) يكون تعيين المقدم في القانون بقرار تصدره المحكمة، ولا تعين المحكمة إلا من هو قادر على إدارة أموال القاصر أمين عليها، وأن يكون خاليا من الموانع المبينة قانونا، ولقد أوجب المشرع المغربي على القاضي أن يعين المقدم من بين عصبات القاصر أو أقاربه، فإن لم يوجدوا أمكنه تعيين مقدم من غيرهم، وهو ما نصت عليه المادة 1/244 من مدونة الأسرة المغربية.

(2) ويمكن تعيين وصيين (مقدمين) في حالة ما إذا كان للمتوفى زوجتان، فتعين المحكمة كل واحدة منهما وصية على أولادها، أنظر كمال صالح البنا - أحكام الولاية على المال ص 28.

(3) حسن كيرة - المدخل إلى القانون ص 605، و تنص المادة 2/244 من مدونة الأسرة المغربية أنه: «للمحكمة أن تشرك شخصين أو أكثر في التقدم، إذا رأت مصلحة المحذور في ذلك، وتحدد في هذه الحالة صلاحية كل واحد منهم» وتنص المادة 30 من قانون الولاية على المال المصري أنه: «يجوز عند الضرورة تعيين أكثر من وصي واحد، وفي هذه الحالة لا يجوز لأحدهم الأفراد إلا إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصا لكل منهم في قرار تعيينه أو في قرار لاحق، ومع ذلك لكل من الأوصياء اتخاذ الإجراءات الضرورية أو المستعجلة أو المتحفظة لرفع القاصر».

(4) معوض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1526/3.

(5) تنص المادة 234 من مدونة الأسرة المغربية أنه: «للمحكمة أن تعين مقدما إلى جانب الوصي تكلفه بمساعدته أو بالإدارة المستقلة لبعض المصالح المالية للقاصر».

(6) محمد حسنين - الوجيز في نظرية الحق ص 102.

ونلاحظ أن هناك اتفاقاً بين الفقه الإسلامي والقانون في إعطاء حق تعيين المقدم على القاصر للقاضي، في حال عدم وجود ولي أو وصي، أو في حال فقدان النائب الشرعي صلاحيته لممارسة الولاية، كما وافق القانون الفقه في جواز تعدد المقدمين، وضم مقدم للولي أو الوصي وفقاً للضرورة أو المصلحة.

المطلب الثاني: تعيين الوصي الخاص والوصي المؤقت.

الفروع الأول: تعيين الوصي الخاص⁽¹⁾.

يتم تعيين الوصي الخاص من طرف القاضي لآداء مهمة خاصة بعد ذاتها، وتنتهي وظيفته بانتهاء هذه المهمة⁽²⁾، فهو يُعيّن من أجل التعامل مع وضع خاص أو حالة خاصة، إذ لا يؤثر على الولاية المالية بشكل عام، وبالتالي أمكن تعيينه مع وجود الولي أو الوصي. والأصل أن الوصي الخاص لا يتم تعيينه إلا في حالة تعارض مصالح القاصر مع مصالح وليه أو وصيه⁽³⁾، وخير مثال على حالة التعارض هاته، حالة شراء الولي أو الوصي من القاصر أو البيع له، أو الشراء والبيع بالنيابة عن قاصرين تحت ولايته، أو أي تصرف آخر يُكَيّف على أنه من تصرفات المعاوضة، ذلك أن النائب الشرعي في هذه الحالة سيتولى طرفي العقد، فيعقد التصرف

(1) "الوصي الخاص أو *le tuteur ad hoc* وهو: "الذي يقوم بأعمال الوصاية دون أن تكون له صفة الوصي القانونية كما هو الشأن في العمل الخاص الذي تعارض فيه مصلحة القاصر مع مصلحة وصيه العام أو المشرف"، انظر إبراهيم النجار و أحمد زكي بدوي و يوسف شلالا- القاموس القانوني ص 282 .

(2) كمال صالح البنا - أحكام الولاية على المال ص 29 ، وانظر معوض عبد التراب - موسوعة الأحوال الشخصية 1528/3 .

(3) تنص المادة 90 من قانون الأسرة الجزائري أنه: «إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر ، يعين القاضي متصرفاً خاصاً ، تلقائياً أو بناء على طلب من له مصلحة»، و تنص المادة 31 من قانون الولاية على المال المصري أنه: «نقيم المحكمة وصي خاصاً تحدد مهمته وذلك في الأحوال الآتية :

أ - إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي أو مع مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته»، و تنص المادة 175 من قانون الأحوال الشخصية السوري أنه: «تعين المحكمة وصياً خاصاً عند تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة وليه أو عند تعارض مصالح القاصرين بعضها ببعض»، و تنص المادة 269 من مدونة الأسرة المغربية أنه: «إذا أراد النائب الشرعي = القيام بتصرف تعارض فيه مصالحه أو مصالح زوجته أو أحد أصوله أو فروعه مع مصالح المحجور ، رفع الأمر إلى المحكمة التي يمكنها أن تأذن به، وتعين ممثلاً للمحجور في إبرام التصرف والحفاظة على مصالحه» .

عن نفسه من جهة، وعن القاصر بصفته نائبا عنه من جهة أخرى، وهو أمر غير جائز قانونا، فلقد نصت المادة 77 من القانون المدني الجزائري أنه: «لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو، أم لحساب شخص آخر»⁽¹⁾، ونصت المادة 410 من نفس القانون أنه: «لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أن نص قانوني أو من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف بيعه بموجب النيابة، كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة و الواردة في نصوص قانونية أخرى».

وذلك خوفاً من محاباة وتفضيل النائب الشرعي لنفسه أو لمن ينوب عنه على حساب القاصر، ولذلك يقيم القاضي وصيا، أو متصرفاً خاصا كما أسماه المشرع الجزائري، يتولى تمثيل القاصر في هذا التصرف، وتنتهي مهمته بعد ذلك لتعود الولاية لصاحبها الأصلي. غير أن المشرع المصري استثنى من مبدأ عدم تولي نفس الشخص لطرفي العقد، بعض الحالات في المادة 14 من قانون الولاية على المال، بحيث أجاز للأب أن يتعاقد بالأصالة عن نفسه وبالنيابة عن ابنه بصفته وليه الشرعي، أو بالنيابة عن ولديه، وذلك مراعاة لتوافر الشفقة لديه، وهو ما أيده قرار محكمة النقض المصرية الصادر في 14-03-1979⁽²⁾، وهذا في حين أنه لا يجوز للوصي أن يتولى طرفي العقد في هذه الحالة، إذ يختص الأب وحده بهذا الاستثناء، كما أن السماح للأب بتولي طرفي العقد لا يعنى من جهة أخرى إعفائه من وجوب الحصول على إذن القاضي في التصرفات التي ينص القانون على وجوب استئذانه لإبرامها⁽³⁾. هذا ويكون تعيين الوصي الخاص سواء كان التصرف الذي يقوم به النائب الشرعي لصالحه هو أو لصالح زوجته أو أصوله أو فروعه، أو أي شخص آخر يمثله⁽⁴⁾، وذلك لتوفر العلة في

(1) تقابلها المادة 108 من القانون المدني المصري، وانظر محمد حسين - نظرية الالتزام ص 37.

(2) محكمة النقض المصرية الطعن رقم 669 لسنة 42 قسم (الأحوال الشخصية) جلسة 14-03-1979، انظر معوض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1476/3.

(3) كمال صالح البنا - أحكام الولاية على المال ص 14.

(4) تنص المادة 31/ب من قانون الولاية على المال المصري على تعيين وصي خاص: «إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الوصي أو زوجته أو أحد أصوله أو فروعه أو من يمثله الوصي»، و تنص المادة 179 من قانون-

تعيينه، ألا وهي تحبب محابة النائب الشرعي وتفضيله لأقاربه أو زوجه أو لمن يمثله، وإن كان المشرعان المصري والسوري حصراً هذه الحالة بالنسبة للوصي فقط، فإن المشرع المغربي قد شمل بهذا القيد جميع الأولياء دون تمييز، وذلك وفقاً للمادة 269 من مدونة الأسرة المغربية، والتي قررت كذلك أن القاضي وقبل تعيينه الوصي الخاص، ينظر أولاً في التصرف المراد إبرامه، ثم يقرر الإذن به من عدمه، فقد يرى أن هذا التصرف مضر بالقاصر، كأن يخلف عداوةً بينه وبين نائبه الشرعي، كما في حال أصبحا شريكين، أو قد يؤدي إلى انشغال النائب الشرعي عن ممارسة ولايته، فلا يأذن به.

ولقد توسع المشرع المصري في الحالات الموجبة لتعيين الوصي الخاص، فزيادة على الحالات التي ذكرناها أضاف ثلاث حالات أخرى في الفقرات (د) (هـ) (و) من المادة 31 من قانون الولاية على المال وهي كالآتي:

1- إذا اشترط المتبرع للقاصر عدم تصرف الولي في المال المتبرع به⁽¹⁾.

2- إذا استدعت طبيعة التصرف دراية خاصة.

3- وإذا كان الولي غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية.

وهاته الحالات الثلاث لا تخرج عن إطار خدمة مصلحة القاصر، فالأولى تهدف إلى عدم تفويت الفرصة عليه في الاغتناء بالمال الذي اشترط المتبرع به عدم تصرف وليه فيه، والثانية والثالثة تتعلقان بعدم قدرة وكفاءة الولي لمباشرة تصرف معين، فيعهد به لمن هو أهل له . كما يتم تعيين الوصي الخاص في حال ما إذا كان تحت ولاية النائب الشرعي أكثر من قاصر واحد، فلا يكون له -قانوناً- في هذه الحالة إبرام العقود والتصرفات بالنيابة عن اثنين فأكثر

- الأحوال الشخصية السوري: « ينصب القاضي وصياً خاصاً مؤقتاً، عند تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة الوصي أو زوجه أو أحد فروعه ، أو من يمثلهم الوصي ... » ، و تنص المادة 269 من مدونة الأسرة المغربية على نفس المنبأ ، سبق ذكرها .

(1) وهو ما نصت عليه كذلك المادة 171 من قانون الأحوال الشخصية السوري: « إذا اشترط المتبرع بمال للقاصر عدم تصرف وليه به ، تعين المحكمة وصياً خاصاً على هذا المال » .

منهم، بل يجب على القاضي تعيين وصي خاص يتكفل بهذه المهمة، خوفاً من محاباة وتفضيل أحدهم على الآخر⁽¹⁾.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يبين لنا الأحكام التي يخضع لها الوصي الخاص أو كما أسماه المتصرف الخاص، فلم يحدد الصلاحيات التي يتمتع بها من حيث التصرفات التي يمكنه مباشرتها؟ وما إذا كان يخضع للرقابة اللاحقة المتمثلة في تقديم الحساب عند انتهاء مهمته؟ وهل يعزله القاضي، أم تنتهي ولايته بمجرد انتهاء وظيفته؟ والواجب أن يتم إخضاعه للأحكام التي يخضع لها كل من المقدم والوصي العام، لأنه معين من قبل القاضي مثلهما، كما أنه يمكن مطالبته عند انتهاء مهمته بتقرير يبين فيه الأعمال التي قام بها لإنجاز المهمة التي أنيطت به ونتيجة هذه الأعمال، كما أن انتهاء وصايته قد يكون تلقائياً بمجرد انتهاء مهمته، وفي هذه الحالة تنطبق عليه الفقرة الثالثة من المادة 96 من قانون الأسرة الجزائري⁽²⁾.

هذا وإذا نظرنا إلى الفقه الإسلامي، وجدنا أنه في حالة تعارض مصالح النائب الشرعي مع مصالح القاصر، فإن الفقهاء وإن كانوا أجازوا للأب والجد تولي طرفي العقد في المعاوضات⁽³⁾، فلقد اشترطوا أن ينصب القاضي وصياً خاصاً أو وكيلاً كما أسماه، وذلك ليتولى قبض الثمن من الأب ثم يرده عليه، فلقد قال الحنفية: «لو اشترى مال ولده لنفسه لا يبرأ عن الثمن حتى ينصب القاضي وكيلاً لولده يأخذ الثمن، ثم يرده على الأب... وكذا الشراء، ولو وصياً لم يجز في الوجهين... وجاز للأب لا لوكيله ولا للوصي بيع مال أحد الصغيرين من الآخر»⁽⁴⁾.

(1) المادة 175 من قانون الأحوال الشخصية السوري، والمادة 1/31 من قانون الولاية على المال المصري، سبق ذكرهما.

(2) تنص على انتهاء مهمة الوصي بانتهاء المهام التي أقيم من أجلها.

(3) الزبلي - تبين الحقائق 221/5، أما الوصي فلا يجوز له ذلك، فلقد روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال بعدم جواز شراء الوصي من مال اليتيم ولا يستقرض منه شيئاً لنفسه، أخرجه البيهقي - السنن الكبرى، كتاب الوصايا، باب ما يجوز للوصي أن يصنعه في أموال اليتامى، أنظر البيهقي - السنن الكبرى 283/6، وروي عن مجاهد أنه قال: "لا تشتري إحدى يديك من الأخرى"، أخرجه ابن أبي شيبة - المصنف، كتاب الوصايا، باب في الوصي الذي يشتري من المراث شيئاً أو مما ولي عليه، الدار السلفية، الهند، طبعة الأولى 1981/1402، 226/11.

(4) ابن عابدين - حاشية رد المحتار على الدر المختار 710/6، وأنظر الكاساني - بدائع الصنائع 150/5 وما بعدها.

فالوكيل هنا يقبض الثمن من الأب ثم يردّه عليه، فالثمن قبل القبض يكون مضموناً على الأب، وبعد قبض الوكيل وإرجاعه له، يصبح أمانة في يده، وكذلك في حالة البيع، فيكون المبيع مضموناً على الأب حتى يسلمه للوكيل، وبعد أن يرجعه له يصير أمانة، فإذا هلك المبيع قبل قبض الوكيل له بطل البيع، وهذا مماشياً مع القواعد الفقهية التي لا تجيز أن يكون الشخص مطالباً ومطالباً في نفس الوقت⁽¹⁾.

كما قال الشافعية⁽²⁾، أن الوصي إذا أراد الشراء من مال القاصر، وجب عليه رفع الأمر للقاضي لكي يبيعه له، أو يشتري من وصي آخر مستقل، فالقاضي هنا يقوم بنفسه بعقد التصرف، أو يعيّن وصياً مستقلاً يمثل القاصر في ذلك.

فدّل كل ذلك على جواز تعيين وصي خاص يتكفل بتمثيل القاصر في التصرفات التي تتعارض فيها مصلحته مع مصلحة نائبه الشرعي، فهناك اتفاق إذاً بين الفقه الإسلامي والقانون من حيث مبدأ تعيين وصي خاص، أو وكيل، أو متصرف خاص، مهما كانت تسميته، تتمثل مهمته في تمثيل القاصر في التصرفات التي تشكل تعارضاً بين مصالحه ومصالح نائبه الشرعي. هذا وإن كانت التشريعات العربية قد قيدت كافة الأولياء باشتراط تعيين وصي خاص من القاضي لإبرام مثل هذه التصرفات، حماية لمصالح القاصر دائماً وضمناً لعدالة البيع والشراء بالنسبة إليه، فإن الفقهاء لم يجيزوا مثل هذه التصرفات إلا للأب وحده، فحتى القاضي لا يمكنه ذلك⁽³⁾، كما أنهم وزيادة في الاحتياط، قد اشترطوا على الأب أن يدفع الثمن أو يسلم المبيع لمن ينصّب القاضي وكيلاً، وإلا لا يبرأ من ذلك، وفي ذلك ضماناً كافية لحماية القاصر من التلاعب بمصالحه.

الفرع الثاني، تعيين الوصي المؤقت.

إذا كانت مهمّة الولي المالي على القاصر تستلزم الاستمرارية وعدم الانقطاع، فإن حدوث أي مانع يودّي بشكل أو بآخر إلى الحيلولة دون ممارسة النائب الشرعي لواجباته، يستوجب

(1) محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية ص 473.

(2) حواشي الشرواني وابن القاسم العوادي 97/7.

(3) ابن عابدين - حاشية رد المختار على الدر المختار 710/6.

التدخل السريع والمباشر للقاضي - الراعي الأول لمصالح القاصر - والذي يقوم دون تأخير بتعيين وصي مؤقت يضطلع بإدارة وتسيير الأموال، إلى حين زوال المانع وعودة الولي الأصلي لمباشرة مهامه، أو تعيين وصي جديد عليه، فالحكمة من تعيين الوصي المؤقت تكمن في منع تعرّض مصالح القاصر للضياع أو الإهمال بسبب الانقطاع المؤقت في وظيفة الولي المالي، ولقد نصّت على هذا المبدأ مختلف التشريعات العربية⁽¹⁾.

وقد يكون هذا الانقطاع قانونياً، وذلك بسبب الحكم بوقف الولاية أو الوصاية⁽²⁾، كما قد يكون مادياً عند حصول مانع مؤقت كالمرض أو السفر⁽³⁾.

وإن كان المشرع الجزائري لم ينص على تعيين الوصي المؤقت، وذلك يستتبع عدم نصه على مبدأ وقف الولاية أصلاً، مما قد يشكّل عائقاً لحسن سير مصالح القاصر، إذ أن تعيين الوصي المؤقت يكون في حالات لم تسلب فيها الولاية تماماً، ولم تتم ممارستها، كحالة المرض أو الغياب المؤقت، وعدم النص على ذلك يؤدي بالقاضي إلى عزل النائب الشرعي هنا تطبيقاً لنص المادتين 91 و 96 من قانون الأسرة، وتعيين المقدم وفقاً للمادة 99 من نفس القانون، وهذا بالرغم أن المانع مؤقت يزول بعد فترة قصيرة، ولذلك وجب على المشرع تدارك الأمر والنص على تعيين الوصي المؤقت لأنه الحل الأنسب في مثل هذه الحالات، بدل عزل النائب الشرعي،

(1) تنص المادة 32 من قانون الولاية على المال المصري أنه: «تقيم المحكمة وصياً مؤقتاً إذا حكم بوقف الولاية ولم يكن للقاصر ولي آخر، وكذلك إذا أوقف الوصي أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته»، و تنص المادة 174 من قانون الأحوال الشخصية السوري أنه: «تقف الولاية إذا اعتبر الولي مفقوداً أو حجر عليه أو اعتقل وتعرضت باعتقاله مصلحة القاصر للضياع، ويعين للقاصر وصي مؤقت إذا لم يكن له ولي آخر»، و تنص المادة 4/244 من مدونة الأسرة المغربية أنه: «يمكن للمحكمة أن تعين مقدماً مؤقتاً عند الحاجة».

(2) تنص المادة 21 من قانون الولاية على المال المصري أنه: «تحكم المحكمة بوقف الولاية إذا اعتذر الولي غائباً أو اعتقل تنفيذاً لحكم يعقوبه جنائياً أو بالحبس مدة تزيد على سنة»، و تنص المادة 48 من نفس القانون أنه: «إذا توفرت أسباب جدية تدعو للنظر في عزل الوصي أو في قيام عارض من العوارض التي تزيل الأهلية أمرت المحكمة بوقفه».

(3) كمال صالح البنا - أحكام الولاية على المال ص 30.

كما أنه من جهة أخرى لم ينص على إمكان إعادة تعيينه في منصبه بعد زوال المانع⁽¹⁾، مما يؤدي إلى حرمانه من ممارسة حق مكفول له شرعا وإسناد الولاية إلى أجنبي عن القاصر .

المطلب الثالث: تعيين وصي الخصومة والمخرفه.

الفرع الأول: تعيين وصي الخصومة.

الأصل أن رفع الدعاوى القضائية ومباشرة الإجراءات القضائية بإسم القاصر، يكون من صلاحية النائب الشرعي عنه، غير أنه إذا تعارضت مصالحهما في هذا الشأن، فإنه من الواجب على القاضي تعيين من يمثل القاصر ويدافع عن مصالحه في مواجهة نائبه الشرعي، ويسمى بوصي الخصومة، ولقد انفرد المشرع المصري بإطلاق هذه التسمية في نص المادة 33 من قانون الولاية على المال المصري: «يجوز للمحكمة أن تقيم وصي خصومة ولو لم يكن للقاصر مال». ووصي الخصومة في حقيقة الأمر وصي خاص تنتهي مهمته بانتهاء الدعوى القضائية التي يمثّل القاصر فيها⁽²⁾، ويضطلع بمهمة رفع الدعاوى القضائية لصالح القاصر ضد نائبه الشرعي، والظعن في الأحكام التي لا تخدم مصالحه، والقيام بكافة الإجراءات القانونية الكفيلة بحماية أموال القاصر أو استرجاعها من نائبه.

ومن الحالات التي يتوجب فيها على القاضي تعيين وصي الخصومة، نذكر حالة ما إذا رفض الوصي تسليم أموال القاصر بعد انتهاء مهمته، فهنا يتوجب على القاضي أن يعينه، ليباشر الإجراءات الكفيلة بالحصول على حكم بالدين المستحق على الوصي، ويباشر بعدها إجراءات تنفيذ الحكم لتحصيل الدين⁽³⁾.

(1) وهو ما نصت عليه المادة 23 من قانون الولاية على المال المصري: «إذا سلبت الولاية أو حد منها أو وقتت فلا تعود إلا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسباب التي دعت إلى سلبها أو الحد منها أو وقفها، ومع ذلك لا يقبل طلب استرداد الولاية الذي سبق رفضه إلا بعد انقضاء سنتين من تاريخ الحكم النهائي بالرفض».

(2) كمال صالح البنا - أحكام الولاية على المال ص 30 .

(3) كمال حمدي - الولاية على المال ص 374 .

و لقد زاد المشرع المصري في الاحتياط، بحيث نص أنه يمكن تعيين وصي الخصومة ولو لم يكن للقاصر مال، وذلك - كما يظهر - احترازاً من إمكانية إضافة التزامات مالية وديون تثقل ذمة القاصر نتيجة هذه الدعاوى القضائية أو الإجراءات القانونية .

وهذا في حين لم ينص باقي المشرعين العرب على تعيين وصي الخصومة، بما في ذلك المشرع الجزائري، ولعل ذلك راجع إلى توسعهم في تفسير حالات تعارض المصالح بين القاصر ونائبه الشرعي، فأضافوا إليها هذه الحالة، وبالتالي يضطلع الوصي الخاص بمهمة وصي الخصومة، والذي أسماه المشرع الجزائري بالمتصرف الخاص، وإن كان لم يبين لنا صلاحياته وواجباته، ولم يوضح حالات تعارض المصالح بين القاصر ونائبه الشرعي، وبالتالي فإنه يمكن للقاضي أن يتوسع في تفسير المادة 90 من قانون الأسرة الجزائري، ويعينه للدفاع عن القاصر ضد نائبه الشرعي في الدعاوى القضائية والإجراءات القانونية الأخرى .

هذا والجدير بالذكر أن كلاً من الوصي الموقت والوصي الخاص ووصي الخصومة، يخضعون لنفس الأحكام التي يخضع لها الوصي العام⁽¹⁾ .

ومبدأ تعيين وصي الخصومة هذا يوجد ما يقابله في الفقه الإسلامي، فلقد قال الحنفية⁽²⁾ أنه إذا اشترى الأب من ابنه وظهر في المبيع عيب ما، فإنه لا يرده على الابن مباشرة، وإنما يجب أن يرفع أمره للقاضي الذي يقيم للقاصر وصياً يدافع عنه، حماية له من تعسف الأب في استعمال حقه، فالوصي هنا هو الذي يمثل الابن لتعارض مصالحه مع مصالح أبيه، فكان كوصي الخصومة المنصوص عليه في القانون .

(1) المادة 34 من قانون الولاية على المال المصري: «تسري على الوصي الخاص والموقت ووصي الخصومة أحكام الوصاية الواردة في هذا القانون مع مراعاة ما تقتضيه طبيعة مهمة كل منهم» ، وتنص المادة 2/188 من قانون الأحوال الشخصية السوري: «تسري على الوصي الموقت أحكام الوصاية الواردة في هذا القانون» .

(2) الفتاوى الهندية 219/5 ، 432/3 .

وقال المالكية⁽¹⁾ أنه إذا ثبت للقاضي أن الوصي غير موثوق به فيما يخص به أمام القضاء للقاصر، فإنه يعين وكيلًا يقيمه مقام الوصي في هذه المهمة خاصة، مع بقاء الولاية العامة على القاصر للوصي.

ويقول الإمام أبو زهرة رحمه الله⁽²⁾، أن الأب إذا تصرف بغبن فاحش في مال ابنه فإن القاضي يطله إذا رفع إليه، وإذا علم به يقيم وصيًا يخصم عن الصغير ويدافع عن مصالحه لإبطال التصرف.

وتقول في الأخير أن تعيين وصي الخصومة أمر واجب، ولقد قرره القانون والفقهاء الإسلامي معاً لأن فيه الاحتراز من الإضرار بالقاصر، وهو لا يخرج عن القاعدة العامة التي تقضي بتوقيف مهام النائب الشرعي كلما تعارضت مصالحه مع مصالح المولى عليه، خوفاً من المحاباة على حسابه، وإعطاء حق الدفاع عن القاصر لمن يخلف النائب الشرعي في هذه المهمة خاصة، مع بقاء الولاية العامة لصاحبها الأصلي .

إذ أنه طيلة مدة النزاع يفقد كنيته كقائد شرعي عن القاصر، ويواجهه بصفته الشخصية كأى خصم آخر⁽³⁾ .

الفروع الثاني: تعيين المشرف.

إن القاضي وبالرغم من صلاحياته الواسعة في الإشراف على الولاية المالية، وتقوم تصرفات الأولياء، إلا أنه قد يحتاج إلى من يعطيه نظرة قريبة ومتواصلة عن سير أحوال القاصر المالية، ويبلغه عن أي خلل يمكن أن يعطل سيرها الحسن، وبهذا الصدد فإنه يمتلك حق تعيين مشرف على النائب الشرعي .

فما هي الحالات التي تستوجب تعيين المشرف أو الناظر؟ وما هي صلاحياته وواجباته؟

(1) أحمد بن يحيى الوشيري - المعيار المعرب والجامع المعرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب، دار الغرب

الإسلامي، الطبعة، بيروت الأولى 1401هـ/1981م، 457/9 .

(2) محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية ص 471 .

(3) عبد السلام الرفعي - الولاية على المال وتطبيقها ص 477 .

البند الأول : تعيين المخرف في الفقه الإسلامي:

قال الفقهاء⁽¹⁾ أن للقاضي أن يعين مشرفاً، تتلخص مهامه في مراقبة الوصي عن كتب، فلا يقوم بأي تصرف دون الرجوع إليه واستشارته، غير أن المال يبقى دائماً في يد الوصي ويكون له وحده الحق في التصرف فيه وإدارته لصالح القاصر .

ومن الحالات التي يجب على القاضي أن يقيم فيها مشرفاً، حالة ما إذا أتم الوصي بالفسق والخيانة دون أن يثبت عليه ذلك بالدليل، فيضّم إليه مشرفاً يراقبه في أداء مهامه، وكذلك حالة ما إذا تزوّجت الوصية، وجُهل حالها فلم يعرف إذا كانت سديدة الرأي وصالحة الحال، ففي هذه الحالة يعين القاضي مشرفاً عليها تشاوره في كل تصرف تقدم عليه، أما إذا كانت صالحة الحال فإنه يكفي بإحصاء مال القاصر لديها والإشهاد عليه⁽²⁾.

وعليه فإن هناك اتفاقاً بين الفقهاء على جواز تعيين القاضي مشرفاً يراقب الوصي في كافة تصرفاته إن هو شك في عدالته وأمانته، ويكون عليه الرجوع إليه واستشارته دائماً، غير أن أموال القاصر تكون بيد الوصي ويكون له وحده صلاحية عقد التصرفات، ولا يملك المشرف مشاركته في ذلك .

البند الثاني : تعيين المخرف في القانون:

أجاز القانون للقاضي تعيين مشرف أو ناظر⁽³⁾، يضطلع بمراقبة الوصي المختار أو المقدم وتوجيهه، دون أن يكون له حق إدارة الأموال، وعليه في المقابل إبلاغ القاضي بكل أمر تقتضيه مصلحة القاصر، كالتقصير في خدمة مصالحه أو إهمال أمواله، ويملك بهذا الصدد مطالبة الوصي بتقدم جميع الوثائق والمستندات المتعلقة بتسيير وإدارة الأموال، كما يجب عليه تبليغ المحكمة عدلاً.

(1) ابن عابدين - حاشية رد المختار على الدر المختار 706/6 ، الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 431/3 ، أحمد بن يحيى

الونشريسي - المعيار العرب 9/ 411-419-475، حواشي الشرواني وابن القاسم العوادي 94/7 .

(2) الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 431/3، الزرقاني-شرح الزرقاني 200/8 ، وانظر ابن فرحون-تبصرة الحكام في أصول القضاء ومناهج الأحكام 223/2 .

(3) المادة 80 من قانون الولاية على المال المصري: «يجوز تعيين مشرف مع الوصي ولو كان مختاراً ، وكذلك مع القيم والوكيل عن الغائب»، والمادة 196 من قانون الأحوال الشخصية السوري: «يجوز تعيين ناظر مع الوصي المختار أو مع وصي القاضي»، والمادة 248 من مدونة الأسرة المغربية: «للمحكمة أن تجعل على الوصي أو المقدم مشرفاً مهمته مراقبة تصرفاته وإرشاده لما فيه مصلحة المحجور ، وتبليغ المحكمة ما قد تراه من تقصير ، أو تخشاه من إتلاف في مال المحجور » .

شغور منصب الوصي، ويقوم في هذه الحالة بالأعمال الضرورية⁽¹⁾ التي لا تختمل التأخير إلى غاية تعيين وصي جديد⁽²⁾.

هذا ولقد نصّ المشرعان المصري والسوري⁽³⁾ على أن المشرف يخضع لنفس الأحكام التي يخضع لها الوصي، وذلك من حيث كيفية تعيينه، وإمكانية فرض أجره له، وكذا من حيث قيام مسؤوليته وعزله أو إعفائه.

أما المشرع الجزائري فلم ينص على إمكان تعيين المشرف، ويبدو أنه اكتفى بالإجراءات الرقابية السابقة واللاحقة التي يمارسها القاضي على الوصي والمقدم، وذلك بالرغم من أهمية وظيفته، بحيث يقوم بالإشراف القريب على الولاية وتوجيه النائب الشرعي، بذل القاضي الذي لا يتفرغ لذلك لكثرة مشاغله.

(1) ومثال ذلك جمع وبيع المحصول أو ترميم العقار حتى لا يتهادم، انظر معروض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1644/3.

(2) المادة 81 من قانون الولاية على المال المصري: «يراقب المشرف النائب عن عدم الأهلية أو الوكيل عن الغائب في إدارته وعليه إبلاغ المحكمة أو النيابة كل أمر تقتضي المصلحة رفعه إليهما، - وعلى النائب أو الوكيل إحاطة المشرف إلى كل ما يطلبه من إيضاح عن إدارة الأموال وتمكينه من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذه الأموال، - ويجب على المشرف إذا خلا مكان النائب أو الوكيل أن يطلب إلى المحكمة إقامة نائب أو وكيل جديد وإلى أن يباشر هذا عمله يقوم المشرف من تلقاء نفسه بالأعمال التي يكون في تأخيرها ضرر»، والمادة 197 من قانون الأحوال الشخصية السوري: «= 1- يتولى الناظر مراقبة الوصي في إدارة شؤون القاصر وعليه إبلاغ القاضي عن كل أمر تقتضي مصلحة القاصر رفعه إليه، 2- على الوصي إحاطة الناظر إلى كل ما يطلبه من إيضاح عن إدارة أموال القاصر وتمكينه من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذه الأموال»، والمادة 198 من قانون الأحوال الشخصية السوري: «1- إذا شغرت الوصاية وحب على الناظر فوراً أن يطلب على المحكمة إقامة وصي جديد، 2- إلى أن يباشر الوصي الجديد عمله يقوم الناظر من تلقاء نفسه بالأعمال التي يكون في تأجيلها ضرر»، والمادة 248 من مدونة الأسرة المغربية، سبق ذكرها، وانظر كمال صالح البنا - الولاية على المال ص 70.

(3) تنص المادة 82 من قانون الولاية على المال المصري أنه: «يسري على المشرف فيما يتعلق بتعيينه وقبول استقالته وأجره عن أعماله ومسؤوليته عن تقصيره، ما يسري من أحكام على النائب أو الوكيل على حسب الأحوال»، وتنص المادة 1/199 من قانون الأحوال الشخصية السوري أنه: «يسري على الناظر فيما يتعلق بتعيينه وعزله وقبول استقالته وأجره على أعماله ومسؤوليته عن تقصيره ما يسري على الوصي من أحكام».

المبذ الثالث : مقاربة بين الفقه الإسلامي والقانون:

لقد وافق القانون اتفاق الفقهاء على جواز تعيين القاضي مشرفاً على الوصي والمقدم، لأن تعيين المشرف هو الحل الأمثل في حالة اتهام النائب الشرعي، والشكوى منه دون ثبوت الدليل على ذلك، فيعين القاضي من يراقبه ليحفظ أموال القاصر، وذلك من باب الاحتياط دون أن يعزله بغير دليل.

كما وافق القانون اتفاق الفقهاء على أن المشرف لا يعتبر ولياً كامل الصلاحيات، وإنما يتلخص دوره في الإشراف القريب والمباشر على الولاية، فهو عين القاضي التي ترصد كل تصرف يطل أموال القاصر، ويبلغه عن أي نقص أو خلل، كما أنه يوجه النائب الشرعي ويرشده إلى التصرفات السديفة، إلا أن عقد التصرفات ومسك الأموال يبقى بيد الولي الأصلي لا يشاركه في ذلك أحد .

المبحث الثاني: التصرفات المفترطة بالإذن القضائي في القانون وما يقابلها في الفقه الإسلامي.

الأصل أن تصرفات الولي في مال القاصر مبنية على السداد، وبالتالي فالأصل فيها الإباحة، غير أن بعض التصرفات التي تتصف بالأهمية، والتي من شأنها التأثير بشكل كبير على ثروة القاصر المالية، جعلت مشروطة بإذن خاص من القاضي، وهذا الإذن ضروري لإتمام التصرف تحت طائلة البطلان، وقيام مسؤولية النائب الشرعي الذي تصرف من دونه، أو خارج الحدود المرسومة فيه⁽¹⁾، كما أنه يشمل أعمال التصرف (المطلب الأول)، وكذا أعمال الإدارة (المطلب الثاني).

هذا وإذا كانت مختلف التشريعات العربية قد اتفقت على مبدأ اشتراط الإذن القضائي، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية لا يفرضون ذلك، بل يشترطون وجود مصلحة أو ضرورة للقاصر

(1) غير أنه لا يعتبر شرطاً لصحة التعاقد، إذ المقصود منه توفير الحماية ودفع الضرر عن القاصر في بعض التصرفات لخطورتها على ذمته المالية، قرار محكمة النقض المصرية طعن رقم 51 لسنة 49 جلسة 22-12-1982، انظر معروض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1517/3 .

ليتمكّن نائبه الشرعي من القيام بتلك التصرفات، وإلا كان للقاضي إبطالها، إذ هي رقابة لاحقة أو بعدية بعكس ما يشترطه القانون .

هذا ونجد هناك اختلافا واضحا بين المشرعين العرب - رغم اتفاقهم على مبدأ اشتراط الإذن - من حيث التصرفات المشمولة بهذا الإذن⁽¹⁾، وكذا من حيث الأولياء الذين يخضعون له، فنجد المشرع الجزائري وبموجب المادة 88 من قانون الأسرة، قد حدّد لنا وبشكل حصري التصرفات الواجب الحصول على إذن القاضي لإبرامها، غير أنه ساوى في ذلك بين كل من الولي الشرعي والوصي والمقدم، وذلك خلافا لباقي المشرعين العرب، إذ نجد أن المشرع المصري مثلا قد فرّق بين كل من الأب والجد والوصي، إذ مكّن الأب من إجراء كل التصرفات سواء كانت تدرج ضمن أعمال الإدارة أو أعمال التصرف، وذلك دون إلزامه بالحصول على إذن القاضي، باستثناء تصرفات محدّدة ذكرها في المواد من 5 إلى 14 من قانون الولاية على المال المصري⁽²⁾، بينما الجد فإنه لا يملك التصرف في مال القاصر أصلاً دون الحصول على إذن المحكمة وفقا للمادة 15 من نفس القانون، أما الوصي فهو ملزم بإذن المحكمة سواء تعلّق الأمر بأعمال الإدارة أو التصرف⁽³⁾.

هذا ونجد المشرع السوري بالمقابل قد ساوى بين الأب والجد، وجعلهما خاضعين لإذن القاضي لإجراء بعض التصرفات التي ذكرها على سبيل الحصر في المادة 2/172 من قانون الأحوال الشخصية السوري، بينما جعل الوصي خاضعا لإذن القاضي في العديد من التصرفات التي ذكرها في ستة عشر (16) نقطة، وهي كل التصرفات التي تخصّ الإدارة والتصرف، والمشرع المغربي بدوره أخذ بهذا المنحى بحيث فرّق بين الولي الشرعي وبين الوصي، ولو أن معيار خضوع الأب لإذن القاضي لا يتعلّق بنوع التصرف، وإنما بقيمة ثروة القاصر في حدّ

(1) إن التساهل أو التشدد في اشتراط الإذن القضائي، تملبه ظروف النائب الشرعي في حدّ ذاته، وكذا خطورة التصرف المراد إجراؤه، ودفع شبهة المحاباة عنه، وهو ما نصت عليه المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال المصري، أنظر معوض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1497/3 .

(2) ولقد أعطى المشرع المصري الأب من كل القيود الواردة في قانون الولاية على المال - بما في ذلك وجوب الحصول على الإذن القضائي - إذا كان هو الذي وهب المال للقاصر، وهو ما نصت عليه المادة 13 من القانون المذكور.

(3) حس كيرة - المدخل إلى القانون ص 601 .

ذاتها، إذ نص في المادة 240 من مدونة الأسرة المغربية على أن الولي لا يخضع لرقابة القضاء القبلية إلا إذا تعدت قيمة ثروة القاصر مائتي (200) ألف درهم، مع إعطاء السنطة الكاملة للقاضي في الرفع من هذا الحد أو تخفيضه وفقا لتقديره الخاص، بينما جعل تصرفات الوصي خاضعة لإذن القاضي مهما كانت قيمة ثروة القاصر، وفقا للمادة 271 من مدونة الأسرة المغربية .

المطلب الأول: سلطة القاضي في الإذن بأعمال القاصر.

الفرع الأول: التبرع بأموال القاصر.

البند الأول: التبرع بأموال القاصر في القانون.

التبرع بمال القاصر يعني إخراج ماله دون مقابل ففي ذلك ضرر محض به، ولذلك كان هذا التصرف عند المشرعين العرب قريبا إلى الممنوع منه إلى الجائز، بحيث منعه بعضهم مطلقا، وأجازته البعض للولي الشرعي دون الوصي والمقدم، وأطلقه البعض الآخر لجميع الأولياء لكن مع اشتراط إذن القاضي، وفي حالات محددة على سبيل الحصر.

أما المشرع الجزائري فلم يتطرق لموضوع التبرع بمال القاصر في قانون الأسرة، سواء بالبيع أو بالإجازة، أو باشتراط الإذن القضائي، هذا وبالنظر لنص المادة 1/88-2⁽¹⁾ من القانون المذكور، نجد أن بيع عقار القاصر ومنقولاته مشروط بإذن القاضي، فإذا كان البيع مقيدا بإذن القاضي وهو من تصرفات المعاوضة، فالأولى أن يكون التبرع مقيدا بهذا الشرط كذلك. غير أنه إذا أعملنا نص المادة 222 من قانون الأسرة⁽²⁾، والتي تخيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه، وجدنا أن التبرع بمال القاصر لا يجوز شرعا⁽¹⁾.

(1) تنص أنه يجب استئذان القاضي في: «1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة، 2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة» .

(2) تنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية» .

والمشرع المغربي بدوره لم ينص على جواز التبرع بمال القاصر أو منعه، غير أنه بموجب المادة 240 من مدونة الأسرة المغربية⁽²⁾، أعطى للولي حرية التصرف في مال القاصر، ما لم تبلغ ثروته مائتي (200) ألف درهم مغربي، فإذا زادت عن هذا الحد، وجب استئذان القاضي في جميع التصرفات ودون استثناء .

أما المشرع السوري فلقد سلك مذهبا وسطاً، بحيث لم يمنع التبرع مطلقاً، ولم يُبَحه لكل الأولياء، فلقد نص في المادة 2/172 من قانون الأحوال الشخصية السوري⁽³⁾، على اشتراط إذن القاضي بالنسبة للأب والجد إذا هما أرادا أن يتبرعا بمال القاصر، ليتأكد من وجود الميراث لمثل هذا التصرف الخطير، وإلا لم يأذن به، بينما منع الوصي من ذلك مطلقاً، وإذا وقع التبرع منه فهو باطل، وفقاً للمادة 180 من نفس القانون⁽⁴⁾.

والمشرع المصري بدوره أجاز مبدأ التبرع بمال القاصر، للولي الشرعي وللوصي كذلك، غير أنه قيده بالإضافة إلى إذن القاضي، بجوازه في حالتين اثنتين على سبيل الحصر، وهما أداء واجب إنساني، أو واجب عائلي فقط⁽⁵⁾.

ويُقصد بأداء الواجب الإنساني مساعدة ضحايا الكوارث الطبيعية المختلفة، أو التبرع لإنشاء المرافق العمومية (المستشفيات ، المدارس والملاجئ)، أما الواجب العائلي فيدخل

(1) مالك ابن أنس- المدونة الكبرى ومعها مقدمات ابن رشد ، دار الفكر الطبعة الثانية 1999/1413 ، 257/4-321 ، الخطاب-مواهب الجليل 72 /5 .

(2) تنص المادة 240 من مدونة الأسرة المغربية على أنه : « لا يخضع الولي لرقابة القضاء القبلية في إدارته لأموال المحجور، ولا يفتح ملف النيابة الشرعية بالنسبة له، إلا إذا تعدت قيمة اموال المحجور مائتي ألف درهم (200 ألف درهم) . - وللقاضي المكلف بشؤون القاصرين الجول عن هذا الحد ، والأمر يفتح ملف النيابة الشرعية إذا ثبتت مصلحة المحجور في ذلك ، ويمكن الزيادة في هذه القيمة بنص تنظيمي» .

(3) تنص الفقرة الثانية من المادة 172 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أن التبرع بمال القاصر أو بمنافعه، وببيع عقاره أو رهنه لا يتم إلا بإذن القاضي بعد تحقق المسرع .

(4) تنص المادة 180 من قانون الأحوال الشخصية السوري ان : « تبرع الوصي من مال القاصر باطل» .

(5) تنص المادة 5 من قانون الولاية على المال المصري أنه: « لا يجوز للولي التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي وإذن المحكمة»، وتنص المادة 38 من نفس القانون على نفس المبدأ بالنسبة للوصي .

ضمنه كل ما يتم في إطار التكافل الأسري والتضامن بين أفراد العائلة⁽¹⁾، والقاضي هنا بموجب سلطته التقديرية الواسعة يقرّر الإذن بالتبرع من عدمه، بناء على فحص حالة القاصر المالية، ثم التأكد من قدرته على تحمّل تبعات هذا التبرع من عدمها، وما مدى حاجة القريب للمساعدة في حالة التبرع لآداء واجب عائلي⁽²⁾.

وبعد أن عرفنا موقف المشرّعين العرب من تبرّع النائب الشرعي بأموال القاصر، بحيث منعه البعض وأجازته البعض الآخر بإذن من القاضي، فما هو موقف الفقه الإسلامي من هذا التصرف ؟

البند الثاني، التبرّع بأموال القاصر في الفقه الإسلامي.

إن تصرف النائب الشرعي في أموال القاصر، مبني في الشريعة الإسلامية على السداد وحسن النظر، وعلى جلب المصلحة ودرء المفسدة عن أمواله لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾⁽³⁾، فالنائب الشرعي لا يملك القيام بأي تصرف يضرّ مصالح القاصر، وإلا كان مصيره البطلان.

والتبرّع بمال القاصر، أيّ كان شكله، هبة أو وصية أو صدقة، هو من أخطر التصرفات التي تمس بأمواله، والتي يكون للقاضي ردّها، كما يحفظ حق القاصر بشأنها في المطالبة بجميع حقوقه بعد بلوغه الرشد⁽⁴⁾، و للمذاهب الفقهية تفصيل في ذلك:

فلقد قال الحنفية⁽⁵⁾ بعدم جواز الإضرار بالقاصر لعموم قوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»⁽¹⁾، والتبرع بماله إضرار محض به، فلا يجوز للولي إخراج ماله بدون عوض،

(1) ولقد اعتمد د. السنهوري إقراض مال القاصر دون مقابل من باب التبرع، ولذلك فإنه لا يجوز إقراضه إلا لآداء واجب إنساني أو عائلي تطبيقاً للمادة الخامسة من قانون الولاية على المال المصري، أنظر عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني 437/5.

(2) كمال صالح البنا - أحكام الولاية على المال ص 33، معوض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1480/3

(3) سورة الأنعام الآية 152 .

(4) عبد السلام الرفعي - الولاية على المال و تطبيقاتها في المذهب المالكي 373 .

(5) الكاساني - بدائع الصنائع 153/5، و انظر محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية 472 .

وإن كانت الهبة بعوض جائزة عند محمد لأنها وإن كانت هبة ابتداءً، فإنها معاوضة انتهاءً، فإن أبا يوسف والإمام أبانحنيفة رحمهما الله منعاهما، لأنها هبة ابتداءً وتأخذ حكم الهبات، ولا تتم إلا بالقبض، فهي باطلة لما فيها من ضرر، و يأخذ حكمها إعتاق العبد كذلك، والإقراض لأنه إزالة الملك في الحال، وهذا يشمل الأب والجد ووصيتهما، والقاضي ووصيه.

كما لا يجيز المالكية⁽²⁾ للنائب الشرعي عن القاصر أن يهب من أمواله شيئاً، غير أنهم استثنوا من ذلك الأب، فأجازوا له هبة الثواب، وهي الهبة بعوض، فأشبهت البيع ولذلك أجازوها⁽³⁾، أمّا الوصي والقاضي فلا يجوز لهما هبة مال القاصر مطلقاً.

كما أن الشافعية والحنابلة⁽⁴⁾ يمنعون كل تصرف لا يكون فيه حظ أو غبطة للقاصر، فالقاعدة أن لا ضرر ولا ضرار، و التبرع ضرر محض وجب منعه، و إن حصل فهو باطل و يلزم النائب الشرعي بالضمان والتعويض لإفراطه.

و يتضح لنا أن الفقهاء قد اتفقوا على مبدأ عدم حواز إخراج مال القاصر بدون عوض أياً كان شكله، وأن من أجازوا ذلك حصروه في الهبة بعوض، و إنما أجازوها لأنها تشبه المعاوضات من حيث وجود البديل فيها، فلا ضرر فيها للقاصر لأنها في ذلك مثل البيع والشراء، كما أنهم أجازوها بالنسبة للأب فقط دون سائر الأولياء، لما يتميز به من وفور الشفقة على ابنه بالفطرة .

(1) أخرجه الإمام مالك في الموطأ، كتاب الأفضية ، باب من بنى في حقه ما يضر حاره ، وقال الصميري إسناده عن رجاء ثقات، أنظر ابن عبد البر- الاستذكار ، حققه عبد المعطي أمين قلعجي ، دار قتيبة للطباعة والنشر- دمشق الطبعة الأولى 1993/1414 ، 221 / 22 ، وأخرجه البيهقي- السنن الكبرى ، كتاب الصلح ، باب لا ضرر ولا ضرار 69/6 ، وقال الحاكم حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه ووافقه الذهبي ، أنظر المستدرک علی الصحیحین ، كتاب البيوع ، باب التشديد في أداء الدين 58/2 ، كما صححه الألباني ، أنظر إرواء الغليل - كتاب الزكاة 408/3 .

(2) الخطاب- مواهب الجليل 72/5 ، أحمد الصاوي- بلغة السالك 131/2-297 ، الإمام مالك- المدونة الكبرى 257/4-321 ، ابن جزىء- القوانين الفقهية، نشره عبد الرحمان الشريف ومحمد الكتيبي بتونس ، سنة 1926/1344 ، ص 308 .

(3) يقس المحيزون هبة الثواب بالبيع ، و يقيسها المانعون بالتبرع ، أنظر الآبي عبد السميع- جواهر الإكليل 212/2 ، وانظر عبد السلام الرفعي-الولاية على المال و تطبيقاتها في المذهب المالكي ص375 .

(4) الشافعية: النووي-المجموع شرح المذهب 346/13-347 ، الحنابلة: موفق الدين وشمس الدين بن قدامى المقدسي المغني و بلبه الشرح الكبير 519/4 ، المرادوي-الإنصاف 325/5 .

هذا ولقد ذهب الفقهاء⁽¹⁾ إلى أبعد من ذلك بحيث اعتبروا تصرف النائب الشرعي في أموال القاصر بغين فاحش⁽²⁾، من باب التبرع الذي لا يجوز القيام به، ويردّه القاضي ويبطله إذا وقع.

البند الثالث: مقارنة بين الفقه والقانون.

إذا كان القانون قد أجاز للنائب الشرعي التبرع من أموال القاصر بشرط الحصول على

إذن القاضي، وفي حالات معينة، حددها المشرع المصري بالتبرع لآداء واجب إنساني أو عائلي، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية في المقابل قد اتفقوا على عدم جواز ذلك، سواء أذن به القاضي أو لا، وإن كان المالكية، ومحمد من الحنفية، قد أجازوا للأب الهبة بعوض، فلا يعد ذلك خروجاً عن القاعدة، لأنها من المعاوضات .

والمشرع الجزائري بسكوته عن هذه المسألة قد أحالنا كما سبق ذكره على أحكام الفقه الإسلامي بموجب المادة 222 من قانون الأسرة، وبالتالي عدم جواز التبرع بمال القاصر حماية له من هذا الضرر المحض، وكان من الواجب النص على ذلك المنع صراحة، أو على الأقل تقييده بإذن القاضي وإضافته للتصرفات المشترطة بإذنه في المادة 88 من قانون الأسرة .

غير أنه إذا نظرنا إلى جواز التبرع بمال القاصر بعد استئذان القاضي، لرأينا فيه ضماناً كافية، إذ أن ذلك يوجب عليه فحص التصرف المراد إجراؤه أولاً، ودراسته ومحاولة تقدير نتائجه على ثروة القاصر المالية، فإذا تبين أن فيه ضرراً رفض الإذن به، بماله من سلطات مخولة بالشرع والقانون، كما أنه إذا نظرنا إلى الحالتين اللتين نص عليهما المشرع المصري لجواز التبرع بمال القاصر، لوحدنا أصل هذين التصرفين في الفقه الإسلامي كما أشار له الإمام أبو زهرة رحمه الله⁽³⁾، فالتبرع لواجب إنساني يقابله في الفقه الإسلامي وجوب الزكاة في مال القاصر، والزكاة غالباً ما تُصرف في باب التبرعات، فكان هذا التبرع من قبيل زكاة المال، أمّا

(1) داماد أفندي-مجمع الأهر 725/2، محمد أبو زهرة-الأحوال الشخصية ص 471 .

(2) العين الفاحش: ما لا يدخل تحت تقويم المقومين ، وقيل ما لا يتغابن الناس فيه ، علي بن محمد الخرجاني - التعريفات ص 175 ، ويقول د. عبد السلام الرفعي أن العين الفاحش نوعان: الأول وهو الواقع على الإنسان الرشيد وشرطه أن- يكون الثلث فأكثر ، والثاني هو الواقع على القاصر بسبب تصرف نائبه الشرعي ، و المقصود به ما لا يتغابن الناس فيه عادة، انظر عبد السلام الرفعي - الولاية على المال وتطبيقها في المذهب المالكي ص 37 .

(3) محمد أبو زهرة-الأحوال الشخصية ص 475 .

التبرع لواجب عائلي فيقابلة ما يكون من تبادل الهبات والهدايا داخل الأسرة الواحدة، فلا ضير إذا في جواز التبرع بمال القاصر مع اشتراط إذن القاضي، فهذا الإذن هو صمّام الأمان الذي يكفل له الحماية .

الفروع الثاني: بيع عقار القاصر.

البند الأول: بيع عقار القاصر في القانون.

إن بيع عقار القاصر يعدّ من أخطر التصرفات التي يمكن أن تؤثر عليه بشكل سلبي، إذ يترتب عليه نقل الملكية، كما أنّ العقار محفوظ بطبيعته، ويدر الغلّات(العوائد) لصاحبه، فكان من الواجب الاحتياط بشأن هذا التصرف الخطير والنتائج المترتبة عنه، ولقد اتفق المشرّعون العرب على مبدأ تقييد هذا التصرف بإذن المحكمة، إلّا أنه تباينت مواقفهم بشأن الأولياء الذين يخضعون لذلك، فعنّمه البعض على جميع الأولياء دون استثناء، وقصّره البعض الآخر على الولي الشرعي فقط، بينما أخذ بعضهم الآخر بمعيار قيمة العقار، فإذا بلغت حدًا معينًا أخضع لطلب الإذن القضائي وإلا فلا.

والمشرّع الجزائري بموجب الفقرة الأولى من المادة 1/88 من قانون الأسرة⁽¹⁾، أخضع كلا من الأب و الأم لهذا الإذن⁽²⁾، وكذلك الوصي والمقدم⁽³⁾، وهو بذلك يخالف باقي المشرّعين العرب، الذين يفرّقون دائما بين الولي الشرعي، وبين الوصي ومن يقوم مقامه، فيتساهلون في هذه القيود مع الأوّل ، ويتشدّدون فيها مع الثاني، وهو ما نصّت عليه المادة 2/172 من قانون

(1) تنص أنه يجب استئذان القاضي في: «1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة».

(2) وهو ما أبدته قرارات المحكمة العليا، ومنها: القرار رقم 40651 المؤرخ في 24-02-1986، غير منشور أنظر بلحاج العربي- قانون الأسرة، مبادئ الإحتهاد القضائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر طبعة 2000 ص 156، والقرار الصادر في 29-03-1967، عن المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص، م ج 1968 ج 1 ص 151.

(3) باعتباره أخضعهما لنفس أحكام الولي الشرعي بحيث تنص المادة 95 من قانون الأسرة الجزائري أنه: «للوّصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد 88 و89 و90 من هذا القانون»، و تنص المادة 100 من نفس القانون: «يقوم المقدم مقام الوصي و يخضع لنفس الأحكام».

الأحوال الشخصية السوري⁽¹⁾، إذ أن الأب والجد ملزمان باستئذان القاضي بشأن بيع العقار فقط، بينما تنص المادة 1/182 من نفس القانون⁽²⁾، على إلزام الوصي باستئذان القاضي بشأن بيع جميع أموال القاصر، عقارات كانت أو منقولات أو غيرها، وقد أصاب المشرع السوري بذلك، إذ أن هناك أموالاً كثيرة من غير العقارات قد تكون لها قيمة مالية كبيرة، مثل المحلات التجارية والحقوق المالية .

وهذا بينما جعل كل من المشرعين المغربي والمصري، المعيار في اشتراط إذن القاضي بشأن هذا التصرف، هو قيمة العقار في حد ذاته، إذ حددها المشرع المغربي بعشرة (10) آلاف درهم بالنسبة للوصي والمقدم⁽³⁾، بينما لا يخضع الأب بشأن جميع تصرفاته -بما فيها بيع العقار- لإذن القضاء إلا إذا بلغت الثروة الإجمالية للقاصر مائتي ألف درهم (200 ألف درهم) ، أما المشرع المصري فحددها بثلاثمائة جنيه (300 جنيه) بالنسبة للأب⁽⁴⁾، بينما الوصي والجد فهما ملزمان

(1) تنص المادة 2/172 من قانون الأحوال الشخصية السوري أنه: «لا يتبرع مال القاصر من يد الأب و الجد ما لم تثبت خيانه أو سوء تصرفاته فيه، وليس لأحدهما التبرع بمال القاصر أو بمنافعه أصلاً ولا ببيع عقاره أو رهنه إلا بإذن القاضي بعد تحقق السوء» .

(2) تنص المادة 1/182 من قانون الأحوال الشخصية السوري أنه لا يجوز للوصي بدون إذن من المحكمة مباشرة التصرفات الآتية: «1- التصرف في أموال القاصر بالبيع والشراء و المقايضة أو الشركة أو الإقراض أو الرهن أو أي نوع آخر من أنواع التصرفات الناقلة للملكية أو المرتبة لحق عيني» .

(3) المادة 1/271 من مدونة الأسرة المغربية تنص أنه: «لا يقوم الوصي أو المقدم بالتصرفات الآتية إلا بعد الحصول على الإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين :

1- بيع عقار أو منقول للمحجور تتجاوز قيمته 10000 درهم ، أو ترتيب حق عيني عليه» .
(4) المادة 1/7 من قانون الولاية على المال المصري تنص أنه: «لا يجوز للأب أن يتصرف 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 خمس القيمة» .

هذا الإذن مطلقا، ومهما قلت قيمة العقار⁽¹⁾، وهذا في حين لا يخضع الأب الذي تبرع للقاصر لاستئذان القاضي في بيع هذا المال⁽²⁾.

وللإشارة فإنّ المشرعين العرب لم يكفوا باشتراط إذن القاضي في بيع عقار القاصر، بل ذهبوا إلى أبعد من ذلك في الإجراءات الكفيلة بحمايته من هذا التصرف الخطير، إذ اشترط المشرع الجزائري في المادة 89 من قانون الأسرة⁽³⁾، أن يتم بيع العقار بالمراد العلني، ولا يخفى ما يمثله ذلك من ضمان بالنسبة للقاصر خاصة بالنسبة لعدالة الثمن، بالإضافة إلى أن القاضي هو الذي يُشرف بنفسه على عملية البيع وفقا لما نصّ عليه قرار المحكمة العليا رقم 68005 المؤرخ في 15-17-1990⁽⁴⁾، وهو ما يعزّز دوره أكثر في حماية أموال القاصر، أمّا المشرع المصري فإنه بالإضافة لاشتراط إذن القاضي، فلقد منع الولي من التصرف في عقار القاصر لنفسه، أو لزوجه أو لأقاربه و أقارب زوجه إلى الدرجة الرابعة، إلا بإذن من القاضي، وغني عن الذكر هنا أنه في حال تم بيع العقار دون الحصول على الإذن القضائي فإن البيع يقع باطلا⁽⁵⁾.

(1) المادة 15 من قانون الولاية على المال المصري تنص أنه: «لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف في مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها»، وتنص المادة 1/39 من نفس القانون أنه: «لا يجوز للوصي مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن المحكمة :

أولا: جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة .»

(2) محكمة النقض المصرية، طعن رقم 975 لسنة 49 (الأحوال الشخصية)، جلسة 19-05-1980 ، أنظر معوض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1487/3 .

(3) تنص المادة 89 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: «على القاضي أن يراعي في الإذن :حالة الضرورة والمصلحة ، و أن يتم بيع العقار بالمراد العلني .»

(4) القرار رقم 68005 المؤرخ في 15-07-1990 ، المحلة القضائية لسنة 1992 ، العدد 2 ص 103 .

(5) محكمة النقض المصرية طعن رقم 50 لسنة 42 (الأحوال الشخصية) جلسة 31-01-1977 ، أنظر معوض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1485/3 .

البند الثاني، بيع عقار القاصر في الفقه الإسلامي.

إذا كان المبدأ السائد في القانون هو إخضاع بيع عقار القاصر لإجراءات رقابية تتمثل خاصة في إخضاعه لإذن القاضي، وللبيع بالمزاد العلني، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية أخضعوا بدورهم هذا التصرف الخطير لشروط محدّدة، منها اشتراط البيع بالغبطة أو الضرورة، وهو ما سنتعرف عليه فيما يأتي:

فقهاء الحنفية⁽¹⁾ أطلقوا يد الأب في التصرف في مال ابنه القاصر، عقاراً كان أو منقولاً، كبرت قيمته أو صغرت، ذلك أن تصرفه محمول دائماً على السداد ويُفترض فيه خدمته دائماً لمصالح صغيرة⁽²⁾، أمّا الوصي فإن تصرفه مشروط إمّا بالضرورة أو المصلحة الظاهرة (الغبطة)، فأما الضرورة فمثل أن يكون على التركة دين، أو أن يحتاج القاصر إلى النفقة من طعام أو كسوة ولم يكن له مال غير العقار، وأمّا المصلحة الظاهرة فهي كما قال الفقهاء أن يعرض المشتري ضعف قيمة الثمن، وخارج هاتين الحالتين لا يملك الوصي المساس بعقار القاصر، ونفس الحكم يسري على وصي الوصي، ووصي الجد.

كما قال المالكية⁽³⁾ بأن الأب غير ملزم بأن يبيّن سبب بيعه لعقار ابنه القاصر، فهو يتمتع بجرية كبيرة في هذا المجال، لأن فعله محمول على السداد وحسن النظر حتى يثبت العكس، ولا يكون في هذا الصدد لابنه حق الاعتراض على البيع بعد بلوغه الرشد⁽⁴⁾، أمّا الوصي والقاضي فلا يجوز لهما بيع العقار إلا لضرورة، كالنفقة الواجبة على القاصر في طعامه وكسوته، أو لوفاء دين على التركة، أو لخوف عليه من حاكم ظالم، أو إذا كان في مكان غير آمن فيباع ليشتري له بدله في مكان آخر، أو إذا قلت غلته (عوائده)، أو خوفاً من أهياره وتهدمه، أو انتقال العمارة

(1) الشيخ نظام - الفتاوى الهندية 286/2-287، داماد أفندي - مجمع الأثر 725/2، محمد أبو زهرة - الأحوال

الشخصية ص 485.

(2) هذا إذا باعه بمثل القيمة أو بعين يسير، أما إذا باعه بعين فاحش فإن القاضي يبطله، انظر محمد أبو زهرة - المر-

نفسه ص 485، وانظر كذلك محمد مصطفى شلي - أحكام الأسرة في الإسلام ص 807.

(3) محمد عرفة الدسوقي - حاشية الدسوقي 303/3، أحمد الصاوي - بلغة السالك 132/2 - 133.

(4) كما أنه يجوز للأب عندهم إذا كان معلماً أن يبيع دار ابنه لينفق على نفسه وعلى ابنه من ثمنها إذا كانت قليلة الثمن، والآن يبيع حصة منها لينفق من ثمنها، انظر إبراهيم بن محمد بن عبد الرقيق - معين الحكام على القضايا والأحكام، تحقيق محمد قاسم بن عماد، دار الغرب الإسلامي، بيروت، طبعة 1989، 407/2.

عنه، أو لغبطة بأن يتم بيع العقار بما يفوق ثلث قيمته، فيستفيد من الزائد ويشتري له عقارا آخر بدله، وزاد بعضهم اشتراط البيّنة على الوصي، بأن يُشهد العدول بأنه ما باع العقار إلاّ لسبب مسوغ شرعا، كما أجاز المالكية للكافل والحاضن بيع العقار إذا كان ذا قيمة منخفضة ويسيرة، فقالوا بجواز تصرفهما في القليل دون الكثير، أما الكثير فيُرفع الأمر فيه للقاضي ليفصل فيه (1).

فالمالكية يشتركون مع الحنفية في عدم جواز بيع عقار القاصر لغير الأب، دون ضرورة تستلزم ذلك، أو مصلحة ظاهرة في بيعه فلقد قالوا بأن: «تحل بيع الوصي على غير النظر حتى يثبت النظر بخلاف الأب، وهذا في الرباع⁽²⁾ خاصة، وأما غير الرباع فهما جميعا على وجه النظر حتى يثبت خلافه»⁽³⁾.

كما قال كل من الشافعية والحنابلة⁽⁴⁾ بأنه لا يجوز للنائب الشرعي عن القاصر أيا كان، بيع عقاره إلاّ لضرورة، كالنفقة عليه، أو خوفا من هدم عقاره وخرابه، أو لغبطة ظاهرة تفوق ثلث قيمة العقار⁽⁵⁾، وزاد الشافعية بالنسبة لكل من الوصي والمقدم اشتراط البيّنة في البيع وإلاّ لا يصدقان في قولهما في حال التزاع.

(1) محمد عرفة الدسوقي - حاشية الدسوقي 300/3 .

(2) يقصد بها العقارات، انظر موقّ الدين وشمس الدين بن قدامي المقدسي - المعنى ويليهِ الشرح الكبير 488/11 ، و عدد السلام الرفعي - الولاية على المال 341 .

(3) الخطاب - مواهب الجليل 71/5 .

(4) الشافعية: الشريبي - معنى المحتاج 175/2 ، الرملي - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت ، طبعة 1984 / 1404 ، 377/4 وما بعدها ، النووي - المجموع شرح المهدب 349/13 - 357 ، الحنابلة: موقّ الدين

وشمس الدين بن قدامي المقدسي - المعنى ويليهِ الشرح الكبير 524/4 - 525 ، المرادوي - الإنصاف 331/5 وما بعدها .

(5) وإن كان من الأخطوط للقاصر عدم بيع عقاره إلاّ لضرورة قصوى ، كالنفقة عليه كسوة وطعاماً ، أو سداد دين عليه ،

أما بيعه لوحد غبطة في الثمن، فإنه من الأخرى الاحتياط من ذلك وعدم التساهل فيه لما فيه من المحارفة، ولأن الثمن قد

يتلف أو يضيع ، ولأن العقار محفوظ ومصون بذاته، أنظر مقال بعنوان: حكم ما إذا باع الوصي عقار اليتيم من غير

حاجة ولا ضرورة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، مجلة علمية محكمة متخصصة في الفقه الإسلامي، صاحبها ورئيس

تحريرها عبد الرحمان بن حسن النفيسة، الرياض المملكة العربية السعودية ، السنة العاشرة، العدد 38 ، 1998/1915 ،

ص 245 .

البند الثالث: مقارنة بين الفقه والقانون.

رأينا أن فقهاء الشريعة الإسلامية، وإن اتفقوا على خطورة بيع عقار القاصر، بحيث أحاطوه بقيود تتمثل أساساً في اشتراط البيع للضرورة أو للمصلحة الظاهرة، إلا أنهم اختلفوا من حيث الأولياء الخاضعين لهذه القيود، بحيث أطلق كل من الحنفية والمالكية يد الأب في التصرف في عقار ابنه، وقالوا أنه غير مطالب بتبيين السبب الموجب للبيع، فهو يتصرف فيه تصرفه في ملك نفسه، لأن أفعاله مبنية دائماً على السداد لوفور الشفقة لديه، ويقول الحنفية أن الأب الحسن الرأي والتدبير، له الحق في القيام بجميع التصرفات ودون استثناء، إلا ما كان فيه ضرر محض، ذلك أنه باجتماع شفقتة الفطرية على ابنه، بالإضافة إلى حسن تدبيره، تكون له الولاية الكاملة المطلقة⁽¹⁾، بينما الوصي فلا يتصرف في العقار إلا لأحد الوجوه المبيّنة شرعاً، ذلك أنه لا يملك إلا حفظ وصيانة المال، والعقار محفوظ بطبيعته فلا يجوز له المساس به إلا للضرورة أو مصلحة⁽²⁾، وهذا في حين ذهب الشافعية والحنابلة إلى تعميم اشتراط الضرورة والمصلحة في بيع العقار على كل الأولياء ودون استثناء بما فيهم القاضي .

فإذا كان استئذان القاضي في القوانين الوضعية هو الإجراء الكفيل بحماية القاصر من بيع عقاره تعسفاً من الوالي في استعمال حقه ودون وجه حق، بالإضافة إلى اشتراط بيعه بالمزاد العلني وبإشراف القاضي، فإن اشتراط المصلحة والضرورة عند فقهاء الشريعة الإسلامية هو الكفيل بذلك، ولو أن بعضهم قد أجاز للأب دون باقي الأولياء بيع عقار ابنه خارج هذا القيد، إلا أن ذلك لا يعني بتاتا حرته في تبديد أموال ابنه، وإضاعته والعيب فيها، إذ أن ولايته

(1) الحنفية يصفون الآباء ثلاثة أصناف : فالأول هو الأب المبدّر غير الأمين ، وهذا يحجر عليه ولا تكون له الولاية على ماله فأولى أن لا تكون له الولاية على غيره ، ويعين القاضي وصيا على القاصر بدله ، والثاني هو الأب الأمين لكنّه مبدّر ، وهذا تكون له الولاية على مال ولده بحكم أمانته ولكن بشرط في تصرفاته المصلحة الظاهرة ، وإلا لا تنفذ في حق ابنه ، و أخيراً الأب الأمين حسن التدبير غير المبدّر ، وهذا تكون له الولاية الكاملة ، فيحوز له القيام بكل التصرفات إلا ما كان فيه ضرر محض للقاصر، انظر محمد أبو زهرة- الأحوال الشخصية ص 469 وما بعدها ، وانظر كذلك محمد مصطفى شلي- أحكام الأسرة في الإسلام ص 789 وما بعدها .

(2) محمد أبو زهرة - المرجع نفسه ص 486 .

منوطة دائما بمصلحة القاصر، وبحسن النظر وطلب الحظ له، فإن هو زاغ عن هذا الهدف تدخل القاضي بقوة الشرع لينظر في أمره⁽¹⁾، فيعزله أو يعين مشرفاً عليه.

فالرقابة السابقة في القانون والمتمثلة في الإذن القضائي يقابلها في الفقه الإسلامي رقابة لاحقة على هذا التصرف الخطير، تتمثل في تأكد القاضي من أن البيع قد تم لأحد الأسباب المبيّنة من ضرورة أو مصلحة ظاهرة، وأنه قد تم بمثل الثمن أو بما يزيد عليه أو ينقص بقدر يسير يتغابن فيه عامة الناس⁽²⁾، فإذا تبين له أن البيع لا يخدم القاصر أو أن فيه إضراراً به، كان له إبطال التصرف وعزل الولي وتعويض القاصر، ولذلك اشترط بعضهم إسهاد العدول على أن البيع قد تم لأحد الوجوه المذكورة آنفاً، وإلا لا يصدّق في قوله عند النزاع .

ونقول في الأخير أن هناك اتفاقاً واضحاً بين الفقه الإسلامي والقوانين العربية على أهمية وخطورة مثل هذا التصرف، وعلى ضرورة إحاطته بقيودٍ اختلفت في شكلها واتفقت في أصلها وهدفها، إذ أن القاضي الذي يأذن بالتصرف في القانون، إنما يتأكد من وجود ضرورة أو مصلحة للقاصر في التصرف الخاضع للإذن، وهو ما اشترطه فقهاء الشريعة الإسلامية، وإن كان اشتراط الإذن أكثر احتياطاً، باعتباره يسبق التصرف فيحول دون تعريض القاصر لنتائج الخطيرة، وخاصة في عصرنا الحالي مع تراجع الأخلاق وقلّة الأمانة عند الناس، وهو ما حدى بالمشرّعين إلى تعزيز رقابة القاضي بشأن مثل هذه التصرفات الخطيرة .

الفروع الثلاثة، قسمة عقار القاصر .

البند الأول، قسمة عقار القاصر في القانون .

دائماً وبصدد التصرفات الماسّة بالعقار، ونظراً لأهميتها البالغة وخطورتها، فإنها تخضع جميعها لرقابة القضاء القبلية، ومنها قسمة عقار القاصر، لأنه يترتب عليها إفراز الأنصبه لكل الشركاء بما فيهم القاصر .

(1) عبد السلام الرفعي - الولاية على المال وتطبيقاتها في الفقه المالكي ص 330 .

(2) "يفتقر العين اليسير لأنه لا يمكن التحرز عنه ، ففي اعتباره سدّ باب التصرفات، وإن كان العين فاحشاً، فلا ينفذ على اليتم"، انظر عبد الأحد ملا رجب - أحكام اليتيم في الفقه الإسلامي ص 471 .

وللسهر على عدالة هذه القسمة وعدم إضرارها بالقاصر، فإن القاضي هنا يقوم بدور هام وأساسي، فبالإضافة إلى اشتراط إذنه في إجرائها، فإنه يتعين مُصادقته عليها في حال القسمة الاتفاقية، وإلا فإنه يقرّر إجراء القسمة القضائية.

فالمشرّع الجزائري اشترط إذن القاضي بصدد هذا التصرف بموجب المادة 1/88 من قانون الأسرة⁽¹⁾ بالنسبة للولي الشرعي والوصي والمقدم كذلك، وهو ما أيده قرار المحكمة العليا رقم 51282 المؤرخ في 19-12-1988⁽²⁾، كما أنه نص على وجوب القيام بالقسمة القضائية بموجب المادة 2/181 من نفس القانون: «في حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء» .

والأصل أن القسمة تتم بالاتفاق بين الشركاء، ولا يلجأ إلى القسمة القضائية⁽³⁾ إلا عند اختلافهم وعدم رضاهم بالقسمة الاتفاقية، إلا أن المشرّع هنا عزّز دور القاضي، وفرض اللجوء للقسمة القضائية التي تخوّله الإطلاع عليها، وضمان عدالتها بالنسبة للقاصر، وهو ما نص عليه قرار المحكمة العليا الجزائرية الصادر في 22-12-1992⁽⁴⁾، والذي قرّر كذلك وجوب عرض ملف القضية على النائب العام⁽⁵⁾ قبل عشرة أيام على الأقل من يوم الجلسة التي سيتم فيها إجراء القسمة وذلك ليتأكد من عدم الإجحاف بحق القاصر .

(1) تنص أنه يجب استئذان القاضي في: «1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة».

(2) القرار رقم 51282 المؤرخ في 19-12-1988، المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، المحلة القضائية لسنة 1991، عدد 2 ص 63 .

(3) تتم القسمة القضائية إما عن طريق القسمة العينية: وهي التقسيم عينا على أساس أصغر نصيب ثم إجراء القرعة ، وإذا تعذر إجراؤها لعدم قابلية الشيء للقسمة أو لإحداثها ضررا في قيمته، يُلجأ لقسمة التصفية (البيع بالمزاد العلني) ، وهو ما نصت عليه المادة 728 من القانون المدني الجزائري، وتقابلها المادة 841 من القانون المدني المصري ، وانظر حسر كيرة - الموجز في أحكام القانون المدني ص 205 .

(4) القرار رقم 84551 المؤرخ في 22-12-1992، المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، المحلة القضائية لسنة 1995 عدد 1 ص 117 .

(5) إذ يعتبر إطلاع النيابة العامة على الملفات الخاصة بالتقدير كقاعدة جوهرية وفقا للقرار رقم 26598 المؤرخ في 19-

01-1983، المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، المحلة القضائية لسنة 1989 عدد 1 ص 37، كما تنص المادة 3 مكرر من القانون 09/05 المؤرخ في 4 مايو 2005 والمعدل لقانون الأسرة أنه: «تعدّ النيابة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون» .

أما المشرع المصري فلقد سمح للوصي بعد استئذان القاضي بإجراء القسمة بالتراضي (القسمة الاتفاقية)⁽¹⁾، ولكنه في هذه الحالة أعطى للقاضي صلاحيات أوسع، بحيث حوّله تحديد الأسس والإجراءات الواجب إتباعها في القسمة، و بعد أن تتم و يعرر عقدها، فإنه يمر ثانية على القاضي الذي يصادق عليه بعد التأكد والتثبت من عدالة القسمة، وفي الأخير أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة في اللجوء إلى القسمة القضائية إذا رأى ما يستوجب ذلك.

هذا و زيادة في الاحتياط والحرص على مصلحة القاصر، فلقد ذهب المشرع المصري إلى أبعد من ذلك، بحيث حوّله للقاضي حق التصدي للدعوى التي يرفعها الشركاء على القاصر بشأن القسمة، بحيث يمكنه توقيف إجراء القسمة مدة خمس سنوات كاملة⁽²⁾، إذا ثبت له أن في القسمة الفورية ضرراً جسيماً يلحق بالقاصر، ويكون ذلك مثلاً في حالة ما إذا انخفض ثمن العقارات في تلك الفترة، أو كان بقاء القاصر شريكاً على الشيوع أفضل له في استغلال العين الشائعة، أو إذا كان مصير العقار البيع بثمن بخس لاستحالة القسمة، والهدف من وقف القسمة لهذه المدة هو انتظار بلوغ القاصر لثرفعه عنه الولاية المالية ويكون له مباشرة القسمة بنفسه، فإذا بلغ قبل هذه المدة زال وقف القسمة لزوال سببه⁽³⁾.

هذا وإذا تمت القسمة بالتراضي، فإنها تخضع للأحكام التي تخضع لها سائر العقود، وبالتالي يكون للقاصر الحق في طلب إبطالها إذا لم تراعى فيها مصلحته⁽⁴⁾.

(1) تنص المادة 1/40 من قانون الولاية على المال المصري: «على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي إذا كانت له مصلحة في ذلك، فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التي تجري عليها القسمة و الإجراءات الواجبة الإتباع و على الوصي أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها، وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرّر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية».

(2) تنص المادة 41 من قانون الولاية على المال المصري: «إذا رفعت دعوى على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر، جاز للمحكمة بناء على طلب من يتوب عنه، أو بناء على طلب النيابة العامة أن توقف القسمة مدة لا تتجاوز خمس سنوات، إذا ثبت لها أن في التعجيل بها ضرراً جسيماً»، وذلك خروجاً عن القاعدة العامة التي تكفل حق كل شريك في طلب القسمة (المادة 834 من القانون المدني المصري، تقابلها المادة 722 من القانون المدني الجزائري).

(3) كمال صالح البنا - أحكام الولاية على المال ص 38.

(4) معروض عبد التواب سموسوعة الأحوال الشخصية 1539/3.

والمشرع السوري بدوره نص على اشتراط إذن القاضي بصدد قسمة عقار القاصر بالتراضي من طرف الوصي، كما يُشترط تصديقه عليها بعد إجرائها، تحت طائلة البطلان⁽¹⁾، أما المشرع المغربي فلقد شمل كل أموال القاصر، عقارات كانت أو منقولات أو غيرها باشتراط الإذن القضائي في إجراء قسمتها من الوصي، والتي لا يصادق عليها إلا بعد التأكد من عدالتها بواسطة خبير يعينه لهذا الغرض⁽²⁾.

ونلاحظ في الأخير أن المشرعين العرب خصّوا الوصي فقط بهذا القيد، دون الولي الشرعي بعكس المشرع الجزائري الذي ساوى بينهما.

البند الثاني: قسمة عقار القاصر في الفقه الإسلامي⁽³⁾.

قال الحنفية بأن للولي مطلقاً الأب ووصيه، والجد ووصيه، والقاضي، لهم جميعاً قسمة عقار القاصر ومنقولاته دون فرق، فالقاعدة عندهم أن كل من جاز له البيع جازت له القسمة. وأما وصي الأم ووصي الأخ، فلا يملكان سوى قسمة المنقول دون العقار، لأن لهما ولاية بيع المنقول دون العقار⁽⁴⁾.

كما أجاز المالكية لجميع الأولياء قسمة عقار القاصر ومنقولاته، وجميع ما يملكه، أما إذا كانت القسمة بين قاصرين فأكثر، فلا يقسم بينهم إلا القاضي خوفاً من محاباة بعضهم على حساب البعض الآخر، حيث قالوا: «يجوز للوصي إجراء القسمة عن القاصر دون رجوع إلى

(1) تنص المادة 181 من قانون الأحوال الشخصية السوري: «إذا كان للقاصر حصة شائعة في عقار فللوصي بإذن من المحكمة إجراء القسمة بالتراضي مع باقي الشركاء، ولا تكون هذه القسمة نافذة إلا بتصديق القاضي».

(2) تنص المادة 275 من مدونة الأسرة المغربية أن: «قسمة مال المحجور المشترك مع الغير تتم بتقديم مشروعها إلى المحكمة التي تصادق عليها بعد أن تتأكد عن طريق الخبرة من عدم وجود حيف فيها على المحجور».

(3) عرّف الفقهاء القسمة بعدة تعريفات، وقد اختار د. وهبة الزحيلي أفضلها وهو تعريف الشافعية والحنابلة وقال بأنه أوضح تعريف، إذ عرّفها بالقول لها: "مميز بعض الأنصاء عن بعض، وإفرازها عنها، بتجزئة الأنصاء بالكيل أو غيره انظر وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته 657/5 .

(4) لأن لهما ولاية حفظ المال دون التصرف فيه، ومن ذلك بيع المنقول وشراء الطعام والكسوة اللازمة، أنظر الكاسان بدائع الصنائع 18/7، وانظر ابن عابدين - حاشية رد المحتار على الدر المختار 175/6 .

السلطان، أما إذا كانت القسمة بين قاصرَيْن اثنين فأكثر، فلا يجوز له لاحتمال محاباة أحدهم على الآخر»⁽¹⁾.

غير أنه ورغم جواز القسمة هنا إلا أن النائب الشرعي ملزم بعدم المحاباة فيها، وإلا كان للقاضي ردّها، أو يلزمه بضمائها إذا فاتت⁽²⁾.

كما أنّ الشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾، أجازوا قسمة مال القاصر من جميع الأولياء، عقارا كان أو منقولا، وزاد الشافعية بأنه يجب على الولي طلبها إذا كان فيها غبطة، وإلا تركها، ومنعه القاضي إذا طلبها.

البند الثالث: مقارنة بين الفقه والقانون.

نلاحظ أن الفقهاء قد أجازوا لجميع الأولياء قسمة عقار القاصر ومنقولاته وجميع أمواله، ولقد استثنى المالكية حالة كون جميع الورثة قاصرين، إذ لا يجوز هنا لغير القاضي قسمة المال. خوفا من تفضيل البعض على البعض الآخر، كما أنّ الحنفية لم يميزوا لوصي الأم والأخ قسمة العقار، وأجازوا لهما قسمة المنقول.

وإجازة القسمة لجميع الأولياء تدفعنا إلى التساؤل الآتي: لماذا أجاز الفقهاء للوصي مثلا إجراء القسمة دون مسوّغ ظاهر، بينما اشترطوا عليه في بيع العقار الضرورة والمصلحة؟ رغم أن آثار إجراء القسمة قد تساوي أو تكون أكثر خطورة من آثار بيعه. ولعلّ هذا التساهل من الفقهاء في جواز قسمة مال القاصر راجع إلى اعتبارهم القسمة كالبيع كما صرح به الحنفية، فكل من جاز له البيع جازت له القسمة، وربما يعود ذلك إلى أنهم

(1) إبراهيم بن عبد الرزاق - معين الحكام على القضايا والأحكام 605/2 .

(2) الإمام مالك - المنونة الكبرى 250/4 - 257 ، الخطاب - مواهب الجليل 73/5 - 74 .

(3) سليمان البحرومي - البحرومي على الخطيب ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى 1417 هـ / 1996م ، 345/5 ، وانظر يوسف الأردبيلي - الأنوار لأعمال الأبرار ، مؤسسة الحلبي و شركاؤه للطباعة والنشر و التوزيع . القاهرة ، طبعة 1390 هـ / 1970م ، 736/2 .

(4) المرادوي - الإنصاف 368/11 .

اعتبروا أن الأصل في تصرفات الوصي السداد، وخدمتها دائما لمصالح القاصر، فإذا ثبت العكس كان للقاضي إبطالها.

وأما المشرعون العرب فإنهم أحاطوا هذا التصرف بعدة إجراءات وقيود، وهذا بالإضافة إلى اشتراط إذن القاضي، فالمشرع الجزائري أوجب إجراء القسمة عن طريق القضاء بدل القسمة الاتفاقية، ونظيره المصري أوجب على القاضي - في حال القسمة الاتفاقية - أن يحدد الأسس والإجراءات الواجب إتباعها، كما يعود له المصادقة عليها بعد إجرائها، وأتاح له اللجوء إلى وقف إجراء القسمة التي يطالب بها الشركاء إذا كانت تلحق الضرر بالقاصر، كما أن المشرعين السوري والمغربي بدورهما اشترطا إذن القاضي لإجراء القسمة، ووجوب تصديقه عليها بعد إجرائها ضمانا لعدالتها وعدم إضرارها بالقاصر، وكل هذه الإجراءات كفيلة بحماية القاصر من نتائج هذا التصرف الذي قد يمس بشكل كبير بثروته المالية وممتلكاته إن هو تم دون رقابة القضاء .

الفرج الرابع، ومن عقار القاصر.

البند الأول، ومن عقار القاصر في القانون.

يصنف رجال القانون الرهن ضمن الحقوق العينية التبعية⁽¹⁾، فحق الرهن تابع لحق الدائنية، وذلك بالنسبة للدائن المرهن الذي يُعتبر بالنسبة إليه نفعا محضا، أما بالنسبة للمدين المرهن فهو من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر .

(1) الرهن من الحقوق العينية التبعية لأنه تابع لحق الدائنية ، أما الحقوق العينية الأصلية فهي لا تستند إلى حق آخر مثل حق الملكية ، و الرهن نوعان :

أ- رهن تأميني أو رسمي : و يكون برهن عقار مملوك للراهن ضمانا للوفاء بحق الدائن المرهن ، مع بقاء هذا العقار في حيازة الراهن ، و نص عليه المشرع الجزائري بموجب المادة 882 من القانون المدني الجزائري ، و هو يعطي للدائن حق التبع والتقدم على باقي الدائنين .

ب- رهن حيازي : يكون برهن عقار أو منقول ضمانا للوفاء بحق الدائن المرهن ، و عكس الرهن التأميني ففيه تنتقل حيازة الشيء المرهون إلى المرهن ، و قد نص عليه المشرع الجزائري بموجب المادة 948 وما بعدها و انظر محمد حسين- نظرية الحق ص 33-34 ، و انظر كذلك حسن كيرة - الموجز في أحكام القانون المدني ص 7 .

وبما أنه يتم بأصل المال في حد ذاته، فإنه من الخطورة بما كان مما يستوجب حماية أموال القاصر منه بإخضاعه لرقابة القضاء القبلية⁽¹⁾، لأنه في حالة عدم استيفاء الدين الذي في ذمة الرهن فإنه يُحجز على مال القاصر لاستيفاء ثمن الدين، وهو ما حدا بمختلف التشريعات العربية للنص على وجوب استئذان القاضي بخصوص هذا التصرف.

غير أن المشرع الجزائري وبموجب نص المادة 1/88 من قانون الأسرة قصرَ اشتراط الحصول على الإذن القضائي بالنسبة لرهن العقار فقط دون باقي الأموال، وذلك سواء بالنسبة للولي الشرعي، أو بالنسبة للوصي والمقدم، بينما جعل باقي المشرعين العرب طلب الإذن بخصوص الرهن شاملاً لكل الأموال، ذلك أن النظرية التقيدية بكون العقار وحده يتحمل الأهمية البالغة قد تجاوزها الزمن، بحيث يوجد من المنقولات ماله قيمة تضاعف قيمة العقار، ومثال ذلك المحلات التجارية، وإن كان قرار المحكمة العليا رقم 40651⁽²⁾، قد شمل جميع أموال القاصر باشتراط الإذن القضائي لرهنها، وهو ما يجب على المشرع الجزائري الأخذ به في التعديلات القادمة لقانون الأسرة، لما فيه من إحتراز وحماية لمال القاصر، وخاصة بالنسبة للوصي الذي لا يتوفر على الشفقة التي يمتلكها الأب نحو ابنه.

ولقد فرق المشرعون العرب بين الوصي وبين الولي الشرعي، فالمشرع السوري مثلاً وبموجب المادة 2/172 من قانون الأحوال الشخصية السوري لم يكلف الأب والجد بطلب الإذن القضائي إلا في رهن العقار، بينما جعل هذا القيد شاملاً لجميع الأموال دون فرق بين العقار والمنقول بالنسبة للوصي وهو ما نصت عليه المادة 182/أ⁽³⁾ من نفس القانون، وهو ما أخذ به المشرع المصري كذلك في المادة 39 من قانون الولاية على المال المصري بالنسبة للوصي⁽⁴⁾،

(1) وهو ما نص عليه قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 40651 المؤرخ في 24-02-1986، غير منشور، أنظر بلحاج

العربي - قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي ص 156 .

(2) قرار المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية الصادر في 24-02-1986 غير منشور، بلحاج العربي،

المرجع نفسه ص 156 .

(3) تنص المادة 182/أ من قانون الأحوال الشخصية السوري أنه لا يجوز للوصي بدون إذن المحكمة التصرف بالبيع أو

الشراء أو الرهن في مال القاصر .

(4) تنص المادة 39 من قانون الولاية على المال المصري: «لا يجوز للوصي مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن المحكمة :

-أولاً: جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله-

أما بالنسبة للأب فلم يخضعه لهذا القيد إلا إذا زادت قيمة المال المراد رهنه عن ثلاثمائة (300) جنيه مصري⁽¹⁾ .

كما أن المشرع المغربي وضع قيمة محددة للمال المراد رهنه ليستوجب استئذان القاضي، فجعلها عشرة (10) آلاف درهم مغربي بالنسبة للوصي والمقدم⁽²⁾، أما بالنسبة للأب فلا يفتح ملف النيابة الشرعية، ولا يُقيد بإذن القاضي في جميع التصرفات إلا إذا زادت ثروة القاصر عن مائتي ألف (200 ألف) درهم وهو ما نصت عليه المادة 240 من المدونة المغربية للأسرة. ونلاحظ أن المشرعين العرب قد أقرّوا مبدأ اشتراط الإذن بالنسبة لرهن أموال القاصر باعتباره من أعمال التصرف الخطيرة، كما أنهم حدّدوا قيمة معينة للمال المراد رهنه حتى لا يجد النائب الشرعي نفسه ملزماً باستئذان القاضي كل مرة في رهن المال القليل القيمة، و رفعوا في هذه القيمة بالنسبة للوصي والمقدم مقارنة مع الولي الشرعي، وذلك احترازاً واحتياطاً، و تماشياً مع مبدأ تعزيز سلطة القاضي في رقابة أعمال النائب الشرعي كلما بعُدت درجة القرابة بينه وبين القاصر.

وتجدر الإشارة إلى أن الرهن الذي يُشترط إذن المحكمة لمباشرته، هو الذي يكون لصالح القاصر نفسه، أي لضمان دين في ذمته، أمّا الرهن الذي يكون لصالح النائب الشرعي فهو باطل بطلاناً مطلقاً، ولا يجوز سواء بإذن المحكمة أو بدونها⁽³⁾، إلا إذا كان المال المرهون قد تبرّع به

-وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة ،

-ثانياً : التصرف في المنقول أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل في أعمال الإدارة» .

(1) المادة 7 من قانون الولاية على المال المصري .

(2) تنص المادة 1/271 من مدونة الأسرة المغربية: «لا يقوم الوصي أو المقدم بالتصرفات الآتية إلا بعد الحصول على

الإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين :

1- بيع عقار أو منقول للمحجور تتجاوز قيمته 10.000 درهم أو ترتيب حق عيني عليه» .

(3) وهو ما نصت عليه المادة 2/6 من قانون الولاية على المال المصري: «ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على

نفسه»، إذ في هذه الحالة يُعتبر القاصر كفيلاً عينياً، فالالتزام أو الدين يكون في ذمة نائبه الشرعي وليس في ذمته هو ،

وبقدم عقاره كرهن ضماناً لاستيفاء الدين، فهو يعتبر بالنسبة إليه تبرعاً بدون مقابل ، والقاصر لا يملك أهلية رهن ماله

ولو كان ممّيزاً، انظر محي الدين إسماعيل علم الدين - التأمينات العينية في القانون المصري والمقارن ، دار النهضة العربية،

طبعة 1994 بيروت ص 21 ، وانظر السنهوري- الوسيط 345/10 ، وانظر كذلك محمد حستين- الوجيز في نظرية

الحق ص 33 .

الأب نفسه للقاصر، فهذا يكون له التصرف فيه كما شاء حتى لو رهنه في دين عليه، دون أن يخضع لرقابة القضاء القبلية أو البعدية⁽¹⁾.
هذا وفي المقابل فإنه يمكن للنائب الشرعي أباً كان أو جداً أو وصياً أن يرهن لصالح القاصر، ذلك لأنه يعتبر نفعاً محضاً بالنسبة إليه، فجاز لجميع الأولياء القيام به ودون استئذان القاضي⁽²⁾.
وإذا كان هذا هو الحال في القانون الوضعي، فما هو موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من رهن مال القاصر ؟

البند الثاني، رهن عقار القاصر في الفقه الإسلامي⁽³⁾.

أجاز الحنفية⁽⁴⁾ للنائب الشرعي سواء الأب أو الجد أو وصيهما، أن يرهن مال القاصر لدين عليه، أي على القاصر، وذلك سواء كان عقاراً أو منقولاً، ذلك أنه يعتبر من قبيل الوفاء بالدين، كما أنهم اعتبروه من توابع التجارة وضرورتها، هذا ويجوز للأب والجد أن يرهنا مالهما للقاصر ويهرنا ماله عندهما، فيجوز لهما أن يتوليا طرفي العقد، بعكس الوصي، ولقد اختلف شيوخ الحنفية في رهن الأب مال ابنه لدين على نفسه، فأجازته الإمام أبو حنيفة وصاحبه محمد، ومنعه أبو يوسف لأنه ضرر محض، وقول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسان، من حيث أنه إذا جاز للولي إيداع المال - والوديعة لا تضمن عند الهلاك - فإن الأولى أن يكون له رهنه لأن المرهون مضمون إذا هلك.

(1) وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال المصري في شرح نص المادة 13 من نفس القانون، أنظر معوض عبد التواب سموسوعة الأحوال الشخصية 1482/3 .

(2) محي الدين علم الدين - التأمينات العينية في القانون المصري والمقارن ص 79 ، وانظر السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني 344/10 .

(3) الرهن هو: "حبس الشيء بحق يمكن أخذه منه كالدين" ، أنظر علي بن محمد الجرجاني - التعريفات ص 125 ، أو هو: "المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاؤه من ذمة الغريم" ، أنظر موفق الدين وشمس الدين بن قدامة المقدسي - المغني و يليه الشرح الكبير 368/4 .

(4) الكاساني - بدائع الصنائع 154/5 ، محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية ص 470، محمد مصطفى شلي - أحكام الأسرة في الإسلام ص 791 .

وقال المالكية⁽¹⁾ بأن للأب والوصي والمقدم، رهن مال القاصر ولو عقارا لمصلحة هذا الأخير، كأن يحتاج إلى طعام أو كسوة، أما الرهن لمصلحة النائب الشرعي فلا يجوز مطلقا وإذا وقع يكون باطلا، كما أجازوا للأب رهن مال ابنه لنفسه فيتولى طرفي العقد، بعكس الوصي الذي لا يصح منه ذلك.

وهذا في حين لم يجز الشافعية⁽²⁾ رهن مال القاصر عقارا أو منقولا سواء كان ذلك من الأب أو باقي الأولياء، إلا لضرورة النفقة على القاصر، أو لوجود دين يشغل ذمته، أو يرهن على ما يقرضه، أو لقبطة ظاهرة كأن يرهن بنصف القيمة، ويرهن بضعفها، ويجوز عندهم لكل من الأب والجد أن يتوليا طرفي العقد في الرهن دون غيرهما.

كما أن الحنابلة⁽³⁾ لم يجزوا الرهن هنا إلا بتوفر شرطين اثنين، فالأول هو أن يكون الرهن عند من هو ثقة، لا يفرط فيه فيهلك، ولا يجحده، والثاني أن يكون في الرهن حظ للقاصر، كضرورة الإنفاق عليه، واشتروا في هذه الحال أن يكون له مال ينتظر تحصيله بعد مدة، كمال غائب ينتظر قدمه، أو ثمار ينتظر جنيها، أو دين مؤجل يخل وقته، فيقترض له ويرهن ماله، وإذا لم يكن له شيء ينتظره فإنه لا يقترض ولا يرهن، بل يبيع بعض ماله لينفقه عليه، والأب والوصي والقاضي سواء في كل ذلك، غير أنه لا يحق لغير الأب أن يتولى طرفي العقد.

فلقد اتفق الفقهاء إذاً على جواز رهن جميع أموال القاصر، وذلك بالنسبة لجميع الأولياء، وإن كان الجمهور قد اشتروا أن لا يتم ذلك إلا لسبب وجيه، كالضرورة المتمثلة أساسا في الحاجة للإنفاق على القاصر، أو لدين في ذمته، أو لمصلحة ظاهرة، غير أنهم لم يجيزوا - بالاتفاق - لغير الولي الشرعي أن يتولى طرفي العقد بنفسه، وكل ما ذكرناه إذا كان الرهن لصالح القاصر، أما إذا كان لدين على نائبه الشرعي، فلقد قال الجمهور بعدم جوازه لأن فيه ضرراً محضاً، في حين أجازوه أبو حنيفة ومحمد من الحنفية استحساناً .

(1) محمد عرفة الدسوقي - حاشية الدسوقي 232/3 الإمام مالك - المدونة الكبرى 161/4 .

(2) الشريفي - مفني المحتاج 122/2 ، النووي - المجموع شرح المذهب 354/13 .

(3) موفق الدين وشمس الدين بن قدامي المقدسي - المغني و بابه الشرح الكبير 398/4 .

البند الثالث: مقارنة بين الفقه والقانون.

ما نلاحظه عند المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون في مسألة رهن أموال القاصر⁽¹⁾، هو الاتفاق على اعتباره تصرفاً خطيراً، وجب الاحتراز منه بواسطة شروط وإجراءات تكفل حماية القاصر، فالقانون يفرض رقابة سابقة تتمثل في الإذن القضائي، بينما يشترط جمهور الفقهاء وجود مسوّغ كاف لجواز الرهن، وذلك إما بوجود ضرورة أو مصلحة ظاهرة، وإن كان الفقهاء قد أجمعوا بأنه للولي الشرعي أباً كان أو جداً عند القائلين به - دون غيرهما - تولي طرفي العقد في الرهن، فيرهنان مال الصغير لنفسهما، ويرهنان مالهما للصغير، وهذا خروجاً عن القاعدة العامة بعدم جواز تولي الشخص طرفي العقد، غير أن القانون لا يجيز ذلك إطلاقاً، لأنه يعتبرها حالة تعارض مصالح، تستوجب تعيين وصي مؤقت يمثل الصغير في عقد هذا التصرف لاحتمال المحاباة من طرف نائبه الشرعي.

كما أن جمهور الفقهاء يتفقون مع النظرة القانونية من حيث أن جواز الرهن لا يكون إلا إذا كان لمصلحة القاصر، كأن يكون في ذمته دين، أما أن يكون الرهن لمصلحة النائب الشرعي فلقد منعه جمهور الفقهاء لأنه ضرر محض، ولأنه يحرم القاصر من منافع المال المرهون⁽²⁾، وهو ما صرح به المشرع المصري في المادة السادسة (6) من قانون الولاية على المال المصري، إذ يعتبر القاصر في هذه الحالة كفيلاً عينياً، لأنه يكفل دين النائب الشرعي لصالح الدائن، والكفيل العيني تشترط فيه أهلية الأداء الكاملة، فلا يجوز أن يكون القاصر إذاً كفيلاً عينياً، وهذا حتى لو كان مأذوناً له في إدارة أمواله⁽³⁾.

(1) فقهاء الشريعة الإسلامية لا يقررون الرهن الرسمي أو التأميني، ويجيزون الرهن الحيازي بالنسبة للعقار والمنقول، وذلك أنه يشترط لصحة عقد الرهن، حيازة المرهن للشيء المرهون، عملاً بقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، انظر الكاساني-بديع الصنائع 138/6، الإمام مالك-المدونة الكبرى 151/4، ومحمد بن إدريس الشافعي-الأم، دار المعرفة، لبنان د ت، د ط 117/4، وموفق الدين وشمس الدين بن قدامي المقدسي-المغني و يليه الشرح الكبير 368/4، وانظر محمد حسين، نظرية الحق ص 33.

(2) عبد السلام الرفعي-الولاية على المال ص 355.

(3) محي الدين إسماعيل علم الدين-التأمينات العينية ص 21-22-26.

الفروع الخامس، المصالحة على أموال القاصر .

البند الأول: المصالحة على أموال القاصر في القانون⁽¹⁾.

المصالحة عقد ينهي النزاع القائم بين طرفين، أو يقي من نزاع محتمل بينهما، بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه⁽²⁾، ولأنه يندرج ضمن أعمال التصرف⁽³⁾، كما أنه قد يؤدي إلى التنازل عن أموال القاصر بشكل غير عادل مقارنة مع ما يتلقاه في المقابل، ولأن القاصر لا يملك أهلية التصالح قانوناً. بموجب المادة 460 من القانون المدني الجزائري⁽⁴⁾، ولأن الصلح يترتب عليه إسقاط الحقوق والإدعاءات المتنازل عنها بصفة نهائية وفقاً للمادة 469 من نفس القانون، فإن المصالحة على أمواله تكتسي أهمية وخطورة كبيرة مما جعلها مشروطة دائماً بوجود الحصول على إذن القاضي⁽⁵⁾، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1/88 من قانون الأسرة، التي تفرض استئذان القاضي في كل تصرف يمسّ بالعقار، يبعاً كان أو قسمة أو رهنا أو مصالحة، وإن كان يُؤخذ على المشرع الجزائري هنا كذلك اقتضاه على العقار فقط دون باقي الأموال، في حين أن المشرع السوري قد عمّم هذه الحماية على جميع أموال القاصر⁽⁶⁾، وإن كان ذلك لا يخص إلا الوصي دون الأب والجد لعدم اتفهما عنده، وهو ما أخذ به المشرع المغربي كذلك⁽⁷⁾.

(1) اعتبرته محكمة النقض المصرية من أعمال التصرف لأنه ينطوي على التزامات متبادلة بالتنازل، والتحكيم كذلك لأنه في حقيقته صلح، وذلك تفسيراً للمادة 3/39 من قانون الولاية على المال المصري، الطعن رقم 275 لسنة 36 (الأحوال الشخصية) جلسة 16-02-1971، أنظر معوض عبد التواب سموسعة الأحوال الشخصية 1519/3-1533.

(2) المادة 459 من القانون المدني الجزائري .

(3) السنهوري - الوسيط 532/5-534 .

(4) تنص أنه: «يُشترط فيمن يصالح أن يكون أهلاً للتصرف بعرض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح» .

(5) غير أنه لا يُعتبر من قبيل الصلح المستوجب لإذن القاضي، الاتفاق الذي لا يتضمن إلا التنازلات لصاح القاصر، ففي ذلك نفع محض له، فجاز للنائب الشرعي القيام به دون إذن المحكمة، أنظر كمال صالح البنا - أحكام الولاية على المال ص 36 .

(6) المادة 182 /ح من قانون الأحوال الشخصية السوري تنص على أنه لا يجوز للوصي دون إذن المحكمة إجراء الصلح والتحكيم على مال القاصر .

(7) المادة 3/271 من مدونة الأسرة المغربية تنص بأنه لا يجوز للوصي بدون إذن القاضي: «التنازل عن حق أو دعوى أو إجراء الصلح أو قبول التحكيم بشأهما» .

وذلك في حين لم يفرض المشرع المصري استئذان القاضي لإجراء المصالحة، إلا إذا تعدت قيمة العقار أو المنقول أو المحل التجاري أو الأوراق المالية ثلاثمائة (300) جنيه بالنسبة للأب⁽¹⁾، و مائة (100) جنيه بالنسبة للوصي ويشمل ذلك كل الأموال بدون استثناء⁽²⁾، وذلك تجنبا لإرهاق النائب الشرعي بإلزامه الحصول على الإذن في كل مرة، إذا كان المال قليل القيمة ولا يؤثر على ثروة القاصر، أما الجدد فلقد منعه من الصلح مطلقا إلا بإذن القاضي⁽³⁾.

ويلاحظ أن المشرعين العرب قد نحووا في مسألة الصلح منحى متشددا مع الوصي مقارنة مع الولي الشرعي⁽⁴⁾، الذي لم يخضعوه لطلب الإذن، أو اشترطوا بلوغ المال حداً معيناً ليخضع له، وذلك اعتباراً منهم لشفقة الأب من جهة، وخطورة المصالحة من جهة أخرى.

هذا وإذا كان المشرع الجزائري قد نص على المصالحة فقط، فإن باقي المشرعين ذكروا التحكيم كذلك وأخضعوه لنفس القيد⁽⁵⁾، ذلك أن التحكيم يتضمن حل النزاع الموجود بين الطرفين بواسطة تنازل كلٍ منهما عن بعض حقوقه، فهو صلح في حقيقته، فوجب أن يخضع لنفس القيد، وعلى المشرع الجزائري أخذ ذلك بعين الاعتبار.

ومن التصرفات التي تعتبر من قبيل الصلح كذلك اليمين الحاسمة، فوجب إخضاع النائب الشرعي لإذن القاضي بصددها⁽⁶⁾، وأرى وجوب ذلك بصددها والنكول عنها كذلك، ذلك أنه يخسر دعواه كل من نكل عن يمين وجّهت له ولم يردّها، أو ردّت عليه فنكل

(1) المادة 7 من قانون الولاية على المال المصري: «لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بأذن المحكمة».

(2) المادة 3/39 قانون الولاية على المال المصري تنص على عدم جواز الصلح و التحكيم من الوصي بدون إذن القاضي إذا بلغت قيمة المال ما يزيد عن مائة جنيه .

(3) المادة 15 من قانون الولاية على المال المصري: «لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف في مال القاصر ، و لا الصلح عليه و لا التنازل عن التأمينات أو إضعافها» .

(4) وإن كان المشرع المصري اعتبر الجد مثل الوصي بالنسبة لتصرفاته الخاضعة لإذن القاضي وهو ما نصت عليه المادتان 15 و 2/39 من قانون الولاية على المال المصري .

(5) معروض عبد النواب- موسوعة الأحوال الشخصية 1533/3 .

(6) كمال صالح البناء- أحكام الولاية على المال ص 14 - 36 .

عنها⁽¹⁾، والمشرع الجزائري مطالب بالنص على هذه النقطة، خاصة وأنه لم ينص على اشتراط الإذن القضائي بصدد رفع الدعاوى القضائية من النائب الشرعي، وإن كان لا يُتصور توجيه اليمين الحاسمة إلا أثناء الدعاوى القضائية، فوجب إخضاع توجيه هذه اليمين وردّها أو النكول عنها لرقابة القضاء، لأن آثارها لا تقل خطورة عن المصالحة، إذ يترتب عليها خسارة الدعوى وفي ذلك ضرر محض بالقاصر، إذ يتضمن ضياع حقوقه الثابتة له، وإلزامه بالتزامات تنقل كاهله، إضافة إلى تحمّله المصاريف القضائية .

البند الثاني: المصالحة⁽²⁾ على أموال القاصر في الفقه الإسلامي.

قال الحنفية⁽³⁾ يجوز الصلح من الأب والجد والوصي على مال القاصر عموماً، غير أنهم اشترطوا أن يكون لمن يدعي الدين على الصغير بينة، وأن يتم الصلح بمثل قيمة الدين أو بزيادة يسيرة يتغابن فيها عامة الناس، فالصلح هنا أشبه بعقود المعاوضة والنائب الشرعي يملك البيع والشراء عن القاصر فكان له المصالحة على ماله كذلك، وأما إذا لم يكن للمدعي بينة تثبت دينه، فلا يجوز الصلح لأنه يأتي هنا بمعنى التبرع الذي يضّر بالقاصر ضرراً محضاً والنائب الشرعي لا يملك ذلك مطلقاً، كما أنه إذا كان للقاصر دين ثابت على غيره بالبينّة، فإنه لا يجوز التنازل عن بعض الدين، إذ أن ذلك تبرع بحق القاصر، كما لا يجوز لهم المصالحة على أقل من قيمة الدين، لأن الخطأ⁽⁴⁾ تبرّع كذلك.

(1) المادة 347 من القانون المدني الجزائري تنص: « كل من وُجّهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردّها على خصمه ، وكل من ردّت عليه اليمين فنكل عنها، حسر دعواه » .

(2) و الصلح أنواع: " صلح بين المسلمين ، وأهل الحرب ، و بين أهل بغي و أهل عدل ، و بين زوجين إذا حيف من الشقاق بينهما أو خافت المرأة إعراض زوجها عنها ، و بين متخاصمين في غير مال، و بين متخاصمين في المال ، انظر وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي و أدلته 294/5-295.

(3) الكاساني-بدائع الصنائع 42/6 .

(4) " الخطأ القليل و الكثير سواءً بخلاف العين اليسير في البيع أنهما يملكانه ، و الفرق أن الخطأ نقصان متحقّق لأن الدين مقدّر بمقدار معلوم فالتقصان عنه متحقّق و إن قل، و التقصان في البيع غير متحقّق لأن العوض فيه غير مقدّر لاختلافه بتقوم القومين، فإذا لم يتقدّر العوض لا يتحقّق التقصان " ، انظر الكاساني-بدائع الصنائع 42/6 .

كما قال المالكية⁽¹⁾ بجواز صلح الأب والوصي على مال القاصر، و أجازوا صلح الكفيل كذلك وأنزلوه منزلة الأب والوصي، غير أنه لا يجوز الصلح على ما هو ثابت بأقل من قيمته، وإلا كان للقاصر أن يرجع على من عليه الحق، فإذا كان عديما رجع على نائبه الشرعي. وعلى كل فإن المالكية أجازوا الصلح كلما كان فيه سداد ونظر، وجاء بمصلحة القاصر، ولذلك قالوا بجواز الصلح بأقل من قيمة الدين إذا لم يكن للقاصر بيّنة، إذ أن تحصيل القليل خير له من ضياع كل شيء.

والحنابلة⁽²⁾ أيضا سمحوا بالصلح بشرط خدمته للقاصر، فقالوا أنه إذا كانت له بيّنة على دينه لدى الغير ولم يتم إنكاره، فلا يصالح الولي عن هذا الدين لأنه ثابت، أما لو أنكر الغير أو لم تكن هناك بيّنة، جاز الصلح، لاستيفاء ما أمكن من الدين خير من تركه كله. فالفقهاء أجازوا الصلح للأولياء مطلقا، ما دام يحقق مصالح القاصر، ويحول دون ضياع حقوقه كلها أو جزء منها، ولذلك اشترطوا أن يكون يمثل قيمة الحق المدعى به أو يغني يسير، كما اعتبروا الصلح عن دين ثابت للقاصر بالبيّنة تبرعا، وكذلك الصلح على دين عليه بدون بيّنة، فمنعوه لأنه ضرر محض، وبالمقابل فإنهم سمحوا بالمصالحة على أقل من القيمة إذا لم يكن دين القاصر ثابتا، وذلك لأن استيفاءه لبعض الدين خير له من ضياعه كله.

البند الثالث: مقارنة بين الفقه والقانون.

لقد اتفق المشرعون العرب على إخضاع المصالحة على مال القاصر للإذن القضائي باعتبارها من أعمال التصرف، إلا أن المشرعين المغربي والسوري قصرنا هذا القيد على الوصي دون الولي الشرعي، بينما نص المشرعان الجزائري والمصري على شمول طلب الإذن القضائي للولي الشرعي كذلك، فالمشرع المصري ألحق الجد هنا بالوصي وألزمه باستئذان القاضي بصدد هذا التصرف، كما يلاحظ أن المشرع الجزائري هو الوحيد الذي قصر طلب الإذن على العقارات

(1) الخطاب-مواهب الجليل 73/5، أحمد بن يحيى الوشيري-المعيار العرب 499/6-504، 423/9، وانظر عبد

السلام الرفعي-الولاية على المال و تطبيقاتها في المذهب المالكي ص 337.

(2) موفق الدين وشمس الدين بن قدامى المقدسي-المغني و يليه الشرح الكبير 4/5، المرادوي-الإنصاف 236/5.

فقط دون باقي الأموال، وهذا في حين أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد أطلقوا يد النائب الشرعي أياً كان، في الصلح على مال القاصر، و رأينا أن المالكية أجازوا ذلك حتى للكفيل، وذلك حرصاً على تحقيق مصلحة القاصر، وصون حقوقه والحيلولة دون ضياعها، غير أنهم في المقابل أجمعوا على أن الصلح مشروط بأن لا يكون بغبن فاحش، كما لم يجيزوا الصلح عن دين ثابت بالبيّنة، ولا الصلح عن دين على القاصر غير ثابت بها، لأن في ذلك إخراج المال دون عوض وهو تبرع فيه ضرر محض فلم يصح، كما أنهم أجازوا الصلح على أقل من قيمة الدين إذا لم يكن ثابتاً لتحصيل ما أمكن منه، فالإذن القضائي في القانون يقابله اشتراط مصلحة القاصر. يمنع التنازل عن ماله دون بيّنة، ومنع الصلح عن دينه بغبن فاحش .

المطلب الثاني: سلطة القاضي في الإذن بأعمال الإدارة.

الفروع الأول: بيع منقولاته القاصر.

البند الأول: بيع منقولاته القاصر في القانون.

المال المنقول هو كل ما أمكن نقله دون تلف⁽¹⁾، ولقد نص المشرع الجزائري على تقييد بيع منقولات القاصر بإذن القاضي بموجب المادة 2/88 من قانون الأسرة الجزائري⁽²⁾، غير أنه استعمل عبارة "المنقولات ذات الأهمية الخاصة"، ولم يبيّن لنا المقصود من ذلك، هل يعني به المنقولات المعنوية كالمحلات التجارية مثلاً، أو المنقولات التي لها قيمة مادية كبيرة، وعلى كل فإن ذلك يشكّل إهاماً وغموضاً في نص قانوني يفترض فيه الوضوح وضبط المصطلحات، خاصة أنه لم يصحب قانون الأسرة بمذكرة إيضاحية تكمل الناقص وتوضّح المهتم من الأمور، كما درج عليه باقي المشرعين العرب وخاصة المشرع المصري.

(1) انظر تعريف المال المنقول في الفصل الأول، ص 58 وما بعدها .

(2) تنص أنه يجب استئذان القاضي في بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة .

هذا، وقد أباح المشرع السوري نقل من أذن واجد احريه اتمامه في التصرف في منقولات القاصر دون قيد أو شرط⁽¹⁾، بينما جعل تصرف الوصي فيه بالبيع مشروطاً بإذن المحكمة⁽²⁾، والمشرع المغربي بدوره أطلق يد الأب في التصرف في أموال ولده عقارات ومنقولات، ما لم تتعدى قيمتها مائتي ألف درهم (200 ألف درهم)⁽³⁾، بينما أخضع الوصي لرقابة أشد بحيث يتوجب عليه طلب الإذن إذا تعدت قيمة المنقول المراد بيعه عشرة (10) آلاف درهم⁽⁴⁾، أما المشرع المصري فلم يشترط الإذن القضائي بالنسبة للأب، إلا إذا تعلق الأمر بمحل تجاري، أو أوراق مالية تفوق قيمتها ثلاثمائة جنيه (300)⁽⁵⁾، أما الجد والوصي فقد ساوى بينهما في اشتراط حصولهما على الإذن القضائي بصدد بيع منقولات القاصر، مهما كان نوعها⁽⁶⁾.

البند الثاني: بيع منقولات القاصر في الفقه الإسلامي.

اتفق الفقهاء على أن لجميع الأولياء الحق في بيع منقول القاصر، فلقد قال الحنفية⁽⁷⁾ يجوز ذلك لأنه يُعد من أعمال الحفظ، لأن حفظ ثمن المنقول أيسر من حفظ عينه، بعكس العقار الذي هو محفوظ بطبيعته، لكنهم أوجبوا على النائب الشرعي البيع بمثل القيمة، أو بما يزيد أو يقل عنها بقدر يسير، أما البيع بغبن فاحش فهو من باب التبرع الذي لا يجوز، فلا ينفذ لأنه

- (1) تنص المادة 2/172 من قانون الأحوال الشخصية السوري، على اشتراط الإذن في بيع العقار و رهنه، دون ذكر المنقول، مما يدل بمفهوم المخالفة على جواز التصرف في المنقول بالبيع والرهن دون حاجة إلى إذن القاضي.
- (2) تنص المادة 182/ أ على اشتراط الإذن القضائي في بيع الوصي لأموال القاصر دون فرق بين العقار و المنقول.
- (3) المادة 240 من مدونة الأسرة المغربية- سبق ذكرها.
- (4) المادة 1/271 من مدونة الأسرة المغربية: « لا يقوم الوصي أو المقدم بالتصرفات التالية إلا بعد الحصول على الإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين : - 1 بيع عقار أو منقول للمحور تتجاوز قيمته 10.000 درهم أو ترتيب حق عمي عليه» .
- (5) المادة 7 من قانون الولاية على المال المصري: « لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة» .
- (6) المادة 15 من قانون الولاية على المال المصري: « لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف في مال القاصر، و لا الصلح عليه، و لا التنازل عن التأمينات أو إضعافها»، وتنص المادة 2/39 من نفس القانون على إلزام الوصي باستئذان القاضي إذا أراد التصرف في عقار القاصر أو حقوقه الشخصية أو الأوراق المالية، إلا ما يخص أعمال الإدارة.
- (7) الكاساني-بدائع الصنائع 153/5-154، داماد أفندي-مجمع الأثر 725/2.

ضرر محض، كما أطلق المالكية⁽¹⁾ يد الأب في بيع مال صغيره منقولاً كان أو عقاراً، فتصرفه محمول على السداد، والوصي والقاضي كذلك، كما أن الممول به عندهم أنه يجوز للكافل والحاضن بيع منقول القاصر إذا كانت قيمته يسيرة.

وقال الشافعية⁽²⁾ أن الأب والجد غير متهمان في حق صغيرهما، فجاز لهما بيع ماله المنقول، وليس عليهما إثبات المصلحة في ذلك البيع، أما الوصي والمقدم، فهما ملزمان بالبيع للمصلحة والإثبات بالبيّنة على ذلك، كما يجوز للأب والجد بيع مال القاصر لنفسيهما.

كما أجاز الحنابلة⁽³⁾ للأب والوصي والقاضي وأمينه، بيع مال القاصر ولو بيع النسيئة، على أنه يلزم في هذه الحالة بأخذ رهن على الثمن.

فلقد اتفق الفقهاء على إطلاق يد النائب الشرعي في بيع منقول القاصر بشرط احترام القاعدة الأساسية في الولاية المالية، وهي خدمة مصالحه، بطلب النفع له، ودرء ما يضره في ذلك، كما أنهم أجازوا في سبيل ذلك بيعه بنسيئة، أي بتأجيل قبض الثمن، وانفرد الشافعية بالتفريق بين الولي الشرعي من جهة، والوصي والمقدم من جهة أخرى، بحيث اشترطوا البيع للمصلحة والإثبات بالبيّنة بالنسبة للوصي والمقدم، وذلك زيادة في الاحتياط والحرص.

البند الثالث: مقارنة بين الفقه والقانون.

رأينا أن المشرعين العرب اختلفوا من حيث الأولياء الخاضعين للإذن القضائي بصدد بيع منقولات القاصر، فالمشرعان الجزائري والمصري أخضعا كلاً من الولي الشرعي والوصي والمقدم لهذا القيد، وإن كان المشرع المصري فرّق بينهما من حيث قيمة المنقول، بحيث حدّدها بثلاثمائة جنيه بالنسبة للأب، وبالتالي أعطاه بعضاً من الحرية بالتصرف في المنقول ذي القيمة القليلة دون استئذان القاضي، بينما أخضع الجد والوصي لهذا الإذن مطلقاً ومهما بلغت قيمة المنقول المادية،

(1) أحمد الصاوي - بلغة السالك 131/2-132، محمد عرفة الدسوقي - حاشية الدسوقي 300/3.

(2) الشريبي - مفق المحتاج 175/2، الرملي - نهاية المحتاج 377/4-378.

(3) موفق الدين وشمس الدين بن قدامى المقدسي - المغني وبلية الشرح الكبير 521/4-522.

أما المشرعان السوري والمغربي فلقد أعفيا الولي الشرعي من هذا القيد تماما وقصره على الوصي والمقدم فقط.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فلقد أطلقوا يد جميع الأولياء في هذا التصرف، ما لم يكن فيه ضرر محض كالبيع بغبن فاحش، وإن كان الشافعية قد اشترطوا إثبات البيع للمصلحة بالبينة، إلا أن ذلك يخص الوصي والمقدم فقط.

ويبدو أن إخضاع المشرعين بيع المنقولات للإذن القضائي لا يشملها كلها، بل يقتصر على المنقولات التي يمكن أن يشكّل التصرف فيها خطرا على ثروة القاصر، ولذلك وضع بعضهم حداً معيناً لقيمة هذه المنقولات، ونص بعضهم صراحة على المحل التجاري والأوراق المالية فقط، كما أن المشرع الجزائري استعمل عبارة المنقولات ذات الأهمية الخاصة .

ونقول في الأخير أنه إذا كان فقهاء الشريعة لم ينصوا على تقييد بيع منقول القاصر مهما بلغت قيمته وأهميته، إلا أن النائب الشرعي مقيد دائماً بخدمة القاصر وعدم الإضرار به، وأن بيعه يجب أن يكون بمثل القيمة أو بغبن يسير، وهو ما يقابل الرقابة السابقة المتمثلة في الإذن القضائي المشروط قانوناً، كما أنهم لم يقيدوا بيع المنقول كما قيدوا بيع العقار بأسباب محدّدة، لأنه لم تظهر في عصرهم مفاهيم مثل المال المنقول المعنوي كالمحلات التجارية، وحقوق التأليف وبراءات الاختراع في شقها المالي .

الفصل الثاني: إيجار أموال القاصر.

البند الأول: إيجار أموال القاصر في القانون.

يعتبر الإيجار من الأمثلة الواضحة على أعمال الإدارة، وهي الأعمال التي لا تمس بأصل المال⁽¹⁾،

(1) نعت المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال المصري على معيار التفرقة بين ما يعتبر من أعمال التصرف، وما يعتبر من أعمال الإدارة، فكل تصرف يؤدي إلى إخراج جزء من رأس المال أو ترتيب حق عيني عليه، يُعتبر من أعمال التصرف، وما عدا ذلك فهو من أعمال الإدارة، انظر معرض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1532/3، ويقول د. محمد صبري السعدي أن أعمال التصرف هي التي يتم بموجبها تقرير حق عيني للغير على الشيء، مثل البيع والرهن، وأما أعمال الإدارة فهي التي تهدف إلى استغلال الشيء دون المساس بأصله كالإيجار، أنظر محمد صبري السعدي - شرح القانون المدني الجزائري 159/1، كما يعدّ من أعمال الإدارة كذلك كل التصرفات التي تقتضيها-

فالإيجار ينصب على حق الانتفاع⁽¹⁾ بالعين المؤجرة فقط بعكس أعمال التصرف كالبيع مثلا، ومن الناحية المبدئية فإنه لا يشكل خطورة على أموال القاصر، فالأصل فيه الإباحة، إلا أنه ترد استثناءات على هذه القاعدة تجعل إيجار أموال القاصر من الخطورة بما كان، مما يستوجب تقييده بإذن القضاء، لأنه قد يرهن إرادة القاصر، أو قد يؤدي إلى ضياع ماله، أو يكون فيه محاباة لصالح نائبه الشرعي وأقاربه.

ولقد نص المشرع الجزائري على هذا القيد بموجب المادة 4/88 من قانون الأسرة⁽²⁾، فيما يخص تأجير العقارات لمدة تفوق ثلاث سنوات، أو تمتد لسنة بعد تاريخ بلوغ القاصر سن الرشد⁽³⁾، ذلك أن الإيجار وإن كان من أعمال الإدارة إلا أنه إذا تم عقده لمدة طويلة تفوق ثلاث سنوات، فإن ذلك من شأنه أن يقيد إرادة القاصر إذا هو بلغ سن الرشد أثناء هذه المدة، وكان له بالتالي الحق في التصرف في أمواله كما يشاء، ونفس الأمر بالنسبة للإيجار الذي تفوق مدته سنة بعد بلوغ القاصر⁽⁴⁾.

= الإدارة كبيع المحصول أو المنقول الذي يسرع إليه التلف وكذا أعمال الحفظ والصيانة، أنظر كمال صالح البنا- أحكام الولاية على المال ص 35 .

(1) يشمل حق الانتفاع : استعمال واستغلال الشيء المملوك لدى الغير، فيكون حق الملكية مجزئا إذ مالك الرقبة له حق التصرف، والمنفعة يكون له الاستعمال والاستغلال، والاستغلال هو الحصول على غلة الشيء وممارسه، كما أن حق الانتفاع مؤقت ينتهي بالأجل المحدد له أو بوفاة صاحبه، انظر محمد حسين- الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ص 28 .

(2) تنص أنه يجب على الولي استئذان القاضي إذا أراد: «إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد» .

(3) وإذا كانت المادة 4/88 من قانون الأسرة، قد نصت على تأجير العقارات فقط، فإن قرار المحكمة العليا رقم 72353 الصادر في 10-04-1991 عن المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 1993 عدد 3، ص 115، قد استوجب الحصول على الإذن بصدد تأجير كافة أملاك القاصر دون استثناء، والواجب على المشرع الجزائري الأخذ بذلك، إذ أن فيه احترازا من تأجير بعض المنقولات التي لا تقل شأنًا عن العقار، كالمخلات التجارية .

(4) وهو ما نصت عليه كذلك المادة 4/182 هـ من قانون الأحوال الشخصية السوري بحيث لم تجز للوصي بدون إذن من القاضي: «إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى سنة بعد بلوغه سن الرشد»، ونصت المادة 8/39 من قانون الولاية على المال المصري على أنه لا يجوز للوصي دون إذن المحكمة: «إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة»، ونصت المادة 10 من نفس القانون أنه: «لا يجوز للولي بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة»، ونصت المادة 4/271 من مدونة الأسرة المغربية أنه لا يجوز للوصي والمقدم بدون إذن القاضي أن يباشر: «عقود الكراء التي تمتد مفعولها إلى ما بعد انتهاء الحجر» .

غير أن ذلك يدفعنا إلى التساؤل حول مصير العقد الذي يبرمه النائب الشرعي لمدة أكثر من ثلاث سنوات، أو لما يزيد عن سنة من تاريخ بلوغ القاصر؟ هل ينفذ هذا العقد الإيجاري لأنه تم بولاية صحيحة؟ أم يتم إبطاله لأن الولاية تنتهي ببلوغ القاصر سن الرشد؟ والحقيقة أن الإجابة على هذا السؤال موجودة في نص المادة 468 من القانون المدني الجزائري، فلقد نصت أنه: «لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث سنوات، إلا بترخيص من السلطة المختصة، فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك، تُردُّ المدة إلى ثلاث سنوات، كل هذا ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك».

فهذه المادة أخضعت الإيجار لترخيص القاضي إذا كان لما يفوق ثلاث سنوات، وإذا زاد عن ذلك، فإن الحل يكمن في ردّ المدة إلى ثلاث سنوات، وذلك أحسن من إمضاء التصرف مطلقاً، وأحسن من إبطاله كذلك.

ولقد ذهب المشرّعان المصري والسوري إلى التفريق بين أنواع العقار فحدّدوا المدة بسنة واحدة في تأجير المباني وبثلاث سنوات في تأجير الأراضي الزراعية⁽¹⁾، وذلك ربما للأهمية التي تكتسبها المباني وخوفاً عليها من الإهمال، كما أن هناك قيوداً آخر يرد على تأجير واستئجار⁽²⁾ أموال القاصر، يتعلق بضمان عدم محاباة الوصي لنفسه أو لأقاربه، بحيث ألزمه القانون بالحصول على إذن القاضي إن هو أراد أن يستأجر مال القاصر أو يؤجره لنفسه أو لزوجه، أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة، أو لأي شخص آخر يكون الوصي نائباً عنه⁽³⁾، وهذا حرصاً على

(1) تنص المادة 182/د من قانون الأحوال الشخصية السوري، والمادة 7/39 من قانون الولاية على المال المصري أنه لا يجوز للوصي بدون إذن المحكمة إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية وأكثر من سنة في المباني .

(2) الاستئجار قد يكون من أعمال الإدارة كمن يستأجر داراً ليسكنها ويدفع أجرها من دخله لا من رأس المال، وقد يكون من أعمال التصرف كمن يستأجر أرضاً زراعية فهو يتصرف فيها بقصد المضاربة كمن يشتري سلعة للمتاجرة فيها ، انظر السنهوري - الوسيط في القانون المدني 115/6-116.

(3) تنص المادة 15/39 من قانون الولاية على المال المصري ، والمادة 182/ن من قانون الأحوال الشخصية السوري أنه لا يجوز للوصي بدون إذن القاضي إيجار واستئجار أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربهما إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصي نائباً عنه.

عدالة عقد الإيجار والاستئجار، ويظهر أن هذا القيد يشمل جميع أموال القاصر بخلاف القيد المتعلق بالمدة، فهو لا يتناول إلا تأجير العقار. وللإشارة فإن اشتراط إذن القاضي بصدد تأجير أموال القاصر لا يشمل إلا الوصي والمقدم عند كل المشرعين العرب، باستثناء المشرع الجزائري الذي أخضع جميع الأولياء لنفس الأحكام. وإذا كان المعيار في اشتراط هذا الإذن هو مدة عقد الإيجار، فإن القانون رقم 788 لسنة 1957 والذي كان مطبقاً في الجزائر أثناء الفترة الاستعمارية، كان يأخذ بالإضافة إلى اشتراط المدة المحددة بثلاث سنوات، بمعيار القيمة النقدية لعقد الإيجار، فإذا بلغت قيمته مائة (100) ألف فرنك، وجب استئذان القاضي بصده، وإذا كانت أقل من ذلك وجب استئذان مجلس الأسرة⁽¹⁾.

هذا وإذا تم تأجير عقار القاصر دون الحصول على إذن القاضي فإن ذلك يستتبع مباشرة بطلان عقد الإيجار، وكل الآثار المترتبة عنه⁽²⁾، كما أنه يكون للقاصر الذي بلغ الرشد الحق في إبطال عقد الإيجار الذي كان فيه محاباة على حسابه، حتى لو انتهى العقد قبل بلوغه الرشد، فإن مسؤولية الوصي تبقى قائمة ويلزم بتعويضه⁽³⁾.

البند الثاني، إيجار أموال القاصر في الفقه الإسلامي.

قال الحنفية⁽⁴⁾ بأنه لكل من الأب والجد ووصيهما تأجير عقار القاصر، على أن لا يكون ذلك لمدة طويلة تفوق ثلاث سنوات، لأنه جرت العادة على أن تكون الأجرة في الإجارة الطويلة يسيرة، هذا وإذا بلغ القاصر أثناء مدة الإيجار كان له الخيار في إمضاء ما بقي من المدة أو الفسخ.

(1) محمد حسين - الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ص 102 .

(2) قرار رقم 41470 الصادر في 1986/06/30 عن المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية

لسنة 1989 عدد 2، ص 81 .

(3) السنهوري - الوسيط في القانون المدني 112/6 .

(4) الشيخ نظام - الفتاوى الهندية 312/2-314 .

كما أن المالكية⁽¹⁾ لا يجيزون للأب والوصي تأخير العقار لمدة تزيد عن بلوغ القاصر سن الرشد، فإذا حصل انفسخت الإجارة، ويكون الضمان على النائب الشرعي في هذه الحالة من طرف المستأجر، وهو ما قال به الشافعية⁽²⁾ كذلك .

أما الحنابلة⁽³⁾ فقالوا بأنه لا يبطل عقد الإجارة الذي أبرمه الولي بعد بلوغ القاصر، لأنه عقد لازم بحق الولاية، و يحتمل أن يبطل كذلك لزوال الولاية عن الصغير، كما أنه إذا عقد الولي الإجارة في مدة يتحقق فيها بلوغ القاصر، فإنه يكون لهذا الأخير -إذا بلغ الرشد- الخيار بين الفسخ أو الاستمرار في الإجارة.

ونلاحظ أن الفقهاء اتفقوا على السماح بإيجار مال القاصر عقارا كان أو غيره من طرف نائبه الشرعي مطلقا، كما منعوا عقد الإيجار لمدة طويلة، وإلا كان للقاصر الذي بلغ أثناء هذه المدة إبطال العقد في المدة الزائدة على بلوغه، أو الخيار بين إبطاله أو الاستمرار فيه، وهذا إذا كان نائبه الشرعي على علم ببلوغه أثناء هذه المدة لأن ذلك يخرج عن ولايته، إذ يكون للقاصر الحرية التامة في التصرف في أمواله.

البند الثالث: مقارنة بين الفقه والقانون.

لقد اتفقت القوانين العربية على إخضاع إيجار العقار لما يزيد عن ثلاث سنوات، أو لمدة تزيد عن سنة من بلوغ القاصر سن الرشد لإذن القاضي، وذلك كله يتفق مع الفقه الإسلامي، إذ اشترط الحنفية أن لا تزيد مدة الإيجار على ثلاث سنوات في العقارات، كما أن جمهور الفقهاء قالوا بحق القاصر الذي بلغ الرشد في فسخ عقد الإجارة الذي يمتد إلى ما بعد بلوغه، وذلك للحيلولة دون تقييد حريته في التصرف في أمواله، ولأن الولاية زالت عنه برشده، فبطلت الإجارة فيما زاد عن مدة البلوغ، وإن كانت رقابة القاضي القبلية في القانون تكفل ضمان عدم الإضرار بالقاصر، بحيث يسهر على أن لا يتعدى عقد الإيجار ثلاث سنوات، وأن لا يمتد إلى ما

(1) الإمام مالك- المدونة الكبرى 418/3-419 ، شهاب الدين القرافي - الذخيرة ، تحقيق محمد بوخيزة ، دار الفروع

الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى 1999، 539/5-540 ، إبراهيم بن عبد الرفيع -معين الحكام 482/2 .

(2) الشريفي- معني المحتاج 349/2-356 .

(3) موفق الدين وشمس الدين بن قدامي المقدسي- المعني ويلييه الشرح الكبير 44/6-45 .

بعد بلوغه سن الرشد بسنة، فإن حق الخيار الممنوح له فقها هو الضامن لذلك، وإذا كان الفقهاء شملوا بتقييد مدة الإيجار، الولي الشرعي والوصي على حد سواء، فلقد قرّر بعض المشرّعين العرب اقتصاره بالإضافة إلى إذن القاضي على الوصي فقط، باعتباره لا يتوفّر على شفقة الولي الشرعي، كما أن القانون أضاف قيوداً أخرى يتمثل في ضمان عدم محاباة الوصي لنفسه أو لزوجه وأقاربه على حساب القاصر، بحيث يشترط الحصول على الإذن القضائي إذا هو أراد أن يؤجّر العقار لنفسه أو لهؤلاء، وذلك من باب الاحتياط والحرص دائماً على مصالح القاصر واجتناب الإضرار به .

الفروع الثالث: إقراض أموال القاصر والاقتراض له⁽¹⁾

البند الأول: إقراض أموال القاصر والاقتراض له في القانون.

إن إقراض مال القاصر والاقتراض له، وإن كانا ينضويان تحت ما يسمّى بأعمال الإدارة⁽²⁾، إلا أن القانون أخضعهما لإذن القاضي، ذلك أن الإقراض يتضمن إخراج المال في الحال، بشكل قد يؤدي إلى ضياعه إذا أفلس المقرض، كما قد يؤدي إلى تعطيل أموال القاصر وحرمانه من الانتفاع بها بسبب مماطل المقرض في إرجاعها⁽³⁾، كما أن الإقراض له قد يحمله بأعباء والتزامات مالية هو في غنى عنها⁽⁴⁾، ولذلك كان لزاماً استئذان القاضي الذي يتأكد من

(1) عرّف المشرع الجزائري عقد القرض بموجب المادة 450 من القانون المدني بأنه: «عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقرض عند نفاة القرض نظيره في النوع والقدر والصفة»، وهذه المادة مطابقة لنص المادة 538 من القانون المدني المصري .

(2) ولقد اعتبر د. السنهوري الإقراض من أعمال التبرع إذا كان بدون مقابل لأنه إخراج المال بدون عوض، ومن عقود المعاوضة إذا كان المقرض قد دفع فوائد معينة للمقرض، وعلى ذلك يكون إقراض القاصر بدون مقابل باطلاً بطلاناً مطلقاً لأنه تبرع، وقابلاً للإبطال إذا كان بمقابل لأنه يشبه المعاوضة، أنظر السنهوري - الوسيط في القانون المدني 424/5 .

(3) كمال حمدي - الولاية على المال ص 67 .

(4) إذا قام القاصر بالاقتراض كان تصرفه قابلاً للإبطال ولو كان مأذوناً، ولا يلتزم في المقابل إلا برد ما انتفع به، أنظر السنهوري - المرجع نفسه 438/5 .

أن الإقراض يكون لشخص أمين، وقادر على إرجاع المال، وأن الاقتراض لا يكون إلا لضرورة ماسة للقاصر.

وهو ما صرح به المشرع الجزائري بموجب الفقرة الثالثة من المادة 88 من قانون الأسرة⁽¹⁾، بالنسبة لكل الأولياء، كما أن المشرع المصري كذلك ألزم الأب والوصي⁽²⁾ بالحصول على الإذن القضائي⁽³⁾، وقصر المشرع السوري هذا القيد على الوصي فقط دون الأب⁽⁴⁾، وهذا في حين أغفل المشرع المغربي النص على هذه النقطة تماما.

ونلاحظ أن مواقف المشرعين العرب قد تباينت من حيث هذه المسألة فبعضهم شمل جميع الأولياء باشتراط الإذن القضائي بشأن إقراض أموال القاصر أو الاقتراض له، وبعضهم خصّ الوصي فقط بهذا الشرط دون الولي الشرعي، كما أن المشرع المغربي أهمل ذكر الإقراض والاقتراض معا، مع ما يمثلانه من خطورة.

البند الثاني: إقراض أموال القاصر والاقتراض له في الفقه الإسلامي.

لا يجوز لأي من الأولياء إقراض مال القاصر عند الحنفية⁽⁵⁾، فيعتبر ذلك من باب التبرع لأنه إخراج للمال دون عوض، ولا أحد من الأولياء يملك ذلك، ولا يجوز ذلك إلا للقاضي،

(1) تنص أنه يجب على الولي استئذان القاضي إذا أراد: «استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة».

(2) والجد كذلك يخضع لهذا القيد وإن كان لم ينص عليه صراحة، ذلك أن ولايته أضعف من ولاية الأب من جهة، كما أنه أخضعه في العديد من أحكام قانون الولاية على المال لنفس الأحكام التي يخضع لها الوصي، وهو ما صرحت به المذكورة الإيضاحية، أنظر معوض عبد النواب- موسوعة الأحوال الشخصية 1497/3.

(3) تنص المادة 9 من قانون الولاية على المال المصري: «لا يجوز للولي إقراض مال الصغير، ولا اقتراضه إلا بإذن المحكمة»، و نصت المادة 6/39 من نفس القانون على نفس المبدأ بالنسبة للوصي.

(4) تنص المادة 1/182 من قانون الأحوال الشخصية السوري: «لا يجوز للوصي دون إذن من المحكمة مباشرة التصرفات الآتية: أ- التصرف في أموال القاصر بالبيع أو الشراء أو المقايضة أو الشركة أو الإقراض أو الرهن أو أي نوع آخر من أنواع التصرفات الناقلة للملكية أو المرتبة لحق عيني»، و تنص الفقرة (ج) من نفس المادة على اشتراط إذن القاضي في اقتراض المال للقاصر.

(5) الكاساني-هدائع الصنائع 153/5، ابن عابدين-حاشية رد المحتار على الدر المختار 417/5، داماد أفندي-مجمع الأهر 726/2.

فيعتبر الإقراض منه حفظاً للمال، كما أنه لا يقرضه إلا بعد التحقق من أن المقرض ثقة وأمين، لا يجحد القرض، كما يتأكد من ملاءته، و يجب عليه أن يتفقد المقرض من حين لآخر ليتأكد من استمرار ملاءته وأمانته، وقدرته على إرجاع القرض، وإلا أخذ المال منه، وهذا بالنسبة للإقراض مال القاصر للغير، أما إقراض مال القاصر للنائب الشرعي عنه، فلقد قالوا بجوازه للأب إذا كان مليئاً دون الوصي.

أما الشافعية⁽¹⁾ فقالوا أنه يجوز لغير القاضي من الأولياء إقراض مال القاصر، إذا كانت هناك ضرورة، كالخوف على المال من النهب أو الهلاك غرقاً أو حرقاً، أو إذا أراد النائب الشرعي السفر بالمال، وخاف من الطريق غير الآمنة، فهنا يجوز له إقراض ماله، كما يجوز له إيداعه⁽²⁾، إلا أن الإقراض أولى لأنه مضمون بعكس الوديعة، أما القاضي فيجوز له الإقراض ويعتبر ذلك حفظاً للمال لكثرة مشاغله، كما أنه يتحرى في المقرض الثقة والأمانة والملاءة وإذا رأى أن ذلك لا يكفي فيمكنه أخذ الرهن عليه بالبيئة، كما لا يجوز الاقتراض للقاصر إلا للضرورة، كأن يحتاج إلى طعام أو كسوة، أو إذا تهدم عقاره فيقرض المال لإعمارها، وهذا إذا كان له مال ينتظر حلوله، كالثمار التي اقترب موعد جنيها أو كالمال الغائب، وإلا فإنه يبيع بعض ماله وينفق عليه منه.

وأجاز الحنابلة للولي والوصي والقاضي وأمينه إقراض مال القاصر للضرورة والمصلحة، ومثال ذلك كما قالوا: "أن يكون للوصي مال في بلد، فيريد نقله إلى بلد آخر فيقرضه من رحل في ذلك البلد ليقضيه بدله في بلده، يقصد بذلك حفظه من الغرر في نقله أو يخاف عليه الهلاك من نهب أو غرق أو غيرهما، أو يكون مما يتلف بتطاول مدته، أو حديثه خير من قديمه كالحنطة ونحوها، فيقرضه خوفاً من السوس، أو تنقص قيمته وأشبه هذا، فيجوز القرض لأن لليتيم فيه حظاً كالشجرة به"⁽³⁾، كما أنه يأخذ على القرض رهناً، وإذا لم يكن في القرض ضرورة أو مصلحة فإنه لا يجوز، كما اشترطوا في المقرض الملاءة والأمانة، وقالوا بأن الإقراض أولى من

(1) الرملي - نهاية المحتاج 377/4 - 378 ، النووي - المجموع شرح المهدب 354/13 - 355 .

(2) الوديعة: "هي أمانة تُركت للحفظ"، أنظر علي بن محمد الجرجاني - التعريفات ص 263 .

(3) موفق الدين وشمس الدين بن قدامي المقدسي - المعنى وبابه الشرح الكبير 522/4 .

الوديعة لأنه مضمون، هذا ولا يجوز لغير الولي الشرعي الاقتراض من مال القاصر، فمنعوه على الوصي والقاضي⁽¹⁾.

ويظهر أن الفقهاء قد اختلفوا من حيث التشدد والتساهل في شروط إقراض مال القاصر، والاقتراض له، فنجد الأحناف قد حصروا حق الإقراض في القاضي فقط وذلك لأنهم اعتبروه من قبيل التبرع الذي لا يملكه أي ولي آخر، أما الشافعية فلقد أعطوا هذا الحق بالإضافة إلى القاضي، لبقية الأولياء لكنهم قيّدوه باشتراط الضرورة التي تستوجب الحفاظ على المال عن طريق إقراضه، لأنه مضمون حينها، كما أنهم قيّدوا حق النائب الشرعي في الاقتراض للقاصر بالضرورة كذلك، وبأن يكون للقاصر مال ينتظر قدومه، كما ذهب الحنابلة إلى اشتراط الضرورة لإقراض مال القاصر من جميع الأولياء، وأجازوه كذلك للمصلحة واعتبروا ذلك من قبيل التجارة .

كما أن الفقهاء اتفقوا على اشتراط الملاءة والأمانة في المقترض سواء كان الإقراض من القاضي أو غيره، كما أجاز بعضهم أخذ الرهن على القرض بينما أوجبه البعض الآخر.

البند الثالث: مقارنة بين الفقه والقانون.

لاحظنا أن مختلف التشريعات العربية قد اتفقت على مبدأ اشتراط الإذن القضائي بصدد إقراض أموال القاصر والاقتراض له، وإذا كان المشرع السوري قد قصره على الوصي فقط، فلقد شمل المشرعان الجزائري والمصري كل الأولياء دون استثناء بهذا القيد، أما فقهاء الشريعة الإسلامية ونظرا لاتفاقهم على خطورة هذا التصرف، فإنهم قيّدوه بحصره في يد القاضي وحده دون باقي الأولياء وزاد البعض الآخر اشتراط الضرورة والمصلحة لجواز إقراض المال من بقية الأولياء، واشترط بعضهم الرهن على القرض، كما اتفقوا على اشتراط الأمانة والملاءة في المقترض لكي لا يجحد القرض، ولكي لا يتعدّر أخذه منه، كما أن الحنفية والحنابلة قالوا بعدم جواز اقتراض النائب الشرعي من مال القاصر إلا بالنسبة للولي الشرعي، وهذا يخص الإقراض

(1) المرادوي-الإنصاف 328/5-330، موفق الدين وشمس الدين بن قدامي المقدسي-المغني ولبه الشرح الكبير

للقاصر، أما بالنسبة للاقتراض له فلقده قيده الشافعية بوجود ضرورة كالتفقه الواجبة عليه في طعامه وكسوته، وكالتفقه على عقاره حتى لا يتهدم .

هذا وإذا نظرنا للإذن القضائي المشروط قانونا لوجدناه يتضمن الشروط المشترطة فقهاً، إذ أن القاضي لا يأذن بإقراض مال القاصر حتى يتأكد من ملاءة المقرض وأمانته، كما أنه لا يأذن بالاقتراض له إلا لضرورة داعية إلى ذلك، وهذا ما اشترطه الفقهاء، فسواء تولى القاضي إقراض المال بنفسه أو أذن به للولي المالي، فإنه يكون له في كلتا الحالتين الإطلاع على الشروط الواجبة لجواز الإقراض والاقتراض، مما يشكل ضمانا كافيا للقاصر من هذا التصرف الخطير .

الفروع الرابع: استثمار أموال القاصر والمساهمة بما في الخرجة .

يكون استثمار المال بتوظيفه من أجل تحصيل الربح، ومن ذلك المساهمة به في الشركة، والذي يعتبر شكلاً من أشكال إتمام الأموال للإتفاق على القاصر من ريعها⁽¹⁾.

البند الأول: استثمار أموال القاصر في القانون.

إن الاستثمار وإذا كان قد يكفل بالنجاح ويعود بالربح على القاصر، فإنه بالمقابل يعتمل الخسارة والإضرار بمصالحه، لذلك وجب إخضاعه لإذن القاضي قبل مباشرته، كما أن المساهمة في الشركة تضع على عاتق القاصر مقابل الحقوق التي يتحصل عليها، التزامات قد تقيّد حريته إذا ما هي امتدت إلى ما بعد بلوغه الرشد.

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 88 من قانون الأسرة⁽²⁾، غير أنه أغفل نقطة هامة تتمثل في إمكانية التنازل عن حصص القاصر في الشركة من طرف نائبه الشرعي، مع ما يمثله ذلك من خطورة على ذمته المالية، غير أن قرار المحكمة العليا رقم 80160 الصادر في 05-01-1992⁽¹⁾ قد تصدّى لذلك، بحيث استوجب الحصول على إذن القاضي بصدد أي تنازل عن حصص القاصر في الشركة.

(1) محمد مصطفى شلي - أحكام الأسرة في الإسلام ص 811 .

(2) تنص على وجوب الحصول على إذن القاضي بشأن استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض ، أو المساهمة في شركة ، وتقابلها المادة 2/271 من مدونة الأسرة المغربية التي أوجبت على الوصي والمقدم الحصول على الإذن القضائي بشأن: «المساهمة بجزء من مال المحجور في شركة مدنية أو تجارية أو استثماره في تجارة أو مضاربة».

وهو ما تقاده كل من المشرع السوري ونظيره المصري، بحيث ألزما الوصي بالحصول على إذن القاضي في هذه الحالة، سواء أراد المساهمة بأموال القاصر في شركة، أو أراد التنازل عنها وتصفيته⁽²⁾.

ولقد نص المشرع المصري في هذا الصدد على إلزام الولي باستئذان القاضي للاستمرار في التجارة التي آلت للقاصر⁽³⁾، كأن يرث محلاً تجارياً مثلاً، فقد يرى القاضي الإذن بها مطلقاً أو جزئياً، أو يقرر تصفيته تماماً⁽⁴⁾.

البند الثاني: استثمار أموال القاصر في الفقه الإسلامي⁽⁵⁾.

إن استثمار أموال القاصر في الفقه الإسلامي أمر جائز⁽⁶⁾، لأنه ينتج عنه ربح ينفق به على القاصر مع حفظ أصل ماله، لقوله تعالى ﴿وَأَرْزُقُوهُمْ فِيهَا﴾⁽⁷⁾، وقد روي عن الرسول صلى

(1) المجلة القضائية لسنة 1995 العدد الأول ص 177.

(2) تنص المادة 182/أ-ج من قانون الأحوال الشخصية السوري، والمادة 5/39 من قانون الولاية على المال المصري على اشتراط إذن القاضي سواء بالنسبة لاستثمار أموال القاصر أو تصفيته.

(3) المادة 11 من قانون الولاية على المال المصري: «لا يجوز للولي أن يستمر في تجارة آلت للقاصر إلا بإذن المحكمة ور حلول هذا الإذن».

(4) وهذا الحكم يشمل الوصي كذلك على سبيل النيباس، أنظر معوض عبيد التواب- موسوعة الأحوال الشخصية 1485/3.

(5) استثمار أموال القاصر يقصد به: «إحداث التماء فيها بسائر الطرق المشروعة»، أنظر نزيه حماد- مقال بعنوان:

استثمار أموال الأيتام - مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة السادسة العدد 24، 1995/1415، ص 14.

(6) لقد اختلف الفقهاء في شأن استثمار أموال القاصر بين من قال بالوجوب، وبين من قال بالتدب والاستحباب، ويرجح د. نزيه حماد القول بالاستحباب دون الوجوب، ويرى أن الأمر يخضع للظروف المصاحبة لعملية الاستثمار ذاتها، وذلك من حيث درجة المخاطرة بالمال، وأمانة الشخص الذي سيستثمره... الخ، أنظر نزيه حماد- مقال بعنوان: استثمار أموال

الأيتام - مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، المرجع نفسه ص 21.

(7) سورة النساء الآية 5.

الله عليه وسلم أنه قال {ألا من ولي يتيما له مال فليتجر فيه، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة} (1)، وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: " ابتغوا في أموال اليتامى لا تستهلكها الصدقة" (2).

فلقد أجاز الفقهاء (3) للنائب الشرعي المضاربة (4) بمال القاصر، وكذلك المساهمة بماله في شركة أو إبطاعه (5)، ولو كان هو شريكه، وله كذلك أن يجعل مال القاصر مضاربة لنفسه، وذلك بالنسبة لجميع الأولياء، غير أنه يُشترط في هذه الحالة الإشهاد، ونفس الأمر إذا شارك القاصر فيجب أن يُشهد إذا كانت حصته أقل من حصة القاصر، وإلا لا يصدقه القاضي في حال النزاع ويقسم الربح حسب رأسمال كل منهما، كما قال المالكية (6) بأن ذلك جائز حتى للحاضن والكافل، إلا أنهم لا يجيزون أن يعمل به النائب الشرعي لاحتمال المحاباة لنفسه.

- (1) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الزكاة، باب ما جاء في زكاة مال اليتيم، أنظر سنن الترمذي 32/3.
- (2) أخرجه البيهقي - السنن الكبرى، كتاب الوصايا، باب ما يجوز للوصي أن يصنعه في أموال اليتامى 285/6، ولقد روي عن عائشة رضي الله عنه، وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أنهما كانا يتاجران بأموال اليتامى، أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه 377/6-378، وأخرجه أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني - المصنف، تحقيق حبيب عبد الرحمان الأعظمي، منشورات المجلس العلمي، الهند، طبعة 1970/1390، 66/4-67.
- (3) الكاساني - بدائع الصنائع 154/5، داماد أفندي - مجمع الأعراف 725/2، الشريبي - مفني المحتاج 314/2، موفق الدين وخمس الدين بن قدامي المقدسي - المعنى و يليه الشرح الكبير 521/4-522، المرادوي - الإنصاف 327/5-328، النووي - المجموع شرح المذهب 347/13.
- (4) المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض، وهو السفر فيها للتجارة ومنه قوله تعالى: ﴿وآخرون يضرهون في الأرض﴾ سورة المزمل الآية 20، وهو عقد شركة يكون فيها المال من طرف، والعمل من طرف آخر و الربح بينهما حسب اتفاقهما، والخسارة على صاحب رأس المال، وتسمى كذلك القراض بكسر القاف، انظر قاسم القنوي - أنيس الفقهاء في التعريفات الفقهية ص 247.
- (5) الإبطاع: من أبطع الشيء إذا جعله بضاعة، أو هو دفع السلعة عند من يبيعها دون أن يأخذ على ذلك أجره انظر محمد رواس قلعه جي وحامد صادق قنبي - معجم لغة الفقهاء ص 39.
- (6) الزرقاني - شرح الزرقاني 202/7.

البند الثالث، مقارنة بين الفقه والقانون.

إذا نظرنا إلى التشريعات العربية وجدناها متفقة على اشتراط الإذن القضائي لاستثمار أموال القاصر، والمساهمة بها في الشركة، وكذلك التنازل عن نصيبه وتصفية الشركة، وإن كان المشرع الجزائري هو الوحيد الذي أخضع الولي الشرعي والوصي والمقدم لهذا الاشتراط، إذ قصره باقي المشرعين على الوصي فقط، أما الفقهاء فلقد أطلقوا يد جميع الأولياء، في استثمار أموال القاصر، فأجازوا لهم دفعه مضاربة وشركة وبضاعة، عملا بقوله تعالى: ﴿وَأَرْزُقُوهُمْ فِيهَا﴾⁽¹⁾، وبقوله صلى الله عليه وسلم: "ألا من ولي يتما له مال، فليتجر فيه ولا يتركه حتى تأكله الصدقة"⁽²⁾، واختلفوا في جواز أن يكون النائب الشرعي هو المضارب بمال القاصر أو شريكه، فقال الجمهور بجواز ذلك، ومنعه المالكية لاحتمال المحاباة، كما اشترط الحنفية الإشهاد على الولي الذي يضارب بمال القاصر أو يشاركه بحصة أقل من حصته، وإلا لا يصدق القاضي ويقسم الربح بينهما حسب نصيب كل منهما، كما أنهم اشترطوا الأمانة فيمن يدفع له المال.

وبالمقارنة نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد حاولوا الموازنة بين واجب استثمار مال القاصر وتميمته، حفظا له من النفقات والزكاة عملا بالآية الكريمة وبالحدِيث النبوي الشريف السابق ذكرهما، وبما يفرضه المنطق وحسن النظر من جهة، ومن جهة أخرى حاولوا الاحتراز من أن يضّر هذا التصرف بمال القاصر، فأجازوا كقاعدة عامة استثمار أمواله لينفق عليه من ربحها، ويُحفظ أصلها، واستبعد بعضهم الولي من القيام بهذا الاستثمار لاحتمال المحاباة، واشترط عليه بعضهم الإشهاد ضمانا لحق القاصر .

كما أنهم قالوا بأن الربح يعود كله لليتيم خاصة إذا لم يُشهد النائب الشرعي على حصة كل منهما، وهذا بينما ذهبت التشريعات العربية إلى إناطة مهمة التحقق من الشروط السابقة الذكر للقاضي فلا يكون الاستثمار إلا بإذنه.

(1) سورة النساء الآية 5 .

(2) سبق ترجمته ص 147 .

الفروع الخامس: الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقته.

المبحث الأول: الإنفاق من مال القاصر في القانون.

يكفل القانون نفقة الأقارب الفقراء والعاجزين على المسورين منهم، ولقد نصت المادة 77 من قانون الأسرة الجزائري في هذا الصدد أنه: «تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث»، ويندرج ذلك في إطار واجب التكافل بين أفراد الأسرة الواحدة، فإذا كان القاصر موسرا وذا ثروة، وكان أبواه فقيران محتاجان، فإنه تجب نفقتهم عليه، كما أنه تجب عليه نفقة زوجته إذا كان متزوجا⁽¹⁾، ولقد نصت المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري أنه: «تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بيّنة»، والمشرع المصري نص في هذه الحالة على أن الزوج القاصر له الحق في التصرف في المهر والنفقة تلقائيا بمجرد الإذن له بالزواج⁽²⁾، بينما لم ينص المشرع الجزائري على ذلك منعا أو إجازة .

وعليه فإنه من الواجب على النائب الشرعي أن ينفق على القاصر وعلى من تجب عليه نفقتهم، ولقد نصت المادة 17 من قانون الولاية على المال أنه: «للولي أن ينفق على نفسه من مال الصغير إذا كانت نفقته واجبة عليه، وله كذلك أن ينفق على من تجب على الصغير نفقته».

غير أنه لما كان كل إخراج لمال القاصر، قد وجب الاحتراز منه والاحتياط له من ضرره المحتمل، فلقد وجب إخضاع هذا الإنفاق لرقابة القاضي، حتى يتحقق من قدرة القاصر المالية على دفع هذه النفقة، ومن عدم إضرارها به، إلا إذا كانت ثابتة بحكم قضائي نهائي قابل للتنفيذ، فهي لا تخضع في هذه الحالة لاشتراط الإذن القضائي.

(1) نص المادة 1/7 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة والمتممة بالقانون 09/05 المؤرخ في 04 مايو 2005 أنه: «تكفل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرتخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج» .

(2) نص المادة 60 من قانون الولاية على المال المصري: «إذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال كان ذلك إذنا له في التصرف في المهر والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو في قرار لاحق» .

ولقد نصّت على هذا المبدأ مختلف التشريعات العربية⁽¹⁾، وإن كان ذلك يقتصر على الوصي فقط دون الولي الشرعي مما يدل على حرّيته في الإنفاق من مال ابنه، سواء على نفسه إن كان محتاجاً، أو على من تجب نفقته على القاصر، غير أنه يجب في كل الأحوال أن يكون الإنفاق ضمن إطار المعقول وأن ينفق بالمعروف، فإذا أسرف في ذلك تدخل القاضي إمّا بالحد من ولايته أو سلبه إياها، إذ يُكَيّف فعله هذا على أنه تعريض لمال القاصر للخطر⁽²⁾.

أمّا المشرّع الجزائري فلم ينص على اشتراط إذن القاضي في هذه الحالة، مع ما يمثّله ذلك من خطر على ثروة القاصر المالية، غير أنّ الفقرة الأولى من المادة 88 من قانون الأسرة تفرض على الولي أن يتصرّف في أموال القاصر تصرّف الرجل الحرّيص، وبالتالي فإذا أسرف في الإنفاق قامت مسؤوليته الكاملة في ذلك.

هذا وبالحدّث عن إنفاق النائب الشرعي من مال القاصر، فإن ذلك يقودنا إلى التساؤل حول أحقيته في الحصول على أجره مقابل ولايته على المال.

وبعد أن المشرّعين العرب قد أقرّوا هذا الحق بالنسبة للوصي والمقدّم دون الولي الشرعي⁽³⁾، وجعلوا ذلك جوازياً وخاضعاً لتقدير المحكمة، فالأصل أن الوصاية بدون أجر، ولكن للقاضي إذا رأى أنّها تحول دون كسب الوصي لقوته أو تعطله عن ذلك، أن يقرّر له أجراً محدّداً، كما له

(1) المادة 10/39 من قانون الولاية على المال المصري، والمادة 182/ز من قانون الأحوال الشخصية السوري، والمادة 7/271 من مدونة الأسرة المغربية.

(2) كمال صالح البنا - أحكام الولاية على المال ص 16.

(3) المادة 46 من قانون الولاية على المال المصري تنص: « تكون الوصاية بغير أجر إلا إذا رأت المحكمة بناء على طلب الوصي أن تعين له أجراً أو أن تمنحه مكافأة عن عمل معين»، وتنص المادة 1/187 من قانون الأحوال الشخصية السوري أنه: « تكون الوصاية على أموال القاصر بغير أجر إلا إذا رأت المحكمة بناء على طلب الوصي أن تحدّد له أجراً ثابتاً أو مكافأة عن عمل معين»، وتنص المادة 264 من مدونة الأسرة المغربية أنه: « يمكن للوصي أو المقدّم المطالبة بأجرته عن أعباء النهاية الشرعية، تحددها المحكمة ابتداء من تاريخ طلبها».

أن يصرف له مكافأة عن عمل معين انتفع به القاصر، وتطلب منه الجهد والوقت، غير أن هذه المكافأة لا تمنح إلا للأوصياء غير المأجورين⁽¹⁾.

أما المشرع الجزائري فلم ينص على حق الوصي أو المقدم في الحصول على أجره مقابل عملهما على مال القاصر، غير أنه لم ينص في المقابل على منع ذلك، وبما أن قانون الأسرة يحيلنا على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه بموجب المادة 222 منه، فإنه يجوز للقاضي في هذه الحالة أن يفرض للوصي أو المقدم أجره مقابل خدماته، وهو ما أجازته فقهاء الشريعة الإسلامية⁽²⁾ بشرط أن يكون الولي فقيراً أو يمتعه عمله على المال من الكسب .

البند الثاني: الإنفاق من مال القاصر في الفقه الإسلامي.

إن الإنفاق على القاصر واجب على نائبه الشرعي لأنه ضرورة تتعلق بالحفاظ على نفسه، وقد أجاز الحنفية ذلك حتى لو وصي الأم والأخ إذا تعلّق الأمر بشراء الطعام والكسوة⁽³⁾، كما أجازته المالكية لكل من الحاضن والكافل⁽⁴⁾، وقد ذهب الفقهاء في سبيل ذلك إلى إجازة الاقتراض للقاصر⁽⁵⁾ ورهن أمواله⁽⁶⁾، وحتى يبيع عقاره إذا استلزم الأمر⁽⁷⁾.

(1) معوض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1550/3 ، وأنظر كمال صالح البنا - أحكام الولاية على المال ص 41 .

(2) الكاساني - بدائع الصنائع 154/5 ، الخطاب - مواهب الجليل 399/6، الشريبي - معني المحتاج 176/2، موفق الدين وشمس الدين بن قدامي المقدسي - المعقن وبله الشرح الكبير 519/4 .

(3) الكاساني - المرجع نفسه 155/5 ، داماد أفندي - مجمع الأثر 726/2 .

(4) الصاوي - بلغة السالك 131/2 .

(5) داماد أفندي - المرجع نفسه 726/2 ، النووي - المجموع شرح المهذب 355/13 .

(6) الدسوقي - حاشية الدسوقي 232/3 ، الشريبي - المرجع نفسه 122/2، موفق الدين وشمس الدين بن قدامي

المقدسي - المرجع نفسه 398/4 .

(7) داماد أفندي - المرجع نفسه 725/2 ، الدسوقي - المرجع نفسه 300/3، الشريبي - المرجع نفسه 175/2، موفق

الدين وشمس الدين بن قدامي المقدسي - المرجع نفسه 523/5-524.

ولذلك يُستحب المتاحرة بأمواله ليحفظ أصل المال، ويكون الإنفاق من غلة التجارة، كما قال الفقهاء أنه إذا كان القاصر قادراً على العمل والاكسب، فإن وليه يجبره على ذلك لينفق مما يكسبه، ويحفظ له ماله⁽¹⁾.

أما الإنفاق على من تجب على القاصر نفقته فلقد فصل فيه الفقهاء كما يأتي:
فلقد أجاز الحنفية⁽²⁾ للولي أن يأخذ من مال القاصر إذا كان محتاجاً، قدر حاجته أو أجره عمله، أما إذا كان غنياً فلا يجوز له ذلك لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽³⁾، كما أن له أن ينفق بالمعروف على من تجب على القاصر نفقته كزوجته مثلاً.

كما قال المالكية⁽⁴⁾ بأن المييار في أكل الولي من مال اليتيم هو مقدار عمله فيه، فإذا كان فقيراً أخذ منه بقدر عمله، وإلا فلا يأخذ إلا الشيء اليسير، أما الغني فلا يأخذ منه شيئاً، واختلفوا إذا عمل في ماله، إن كان له أن يأخذ بقدر عمله أو لا، واختلفوا كذلك هل يقضي ما أنفقه ويرده أم لا.

والشافعية⁽⁵⁾ أيضاً لا يرون استحقاق النائب الشرعي للأجرة أو النفقة من مال القاصر، إلا إذا كان فقيراً وعمل على ماله، فهنا يأخذ الأقل من أجرة المثل أو نفقته بالمعروف دون إستئذنان القاضي، ولا يجب عليه الرد، كما يجوز الإنفاق على قريب القاصر إذا طلب القريب ذلك، وإذا لم يطلب لا ينفق عليه وإلا ضمن، كما يجب عليه الإنفاق على زوجة القاصر، وهذا يخص جميع الأولياء ماعدا القاضي فهو لا يأخذ لا النفقة ولا الأجرة، لعدم تفرغه للولاية.

(1) النووي - المرجع نفسه 355/13.

(2) الكاساني - المرجع نفسه 154/5 ، داماد أفندي - المرجع نفسه 726/2 ، ابن عابدين - حاشية رد المحتار على الدر المختار 573/3-574 وما بعدها .

(3) سورة النساء الآية 6 .

(4) الخطاب - مواهب الجليل 399/6 ، ابن العربي - أحكام القرآن 325/1 ، وانظر عبد السلام الرفعي - الولاية على المال ص 448 .

(5) الشريفي - مفتي المحتاج 176/2 ، 435/3 وما بعدها ، وانظر الرملي - غاية المحتاج إلى شرح المنهاج 380/4 -

وهو ما قاله الحنابلة⁽¹⁾ أيضا، إذ أن للولي أن ينفق على نفسه من مال القاصر دون إذن القاضي إذا عمل فيه، فيأخذ الأقل من أجره المثل أو مقدار نفقته، ولا يأكل من المال إلا إذا كان فقيرا، كما أنه ينفق على من تلزم نفقته في مال القاصر دون إسراف وإلا ضمن، ويجبر الولي على الإنفاق على زوجة القاصر لأنها نفقة واجبة عليه، وإذا رفض أخذ القاضي من المال وأنفق عليها.

وفي الأخير نقول أن الكثير من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة، حظرت المساس بمال القاصر وحذرت منه، وشددت في الترهيب من ذلك والوعيد بسوء العاقبة، فكان الأحرى عدم المساس بها إلا لضرورة، فإذا كان القائم على أموال القاصر مكثفيا أو غنيا، فلا يجوز له أن يأخذ منه شيئا، أما إذا كان فقيرا أو كانت ولايته تشغله عن الكسب، فيجوز له أن يأخذ الأقل من أجره المثل أو نفقته كما قال الفقهاء، ولقد روي عن عائشة رضي الله عنها في قوله تعالى ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽²⁾ أنها نزلت في مال اليتيم، فإذا كان الوصي فقيرا، فله أن يأكل منه مكان قيامه عليه بالمعروف⁽³⁾، كما روي أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: إني فقير ليس لي شيء، ولي يتيم فقال: {كل من مال يتيمك غير مسرف ولا مبادر ولا متأثل}⁽⁴⁾، فقوله كل من مال يتيمك يُحمّل على الأجرة التي يستحقها الولي مقابل عمله عليه، وأن يأخذ من ماله دون إسراف أو تبذير⁽⁵⁾،

(1) موفق الدين وشمس الدين بن قدامي المقدسي-المعني وبليه الشرح الكبير 519/4 ، 284/9-295 ، المرادوي .

الإنصاف 337/9 .

(2) سورة النساء الآية 6 .

(3) أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب الوصايا باب قوله تعالى ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ ، أنظر صحيح البخاري 59/4 .

(4) أخرجه النسائي في سننه - كتاب الوصايا ، باب ما للوصي من مال اليتيم ، أنظر سنن النسائي بشرح السيوطي وحاشية السندي - كتاب الوصايا ، باب ما للوصي من مال اليتيم 256/3 ، و أخرجه البيهقي - السنن الكبرى كتاب الوصايا باب والي اليتيم يأكل من ماله إذا كان فقيرا مكان قيامه عليه بالمعروف ، 284/6 .

(5) أنظر سنن النسائي بشرح السيوطي وحاشية السندي 256/3 .

ولقد صنّف البيهقي⁽¹⁾ رحمه الله، باباً كاملاً في سنته⁽²⁾، تحت عنوان: والي اليتيم يأكل من ماله إذا كان فقيراً مكان قيامه عليه بالمعروف .

البند الثالث: مقارنة بين الفقه والقانون.

رأينا أن القانون جعل الإنفاق من مال القاصر على من يجب عليه نفقته، مشروطاً باستئذان القاضي، وهذا حرصاً على عدم إخراج ماله دون ضرورة واجبة، كما أجاز للوصي الحصول على أجرة مقابل عمله على المال، وأخضع ذلك لتقدير المحكمة الكامل، كما يمكن أن يقرّر القاضي مكافأة الوصي غير المأجور، وبالمقابل فإن فقهاء الشريعة الإسلامية أجازوا للنائب الشرعي أياً كان، أن ينفق على من يجب نفقته على القاصر دون استئذان القاضي، بشرط أن يطلبها هذا القريب، وأن تكون بدون إسراف وإلاّ وجب عليه الضمان، كما أنهم أتاحوا للنوي الفقير أن يأكل بالمعروف، وللعامل على مال القاصر أن يأخذ أجرة المثل، أو الأقل منهما.

ونقول في الأخير أنّ القاعدة في الأكل من مال القاصر هي قوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽³⁾، فللولي الفقير أن يأكل بالمعروف ودون إسراف، مراعاة لحق القرابة والدم، وأمّا الغني فسواء عمل على المال أو لا، فلا حق له أن يأخذ شيئاً، ويستعفف من المساس بهذا المال المحرّم، فالقيد المشروط في القانون يحقق مصلحة القاصر باشرطه إذن القاضي، كما أنّ الأجرة أو المكافأة، محصورة في الوصي فقط دون الولي الشرعي، إذ يجب عليه قانوناً القيام على مصالح القاصر بدون مقابل، بينما الفقهاء فاشترطوا في الأكل

(1) هو أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، الخافظ الفقيه الأصولي، كان كثير التحقيق، ولقد قال عنه إمام الحرمين الجويني، أنه "ما من شافعي إلاّ وللشافعي في عنقه مئة، إلاّ البيهقي، فإن له المئة على الشافعي نفسه، وعلى كل شافعي لما صنّفه في نصرته منعه من ترجيح الأحاديث كـ «السنن الكبير» و«السنن الصغير»"، ولد في شعبان سنة أربع وثمانين وثلاثمائة، توفي بنيسابور سنة ثمان وثمانين وأربعمئة وحمل إلى بلده بيهق، ودفن فيها، أنظر عبد الرحيم الأسنوي - طبقات الشافعية 97/1، و أنظر كذلك ابن حلكان - وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، حقّه د. احسان عباس، دار صادر بيروت، دت، دط، 75/1.

(2) أنظر البيهقي - السنن الكبرى 284/6.

(3) سورة النساء الآية 6.

من مال القاصر أن يكون النائب الشرعي فقيرا، أو أن تشغله الولاية عن كسب قوته فيحتمل له أخذ أجرة المثل .

الفرج السادس: قبول الحوالة على القاصر وأحداء حبه والتزاماته الاختيارية : البند الأول: في القانون .

تقتضي مصلحة القاصر حمايته من كل عمل من شأنه أن يُنشأ في ذمته المالية التزامات أو حقوقا محتملة بالتزامات قد تضره، وبماشيا مع هذا المبدأ جعل القانون كل هذه الأعمال خاضعة لرقابة القاضي .

ومن ذلك قبول الحوالة وهي نوعان: النوع الأول هو حوالة الحق⁽¹⁾، والتي تنقل حقا للدائن (المحيل)، إلى ذمة القاصر (المحال له)، وذلك دون حاجة إلى رضا المدين بالالتزام (المحال عليه)⁽²⁾. فهذا العمل وإن كان ينقل الحق لذمة القاصر، إلا أنه عادة ما يكون ذلك بمقابل، كالبيع تماما⁽³⁾، ولذلك يجب عرض الأمر على القضاء للتأكد من عدالة هذه الصفقة ومن إمكانية استيفاء الحق من المدين، لأنه قد يكون مفلسا أو قد يتماطل في الوفاء بحق القاصر، ونفس الأمر إذا كانت حوالة الحق هنا مقابل دين للقاصر على الدائن المحيل، أو رهنا لضمان هذا الدين⁽⁴⁾، ففي هذه الأحوال جميعها يستوجب استئذان القاضي لقبولها .

والنوع الثاني هو حوالة الدين⁽⁵⁾، والتي تهدف إلى نقل التزام على عاتق شخص مدين (المحيل)، إلى القاصر ويسمى عندئذ المحال عليه، ليصبح مدينا به للدائن (المحال له)، وذلك بدلا

(1) تنص المادة 239 من القانون المدني الجزائري أنه: « يجوز للدائن أن يتحول حقه إلى شخص آخر ، إلا إذا منع ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين ، أو طبيعة الالتزام وتنتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين» .

(2) عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدنى 466/3، وانظر جميل الشرفاوي ، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة طبعة 1995 ص 249 .

(3) محمد حسنين- الوجيز في نظرية الإلتزام ، مصادر الإلتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ، طبعة 1983 ، ص 332 .

(4) جميل الشرفاوي- المرجع نفسه ص 249 .

(5) تنص المادة 251 من القانون المدني الجزائري أنه: « تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين» .

من المدین الأصلي⁽¹⁾، وهذا النوع أخطر من الأول لأنه يتضمن إلزام القاصر بدين يضر مباشرة بدمته المالية، وبالتالي كان أولى باشتراط إذن القاضي فيه، بل بمنعه مطلقاً . وهو ما نصت عليه التشريعات العربية⁽²⁾، وإن كان قيدياً خاصاً بالوصي، أما المشرع الجزائري فلقد أهمل النص على هذا القيد سواء في قانون الأسرة، أو في القانون المدني عند تطرقه لأحكام الحوالة، بالرغم مما يكتسبه من أهمية وخطورة كبيرة على مال القاصر، مما يستوجب تداركه .

هذا بالنسبة للحوالة، أما بالنسبة للوفاء الاختياري بالتزامات القاصر، فهو يتضمن إخراجاً لأمواله دون وجه حق، فكان لزاماً إخضاعه لإذن القاضي كذلك ليتحقق من عدم إضراره بثروة القاصر، وإن كانت التشريعات العربية⁽³⁾ أجازت للولي الشرعي دون الوصي الوفاء بالتزامات القاصر، إلا أن المشرع الجزائري أغفل النص على هذه النقطة تماماً .

البند الثاني: قبول الحوالة على القاصر في الفقه الإسلامي .

قال الحنفية⁽⁴⁾ أنه يجوز للأب والوصي قبول الحوالة، فإذا كان للقاصر دين على شخص ما فيحمله على آخر ليستوفي منه الدين، ولكنهم اشترطوا في المدین الجديد (المحال عليه)، أن يكون ذا ملاءة، ليتمكن من تحصيل دينه، أما قبول الحوالة على الصبي بأن يكون محالاً عليه، فيصبح مدیناً مكان المحيل، فلا يجوز ولو كان مأذوناً، وحتى لو قبل وليه .

(1) عبد الرزاق السنهوري- المرجع نفسه 552/3 ، وانظر جميل الشرقاوي- المرجع نفسه ص 249 .

(2) نصت المادة 4/39 من قانون الولاية على المال المصري أنه لا يجوز للوصي إجراء حوالة الديون أو حوالة الحقوق على القاصر ، أو قبولها بدون إذن القاضي ، ونصت المادة 182/ب من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه لا يجوز للوصي بدون إذن القاضي: «تحويل الديون التي تكون للقاصر ، وقبول الحوالة عليه» .

(3) تنص المادة 182/ط من قانون الأحوال الشخصية السوري أن الرفاء بالتزامات التي تكون على التركة أو على القاصر لا يكون إلا بإذن القاضي ، وتنص المادة 6/271 من مدونة الأسرة المغربية أنه لا يجوز للوصي دون إذن القاضي: « أداء ديون لم يصدر بها حكم قابل للتنفيذ»، وتقابلها المادة 11/39 من قانون الولاية على المال المصري .

(4) الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 296-295/3 .

كما قال فقهاء المالكية⁽¹⁾ بأنه لا يجوز إحالة الدين على القاصر لأن فيه ضررا محضاً فوجب منعه.

بينما قال الشافعية⁽²⁾ بأنه للولي الشرعي أن يقبل الحوالة بشرط أن تكون في مصلحة القاصر وإلا فلا يجوز، كما اشترطوا أن لا يكون المحال عليه معسراً، وأن لا يكون الدين متعلقاً برهن، كما أجازوا الرجوع على المحيل إذا لم يحصل القاصر على ماله ولو بعد قبولها، وللوصي قبول الحوالة بشرط أن يأخذها ضماناً، كما أجازوا للولي الشرعي تولي طرفي العقد فيحيل ماله على القاصر، ويحيل مال القاصر عليه، كما يجوز له ذلك إذا كان ولي قاصرين فيحيل دين أحدهما على الآخر .

فالفقهاء اعتبروا في قبول الحوالة على القاصر مصلحته، أي أن لا تؤدي إلى الإضرار به، بل يجب أن تحقق له ربحاً أو تزيل عنه خسارة، واشترطوا كذلك ملاءة المحال عليه لضمان تحصيل الدين، كما أنهم أجازوا ذلك للولي الشرعي والوصي، وإن كان الشافعية اشترطوا على الوصي أن يأخذ ضماناً(رهناً) لقبول الحوالة.

البند الثالث: مقارنة بين الفقه والقانون.

رأينا اشتراط إذن القاضي في القانون لقبول الحوالة على القاصر، نظراً للخطر الذي تمثله على ذمته المالية، وذلك سواء كانت حوالة دين أو حوالة حق، وفي المقابل فإن الفقهاء فرضوا قبوداً على هذا التصرف، تتمثل أساساً في اشتراط ملاءة المحال عليه، وبأن لا يكون على الدين رهن، وبأن يأخذ الوصي رهناً على المحيل حتى يستوفي دين القاصر من المحال عليه، وأجازوا الرجوع على المحيل إذا لم يتمكن القاصر من استيفاء دينه، وكل ذلك ضماناً لمصلحته وتجنباً لإلزامه بديون هو في غنى عنها، ونجد أن هناك توافقاً بين الفقه والقانون على أهمية هذا التصرف وخطورته وعلى ضرورة إحاطته بالقيود الكافية، فالقاضي في القانون لا يأذن بقبول الحوالة إلا إذا رأى مصلحة القاصر فيها، فيتأكد خاصة من ملاءة المحال عليه بأن لا يكون مفلساً وهو ما قال به الفقهاء .

(1) الدسوقي-حاشية الدسوقي 426/3 .

(2) حواشي الشرواني وابن القاسم العبادي 231/5 ، الرملي- نهاية المحتاج 422/4 .

الفروع الصاوي، رفع الدعاوى القضائية لصالح القاصر والتنازل محمدا:

البند الأول: رفع الدعاوى القضائية لصالح القاصر والتنازل محمدا في القانون.

الأصل أن رفع الدعاوى القضائية يندرج ضمن الأعمال التي يملكها النائب الشرعي بموجب ولايته على القاصر، إذ تثبت له الصفة القانونية لذلك⁽¹⁾، غير أنه لما كان التقاضي يتطلب التروي والأناة وحسن التقدير قبل الإقدام عليه، إذ قد ينجّر عنه مصاريف باهظة، والتزامات على عاتق المدعي في حالة خسارة دعواه، ولذلك جعل القانون هذا العمل مشمولاً برقابة القاضي⁽²⁾، والذي ينظر في الأمر بحاله من سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، فيقدر خدمتها للقاصر من عدمها⁽³⁾، وهذا القيد يخص الوصي والمقدم دون الولي الشرعي. غير أن مصلحة القاصر قد تتطلب في بعض الأحيان السرعة في رفع الدعاوى ولا تختمل التأخير، وذلك في مثل القضايا المستعجلة التي لا تختمل انتظار عرض الأمر على القاضي لينظر فيه، وينجّر عن تأخيرها إلحاق الضرر بالقاصر، ولذلك استثناء القانون من هذا القيد⁽⁴⁾، وأتاح للوصي والمقدم مباشرتها دون العودة للقاضي.

(1) محمد حسنين- الوحيز في نظرية الحق ص 64 ، وانظر قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 167835 الصادر في 17-05-1998 المحلة القضائية العدد الثاني لسنة 1997 ، انظر دلاندة يوسف-قانون الأسرة مدغم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، طبعة 2004 دار هومة- الجزائر ص 97 ، ولقد أثبت المشرع المصري الصفة في تمثيل القاصر في الدعاوى القضائية للنهابة العامة بشكل أصلي، أما باقي الخصوم فإنما ينضمون إليها على سبيل تحقيق المصلحة العامة التي هي من صلاحياتها وحدها ، انظر كمال صالح البنا - أحكام الولاية على المال ص 8 .

(2) إن استئذان القاضي هنا ليس شرطا لقبول الدعوى أو الطعن ، بل هو إجراء يهدف لحماية القاصر، فلا يمكن خصمه التمسك به ، وهو ما قرّرت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 145 لسنة 48 (الأحوال الشخصية) جلسة 09-04-1981 ، انظر معوض عبد التواب- موسوعة الأحوال الشخصية 1493/3 ، وانظر كمال صالح البنا- أحكام الولاية على المال ص 35 .

(3) تجدر الإشارة هنا أنه يجوز للقاصر المرخص له بالزواج، التقاضي في الحقوق والالتزامات المتعلقة بآثار عقد الزواج، وفقا لنص المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة والمتممة بالقانون 09/05 المؤرخ في 4 مايو سنة 2005 .

(4) وهو ما نصت عليه المادة 12/39 من قانون الولاية على المال المصري ، بحيث لا تجوز للوصي بدون الحصول على إذن القاضي: «رفع الدعاوى إلا ما يكون في تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له» ، وتقابلها المادة 182/ي من قانون الأحوال الشخصية السوري بنفس النص .

وإذا كان رفع الدعاوى القضائية خاضعا لإذن القاضي، فإن التنازل عنها، وكذلك التنازل عن حق الطعن فى الأحكام التى لا تخدم مصلحة القاصر، يخضع لذلك أيضا⁽¹⁾، لما قد ينتج عنه من تفويت لحق القاصر.

ولقد أضاف المشرع المصرى فى هذه النقطة التزاما آخر يقع على عاتق النائب الشرعى⁽²⁾، إذ يجب عليه إعلام القاضى بكل الدعاوى التى ترفع ضد القاصر، وكل ما يتخذ من إجراءات قانونية ضده كالتنفيذ مثلا، ويجب أن يتم ذلك فى أقرب وقت لينظر فيه القاضى ويقرر ما يلزم لحماية حقوق القاصر، ثم يأمر الوصى بإتباع الإجراءات الكفيلة بتحقيق ذلك، إذ قد يقرر الصلح فى مثل هذه الحالات، أو الإقرار بالحق المدعى به⁽³⁾.

وإذا كان هذا هو الشأن فى التشريعات العربية، فإن المشرع الجزائرى أغفل النص على هذه النقطة كذلك⁽⁴⁾، خاصة بالنسبة للوصى والمقدم، وهو ما قد يشكل ثغرة تؤدي إلى الإضرار بالقاصر من حيث رفع الدعاوى، وقبول الأحكام التى قد تلحق به الضرر، أو التنازل عن الدعاوى التى تخدم مصالحه.

(1) تنص المادة 13/39 من قانون الولاية على المال المصرى على وجوب استئذان القاضى من الوصى فى: «التنازل عن الحقوق و الدعاوى، وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية، والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام»، وتنص المادة 182/ك من قانون الأحوال الشخصية السورى على اشتراط استئذان الوصى من القاضى إذا أراد: «التنازل عن الدعوى وإسقاط حقه فى طرق المراجعة القانونية»، وتنص المادة 3/271 من مدونة الأسرة المغربية على وجوب استئذان الوصى من القاضى إذا أراد: «التنازل عن حق أو دعوى أو إجراء الصلح أو قبول التحكيم بشأهما».

(2) تنص المادة 42 من قانون الولاية على المال المصرى أنه: «يجب على الوصى أن يعرض على المحكمة بغير تأخير ما يرون على القاصر من دعاوى وما يتخذ قبله من إجراءات التنفيذ وأن يتبع فى شأنها ما تأمر به المحكمة».

(3) كمال صالح البنا - أحكام الولاية على المال ص 39، وأنظر معروض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1542/3.

(4) يستثنى من ذلك رفع الدعوى الرامية لقسمة مال القاصر، إذ يشترط فى ذلك الحصول على إذن مسبق من القاضى وفقا لنص المادتين 1/88 و 2/181 من قانون الأسرة الجزائرى.

البند الثاني: رفع الدعاوى القضاية لصالح القاصر والتنازل عنها في الفقه الإسلامي.

أجاز الحنفية⁽¹⁾ للأب والوصي أن يترافعا عن القاصر فيمثالانه في الدعاوى المرفوعة عليه، ويرفعان الدعاوى على خصومه، وإن كان لا يشترط حضور القاصر، إلا إذا أراد القاضي أن يستشير، أما إذا لم يكن له ولي أو وصي وادّعى عليه الخصم حقا أو دينا، فإن القاضي يقيم وكيلا أو وصيا لتمثله، وأداء الحق المدعى به في حالة ما إذا قضي به. وقال المالكية⁽²⁾ بأنه يجب على النائب الشرعي رفع الدعاوى التي تكون في مصلحة القاصر، ولا يتنازل أو يصالح عنها، إذا كانت له بيّنة. فلقد اشترط الفقهاء على النائب الشرعي بصدد رفع الدعاوى القضائية والتنازل عنها مراعاة مصلحة القاصر، فأجازوا كل ما يخدم مصلحته كالمطالبة بحقوقه وديونه، ومنعوا ما يضر به كالتنازل عن الدعاوى التي يكون حقه فيها ثابتا بالبيّنة.

البند الثالث: مقارنة بين الفقه والقانون.

اشترط القانون إذن القاضي بخصوص رفع الدعاوى القضائية والتنازل عنها وعن الطعون بالنسبة للوصي والمقدم، مراعاة وحماية لأموال القاصر من الضياع، وذلك بالرغم من أنه يثبت قانونا للنائب الشرعي الحق بموجب ولايته في التقاضي عن من يليه، أما فقهاء الشريعة الإسلامية وإن كانوا لم يشترطوا هذا الإذن، إلا أنهم وضعوا بعض الشروط الكفيلة بحماية القاصر، فمن جهة أعطوا للنائب الشرعي حق التقاضي عنه، ومن جهة أخرى قيّدوه بعدم التنازل عن حق أو دعوى ثابتة بيّنة، لأنه تفويت لحق الصغير، هذا وفي حالة عدم وجود ولي أو وصي، فإنه للقاضي أن يعين من يمثل القاصر في دعواه، وذلك تحتل لضياح حقه، أو تحميلة بالتزام يضره .

(1) الشيع نظام-الفتاوى الهندية 372/2 .

(2) النشرسي- المعيار العرب 500/9 ، 268/10 .

المزج الثامن، قبول التبرعات ورفضها.

البند الأول، قبول التبرعات ورفضها في القانون.

الأصل أن الهبة والوصية للقاصر، من التصرفات النافعة له نفعا محضا والتي تجلب له ثروة تضاف إلى ذمته المالية، ولذلك يجوز لنائبه الشرعي أن يجوزها عنه⁽¹⁾، كما يكون له تولي طرفي العقد إذا كان هو الواهب⁽²⁾.

غير أن مثل هذه التبرعات قد تكون محملة بالتزامات وشروط من شأنها الإضرار به، فكان لزاما حمايته منها، وهو ما حدى بالمشرعين العرب إلى تقييد مثل هذه التبرعات بالإذن القضائي، فلقد نص كل من المشرع المصري والمغربي والسوري، على اشتراط إذن القاضي في قبول مثل هذه التبرعات⁽³⁾، إذ يقوم بمقارنة ما يحصل عليه القاصر في مقابل الالتزام المقترن بالتبرع، فإذا كان يخدمه إذن به، وإلا رفض الإذن.

كما أن رفض هذه التبرعات من طرف النائب الشرعي، يكون مشروطا أيضا بإذن القاضي، وذلك احتياطا من تفويت فرصة اغتناء القاصر بهذا التبرع، إذا كان الالتزام الذي يقابله ممكن التنفيذ دون الإضرار به.

(1) وهو ما نصت عليه المادة 210 من قانون الأسرة الجزائري: «يجوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله، وإذا كان قاصرا أو محجورا عليه بتولي الحياة من يتوب عنه قانونا»، وما أيده قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 26990 الصادر و 22-02-1982، النشرة القضائية لسنة 1982 عدد خاص، ص 273، هذا وإذا كان الواهب هو الولي الشرعي فإذ التوثيق والإجراءات الإدارية تقوم مقام الحياة هنا، وهو ما تنص عليه المادة 208 من قانون الأسرة الجزائري.

(2) محكمة النقض المصرية طعن رقم 1573 لسنة 49 (الأحوال الشخصية) جلسة 24-03-1983، أنظر معروض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1477/3.

(3) المادة 12 من قانون الولاية على المال المصري تنص أنه: «لا يجوز للولي أن يقبل هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة إلا بإذن المحكمة»، و تنص المادة 9/39 من نفس القانون على عدم جواز قبول الوصي التبرعات المقترنة بشروط أو رفضها إلا بإذن القاضي، والمادة 5/271 من مدونة الأسرة المغربية تنص على أن الوصي و المقدم لا يجوز لهما بدون إذن القاضي: «قبول أو رفض التبرعات المثقلة بحقوق أو شروط»، والمادة 182/أو من قانون الأحوال الشخصية السوري تنص على أنه لا يجوز للوصي بدون إذن من المحكمة: «قبول التبرعات المقيّدة بشروط أو رفضها».

هذا ويلاحظ أن المشرع المصري جعل دالا من الولي الشرعي المتمثل في الأب والجد، وكذلك الوصي خاضعين لهذا الإذن، بينما قصر المشرعان السوري والمغربي هذا الإذن بالنسبة للوصي فقط، ولعل ذلك تقديرا منهما لوفور شفقة الولي الشرعي وحسن تقديره وحرصه على مصلحة صغيره .

أما المشرع الجزائري فلقد أغفل النص على هذه النقطة تماما، وبالنسبة لجميع الأولياء، ومن الواجب عليه تدارك ذلك، خاصة أنه نص في المادة 2/202 من قانون الأسرة أنه: «يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام، يتوقف تمامها على إنجاز الشرط»، كما نص في المادة 199 من نفس القانون أنه: «إذا عُلقت الوصية على شرط استحقاقها الموصى له بعد إنجاز الشرط...»، فإذا أجاز أن يكون نفاذ الهبة أو الوصية متوقفاً على شرط أو التزام يقوم به الموهوب له أو الموصى له، فكان الأولى أن يعمي القاصر من مثل هذه الالتزامات التي قد تثقل كاهله وتلحق به الضرر، وذلك بالنص على اشتراط إذن القاضي لقبولها من طرف النائب الشرعي .

ولا تخفى الحكمة من استئذان القاضي هنا، كما يقول د. محمد مصطفى شلي⁽¹⁾: "لأن الالتزام الذي صاحب الهبة أو الوصية قد يكون مضيئاً لفائدتها، فيجعلها عبئاً على الصغير، فالحكمة تبحث ذلك لترى هل فيها فائدة فتأذن أو لا ترفض".

(1) محمد مصطفى شلي - أحكام الأسرة في الإسلام ص 797.

البند الثاني: قبول التبرعات ورفضها في الفقه الإسلامي .

إن الفقهاء يبيحون لكل الأولياء قبول وقبض⁽¹⁾ الهبات باعتبارها ذات نفع محض، كما أنّ المالكية⁽²⁾ أجازوا لغير الولي قبض الهبة، إذا خاف الواهب أن يأكلها الأب، أما إذا كان الأب هو الواهب فإنه يُشهد ويُعلن بدل الحيازة والقبض.

كما قال الشافعية⁽³⁾ أنه إذا رفض النائب الشرعي قبول الهبة عن القاصر، عزله القاضي، وإذا كان الواهب ولياً على القاصر من غير أبيه وجدّه، فإن القاضي هو الذي يتولى القبول عنه، أما إذا كان الواهب أباً أو جداً فإنه يتولى طرفي العقد بنفسه.

كما أجاز الحنابلة⁽⁴⁾ بالإضافة للأب ووصيّه والقاضي ومقدمه، لكل من وكيل الأب والوصي، قبول وقبض الهبة للقاصر، وإذا كان الأب هو الواهب فإنه يقبل ويقبض عن ابنه، وإذا كان غير الأب فإنه يوكل من يقبض للقاصر، ليكون الإيجاب منه والقبول والقبض من الوكيل.

البند الثالث: مقارنة بين الفقه والقانون.

إذا كانت التشريعات العربية قد اشترطت إذن القاضي لقبول التبرعات المحمّلة بشروط والتزامات خاصة بالنسبة للوصي، وذلك حماية للقاصر من ضررها المحتمل، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية أجازوا هذا التصرف للأولياء مطلقاً، غير أنهم وإن كانوا قد سمحوا للولي الشرعي بتولي طرفي العقد إذا كان هو الواهب، فإنهم ألزموا غيره من الأولياء بإعلام القاضي الذي يتولى القبول عن القاصر أو يعين وكيلاً يقوم بهذه المهمة.

(1) يعتبر القبض شرطاً لصحة الهبة عند الجمهور، وقال المالكية بأنه شرط لتتمامها فقط، فالهبة تنعقد عندهم بالإيجاب والقبول، انظر الكاسان-بدائع الصنائع 123/6، ابن عبد البر القرطبي-الكافي في فقه أهل المدينة المالكي 212/2، الإمام مالك-المدونة الكبرى 327/4، 334/4، الشريبي-مغني المحتاج 397/2-400، موفق الدين وشمس الدين بن قدامي المقدسي-المغني ويليهِ الشرح الكبير 247/6، وهبة الزحيلي-الفقه الإسلامي وأدلته 21/5.

(2) الإمام مالك-المرجع نفسه 334/4.

(3) الشريبي-المرجع نفسه 397/2.

(4) موفق الدين وشمس الدين بن قدامي المقدسي-المرجع نفسه 258/6.

ويبدو أن الفقهاء قد أجازوا هذا التصرف اعتباراً منهم أن الأصل في تصرفات النائب الشرعي هو السداد، وخدمتها لمصالح القاصر دائماً حتى يثبت العكس، كما أنهم فرّقوا بين الولي الشرعي الذي أعطوه الحرية الكاملة في ذلك، وبين الوصي أو المقدم الذي لم يجزوا له تولي طرفي العقد في حال كان هو الواهب.

الفرد التاسع: إيداع أموال القاصر في المؤسسات المالية وصحبها.

بفرض حفظ أموال القاصر من الإهمال والضياع، ومن السرقة والاختلاس، فإنه يتوجب إيداعها في المؤسسات البنكية، أو في خزنة الدولة أو أمانة المحكمة، وذلك بأمر من القاضي⁽¹⁾، ويجب أن يتم هذا الإيداع بعد وقت قصير من تاريخ تسلمها من الوصي، قدّره المشرعان المصري والسوري خمسة عشر (15) يوماً من تاريخ تسلم المال، ونفس الأمر بالنسبة لسحبها فإنه لا يتم إلا عن طريق استئذان القاضي، والحدير بالذكر أن هذا الإيداع يجب أن يكون بإسم القاصر لا الوصي، وذلك ضماناً لعدم اختلاط مالهما، ولكي لا يدعي الوصي أنه ماله. ويشمل هذا الإيداع جميع النقود والأوراق المالية والمسوغات والحلي، وعلى كلِّ فإن القاضي هو الذي يقدر ما يجب إيداعه من الأموال وما لا يجب، وفقاً لما يتحقق مصلحة القاصر، فيودع كل المجوهرات والمصوغات إلا ما يتطلب الاستعمال العادي واليومي وفقاً للعرف السائد في المجتمع⁽²⁾.

(1) المادة 43 من قانون الولاية على المال المصري تنص أنه: «على الوصي أن يودع باسم القاصر إحدى خزائن المحكمة أو أحد المصارف حسبما تشير به المحكمة، كل ما يحصله من نقود بعد استبعاد النفقة المقررة والمبلغ الذي تقدره المحكمة إجمالاً لحساب مصروفات الإدارة، وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمه، ولا يجوز له أن يسحب شيئاً من المال المودع إلا بإذن المحكمة»، ونصت المادة 44 من نفس القانون أنه: «على الوصي أن يودع باسم القاصر المصروف الذي تشير به المحكمة ما ترى لزوماً لإيداعه من أوراق مالية ومجوهرات ومصوغات وغيرها وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمها، - وليس له أن يسحب شيئاً منها بغير إذن المحكمة»، ونصت المادة 184 من قانون الأحوال الشخصية السوري: «على الوصي أن يودع باسم القاصر في خزنة الدولة أو في مصرف توافق عليه المحكمة، كل ما يحصله من نقود وما ترى المحكمة لزوماً لإيداعه من الاسناد والحلي وغيرها، خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمه إياها، ولا يسحب منها شيئاً إلا بإذن المحكمة، - يرفع من هذه الأموال قبل إيداعها مصاريف الإدارة والنفقة المقررة لشهر واحد».

(2) معروض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1554/3، كمال صالح البنا - الولاية على المال ص 40.

كما يستثنى من ذلك الإيداع مبلغ النفقة المقررة، وكذلك المصاريف الخاصة بإدارة الأموال، ولقد شمل المشرع المغربي كل الأولياء دون استثناء بهذا الإجراء عكس باقي التشريعات⁽¹⁾.

وإذا كان هذا الإجراء إلزامياً، فإن المشرع الجزائري لم ينص عليه إلا في حالة ما إذا كان هناك قاصر بين الورثة، ولم يوجد ولي أو وصي، فهنا بناء على طلب من له مصلحة أو بطلب من النيابة العامة، يتم إيداع النقود والأشياء الثمينة⁽²⁾. ونقول في الأخير كنتيجة عامة، أن مبدأ اشتراط الإذن القضائي في بعض التصرفات ذات الأهمية الخاصة والتي من شأنها التأثير بشكل خطير على ذمة القاصر المالية، يجد ما يقابله في أحكام الشريعة الإسلامية، ولو أن الفقهاء لا يشترطون استئذان القاضي في مثل هاته التصرفات، إلا أنهم كما رأينا يشترطون في معظمها توفر المصلحة أو الضرورة، وإلا كان للقاضي أن يبطلها، فرقابة القاضي لاحقة على التصرف، بينما تكون رقابته في القانون سابقة عليه، ولا فرق بين الحالتين، من حيث أن القاضي في القانون لا يأذن بالتصرف إلا بعد التأكد من وجود مصلحة للقاصر فيه لا يجوز تفويتها، أو وجود حالة ضرورة تستلزم الإذن بالتصرف، ولقد نصت المادة 89 من قانون الأسرة الجزائري أنه: «على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة»، كما اشترط المشرع المغربي أن يكون قرار القاضي بالإذن معللاً ومسبباً⁽³⁾، و أرى أن اشتراط الإذن القضائي يوفر حماية أفضل للقاصر من حيث أنه إجراء وقائي يحول دون تعريضه لتبعات التصرفات التي قد يبرمها نائبه الشرعي في غير صالحه، كما أن قلة الأمانة في زماننا وتراجع الأخلاق، كل ذلك يؤيد تعزيز سلطات القاضي، فهو المسؤول الأول عن الإشراف على الولاية، وحماية القاصر ورعايته، وذلك بفرض طلب الإذن منه كلما

(1) تنص المادة 235 من مدونة الأسرة المغربية أنه: «يجب على النائب الشرعي إبلاغ القاضي المكلف بشؤون القاصرين بوجود الأموال النقدية و الوثائق و الخلي و المنقولات ذات القيمة ، وإذا لم يفعل يتحمل مسؤولية ذلك ، وتودع النقود و القيد المنقولة بحساب القاصر لدى مؤسسة للحفاظ عليها بناء على أمر من القاضي».

(2) تنص المادة 182 من قانون الأسرة الجزائري أنه: «في حالة عدم وجود ولي أو وصي يجوز لمن له مصلحة أو للنيابة العامة أن يتقدم إلى المحكمة بطلب تصفية التركة وبتعيين مقدم ورئيس المحكمة أن يقرر وضع الأختام ، و إيداع النقود والأشياء ذات القيمة ، وأن يفصل في الطلب» .

(3) المادة 71/271 من مدونة الأسرة المغربية: «قرار القاضي بالترخيص بأحد هذه التصرفات يجب أن يكون معللاً» .

أراد النائب الشرعي المساس بمال القاصر، كما أن في ذلك دفعا للشبهة عن النائب الشرعي، كما أن اشتراط الإذن القضائي لا يتعارض من جهة أخرى مع قواعد الشريعة الإسلامية لما فيه من الاحتياط للقاصر⁽¹⁾.

جمعية الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

(1) محمد مصطفى شلي - أحكام الأسرة في الإسلام ص 817 .

الفصل الثالث: رقابة القاضي الأمانة على
الأولياء على مال القاصر وعلى أعماله.

تطرقنا في الفصل الأوّل لسلطات القاضي الواسعة في مجال رقابته السابقة على الأولياء وعلى أعمالهم، وسنرى في هذا الفصل كذلك مدى اتّساع سلطاته في مجال الرقابة البعدية أو اللاحقة على الأولياء وعلى أعمالهم، وذلك من حيث قدرته على التأثير في منصب الولي المالي، إذ يمكنه وقفه أو حتى عزله إذا ثبت عنده ما يستوجب ذلك، كما يكون له إبطال التصرفات التي يرى أنها تشكّل خطراً على مصالح القاصر.

المبحث الأول: سلطة القاضي في وقف الأولياء وإعفائهم والحدّ من ولايتهم وعزلهم.

ونتناول فيه سلطة القاضي في وقف الأولياء وإعفائهم من الولاية (المطلب الأول)، وكذا سلطته في الحدّ من ولايتهم وعزلهم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سلطة القاضي في وقف الأولياء وإعفائهم من الولاية.

الفرع الأول: سلطة القاضي في وقف الأولياء.

إذا أعتبر الولي عاجزاً عن أداء مهامه وواجباته المتعلقة بحفظ الأموال وتميئتها بسبب ظرفي ومؤقت، وجب على القاضي التّدخل بوقف ولايته إلى غاية زوال المانع الذي يجول دون ممارستها، وبطبيعة الحال وجب عليه -خلال هذه الفترة- أن يعيّن وصياً مؤقتاً يقوم على مصالح القاصر إلى غاية عودة الولي الأصلي أو تنصيب وصيّ جديد.

البند الأوّل: وقف الأولياء في الفقه الإسلامي.

قال الحنفية⁽¹⁾ بأنه إذا كان الأب غائباً غيبة منقطعة، فإن القاضي يعيّن وصياً يقتضي حقوق القاصر، وكذلك الأمر لو تعارضت مصالحهما، كما في حال شراء الأب وبيعه للصغير، فيعيّن القاضي وصياً أو وكيلاً يتكفّل بقبض الثمن أو المبيع عن القاصر، وكذلك الحال إذا ادّعى الأب أنّ ما اشتراه من الابن معيب، فلا يردّه، بل يرفع الأمر للقاضي الذي يقيم وصياً

(1) الشيخ نظام الفتاوى الهندية 432/3، 218/5-219، ابن عابدين -حاشية رد المختار على الدر المختار حاشية ابن عابدين 710/6.

يخاصم عن القاصر في الشيء المباع، فإذا ثبت العيب رده الأب على هذا الوصي، ففي هذه الحالات جميعها توقف ولاية النائب الشرعي لتعود بعد زوال سبب وقفها.

كما قال المالكية⁽¹⁾ أنه إذا ثبت أن الوصي غير موثوق به فيما يخاصم به أمام القضاء عن القاصر، سواء كان مدع أو مدعى عليه، فإن القاضي يوقف وصايته ويعين مكانه وكيلاً يخاصم عن القاصر، ولا يعزل الوصي عن ولايته العامة، وذلك يعني أن القاضي يوقف وصايته ويعين من يخاصم عن حقوق القاصر مكانه.

كما قال الشافعية⁽²⁾ أنه إذا تعارضت مصالح الوصي مع مصالح القاصر، كما في حالة شرائه منه، فهذا يجب عليه رفع الأمر للقاضي الذي يتكفل بالبيع له، أو يعين وصياً مستقلاً يمثل القاصر في عملية البيع، وهو ما يتضمن معنى وقف الوصاية إلى غاية زوال حالة تعارض المصالح بين الصغير ووصيه.

ونستنتج في الأخير أن الفقهاء أقرُّوا مبدأ وقف الولاية، إذا تطلَّبت مصلحة القاصر، سواء كان ذلك بسبب غياب النائب الشرعي أو سجنه، أو أي مانع آخر يحول دون ممارسته لواجبات الولاية، ففي هذه الحالات جميعها تكون الولاية ثابتة على القاصر لنائبه الشرعي، غير أنه لا يمارسها لوجود مانع كغيابه لسفره أو لسجنه، فوجب إزالة الضرر المترتب عن ذلك، كما توقف الولاية أيضاً في حال تعارض مصالح القاصر مع نائبه الشرعي، فهذا يعين القاضي وصياً آخر يكفل الدفاع عن حقوقه، كما في حال الدعاوى القضائية أو في حالة البيع والشراء بينهما.

إذ أن النائب الشرعي عندما يقف أمام القضاء ضد من هو في ولايته، يفقد صفة الولاية عليه، ويواجهه كأبي خصم آخر، ويبقى وقف الولاية سارياً ما دامت حالة التعارض هذه قائمة⁽³⁾.

(1) النونشريسي - المعيار العرب 457/9 .

(2) حواشي الشرواني وابن القاسم العوادي 97/7 .

(3) عبد السلام الرفعي - الولاية على المال وتطبيقها في المذهب المالكي ص 476-477 .

البند الثاني، ملحة القاضي في وقفه الأولياء في القانون.

إذا نظرنا إلى الحالات التي أوجب فيها القانون وقف الولاية، لتبين لنا أنها نفس الأسباب الموجبة للحجر على الولي نفسه، ذلك أنه إذا رفعت يده عن التصرف في أمواله، فكان الأولي رفعها عن أموال القاصر الذي يتولاه⁽¹⁾، وتتعلق هذه الأسباب أساسا بغياب الولي أو فقدانه أو باعتقاله، أو فقدان أهليته⁽²⁾.

فالغياب أو فقدان⁽³⁾، يمثل مانعا مادياً يحول دون ممارسة الولاية، ويلحق بالقاصر ضررا يجب رفعه، بتعليق الولاية وتعيين من يقوم مكان النائب الشرعي الأصلي بإدارة وتسيير الأموال، وكذلك الأمر بالنسبة للمانع القانوني المتمثل في الاعتقال أو السجن، وإن كان القانون قد اشترط أن يعرض هذا المانع مصالح القاصر للخطر، ليعتبر سبباً موجبا لوقف الولاية، كأن يؤدي إلى إهمال أمواله وضياعها، وذلك في حالة ما إذا امتدت مدة الحبس لأكثر من سنة، أو إذا كان الحبس بسبب ارتكاب جنائية، لأن عقوبتها عادة ما تكون لمدة طويلة⁽⁴⁾، كما يؤدي فقدان النائب الشرعي لأهليته إلى توقيف الولاية أيضا⁽⁵⁾.

هذا ولقد أضاف المشرع المصري سببين آخرين يوجبان وقف الولاية وهما:

(1) وهو المبدأ الذي نصت عليه المادة 2 من قانون الولاية على المال المصري: «لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية، إلا إذا توافرت له الأهلية الكاملة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو» .

(2) المادة 21 من قانون الولاية على المال المصري: «تحكم المحكمة بوقف الولاية إذا اعتبر الولي غائبا أو اعتقل تنفيذيا لحكم بعقوبة جنائية أو بالحبس مدة تزيد على سنة» ، والمادة 174 من قانون الأحوال الشخصية السوري - = «تقف الولاية إذا اعتبر الولي مفقودا أو حجر عليه أو اعتقل وتعرضت باعتقاله مصلحة القاصر للضياع، ويعين للقاصر وصي مؤقت إذا لم يكن له ولي آخر» .

(3) المشرع المصري نص على الغائب فقط، غير أن المفقود كذلك يندرج في نفس الفئة التي توجب وقف الولاية، وهو ما نصت عليه المادة 84 من قانون الولاية على المال المصري، انظر معوض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1509/3 .

(4) المادة 21 من قانون الولاية على المال المصري: «تحكم المحكمة بوقف الولاية إذا اعتبر الولي غائبا أو اعتقل تنفيذيا لحكم بعقوبة جنائية أو بالحبس مدة تزيد على سنة» .

(5) المادة 174 من قانون الأحوال الشخصية السوري: «تقف الولاية إذا اعتبر الولي مفقودا أو حجر عليه أو اعتقل وتعرضت باعتقاله مصلحة القاصر للضياع ويعين للقاصر وصي مؤقت إذا لم يكن له ولي آخر» .

الأول: وهو وقف الولاية على النفس. فنقد نص في المادة 22 من قانون الولاية على المال⁽¹⁾، أن وقف الولاية على النفس يستتبع كنتيجة منطقية وقفها على المال، ذلك أن من فقد الأهلية أو الصلاحية للولاية على نفس القاصر كان غير صالح وغير أهل للولاية على ماله⁽²⁾.

الثاني: وهذا السبب يخص الوصي دون الولي الشرعي، ويأمر القاضي بوقفه إذا توفرت أسباب جدية تدعو للنظر في عزله، وذلك يعني أنه متى توفّر سبب يدعو للعزل، فإنه يتم توقيف الوصي عن ممارسة مهامه كإجراء مؤقت إلى غاية الفصل في أمره، فإذا تأكّدت الأسباب الداعية للعزل عزله القاضي، وإلا أعاده إلى منصبه، ويوقف الوصي كذلك إذا قام به عارض من عوارض الأهلية كالجنون والعتة، أو السفه والعمه، و كذلك في حال الححم عليه بإسهار إفلاسه⁽³⁾.

ونلاحظ عدم نص المشرّع الجزائري على إجراء الوقف من الولاية إطلاقاً، وإن كان قد نص في المادة 90 من قانون الأسرة على تعيين متصرف خاص في حال تعارض مصالح القاصر ونائبه الشرعي، فلا يتصور في هذه الحالة استمرار الولي في ممارسة ولايته، خاصة فيما يتعلق بحقه في التقاضي بإسم القاصر، وإنما يوقف مؤقتاً، ويتولى المتصرف الخاص تمثيل القاصر في مواجهة وليه.

غير أنه كان يجب النص على ذلك صراحة، لأن وقف الولاية إجراء تحفظي مؤقت⁽⁴⁾، تتطلبه العناية بمصالح القاصر، إذ أن هناك بعض الحالات التي وإن لحقه فيها بعض الضرر، إلا أنها لا تستوجب عزل نائبه الشرعي وإخراجه تماماً، لأن في ذلك إجحافاً وتعدياً على حقه

(1) المادة 22 من قانون الولاية على المال المصري: « يترتب على الحكم بسلب الولاية على نفس الصغير أو وقفها سقوطها بالنسبة للمال ».

(2) معروض عبد التواب - المرجع نفسه 1510/3 .

(3) المادة 48 من قانون الولاية على مال المصري: « إذا توفرت أسباب جدية تدعو للنظر في عزل الوصي أو في قيام عارض من العوارض التي تزيل أهليته أمرت المحكمة بوقف » ، وانظر معروض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية

1552/3 ، وكمال صالح البنا - أحكام الولاية على المال ص 43 .

(4) معروض عبد التواب - المرجع نفسه 1552/3 .

المشروع في الولاية، ولذلك يكون الوقف هنا لمدة زمنية معينة هو الحل الأنسب، في انتظار زوال السبب الداعي لذلك، أو تعيين نائب جديد عن القاصر.

البند الثالث: مقارنة بين الفقه والقانون.

نلاحظ توافقاً كبيراً بين الفقه الإسلامي والقانون في الأسباب الموجبة لوقف الولاية، وهي تتعلق أساساً بقيام مانع مادي، أو قانوني كالغيبه والاعتقال، كما أنها تتعلق كذلك بحالات تعارض المصالح بين القاصر ونائبه الشرعي، وإن كان القانون لم ينص على ذلك كسبب من أسباب وقف الولاية، إلا أنه من الناحية الفعلية يعتبر تعيين وصي الخصومة كما أسماه المشرع المصري، أو الوصي الخاص كما أسماه باقي المشرعين العرب، توقيفاً للولاية بشكل مؤقت. فيفقد الولي صفته كمثل ونائب عن القاصر أثناء مدة الدعوى أو التصرف، ولا يسترجعها إلا بعد ذلك⁽¹⁾.

الفروع الثاني: ملحة القاضي في الإحماء من الولاية والحماية.

إذا كان للقاضي حق إنهاء الولاية المالية بإرادته المطلقة إذا استدعت مصلحة القاصر ذلك، فإنه في أحيان أخرى لا يكون له إلا الموافقة والمصادقة على رغبة النائب الشرعي في التنحي من منصبه، سواءً كان ذلك بسبب مرضه أو كبر سنه، أو بسبب عدم درايته بكيفية تسيير وإدارة المال، أو لأسباب أخرى، فما هي أقوال الفقهاء في ذلك؟ وما هو رأي القانون؟

البند الأول: الإحماء من الولاية والحماية في الفقه الإسلامي.

قال الحنفية⁽²⁾ بأنه لا يمكن للوصي المختار أن يُخرج نفسه من الوصاية بعد قبولها، إلا إذا كان الوصي قد أعطاه هذا الحق، وذكروا بالمقابل حيلة تمكنه من التخلص من الوصاية، وذلك بأن يدعي ديناً على القاصر فيعزله القاضي، وأما بالنسبة لوصي القاضي فله أن يعزل نفسه بعد

(1) عبد السلام الرفعي - الولاية على المال وتطبيقها ص 477 .

(2) ابن عابدين - حاشية رد المحتار على الدر المختار 702/6 .

إعلام القاضي بذلك، كما أن المالكية⁽¹⁾ لم يجيزوا للوصي أن يعزل نفسه إلا لعذر، لأن وصايته حق للقاصر ألزمه على نفسه بقبولها من الوصي.

بينما قال الشافعية⁽²⁾ بأنه يمكن للأب أن يرفع أمره للقاضي، لينصب قيماً مكانه يدير أموال القاصر بأجرة، كما يجوز للوصي أن يعزل نفسه بعد إعلام القاضي وإلا ضمن في حالة هلاك المال، ولا يكون له في المقابل عزل نفسه إذا تأكد من تحقق الضرر بالقاصر، كأن لا يوجد كافٍ غيره، أو أن يؤدي ذلك إلى تلف المال أو استيلاء ظالم عليه.

فالفقهاء قد حرصوا على مصلحة القاصر، وعدم تعريض ماله للضياع بسبب شغور منصب الولي المالي، فذهب بعضهم إلى منع استقالة الوصي تماماً سواء بعذر أو بدونه، باعتبار أنه بقبوله الوصاية قد ألزم نفسه بها⁽³⁾، وهي حق للقاصر عليه لا يجوز له التنازل عنها، غير أنه ولكي لا تتدهور أمور القاصر المالية بسبب إلزام وصيه بالولاية وهو كارثة لها، أو يمنعه مانع من القيام بها على أحسن وجه، فإن بعض الفقهاء أجازوا له التنحي عن منصبه إذا كان له عذر، وفي المقابل فإنه إذا تأكد أن خروجه من منصبه سيؤدي إلى تلف المال أو هلاكه أو استيلاء الغير عليه، أو إذا لم يوجد من يصلح لتولي المنصب غيره، فإنه لا يجوز الاستقالة هنا، كما اشترط كل من الحنفية والشافعية إعلام القاضي، وإلا يضمن الوصي إذا هلك المال، أما بالنسبة للولي الشرعي فالأصل أن ولايته الزامية وذاتية، لا يمكنه التخلي عنها لأنها ثابتة بحكم الشرع بسبب القرابة التي هي صفة لازمة لا تزول⁽⁴⁾، غير أن الشافعية أباحوا للأب رفع الأمر للقاضي لينصب وصياً مكانه يدير المال بأجرة، ويظهر أن ذلك لا يكون إلا في حال عجزه عن القيام بأعباء الولاية بنفسه .

(1) علي الصعدي-حاشية المدوي 204/2 ، الوشيري- المعيار العرب 411/9-458.

(2) الرملي- غاية المحتاج 381/4 ، الشيرازي-المهذب 464/1 ، حواشي الشروان وابن القاسم العبادي 94/7 .

(3) فيعتبر في ذلك كالكفيل الذي التزم بأداء الدين فلا يمكنه التنصل من ذلك الالتزام ، أنظر محمد أبو زهرة- الأحوال الشخصية ص 481 .

(4) محمد أبو زهرة- المرجع نفسه ص 471 ، وأنظر عبد السلام الرفعي- الولاية على المال ص 118 .

البند الثاني، الإعفاء من الولاية والوصاية في القانون.

الأصل أن الولاية إلزامية وشخصية بالنسبة للولي الشرعي⁽¹⁾، فلا يجوز له التنازل ولا التنحي عنها، وهو ما نصت عليه مختلف التشريعات العربية⁽²⁾، والمشرع الجزائري كذلك، باعتبار أنه حين نصّ على حالات انتهاء الولاية، لم يذكر حالة قبول إعفاء الولي أو استقالته⁽³⁾. غير أنه إذا تعذّر على الولي الشرعي ممارسة مهامه لمرضه أو لعجزه، أو لعدم درايته بكيفية إدارة الأموال، فإنه يجوز أن تقبل المحكمة إعفائه من مهامه رعاية لمصالح القاصر دائماً، والقاضي هنا ينظر في قبول الاستقالة أو رفضها وفقاً لتقديره الخاص، فإذا قبلها عين مكان النائب الشرعي وصياً قادراً أميناً ليقوم على تسيير شؤون القاصر⁽⁴⁾. وهذا بالنسبة للولي الشرعي، أما بالنسبة للوصي، فإن القاعدة هي جواز قبول إعفائه من الوصاية⁽⁵⁾، على أن يتم ذلك بحكم من القاضي، ذلك أن مجرد استقالته لا تُنهي مهمته قانوناً، بل يجب المصادقة عليها من القاضي⁽⁶⁾. ويظهر من خلال تفحص النصوص القانونية، تشدّد المشرعين العرب فيما يخص الولي الشرعي فالأصل عدم قبول إعفائه واستقالته إلا لعذر قوي⁽¹⁾، لأن ولايته ذاتية وأصلية، وثابتة

- (1) يقصد بالولاية الشخصية عدم انتقالها للورثة بعد الوفاة، انظر محمد حسنين - الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ص 97، وانظر الغوثي بن ملحمة - قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ص 205.
- (2) المادة الأولى من قانون الولاية على المال المصري: «لأب ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب اختار وصياً، الولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن من المحكمة»، والمادة 1/170 من قانون الأحوال الشخصية السوري: «لأب ثم الجد العصبي ولاية على نفس القاصر وماله، وهما ملتزمان بالقيام بها»، المادة 236 من مدونة الأسرة المغربية: «الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع، ما لم يجرّد من ولايته بحكم قضائي».
- (3) تنص المادة 91 من قانون الأسرة الجزائري أنه: «تنتهي وظيفة الولي: 1- بعجزه، 2- بموته، 3- بالحجر عليه، 4- بإسقاط الولاية عنه».
- (4) معروض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية ص 1473/3.
- (5) تنص المادة 4/96 من قانون الأسرة الجزائري أنه تنتهي مهمة الوصي: «بقبول عذره في التخلّي عن مهمته»، والمادة 3/47 من قانون الولاية على المثل المصري أنه تنتهي مهمة الوصي: «بعزله أو قبول استقالته»، والمادة 4/189 من قانون الأحوال الشخصية السوري أنه تنتهي مهمة الوصي: «بقبول استقالته»، والمادة 5/258 من مدونة الأسرة المغربية أنه تنتهي مهمة الوصي: «بزوال أهليته أو بإعفائه أو بعزله».
- (6) معروض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية ص 1552/3.

بحكم القانون، وهي حق وواجب في آن واحد، فكان لزاماً منع التنازل عنها بدون عذر قوي، أمّا الوصي فلقد تساهلوا معه في هذا الشأن، لأنه التزم بالوصاية بمحض إرادته فكان له التخلي عنها كذلك .

ولكن هل يتحقق للولي الشرعي الذي تنازل عن ولايته، ممارسة حقه في اختيار وصي على مال القاصر رغم ذلك ؟

ويرى د. كمال صالح البنا⁽²⁾ أن ذلك لا يفقده حقه في الإيضاء، لأنه وإن كان فقد حقه في التصرف في أموال القاصر بموجب تنحيه عن الولاية، فإنه بالمقابل لم يفقد حقه في التصرف في حقوقه الشخصية ومنها حق الإيضاء.

وأرى أنه من الواجب حرمان الولي الشرعي الذي تنازل عن ولايته دون مبرر مقبول، تهرباً من تحمّل أعباء المسؤولية، وذلك عقاباً له على تخليه على واجبه في رعاية القاصر. هذا ويكفل القانون للولي الذي طلب التنحي عن الولاية، طلب استردادها، إذا زال المانع أو الظرف الذي منعه من ممارستها، ويعود تقدير مدى استرجاعه لصلاحيّة ممارسة الولاية من عدمها، إلى سلطة قاضي الموضوع وحده⁽³⁾.

البند الثالث: مقارنة بين الفقه والقانون.

قال جمهور الفقهاء بأنه يجوز للوصي أن يعزل نفسه من الوصاية بعد إعلام القاضي إذا كان له عذرٌ معتبر شرعاً، وإلا فلا حق له في ذلك، لأنه ألزم نفسه بقبولها في حياة الموصي فكان عليه الالتزام بما بعد وفاته، ولذلك اشترط بعضهم أن يكون هنالك قادر وأمين يتولّى منصبه، وإلا لا يكون له عزل نفسه، كما منعه من التنحي إذا تأكّد استيلاء الغير على مال القاصر جرّاء ذلك، واشترطوا إعلام القاضي حتى يتولّى تعيين وصي جديد مكانه، وإلا فإنه

(1) المشرّع الجزائري نص في المادة 1/91 من قانون الأسرة على انتهاء مهمة الولي بعجزه ، ويبدو أنه يقبل عذر الولي في إعفائه من الولاية لعجزه بموجب هذه المادة .

(2) كمال صالح البنا- أحكام الولاية على المال ص 27 .

(3) محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 5 لسنة 40 ق (أحوال شخصية) جلسة 23-01-1974، أنظر معروض عبد الثواب- موسوعة الأحوال الشخصية ص 1475/3 .

يتحمّل المسؤولية ويُلزم بالتعويض، كما أنّ الأصل عدم جواز تنازل الولي الشرعي عن ولايته، وإن كان الشافعية قد أجازوا للأب أن يطلب من القاضي تعيين وصي مكانه يتولّى مهامه مقابل أجره، أمّا القانون فلقد تشدّد مع الولي الشرعي باعتبار أن ولايته ثابتة بحكم الشرع والقانون، فلا يجوز له التنازل عنها إلاّ بوجود عنصر قوي، في حين أنه يجوز للوصي كمبدأ عام الاستقالة من وصايته والتنازل عنها لأن ولايته اختيارية، غير أن القانون لا يعتبر الاستقالة إلاّ إذا تمت المصادقة عليها بحكم قضائي .

المطلب الثاني: سلطة القاضي في الحد من الولاية ومحل الأولياء .

إنّ مناط الولاية على المال هو تحقيق مصلحة المولى عليه، فإذا كان الولي لا يتحقّق هذه الغاية، وجب على القاضي الحدّ من ولايته أو إلغاؤها تماماً بالعزل، بصفته المشرف والمراقب والمسؤول الأوّل عن الولاية، هذا ويكون الحدّ من الولاية والعزل منها لأسباب محدّدة، كما إذا ثبتت خيانة النائب الشرعي، أو عدم كفاءته لإدارة الأموال، أو لقيام مانع يعول دون استمراره في الولاية .

الفروع الأول: سلطة القاضي في الحد من الولاية ومحل الأولياء في الفقه الإسلامي.

قال الحنفية⁽¹⁾ أنه إذا اختل شرط الكفاية في النائب الشرعي فإنّ القاضي لا يعزله، بل يكفي بالحدّ من ولايته بضمّ وصي آخر إليه، يكون قادراً كافياً وأميناً، ليكتمل ما ينقصه، ويجول دون الإضرار بالقاصر، ونفس الأمر إذا اتّهم الوصي بالفسق والخيانة، ولم يثبت عليه ذلك بالدليل، فإنه لا يعزله بل يحدّ من صلاحياته بضمّ وصي آخر إليه، فلا يكون له التصرف بمفرده، أو يجعل عليه مشرفاً، يُلزم باستشارته في كل تصرف يُقدّم عليه، ونفس الأمر في حالة عجز النائب الشرعي عجزاً جزئياً، إذ يضمّ إليه القاضي وصياً قادراً أميناً ليعينه على القيام بأمور الولاية، أمّا إذا كان العجز كلياً، أو إذا جُنّ النائب الشرعي جنوناً مطبقاً أو ثبتت

(1) ابن عابدين-حاشية رد المحتار على الدر المختار 702/6-703-706 ، الشيخ نظام-الفتاوى الهندية 431/3 ، دمام أفندي-مجمع الألف 720/2-721 ، محمد أبو زهرة-الأحوال الشخصية ص 487 .

خيانته، فإن القاضي ملزم بعزله وتعيين وصي آخر مكانه، أما إذا اختل شرط الكفاية في وصي القاضي فإن له أن يعزله مباشرة لأنه هو الذي عينه، بعكس الولي الشرعي أو الوصي المختار، حيث يكفي بضم وصي آخر إليهما في هذه الحالة.

وقال المالكية⁽¹⁾ أنه إذا كانت الأم وصية وتزوجت فإنها لا تُعزل، وإنما يعين عليها القاضي مشرفاً، لأن المرأة تُغلب على أمرها إذا تزوجت، كما أن للقاضي عزل النائب الشرعي كلما تصرف بغير ما يجزم مصالح القاصر لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾⁽²⁾، كما يُعزل الوصي إذا فسق وفقد عدلته، لأن العدالة شرط ابتداء وصايته وشرط دوامها واستمرارها، و يُعزل كل من الوصي والمشرف إذا قامت بينهما وبين القاصر عداوة أو محاصمات، لأن العدو لا يؤتمن على عدوه.

كما قال الشافعية⁽³⁾ أن القاضي يتخذ من ولاية الأب والجد والوصي، إذا اختل فيهم شرط الكفاية ولا يعزلهم، فيضم في هذه الحالة وصياً للنائب الشرعي، أما في حال اختلال شرط الأمانة فإن القاضي يعزل النائب الشرعي ويقيم وصياً مكانه لحفظ مال القاصر، هذا وتعود ولاية الأب والجد إذا عادت عدلتهما، لأن ولايتهما شرعية، أما الوصي فيحتاج لتفويض جديد.

فلقد ركز الفقهاء على توفر شرطين أساسيين في النائب الشرعي عن القاصر وهما العدالة والكفاية، فالأول يتعلق بالأمانة، والثاني يتعلق بالقدرة والكفاءة على إدارة وتسيير أموال القاصر، هذا بالإضافة إلى الشروط العامة المتمثلة في العقل والإسلام والرشد، وكل هذه الشروط لازمة عند بداية مهمة النائب الشرعي فهي شروط لابتداء الولاية، لكنها في نفس الوقت شروط لاستمرار فيها كذلك، وهنا يلعب القاضي دوراً هاماً، إذ يقلر إما الحد من

(1) الزرقاني-شرح الزرقاني 200/8، الإمام مالك-المدونة الكبرى 287/4، عماد أحمد عليش-شرح منح الجليل 3/

169، الوشيري-المعار العرب 411/9-412-458.

(2) سورة الأنعام الآية 152.

(3) الرملي-سفاية المحتاج 373/4، الشيرازي-المهذب 464/1، حواشي الشرواني وابن القاسم العوادي 88/7-94.

الولاية كما في حال اختلال شرط الكفاية، أو العزل منها تماما كما في حال اختلال شرط العدالة أو فقدان النائب الشرعي لأهليته .

الفروع الثاني، العدة من الولاية والعزل عنها في القانون.

رأينا أن الشروط الواجب توفرها في النائب الشرعي عند ابتداء مهامه من أهلية كاملة، وعدالة وأمانة، وكفاءة وقدرة على إدارة مال القاصر، هي نفس الشروط الواجب توفرها لاستمرار ولايته، كما أن الموانع التي يجب أن يكون خالياً منها في البداية يجب أن يستمر خلوه منها كذلك طول مدة الولاية⁽¹⁾، فإذا اختل أحدها كان للقاضي التدخل بالحد من ولايته أو عزله منها تماما، غير أنه وإذا كان مناط الولاية على المال هو مصلحة القاصر، فإنه يكون للقاضي - بالرغم من توفّر هذه الشروط وغياب تلك الموانع - ممارسة سلطاته الرقابية على النائب الشرعي، إذا هو أساء التصرف بشكل يجعل مصالح القاصر معرضة للخطر.

البند الأول، العدة من الولاية والعزل عنها بصوبه بتعريض مال القاصر للخطر.

إن المعيار المعتمد هنا من طرف القاضي للحد من الولاية أو العزل منها تماما، هو كون أموال القاصر معرضة للخطر⁽²⁾، وهو معيار مرن نوعاً ما، ويبدو أن المشرعين العرب أرادوا من ذلك منح القاضي سلطات واسعة، تخوّله ممارسة رقابة شديدة على النائب الشرعي ومراقبة مدى ما يبذله من عناية في تسيير وإدارة المال، فيكون للقاضي الحد من ولايته أو عزله منها تماما إذا تبين له من تقديره الشخصي للوقائع، أنها تشكل خطراً على مصلحة القاصر.

(1) كمال صالح البنا - أحكام الولاية على المال ص 25 .

(2) المادة 4/96 من قانون الأسرة الجزائري تنص على انتهاء مهمة الوصي: « بعزله بناء على طلب له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر » ، والمادة 20 من قانون الولاية على المال المصري: « إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي ، أو لأي سبب آخر فلمحكمة أن تسلب ولايته أو تحدها منها » ، والمادة 2/49 من نفس القانون تنص أنه يحكم بعزل الوصي: « إذا أساء الإدارة ، أو أهمل فيها أو أصبح في بقائه خطر على مصلحة القاصر » ، والمادة 173 من قانون الأحوال الشخصية السوري: « إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لأي سبب آخر ، أو خيف عليها منه ، فلمحكمة أن ترفع ولايته أو تحدها منها ... » ، والمادة 1/190 فقرة ج من نفس القانون ، تنص أنه يعزل الوصي: « إذا رأت المحكمة في أعمال الوصي أو إهماله ما يهدد مصلحة القاصر أو ظهرت في حسابه خيانة » .

ولقد قرّرت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد أنّ: "الولاية منوطة بمصلحة الصغير وتدور معها وجوداً وعندما فمى انتفت المصلحة وجب أن تزول"⁽¹⁾.

هذا ويندرج ضمن الحالات الموجبة للحدّ من الولاية أو العزل منها تماماً، سوء تدبير الولي وإهماله في إدارة مال القاصر، كأن يبيع المنقول بغير فاحش، أو يُهمل الأموال، أو يتركها في أياد غير أمينة⁽²⁾.

وإذا كان للقاضي سلطة واسعة في تقدير الوقائع التي تمثّل خطراً على مال القاصر، إلّا أن القانون نص على بعض الحالات على سبيل المثال لا الحصر، ومن ذلك ما ذكره المشرع المصري في المادة 16 من قانون الولاية على المال⁽³⁾، بحيث أحاز للقاضي الحكم بالحدّ من الولاية أو العزل منها، إذا لم يقدّم الولي قائمة بأموال القاصر أو تأخّر في تقديمها للمحكمة، إذ اعتبرها تعريضاً لمال القاصر للخطر.

والجدير بالذكر أن حكم القاضي بالحدّ من الولاية أو العزل منها، باعتباره إجراء هاماً وخطيراً، فإنه وإن كان له الحرية في تقدير الوقائع التي يستند إليها في الحكم بذلك، إلّا أنه ملزم بالمقابل بالاستناد إلى دليل مقنع، وذلك تحت طائلة بطلان الحكم لمخالفة القانون⁽⁴⁾.

ويظهر هنا جلياً تشدّد القانون مع الوصي مقارنة مع الولي الشرعي، فبينما منح للقاضي الحرية في تقدير الحدّ من الولاية أو العزل منها، في حالة تعريض الولي الشرعي مال القاصر للخطر، فإنه بالمقابل لم يترك له الخيار في حالة الوصي، بل ألزمه بإتمام ولايته تماماً وعزله إذا هو

(1) محكمة النقض المصرية طعن رقم 34 لسنة 45، جلسة 26-12-1976، أنظر معروض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1505/3.

(2) معروض عبد التواب - المرجع نفسه ص 1503/3.

(3) تنص أنه: «على الولي أن يحرّر قائمة بما يكون للقاصر من مال أو ما يزول إليه، وأن يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة التي يقع بها ترعاها موطنه في مدى شهرين من بدء الولاية أو من أهولة هذا المال للصغير، ويجوز للمحكمة اعتبار عدم تقديم هذه القائمة أو التأخير في تقديمها، تعريضاً لمال القاصر للخطر».

(4) كمال صالح البنا - أحكام الولاية على المال ص 17.

تسبب في تعريض المال للخطر⁽¹⁾، أما المشرع الجزائري فلم ينص على هذا المعيار في العزل إلا بالنسبة للوصي⁽²⁾.

البند الثاني : مللة القاضي في عزل الوصي لغيابه أحد الشروط أو قيام أحد الموانع⁽³⁾ :

إذا كان القاضي يتولى التأكد من توفر الشروط الواجب توفرها في الوصي لتولي الوصاية، ويتحقق كذلك من انعدام الموانع التي تحول دون ممارستها، فإن رقابته هذه تستمر بعد ذلك طيلة مدة الوصاية، فإذا غاب أحد الشروط أو قام أحد الموانع كان للقاضي عزل الوصي⁽⁴⁾. والشروط الواجب توفرها في الوصي تتعلق أساسا بالأهلية الكاملة فلا يكون محجورا عليه، ويشترط كذلك أمانته فلا يكون سيء السيرة، وكفايته⁽⁵⁾ وقدرته على إدارة المال، وأن يدين بديانة القاصر، ويكون للقاضي عزله إذا اختل أحد هذه الشروط⁽⁶⁾، وتنص في هذا الشأن المادة 93 من قانون الأسرة الجزائري أنه: « يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف، وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة ». هنا ويعزل الوصي كذلك إذا قام به أحد الموانع الآتية :

(1) المادة 1/49 من قانون الولاية على المال المصري ، والمادة 1/190 من قانون الأحوال الشخصية السوري، سبق ذكرها .

(2) المادة 4/96 من قانون الأسرة الجزائري ، سبق ذكرها .

(3) المادة 27 من قانون الولاية على المال المصري ، والمادة 2/178 من قانون الأحوال الشخصية السوري ، والمادة 247 من مدونة الأسرة المغربية .

(4) المادة 1/49 من قانون الولاية على المال المصري تنص على عزل الوصي: « إذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية وفقاً للمادة 27 ، ولو كان هذا السبب قائم وقت تعيينه » ، ويشمل ذلك الوصي المختار ووصي القاضي على حدّ السواء ، أنظر كمال صالح البنا - أحكام الولاية على المال ص 25 .

(5) مفهوم مصطلح الكفاية يعني الأهلية للقيام على شؤون القاصر، قرار محكمة النقض المصرية جلسة 22-03-1972 ، أنظر معوض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1520/3 .

(6) تنص المادة 27 من قانون الولاية على المال المصري: « يجب أن يكون الوصي عدلاً كفواً ذا أهلية كاملة » ، والمادة 1/178 من قانون الأحوال الشخصية السوري: « يجب أن يكون الوصي عدلاً قادراً على القيام بالوصاية ذا أهلية كاملة وأن يكون من ملة القاصر » ، والمادة 231 من مدونة الأسرة المغربية: « يشترط في كل من الوصي والمقدم : أن يكون ذا أهلية كاملة حازماً ضابطاً أميناً ، وللمحكمة اعتبار شرط الأهلية في كل مهمة » .

1- إذا حُكِمَ عليه في جرائم السرقة، أو الخيانة أو التزوير، أو الجرائم المخلة بالأخلاق والشرف⁽¹⁾: فإنه بذلك يفقد صلاحيته للاستمرار في وصايته، وذلك سواء بالنسبة لأمانته أو أخلاقه⁽²⁾، وإن كان المشرع المصري أعطى لمثل هذا الشخص فرصة ثانية بعد مرور خمسة سنوات على تنفيذ العقوبة، وهي مدة طويلة نسبياً يُتَوَقَّعُ فيها تحسُّن حاله، وعلى كلِّ فالأمر منوط بتقدير القاضي، وبمقالة الضرورة والمصلحة للقاصر .

ولقد أضاف المشرع السوري إمكانية عزل الوصي إذا حُبِسَ في أي جريمة أخرى لمدة تزيد عن السنة، إذ أن غيابَه كل هذه المدة قد يؤثر بشكل سلبي على السير الحسن لشؤون ومصالح القاصر، غير أن ذلك خاضع لتقدير القاضي بحيث يمكنه الحكم بتعيين وصي مؤقت فقط بدل عزله تماماً⁽³⁾.

2- إذا حُكِمَ عليه بالإفلاس⁽⁴⁾: فالمحكوم بإفلاسه يفقد أهلية ممارسة بعض التصرفات، كما أنه يكون متابعاً من طرف الدائنين، ومن شأن ذلك أن يؤدي إلى اضطراب أحوال القاصر⁽⁵⁾، كما يُخشى في هذه الحالة من مساسه بالأموال التي يليها، وإذا حصل ذلك وثبتت مسؤوليته، فلا يمكن استيفاء حق القاصر منه لإفلاسه .

(1) المادة 1/27 من قانون الولاية على المال المصري: « المحكوم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالأداب و الماسة بالشرف أو العرامة ، ومع ذلك إذا انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات حاز عند الضرورة التحاوز عن هذا الشرط » ، والمادة 2/178 الفقرة (أ) من قانون الأحوال الشخصية السوري : « المحكوم عليه في جريمة سرقة أو إساءة الائتمان أو التزوير ، أو جريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة » ، والمادة 1/247 من مدونة الأسرة المغربية: « المحكوم عليه في جريمة سرقة أو إساءة الائتمان أو التزوير أو في جريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق » .

(2) ولكن يشترط أن يكون الحكم هنا نهائياً، ذلك أن الحكم القابل للطعن يكون بمثابة لتمام لم يثبت بعد ، أنظر معوض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1502/3 .

(3) المادة 1/190 فقرة (ب) من قانون الأحوال الشخصية السوري تنص أنه يعزل الوصي: « إذا حُكِمَ عليه بالسجن خلال وصايته حكماً مبرماً عن جريمة أخرى لمدة سنة فأكثر، ويجوز للقاضي في هذه الحالة الاكتفاء بتعيين وصي مؤقت » .

(4) المادة 4/27 من قانون الولاية على المال المصري: « المحكوم بإفلاسه إلى أن يحكم بترده اعتباره » ، والمادة 2/178 الفقرة (ب) من قانون الأحوال الشخصية السوري: « المحكوم بإفلاسه إلى أن يعاد إليه اعتباره » ، والمادة 2/247 من

مدونة الأسرة المغربية: « المحكوم عليه بالإفلاس أو في تصفية قضائية » .
(5) معوض عبد التواب - المرجع نفسه 1521/3 .

- ولهذا أحاز المشرع المغربي اشتراط ملاءة الوصي والمقدم لتولي الوصاية والتقدم⁽¹⁾، كما أحاز المشرع المصري⁽²⁾ للقاضي أن يلزم الوصي بتقديم تأمينات لضمان أموال القاصر بالقيمة التي يراها، إذا رأى ما يستدعي ذلك .
- (3)- من كان بينه وبين القاصر نزاع أو خلاف عائلي⁽³⁾: كما نص القانون على أنه يحرم من الوصاية، ويعزل منها من كان بين القاصر وبينه أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه، خلاف أو عداوة أو نزاع قضائي، لأن مثل هذه الخلافات تورث الكراهية والبغضاء، مما يخشى منه الإضرار بالقاصر، فوجب الاحتياط من ذلك، وعلى كلِّ فالقاضي هو من يقرّر ما إذا كان ذلك بشكلٍ مناسباً بمصلحة القاصر أولاً، ولقد أحازت محكمة النقض المصرية⁽⁴⁾ إسناد الوصاية لمن كان بينه وبين القاصر نزاع قضائي، إذا اتضح أن هذا النزاع لا يصل إلى درجة تُعرض مصالحه للخطر، وتوافرت في الوصي باقي الشروط.
- (4)- من قرّر الولي قبل وفاته حرمانه من الوصاية⁽⁵⁾: ذلك أن إرادة الولي واجبة الاحترام بعد وفاته خاصة فيما يتعلق بالولاية على ابنه، ولأنه أعلم بمصلحته، ولأن منعه لم يكن إلا لعدم

(1) تنص المادة 246 من مدونة الأسرة المغربية: « يشترط في كل من الوصي والمقدم أن يكون ذا أهلية كاملة حازماً ضابطاً أميناً، للمحكمة اعتبار شرط الملاءة في كل منهما » .

(2) المادة 37 من قانون الولاية على المال المصري تنص: « للمحكمة أن تلزم الوصي بتقديم تأمينات بالقيمة التي تراها وتكون مصروفات تقدم هذه التأمينات على حساب القاصر » .

(3) المادة 7/27 من قانون الولاية على الملل المصري: « من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائي أو كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة إذا كان يخشى من ذلك كله على مصلحة القاصر » ، والمادة 2/178 الفقرة (د) من قانون الأحوال الشخصية السوري: « من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة القاصر » ، والمادة 3/247 من مدونة الأسرة المغربية: « من كان بينه وبين المحجور نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة المحجور » .

(4) محكمة النقض المصرية جلسة 22-03-1972 ، أنظر معروض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1520/3.

(5) المادة 6/27 من قانون الولاية على الملل المصري: « من قرّر الأب بقل وفاته حرمانه من التعيين من بين هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك وينبت الحرمان بورقة رسمية أو عرقية مصدق على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه » ، والمادة 2/178 الفقرة (ج) من قانون الأحوال الشخصية السوري: « من قرّر الأب أو الجد عند عدمه حرمانه من التعيين قبل وفاته إذا ثبت ذلك بيّنة خطية » .

الصلاحية لهذه المهمة، ولكن يشترط أن يتم إثبات هذا الاختيار بورقة رسمية أو عرفية مُصادق على إمضاء الأب فيها، أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه، كما هو الحال في إثبات الوصية، غير أنه ولتجنب تعسف الوالي في استعمال هذا الحق، فإن القاضي وفقاً لما نص عليه المشرع المصري⁽¹⁾ يمتلك سلطة التحقق من صحة الأسباب التي بنى عليها الوالي حكمه.

(5) - من لم يكن أهلاً للولاية على النفس⁽²⁾: ارتأى المشرع المصري، أن يستتبع الحكم بإسقاط الولاية على النفس إسقاطها على المال أيضاً، ولقد عمم هذا الحكم على الوالي الشرعي والوصي كذلك، ففضى بامتناع الوصاية على من حُكم عليه في جريمة تؤدي إلى إسقاط ولايته على نفس القاصر لو كان في ولايته، وللعلم فإن الجرائم التي تؤدي إلى سلب الولاية على النفس خطيرة بما كان، مثل جرائم هتك العرض، والاعتصاب والدعارة⁽³⁾، كما أنه نص على عدم صلاحية تولي منصب الوصي لمن سبق وسُلبت منه الولاية أو عُزل من وصايته، لأن ذلك العزل لم يكن إلا لعدم صلاحيته لها⁽⁴⁾.

(6) - من كان مشهوراً بسوء السيرة، أو لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش: انفرد المشرع المصري بالنص على هذا المانع، إذ أن من كان مشهوراً بسوء السيرة والسلوك فإنه فاقد لشرط العدالة، ومن لم يكن له وسيلة مشروعة للكسب فهو فاقد لشرط الكفاءة⁽⁵⁾.

هذا والجدير بالذكر أن صلاحية النائب الشرعي للولاية لا تنتفي مطلقاً، إذ تعود بمجرد زوال الموانع أو العوارض التي أدت إلى وقفها أو الحد منها أو سلبها، إذ يمكنه في هذا الصدد أن

(1) معوض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1521/3 .

(2) المادة 2/27 من قانون الولاية على الملل المصري: «من حكم عليه لجريمة كانت تقتضي قانوناً سلب ولايته على نفس القاصر لو أنه كان في ولايته» .

(3) معوض عبد التواب - المرجع نفسه 1521/3 .

(4) المادة 5/27 من قانون الولاية على الملل المصري: «من سبق أن سلبت منه ولايته أو عُزل من الوصاية على قاصر آخر» .

(5) معوض عبد التواب - المرجع نفسه 1521/3 .

يقدم طلباً لاستردادها، ويعود الفصل في ذلك إلى قاضي الموضوع الذي يقدر مدى صلاحية النائب الشرعي واستعداده لتولي أمور الولاية اذالية من جديد⁽¹⁾. كما أنه يمكن طلب استرداد الولاية في حالة التنحي عنها بإرادة النائب الشرعي وحده، خاصة إذا تعلّق الأمر بالأب والجد، ذلك أن ولايتهما على القاصر حق ثابت لهما بالشرع والقانون ما داما يتوفران على الشروط اللازمة لها⁽²⁾.

الفرد الثالث: مقارنة بين الفقه والقانون.

نلاحظ وجود اتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون في أسباب الحد من الولاية أو العزل منها، وهي تتعلق أساساً بشرطي الأمانة، والكفاية⁽³⁾، وإن كان الفقهاء قد قصروا الحد من الولاية في حال اختلال شرط الكفاية فقط، بينما إذا احتل شرط الأمانة فإنهم يتفقون على وجوب عزل النائب الشرعي أياً كان، أما القانون فلقد منح للقاضي أو سعة السلطات في هذا المجال، فأتاح له أن يقدر الحد من الولاية أو العزل منها تماماً وفقاً لمعيار تعريض أموال القاصر للخطر، كما أضاف في هذا الصدد حالات معينة تستوجب عزل الوصي وحده دون الولي الشرعي وهي موانع الوصاية، وتتعلق أساساً بشرط الأمانة أو العدالة، كما تتعلق كذلك باحترام إرادة الموصي بعد الوفاة في عدم تولية أمر القاصر لمن منعه من ذلك، وبحالة وجود عداوة بين القاصر والوصي، وهو ما نص عليه المالكية إذ قالوا بعزل الوصي والمشرّف إذا كان بينه وبين القاصر عداوة، لأنه لا يؤمن عليه⁽⁴⁾، ويتفق الفقه الإسلامي مع القانون كذلك في الحد من الولاية أو العزل منها، إذا احتل شرط الأهلية في النائب الشرعي، وكذلك الأمر في حالة العجز، فإذا كان

(1) المادة 23 من قانون الولاية على الملل المصري: «إذا سلبت الولاية أو حدّ منها أو وقفت فلا تعود إلا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسباب التي دعت إلى سلبها أو الحد منها أو وقفها، ومع ذلك لا يقبل طلب استرداد الولاية الذي سبق رفضه إلا بعد انقضاء سنتين من تاريخ الحكم النهائي بالرفض».

(2) كمال صالح البنا - أحكام الولاية على المال ص 19 .

(3) مصطلح الكفاية يعني الأهلية للقيام على شؤون القاصر، وهو ما قرره محكمة النقض المصرية في جلسة 22-03-

1972 ص 23 ص 46 ، أنظر معوض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1520/3 .

(4) الزرقاني - شرح الزرقاني 200/8 ، المنشريسي - المعيار المغرب 411/9 .

جزئياً يكتفي القاضي بضم من يعينه على أمور الولاية، وإذا كان العجز كلياً يعزل النائب العاجز، ويعين مكانه مقدماً قادراً وأميناً .

المبحث الثاني: سلطة القاضي في محاسبة الأولياء وإبطال تصرفاتهم الضارة بالقاصر.

وتتطرق فيه لسلطة القاضي من حيث محاسبة الأولياء وإلزامهم بتسليم أموال القاصر التي كانت في عهدتهم (المطلب الأول)، كما نتناول فيه قيام مسؤوليتهم وإبطال تصرفاتهم الضارة بمصالح القاصر (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: محاسبة الأولياء وإلزامهم بتسليم أموال القاصر. الفرع الأول: وجوب تقديم الحسابات.

إنّ تقديم الحساب من صاحب الولاية، إجراء رقابي يكتسي أهمية كبيرة، فبفضله يتمكّن القاضي من تقييم مهام الولي المالي، وبالتالي يقرّر بعدها الإجراءات المناسبة، سواء بمكافأته على حسن قيامه بمهامه، أو بمعاقبته إن هو أخطأ، أو قصرّ وتهاون فيها، وإلزامه في هذه الحالة بالتعويض .

ذلك أنّ إشراف القاضي على الولاية المالية لا يكتمل ولا يتم، إلاّ بمعرفة كيفية إدارة أموال القاصر بشكل دقيق، يُظهر ما تمّ إبرامه من عقود وتصرفات، وما دخل في ذمته من أموال وما خرج منها، ولا يكون ذلك إلاّ بتقديم حساب مفصّل⁽¹⁾.

البند الأول: وجوب تقديم الحسابات في الفقه الإسلامي.

قال الحنفية⁽²⁾ بأنه على الوصي أن يخبر القاضي بالمداخيل والمصاريف في مال القاصر، كما يحلف على ذلك للإثبات، وإذا أخبر أنه أنفق مبلغ كذا دون أن يفصّل ويفسّر فيما أنفقه، فالقاضي يصدّقه إن كان معروفاً بالأمانة، وإلاّ أجبره على التفسير، فإن لم يفسّر اكتفى بتحليفه

(1) محمد كمال حمدي - الولاية على المال ص 341 .

(2) الشيخ نظام - الفتاوى الهندية 222/5 .

اليمن على ما يدعيه من النفقة، وقالوا أن هذا الحساب يتم سنة بسنة، فيحاسب الوصي كل عام على ما تصرف فيه من أموال القاصر في العام الذي قبله.

كما قال المالكية⁽¹⁾، أنه على الوصي أن يتحاسب أمام القاضي بعد انتهاء وصايته ببلوغ القاصر الرشد، فولايته لا تنتهي إلا بتقدم هذا الحساب، ويلزم القاضي بإجباره في حال امتنع، وإلا كان الضمان على القاضي فيما يلحق أموال القاصر من ضرر إن هو قامون في محاسبة الوصي، أو لم يردعه بعد علمه بتضييعه للمال.

فالمالكية يشترطون تقدم حساب دقيق ومدعم بالوثائق أمام القاضي من طرف الأولياء⁽²⁾، كما قالوا أن المرأة الوصية إذا تزوجت وجُهل حالها، فإن القاضي يعين عليها مشرفاً، وإذا علم صلاحها أقرها على وصايتها، لكنّه في هذه الحالة يقوم بإحصاء مال القاصر الذي عندها ويُشهد على ذلك⁽³⁾، وهذا دليل على محاسبتها بعد انتهاء مهمتها بناء على الإحصاء الذي يتم بحضور الشهود.

وجاء أيضاً في فقه الشافعية⁽⁴⁾ ما يدل على وجوب محاسبة القاضي للنائب الشرعي ولياً كان أو وصياً، إذ قالوا أنه يجب أن تُوثق كل النفقات والتصرفات المالية الخاصة بالقاصر بواسطة فواتير ومستندات، فلا يشتري النائب الشرعي أو يبيع أو ينفق شيئاً إلا وأرفق معه وثيقة تدل عليه، وذلك لكي لا يختلط ماله مع مال الصغير، كما اعتبروا أن قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾⁽⁵⁾ يلزم بإتباع أحسن وأدق وأضبط الوسائل لذلك، فكانت الآية نصاً في التزام نظام التوثيق في كل تصرف في مال القاصر،

(1) أبو عيسى المهدي الوزاني - النوازل الجديدة الكبرى، قابله وصحّحه على النسخة الأصلية عمر بن عباد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المملكة المغربية، طبعة 1999/1420، 255/10.

(2) عبد السلام الرفعي - الولاية على المال ص 482.

(3) النشرهسي - المعيار العرب 412/9.

(4) النووي - المجموع شرح المذهب 356/13، حواشي الشرواني وابن القاسم العبادي 84/7.

(5) سورة الأنعام الآية 152.

بينما قال بعضهم⁽¹⁾ أن الولي الشرعي والوصي لا يحاسبان لأههما أمينان، لكن إذا أتتهما يحلفان اليمين فقط .

ونخلص في الأخير إلى أن مبدأ تقديم الحساب من النائب الشرعي، منصوص عليه عند الفقهاء وخاصة المتأخرين منهم، نظراً لتراجع الأخلاق وقلة الأمانة، ولأن فيه حماية لأموال القاصر، فإذا تبين في الحساب قهوان أو خيانة، قام القاضي بمعاينة المتسبب في الضرر وتعويض القاصر .

فالنائب الشرعي يعتبر مسؤولاً عن كل ما يلحق الأموال من ضرر، إذا انتهت ولايته ولم يقدم عنها حساباً شاملاً، فإذا فقد أهليته قدم الحساب من ينوب عنه، وإذا توفي تكفل ورثته بذلك، ويقدم الحساب إما للقاصر الذي رشد أو إلى ورثته، أو إلى الوصي الجديد، هذا ولا تنتهي الولاية فعلياً ولا ينتج الانتهاء أثره إلا بتقديم هذا الحساب⁽²⁾.

البند الثاني: وجوب تقديم الحسابات في القانون.

قبل أن نتكلم عن تقديم الحسابات للقاضي، كرقابة لاحقة على أعمال الأولياء، وجب أن نتطرق أولاً للقائمة التي يلزم بتقديمها النائب الشرعي عند ابتداء مهامه، والتي تكسي أهمية كبيرة، إذ بفضلها يطلع القاضي على القيمة الحقيقية لأموال القاصر قبل ابتداء الولاية عليه، فبدونها لا يمكن له محاسبة الأولياء عند انتهاء مهامهم على أحسن وجه .

أولاً، إلزام النائب الشرعي بتقديم قائمة بأموال القاصر .

نص القانون على إلزام النائب الشرعي، عند ابتداء مهامه في الولاية المالية، بتقديم قائمة أو إحصاء شامل عن ما في ذمة القاصر من أموال للقضاء، وذلك ليكون القاضي على علم بثروة القاصر، وحجمها ومكوناتها، مما يسمح له بممارسة إشرافه على الولاية بأكمل وجه . كما يلزم النائب الشرعي في هذا الصدد بإعلام القاضي بكل ما يدخل في ذمة القاصر من أموال، وذلك بإعداد قائمة بهذه الأموال مباشرة بعد أيلولتها للقاصر .

(1) حواشي الشرواني وابن القاسم العبادي 97/7 .

(2) عبد السلام الرفعي - الولاية على المال ص 482 .

والحكمة من ذلك هي الخيلولة دون وفاة الولي مجهلاً الأموال التي تحت يديه، ولأن ممارسة القاضي للإشراف على الولاية من حيث منع بعض التصرفات، وتقييد البعض الآخر منها بالإذن القضائي، تستوجب بديهياً أن تكون أموال القاصر معلومة لدى المحكمة⁽¹⁾. ولقد نص على هذا الإحصاء كل من المشرعين المصري⁽²⁾ والمغربي⁽³⁾، وإن كان اجتهاد محكمة النقض المصرية قد أعفى الأب من تقديم القائمة المذكورة إذا كان هو الذي وهب المال للقاصر⁽⁴⁾، كما فرّق المشرع المصري بين الولي الشرعي الذي يتكفل بنفسه بتقديم القائمة المذكورة بموجب المادة 1/16 من قانون الولاية على المال، وبين الوصي والمقدم، إذ نصت المادة 989 من قانون المرافعات المصري أنه: «على النيابة بعد صدور قرار المحكمة بإقامة النائبين عن

(1) محكمة النقض المصرية طعن رقم 31 لسنة 44 (الأحوال الشخصية) جلسة 8-12-1976، أنظر معوض عبد

التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1500/3.

(2) المادة 1/16 من قانون الولاية على المال المصري: «على الولي أن يحرّر قائمة بما يكون للقاصر من مال أو ما يؤول إليه وأن يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة التي يقع بدائرهما موطنه في مدى شهرين من بدء الولاية أو من أبولولة المال للصغير».

(3) المادة 241 من مدونة الأسرة المغربية: «إذا تعدت أموال المحجور مائتي ألف درهم (200 ألف) أثناء إدارتها، وجب على الولي إبلاغ القاضي بذلك لفتح ملف النيابة الشرعية، كما يجوز للمحجور أو أمه القيام بنفس الأمر»، والمادة 2/235 من نفس القانون: «يجب على النائب الشرعي إبلاغ القاضي المكلف بشؤون القاصرين بوجود الأموال النقدية والوثائق والحلي والمنقولات ذات القيمة، وإذا لم يفعل يتحمل مسؤولية ذلك، وتودع النقود والقيم المنقولة بحساب القاصر لدى مؤسسة عمومية للحفاظ عليها بناء على أمر القاضي»، والمادة 249 من نفس القانون: «إذا لم يكن مال المحجور قد تم إحصاؤه، تعين على الوصي أو المقدم إحصاء هذا الإحصاء، ويرفقه في جميع الأحوال بما يلي:

1- ما قد يكون لدى الوصي أو المقدم من ملاحظات على هذا الإحصاء.

2- اقتراحات مبلغ النفقة السنوية للمحجور ولمن تجب نفقته عليه.

3- المقترحات الخاصة بالإجراءات المستحقة الواجب اتخاذها للمحافظة على أموال المحجور.

4- المقترحات المتعلقة بإدارة أموال المحجور.

5- المداخيل الشهرية أو السنوية المعروفة لأموال المحجور».

والمادة 254 من نفس القانون: «إذا ظهر للمحجور مال لم يشمل الإحصاء السابق، أعد الوصي أو المقدم ملحقاً به يضاف إلى الإحصاء الأول».

(4) محكمة النقض المصرية طعن رقم 516 لسنة 34 (الأحوال الشخصية) جلسة 31-12-1968، أنظر معوض عبد التواب - المرجع نفسه 1482/3.

الفصل الثالث: رقابة القاضي اللاحقة على الأولياء على مال القاصر وعلى أعمالهم

عدومي الأهلية أو الوكلاء عن الغائبين أن تجرد أموال عدومي الأهلية أو الغائبين بمحض نحرر من نستختين»، فالنيابة هي التي تتكفل بجرد مال القاصر في هذه الحالة، ووفقا لنفس المادة فإنه يجب أن يحضر الجرد القاصر الذي بلغ سن السادسة عشر، بالإضافة إلى نائبه الشرعي، والنيابة عند الضرورة الاستعانة بخبير لهذا الشأن، وبعد الجرد تسلّم الأموال للنائب الشرعي⁽¹⁾، ويظهر من خلال هذه الإجراءات المعقّدة أن المشرّع المصري اعتبر وفور الشفقة عند الولي الشرعي فكلفه بتقدم القائمة بنفسه، أمّا في حالة الوصي والمقدم فإنه يخضع للإجراءات السابق ذكرها احتياطا للقاصر وحرصا على حفظ أمواله، إذ لا تسلّم له الأموال إلا بعد جردها بدقّة .

والمشرّع المغربي بدوره أخضع الوصي لرقابة شديدة عند تقدم الإحصاء الأولي للأموال، إذ أخضعه لرقابة النيابة العامة التي تبدي ملاحظاتها حول ما جاء فيه من اقتراح مبلغ النفقة الخاص بالقاصر، كما يحقّ لمجلس العائلة، ولكل أقارب القاصر إبداء ملاحظاتهم حول ذلك⁽²⁾، وزيادة في الاحتياط فإنّ القاضي يكلف عدلين بالإحصاء النهائي للأموال بعد إعلام النيابة العامة وحضور المعنيين بالأمر⁽³⁾ .

هذا وفي حال عدم تقدم الولي الشرعي للقائمة التي سبق ذكرها، فإنه ينجر عن ذلك مسؤوليته الكاملة، ويمكن للقاضي هنا الحدّ من ولايته أو عزله عنها تماما، فلقد اعتبر المشرّع المصري ذلك من قبيل تعريض أموال القاصر للخطر⁽⁴⁾ .

(1) معروض عبد التواب الموسوعة الأحوال الشخصية 1507/3 .

(2) المادة 251 من مدونة الأسرة المغربية: « لكل من النيابة العامة ، و النائب الشرعي ، و مجلس الأسرة ، أو عضو أو أكثر من الأقارب عند الانتهاء من الإحصاء ، تقدم ملاحظاته إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين حول تقدير النفقة اللازمة للمحجور ، واختيار السبل التي تحقّق حسن تكوينه وتوجيهه التربوي وإدارة أمواله» .

(3) المادة 252 من مدونة الأسرة المغربية: « يقوم العدلان بأمر من القاضي المكلف بشؤون القاصرين وتحت إشرافه بالإحصاء النهائي والكامل للأموال والحقوق والالتزامات ، وذلك بعد إخبار النيابة العامة وبحضور الورثة والنائب الشرعي والمحجور الذي أتم الخامسة عشرة سنة من عمره ، - ويمكن الاستعانة في هذا الإحصاء وتقييم الأموال وتقدير الالتزامات بالخبراء » .

(4) المادة 2/16 من قانون الولاية على المال المصري: « ويجوز للمحكمة اعتبار عدم تقدم هذه القائمة أو التأخير في تقديمها تعريضا لمال القاصر للمعطر» ، و تنص المادة 20 من نفس القانون: « إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لأي سبب آخر فللمحكمة أن تسلب ولايته أو تحم منها» .

وإذا لم يتم الولي الشرعي بتقديم هذا الإحصاء⁽¹⁾، فإن المشرع المغربي ألزم الوصي أو المقدم الذي يأتي بعده بتقديمه، كما أنه يخضع في ذلك لرقابة كل من مجلس العائلة والنيابة العامة، كما يجب على الوصي إعداد ملحق عن كل ما يؤول للقاصر من أموال بعد ذلك⁽²⁾، والملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على وجوب تقديم هذا الإحصاء إطلاقاً مع ما يكسبه من أهمية بالغة.

ثانياً، إلزام الوصي والمقدم بتقديم الحساب.

إن المبدأ السائد في التشريعات العربية هو أن تقديم الحساب كإجراء رقابي، يخضع له الوصي بصفة خاصة⁽³⁾ دون الولي الشرعي، وإن كان المشرع المصري قد أخضع الجد كذلك لهذا الإجراء الرقابي وفقاً للمادة 26⁽⁴⁾ من قانون الولاية على المال .

كما أن المشرع الجزائري الذي دأب على المساواة بين الأولياء فيما يخص التصرفات الخاضعة لإذن القاضي، فإنه خصّ الوصي فقط بواجب تقديم الحساب بعد انتهاء مهمته، وفقاً لما نصت عليه المادة 97 من قانون الأسرة: «على الوصي الذي انتهت مهمته، أن يسلم الأموال

(1) إلا أنه إذا كان عدم تقديم القائمة هنا عن حسن نية، كأن ينشغل الولي الجد بالحزن على وفاة ابنه، فلا يقدم القائمة المذكورة، فإن ذلك يعد عذراً كافياً لرفض طلب الحد من ولايته أو سحبها منه ، أنظر كمال صالح البناء- الولاية على المال ص 18 .

(2) المواد 249 و 1/251 و 254 من مدونة الأسرة المغربية .

(3) المادة 3/45 من قانون الولاية على المال المصري: «...وفي جميع الأحوال يجب على الوصي الذي يستبدل به غيره أن يقدم حساباً خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء وصايته» ، والمادة 1/191 من قانون الأحوال الشخصية السوري: «على الوصي الذي انتهت وصايته أن يسلم في خلال ثلاثين يوماً من انتهائها الأموال التي في عهده ويقدم عنها حساباً مؤيداً بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشد أو إلى ورثته، إن توفي وعليه أن يقدم صورة عن الحساب إلى المحكمة وإلى الناظر إن وجد» ، والمادة 259 من مدونة الأسرة المغربية: «إذا انتهت مهمة الوصي أو المقدم بغير وفاته أو فقدان أهليته المدنية، وجب عليه تقديم الحساب مرفقاً بالمستندات اللازمة ، داخل مدة يحددها القاضي المكلف بشؤون القاصرين ، دون أن تتجاوز ثلاثين يوماً إلا لعذر قاهر» .

(4) تنص أنه: «يسري على الجد الأحكام المقررة في هذا القانون في شأن الحساب»، وبالتالي وجب عليه تقديم حساب قبل أول يناير من كل سنة مؤيداً بالمستندات، أنظر كمال صالح البناء- الولاية على المال ص 22 .

التي في عهده ويقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشد، في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته. وأن يقدم صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء». والجدير بالذكر هنا أن المشرع الجزائري اكتفى بالنص على الحساب النهائي فقط، والذي يلزم الوصي بتقديمه بعد انتهاء مهمته وتسليم الأموال، ولم يذكر الحساب الذي يلزم الوصي بتقديمه بصفة دورية للتأكد من حسن إدارته وتسييره لأموال القاصر، وهو ما نصت عليه باقي التشريعات العربية⁽¹⁾، ومن الواجب على المشرع الجزائري الإقتداء بنظرائه العرب في هذه النقطة، ذلك أن هذا الحساب من شأنه إحكام الرقابة على الوصي بشكل قد يحول دون نماديه في إساءة إدارته للأموال، أو استغلالها لصالحه، بعكس الحساب النهائي الذي لا يكشف عن حقيقة الأمور إلا بعد انتهاء الوصاية، والتي يمكن أن تمتد لسنوات عديدة، تتعرض خلالها أموال القاصر للضياع أو النهب، كما أن الحساب الدوري يسمح للقاضي بممارسة سلطته في مجال تقويم وتصحيح تصرفات الوصي وتوجيهه إلى ما يخدم مصالح القاصر. فلقد يقرر في هذا الصدد الاستمرار في تجارة القاصر أو عدم الاستمرار فيها، وفقا لما يبيئه الحساب الدوري من تحقيق الربح أو تحقق الخسارة، وهنا يكون له إذا رأى وجوب ذلك عزل الوصي وتعيين غيره مكانه⁽²⁾.

وفي هذا الإطار نلاحظ أن المشرع المغربي فرض رقابة شديدة على الوصي والمقدم، وأعطى للقاضي سلطة واسعة في هذا المجال، فبعد أن نص على وجوب تقديمهما للحساب الدوري (السنوي) والحساب النهائي، فلقد نص على إلزامهما بالاستجابة لطلب القاضي المتضمن تقديم الحساب في أي وقت يراه هذا الأخير، وذلك للتأكد من حسن إدارة الأموال، بحيث نصت المادة 256 من مدونة الأسرة المغربية أنه: «على الوصي أو المقدم الاستجابة لطلب القاضي

(1) المادة 1/45-2 من قانون الولاية على المال المصري: «على الوصي أن يقدم حسابا مويدا بالمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل سنة، - ويعفى الوصي من تقديم الحساب السنوي إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة حنيه ما لم تر المحكمة غير ذلك»، والمادة 185 من قانون الأحوال الشخصية السوري: «على الوصي أن يقدم حسابا سنويا مويدا بالمستندات وفقا للأحكام المقررة في هذا القانون، - للقاضي أن يعفى الوصي من تقديم الحساب إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة ليرة سورية»، والمادة 1/255 من مدونة الأسرة المغربية: «يجب على الوصي والمقدم أن يقدم إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين، حسابا سنويا مويدا بجميع المستندات، على يد محاسبين يعينهما القاضي». (2) كمال حمدي - الولاية على المال ص 375.

المكلف بشؤون القاصرين في أي وقت للإدلاء بإيضاحات عن إدارة أموال المحجور أو تقديم حساب عنها»، كما أنه - وإحكام الرقابة عليهما - ألزمهما منذ ابتداء مهامهما بتدوين كل التصرفات التي يقومان بها باسم القاصر في كناش معد لهذا الغرض⁽¹⁾.
هذا ويلتزم بتقديم الحساب المذكور، كل من الوصي أو ورثته في حال وفاته، أو من ينوب عنه في حال فقدان أهليته، في مدة لا تتجاوز الشهرين من تاريخ انتهاء الوصاية وفقا للمادة 97 من قانون الأسرة الجزائري، وحددها المشرعان المصري والسوري ب30 يوما⁽²⁾، وجعلها المشرع المغربي خاضعة لتقدير القاضي وحده، على أن لا تتجاوز في كل الأحوال مدة ثلاثين (30) يوما وفقا للمادة 259 من مدونة الأسرة المغربية.
ويتسلم الحساب المذكور، كل من القاصر الذي بلغ سن الرشد، أو ورثته إذا توفي، أو من يخلف الوصي إذا تم استبداله، على أنه في كل هذه الحالات يلتزم الوصي بتقديم صورة عن الحساب للقاضي⁽³⁾.

ثالثا: إلزام الولي الشرعي بتقديم تقرير مفصل.

نص المشرع المغربي على إلزام الولي الشرعي - وهو الأب والأم وفقا للمادة 230 من مدونة الأسرة المغربية - عند انتهاء ولايته بتقديم تقرير مفصل⁽⁴⁾، يصادق عليه القاضي بعد فحصه والتحقق من سلامة المعطيات الواردة فيه، كما أنه ألزمه بتقديم تقرير سنوي⁽⁵⁾ كذلك عن إدارته لأموال القاصر.

(1) المادة 235 من مدونة الأسرة المغربية: «على الوصي أو المقدم أن يسجل في الكناش المشار إليه في المادة 250 أعلاه، كل التصرفات التي يقوم بها باسم محجوره مع تاريخها» .

(2) المادة 45 من قانون الولاية على المال المصري، والمادة 1/191-2 من قانون الأحوال الشخصية السوري، سبق ذكرهما .

(3) المادة 97 من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 1/191 من قانون الأحوال الشخصية السوري، سبق ذكرهما .

(4) المادة 242 من مدونة الأسرة المغربية: «يجب على الولي عند انتهاء مهمته في حالة وجود ملف النيابة الشرعية، إشعار القاضي المكلف بشؤون القاصرين بوضعية ومصير أموال المحجور في تقرير مفصل للمصادقة عليه» .

(5) المادة 1/243 من مدونة الأسرة المغربية: «في جميع الأحوال التي يفتح فيها ملف النيابة الشرعية، يقدم الولي تقريرا سنويا عن كيفية إدارته لأموال المحجور وتنميتها وعن العناية بتوجيهه وتكوينه» .

وإن كان هذا التقرير لا يسمو إلى درجة الحساب الذي يلزم الوصي بتقديمه، خاصة أن الحساب الذي يقدمه هذا الأخير يجب أن يتم على يد محاسنين يعينهما القاضي بنفسه⁽¹⁾، إلا أن إلزام الأب والأم بهذا التقرير المفصل، من شأنه أن تكون له نفس النتائج، من حيث أنه يجعل القاضي على علم بكل صغيرة وكبيرة تتعلق بذمة القاصر المالية، وكل دينار يدخل إليها أو يخرج منها، لكي يؤدي واجبه في الإشراف على الولاية وتقومها على أكمل وجه، ويتخذ في المقابل التدابير والإجراءات الملائمة لحماية مصالح الصغير⁽²⁾.

كما أن المشرع المصري نص في المادة 26 من قانون الولاية على المال المصري أنه: «تسري على الجدة الأحكام المقررة في هذا القانون في شأن الحساب»، وبذلك فإن الجدة كذلك ملزمة بتقديم حساب عن إدارته للأموال شأنه في ذلك شأن الوصي، كما أنه يمكن من جهة أخرى مطالبة الأب بتقديم الحساب، إذا رأت المحكمة ضرورة ذلك، بناء على تقصيره أو تعريضه مال القاصر للخطر⁽³⁾، ويمكن أن نستنتج ذلك من نص المادة 13 من قانون الولاية على المال المصري⁽⁴⁾، والتي تنص على إعفاء الأب من تقديم الحساب عن المال الذي تبرع به لابنه، مما يدل بمفهوم المخالفة أنه يجوز إلزامه بتقديم الحساب عن باقي الأموال.

هذا ومن الواجب على المشرع الجزائري الأخذ بهذا المبدأ وإخضاع الولي الشرعي كذلك لتقديم هذا التقرير، خاصة وأنه ساوى في كثير من الأحكام بين الولي الشرعي من جهة، وبين الوصي والمقدم من جهة أخرى.

(1) المادة 1/255 من مدونة الأسرة المغربية، سبق ذكرها.

(2) المادة 2/243 من مدونة الأسرة المغربية: «للمحكمة بعد تقديم هذا التقرير اتخاذ كل الإجراءات التي تراها ملائمة للمحافظة على أموال المحجور ومصالحه المادية والمعنوية».

(3) كمال صالح البنا- أحكام الولاية على المال ص 21-22.

(4) تنص أنه: «لا تسري القيود المنصوص عليها في هذا القانون على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان هذا التبرع أو مستترا ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال».

رابعا: إلزام القاصر بتقديم الحساب.

يوجب القانون على القاصر المأذون تقديم حساب مفصل عن أمواله، ليتأكد بموجبه القاضي من حسن استغلاله للإذن الممنوح له، وعلى ضوئه يقرّر ما يراه مناسبا من تدابير وإجراءات⁽¹⁾.

على أن هذا الحساب يجب أن يكون بصفة دورية، فهو حساب سنوي يتيح للقاضي الإشراف المباشر على القاصر المأذون، كما أنه يتيح له تقوم تصرفاته وذلك بالحدّ من الإذن إن رأى ذلك، أو سلبه منه تماما، إذا تأكد من عدم استعداده وقابليته لإدارة أمواله بشكل سليم⁽²⁾. ونلاحظ هنا توسعا في السلطات الممنوحة للقاضي في إطار إشرافه العام على الولاية المالية، فالقانون لم يكتفي بحاسبة النائب الشرعي عن أعماله، وإنما حمّل القاصر كذلك بهذا القيد، والحكمة منه حمايته من التصرفات غير السليمة، فيكون للقاضي بفضل هذا الحساب تقييم تصرفاته التي قام بها بموجب الإذن الممنوح له، ثم تقويم هذه التصرفات، والحديد بالمشرع الجزائري الأخذ بهذا المبدأ خدمة للقاصر، وحماية وصيانة لماله من تصرفاته غير السليمة.

خامسا: فحص الحساب والفصل فيه.

يطلع القاضي على الحساب المقدم من طرف النائب الشرعي عن القاصر ليتأكد من سلامة المعطيات الواردة فيه، من نفقات ومداخيل، وسائر التصرفات والعقود، ويقوم بذلك بنفسه أو

(1) المادة 58 من قانون الولاية على المال المصري: «على المأذون له في الإدارة أن يقدّم حسابا سنويا يؤخذ عند النظر فيه رأي الوصي، وللمحكمة أن تأمر بإبداع المتوفر من دخله إحدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف ولا يجوز له سحب شيء منه إلا بإذن منها»، وإن كان المشرع المصري لم يذكر هنا المأذون له بالتجارة فإن يخضع لنفس الحكم، أنظر كمال صالح البناء- أحكام الولاية على المال ص 51، والمادة 167 من قانون الأحوال الشخصية السوري: «على المأذون له بالإدارة أن يقدم للقاضي حسابا سنويا».

(2) المادة 59 من قانون الولاية على المال المصري: «إذا قصر المأذون له في الإدارة في تنفيذ ما قضت به المادة السابقة أو أساء التصرف في إدارته أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال في يده جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوي الشأن أن تحدد من الإذن أو تسلب القاصر إياه بعد سماع أقواله».

الفصل الثالث: رقابة القاضي اللاحقة على الأولياء على مال القاصر وعلى أعمالهم

بقاض ينتدبه لهذه المهمة⁽¹⁾، و يجب أن يكون الحساب مرفقا بالوثائق والمستندات المثبتة لما ورد فيه.

وبما أن قانون الأسرة الجزائري لم ينظم كيفية محاسبة الأوصياء، فإننا نلجأ إلى تطبيق القواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، في المواد 310 إلى 319 منه⁽²⁾، إذ تنص المادة 311 أنه: «يتضمن الحساب بيان الإيرادات والمصروفات الفعلية، ويختتم بموازنة تلك الإيرادات والمصروفات مع تخصيص باب للأموال المطلوب تحصيلها، ويرفق بالحساب جميع المستندات المؤيدة له، ويقوم الملزم بالحساب بتقديمه والموافقة عليه إما بشخصه أو بواسطة وكيل خاص في الأجل المحدد، ويبلغ طالبوا الحساب بالحضور في اليوم الذي يحدده القاضي المنتدب، ويكون هذا التبليغ إما لأشخاصهم أو في مواطنهم»⁽³⁾.

هذا ولا يصادق القاضي على الحساب المذكور إلا بعد الفحص والمراقبة الدقيقة، والمقارنة بين المصاريف والمداحيل، ويكون له اتخاذ ما يلزم من تدابير في سبيل ذلك، كاستدعاء أقارب القاصر لسماع أقوالهم، وكذلك كل شخص يرى فائدة من سماعه، ويتبع في ذلك طرق الإثبات المنصوص عليها قانونا⁽⁴⁾.

(1) المادة 310 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري: «إذا أمرت أية جهة قضائية بتقديم حساب، فإنها تندب قاضيا وتحدد أجلا لتقديم الحساب، ويقوم القاضي المنتدب بتحرير محضر بأعماله»، وانظر كمال حمدي- الولاية على المال ص 353-354.

(2) تنص المادة 319 أن: «مخاصمة المحاسبين الذين يندبون بمعرفة القضاء تكون أمام القاضي الذي ندبهم، ومخاصمة الأوصياء تكون أمام القاضي الذي قدم إليه طلب تعيين الوصي، أما المحاسبون الآخرون فتكون مخاصمتهم أمام قاضي المحكمة الكائن بدائرهما موطنهم».

(3) كما تنص على مبدأ تقديم الحساب للقاضي: المادة 45 من قانون الولاية على المال المصري، والمادة 1/191 من قانون الأحوال الشخصية السوري، والمواد 255 و259 من مدونة الأسرة المغربية، والمادة 97 من قانون الأسرة الجزائري، سبق ذكر هذه المواد القانونية.

(4) المادة 2/255-3 من مدونة الأسرة المغربية: «لا يصادق على هذه الحسابات إلا بعد فحصها ومراقبتها والتأكد من سلامتها، - وعند ملاحظته خلافا في الحسابات يتخذ الإجراءات الكفيلة بحماية حقوق المحجور»، وانظر كمال حمدي - الولاية على المال ص 356.

هذا وبعد فحص الحساب والتأكد مما جاء فيه، تكتمل الصورة لدى القاضي، ويتجلى لديه تصور واضح ودقيق حول ما للقاصر وما عليه في ذمته من أموال، وعلى ضوء ذلك يتخذ الإجراءات الكفيلة بإنصاف القاصر وحماية أمواله، أو الوفاء بالديون التي في ذمته، كما أنه يقرّر على ضوء هذا الحساب إما أن يكافئ الوصي وينصفه، وإما أن يعاقبه على سوء إدارته .

فإذا كان القاصر دائنا لوصيه، فإن المحكمة تتخذ ما يلزم لاستيفاء دينه، وفي هذا الإطار يشير د. كمال حمدي، أن للمحكمة عند تمادي الوصي وتقايسه عن أداء حقوق القاصر أن تقيم وصي خصومة، تكون مهمته مقاضاة الوصي للحصول على حقوق القاصر⁽¹⁾.

ولقد نص المشرع الجزائري على أنه في حالة عدم تقديم الحساب فإنه تحجز أموال الوصي في هذه الحالة وتباع ممتلكاته لاستيفاء الدين الذي في ذمته⁽²⁾، وهو ما ذهب إليه المشرع المغربي بحيث أتاح الحجز على أموال الوصي، أو فرض غرامة تهديدية عليه، من أجل استيفاء أموال القاصر⁽³⁾.

وبالمقابل فإنه إذا كان القاصر مديناً للوصي، فإن المحكمة تأذن لهذا الأخير بالحصول على مقدار دينه، كما أن للقاضي أن يوقف ولاية الوصي والمقدم أو يعزلها نهائياً، إذا تبين له ما يستوجب ذلك، على ضوء ما يبيّنه فحص الحساب⁽⁴⁾.

البيد الثالث: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون.

عند المقارنة بين ما جاء به الفقه الإسلامي، وما نصت عليه التشريعات العربية، نجد توافقاً كبيراً من حيث المبدأ، في مسألة تقديم الحساب، فلقد قال الفقهاء بأن يحاسب الوصي سنة بسنة، وأن يبيّن ما أنفقه وما جناه من أموال القاصر، وللقاضي أن يطلب التفسير والتفصيل

(1) كمال حمدي- الولاية على المال ص 374 .

(2) تنص المادة 312 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري: «على أنه إذا انقضى الأجل، فإنه يتقدّم على الملتزم بتقديم

الحساب بالحجز، وبيع ممتلكاته حتى استيفاء المبلغ الذي تحدده المحكمة» .

(3) المادة 1/270 من مدونة الأسرة المغربية: «يمكن طبقاً للقواعد العامة إجراء حجز تحفظي على أموال الوصي أو المقدم

، أو وضعها تحت الحراسة القضائية، أو فرض غرامة تهديدية عليه إذا لم يمثل لأحكام المادة 256 أعلاه، أو امتنع عن تقديم الحساب، أو إهداع ما بقي لديه من أموال المحجور، بعد توجيه إنذار إليه، يبقى دون مفعول داخل الأجل المحدّد له».

(4) كمال حمدي- الولاية على المال ص 374-376 .

ويلزم الوصي باليمين لإثبات ما يدّعيه، ويكون هذا الحساب مرفقاً بالوثائق والمستندات التي تثبتته، وأن القاضي إذا تهاون في محاسبة الوصي فإنه يتحمل تبعات ذلك، ويضمن مال القاصر إذا هو ضاع أو تلف، أما القانون فلقد حصر هذا الإجراء بالنسبة للوصي والمقدم فقط دون الولي الشرعي، مع الاستثناء الذي أورده المشرع المغربي فيما يخص إلزام الولي الشرعي بتقديم تقرير مفصل عن أموال القاصر .

فهناك إذاً توافق بين القانون والفقهاء الإسلاميين حول مبدأ محاسبة النائب الشرعي، وحول الشكل الذي يتم فيه ذلك، وإن كانت التشريعات العربية قد اشترطت إلى جانب الحساب النهائي، حساباً سنوياً كذلك، وهو ما نص عليه الفقهاء الحنفيين من وجوب محاسبة الوصي سنة بسنة، وعلى كل فإن إلزام النائب الشرعي بتقديم الحساب يكفل حماية أموال القاصر، خاصة في زماننا هذا مع تراجع الأمانة، كما أن فيه عدم تجهيل أمواله وضياعها.

الفروع القانونية، إلزام الأولياء بتسليم أموال القاصر.

البند الأول، إلزام الأولياء بتسليم أموال القاصر في الفقه الإسلامي.

يلزم على النائب الشرعي دفع المال للقاصر الذي بلغ الرشد لقوله تعالى: ﴿وَأَبْتَلُوا أَلِيَّتَمَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبُرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾⁽¹⁾، ولا اختلاف بين الفقهاء في مشروعية الإشهاد عند دفع المال، ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان هذا الإشهاد على وجه الندب والإجازة، أم على وجه الوجوب والإلزام :

القول الأول، وهو قول الحنفية⁽²⁾، فقالوا بأن الإشهاد مندوب وجائز، وليس بواجب لأن الولي أمين، يصدق إذا ادعى التسليم دون بينة.

(1) سورة النساء الآية 6 .

(2) أحكام القرآن للحصاص 49/2 ، وأنظر عبد السلام الرفعي - الولاية على المال ص 484 ، عبد الأحد ملا رجب -

أحكام اليتيم ص 551 .

القول الثاني: وهو قول المالكية⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾، فقالوا باشتراط الإشهاد عند دفع المال للقاصر، وأنه في حال التزاع لا يصدق الوصي بدون بيّنة، ولقد جاء في أحكام القرآن⁽³⁾:
"... وهو عند أمانة، فلو ضاع قبل قوله، فإذا قال دفعتم لم يقبل إلا بالإشهاد، لأن الضياع لا يمكن إقامة البيّنة عليه وقت ضياعه، فلا يكلف مالا سبيل إليه، والبيّنة يقدر أن يقيمها حال الدفع فتفرطه فيها موجب عليه الضمان".

والقول الرابع هو إلزام النائب الشرعي بالإشهاد عند دفع المال للقاصر، لأن الإشهاد يزيل التهمة عنه، ويعصّن مال القاصر من الضياع، كما أن ظاهر الآية يدل على وجوبه⁽⁴⁾.
ولقد جاء في التفسير الكبير⁽⁵⁾: «واعلم أن الأمة مجمعة على أن الوصي إذا دفع المال إلى اليتيم بعد صيرورته بالغاً، فإن الأولى والأحوط أن يُشهد عليه لوجوه، أحدها أن اليتيم إذا كان عليه بيّنة بقبض المال كان أبعد من أن يدعي ما ليس له، وثانيها، أن اليتيم إذا أقدم على الدعوى الكاذبة أقام الوصي الشهادة على أنه دفع ماله إليه، ثالثها، أن تظهر أمانة الوصي وبرائة ساحته، ونظيره أن النبي صلى الله عليه وسلم قال {من وجد لُقطة فليشهد ذوّي عدل ولا يكتم ولا يعقب}»⁽⁶⁾ فأمره بالإشهاد، لتظهر أمانته وتزول التهمة عنه، فثبت بما ذكرنا من الإجماع والمعقول أن الأحوط هو الإشهاد».

(1) الزرقاني شرح الزرقاني 203/8، ابن العربي - أحكام القرآن 327/1.

(2) الإمام الشافعي الأم 82/7.

(3) ابن العربي المرجع نفسه 327/1.

(4) عند السلام الرفعي - الولاية على المال ص 484، عبد الأحد ملا رجب - أحكام اليتيم ص 551.

(5) المحرر الرازي - التفسير الكبير 192/9.

(6) أخرجه أبو داوود في سننه - كتاب اللقطة، وصححه الألباني، أنظر صحيح سنن أبي داوود 477/1، والنص الكامل للحديث: {من وجد لُقطة فليشهد ذا عدل - أو ذوّي عدل -، ولا يكتم، ولا يعقب فإن وجد صاحبها، فليردها عليه، وإلا فهو مال الله عز وجل يؤتبه من يشاء}.

البند الثاني، إلزام الأولياء بتسليم أموال القاصر في القانون.

إذا كان القانون يفرض على الوصي والمقدم تقديم حساب مفصّل ومدعم بالمستندات عن أموال القاصر للقضاء عند انتهاء مهمتهما، فإنه من الطبيعي أن يلزمهما بتسليم هذه الأموال للقاصر الذي رشده، أو لورثته، أو لمن يخلفهما في ولاية المال، فإذا تعذّر ذلك على الوصي فإن ورثته أو من ينوب عنه يتكفّل بالتسليم، ويُشترط قانوناً أن يتم هذا التسليم بواسطة محضّر تودع نسخة منه لدى القاضي، وفقاً لما نص عليه المشرع المصري⁽¹⁾، أمّا المشرع الجزائري فلقد اشترط في حالة وفاة الوصي، أن يتكفّل ورثته بتسليم الأموال عن طريق القضاء⁽²⁾. هذا وفي حالة عدم تسليم الأموال في المدة القانونية⁽³⁾، فإنه يترتب على ذلك مسؤولية الوصي عن كل ضرر يلحق القاصر، كما أنّ بقاء المال في يد الوصي بعد رشده لا يترتب عليه أي أثر قانوني لصالحه⁽⁴⁾، أمّا إذا انتقل التزام تسليم الأموال إلى وارث الوصي في حال وفاة هذا الأخير، فإنه لا يعتبر مسؤولاً قانوناً إلاّ عن تعذّبه أو تقصيره في تسليم الأموال التي كانت في يد الوصي⁽⁵⁾.

(1) المادة 50 من قانون الولاية على أمال المصري: «على الوصي خلال الثلاثين يوماً التالية لانتهاء الوصاية أن يسلم الأموال التي في عهده محضّر إلى القاصر متى بلغ سن الرشد، أو إلى ورثته أو إلى الولي أو الوصي الموقت على حسب الأحوال، وعليه أن يودع قلم الكتاب في أعياد المذكور صورة عن الحساب ومحضّر تسليم الأموال»، والمادة 51 من نفس القانون: «إذا مات الوصي أو حصر عليه أو اعتم غائباً، التزم ورثته أو من ينوب عنه على حسب الأحوال تسليم أموال القاصر ومقدم الحساب»، والمادة 97 من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 1/191 من قانون الأحوال الشخصية السوري، سبق ذكرهما.

(2) المادة 3/97 من قانون الأسرة الجزائري: «وفي حالة وفاة الوصي أو فقده فعلى ورثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر».

(3) حدّدها المشرع الجزائري بموجب المادة 97 من قانون الأسرة بشهرين من تاريخ انتهاء الولاية، وحدّدها كل من المشرع المصري بموجب المادة 50 من قانون الولاية على المال، والمشرع السوري بموجب المادة 1/191 من قانون الأحوال السحيمي السوري، بثلاثين يوماً من ذلك.

(4) فلا يترتب على وضع اليد في هذه الحالة التقادم المكسب، لأنه لم يكن بنية الحيازة، أنظر القرار رقم 85520 الصادر في 24-11-1996 عن المحكمة العليا الجزائرية، المحلة القضائية لسنة 1996 عدد 2 ص 65.

(5) كعمال مباحثنا - أحكام الولاية على المال ص 44.

ولقد نص المشرع المغربي عن حوار الخبز التمهيلي على أموال الوصي، وتسليط غرامة تهديدية عليه في حال عدم تسليم الأموال⁽¹⁾، كما أن المشرع السوري نص على إحالة ملف الوصي في هذه الحالة إلى النيابة العامة بتهمة إساءة الائتمان⁽²⁾، وهذا في حين ذهب المشرع المصري إلى تسليط عقوبة جزائية تتضمن حبس الوصي المنتع عن تسليم الأموال لمدة سنة على الأكثر، بالإضافة إلى إمكانية تغريمه⁽³⁾.

هذا وإن كان النص على اشتراط تسليم أموال القاصر مقتصرًا على الوصي والمقدم فقط، فإن المشرع المصري بموجب المادة 25 من قانون الولاية على المال⁽⁴⁾، ذهب إلى إلزام الولي الشرعي أو ورثته بذلك أيضًا.

الوحدة الثالثة: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون.

نلاحظ أن هناك اتفاقًا بين الفقه والقانون على ضرورة التأكد من تسليم أموال القاصر، وإن كان القانون يشترط أن يتم ذلك بحضور موثق كما نص عليه المشرع المصري، أو أن يتم التسليم عن طريق القضاء كما نص عليه المشرع الجزائري في حالة وفاة الوصي، فإن هذه الإجراءات كفيلة بضمان تسليم الأموال للقاصر، أو ضمان حقّه في تسلّمها إذا رفض الوصي ذلك، كما رأينا أن الفقهاء اشترطوا وجوب الإشهاد على دفع المال من الوصي، وإلا لا يصدق في ادّعائه تسليم المال، وفي ذلك ضمانة كافية لحماية أمواله.

(1) المادة 270 من مدونة الأسرة المغربية، سبق ذكرها .

(2) المادة 192 من قانون الأحوال الشخصية السوري: «كل ومسي انتهت وصايته وامتنع دون عذر عن تسليم أموال القاصر لمن حل محله في الوصاية في الأداة المحددة في المادة السابقة، أحيلت قضيته إلى النيابة العامة بعد إنذاره بعشرة أيام لإقامة الدعوى عليه بإساءة الائتمان» .

(3) المادة 88 من قانون الولاية على المال المصري: «يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل وصي أو قيم أو وكيل انتهت نيابته إذا كان يقصد الإساءة قد امتنع على تسليم أموال القاصر أو المحجور عليه أو الغائب أو أوراقه لمن حل محله في الوصاية أو القوامة أو الوكالة وذلك ما لم ينص القانون على عقوبة أشد» .

(4) نص أنه: «على الولي أو ورثته رد أموال القاصر إليه عند بلوغه وبسأل هو وورثته عن قيمة ما تصرف فيه باعتبار القيمة وقت التصرف...» .

المطلب الثاني: قيام مسؤولية الأولياء وإبطال تصرفاتهم المنارة بمصالح القاصر.

الفرع الأول: قيام مسؤولية الأولياء المحببة والإمامه بالضمان (التعويض).

يلتزم النائب الشرعي بخدمة مصالح القاصر، من حيث حفظ أمواله وإدارتها وتنميتها، فإذا قصر في ذلك، أو تعدى وأساء القيام بواجبه، قامت مسؤوليته وفقاً لما يقتضيه الشرع والقانون. فما مدى هذه المسؤولية؟ وما هي الحالات التي تستوجب قيامها؟ وما هي الجزاءات المترتبة عنها في حال قيامها؟

البند الأول: قيام مسؤولية النائب الأولياء و الإمامه بالضمان في الفقه الإسلامي⁽¹⁾.

يتفق الفقهاء⁽²⁾ على أن النائب الشرعي عن القاصر أمين، والأمين لا يضمن إلا بتقصيره أو تعديه، وذلك سواء بالنسبة للولي الشرعي أو بالنسبة للوصي والمقدم، أو حتى الكفيل والحاضن عند القائلين بولايتهما، ومن ذلك أنه لا يملك التبرع بمال القاصر، أو البيع بغبن فاحش إذ يعتبر ذلك من قبيل التبرع وهو لا يملكه، كما لا يملك بيع العقار دون توفر موجبات بيعه، ففي كل

(1) يقابل مصطلح الضمان عند الفقهاء مصطلح التعويض في القوانين الرضعية، ولقد عرّفه الدكتور مصطفى أحمد الزرقا بأنه: "الاتزام تعويض مالي عن ضرر بالغير" أنظر مصطفى أحمد الزرقا - المدخل الفقهي العام 1032/2، وعرّفه د. محمد أحمد سراج بأنه: "شغل الذمة بحق مالي أو حب الشارع أداءه جبراً لضرورة لحق بالغير في ماله أو بدنه أو شعوره سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد أو شرط من شروطه أو بارتكاب فعل أو ترك حرمه الشارع ذاتاً ومالاً" أنظر محمد أحمد سراج - مسمان العاوان في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى 1989/1409 ص 59.

(2) الخفية: أنكاسي - بدائع الصنائع 42/6، 153/5-154، داماد أفندي - مجمع الأمر 725/2، ابن عابدين - حاشية رد المحتار على الدر المختار 707/6-710، المالكية: الزرقاني - شرح الزرقاني 200/8-203، الدسوقي - حاشية الدسوقي 299/3، الخطاط - مواهب الخليل 73/5، القرافي - الذخيرة 184/7، الوترسي - المعيار المغرب 418/9، 268/10، إبراهيم بن عبد الرقيب - معين الحكام 715/2-717، الشافعية: الشربيني - مغني المحتاج 176-175/2، الرملي - نهاية المحتاج 377/4 إلى 381، الشيرازي - المهذب 464/1، النووي - المجموع شرح المهذب 356/13، حواشي الشيرازي وابن القاسم العرادي 96/7، الحنابلة: موقن الدين وشمس الدين بن قدامي المقدسي - المغني وبله الشرح الكبير 519/4-522-530، المرادوي - الإنصاف 325/5-341-396.

الفصل الثالث: رقابة القاضي التابعة على الأولياء على مال القاصر وعلى أعماله

هذه الحالات ترد تبعاً، أو بصفة إضافية، وإن كانت الأمر في المصاحبة على أموال القاصر وغيرها من التصرفات التي تعتبر من قبيل المعاوضات، ونفس الأمر إذا أبرأ خصوم القاصر من الديون التي في ذمتهم، أو أسرف أو قتر في النفقة على الصغير، كما أن الوصي إذا دفع المال للقاصر قبل رشده وأدى ذلك لتلف المال، فإنه يتحمل المسؤولية ويضمن ما تلف.

البند الثاني: قيام مسؤولية النائب الشرعي في القانون⁽¹⁾.

اعتبر المشرع المصري الأب مسؤولاً عن خطئه الجسيم⁽²⁾ دون اليسير، وذلك لعدم إقامته لوفور شفقتة على صغيره، أمّا الوصي والجد فلقد أخضعهما لمسؤولية أكبر بحيث يُسألان عن الخطأ اليسير⁽³⁾ والجسيم معاً⁽⁴⁾، أي أنهما يخضعان لنفس الأحكام التي يخضع لها الوكيل

(1) المسؤولية المدنية: هي إلزام المدين بعبء الضرر الذي ترتب على إخلاله بالتزام يقع عليه، وهي إما تقصيرية أو عقدية، وتكون عقدية إذا كان مصدر الالتزام الذي تم الإخلال به هو العقد، وتكون تقصيرية إذا كان مصدر هذا الالتزام العمل غير المشروع، ومسؤولية النائب الشرعي عن القاصر في حال قيامها تكون تقصيرية إذ تركز على الإهمال أو الخطأ أو التقصير، ولقد نظم المشرع الجزائري أحكام المسؤولية التقصيرية تحت عنوان العمل المستحق للتعويض في المواد 124-140 من القانون المدني الجزائري، انظر بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، طعة 1999 الجزائر ص 8.

(2) " الخطأ الجسيم هو مسلك يتعد إلى حد كبير عن مسلك رب الأسرة الصالح في الظروف عينها، وهو مسلك يتم لدى فاعله إما عن الحماقة المفرطة، أو التهاون أو اللامبالاة تجاه الأخطار التي تنجم عنه، وهو بمقابل -رغم أنه لا يتضمن نية غير شريفة - بالتدليس لأنه يتم لدى فاعله عن خلف مغرط الخطورة"، انظر جوار كورنو- معجم المصطلحات القانونية، ترجمة مندوزور قاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1998/1418 ص 757.

(3) الخطأ اليسير أو البسيط هو: "مسلك إرادي أم لا، يتعد قليلاً عن المسلك الذي كان يمكن أن يتبعه رب الأسرة الصالح في الظروف عينها، مثل الرعاية غير الخطيرة في ذاتها، أو غلط طفيف في التقدير، ومثل المدين الذي لا يولي قضية الغير العناية التي يوليها لقضاياها الخاصة" جوار كورنو- المرجع نفسه ص 756.

(4) المادة 24 من قانون الولاية على المال المصري: «لا يسأل الأب إلا عن خطئه الجسيم أما الجد فيسأل مسؤولية الوصي»، والمادة 36 من نفس القانون: «يتسلم الوصي أموال القاصر ويقوم على رعايتها، وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذل من الوكيل المحور وفقاً لأحكام القانون المدني»، و المادة 86 من نفس القانون كذلك التي تنص أنه: «إذا أخل النائب بواجب من الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون كان مسؤولاً عما يلحق القاصر من ضرر بسبب ذلك وعلى كل حال يسأل مسؤولية الوكيل المحور»، وانظر كمال صالح البناء- أحكام الولاية على المال ص 20، وحسن كيرة - المدخل إلى القانون ص 602.

الفصل الثالث: رقابة القاضي اللاحقة على الأولياء على مال القاصر وعلى أعمالهم

المأجور، والوكيل المأجور ملزم ببذل عناية الرجل المعتاد⁽¹⁾، وهو نفس المنحى الذي أخذ به المشرعان المغربي والسوري، بحيث أخضعوا الوصي دون الولي الشرعي لمسؤولية الوكيل المأجور، أي أنه يسأل عن خطئه اليسير والجسيم معاً، وهذا حتى لو مارس وصايته دون أجر، كما أضاف المشرع المغربي إمكانية مساءلته جنائياً على إخلاله بالتزاماته⁽²⁾.

أما المشرع الجزائري فلقد نص في المادة 88 من قانون الأسرة على أن الولي ملزم بالتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص⁽³⁾، وهو بذلك يلزمه بأن يبذل أقصى درجات العناية في حماية الأموال، إذ يسأل عن الخطأ اليسير والجسيم معاً، ونفس الأمر بالنسبة للوصي، والمقدم⁽⁴⁾.

هذا وإذا ثبتت مسؤولية النائب الشرعي في إهماله وتقصيره أو تعديبه في إدارة الأموال، وتوفرت أركان هذه المسؤولية، من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، فإن ذلك يستتبع مباشرة إلزامه بالتعويض⁽⁵⁾، وهذا وفقاً للقاعدة العامة في إلزام كل من تسبب في ضرر للغير

(1) المادة 576 من القانون المدني الجزائري: «يجب دائماً على الوكيل أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي»، وتناولها المادة 2/704 من القانون المدني المصري، وانظر محمد أنور طلبة - الوسيط في القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الرابعة 1986، 894/2.

(2) المادة 1/193 من قانون الأحوال الشخصية السوري: «إذا أخل الوصي بواجب من الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون كان مسؤولاً عما يلحق القاصر من ضرر بسبب تقصيره وضامناً كالوكيل»، والمادة 257 من مدونة الأسرة المغربية: «يسأل الوصي أو المقدم عن الإخلال بالتزاماته في إدارة شؤون المحجور وتطبق عليه أحكام مسؤولية الوكيل بأجر ولو مارس مهمته بالجهل، ويمكن مساءلته جنائياً عند الاقتضاء».

(3) الرجل الحريص، أو رب الأسرة الصالح، هو النموذج الذي يستعمله رجال القانون للدلالة على العناية التي يبذلها الرجل العادي، والتمثلة في الحرص واليقظة في إدارة أموال الغير أو الانتفاع بها، أنظر جزار كورنو - معجم المصطلحات القانونية ص 822، أو هو: «الرجل العادي الحكيم المحترز الذي يدير شؤونه تديراً متوافقاً مع معطيات مجتمعه وعصره» ، أنظر أحمد زكي بدوي - معجم المصطلحات القانونية ص 109.

(4) المادة 98 من قانون الأسرة الجزائري: «يكون الوصي مسؤولاً عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره»، والمادة 100 من قانون الأسرة الجزائري: «يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام».

(5) إن قيام المسؤولية المدنية يكون نتيجة للإضرار بمصلحة خاصة، ولذلك فإن الجزاء المترتب عنها هو إلزام المسؤول بتعويض مساوي للضرر الذي سببه، كما أن ذلك يتوقف على طلب الطرف المتضرر، والذي يملك التنازل عن التعويض كذلك انظر محمد صبري السعدي - شرح القانون المدني الجزائري 126/2.

الفصل الثالث: رقابة القاضي اللاحقة على الأولياء على مال القاصر وعلى أعمالهم

بالتعويض⁽¹⁾، و يقوم القاضي بتقدير التعويض المناسب بحيث يشمل ذلك ما لحق القاصر من خسارة وما فاتته من كسب⁽²⁾، على أنه يسقط الحق في المطالبة بهذا التعويض وفقا للقواعد العامة بمرور خمسة عشر سنة من تاريخ وقوع الضرر⁽³⁾ .
ولقد نص المشرعان المصري والسوري⁽⁴⁾ على إمكانية فرض غرامة مالية على الوصي أو حرمانه من أجره إذا هو أحل بأحد واجباته، مع إمكانية منح هذه الغرامة للقاصر على وجه التعويض عما أصابه، وإن كان فرض هذه العقوبة لا يؤثر على قيام مسؤوليته المدنية وفقا لما ينص عليه القانون⁽⁵⁾ .

وبالمقابل فإن مسؤولية النائب الشرعي تنتفي: إذا أثبت أن حصول الضرر كان لسبب خارج عن إرادته، كأن يكون بسبب قوة قاهرة أو حادث فحائي، أو بفعل الغير، فالقاعدة أن ما لم يكن فيه تعدد أو تقصير من النائب الشرعي، انتفت مسؤوليته بشأنه كالوكيل تماما⁽⁶⁾ .

(1) المادة 124 من القانون المدني الجزائري: «كل فعل أبا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض» .

(2) المادة 1/182 من القانون المدني الجزائري: «إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق من خسارة وما فات من كسب، بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو التأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يترقاه ببذل جهد معقول»، وتقابلها المادة 221 من القانون المدني المصري .

(3) المادة 133 من القانون المدني الجزائري: «تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمسة عشر (15) سنة من يوم وقوع العمل الضار» .

(4) ونص المادة 84 من قانون الولاية على المال المصري أنه: «إذا قصر الوصي في الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون، أو وقع . سعيد 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 الإجراءات . ويجوز للمحكمة أن تمنح القاصر هذه الغرامة أو جزء منها ، - ويجوز إعفاء الوصي من الجزء المالي كله أو بعضه إذا نفذ الأمر الذي ترتب عليه الحكم أو قدم أعذارا تقبلها المحكمة» ، وتنص المادة 2/193 من قانون الأحوال الشخصية السوري أنه يجوز للقاضي أن يلزم الوصي الذي يخل بالواجبات المفروضة عليه بموحد الوصاية ، بتعويض للقاصر لا يتجاوز خمسمائة ليرة سورية وحرمانه من أجره كله أو بعضه وعزله ، أو بإحدى هذه العقوبات ، ويجوز له إعفاؤه من ذلك إذا تدارك ما قصر فيه .

(5) معوض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1647/3 .

(6) أنظر عبد السلام الرفعي - الولاية على المال ص 488 ، و أنظر محمد أنور طلبية - الوسيط في القانون المدني

البند الثالث: مقارنة بين الفقه والقانون.

اتَّفَق فقهاء الشريعة على اعتبار النائب الشرعي أميناً على مال القاصر، فلا يُسأل إلا إذا تعدّى أو قصر في أداء مهامه، وهنا يلزم بالضمان وتعويض القاصر عن الضرر الذي لحقه في ماله، أمّا القانون فلقد فرّق بين الولي الشرعي وبين الوصي والمقدم، فلم يعتبر الولي الشرعي مسؤولاً إلا إذا ارتكب خطأً جسيماً، بينما يُسأل الوصي والمقدم عن الخطأ البسيط والجسيم معاً، إذ يخضعان لأحكام الوكيل المأجور، وذلك زيادة في الاحتياط وتشديداً في الرقابة عليهما، كما نلاحظ اتفاقاً بين الفقه الإسلامي والقانون حول انعدام مسؤولية النائب الشرعي، إذا كان الضرر قد حصل بدون تعدّي أو تقصير منه، كأن يكون بسبب قوة فاهرة أو حادث فجائي، مثل أن تهلك المحاصيل الزراعية بسبب الظروف الجوية، أو تملك المواشي بسبب آفة مرضية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: قيام مسؤولية الأولياء الجزائية.

البند الأول: قيام مسؤولية الأولياء الجزائية في الفقه الإسلامي.

يُعتبر أكل مال اليتيم من مشاهات السرقة، وهو أن يأكل الوصي من مال اليتيم بغير المعروف، فيسرف في الإنفاق دون حاجته إلى ذلك، أو أن يضم أموال اليتيم إلى ماله ويدّعي أنها ملكه، ولقد وردت في هذا الشأن عدة آيات كريمة تحذّر من المساس بهذا المال المحرّم كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا﴾⁽²⁾، وقوله عزّ وجل: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتِيمِ ظُلْمًا إِنَّهُمْ يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾⁽³⁾.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ﴿اجتنبوا السبع الموبقات﴾، قال: يا رسول الله، وما هن؟ قال: ﴿الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي

(1) عبد السلام الرفعي أحكام الولاية على المال ص 488.

(2) سورة النساء الآية 2.

(3) سورة النساء الآية 10.

حرّم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتوّلي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات⁽¹⁾.

و إذا ثبت أكل النائب الشرعي من مال اليتيم دون وجه حق، فإنه يُلزم في هذه الحالة بإرجاع ما أخذه، دون أن يطبق عليه الحدّ بقطع يده لأنه لم يرد نص بالقطع هنا⁽²⁾، ولكن يعاقب بالتعزير والتأديب⁽³⁾.

البند الثاني: قيام مسؤولية الأولياء الجزائية في القانون⁽⁴⁾.

إلى جانب قيام مسؤولية النائب الشرعي المدنية والتزامه بالضمان وتعويض القاصر، فإنه يمكن مساءلته جزائياً، وهو ما صرّح به المشرّع المغربي في نص المادة 257 من مدونة الأسرة المغربية: «يسأل الوصي أو المقدم عن الإخلال بالتزاماته في إدارة شؤون المحجور، وتطبق عليه أحكام مسؤولية الوكيل بأجر، ولو مارس مهمته بالجهل، ويمكن مساءلته جنائياً عند الاقتضاء».

كما نص المشرّع المصري على إمكانية حبس الوصي إن هو امتنع بسوء النية عن تسليم أموال القاصر⁽⁵⁾، وفي هذه الحالة يعود الاختصاص لمحكمة الجنع وليس لمحكمة الأحوال

(1) أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب الوصايا باب قوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلُونَ سَعِيرًا﴾ ، أنظر صحيح البخاري 59/4 .

(2) كما لا يجوز قطع يد الأب في حال السرقة من مال ابنه، أنظر زين الدين بن أحمد بن رجب - تقرير القواعد ونحوها الفوائد ، تحقيق أبو عبيدة آل سلمان ، دار ابن عفاان الرياض، الطبعة الأولى 1998/1419 ، 116/3 .

(3) محمد زايد- ديوان الحنايات ، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة ، الطبعة الأولى 1982/1402 ، ص 123 .

(4) تقوم المسؤولية الجزائية على أن هناك ضرراً أصاب المجتمع ، أما المسؤولية المدنية فتقوم على أن هناك ضرراً أصاب الفرد، ويترتب على ذلك أن جراء المسؤولية الجزائية هو العقوبة، أما جراء المسؤولية المدنية فهو التعويض، كما أن الذي يطالب بالجزاء في المسؤولية الجزائية هو المجتمع ممثلاً في النيابة العامة، ولا يجوز التنازل أو الصلح فيها، أما المسؤولية المدنية فإن الذي يطالب بالجزاء هو الفرد، ولذلك يجوز التنازل والصلح عنها، انظر عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في القانون المدني 744/1، وانظر محمد صبري السعدي- شرح القانون المدني الجزائري 126/2 .

(5) المادة 88 من قانون الولاية على المال المصري: « يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل وصي أو قيم أو وكيل انتهت نيابته إذا كان بقصد الإساءة قد امتنع على تسليم أموال -

الشخصية⁽¹⁾.

هذا ويمكن مساءلة الوصي جزائيا كذلك بتكليف أفعاله وفقاً للجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات⁽²⁾ ويكون ذلك في الحالات الآتية:

أولاً- جريمة خيانة الأمانة: وذلك عند اختلاس أموال القاصر، إذ يعدّ الوصي هنا وكيلًا وفقاً لنص المادة 341 من قانون العقوبات المصري، والتي اعتبرت كلاً من الولي والوصي وكيلًا بحكم القانون، وبما أنّ عقد الوكالة هو من عقود الأمانة، فإنه في حال اختلاس المال ينطبق وصف جريمة خيانة الأمانة، وتطبّق على النائب الشرعي في حال توفر أركان الجريمة، عقوبة الحبس لمدة تصل إلى عامين، بالإضافة إلى إمكانية الحكم بغرامة قد تصل إلى 100 جنيه⁽³⁾. أمّا المشرع الجزائري فلقد نص بموجب المادة 380 من قانون العقوبات، على أنّ النائب الشرعي سواء الولي أو الوصي أو المقدم، يُعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة من 1000 إلى 15000 دج، إذا هو استغل ميل أو هووى القاصر الذي لم يتم 19 سنة، أو عدم خبرته ليختلس منه، أو يُبرئ نفسه من التزامات، أو أي تصرف آخر يشغل ذمة القاصر، كما نص على حواجز حرمانه من حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في المادة 14 من نفس القانون، ومنها الحكم بعدم أهليته مستقبلاً لأن يكون وصياً أو ناظراً، ما لم تكن الوصاية على أولاده .

ثانياً- جريمة النصب بانتحال الشخصية: ويكون ذلك في حالة ما إذا تم عزل الوصي، ولكنّه تظاهر بكونه مازال يمارس مهامه ليختلس الأموال، فتُكَيَّف هذه الحالة على أنّها جريمة نصب بانتحال صفة كاذبة، وفقاً للمادة 336 من قانون العقوبات المصري، وتكون العقوبة هنا بعامين حبساً⁽⁴⁾.

-القاصر أو المحرور عليه أو الغائب أو أوراؤه لمن حل محله في الوصاية أو القوامة أو الوكالة وذلك ما لم ينص القانون على عقوبة أشدّ .

(1) كمال صالح البنا- أحكام الولاية على المال ص 74 .

(2) كمال صالح البنا- المرجع نفسه ص 75 .

(3) فتوح عبد الله الشاذلي-- شرح قانون العقوبات ، طبعة 1996 دار المطبوعات الجامعية ، ص 1150-1158 .

(4) فتوح عبد الله الشاذلي -- المرجع نفسه ص 1081، كمال صالح البنا- المرجع نفسه ص 75 .

ثالثا- جريمة امتغالال ضعفه القاصر المأخوذون بالتجارة:

حيث يستغل الوصي القاصر ليحصل منه على سند بدين، وهو ما نصت عليه المادة 338 من قانون العقوبات المصري⁽¹⁾.

رابعا- جريمة إتلاف مال القاصر:

وذلك سواء كان الإتلاف جزئيا أو كليا، فإنه يُسأل عن جنحة الإتلاف وفقا للمادة 361 من قانون العقوبات المصري⁽²⁾.

ولقد نصّ المشرّع الجزائري في المادة 330 من قانون العقوبات، أنه يُمكن مساءلة الولي أبا كان أو أمّا، إذا تغلّى عن كافة التزاماته الأديبة أو المادية المترتبة على السلطة الأبوية، أو الوصاية القانونية وذلك بدون سبب جدّي، وتكون العقوبة في هذه الحالة بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 دج .

فوفقا لهذه المادة يمكن للقاضي أن يكيف أي إهمال أو تقصير من الأب والأم في رعاية شؤون أولادهما القصر، تكييفًا جنائيا ومعاقبتهم على ذلك.

(1) و نصّ أن: «كل من انتهز فرصة احتياج أو ضعف أو هوى نفس شخص لم يبلغ منه الحادية والعشرين سنة كاملة أو حكم بامتداد الوصاية عليه من الجهة ذات الاختصاص، وتغصّل منه إضرارا به على كتابة أو ختم سندات أو مخالصة متعلقة بإقراض أو اقتراض مبلغ من النقود أو شي. من المنقولات أو على تنازل عن أوراق تجارية أو غيرها من السندات الملزمة التمسكية به. أما كانت طريقة الاحتيال التي استعمالها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين، ويجوز أن يزداد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصري ، وإذا كان الخائن مأمورا بالولاية أو بالوصاية على الشخص المنذور فتكون العقوبة السجن من ثلاث سنين إلى سبع .»

(2) كمال صالح البنا - أحكام الولاية على المال ص 75 .

الفروع الثالث: إبطال تصرفاته الأولياء الضارة بمصالح القاصر .

البند الأول، إبطال التصرفات المجاوزة لحدود الولاية المالية.

إن الأساس الذي تقوم عليه الولاية، والنتيجة المباشرة لتصرفات النائب الشرعي في أموال القاصر هو انصراف أثرها إلى ذمة هذا الأخير، ولكن القاعدة الأساسية في الولاية على المال هي خدمة مصلحة القاصر وعدم الإضرار به، فتلک هي الحدود التي يجب أن يقف عندها النائب الشرعي، فإذا حدث وتجاوزها فإنه يفقد صفته، وينتج عن ذلك عدم انصراف آثار تصرفاته إلى ذمة القاصر⁽¹⁾.

الفقرة الأولى، إبطال التصرفات المجاوزة لحدود الولاية وفقاً.

وضع الفقهاء حدوداً لا يجوز للنائب الشرعي أن يتعداها، وإذا تصرف خارجها لا ينفذ تصرفه ويبطل إذا وقع، ويلزم بتعويض القاصر.

فلقد قال المنقبة⁽²⁾ أنه لا يجوز التبرع من مال القاصر لأنه ضرر محض، لقوله صلى الله عليه وسلم { لا ضرر ولا ضرار }⁽³⁾، فيعتبر ذلك خروجاً عن الولاية التي تتطلب حسن النظر، كما لا يجوز إقراض ماله لأن الإقراض إخراج المال في الحال فأشبه التبرع، ولا يصح البيع والشراء للقاصر بغين فاحش كذلك، كما لا يجوز الصلح على حقوقه إلا بقيمة المثل أو بغين يسير، فإذا حصل وتجاوز النائب الشرعي هذه الحدود وتصرف خارج نطاقها فإن آثارها لا تنصرف إلى ذمة القاصر، فلا تنفذ أصلاً، وإذا وقعت يتم فسخها وإبطالها، ويقع على النائب الشرعي إصلاح ما سببه من ضرر، إذ يلتزم بالتعويض .

(1) محكمة النقض المصرية طعن رقم 872 لسنة 51 (الأحوال الشخصية) جلسة 13-05-1982، أنظر معروض عبد

التواب- موسوعة الأحوال الشخصية 1535/3، وأنظر السنهوري- الوسيط 1/196 .

(2) الكاساني- بدائع الصنائع 153/5-154، 42/6، 118، الشيخ نظام- الفتاوى الهندية 286/2-287، ابن

عابدين- حاشية رد المحتار على الدر المختار 417/5، داماد أفندي- مجمع الأفر 725/2 .

(3) سبق تحريجه في ص 108 .

الفصل الثالث: رقابة القاضي اللاحقة على الأولياء على مال القاصر وعلى أعمالهم

وقال المالكية⁽¹⁾ أنه لا يهب النائب الشرعي مال القاصر أبداً، وإن كانوا أجازوا للأب أن يهب هبة الثواب، كما لا يجوز عندهم لكل من الوصي والقاضي بيع عقار القاصر إلا لضرورة أو مصلحة، وإذا تم تأجير العقار لمدة تزيد على بلوغه سن الرشد، فتنسخ الإجارة ويلزم النائب الشرعي بتعويض المستأجر، لأنه تصرف خارج حدود ولايته، كما لا يجوز له أن يصالح على حق القاصر بأقل من قيمته، وإلا يبطل صنحه ويعود القاصر على صاحب الحق، وإذا كان هذا الأخير معدماً يعود على النائب الشرعي، كما لا يجوز أن يرهن مال القاصر لمصلحة نفسه وإذا وقع ذلك يكون باطلاً، ولا يجازي في قسمة ماله وإلا ردّها القاضي.

كما أن الشافعية⁽²⁾ يمنعون كل تصرف لا يكون فيه حظ أو غبطة للقاصر، ومن ذلك التبرع بماله، وكذا إفراضة من دون ضرورة كحاجته إلى النفقة، كما لا يجوز عندهم لجميع الأولياء بيع عقار القاصر إلا لضرورة أو غبطة ظاهرة، وكذا رهن ماله، وتبطل عندهم الإجارة في الزائد عن مدة بلوغ الصغير.

والحنابلة⁽³⁾ لا يميزون بدورهم كل تصرف لا يكون فيه حظ للقاصر، وإذا وقع فهو باطل ويكون النائب الشرعي ملزماً بالضمان لإفراطه، ومن ذلك أنهم يمنعون بيع العقار دون غبطة أو ضرورة، ويشمل ذلك جميع الأولياء، كما لا يجوز عندهم رهن مال القاصر إلا عند من هو ثقة، وأن لا يكون ذلك إلا لضرورة.

وفي الأخير نقول أن الولاية منوطة بمصلحة القاصر في الفقه الإسلامي، فكل ما لا يخدم مصلحته يكون خارجاً عن نطاق هذه الولاية، لأنه يناقض الحكمة من تشريعها أساساً، وفي هذا الصدد فإن كل تصرفات الأولياء محكومة بهذه القاعدة، فحتى تصرفاتهم المطلقة كبيع

(1) الخطاب-مواهب الخليل 72/5 إلى 74، الإمام مالك المدونة الكبرى 418/3، 161/4-250-257،

الدسوقي حاشية الدسوقي 303-232/3، العسوي-بلغة السالك 131/2، القراني-الذخيرة 539/5-540،
الوشريسي المعيار المغرب 504-499/6.

(2) الشربيني-مغني المحتاج 356-349-175-122/2، الرملي-نهاية المحتاج 378-377/4، النووي-

المجموع شرح المذهب 354-347-346/13.

(3) موفّق الدين وشمس الدين بن قدامي المقدسي-المعني وبله الشرح الكبير 524-519-398/4، المرادوي-الإنصاف

. 331-325/5

الفصل الثالث: رقابة القاضي اللاحقة على الأولياء على مال القاصر وعلى أعماله

المقول، فإنه مقيد باشتراط أن لا يتم معين فاحش⁽¹⁾، كما يُقيد بيع العقار بالضرورة والمصلحة، والصلح والقسمة والرهن والإقراض والاقراض للقاصر، كلّها مقيدة بعدم الإضرار به، سواء كانت فيها محاباة أو تمت بغين فاحش، أو تم عقدها مع من ليس ثقة ولا تتوفر فيه الملاعة، وغيرها من القيود المشترطة في باقي التصرفات والتي تحذف كلّها لحماية القاصر، فهذه الحدود هي الكفيلة بتقويم تصرفات الأولياء إذا هم زاغوا عن إدارة وتسيير الأموال والتي هي أحسن، ويكون للقاضي عند تعديهم إبطال جميع تصرفاتهم وإلزامهم بتحمل المسؤولية والتعويض، وإن كان حكم القاضي بإبطال مثل هذه التصرفات، هو كاشف لبطالها وليس منشأً لهذا البطلان، إذ هي باطلة بمجرد خروجها عن حدود طلب المصلحة للقاصر .

الفقرة الثانية: إبطال التصرفات المجاوزة لحدود الولاية قانوناً.

من الشروط الواجب توفرها في النيابة قانوناً، التزام النائب بحدود نيابته في أي تصرف يبرمه⁽²⁾، فإذا حدث وتجاوزها لم ينصرف أثر التصرف إلى ذمة الأصيل وهو القاصر هنا، والولاية على المال نيابة قانونية⁽³⁾، توجب على الولي المالي الالتزام بالحدود التي رسمها القانون لنيابته وإلا فقد صفة⁽⁴⁾، ومن القيود التي فرضها القانون على تصرفات النائب الشرعي عن

(1) في حال البيع معين فاحش يكون للقاصر الذي بلغ المطالبة ببطلان العقد مع الحكم له بتعويض عن الضرر الذي لحق به ، أنظر مقال عواد: حكم ما إذا ادعى اليتيم أن بيع الوصي كان بغين فاحش، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، السنة الخامسة، العدد 18، 1414/1993، ص 212-213 .

(2) ويشترط في النيابة: حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل ، وإجراء النائب التصرف باسم الأصيل وحسابه ، والتزام النائب بحدود نيابته في إبرام التصرفات، وهو ما نصت عليه المواد 73 و74 و75 من القانون المدني الجزائري ، وانظر محمد صبري السعدي - شرح القانون المدني الجزائري ، /145، وأنظر السنهوري- الوسيط في القانون المدني 192/1 .
(3) عرفت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 1693 لسنة 57 جلسة 18-04-1994 الوصاية بأنها: " نوع من أنواع النيابة القانونية تخل بها إرادة الوصي محل إرادة القاصر مع انصراف الأثر القانوني إلى ذلك الأخير" ، أنظر معوض عبد التواب -- موسوعة الأحوال الشخصية 1518/3 .

(4) وهو ما نستنتجه مفهوم المخالفة من نص المادة 74 من القانون المدني الجزائري إذ نصت أنه: « إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل »، وهو ما نص عليه قرار محكمة النقض المصرية المورخ في 31 يناير سنة 1977 ، مجموعة أحكام النقض السنة 128 رقم 64 ص 310 ، انظر محمد صبري السعدي- المرجع نفسه 145/1 .

القاصر، إلزامه باستئذان القاضي في بعض التصرفات قبل إجرائها⁽¹⁾، فكيف يكون الحال إذا قام بها الولي دون استئذان القاضي؟

إن المشرع الجزائري لم ينص على ميسر التصرفات التي تتم بمخالفة طلب الإذن القضائي، إلا أن اجتهاد المحكمة العليا قد تصدى لذلك بموجب القرار 112773 الصادر في 31-01-1995⁽²⁾، والذي جاء فيه أن: "إجراء قسمة التركة مع وجود قاصر بين الورثة، تستدعي اللجوء إلى القضاء، وإلا اعتبرت القسمة باطلة"، فالقاعدة إذاً أن كل التصرفات التي تتم خارج حدود الولاية تقع باطلة، ولقد نص على نفس المبدأ القرار رقم 72353 المؤرخ في 10-04-1991⁽³⁾، بحيث قرّر بطلان عقود الإيجار التي تتم بدون استئذان المحكمة وجاء فيه: "حيث أن فضاة الموضوع أصابوا في تطبيق المادة 88 من قانون الأسرة، لأن المشرع أراد أن يحمي حقوق وأموال القاصر، وبالتالي فكل عقد إيجار متعلق بأموال القاصر، لا بد أن يوافق عليه القاضي المختص بهذا الشأن، وإلا أصبح عقداً مخالفاً للقانون، وهو عقد باطل، ولو ترتب على هذا البطلان أضرار، فيتحملها المتسبب في إبرام عقد الإيجار المخالف للقانون".

فهذا القرار بالإضافة إلى تقرير قاعدة بطلان كل العقود التي تتم دون استئذان القاضي، فلقد قرّر كذلك أن الضرر الذي يترتب على هذا البطلان لا يتحمّله القاصر، وإنما يتحمّله النائب الشرعي الذي أبرمه، لأنه تجاوز حدود نيابته فكان لزاماً عليه أن يتحمّل تبعات ذلك. هذا وتنص المادة 2/103 من القانون المدني الجزائري أنه⁽⁴⁾: «لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد»، فالقاصر في هذه

(1) المادة 88 من قانون الأسرة، والمادة 39 من قانون الولاية على المال المصري، والمادة 182 من قانون الأحوال الشخصية السوري، والمادة 271 من مدونة الأسرة المغربية.

(2) المحكمة العليا الجزائرية، قرار رقم 112773 الصادر في 31-01-1995، النشرة القضائية، عدد 52 سنة

1997 ص 181.

(3) المجلة القضائية لسنة 1993، العدد 3.

(4) تقابلها المادة 1/142 من القانون المدني المصري، وأنظر السهوري - الوسيط في القانون المدني 438/5.

الحالة لا يلزم إلا برد ما استفاده من منفعة بسبب هذا العقد الباطل، فإذا سُرِق الثمن الذي قبضه بموجب العقد الذي تم إبطاله، أو أضاعه فيما لا فائدة فيه، فإنه لا يلزم برده⁽¹⁾.
غير أن محكمة النقض المصرية أقرت مبدأ مخالفاً⁽²⁾، بحيث اعتبرت مثل هذه التصرفات التي تتم دون إذن القاضي تصرفات قابلة للإبطال (باطلة نسبياً) وليست باطلة مطلقاً، فإذا رأى القاضي مصلحة القاصر متحققة في مثل هذا التصرف، كان له أن يأذن به فيصبح العقد المبرم صحيحاً، إذ برتد الإذن بأثر رجعي إلى تاريخ إبرامه .
وأرى أن ما ذهب إليه محكمة النقض المصرية باعتبار مثل هذه التصرفات قابلة للإبطال، يعقّق مصلحة القاصر، من حيث أنه يحميه من جهة من الإجحاف والضرر الذي يمكن أن يلحقه في مثل هذه التصرفات التي تُبرّم دون الحصول على الإذن القضائي، بحيث يحفظ له الحق في إبطالها، كما أنه من جهة أخرى يرمي مصلحة في حال كان التصرف قد أبرم بحسن النية، وكان فيه من الفائدة للقاصر ما لا يجوز تفويته، وفي هذه الحالة تأذن به المحكمة بأثر رجعي كما قرّرت محكمة النقض المصرية، فيصبح عقداً صحيحاً وناظراً، وذلك أفضل من اعتباره عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً، إذ في هذه الحالة لا يمكن الإذن به بأثر رجعي، أو إجازته لأن العقد الباطل لا تلحقه الإجازة .
وفي الأخير نقول أن القانون يحفظ للتناصر حقّه في إبطال مثل هذه التصرفات ولو بعد بلوغه سن الرشد⁽³⁾.

المقارنة الثالثة: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون.

هناك اتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون حول بطلان التصرفات التي تتم خارج حدود صلاحيات النائب الشرعي، وعدم انصراف أثرها إلى ذمة القاصر، فالفقهاء اشترطوا عدم

(1) محمد صبري السعدي - شرح القانون المدني الجزائري 1/145-272 .

(2) محكمة النقض المصرية طعن رقم 2143 لسنة 52 (الأحوال الشخصية) جلسة 10-12-1986 ، أنظر معروض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 3/1536 .

(3) محكمة النقض المصرية طعن رقم 51 لسنة 49 جلسة 22-12-1989 ، أنظر معروض عبد التواب - المرجع نفسه 3/1517/3 .

الإضرار به. يمنع التبرع بماله، والبيع والشراء له بعين فاحش، وبيع عقاره دون ضرورة أو مصلحة ظاهرة، وعدم رهن ماله إلا عند ثقة أمين ذو ملاءة، وعدم الصلح على ماله إلا بقيمة المثل أو بعين يسير، وعدم تأجير عقاره لما يزيد عن فترة بلوغه الرشد، وعدم المحابة في قسمة ماله وغيرها من القيود، والقانون بدوره شمل معظم هذه التصرفات باشتراط إذن القاضي لإبرامها، ويكون مصير التصرفات التي تخرج عن الحدود المرسومة في الفقه والقانون، عدم النفاذ والبطالان لأنها تمت بدون ولاية صحيحة، لأن الولاية مناطها مصلحة القاصر، فإذا انعدمت مصلحته انعدمت الولاية كذلك، ويلتزم النائب الشرعي بتعويض القاصر عن الضرر الذي أصابه، كما يتحمل في ذمته مسؤولية الأضرار المترتبة عن تصرفاته التي أبرمها خارج حدود الولاية، كما رأينا أن محكمة النقض المصرية اعتبرت التصرفات التي تتم من دون الحصول على الإذن القضائي تصرفات قابلة للإبطال، يمكن تصحيحها بالإذن بها بعد وقوعها، فإن ذلك جائز في الفقه الإسلامي كذلك بحيث يمكن أن تلحقها الإجازة بعد ذلك وهو ما أشار إليه د. عبد السلام الرفعي⁽¹⁾.

البند الثاني: إبطال تصرفات القاصر لصالح الوصي وحقه في رفع الدعوى القضائية عليه .

إن الحماية التي يكفلها القانون للقاصر أثناء فترة الولاية المالية، تمتد حتى بعد انتهائها، إذ قد ينجر عن علاقته بالوصي أثناء مدة الوصاية، تأثير هذا الأخير على قراراته حتى بعد انتهاء مهمته وبلوغ القاصر الرشد، فيستغل ذلك الاستدراج لإبرام تصرفات مضرة به. فالبدء الذي ينص عليه القانون في هذه الحالة، هو إبطال مثل هذه التصرفات سواء كانت تعهداً أو مصالحاً أو إبراءً لصالح الوصي، ما دامت قد وقعت في فترة قصيرة من انتهاء الوصاية. فلقد نص المشرع السوري على إبطالها إذا تمت قبل الانتهاء من الفصل في الحساب⁽²⁾، أما المشرع المصري فلقد مدد هذه الحماية إلى سنة من تاريخ تقديم الحساب، وإن كان اعتبر مثل

(1) عبد السلام الرفعي - الولاية على المال وتطبيقاً ص 131 .

(2) المادة 194 من قانون الأحوال الشخصية السوري: «يقع باطلاً كل تعهد أو إبراء أو مصالحة يحصل عليها الوصي من القاصر الذي بلغ سن الرشد قبل الفصل ثانياً في الحساب» .

هذه التصرفات قابلة للإبطال فقط⁽¹⁾، إذ يتوقف ذلك على طلب القاصر⁽²⁾.
فإذا أبرم القاصر مثل هذه التصرفات تحت ضغط الوصي، أو لقلّة خبرته في المعاملات، فإن القانون يسمح له بإعادة النظر في ذلك، ويجنّب كل النتائج السلبية الناتجة عن ذلك⁽³⁾.
ويشير د. السنهوري⁽⁴⁾ هنا إلى أن اعتبار مثل هذه التصرفات قابلة للإبطال يرجع لأنها وقعت في مدة لا يُتصوّر معها زوال تأثير الوصي على القاصر، ولذلك أقام القانون قرينة على أن تصرفات القاصر في هذه المرحلة تتم تحت ضغط وإكراه الوصي، وهي قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس، فالإبطال لا يستند هنا إلى أهلية القاصر لأنه بلغ الرشد، ولكن يستند إلى عيب في الإرادة يتحمّل في الإكراه المفترض من الوصي عليه ليبرم مثل هذا التصرف.
هذا وبالإضافة إلى ذلك فإن القانون يحفظ للقاصر حقه في رفع الدعاوى القضائية على وصيه، وإن كان قد حدّد مدة معينة لتقادم مثل هذه الدعاوى في كل ما يتعلّق بأمر الوصاية والحسابات⁽⁵⁾، إلا أن الدعاوى الخاصة باسترجاع الأموال التي في حوزة الوصي تخضع

(1) العقد الباطل لا وجود له من الأساس فلا تلحقه الإجازة ولا يتقادم الدفع بهطلانه، أما العقد القابل للإبطال فهو عقد صحيح مرتب لآثاره، لكن يكون لأحد طرفيه الحق في إبطاله فإذا تنازل عن هذا الحق كانت إجازة منه للعقد بحيث يصبح صحيحاً نافذاً غير قابل للإبطال بعدها، كما أن الإجازة تسري بأثر رجعي منذ تاريخ انعقاده، وإذا لم يستعمل هذا الحق تسري عليه مدة التقادم ويسقط الحق في طلب إبطال العقد، أنظر السنهوري- الوسيط في القانون المدني 514/1- 515.

(2) المادة 52 من قانون الولاية على المال المصري: «يكون قابلاً للإبطال كل تعهد أو مخالصة تصدر لمصلحة الوصي ممن كان في وصايته وبلغ سن الرشد إذا صدرت المخالصة أو التعهد. خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب المشار إليه في المادة 45».

(3) كمال سماخ البيا - الولاية على المال ص 45.

(4) السنهوري: المرجع نفسه 533/5.

(5) المادة 53/أ من قانون الولاية على المال المصري: «كل دعوى للقاصر على وصيه أو للمحجور عليه على قيمة تكون متعلقة بأمر الوصاية أو القوامة تسقط بمضي خمس سنوات من تاريخ بلوغ القاصر رشيداً أو رفع الحجر أو موت القاصر أو المحجور عليه»، غير أنه إذا كانت الوصاية قد انتهت بالغرل أو الاستقالة أو الوفاة فلا يسري التقادم المذكور إلا من تاريخ تقديم الحساب وهو ما نصت عليه الفقرة (ب) من نفس المادة، والمادة 263 من مدونة الأسرة المغربية: «يحتفظ المحجور الذي بلغ سن الرشد أو رفع عنه الحجر، بحقه في رفع كل الدعاوى المتعلقة بالحسابات والتصرفات المضرة بمصالحه ضد الوصي أو المقدم وكل شخص كلف بذات الموضوع، - تقادم هذه الدعاوى بسنتين بعد بلوغه سن الرشد أو رفع الحجر عنه، إلا في حالة التزوير أو التدليس أو إخفاء الوثائق، فتقادم بسنة بعد العلم بذلك».

للقواعد العامة⁽¹⁾.

أما المشرع الجزائري فلم ينص على إبطال مثل هذه التصرفات، كما لم يحدّد مدة زمنية لتقادم الدعاوى القضائية التي يحق للقاصر أن يرفعها على وصيه، مما يعني أن ذلك يخضع للقواعد العامة، وفي هذا الإطار تنص المادة 90 من القانون المدني، المعدلة والمتممة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، على إمكانية إبطال العقد أو إنقاص التزامات الطرف المغبون فيه، والذي تم باستغلال طيش بين أو هوى جامع لديه فنصّت أنه: «إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبيّن أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامعاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يُبطل العقد أو يُنقص التزامات هذا المتعاقد، ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة، ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن».

فوفقا لذلك تكون كل العقود التي يبرمها القاصر بعد رشده بمدة قصيرة، تحت تأثير وصيه ولصالحه، قابلة للإبطال من طرف القاضي بناء على طلب القاصر الذي بلغ الرشد، وذلك في حدود سنة من تاريخ إبرام العقد المذكور، غير أنه يمكن للقاضي أن يقتّر بدل الإبطال إنقاص التزامات الطرف المغبون وهو القاصر.

أما بالنسبة للتصرفات التي أبرمها القاصر قبل رشده فإن القانون المدني نص على حقه في إبطالها خلال خمس سنوات من بلوغه سن الرشد⁽²⁾.

هذا ولقد نصت المادة 120 من القانون 778 لسنة 1957، على بطلان كل اتفاق بين الوصي والقاصر الذي رشده، وهذا في مدة سنة من تاريخ تقديم الحساب، كما يكون له

(1) وهو ما بيّنته المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال المصري، انظر كمال صالح البنا- الولاية على المال ص 46.

(2) وهو ما نصت عليه المادة 101 من القانون المدني الجزائري المعدلة والمتممة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو

2005: «يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات (5)، - ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب...».

الفصل الثالث: رقابة القاضي اللاحقة على الأولياء على مال القاصر وعلى أعماله

بموجب المادة 129 من نفس القانون، الحق في رفع الدعاوى على وصيه في مدة خمس سنوات من تاريخ تقديم الحساب⁽¹⁾.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقالوا بأنه يحق للقاصر الذي بلغ إبطال كل التصرفات التي لا تخدم مصلحته، كما لو تبرع الولي بماله، أو باع عقاره بدون سبب من الأسباب الموجبة لبيعه شرعا، وبالمقابل لا يكون له ذلك إذا تصرف الولي بما يخدم مصلحته⁽²⁾، كما يكون للقاصر حق إبطال إجارة نائبه الشرعي، أو الخيار بين إبطالها أو إمضاء ما بقي منها إذا أجر ماله لمدة طويلة تزيد على مدة بلوغه، وذلك إذا كان يعلم أنه سيلغ في أثنائها، لأنه لا ولاية له عليه بعد بلوغه، أما إذا لم يكن يعلم بذلك فإن تصرفه صحيح ماضٍ، لأنه تم بولاية صحيحة⁽³⁾.

(1) محمد حسنين- الوحيز في نظرية الحق ص 103 .

(2) أحمد الصاوي- بلغة السالك 132/2 .

(3) الشيخ نظام- الفتاوى الهندية 314/2 ، الفرائي- الذخيرة 540/5 ، الإمام مالك- المدونة الكبرى 418/3 ، الشريبي- مغني المحتاج 356/2 ، موفق الدين وشمس الدين بن قدامي المقدسي- المغني وبله الشرح الكبير 44-45 .

الفئة

وبناء على ما سبق ذكره، أمكننا وضع المقترحات والتوصيات التي يجدر بالمشروع الجزائري الأخذ بها وهي كالآتي:

1- النص على مبدأ الولاية على مال الحمل، لما فيه من حماية لمصالحه، ولعدم تعطيل المصالح المرتبطة بتلك الأموال.

2- النص صراحةً على إلزامية الولاية بالنسبة للولي الشرعي، وبالتالي عدم جواز التخلي أو التنازل عنها إلا لعذر معتبر، وعلى الشروط الواجب توفرها في كل من الأب والأم باعتبارهما أصحاب الولاية الشرعية.

3- النص على إلزام الأقارب والسلطات الإدارية، بإعلام القاضي أو النيابة العامة، عند شعور منصب النائب الشرعي، في ظرف وجيز من حدوث ذلك، وعدم ترك الأمر جوازياً فقط كما تنص عليه المادة 168 من قانون الأسرة .

4- النص على وجوب تقديم إحصاء بالأموال التي في ذمة القاصر، عند ابتداء الولاية أو بعد أيلولتها لذمة القاصر مباشرة.

5- النص على وجوب إيداع أموال القاصر في إحدى المؤسسات البنكية بمجرد تسلمها من النائب الشرعي، أو بعد وقت قصير من أيلولتها إلى ذمته، واشتراط إذن القاضي من أجل سحبها كذلك.

6- النص على اشتراط سن خمسة عشر (15) أو ثمانية عشر (18) سنة للإذن للقاصر في إدارة أمواله، بدل سن التمييز المقدرة بثلاثة عشر سنة (13) سنة فقط، لأنه لا يعقل أن يؤذن لمن كان عدم الأهلية بإدارة أمواله بمجرد بلوغه هذه السن.

7- النص على جواز فرض أجرة للوصي أو المقدم الذي يعمل على أموال القاصر.

- النص على كيفية تكوين مجلس العائلة، و الصلاحيات المخولة له، وكيفية عمله، والرقابة عليه .

8- النص على الأحكام التي يخضع لها المتصرف الخاص، وتحديد الصلاحيات التي يتمتع بها وكيفية الرقابة عليه .

9- النص على مبدأ وقف الولاية المالية، وتعيين الوصي الخاص، في الحالات التي يكون فيها المانع من ممارستها مؤقتاً.

- 10- النص على مبدأ تعيين مشرف على النائب الشرعي تتلخص مهامه في الرقابة والإشراف القريب على الولاية، دون أن يكون له حق إدارة الأموال.
- توضيح مفهوم المنقولات ذات الأهمية الخاصة، وذلك إما بتحديد قيمة معينة لها، أو بحصرها في أنواع محددة كالمحلات التجارية.
- 11- النص صراحة على منع التبرع بأموال القاصر مهما كان شكل التصرف، أو على الأقل إخضاع هذا التصرف الخطير، لرقابة القضاء المتمثلة في اشتراط الإذن القضائي، وكذا النص على اشتراط هذا الإذن لقبول التبرعات المحملة بالتزامات أو رفضها.
- 12- تعديل نص المادة 88 من قانون الأسرة، بالنص على إلزام النائب الشرعي باستئذان القاضي في بيع وقسمة ورهن جميع أموال القاصر، عقارات كانت أو منقولات، أو حقوقا مالية، وكذلك المصالحة عليها، والتحكيم بشأنها، وكذلك توجيه اليمين الحاسمة وردّها والنكول عنها، لأن كل ذلك يعتبر من قبيل الصلح كذلك .
- 13- النص على اشتراط إذن القاضي في التصرفات الآتية :
- التنازل عن حصص القاصر في الشركة، وكذلك في الاستمرار في تجارة آلت إليه .
- الإنفاق من مال القاصر .
- قبول الحوالة على القاصر، سواء حوالة الحق أو الدين، وكذلك الوفاء الإختياري بالتزاماته .
- رفع الدعاوى القضائية لصالح القاصر، والتنازل عنها وعن الطعون التي تخدم مصالحه.
- 14- إلزام النائب الشرعي بتقديم حساب سنوي عن أعماله، إضافة إلى الحساب النهائي.
- 15- إلزام القاصر المأذون له، بتقديم حساب سنوي مفصّل عن تعاملاته، لتقييمها وتقويمها.
- 16- إلزام كل من الولي الشرعي والوصي بتسليم أموال القاصر بعد رشده، بمحضر رسمي موثق، أو أن يتم ذلك تحت إشراف القاضي مباشرة.
- 17- النص على مبدأ إبطال تصرفات القاصر لصالح الوصي، إذا تمت في مدة قصيرة من انتهاء الوصاية، تفاديا للتأثير المحتمل لهذا الأخير على تصرفاته.
- 18- النص على الجزاءات المترتبة عن الإخلال بنظام الولاية المالية ، وهذا إضافة لقيام المسؤولية الجنائية .

الفهارس

جامعة الأمير علي
القادر للعلوم الإسلامية

1- فهرس الآيات :

الآية	رقمها	الصورة	الصفحة
﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا ﴾	2	النساء	205
﴿ وَأَرْزُقُوهُمْ فِيهَا... ﴾	5	النساء	-146-77 148
﴿ وَابْتَلُوا الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾	6	النساء	-77-75 -152 -153 197-154
﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ ظُلْمًا إِنَّهُمْ يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ﴾	10	النساء	205
﴿ وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾	58	النساء	5
﴿ فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾	59	النساء	21
﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ... ﴾	65	النساء	5
﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ... ﴾	105	النساء	5

5	النساء	135	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ﴾
45	النساء	141	﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾
51	المائدة	5	﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ﴾
5	المائدة	42	﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ﴾
5	المائدة	49	﴿وَإِنْ أَحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ..﴾
12	المائدة	51	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصْرَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾
51	المائدة	90	﴿إِنَّمَا الْحُمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ﴾
-109 186-177	الأنعام	152	﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾
51	التوبة	111	﴿إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَىٰ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنْ لَهُمُ الْجَنَّةُ﴾
9	التوبة	112	﴿الَّذِينَ يَمُرُّونَ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّاهُوتِ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾
2	الحجر	66	﴿وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ...﴾
51	الكهف	46	﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾

66	مرم	12	﴿وَأَتَيْنَهُ الْحُكْمَ صَبِيًّا﴾
67	مرم	29	﴿قَالُوا كَيْفَ نُكَلِّمُ مَنْ كَانَ فِي الْمَهْدِ صَبِيًّا﴾
2	طه	72	﴿فَاقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ﴾
2	الأحزاب	23	﴿فَمِنْهُمْ مَنْ قَضَىٰ نَحْبَهُ﴾
5	ص	26	﴿يَنْدَاوِرُدُّ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ﴾
2	فصلت	12	﴿فَقَضَيْنَهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾
10	الجن	15	﴿وَأَمَّا الْقَاسِطُونَ فَكَانُوا لِجَهَنَّمَ حَطَبًا﴾

2- فهرس الأحاديث،

الصفحة	طرفة الحديث
6	{ إذا حكم الحاكم فاجتهد... }
6	{ إن أحب الناس إلى الله يوم القيامة... }
10	{ إن الله مع القاضي ما لم يجز، فإذا جار تخلى عنه... }
6	{ إن المقسطين عند الله على منابر من نور... }
148-147	{ ألا من ولي يتيما له مال فليتجر فيه... }
6	{ سبعة يظلمهم الله تعالى في ظله... }
10	{ القضاة ثلاثة، قاضيان في النار وقاض في الجنة... }
51	{ كل المسلم على المسلم حرام... }
153	{ كل من مال يتيمك غير مسرف... }
7	{ كيف تقضي... }
11	{ لا حسد إلا في اثنتين... }
109	{ لا ضرر ولا ضرار... }
67	{ لا يتم بعد احتلام... }
7	{ اللهم اهد قلبه وثبت لسانه... }
13	{ لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة... }
7	{ ما من حَكَمٍ يحكم بين الناس... }
198	{ من وجد لُقطة فليشهد ذوي عدل... }
7	{ من ولي القضاء، أو جعل قاضيا... }

3- فهرس الآثار.

الصفحة	طرحه الأثر
147	عن عمر رضي الله عنه أنه قال: "ابتغوا في أموال..."
8	امتنع الشافعي رحمه الله عندما دعاه المأمون للقضاء
8	امتنع عن القضاء الإمام أبو حنيفة رحمه الله
45	أوصى عمر رضي الله لابنته حفصة
8	بعث عمر رضي الله عنه أبا موسى الأشعري إلى البصرة
8	بعث عمر رضي الله عنه شريحاً على قضاء الكوفة
8	بعث عمر رضي الله عنه كعب بن سوار إلى البصرة قاضياً
8	تقلد بعض الصحابة القضاء في خلافة معاوية
7	تولّى القضاء الخلفاء الراشدون القضاء
8	عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال "لأن أقضي يوماً..."
153	عن عائشة رضي الله عنها... أنها نزلت في مال اليتيم

4- فهرس الأعلام.

الصفحة	اسم العلم
61	أشهب
8	أبو بردة بن أبي موسى
157	البيهقي
52-8	الخصائص
45	حفصة
8	الحجاج بن يوسف
-84-82-70 111-101	أبو زهرة

53	السرخسي
8	سعيد بن جبير
61	أم سلمة
66	السيوطي
8	شريح
13	الصنعاني
156	عائشة
6	ابن عباس
7	علي ابن أبي طالب
150-45-8-7	عمر بن الخطاب
6	عمر بن العاص
10	ابن فرحون
61	ابن القاسم
8	الكرخي
8	كعب بن سوار
8	المأمون
8	ابن مسعود
7	معاذ بن جبل
8	معاوية
8	المنصور
8	أبو موسى الأشعري
13	النسائي
209-7-6	أبو هريرة
61	ابن وهب

5- فهرس المصادر والمراجع،

- القرآن الكريم.

- منتخب التفسير،

- الرازي (محمد) - تفسير الفخر الرازي المشتهر بالتفسير الكبير، دار الفكر بيروت، الطبعة الثالثة 1985/1405.

- الرازي الجصاص (أبو بكر أحمد) - أحكام القرآن ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دت. دط.

- ابن العربي - أحكام القرآن ، تحقيق علي محمد الجاوي ، دار الفكر بيروت، الطبعة الثالثة 1972/1392.

- منتخب الحديث والآثار ،

- ابن أنس (مالك) - الموطأ ، برواية أبي مصعب الزهري المدني ، حققه بشار عواد معروف ومحمود محمد خليل ، مؤسسة الرسالة، سوريا ، الطبعة الثانية 1993/1413 .

- الألباني (محمد ناصر الدين) - إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ، المكتب الإسلامي ، بيروت، الطبعة الثانية 1985/1405 .

- الألباني (محمد ناصر الدين) - صحيح سنن أبي داود، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع ، الرياض، الطبعة الأولى 1998/1419 .

- البخاري - صحيح البخاري، دار الفكر، بيروت، طبعة 1981/1401 .

- البنا (أحمد عبد الرحمان) - الفتح الرباني مع شرحه بلوغ الأمان ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، دت دط.

- ابن عبد البر - الاستذكار ، حققه عبد المعطي أمين قلعجي ، دار قتيبة للطباعة والنشر، دمشق ، الطبعة الأولى 1993/1414 .

- البيهقي - السنن الكبرى ، دار الفكر، دت دط.

- الترمذي (أبو عيسى محمد بن سورة) - سنن الترمذي ، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان ، طبعة 1995/1415 .

- الحاكم النيسابوري - المستدرک علی الصحیحین بذیلہ التلخیص للذهبي ، دار الكتاب العربي ، بيروت دت ، دط .
- ابن حنبل (أحمد) - المسند بهامشه منتخب كثر العمال في سنن الأقوال والأفعال ، بيروت ، دار الفكر ، دت . دط .
- الدارقطني (علي بن عمر) - سنن الدارقطني بذيله التعليق المغني على الدارقطني لأبي الطيب محمد آبادي ، عالم الكتب ، الطبعة الرابعة 1986/1406 .
- الزيلعي - نصب الراية لأحاديث الهداية ، دار الحديث القاهرة ، دت ، دط .
- ابن أبي شيبة (أبو بكر) - الكتاب المصنّف في الأحاديث والآثار الدار السلفية للطباعة والنشر ، الهند ، الطبعة الأولى 1981/1402 .
- الصنعاني - سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ، تحقيق إبراهيم عصر ، دار الحديث ، مصر - دت دط .
- الصنعاني (أبو بكر عبد الرزاق) - المصنّف ، تحقيق حبيب عبد الرحمان الأعظمي ، منشورات المجلس العلمي ، الهند ، طبعة 1970/1390 .
- العسقلاني (ابن حجر) - فتح الباري شرح صحيح البخاري ، دار السلام ، الرياض ، الطبعة الثالثة 2000/1421 .
- بن ماجه القزويني (محمد بن يزيد) - سنن ابن ماجه ، تحقيق وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الفكر ، دت دط .
- النسائي - سنن النسائي بشرح السيوطي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، دت دط .
- النووي - صحيح مسلم بشرح النووي ، دار الفكر ، طبعة 1983-1403 .

- المصادر الفقهية،

الفقه الحنفي،

- داماد أفندي - مجمع الأهر في شرح ملتقى الأبحر. دار إحياء التراث العربي، بيروت، دت. دط.

- الزيلعي - تبيين الحقائق شرح كثر الدقائق ، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة ، الطبعة الثانية دت.

- السرخسي - المبسوط، دار المعرفة ، بيروت، طبعة 1409هـ/1989م.

- السمرقندي - تحفة الفقهاء ، دار الكتب العلمية ، بيروت، الطبعة الثانية 1414هـ/1993م.

- ابن عابدين - حاشية رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، الطبعة الثانية،

1386هـ/1966م.

- الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية،

1402هـ/1982م.

- المرغيناني - الهداية شرح بداية المبتدي ، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1410/

1990 .

- الشيخ نظام ومجموعة من علماء الهند - الفتاوى الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة ، بمامشه

فتاوى قاضيخان والفتاوى البرازية ، دار الفكر للطباعة والنشر بيروت ، طبعة

1411/1991.

الفقه المالكي،

- الآبي (عبد السميع) - جواهر الإكليل شرح العلامة خليل في مذهب الإمام مالك، دار الفكر

، بيروت، دت دط.

- ابن حزيء - القوانين الفقهية ، نشره عبد الرحمان الشريف ومحمد الكتيبتونس طبعة

1344/1926.

- ابن فرحون - تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام ، خرّج أحاديثه وعلق عليه

وكتب حواشيه الشيخ جمال مرعشلي ، دار عالم الكتاب، الرياض طبعة 1423/2004.

- ابن عبد الرفيق (إبراهيم بن محمد) - معين الحكام على القضايا والأحكام ، تحقيق محمد قاسم بن عياد، دار الغرب الإسلامي، بيروت ، طبعة 1989.
- الدردير (أحمد) - الشرح الصغير على مختصر أقرب المسالك ، مؤسسة العصر، الجزائر ، طبعة 1992.
- الدسوقي (محمد عرفة) - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ، دار الفكر ، دت ، دط.
- الخطاب - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت ، الطبعة الثالثة 1992/1412 .
- الزرقاني - شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الفكر ، بيروت دت ، دط.
- الصاوي (أحمد) - بلغة السالك لأقرب المسالك لمنهج الإمام مالك. دار الفكر ، بيروت ، دت ، دط.
- الصعدي (علي) - حاشية العدوي ، دار المعرفة بيروت، دت، دط.
- القرطبي (ابن عبد البر) - الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الثانية 1413/5/1992 م .
- عليش (محمد أحمد) - شرح منح الجليل على مختصر خليل ، دار صادر، دت، دط.
- القراني (شهاب الدين) - الذخيرة ، تحقيق محمد بوخيزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت الطبعة الأولى 1999.
- الكافي (محمد بن يونس) - إحكام الأحكام على تحفة الحكام، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثالثة 1981.
- مالك ابن أنس - المدونة الكبرى ومعها مقدمات ابن رشد ، دار الفكر، الطبعة الثانية 1999/1413.
- المهدي الوزاني (أبو عيسى) - النوازل الجديدة الكبرى ، قابله وصحّحه على النسخة الأصلية عمر بن عباد ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية ، طبعة 1999/1420.
- ابن ميارة الفاسي (محمد بن أحمد) - شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام ، دار الفكر، بيروت ، دت. دط.

- الونشريسي (أحمد بن يحيى) - المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء افريقية والأندلس والمغرب ، دار الغرب الإسلامي، الطبعة ، بيروت الأولى 1401هـ/1981م .

الفقه الشافعي،

- الأردبيلي (يوسف) - الأنوار لأعمال الأبرار، مؤسسة الحلبي و شركاؤه للطباعة و النشر و التوزيع، القاهرة، طبعة 1390 هـ /1970م .

- البحريني (سليمان) - البحريني علي الخطيب ، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى 1417 هـ /1996م .

- الرملي - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج دار الفكر، بيروت، طبعة 1404/1984 .

- الشافعي (محمد بن إدريس) - الأم ، دار المعرفة ، لبنان ، دت دط .

- الشرييني (محمد الخطيب) - معني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، دار الفكر، دت . دط .

- الشيرازي - المهذب في فقه الإمام الشافعي ، دار الفكر دت، دط .

- حواشي الشرواني وابن القاسم العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج دار إحياء التراث العربي، دت، دط .

- الكوهجي (عبد الله) - زاد المحتاج بشرح المنهاج، راجعه عبد الله الأنصاري ، وزارة

الشؤون الدينية بدولة قطر، الطبعة الأولى، 1402هـ/1982م .

- النووي (أبو زكريا) - المجموع شرح المهذب ، دار الفكر، دت ، دط .

الفقه الحنبلي،

- ابن تيمية - الفتاوى الكبرى ومعه كتاب الإختيارات العلمية في إختيارات ابن تيمية ، لعلاء

الدين بن عباس البعلبي ، دار المعرفة ، بيروت، دت ، دط .

- ابن قدامي المقدسي (موفق الدين وشمس الدين) - المغني وبلية الشرح الكبير، دار الكتاب

العربي بيروت، طبعة 1403/1983 .

- الزركشي - شرح الزركشي على مختصر الخرقي ، تحقيق وتخريج عبد الله الجبرين ، مكتبة

العبيكان الرياض، الطبعة الأولى 1413/1993 .

- المرادوي (علاء الدين) - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، صححه وحققه محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1377هـ/1957م.

الكتب الفقهية والقانونية.

- بلحاج (العربي) - قانون الأسرة ، مبادئ الاجتهاد القضائي ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، طبعة 2000 .
- بلحاج (العربي) - النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، طبعة 1999 .
- البنا (كمال صالح) - أحكام الولاية على المال ، يتضمن التعليق على مواد قانون الولاية على المال ، عالم الكتب، القاهرة، طبعة 1982 .
- تناغو (سمير عبد السيد) - النظرية العامة للقانون منشأة المعارف، الإسكندرية ، طبعة 1984 .
- جعفرور (محمد السعيد) - التصرف الدائر بين النفع والضرر، دار هومة، الجزائر، طبعة 2002 .
- حسن فرج (توفيق) - المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق الدار الجامعية، مصر، الطبعة الثالثة 1993 .
- حسنين (محمد) - الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، طبعة 1985 .
- حسنين (محمد) - الوجيز في نظرية الإلتزام ، مصادر الإلتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ، طبعة 1983 .
- حمدي (كمال) - الولاية على المال ، الأحكام الموضوعية ، الإختصاص والإجراءا منشأة المعارف، الإسكندرية ، طبعة 1987 .

- الخصاص - شرح أدب القضاء، شرحه الإمام عمر بن عبد العزيز وحققه الشيخان أبو الوفاء الأفغاني، وأبو بكر محمد الهاشمي دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1994/1414 .
- خلاف (عبد الوهاب) - علم أصول الفقه، الزهراء للنشر والتوزيع- الجزائر، الطبعة الأولى 1990 .
- .. (الخليفي) ناصر علي ناصر - الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير في الفقه الإسلامي ، مطبعة المدني، مصر، الطبعة الأولى 1992/1419 .
- نخيري أحمد الكباش - الحماية الجنائية لحقوق الإنسان، رسالة دكتوراه نوقشت سنة 2001 بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية.
- دلاندة (يوسف) - قانون الأسرة مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار هومة، الجزائر ، طبعة 2004 .
- دلاندة (يوسف) - الوجيز في ضمانات المحاكمة العادلة، دار هومة-الجزائر، طبعة 2005 - ابن أبي الدم - أدب القضاء- تحقيق محمد مصطفى الزحيلي دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية 1982/1402 .
- راشد راشد، الأوراق التجارية الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر - طبعة 1999 .
- رستم باز اللباني (سليم) - شرح مجلة الأحكام العدلية دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة 1974م/1305هـ.
- الرفعي (عبد السلام) - الولاية على المال وتطبيقها في المذهب المالكي، إفريقيا الشرق- الدار البيضاء المملكة المغربية، طبعة 1996 .
- زايد (محمد) - ديوان الجنايات، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة - الطبعة الأولى 1982/1402 .
- الزحيلي (وهبة) - الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية 1985/1405 .

- الزيلعي - تبيين الحقائق شرح كثر الدقائق ، دار الكتاب الإسلامي - القاهرة ، الطبعة الثانية
د.ت.
- السنهوري (عبد الرزاق) - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، دار النهضة العربية ،
القاهرة ، د.ت. دط.
- الزرقا (مصطفى أحمد) - المدخل الفقهي العام ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، دار الفكر ،
دمشق ، طبعة 1968.
- أبو زهرة (محمد) - الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، الطبعة
الثالثة، 1957/1377.
- أبو زهرة (محمد) - الملكية ونظرية العقد - دار الفكر العربي القاهرة - طبعة 1977م.
- أبو زهرة (محمد) - الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي دار الفكر العربي ، القاهرة ، د.ت ،
دط.
- زيدان (عبد الكريم) - المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم - مؤسسة الرسالة - بيروت ،
الطبعة الثانية ، 1415هـ/1994.
- سراج (محمد أحمد) - ضمان العدوان في الفقه الإسلامي دار الثقافة للنشر والتوزيع ،
القاهرة ، الطبعة الأولى 1409/1989.
- سعد (نبيل إبراهيم) - المدخل إلى القانون ، دار النهضة العربية ، طبعة 1995
- السعدي (محمد صبري) - شرح القانون المدني الجزائري ، دار الهدى ، الجزائر ، الطبعة الثانية
2004.
- سليمان (علي علي) - ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات
الجامعية ، الجزائر ، طبعة 1992.
- السيوطي - الأشباه والنظائر - دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى
1411هـ/1990.
- الشاذلي (فتوح عبد الله) - شرح قانون العقوبات ، دار المطبوعات الجامعية ، طبعة 1996.
- الشباسي (إبراهيم) - الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري ، دار الكتاب اللبناني
بيروت ، د.ت. دط.

- الشربيني (محمود) - القضاء في الإسلام ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الثانية 1999 .
- الشرفاوي (جميل) - النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 1995 .
- الشرنباصي (رمضان علي السيد) - المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للطباعة والنشر - طبعة 2000م.
- شليبي (محمد مصطفى) - أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب الأربعة والمذهب الجعفري والقانون - دار النهضة العربية - بيروت ، الطبعة الثانية 1977/1397 .
- شليبي (محمد مصطفى) - المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي و قواعد الملكية والعقود فيه ، دار النهضة العربية، بيروت، طبعة 1985 .
- الصراف (عباس) و حزبون (جورج) - المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن ، الطبعة الثانية 1991 .
- طلبة (أنور) - الوسيط في القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الرابعة 1986 .
- الطماوي (سليمان) - السلطات الثلاث، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة السادسة 1996/1416 .
- عامر (عبد العزيز) - التعزيز في الشريعة الإسلامية دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الرابعة 1969 .
- عايش متولي (محمود) - ضمانات العدالة في القضاء الإسلامي دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 2003/1424 .
- علم الدين (محي الدين إسماعيل) - التأمينات العينية في القانون المصري والمقارن، الرهون والإمتيازات والإختصاص، دار النهضة العربية، بيروت، طبعة 1994 .
- أبو العينين (بدران) - الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية - دت. دط .
- فراج حسين (أحمد) - المدخل للفقه الإسلامي، تاريخ الفقه الإسلامي ، الملكية ونظرية العقد ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، الإسكندرية ، طبعة 2001 .

- القرضاوي (يوسف) - فقه الزكاة، مؤسسة الرسالة، بيروت ، الطبعة السادسة عشر 1406هـ/1986م.
- الكبيسي (محمود) - الصغير بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، إدارة إحياء التراث الإسلامي ، قطر - طبعة 1403هـ/1983م.
- كيرة (حسن) - الموجز في أحكام القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية - الطبعة الرابعة 1995.
- كيرة (حسن) - المدخل إلى القانون- منشأة المعارف، الإسكندرية ، الطبعة الخامسة 1974.
- أبو المعاطي (حافظ أبو الفتوح) - النظام العقابي الإسلامي التعاون للطبع والنشر ، طبعة 1986 .
- معوض (عبد التواب) - موسوعة الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية ، الطبعة السادسة 1995.
- مقفولجي (عبد العزيز) - الرشداء عديمي الأهلية ، ماجستير كلية الحقوق جامعة الجزائر العاصمة سنة 2003.
- ملا رجب (عبد الأحد) - أحكام اليتيم في الفقه الإسلامي دار الأطلس للنشر والتوزيع، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، طبعة 1413هـ/1992م .
- بن ملحة (الغوثي) - قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الطبعة الأولى 2005.
- الغرايبة (محمد حمد) - نظام القضاء في الإسلام ، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان ، الطبعة الأولى 2004/1424.
- نبيل إسماعيل عمر - أصول المرافعات الشرعية وعلم القضاء في المملكة العربية السعودية منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 1993.
- هاشم (محمود) - القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي و الأنظمة الوضعية، النشر العلمي و المطابع جامعة الملك سعود- الرياض، الطبعة الثانية 1420 / 1997.

- هلالي (أحمد حلال الدين) - قضاء النقض و التمييز في المواد المدنية والتجارية في التشريعين المصري والكويتي، مكتبة الفلاح، الكويت، طبعة 1986.
- وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية 1985/1405.
- واصل (نصر محمد) - السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، المكتبة التوفيقية، مصر. ، الطبعة الثانية 1982/1403
- ياسين (محمد نعيم) - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النفائس، الأردن، طبعة 1999.
- المعاجم والقواميس وكتب التراجع،
- ابن أثير - النهاية في غريب الحديث والأثر - تحقيق محمود محمد الطناحي، دار الفكر، مصر - دت. دط.
- الأسنوي (عبد الرحيم) - طبقات الشافعية، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، 1407هـ/1987م.
- الأنصاري (زكريا بن محمد) - الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، حقق نصه وقدم له د. مازن المبارك - دار الفكر المعاصر - ب يروت لبنان، الطبعة الأولى 1991/1411.
- أبو الحسين بن زكريا - معجم مقاييس اللغة تحقيق وضبط عبد السلام هارون، دار الفكر بيروت، طبعة 1979/1399.
- ابن خلكان - وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، حققه د. احسان عباس، دار صادر بيروت، دت، دط.
- بدوي (أحمد زكي) - معجم المصطلحات القانونية، دار الكتاب اللبناني، بيروت، طبعة 1989.
- الجرجاني (علي بن محمد) - التعريفات، ضبطه وفهرسه محمد بن عبد الحكيم القاضي، دار الكتاب اللبناني بيروت، ودار الكتاب المصري القاهرة، الطبعة الأولى 1991/1411.
- الرازي (محمد بن أبي بكر) - مختار الصحاح - راجعته وحققته لجنة من العلماء - دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت - طبعة 1981.
- الزركلي - الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة السابعة 1986.

- ابن سالم بن أبي الوفاء (محي الدين) - الجواهر المضية في طبقات الحنفية ، تحقيق د . عبد الفتاح محمد الحلو ، دار هجر للطباعة والنشر ، مصر ، الطبعة الثانية 1413 / 1993 .
- الفيروز آبادي - القاموس المحيط - دار الكتاب العربي - دت . دط .
- قلنجي (محمد رواس) وقنبي (حامد صادق) - معجم لغة الفقهاء دار الفنائس، بيروت ، الطبعة الثانية 1408 / 1988 .
- القنوي (قاسم) - أنيس الفقهاء في التعريفات المتداولة بين الفقهاء، تحقيق أحمد بن عبد الرحمان الكبيسي، دار الوفاء للطباعة والنشر، السعودية - الطبعة الثانية 1407 هـ / 1987 م .
- كورنو (جيرار) - معجم المصطلحات القانونية - ترجمة منصور قاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى 1418 / 1998 .
- مخلوف (محمد بن محمد) - شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، دت ، دط .
- ابن منظور - لسان العرب ، دار المعارف - طبعة محققة - القاهرة ، دت .
- النجار (إبراهيم) و بدوي (أحمد زكي) و شلالا (يوسف) - القاموس القانوني، مكتبة لبنان، بيروت، الطبعة السادسة 1998 .
- النكري (عبد النبي الأحمد) - موسوعة مصطلحات جامع العلماء ، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت - الطبعة الأولى دت .
- مجموعة من المؤلفين - المعجم الوسيط ، دار الفكر ، سوريا - دت . دط .
- جماعة من كبار اللغويين العرب - المعجم العربي الأساسي المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم - طبعة 1989 .

6- المقالات العلمية،

- د. نزيه حماد مقال بعنوان: استثمار أموال الأيتام- مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، مجلة علمية محكمة متخصصة في الفقه الإسلامي، صاحبها ورئيس تحريرها عبد الرحمان بن حسن النفيسة، الرياض المملكة العربية السعودية ، السنة السادسة العدد 24 ، 1995/1415، ص 14 .

- مقال بعنوان: حكم ما إذا باع الوصي عقار اليتيم من غير حاجة ولا ضرورة ،مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، السنة العاشرة، العدد 38 ، 1998/1915، ص 245 .

- مقال بعنوان: حكم ما إذا ادعى اليتيم أن يبيع الوصي كان بغين فاحش ،مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، السنة الخامسة، العدد 18 ، 1993/1414، ص 213-212 .

- إسماعيل باوي- مقال بعنوان : فصول في القضاء ، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، السنة الرابعة العدد الثامن 1987/1407 .

7- فصوص القروايات القضائية ،

الصفحة	المراجع	القرار
18	المجلة القضائية لسنة 1990 عدد 3 ص 154	قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 50548 الصادر في 1989/06/26
20	غير منشور، أنظر يوسف دلاندة - الوجيز في ضمانات المحاكمة العادلة ص 65	قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 29342
20	نشرة القضاة العدد 44 ص 111	قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 34185 الصادر في 1986-01-07
48	معرض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1520/3 .	قرار محكمة النقض المصرية، جلسة 22- 1972-03
49	معرض عبد التواب - موسوعة	قرار محكمة النقض المصرية رقم 1185

	الأحوال الشخصية 1485/3	لسنة 55 (الأحوال الشخصية) جلسة 1989-01-25
95	معض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1476/3	قرار محكمة النقض المصرية رقم 669 لسنة 42 قسم (الأحوال الشخصية) جلسة 14-03-1979
105	معض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1517/3	قرار محكمة النقض المصرية طعن رقم 51 لسنة 49 جلسة 22-12-1982
112	غير منشور، أنظر بلحاج العربي - قانون الأسرة ، مبادئ الإجتهد القضائي ص 156	قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 40651 المورخ في 24-02-1986
112	م ج 1968 ج 1 ص 151	قرار المحكمة العليا الجزائرية الصادر في 1967-03-29
114	معض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1487/3	قرار محكمة النقض المصرية رقم 975 لسنة 49 (الأحوال الشخصية)، جلسة 1980-05-19
144	المجلة القضائية لسنة 1992 ، العدد 2 ص 103	قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 68005 المورخ في 15-07-1990
114	معض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1485/3	قرار محكمة النقض المصرية رقم 50 لسنة 42 (الأحوال الشخصية) جلسة 31- 1977-01
119	المجلة القضائية لسنة 1991 ، عدد 2 ص 63	قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 51282 المورخ في 19-12-1988
119	المجلة القضائية لسنة 1995 عدد 1 ص 117	قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 84551 المورخ في 22-12-1992
119	المجلة القضائية لسنة 1989	قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 26598

	عدد 1 ص 37	المورخ في 19-01-1983 ،
124	غير منشور، أنظر بلحاج العربي- قانون الأسرة ، مبادئ الاجتهاد القضائي ص 156	قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 40651 المورخ في 24-02-1986
129	معوض عبد التواب -موسوعة الأحوال الشخصية 1519/3- 1533	قرار محكمة النقض المصرية رقم 275 لسنة 36(الأحوال الشخصية) جلسة 1971-02-16
137	المجلة القضائية لسنة 1993 عدد 3	قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 72353 الصادر في 10-04-1991
139	المجلة القضائية لسنة 1989 عدد 2 ، ص 81	قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 41470 الصادر في 30/06/1986
146	المجلة القضائية لسنة 1995 العدد الأول ص 177	قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 80160
158	المجلة القضائية العدد الثاني لسنة 1997 ، انظر دلاندة يوسف- قانون الأسرة مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ص 97	قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 167835 الصادر في 17-05- 1998
158	معوض عبد التواب -موسوعة الأحوال الشخصية 1493/3	قرار محكمة النقض المصرية رقم 145 لسنة 48 (الأحوال الشخصية) جلسة 1981-04-09
161	النشرة القضائية لسنة 1982 عدد خاص، ص 273	قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 26990 الصادر في 22-02-1982
161	معوض عبد التواب -موسوعة الأحوال الشخصية 1477/3	قرار محكمة النقض المصرية رقم 1573 لسنة 49 (الأحوال الشخصية) جلسة

		1983-03-24
175	معوض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية ص 1475/3	قرار محكمة النقض المصرية رقم 5 لسنة 40 ق (أحوال شخصية) جلسة 23- 1974-01
179	معوض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية ص 1505/3	قرار محكمة النقض المصرية رقم 34 لسنة 45 ، جلسة 26-12-1976
180	معوض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية ص 1520/3	قرار محكمة النقض المصرية جلسة 22- 1972-03
182	معوض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية ص 1520/3	قرار محكمة النقض المصرية جلسة 22- 1972-03
184	معوض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية ص 1520/3	قرار محكمة النقض المصرية جلسة 22- 1972-03 س 23 ص 46
188	معوض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية ص 1500/3	قرار محكمة النقض المصرية رقم 31 لسنة 44 (الأحوال الشخصية) جلسة 8- 1976-12
188	معوض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية ص 1482/3	قرار محكمة النقض المصرية رقم 516 لسنة 34 (الأحوال الشخصية) جلسة 31- 1968 - 12
199	المجلة القضائية لسنة 1996 عدد 2 ص 65	قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 85520 الصادر في 24-11-1996
209	معوض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية ص 1535/3 ، وأنظر السنهوري - الوسيط . 196/1	قرار محكمة النقض المصرية رقم 872 لسنة 51 (الأحوال الشخصية) جلسة 13-05-1982
211	معوض عبد التواب - موسوعة	قرار محكمة النقض المصرية رقم 1693

	الأحوال الشخصية 1518/3	لسنة 57 جلسة 18-04-1994
211	محمد صبري السعدي - شرح القانون المدني الجزائري 145/1	قرار محكمة النقض المصرية المؤرخ في 31 يناير سنة 1977 ، مجموعة أحكام النقض السنة 128 رقم 64 ص 310
212	النشرة القضائية ، عدد 52 سنة 1997 ص 181	قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 112773 الصادر في 31-01- 1995
212	المجلة القضائية لسنة 1993 ، العدد 3	قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 72353 المؤرخ في 10-04-1991
213	معوض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1536/3	قرار محكمة النقض المصرية رقم 2143 لسنة 52 (الأحوال الشخصية) جلسة 1986-12-10
213	معوض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية 1517/3	قرار محكمة النقض المصرية رقم 51 لسنة 49 جلسة 22-12-1989

8- النصوص القانونية،

- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري ، المعدل والمتمم بموجب القانون 09/05 المؤرخ في 4 مايو سنة 2005 .
- الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 م المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 .
- الأمر 04/82 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق 13 فيفري 1982 م المعدل والمتمم للأمر 156/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق 8 يونيو 1966 م المتضمن قانون العقوبات .
- الأمر 154/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق ل 8 أوت 1966 م المتضمن قانون الإجراءات المدنية .
- الأمر 59/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1385 هـ الموافق ل 26 ديسمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري ، المعدل والمتمم بموجب القانون 02/05 المؤرخ في 06 فبراير 2005 .
- القانون رقم 119 لسنة 1952 المتضمن قانون الولاية على المال المصري .
- المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر في 17 سبتمبر 1959 ، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.
- القانون رقم 57/342 المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المعدل والمتمم بموجب الأمر 03/70 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1424 هـ الموافق 03 فبراير 2004 م .
- المرسوم التنفيذي رقم 05-303 مؤرخ في 15 رجب عام 1426 الموافق 20 غشت سنة 2005 ، يتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء ويحدد كفايات سيرها وشروط الالتحاق بها ونظام الدراسة فيها وحقوق الطلبة القضاة وواجباتهم . الجريدة الرسمية عدد 58 .
- القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 21 رجب عام 1425 الموافق 6 سبتمبر سنة 2004 ، يتضمن القانون الأساسي للقضاء.

9 - فهرس الموضوعات:

الفصل الأول: ترجمة المفاهيم.

المبحث الأول: تعريف القضاء ومفهوم السلطة التقديرية للقاضي،

المطلب الأول: تعريف القضاء وبيان مشروعيته وشروطه:

- 01..... الفرع الأول: تعريف القضاء.
- 02..... البند الأول: تعريف القضاء لغة.
- 03..... البند الثاني: تعريف القضاء في الفقه الإسلامي.
- 04..... البند الثالث: تعريف القضاء في القانون.
- 05..... الفرع الثاني: مشروعية القضاء وحكمه.
- 05..... البند الأول: مشروعية القضاء.
- 05..... أولاً: مشروعية القضاء من كتاب الله.
- 06..... ثانياً: مشروعية القضاء من السنة النبوية الشريفة.
- 07..... ثالثاً: مشروعية القضاء من آثار الصحابة والتابعين.
- 08..... رابعاً: مشروعية القضاء من الإجماع.
- 09..... خامساً: مشروعية القضاء من المعقول.
- 11..... البند الثاني: حكم القضاء.
- 12..... الفرع الثالث: شروط تولي القضاء.
- 12..... البند الأول: شروط القاضي في الفقه الإسلامي.
- 14..... البند الثاني: شروط القاضي في القانون.
- 18..... المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي.
- 18..... الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي في القانون.
- 18..... البند الأول: السلطة التقديرية للقاضي المدني.
- 19..... البند الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الجزائي.
- 20..... الفرع الثاني: سلطة القاضي التقديرية في الشريعة الإسلامية.

- 22.....المبحث الثاني، مفهوم الولاية على المال
- 22.....المطلب الأول، تعريف الولاية على المال وبيان أسبابها
- 22.....الفرع الأول، تعريف الولاية على المال
- 23.....البند الأول، التعريف التفصيلي
- 24.....البند الثاني، التعريف القانوني
- 25.....البند الثالث، نقد ومقارنة التعريفات
- 26.....الفرع الثاني، أسباب الولاية على المال
- 27.....البند الأول، الصغر لسبب من أسباب الولاية على المال
- 31.....البند الثاني، الولاية على المال بسبب عوارض الأهلية
- 31.....أولا- الجنون والعتة
- 32.....ثانيا - السفه والعمالة
- 35.....البند الثالث، الولاية على المال بسبب موانع الأهلية
- 35.....أولا - الغيبة
- 36.....ثانيا - العاهة المزحوجة
- 37.....ثالثا - العقوبة الجنائية
- 37.....البند الرابع، الولاية على المال بسبب عوارض أخرى
- 38.....أولا - مرض الموت
- 38.....ثانيا - المديونية
- 40.....المطلب الثاني، ترتيب الأولياء على المال وشروطهم وخصيصة انتماء الولاية
- 40.....الفرع الأول، ترتيب الأولياء على مال القاصر
- 40.....البند الأول، ترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي
- 41.....أولا- الحنفية

- 41..... ثانيا- المالكية
- 42..... ثالثا- الشافعية
- 43..... رابعا- الحنابلة
- 44..... البند الثاني: ترتيب الأولياء في القانون
- 45..... الفرع الثاني: شروط الأولياء على مال القاصر
- 45..... البند الأول: شروط الأولياء في الفقه الإسلامي
- 47..... البند الثاني: شروط الأولياء في القانون
- 49..... الفرع الثالث: إنتهاء الولاية المالية
- 51..... المبحث الثالث: مفهوم أموال القاصر
- 51..... المطلب الأول: مفهوم المال
- 51..... الفرع الأول: تعريفه المال
- 51..... البند الأول: المال في الفقه الإسلامي
- 55..... البند الثاني: المال في القانون
- 56..... البند الثالث: مقارنة بين التعريفين التقني والقانوني للمال
- 57..... الفرع الثاني: تقسيمات الأموال
- 57..... البند الأول: تقسيم المال إلى متقوم وغير متقوم
- 59..... البند الثاني: تقسيم المال إلى عقار ومنقول
- 62..... البند الثالث: تقسيم المال إلى قيمى ومثلى
- 64..... البند الرابع: تقسيم المال إلى استملاحي واستعمالى
- 65..... البند الخامس: تقسيم المال إلى عام وخاص
- 66..... المطلب الثاني: مفهوم القاصر
- 66..... الفرع الأول: تعريفه القاصر
- 66..... البند الأول: تعريفه القاصر لغة

- 67.....البند الثاني : تعريفه القاصر في القانون
- 67.....البند الثالث : تعريفه القاصر في الفقه الإسلامي
- 70.....الفرع الثاني : الإذن للقاصر (ترشيده)
- 70.....البند الأول: تعريفه الإذن
- 71.....البند الثاني: إجراءات ترشيده القاصر في القانون
- 75.....البند الثالث: حكم الإذن للقاصر
- الفصل الثاني: رقابة القاضي السابقة على الأولياء على مال القاصر
وعلى أعمالهم.....
- 80.....
- 81.....المبحث الأول: سلطة القاضي في تثبيته وتعيين الأولياء
- 81.....المطلب الأول: سلطة القاضي في تثبيته الوصي المختار وتعيين المقدم
- 81.....الفرع الأول: تثبيته الوصي المختار
- 81.....البند الأول: الحق في اختيار الوصي
- 81.....البند الثاني: تثبيته الوصي المختار
- 83.....
- 84.....أولا - التأخذ من صحة الوصاية شكلاً
- 85.....ثانياً - التأخذ من توفر الشروط في الوصي وخلوه من الموانع
- 88.....الفرع الثاني: تعيين المقدم (وصي القاضي)
- 89.....البند الأول: حالة حصول فراغ في منصب الوصي المالي
- 91.....البند الثاني: حالة احتلال شرط من شروط الولاية
- 92.....البند الثالث: حالة حصول احتلال في الولاية عند تعدد الأوصياء
- 94.....المطلب الثاني: تعيين الوصي الخاص والوصي المؤقت
- 94.....الفرع الأول: تعيين الوصي الخاص
- 98.....الفرع الثاني: تعيين الوصي المؤقت
- 100.....المطلب الثالث: تعيين وصي الخصومة والمخرفه

- 100.....الفرع الأول: تعيين وصي النجومة.....
- 102.....الفرع الثاني: تعيين المشرف.....
- 102.....البند الأول: تعيين المشرف في الفقه الإسلامي.....
- 103.....البند الثاني: تعيين المشرف في القانون.....
- 104.....البند الثالث: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون.....
- المبحث الثاني: التصرفات المفترضة بالإذن القضائي في القانون وما يقابلها في الفقه الإسلامي.....
- 105.....
- 107.....المطلب الأول: سلطة القاضي في الإذن بأعمال التصرف.....
- 107.....الفرع الأول: التبريح بأموال القاصر.....
- 107.....البند الأول: التبريح بأموال القاصر في القانون.....
- 109.....البند الثاني: التبريح بأموال القاصر في الفقه الإسلامي.....
- 111.....البند الثالث: مقارنة بين الفقه والقانون.....
- 112.....الفرع الثاني: بيع عقار القاصر.....
- 112.....البند الأول: بيع عقار القاصر في القانون.....
- 115.....البند الثاني: بيع عقار القاصر في الفقه الإسلامي.....
- 117.....البند الثالث: مقارنة بين الفقه والقانون.....
- 118.....الفرع الثالث: قسمة عقار القاصر.....
- 118.....البند الأول: قسمة عقار القاصر في القانون.....
- 121.....البند الثاني: قسمة عقار القاصر في الفقه الإسلامي.....
- 122.....البند الثالث: مقارنة بين الفقه والقانون.....
- 123.....الفرع الرابع: رهن عقار القاصر.....
- 123.....البند الأول: رهن عقار القاصر في القانون.....
- 126.....البند الثاني: رهن عقار القاصر في الفقه الإسلامي.....
- 128.....البند الثالث: مقارنة بين الفقه والقانون.....

- 129..... الفرع الخامس: المصالحة على أموال القاصر
- 129..... البند الأول: المصالحة على أموال القاصر في القانون
- 131..... البند الثاني: المصالحة على أموال القاصر في الفقه الإسلامي
- 132..... البند الثالث: مقارنة بين الفقه والقانون
- 133..... المطالب الثاني: سلطة القاضي في الإذن بأعمال الإدارة
- 133..... الفرع الأول: بيع منقولاته القاصر
- 133..... البند الأول: بيع منقولاته القاصر في القانون
- 134..... البند الثاني: بيع منقولاته القاصر في الفقه الإسلامي
- 135..... البند الثالث: مقارنة بين الفقه والقانون
- 136..... الفرع الثاني: إيجار أموال القاصر
- 136..... البند الأول: إيجار أموال القاصر في القانون
- 139..... البند الثاني: إيجار أموال القاصر في الفقه الإسلامي
- 140..... البند الثالث: مقارنة بين الفقه والقانون
- 141..... الفرع الثالث: إقراض أموال القاصر والإقتراض له
- 141..... البند الأول: في القانون
- 142..... البند الثاني: في الفقه الإسلامي
- 144..... البند الثالث: مقارنة بين الفقه والقانون
- 145..... الفرع الرابع: استثمار أموال القاصر والمصاحمة بها في الشرحة
- 145..... البند الأول: في القانون
- 146..... البند الثاني: في الفقه الإسلامي
- 148..... البند الثالث: مقارنة بين الفقه والقانون
- 149..... الفرع الخامس: الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقته
- 149..... البند الأول: في القانون
- 151..... البند الثاني: في الفقه الإسلامي

- 154.....البند الثالث، مقارنة بين الفقه والقانون.
الفرع السادس، قبول الحوالة على القاصر وأداء ديونه والتزاماته الاختيارية.
- 155.....البند الأول، في القانون.
- 156.....البند الثاني، في الفقه الإسلامي.
- 157.....البند الثالث، مقارنة بين الفقه والقانون.
- 158.....الفرع السابع، رفع الدعوى القضائية لسالغ القاصر والتنازل عنها.
- 158.....البند الأول، في القانون.
- 160.....البند الثاني، الفقه الإسلامي.
- 160.....البند الثالث، مقارنة بين الفقه والقانون.
- 161.....الفرع الثامن، قبول التبرعات ورفضها.
- 161.....البند الأول، قبول التبرعات ورفضها في القانون.
- 163.....البند الثاني، قبول التبرعات ورفضها في الفقه الإسلامي.
- 163.....البند الثالث، مقارنة بين الفقه والقانون.
- 164.....الفرع التاسع، إيداع أموال القاصر في المؤسسات المالية وسحبها.
- الفصل الثالث: رقابة القاضي اللاحقة على الأولياء على مال القاصر
وعلى أعمالهم.....
- 167.....البند الأول، سلطة القاضي في وقف الأولياء وإعفائهم والحد من ولايتهم وعزلهم.....
- 168.....المطلب الأول، سلطة القاضي في وقف الأولياء وإعفائهم من الولاية.....
- 168.....الفرع الأول، سلطة القاضي في وقف الأولياء.....
- 168.....البند الأول، في الفقه الإسلامي.....
- 170.....البند الثاني، في القانون.....
- 172.....البند الثالث، مقارنة بين الفقه والقانون.....
- 172.....الفرع الثاني، سلطة القاضي في الإعفاء من الولاية والوصاية.....

- 172.....البند الأول، في الفقه الإسلامي.
- 174.....البند الثاني، في القانون.
- 175.....البند الثالث، مقارنة بين الفقه والقانون.
- 176.....المطلب الثاني، سلطة القاضي في العد من الولاية وعزل الأولياء.
- 176.....الفرع الأول، في الفقه الإسلامي.
- 178.....الفرع الثاني، في القانون.
- 178.....البند الأول، العد من الولاية والعزل منها بسبب تعريض مال القاصر للخطر.
- 180.....البند الثاني، عزل الوصي لغياب أحد الشروط أو قيام أحد الموانع.
- 184.....الفرع الثالث، مقارنة بين الفقه والقانون.
- المبحث الثاني، سلطة القاضي في محاسبة الأولياء وإبطال تصرفاتهم
- 185.....الضارة بالقاصر.
- 185.....المطلب الأول، محاسبة الأولياء وإلزامهم تسليم أموال القاصر.
- 185.....الفرع الأول، وجوب تقديم الحسابات.
- 185.....البند الأول، في الفقه الإسلامي.
- 187.....البند الثاني، في القانون.
- 187.....أولا، إلزام النائب الشرعي بتقديم قائمة بأموال القاصر.
- 190.....ثانيا، إلزام الوصي والمقدم بتقديم الحساب.
- 192.....ثالثا، إلزام الولي الشرعي بتقديم تقرير مفصل.
- 194.....رابعا، إلزام القاصر بتقديم الحساب.
- 194.....خامسا، فحص الحساب والفصل فيه.
- 196.....البند الثالث، مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون.
- 197.....الفرع الثاني، إلزام الأولياء بتسليم أموال القاصر.
- 197.....البند الأول، في الفقه الإسلامي.
- 199.....البند الثاني، في القانون.

200.....	البند الثالث، مقارنة بين الفقه والقانون
201.....	المطلب الثاني، قيام مسؤولية النواجب الشرعيين وإبطال تصرفاتهم الضارة بمصالح القاصر
201.....	الفرع الأول، قيام مسؤولية الأولياء المدنية وإلزامهم بالتعويض
201.....	البند الأول، في الفقه الإسلامي
202.....	البند الثاني، في القانون
205.....	البند الثالث، مقارنة بين الفقه والقانون
205.....	الفرع الثاني، قيام مسؤولية الأولياء الجزائية
205.....	البند الأول، في الفقه الإسلامي
206.....	البند الثاني، في القانون
209.....	الفرع الثالث، إبطال التصرفات الضارة بمصالح القاصر
209.....	البند الأول، إبطال التصرفات المجاوزة لحدود الولاية المالية
209.....	الفقرة الأولى، إبطال التصرفات المجاوزة لحدود الولاية فقهاً
211.....	الفقرة الثانية، إبطال التصرفات المجاوزة لحدود الولاية قانوناً
213.....	الفقرة الثالثة، مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون
214.....	البند الثاني، إبطال تصرفات القاصر لصالح الوصي وحقه في رفع الدعاوى القضائية عليه
218.....	الغائمة
222.....	الفهارس
223.....	فهرس الآيات
226.....	فهرس الأحاديث
227.....	فهرس الآثار
227.....	فهرس الأعلام
229.....	فهرس المصادر والمراجع

241.....	فهرس المقالات العلمية.....
241.....	فهرس الأحكام والقرارات القضائية.....
246.....	فهرس النصوص القانونية.....
247.....	فهرس الموضوعات.....

الأستاذ الدكتور
عبد القادر القادر للعلوم الإسلامية