

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم: الحقوق.

ميدان: الحقوق و العلوم السياسية

فرع: الحقوق

تخصص: قانون أسرة



رقم: .....

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

إعداد الطالبين:

عيسى قريشي - حمزة مراد

بعنوان

# الحجر بين الشريعة والقانون الجزائري

لجنة المناقشة:

رئيسا

جامعة المسيلة

د.

مشرفا و مقررا

جامعة المسيلة

د. حمزة خضري

مناقشا

جامعة المسيلة

د.

السنة الجامعية: 2020-2021.



# شكر وعرفان

قال تعالى: ﴿وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ﴾ هود الآية: 88  
الحمد لله والصلاة والسلام على خير خلقه محمد -صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ-

إِنَّ مِنْ بَابِ الشُّكْرِ أَنْ يَكُونَ أَوَّلُهُ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ

الذي وفقنا لإتمام هذه الدراسة، ويسر لنا ما استعصى علينا

وسخر لنا من يرشدنا حين تفرقت بنا السُّبُل

كما نتوجه بجزيل الشكر والامتنان لأستاذنا المشرف

الدكتور: خضري حمزة

لإشرافه على هذا العمل وعلى توجيهاته ونصائحه السديدة



مقدمة





## مقدمة

الحمد لله رب العلمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وأصحابه ومن والاه، وبعد:

إن الهدف من سن القوانين هو وضع إطار شرعي للعلاقات بين الأفراد يبين حقوق كل شخص والتزاماته فإذا زاغ الشخص عن هذا الإطار تحركت آلة الحماية ممثلة في السلطة القضائية التي عهد لها حل النزاعات المختلفة، ومن الأشخاص الذين حضوا بعناية التشريع هم فئات عديمي الأهلية وناقصيها، فيما يتعلق بالمعاملات المالية التي يقوم بها هؤلاء ولما لها من أهمية، فالمال ضرورة يحتاجها الإنسان في كافة شؤون حياته، لذا يسعى لحمايته والدفاع عنه من الضياع والتلف والاستغلال، فالناس يتفاوتون في قدراتهم على حسن التصرف وإدارة الأموال وحمايتها فمنهم من كمل عقله فاستطاع أن يدير أموره بنفسه، ومنهم من انعدم عقله وتمييزه فلا يستطيع إدارة أمواله بنفسه.

لذا كان الحجر من القضايا التي شرعت للحفاظ على أموال الناس من الضياع، حيث أن الناس يتفاوتون في التصرفات، كذلك وفقا لتفاوتهم في القدرة العقلية، كحسن التصرف وإدارة الأموال، فمنهم من يحسن التصرف، وهو الشخص البالغ العاقل الرشيد، ومنهم من لا يحسن التصرف، كالمجنون كالمعتوه ونحوهما، ومنهم من تصرفه وجو قصور، كالصبي، أو في تصرفه إضاعة لمال الغير، كالمفلس والمدين المماطل، سواء أكان شخصا طبيعيا أو اعتباريا كالشركات كالمؤسسات ونحوهما، ومنهم من يضر بتصرفه العامة.

كما أن شريعتنا الإسلامية الغراء تميزت باهتمامها بمسألة "الحجر"، والحجر: هو منع الإنسان من التصرف في ماله أو منع من نفاذ تصرفه القولي، وهو أمر مشروع عند وجود سبب من أسبابه، لقوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قيما)



الآية<sup>1</sup>. فحرم الله عز وجل علينا تمكين السفهاء من الأموال؛ لأنهم لا يحسنون التصرف فيها، وإذا تصرف السفهاء في أموالهم بذروا وأسرفوا، فالآية توضح مدى عناية شرعنا الحنيف للمحجور عليه حتى لا يضيع ماله ويذهب سدى بغير نفع. ومن أسباب الحجر ودوافعه ما يعود إلى مصلحة المحجور عليه؛ كالجنون والسفه والصغر، ومنها ما هو عائد إلى حفظ مصلحة الغير كالحجر على المدين المفلس ومريض مرض الموت، ومنها ما هو عائد إلى تحقيق المصالح العامة كالحجر على الطبيب الجاهل، أو الحجر على مال الزوجة لمصلحة الزوج وغير ذلك. بالإضافة إلى أن هناك آثاراً تترتب على الحجر من منظور الفقه الإسلامي؛ كأثر الحجر على المدين المفلس، وأثر الحجر على المريض مرض الموت، وأثر الحجر على الزوجة وهكذا، وفي النهاية قد توصل البحث إلى نتائج مهمة منها: أن الراجح من أقوال الفقهاء عدم الحجر على المرأة لمصلحة الزوج، وهذا ما تؤيده عموميات الشريعة وعدالة الإسلام والنظر إلى المصالح المشتركة، ومنها أن الحجر على المدين المفلس يحقق مصلحة عظيمة، مصلحة للدائن ومصلحة للمدين، إلى غير ذلك من نتائج.

<sup>1</sup> سورة النساء: الآية: 5



## أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تظهر الأهمية البالغة التي يكتسبها قطاع المنازعات داخل المنظومة الإدارية لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ودوره في حماية الرصيد الحبسي، واستمرارا للجهود المبذولة من أجل الرفع من مستوى هذا القطاع وتحسين أدائه، وتجاوز الثغرات التي تعترضه، تحرص الوزارة على تتبع التطورات التي تعرفها ملفات المنازعات الوقفية بمختلف أنواعها ومراحلها، بالتنسيق مع الجهات التي لها ارتباط بمنازعات الأوقاف، من خلال تكوين قاعدة معطيات عن الملفات الرائجة أمام المحاكم وتزويد النظارات والمحامين الموكلين للدفاع عن الأوقاف بالدفعوعات القانونية المناسبة، لتقوية جانب الأوقاف في الدعاوى الرائجة، ومتابعة تنفيذ الأحكام النهائية وتتبع مآلها أمام محكمة النقض.

كما تتبع أهمية هذا الموضوع أنه يعالج ظاهرة تبديد الأموال و تضييعها و الاعتداء المعتمد عليه، نتيجة عجز وضعف عديمي الأهلية و ناقصيها عن حمايته بنفسه، خاصة أن المال مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية، وكون الحجر إجراء يمكن أن يحد من أهلية الشخص و يمنعه من استعمال أحد حقوقه الأساسية الهامة في الحياة اليومية وهي حق التصرف في أمواله لذلك فإن دراسة هذا الموضوع ستمكن من معرفة الحجر القضائي ومدى تأثيره على أهلية الأشخاص.

## الأهداف المتوخاة من هذه الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى:

- التعرف على حقيقة الحجر في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.
- بيان مشروعية الحجر وحكمة تشريعه فقها وقانونا.
- ذكر أنواع الحجر والمحجور عليهم في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.



- بيان الآثار المترتبة على المحجور عليه من حيث تصرفاته المالية والقلوية.
- تعميق المفاهيم والمقاصد المتعلقة بهذا الموضوع.
- إثراء المكتبة بمرجع حول الحجر كدراسة تتماشى مع مجموع القوانين.

### صعوبات البحث:

لإنجاز هذا البحث واجهتنا بعض الصعوبات التي كانت عائقا أمامنا من بينها ضيق الوقت لإكمال الدراسة، بالإضافة إلى درجة المراجع المتخصصة التي تناولت موضوع الحجر بالرغم من كثرتها في مجال الحجر بصفة عامة كما لا ننسى تشابك الأحكام بين الشريعة والقانون الجزائري.

### إشكالية الموضوع:

- على ضوء ما تقدم يمكن أن نبور إشكالية دراستنا في التساؤلات التالية:
  - ما هو الحجر في التشريع الإسلامي وما الدليل على مشروعيته؟ ما هو الحجر في القانون الجزائري؟
  - ما أنواع الحجر ومن هم المحجور عليهم؟
  - ما الحكمة في مشروعية الحجر فقها وقانونا؟
  - ما هي الآثار المترتبة على المحجور عليه من حيث تصرفاته المالية والقلوية؟
- فهذه بعض الأسئلة التي سوف يجيب عنها البحث.

### منهج البحث:

وللإجابة عن هذا الإشكال سيكون موضوعنا الحجر في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، متبعين بذلك المنهج الاستقرائي التحليلي، بحيث يكون هناك استقراء



وتتبع لكل المسائل التي سوف ترد في البحث ومن ثم تتلوها مرحلة البحث والتمحيص والتحليل والتدقيق والاستدلال للأقوال والقوانين الصادرة حول الموضوع.

### خطة الدراسة:

وللإحاطة بجوانب الموضوع تم تقسيم هذا البحث إلى فصلين: الفصل الأول عنوانه بماهية الحجر حيث قسم إلى ثلاثة مباحث المبحث الأول: تعريف الحجر وبيان دليل مشروعيته والحكمة من تشريعه. أما المبحث الثاني: أقسام الحجر وأنواعه، أما المبحث الثالث: الآثار المتعلقة بالحجر.

في حين الفصل الثاني عنوانه بـ: الأحكام المتعلقة بالحجر. وفيه ثلاثة مباحث كالتالي: المبحث الأول تناولنا فيه إجراءات توقيع الحجر، أما المبحث الثاني فتناولنا فيه الحكم بالحجر في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، وأخيرا المبحث الثالث تطرقنا فيه آثار توقيع الحجر وانقاضه.

الخاتمة: وفيها أهم النتائج التي تمخضت عن البحث ثم أهم المصادر والمراجع.

الفصل الأول

# ماهية الحجر



**المبحث الأول: تعريف الحجر وبيان دليل مشروعيته والحكمة من تشريعه.**

**أولاً: تعريف الحجر**

**الحجر لغة:** هو: الحجر في اللغة مطلق المنع<sup>1</sup>.

وهو أيضاً: المنع والتضييق. ومنه سمي الحرام حجراً. قال تعالى "ويقولون حجراً محجوراً"<sup>2</sup> أي حراماً محرماً.

**وفي الاصطلاح:**

عرفه الحنفية بأنه: "منع نفاذ تصرف قولي"<sup>3</sup>

وعند المالكية: منع الإنسان من التصرف في ماله، لمنفعة نفسه أو غيره<sup>4</sup>. وعرفه الشافعية بأنه: المنع من التصرفات المالية<sup>5</sup> تعريف الحنابلة: منع الإنسان من التصرف في ماله<sup>6</sup>. هذا، وعرفه الجرجاني: بمنع نفاذ تصرف قولي لا فعلي لصغر ورق وجنون<sup>7</sup>.

**في القانون:**

لم يعرف المشرع الجزائري الحجر تاركاً ذلك للفقهاء، حيث التقى بذكر أحكامه في

<sup>1</sup> - الجرجاني، التعريفات، تحقيق: إبراهيم الأبياري. دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، ج1، دت، ص111

<sup>2</sup> - سورة الفرقان: الآية: 22.

<sup>3</sup> - عبد الرحمن بن محمد بن سليمان أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، دت، ص 125.

<sup>4</sup> - الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ج3، ص652

<sup>5</sup> - شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت ج14، ص307

<sup>6</sup> - ابن قدامة، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو. دار عالم الكتب، الرياض، ط3، 1997، ج6، دت، ص 593.

<sup>7</sup> - الجرجاني، التعريفات، تحقيق: إبراهيم الأبياري. دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، ج1، ص111.



المواد من 101 إلى 108 من قانون الأسرة الجزائري، وكذا المادة 09 والمادة 09 مكرر من قانون العقوبات الجزائري<sup>1</sup>.

ومما جاء في تعريف الحجر أنه: "حالة شخص يمنع من الانتفاع بحقوقه ومباشرتها"<sup>2</sup>.

وعرف أيضا بأنه: "منع التصرف الفعلي في سائر الأمور وخاصة المادية ومرد ذلك ضعف في تقدير المحجور عليه إما لسفهه وإما لكونه صبي وإما لعته وإما لجنون"<sup>3</sup>.

من التعاريف السابقة الذكر نستنتج أن الحجر هو أن يُمنع الإنسان من التصرف في ماله، حيث يتولى وليه أمره إلى أن يفك عنه الحجر. وأن الحجر يقع على الأقوال دون الأفعال، لأن الفعل بعد وقوعه لا يمكن رده، أما الأقوال فيمكن ردها بمنع وقوع حكمها، وما يترتب عليها من صحة ونفاذ.

### ثانيا: مشروعية الحجر.

الحجر مشروع بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ (5) وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - قانون رقم 06-23 مؤرخ في 29 ذي القعدة 1427هـ الموافق لـ 20 ديسمبر 2006، قانون العقوبات.

<sup>2</sup> - ابتسام الغلام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس عربي فرنسي، ص 161.

<sup>3</sup> - يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، ص 152-153.

<sup>4</sup> - سورة النساء. الآية: 5-6



وجه الدلالة من الآيات أن الله نهى الأولياء عن أن يؤثروا السفهاء الذين يكونون تحت ولايتهم أموالهم، مخافة أن يضيعوها، وكذلك الأيتام حتى إذا علمتم وتبیت لكم منهم الرشد فأعطوهم أموالهم، لأن الحجر عليهم إنما كان لعجزهم عن التصرف في ماله على وجه المصلحة، وحفظا لماله عليهم. وقوله تعالى: فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ<sup>1</sup> ومن هذه الآية دليل على أن السفيه والضعيف والذي لا يستطيع الكتابة يتولى ولي أمره أمره.

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: "عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك عن أبيه قال: كان معاذ بن جبل رضي الله عنه شابا حليما سمحا من أفضل شباب قومه ولم يكن يمسك شيئا فلم يزل يدان حتى أغرق ماله كله في الدين فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فكلّم غرماءه فلو تركوا أحدا من أجل أحد لتركوا معاذا من أجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فباع لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني ماله حتى قام معاذ بغير شيء"<sup>2</sup>.

وأما الإجماع: فقد أجمع العلماء على مشروعية الحجر على من يوجد به سبب من الأسباب الموجبة للحجر، كما ثبت أن الصحابة رضوان الله عليهم قد رأوا الحجر على من لا يحسن التصرف المالي، ولم يثبتوا أن أحدا منهم كره ذلك<sup>3</sup>.

### ثالثا: حكمة مشروعية الحجر.

إن لله في أحكامه حكم، ندرك ما ظهر ونجهل ما خفي. وعلى كل حال فيمكن القول بأن الحجر؛ شرع رحمة بالمحكوم عليه، ودفعاً للضرر عنه من قبل الآخرين

<sup>1</sup> - سورة البقرة. الآية: 282

<sup>2</sup> البيهقي، سنن البيهقي الكبرى. تحقيق: محمد عبد القادر عطار. دار الباز، مكة المكرمة، 1994، ج6، ص 48.

<sup>3</sup> - الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، ج2، ص 130.



استغلالاً لصغره أو سفهه، وصونا لماله من التبذير وسوء الإدارة، وكذلك تحقيقاً لمصلحته ومصلحة المجتمع كما هو في الحجر على المدين المفلس لحق غرمائه.

**المبحث الثاني: أقسام الحجر وأنواعه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري**

لقد قسم الفقهاء الحجر باعتبارات عدة. منها:-

- ما يحتاج إلى حكم القاضي بالحجر كالحجر على السفیه والمفلس.
- ما لا يحتاج إلا حكم القاضي وإنما يثبت إذا توافر فيه شيء من أسباب الحجر كالحجر على الصغير والمجنون.
- من حيث كون الحجر كلياً أو جزئياً كالحجر على الزوجة والمريض.
- ومن حيث الحجر لحق النفس كالحجر على المجنون، أو الغير كالحجر على المدين المفلس.

**المطلب الأول: أنواع الحجر في الفقه الإسلامي**

**الفرع الأول: الحجر لمصلحة المحجور عليه.**

أما الذين يحجر عليهم لمصلحة أنفسهم فتلاثة. الصبي والمجنون والسفيه. والحجر عليهم حجر عام، لأنهم يُمنعون التصرف في أموالهم وذمتهم. والأصل في الحجر عليهم قوله تعالى: "وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا".<sup>1</sup>

قال سعيد بن جبیر وعكرمة: هو مال اليتيم عندك، لا تؤتة إياه، وأنفق عليه. وإنما أضاف الأموال إلى الأولياء وهي لغيرهم لأنهم قوامها ومدبروها. ولأنه لا يصح للإنسان أن يتصرف في ماله تصرف كاملاً إلا إذا كان عاقلاً وبالغاً وحرّاً ورشيداً حتى يخدع في البيع والشراء وحتى لا يقوم بتصرف يضر به وهو لا يعرف فأمر الله الأولياء بحفظ الأموال عندهم وإدارته بطريق حسن حتى لا يأكله الصدقة.

<sup>1</sup> - سورة النساء. الآية: 5



ومن هذا المال يقضى للمحجور حاجته من مأكّل ومشرب وملبس ورسوم الدراسة وغيرها مما ينتفع به، لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾<sup>1</sup> فإن كان الحجر لصغر ينفك ببلوغه رشده، وإن كان للجنون حتى يفيق، والسفيه إذا عاد إلى رشده. ولكن تحتاج هذه النقطة إلى التفصيل لوجود بعض آراء واختلافات للفقهاء فيها.

### أولاً: الحجر على الصبي

الصبا هو: الصبا: الصغر، والحادثة. الشوق.

والصبي: مَنْ لم يفطم بعد. أو: مَنْ لم يبلغ الحلم.<sup>2</sup>

تكفل الشارع بحفظ أموال الصغير ولعجزه عن التصرف في ماله على وجه الذي يحقق له المصلحة فحوّل إجازة تصرفاته وردها إلى ولي أمره، أو القاضي الذي يتولى أمره، فالصغير هو الذي لم يبلغ الحلم وليس برشيد. والدليل الذي يدل على الحجر على الصغير من الكتاب، قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ قال الإمام الشوكاني في فتح القدير: والضعيف هو: الشيخ الكبير، أو الصبي. وقوله أيضاً: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - سورة النساء. الآية: 6

<sup>2</sup> - سعدي أبو حبيب. القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر، دمشق، سورية، ط2، 1988م، ج1، ص207

<sup>3</sup> - سورة النساء، الآية: 6



قال الشوكاني: والمراد ببلوغ النكاح: بلوغ الحلم كقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ﴾<sup>1</sup>.

فالصبي الذكور هو: (من له أب) اتفق الفقهاء على أنهم لا يخرجون من الحجر إلا ببلوغ سن البلوغ وإيناس الرشد منهم. وبلوغ الذكر يعرف بعلامات: منها الاحتمال والإنبات، وبلوغ خمس عشرة سنة وأما إيناس الرشد فقد اختلف الفقهاء منه، فقال الشافعية: الصلاح في العقل والدين، وقال المالكية: في العقل خاصة. قال سعيد بن جبير، والشعبي: إنه لا يدفع إلى اليتيم ماله إذا لم يؤنس رشده، وإن كان شيخاً. قال الضحاك: وإن بلغ مائة سنة. وجمهور العلماء على أن الرشد لا يكون إلا بعد البلوغ، وعلى أنه إن لم يرشد بعد بلوغ الحلم لا يزول عنه. هذا في الصبي المحجور عليه لأبيه أو للوصي عليه من أبيه، أو لمن ينصبه القاضي أو لجماعة المسلمين. أما الأنثى فهي أيضاً محجورة عليها لأبيها أو للوصي عليها من أبيها أو القاضي أو لجماعة المسلمين فحكمها في ذلك حكم الذكور حتى بلوغ الحيض وإيناس الرشد عند الجمهور، وقال الإمام مالك: حتى تبلغ رشيدة ويدخل بها الزوج أو تصير عانساً بالانقطاع عن الحيض. وروي عنه مثل قول الجمهور<sup>2</sup>.

### ثانياً: الحجر على المجنون

الجنون هو: زوال العقل أو فساد فيه. المجنون: الذاهب العقل أو فاسده (ج) مجانين<sup>3</sup>.

وعند الحنفية: اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة، والقبیحة، والمدركة للعواقب، بأن لا تظهر آثارها، وتتعلل أفعالها، إما لنقصان جبل عليه دماغه في

<sup>1</sup> - سورة النور، الآية: 59

<sup>2</sup> - العبادي، عبدالله. شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد. ج4 ص 1925 دار السلام ط1: 1416هـ - 1995م، ص 235.

<sup>3</sup> - الجرجاني: التعريفات، ص107.



أصل الخلقة، وإما لخروج مزاج الدماغ عن الاعتدال بسبب خلط، أو آفة، وإما لاستيلاء الشيطان عليه، وإلقاء اليالات الفاسدة إليه بحيث يفرح.

ويفرع، من غير ما يصلح سببا. و: آفة تسلب العقل.

عند الشافعية: وصف يزيل الشعور من القلب مع بقاء الحركة والقوة في

الأعضاء<sup>1</sup>.

وعرفة الجرجاني بأنه: اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً. فالجنون خلل يصيب عقل الإنسان فيزيل عنه الإدراك كلياً وملازماً له فهو الجنون المطبق، أو جزئياً بحيث يفيق أحياناً وهو الجنون المتقطع<sup>2</sup>.

فالمجنون محجور عليه لمصلحة نفسه حيث أنه لا يحسن التصرف، فتدخل الشارع الحكيم بالحجر عليه. والدليل على الحجر على المجنون قوله تعالى: ﴿فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل﴾<sup>3</sup>.

فالآية تدل على أن الضعيف يقوم مقامه وليه في إبرام العقود والتصرفات القولية. والمجنون ضعيف لكونه فاقد الإدراك والأهلية فحجر عليه حفظاً لماله ومصلحه.

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم "رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يفيق"<sup>4</sup> فالنبي صلى الله عليه وسلم بين في هذا الحديث أن المجنون غير مؤاخذ في الأحكام الشرعية أنه غير عاقل، فهو ضعيف مسلوب العبارة، فلا يستطيع حفظ أموالهم فيكون محجوراً عليه. وهو محجور عليه للحاكم، أو لجماعة المسلمين إذا جن بعد بلوغه، أما إذا حصل له

<sup>1</sup> - القاموس الفقهي ج 1 ص 69-70

<sup>2</sup> - إبراهيم مصطفى ورفاقه. المعجم الوسيط. تحقيق مجمع اللغة العربية. دار الدعوة. ج 1 ص 141

<sup>3</sup> سورة البقرة الآية: 282

<sup>4</sup> - أخرجه أبو داود (4401) والنسائي (156/6) وأحمد (100/6) وحسنه الأرناؤوط.



الجنون وقت الصبا، فهو محجور عليه لأبيه، أو وصيه. ويزول الحجر على المجنون بإفاقته وشفائه إذا كان الجنون طراً عليه بعد البلوغ، لأنه كان قبله على الرشد. إما إذا الجنون طارئاً عليه قبل البلوغ، فلا يرفع الحجر عنه بعد إفاقته وشفائه إلا إذا ثبت رَشده، لأنه لم يكن قبل جنونه على الرشد<sup>1</sup>.

### ثالثاً: الحجر على السفه

السفه في اللغة: ضعف العقل وسوء التصرف، وأصله الخفة والحركة والطيش. قال أهل اللغة: "السفيه": الجاهل الذي قلَّ عقله، وجمعه سفهاء. وقال الراغب: السفه: خفة في البدن. وفي المصباح: السفه: نقص في العقل. وفي الاصطلاح: هو التبذير في المال والإسراف فيه ولا أثر للفسق والعدالة فيه، ويقابله الرشد. وهو إصلاح المال وتنميته وعدم تبذيره. وقال الشافعية: أنه التبذير في المال والفساد فيه وفي الدين معاً. وقيل: تضييع المال وإتلافه على خلاف مقتضى الشرع والعقل<sup>2</sup>. وهذا التعريف الأخير أدق وأظهر لمعنى السفه بقوله "تضييع المال وإتلافه على خلاف مقتضى الشرع والعقل" فتضييع المال فيما لا فائدة فيه كالقمار واللهو والنساء ولو بشراء الشيء اليسير بمال كثير فخراً أو إسرافاً يعد تبذيراً، والتبذير نهى الله عنه بقوله تعالى: ﴿إِنَّ الْمُبَذِّرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ﴾<sup>3</sup>.

وقوله في التعريف "على خلاف مقتضى الشرع والعقل" يخرج الإنفاق في سبيل الله فإنه لا يعد تبذيراً للمال وكذلك بذله فيما يفيد. والسفيه محجور عليه لمصلحة نفسه حتى لا يضيع ماله ويكون عبئاً على وليه فأثبت الله الحجر عليه بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ

<sup>1</sup> المدونة 654/3

<sup>2</sup> الدر المختار: 5/102، تبين الحقائق: 5/192. إلا أن الشافعي لم يجعل الإسراف في وجوه البر سفهاً (مغني المحتاج: 2/168).

<sup>3</sup> - سورة الإسراء الآية: 27



وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا<sup>1</sup>، فالآية تدل دلالة واضحة على أن الله نهى أن يؤتي السفية ماله بل أضاف المال إلى أوليائه بقوله "أموالكم" مع أن المراد منع أموال السفية. إنما يتولى وليه التصرف في المال على وجه يحقق للسفية مصلحته. ومما يدل على أن وليه هو الذي يتولى تصرفاته قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾<sup>2</sup>. هذا هو مذهب الجمهور، إلا أن الإمام أبا حنيفة يرى أنه لا يجوز الحجر على الحر العاقل البالغ بسبب السفه. فقال: الحجر على الحر بالغ باطل ومراده إذا بلغ عاقلاً وحكي عنه أنه كان يقول لا يجوز الحجر إلا على ثلاثة على المفتي الماجن وعلى المتطيب الجاهل وعلى المكاري المفلس لما فيه من الضرر الفاحش إذا لم يحجر عليهم. ولأنه لا تنعدم الأهلية بسبب السفه ولا يجعل السفه عذراً في إسقاط الخطاب عنه بشيء من الشرائع ولا في إهدار عبارته فيما يقربه على نفسه من الأسباب الموجبة للعقوبة، وعلى هذا فلا يجوز الحجر عليه عن التصرفات المحتملة بسبب السفه. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يجوز الحجر عليه بهذا السبب عن التصرفات المحتملة للفسخ إلا أن أبا يوسف ومحمداً رحمهما الله قالوا أن الحجر عليه على سبيل النظر له، وقال الشافعي على سبيل الزجر، والعقوبة له<sup>3</sup>.

مما سبق نستنتج أن الحجر على السفية هو: إذا كان السفه أصابه في صغره واستمر حتى بعد بلوغه فإنه يستمر الحجر عليه لعدم إيناس الرشد منه. باتفاق الجمهور وبدون حكم القاضي. أما إذا بلغ وهو رشيد وفك عنه الحجر ثم طرأ عليه

<sup>1</sup> - سورة النساء الآية: 5

<sup>2</sup> - سورة البقرة الآية: 282

<sup>3</sup> - انظر: شمس الأئمة السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط دار المعرفة، بيروت، ج24، ص157. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (376/3). اللباب في الجمع بين السنة والكتاب (662/2) مختصر اختلاف العلماء، للطحاوي (154/4) السيل الجرار (483/1).



فهذا هو محل الخلاف، فالجمهور على أنه يحجر عليه بحكم القاضي إلى أن يزول عنه السفه، فإذا زال عنه السفه أيضا فإنه لا يزول الحجر عليه إلا بحكم القاضي.

### الفرع الثاني: الحجر لمصلحة الغير.

تهتم الشريعة الإسلامية بمراعاة مصلحة الغير كما تراعي مصلحة المعذور بالصغر أو الجنون أو السفه فأثبت الحجر على طائفة من الناس حفاظا لحقوق الآخرين كالمدين المفلس رعاية لحق الغرماء ولكن تتجلى عدالة الشريعة الغراء من حيث ما يجوز الحجر عليه وما لا يجوز الحجر عليه من ماله تحقيقا لمصلحتين معا. وكذلك مريض مرض الموت، وكذا الحجر على الزوجة لمصلحة الزوج عند القائلين به. فالبحث يفصل القول في هذه الأصناف مع ذكر آراء الفقهاء والخلافات الواردة في ذلك.

### أولا: الحجر على المدين المفلس

المفلس في اللغة: هو الذي لا مال له وليس له ما يدفع به حاجته<sup>1</sup>. وفي الشرع: من دينه أكثر من ماله، وخرجه أكثر من دخله. وسموه مفلسا وإن كان ذا مال، ويجوز أن يكون سمي بذلك لما يؤول إليه من عدم ماله بعد وفاء دينه. أو لأنه يمنع من التصرف في ماله إلا الشيء التافه<sup>2</sup>. فالمدين إذا حان وقت السداد ولم يكن ماله كاف للوفاء للغرماء حق رفع الدعوى إلى الحاكم ليحجر على ما عنده من المال حتى لا يتصرف به تصرفا ضارا بهم وعلى لحاكم أن يحجر عليه. والدليل على الحجر على المفلس: قال الشافعي: وأخبرنا عبد الوهاب الثقفي أنه سمع يحيى بن سعيد يقول أخبرني أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن عمر بن عبد العزيز حدثه أن أبا بكر بن عبد الرحمن بن الحرث بن هشام حدثه أنه سمع أبا هريره رضي

<sup>1</sup> - القاموس المحيط (852/1) المعجم الوسيط (700/2).

<sup>2</sup> - معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج3، ص237



الله عنه يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ادرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به<sup>1</sup>.

### ثانياً: الحجر على المريض مرض الموت

يحجر على المريض مرض الموت لمصلحة ورثته، ولكن الحجر هنا جزئياً حيث له أن يوصي بثلث ماله لا أكثر. والدليل ذلك حديث وصية سعد ابن أبي وقاص ما نصه: حَدَّثَنَا مُوسَى بْنُ إِسْمَاعِيلَ حَدَّثَنَا عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي سَلَمَةَ أَخْبَرَنَا الزُّهْرِيُّ عَنْ عَامِرِ بْنِ سَعْدٍ عَنْ أَبِيهِ قَالَ جَاءَنَا رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- يَعُودُنِي مِنْ وَجَعٍ اشْتَدَّ بِي زَمَنَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ فَقُلْتُ بَلِّغْ بِي مَا تَرَى وَأَنَا ذُو مَالٍ وَلَا يَرِثُنِي إِلَّا ابْنَةٌ لِي أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلْثِي مَالِي قَالَ «لَا». قُلْتُ بِالشَّطْرِ قَالَ «لَا». قُلْتُ الثُّلُثُ قَالَ «الثُّلُثُ كَثِيرٌ، أَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ وَلَنْ تُنْفِقَ نَفَقَةً تَبْتَغِي بِهَا وَجْهَ اللَّهِ إِلَّا أُجِرْتَ عَلَيْهَا حَتَّى مَا تَجْعَلَ فِي فِي امْرَأَتِكَ<sup>2</sup>. وقام الإجماع من الفقهاء: أنه لا يجوز لأحد أن يوصي بأكثر من الثلث، إلا أبا حنيفة وأصحابه، وشريك بن عبد الله فقالوا: إن لم يترك الموصي ورثة فجائز له أن يوصي بماله كله. وقالوا: إن الاقتصار على الثلث في الوصية إنما كان لأجل أن يدع ورثته أغنياء، ومن لا وارث له فليس ممن عني بالحديث، وروي هذا القول عن ابن مسعود، وبه قال عبدة ومسروق، وإليه ذهب إسحاق. وقال زيد بن ثابت: لا يجوز لأحد أن يوصي بأكثر من ثلثه، وإن لم يكن له وارث، وهو قول مالك والأوزاعي والحسن بن حي والشافعي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - الإمام الشافعي، محمد بن إدريس. الأم. دار المعرفة، بيروت، ج3، ص199

<sup>2</sup> - أخرجه مالك في الموطأ (1456) والبخاري، باب رثى النبي صلى الله عليه وسلم سعد بن خولة برقم (1295).

<sup>3</sup> - سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي. التوضيح لشرح الجامع الصحيح. المحقق: دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث. دار النوادر، دمشق. ط1: 1429 هـ - 2008 م ج17 ص 193



ومن نستنتج أن المريض مرض الموت لا يجوز شرعاً أن يوصي بما هو أكثر من ثلث ماله وذلك لمصلحة الوارثين. فالرسول صلى الله عليه وسلم بين لسيدنا سعد بن أبي وقاص العلة في ذلك هو عدم ترك الوارثين في حاجة يسألون الناس بعد أن كانوا في حياته ميسرين، فلو ترك لهم هذه الأموال لَسَدُوا بها حاجتهم، ويكون له أجره عليها لقوله صلى الله عليه وسلم في آخر الحديث "وَلَنْ تُنْفَقَ نَفَقَةً تَبْتَغِي بِهَا وَجْهَ اللَّهِ إِلَّا أُجِرْتَ عَلَيْهَا حَتَّى مَا تَجْعَلَ فِي امْرَأَتِكَ"<sup>1</sup>.

### ثالثاً: الحجر على الزوجة لمصلحة الزوج

اختلف الفقهاء في الحجر على ما فوق ثلث مال الزوجة لحق زوجها على رأيين. الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة في الراجح عندهم، والظاهرية إلى عدم الحجر على الزوجة في مالها لحق الزوج، فلها التصرف في مالها كله بالتبرع والمعارضة<sup>2</sup>.

الرأي الثاني: وذهب الإمام المالك و الإمام أحمد في رواية أخرى إلى القول بالحجر على الزوجة لحق زوجها، فليس لها أن تتصرف في مالها بزيادة على الثلث بغير عوض إلا بإذن زوجها، وللزوج رد جميع ما تبرعت به<sup>3</sup>. واستدل الرأي بالكتاب والسنة.

فمن الكتاب قوله تعالى: "وَابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا"<sup>4</sup>

فالآية الكريمة دلت على أن الحجر يفك بالبلوغ وإيناس الرشد فثبتت للزوجة الرشيدة حق التصرف في مالها ولو بدون إذن زوجها، إذ المال مالها.

<sup>1</sup> -أخرجه مالك في الموطأ (1456) والبخاري، باب رثى النبي صلى الله عليه وسلم سعد بن خولة برقم (1295).

<sup>2</sup> الشرح الكبير: 3/307 والمجموع 8 / 265 المغني: 4/464، كشف القناع: 3/405.

<sup>3</sup> الشرح الكبير: 3/307 وما بعدها، الشرح الصغير: 3/402، القوانين الفقهية: ص 323، المغني: 4/464،

كشف القناع: 3/405.

<sup>4</sup> سورة النساء. الآية: 6



ومن السنة قول النبي صلى الله عليه وسلم: "تصدقن يا معشر النساء، ولو من حليكن" متفق عليها<sup>1</sup>.

فالحديث يدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم حث النساء على الصدقة وتصدقن بالفعل بدون الرجوع إلى طلب الإذن من أزواجهن. واستدل أصحاب الرأي الثاني بالسنة والقياس:

فمن السنة حديث امرأة كعب بن مالك، أتت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وحلي لها، فقالت: إني تصدقت بهذا. فقال لها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - "لا يجوز للمرأة في مالها إلا بإذن زوجها، فهل استأذنت كعباً؟" قالت: نعم. فبعث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى كعب بن مالك، فقال: "هل أذنت لخيرة أن تتصدق بحليها؟" فقال: نعم. فقبله رسول الله - صلى الله عليه وسلم - منها<sup>2</sup>. فالحديث دلت على أنه لا يجوز للزوجة أن تتبرع بمالها إلا بإذن زوجها فكذلك لا يجوز لها أن تتصرف فيها إلا بإذنه. والقياس: أنهم قالوا: إن تعلق حق الزوج بمالها فمن قبيل تعلق حق الورثة بمال المريض، والعادة أن الزوج يزيد في مهر زوجته، ويتبسط فيه وينتفع به، فإذا أعسر بالنفقة أنذرتة فجرى ذلك مجرى حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض، ولأن المقصود من مالها التجميل بها لزوجها، والزوج له حق في التجميل بمالها، ثم إنها لما تبرعت بالزائد على الثلث أو حملت على أن قصدها إضرار الزوج فعملت بنقيض قصدها<sup>3</sup>. ورد عليهم الجمهور بأن حديث امرأة كعب إسناده ضعيف، فيه عبد الله بن يحيى وأبوه مجهولان. والقياس هنا غير صحيح، فلا يمكن قياس المرأة بالمريض مرض الموت بعدم وجود علة تجمعهم في الحكم.

<sup>1</sup> - أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط1 دار ابن كثير، دمشق، ج2، 2002، ص150.

<sup>2</sup> - ابن ماجه. أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني. سنن ابن ماجه. المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد - محمد كامل قره بللي، عبد اللطيف حرز الله. دار الرسالة العالمية. ج3 ص469.

<sup>3</sup> - البحر الرائق 88/8، الشرح الصغير 381/3 ابن قدامة: المغني 4/465، الشوكاني: نيل الأوطار 6/16.



فالمريض أيضا إذا شفي في مرضه فإن تصرفاته في ماله ينفذ. ويرى الباحثان أنه يمكن تقسيم ممتلكات الزوجة هنا إلى قسمين:

**القسم الأول:** ما هو من ملكها ملكا تامة كالذهب وبعض أساسيات الغرفة التي أهداها لها أهلها، أو أشتري بصادقها، فهذا حقها محض فلها أن تتصرف فيه كيف تشاء، وإن طلبت الإذن من الزوج فإنما يكون ذلك من باب التكريم والمشورة وليس من باب الوجوب حيث له حق المنع والرد أو الإذن والإجازة.

**القسم الثاني:** ما أعطاه الزوج لاستعماله في البيت كالملابس والأدوات المنزلية والتجميلية والأطعمة وغيرها فهذا إنما هو ملكا له وليس لها إلا استعماله على الوجه المشروع، فليس لها أن تتصدقن بكل ملابسها مثلا أو بالطعام الذي اشتراه الزوج. والله أعلم.

### الفرع الثالث: الحجر للمصلحة العامة

ذهب الإمام أبو حنيفة إلى القول بأنه لا يجوز الحجر على البالغ العاقل إلا لأسباب ثلاثة:

- المفتي الماجن
- الطبيب الجاهل
- والمكاري المفلس.

وليس المراد منه حقيقة الحجر، وهو المعنى الشرعي الذي يمنع نفوذ التصرف، وإنما أراد به المنع الحسي أي: يمنع هؤلاء الثلاثة عن عملهم حسا؛ لأن المنع عن ذلك من باب الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر؛ لأن المفتي الماجن يفسد أديان المسلمين، والطبيب الجاهل يفسد أبدان المسلمين، والمكاري المفلس يفسد أموال



الناس في المفازة، فكان منعهم من ذلك من باب الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، لا من باب الحجر فلا يلزمه التناقض<sup>1</sup>.

وقال الإمام السرخسي: "قال أبو حنيفة - رحمه الله -: الحجر على الحر باطل، ومراده إذا بلغ عاقلا، وحكي عنه أنه كان يقول: لا يجوز الحجر إلا على ثلاثة على المفتي الماجن، وعلى المتطبيب الجاهل، وعلى المكاري المفلس؛ لما فيه من الضرر الفاحش إذا لم يحجر عليهم، فالمفتي الماجن يفسد على الناس دينهم والمتطبيب الجاهل يفسد أبدانهم، والمكاري المفلس يتلف أموالهم فيمتنعون من ذلك دفعا للضرر<sup>2</sup>".

هذا نص ما أورده الإمام الكاساني والسرخسي مما بين لنا اتجاه الإمام أبي حنيفة من الحجر، فما نفهمه من قولهما: هو أن الإمام لا يقول بالحجر على الحر البالغ مطلقا، والحجر على المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس أيضا ليس بالحجر بمعناه الحقيقي إنما هو من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

### المطلب الثاني: أنواع الحجر في القانون الجزائري

قسم القانون الجزائري الحجر إلى نوعين حجر قضائي وهو ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري، وحجر قانوني وهو ما نص عليه قانون العقوبات الجزائري

**الفرع الأول: الحجر القضائي.**

يعرف الحجر القضائي بأنه: "منع الشخص في التصرف في ماله وإدارته لآفة في عقله أو لضعف في بعض ملكاته النفسية الضابطة"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1986م، ج7، ص169

<sup>2</sup> - المبسوط، ج24، ص157

<sup>3</sup> - كمال حمدي، الولاية على المال (الأحكام الموضوعية: الولاية، الوصاية، الحجر، الغيبة، المساعدة القضائية)، الاختصاص والإجراءات القضائية،



حيث نص القانون على نوعين من أسباب الحجر القضائي هما: الجنون والعتة، والسفة والعفلة<sup>1</sup>. ويكون بطلب أحد الأقارب أو من له مصلحة أو من النيابة العامة كما جاء في نص المادة 102 من قانون الأسرة الجزائري<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: الحجر القانوني.

حسب نص المادة 09 من قانون العقوبات الجزائري يعتبر الحجر من العقوبات التكميلية، وتنص المادة 09 مكرر من نفس القانون على حرمان المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية من مباشرة حقوقه المالية<sup>3</sup>.

حيث تكون إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي، ويكون هذا في حالة المحكوم عليه بعقوبة الإعدام أو السجن المؤبد أو السجن المؤقت<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2014، ص 88.

<sup>2</sup> - المادة 102 من قانون الإجراءات الجزائية،

<sup>3</sup> - المادة 09 من قانون رقم 23-06 مؤرخ في 29 ذي الحجة عام 1427هـ الموافق لـ 20 ديسمبر 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 08 يونيو 1966، والمتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 84 الصادرة بتاريخ 24 ديسمبر 2006.

<sup>4</sup> - بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص 89.



**المبحث الثاني: الآثار المتعلقة بالحجر وتحتة ثلاثة مطالب**

**المطلب الأول: أثر الحجر على المحجور عليهم لمصلحتهم.**

المحجورون عليهم لمصلحة أنفسهم هم الصبي والمجنون والسفيه. فإذا تم

الحجر على هؤلاء فما أثر هذا الحجر؟

**أولاً: أثر الحجر على الصبي.**

إن الأثر الذي يترتب على الحجر على الصبي هو عدم تنفيذ تصرفاته، ولكن للفقهاء تفصيل في ذلك حيث فرقوا بين الصبي غير المميز والصبي المميز.

الصبي غير المميز: اتفق الفقهاء على أن جميع تصرفاته باطلة ولا أثر لها مهما كانت ولو أجازها وليه، لانعدام الأهلية. فهو كالمجنون في ذلك. إلا في أشياء يسيرة كسواء الحلاوة مثلاً فالراجح إجازته.

والصبي المميز: وهو العاقل ولكن لم يبلغ، فإنه تصح منه التصرفات النافعة بلا خلاف، ولا تصح منه التصرفات الضارة المحضة بالإجماع، وأما الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والشراء والإجارة ونحوها فينعتد إلا أنه موقوفاً على إجازة وليه فإن أجاز جاز، وإن رد بطل وعند الشافعي - رحمه الله - لا تتعد أصلاً تصرفات الصبي العاقل<sup>1</sup>.

**ثانياً: أثر الحجر على المجنون**

أما المجنون فلا تصح منه التصرفات القولية كلها فلا يجوز طلاقه وعتاقه وكتابته وإقراره، ولا ينعتد بيعه وشراؤه حتى لا تلحقه الإجازة، ولا يصح منه قبول الهبة والصدقة والوصية، وهو كالصبي الذي لا يعقل؛ لأن الأهلية شرط جواز التصرف وانعقاده ولا أهلية بدون العقل.

<sup>1</sup> راجع: بدائع الصنائع ج 7 ص 171



### ثالثاً: أثر الحجر على السفية

يري الجمهور القائلون بالحجر على السفية بأن حكمه وحكم الصبي العاقل والبالغ المعتوه سواء فلا ينفذ بيعه، وشراؤه، وإجارته وهبته، وصدقته وما أشبه ذلك من التصرفات التي تحتل النقص والفسخ. وأما فيما سوى ذلك فحكمه وحكم البالغ العاقل الرشيد سواء. وأما عند أبي حنيفة فالسفيه ليس بمحجور عن التصرفات أصلاً وحاله وحال الرشيد في التصرفات سواء لا يختلفان إلا في وجه واحد: وهو أن الصبي إذا بلغ سفيهاً يمنع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة، وإذا بلغ رشيداً يدفع إليه ماله. فأما في التصرفات فلا يختلفان حتى لو تصرف بعد ما بلغ سفيهاً ومنع عنه ماله نفذ تصرفه، كما ينفذ بعد أن دفع المال إليه عنده<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: أثر الحجر على المحجور عليهم لمصلحة الغير

فالمحجور عليهم لمصلحة الغير منهم المدين المفلس والمريض مرض الموت والزوجة.

#### أولاً: أثر الحجر على المدين المفلس.

إذا اجتمعت الديون على الشخص وطالبه الدائنون بالوفاء فعجز عن الوفاء بأن كان ماله أقل من دينه ورفعوا الأمر إلى القاضي وطلبوا من القاضي الحجر على ما عنده حتى يستوفوا ولو جزءاً من مالهم فعلى القاضي ذلك. وذلك عند القائلين بالحجر على المدين المفلس - عدا الحنفية - والآثار التي تترتب على ذلك تتمثل في الآتي:

1. تعلق حقوق الغرماء بمال المدين.

2. منعه من التصرف بماله.

3. بيع مال المدين وإيفاءه الغرماء.

<sup>1</sup> راجع المرجع السابق نفس الصفحة



4. استرداد الدائن ماله الذي وجده في مال المفلس<sup>1</sup>.

### ثانياً: أثر الحجر على المريض مرض الموت

يترتب على المريض مرض الموت الحجر على عقود المتمثلة في التبرعات والهبة والصدقة والنكاح والخلع. ويتوقف تبرعه حتى يتبين أمره، فإن صح من مرضه مضى تبرعه جميعه، وإن كان أكثر من الثلث. وإن مات في مرضه نفذ منه ما يتحمله الثلث، وما زاد على الثلث لا ينفذ إلا إذا أجازته الورثة<sup>2</sup>.

### ثالثاً: أثر الحجر على الزوجة

رتب القائلون بالحجر على الزوجة لمصلحة الزوج بأن ليس للزوجة حق التبرع بغير عوض بأكثر من ثلث مالها، وإن تبرعت أو تصدقت بأكثر من الثلث دفعة واحدة كان من حق الزوج أن يعترض عليها ويمنعها من الزائد فيوقفه إن شاء أو يمضيه. فالحجر عليها كالحجر على المريض مرض الموت فهو حجر إيقاف وليس حجر إبطال<sup>3</sup>.

### المطلب الثالث: أثر الحجر على المحجورين عليهم للمصلحة العامة

قال الحنفية بالحجر على المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس مراعاة للمصلحة العامة. وأثر هذا الحجر ليس بالمنع من التصرف المالية كالحجر على الصغير، وإنما أراد به المنع الحسي أي : يمنع هؤلاء الثلاثة عن عملهم حساً؛ لأن المنع عن ذلك من باب الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر. فيمنعون من ذلك دفعاً للضرر. حيث يمنع المفتي من الفتوى بالباطل، والطبيب من ممارسة عمل الطب حتى لا يضر الناس، والمكاري المفلس من ممارسة عمله التجارية.

<sup>1</sup> - البدائع: 6/135، 141، بداية المجتهد: 2/268، 271، مغني المحتاج: 2/122، 129، المغني: 4/328 وما بعدها، الشرح الصغير: 3/316، كشف القناع: 3/319، الشرح الكبير للدردير، 3/241، المهذب: 1/307.

<sup>2</sup> - مدونة الفقه المالكي وأدلته ج3 ص674

<sup>3</sup> - المرجع السابق: ج3 ص 674-675

# الفصل الثاني

الأحكام المتعلقة بالحجر



### المبحث الأول: إجراءات توقيع الحجر

لا يوقع الحجر على الشخص تلقائياً أو بقوة القانون، بل لابد في ذلك اللجوء إلى القضاء لرفع دعوى الحجر، نظراً لتعلقها بأهلية الأشخاص فإنها دعوى مهمة و خطيرة تهدف إلى طلب معين وهو الحجر على الشخص المطلوب الحجر عليه؛ و بالتالي فقد نص المشرع الجزائري في المادة 102 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي "يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب، أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة" فمن خلال نص المادة نجد المشرع قد وضع شروط لرفع دعوى الحجر: شرط القرابة، و شرط المصلحة، النيابة العامة و كل هؤلاء افترض فيهم القانون أن تكون لهم مصلحة؛ و بالتالي تشبه المصلحة هنا تلك الواجب توافرها في أي دعوى قضائية على لدعوى الحجر خصوصيتها كما سنرى من خلال المطالب الآتية:

### المطلب الأول: شرط القرابة لرفع دعوى الحجر

لرفع الدعوى لابد أن يتمتع الشخص بصفة التقاضي لأي السند القانوني الذي يمنحه القدرة على الادعاء، بمعنى الترخيص ومن المسائل المنتقدة في الفقه الخط الذي يقع فيه الاجتهاد بين الصفة والتمثيل مع أن الصفة هي شرط أساسي لممارسة الدعوى؛ يعني أنه يجب أن تتوفر في الدعوى قبل أن يمنح للغير قانوناً أو اتفاقاً سلطة تمثيله، و مسألة التمثيل لا تطرح في شروط الدعوى بل بمناسبة شرعية الخصومة<sup>1</sup>.

أما في دعاوى الحجر فأصحاب أو الأشخاص التي تتوفر فيهم الصفة هم الأقارب ولكن المشرع الجزائري لم يحدد بدقة معنى الأقارب فوردت العبارة عامة، وهو ما يجعلنا نلجأ إلى الكتب الفقهية وما ذكرته بخصوص الأقارب فيقسم الفقهاء القرابة إلى ثلاثة أنواع وهذا ما سيتم التطرق إليه من خلال الفروع الآتية:

<sup>1</sup> - عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، ط 2، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص 64



### الفرع الأول: قرابة النسب

قرابة النسب أساسها الدم؛ وهي الصلة الطبيعية التي تقوم بين الأفراد استناداً إلى رابطة الدم المشترك سواء من ناحية الأب أو من ناحية الأم<sup>1</sup>؛ وهذا ما نصت عليه المادة 32 من القانون المدني الجزائري "ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد" وقرابة النسب قد تكون من جهة الأب وتسمى قرابة العصبات أو القرابة العصبية، أو من جهة الأم وتسمى قرابة الأرحام أو القرابة الرحمية؛ وقرابة النسب بنوعها إما أن تكون مباشرة أو غير مباشرة.

#### أولاً: القرابة المباشرة

هي الصلة بين الأصول والفروع وهي ما نصت عليه المادة 33 من قانون المدني الجزائري القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع "أي تسلسل لأحد الأشخاص من الآخر في عمود النسب، مثالها القرابة بين الجد والأب والابن، فالجد هو الأصل والأب فرع له والابن يعتبر فرعاً للأب، وهكذا تكون قرابة الجد بالحفيد قرابة مباشرة ولكنها من الدرجة الثانية<sup>2</sup>.

#### ثانياً: القرابة غير المباشرة

نصت المادة 33 الفقرة 2 من قانون المدني الجزائري على القرابة غير المباشرة حيث ترى أن قرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعاً لآخر "فهذه القرابة خارجة عن عمود النسب؛ فلا يتسلسل أحد القريبين من الآخر ولا ينحدر فيها الأقارب بعضهم من بعض، أي أن قرابة الحواشي؛ وهي الصلة

<sup>1</sup> - عوض أحمد الزعبي، مدخل إلى علم القانون، ط 2، إثراء للنشر، د.م.ن، 2011، ص 247

<sup>2</sup> - مصطفى مصباح شليبيك، المدخل للعلوم القانونية، دار الكتب الوطنية، ليبيا، 2002، ص 262.



التي تربط أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن ينحدر أحدهم من صلب الآخر مباشرة، أي دون أن يكون أحدهم أصلاً أو فرعاً لآخر.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: قرابة المصاهرة

تعرف قرابة المصاهرة بما جاء به نص المادة 35 من قانون المدني الجزائري " يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر، هذا يعني أن كل من الزوجين يدخل بالزواج في أسرة الزوج الآخر ويحل مكانه بحيث يكون قريباً لكل أقارب الزوج الآخر و بنفس الدرجة

### الفرع الثالث: قرابة الافتراضية

قرابة الافتراضية أو الاجتماعية فهي تسمى المتوهمه وتسمى القرابة الحكمية وهي الزواج، أو أن تكون الرابطة الأسرية المعروفة مصدراً لهذه القرابة، وذلك لأن قرابة الدم تأتي من الأسرة وقرابة المصاهرة تنشأ من الزواج وأشهر مثال للقرابة الافتراضية نظام التبني.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني: شرط المصلحة لرفع دعوى الحجر

حيث نصت المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون، إذا يقصد بالمصلحة المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء؛ هذه المنفعة تشكل الدافع وراء رفع الدعوى، والهدف من تحريكها فلا دعوى من دون مصلحة تنزيها للقضاء عن الانشغال بدعوى لا فائدة عملية منها كالدعوى غير المنتجة<sup>3</sup>. لذا يجب أن تكون المصلحة قائمة ومحتملة حينما تستند إلى حق مركز قانوني فيكون الغرض من الدعوى حماية هذا الحق أو المركز القانوني.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - عوض أحمد الزعبي، المرجع السابق، ص 24.

<sup>2</sup> - محمد عبد الرحيم، القرابة والميراث في المجتمع، دار الكتاب الحديث، د. م. ن، 1993، ص 43.

<sup>3</sup> - بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 3، دار بغدادي، الجزائر، 2011، ص 4.

<sup>4</sup> - عبد الحكيم قودة، الدفع بانتفاء الصفة أو المصلحة في المنازعات المدنية، منشأة المعارف، مصر، 1997، ص 49.



وبناء على ما جاء في نص المادة 13 جاءت المادة 102 من قانون الأسرة الجزائري حيث نصت على أن الحجر يكون بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة.

فطلب الحجر لعارض من عوارض الأهلية يستهدف مصلحة خاصة و مصالح عامة ترجع كلها إلى حفظ مال من لا يستطيع المحافظة على ماله، فهو بهذا بمثابة طلب شخصي لصيق بإنسان على قيد الحياة و هو المطلوب الحجر عليه أو تستدعي حالته اتخاذ تدابير معينة لحمايته من نفسه ومن الغير وذلك بغرض القوامة عليه<sup>1</sup>. فعلى من له مصلحة إثبات مصلحته في دعوى الحجر تثبت له الصفة دون الحاجة إلى بذل مجهود لإنابته.

حيث افترض المشرع وجود أشخاص من غير الأقارب والنيابة العامة تكون له المصلحة في رفع الدعوى الحجر ومثال ذلك الدائن لشخص سفيه يقوم بتبذير أمواله فتكون من له مصلحة وهي استفاء دينه وبالتالي يحق له رفع دعوى الحجر على السفيه ومن ثمة تكون له الصفة في رفع الدعوى بمجرد إثبات المصلحة<sup>2</sup>.

نستنتج مما سبق أن المصلحة المذكورة في المادة 102 من قانون الأسرة تختلف عن المصلحة المذكورة في نص المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن المشرع قد جعل شرط المصلحة شرطا مستقلا بذاته عن شرط الصفة.

### المطلب الثالث: النيابة العامة

تقوم النيابة العامة برفع دعوى باعتبارها الممثلة الرسمية للنظام العام، فالقانون يعطيها الصفة لرفع الدعوى؛ إذ منحت للنيابة سلطات تقديرية واسعة بمقتضاها تتحكم في شؤون الأفراد وتتدخل بمبرر و بفكرة النظام العام، إذ تكون النيابة مدعية بوجود مساس بالنظام العام سواء قامت النيابة بدور الادعاء أو الدفاع فإنها في الحالتين تأخذ الطرف في

<sup>1</sup> - حسن حسن منصور، الموسوعة القضائية في مسائل الأحوال الشخصية، مجلد 1، دار الجامعة الجديدة، مصر، ص 61.

<sup>2</sup> - معوض عبد التواب، الولاية على المال، مكتبة عالم الفكر والقانون، د.م.ب، 2003، ص 19.



الخصومة<sup>1</sup>. ويكون لها ما للخصوم من حقوق، و يكون عليها ما على الخصوم من واجبات أعباء؛ و بالتالي تكون طرفا كاملا يمكنها توجيه سير الخصومة وإيداء الطلبات والدفع وتقديم الحجج و أدلة الإثبات وتحرر باسمها، وتتناول الكلمة الأولى والأخيرة عندما تكون مدعية الكلمة الأخيرة عندما تكون مدعى عليها، وتبلغ بنفسها طلباتها إلى الطرف الخصم ولا يجوز القضاء في غيبتها وإلا كانت إجراءات المحاكمة باطلة والحكم الصادر في الدعوى باطلا لأن صحة التمثيل هنا من النظام العام<sup>2</sup>.

فطبقا للقاعدة العامة المنصوص عليها بالمادة 459 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فلا صفة لها في هذه الدعاوى إلا أن القانون و خروجا عن هذه القاعدة فقد خول لها الصفة في الدعاوى، وتبعا لذلك فلا تقبل الدعاوى التي ترفعها النيابة العامة أمام القضاء المدني ما لم تكن تستند إلى نص خاص في القانون وهو ما قرره المشرع في قانون الأسرة في نص المادة 102 في دعوى الحجر.

كذلك ما جاء به نص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، حيث اعتبرت النيابة طرفا أصليا في قضايا الأسرة و النيابة العامة و مثال ذلك في المواد 99، 102، 114 من المادة 47 من قانون الجنسية في هذه الحالات تتصل بالدعوى كطرف أصلي؛ فهي خصم حقيقي إذ أنها تعمل بطريق الادعاء، أما إذا رفعت الدعوى من الغير فتعمل النيابة بطريق الدفاع ذلك أن المشرع اعتبر مركز النيابة كطرف أصلي بطريق يعمل بطريق الادعاء أو الدفاع قائم على اعتبارات تتعلق بالنظام العام<sup>3</sup>.

مما سبق طرحه وما تم تناوله نستنتج أن المشرع الجزائري لم يبين الإجراءات التي تقوم بها النيابة العامة لرفع دعوى الحجر.

<sup>1</sup> - بلجاج العربي، دور النيابة العامة في الخصومة القضائية في القانون القضائي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، د س ن، ص 142.

<sup>2</sup> - الشيخ إسماعيل، دور النيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، مجلس قضاء جيجل، 2005-2006، ص 14

<sup>3</sup> - الشيخ إسماعيل، المرجع السابق، ص 15-16.



**المبحث الثاني: الحكم بالحجر في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري**

**المطلب الأول: الحكم بالحجر في الشريعة الإسلامية**

ينقسم الحجر إلى نوعين، الأول الحجر الحكمي والثاني الحجر القضائي، فالأول يكون بحكم الشرع ومن دون حاجة لحكم قضائي، أما الثاني فهو الذي يكون بحكم قضائي، وهذا ما نحن بصدد توضيحه من خلال عرض رأي الفقهاء حول اشتراط وجود حكم من القضاء لترتب أحكام الحجر، وسنتناول في هذا الفرع السفيه وذو الغفلة والمدين أي المفلس.

**الفرع الأول: الحجر على السفيه وذو الغفلة**

لاشتراك السفيه وذو الغفلة في نفس الأحكام عند غالبية الفقهاء فستقتصر دراستنا على السفه فقط بناء على ما ذكرنا سابقا فإن السفه نوعان: سفه يعقب الصبا، وذلك بأن يبلغ سفيها، وسفه يطرأ بعد بلوغ الصبي.

**1- السفه والغفلة الذي يعقب الصبا:**

اختلف الفقهاء في افتقاره إلى قضاء القاضي على رأيين:

**الرأي الأول:** أنه لا يفتقر إلى قضاء قاض، لأن الحجر سيدوم، وذلك لأن الله تعالى علق دفع أموالهم إليهم على إيناس الرشد منهم، فإن لم يؤنس رشدهم فهم محجورون، والحجر عليهم بقضاء تحصيل الحاصل، وهو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة

**الرأي الثاني:** أنه يفتقر إلى قضاء قاض، وهو ما مذهب إليه المالكية ورأي أبي يوسف من الحنفية، ولذلك أجاز مالك تصرفاته قبل الحجر عليه وهو ما يسمى بالسفيه المهمل<sup>1</sup>.

**2- السفه والغفلة بعد بلوغ الصبي رشيدا:**

لقد اختلف الفقهاء فيه على ثلاثة آراء:

<sup>1</sup> - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، مطابع دار الصفوة، مصر، ط1، 1992، ج25، ص52.



الرأي الأول: لا يثبت الحجر على السفه وذو الغفلة، ولا يرفع إلا بقرار القاضي بثبوته أو رفعه؛ لأن كلاً من السفه والغفلة ليس أمراً محسوساً كالجنون والعتة، وإنما يستدل عليه بالتصرفات الحاصلة من السفه والمغفل، وهذه أمور تقديرية اجتهادية، تختلف باختلاف وجهات النظر، فلا بد من حكم القاضي للثبوت من الأمر ورفع الخلاف، ومنعاً من تغيير المتعاملين معهما، وعدم إضرارهم بهما، لأنهم لا يعلمون أمرهما إلا بقرار الحجر عليهما<sup>1</sup>، فإذا افتقر السبب إلى الاجتهاد لم يثبت إلا بحكم الحاكم كالحجر على المفلس، وهذا ما ذهب إليه الحنابلة، والراجح عند الشافعية، وبه قال أبو يوسف من الحنفية، وهو مذهب مالك وأصحابه، فلا يحجر عليه إلا الحاكم، فإذا أراد الوالد أن يحجر على ولده أتى الإمام ليحجر عليه<sup>2</sup>.

الرأي الثاني: أنه لا يفتقر إلى قضاء قاض، فيثبت الحجر على السفه والمغفل من وقت ظهور أمارات السفه أو الغفلة، ويزول بزوالهما، دون توقف على قرار القاضي بالحجر، وأن المسبب يدور مع سببه وجوداً وعدماً<sup>3</sup>، فالسفيه يكون محجوراً عليه بمجرد كونه مبذراً، كما أن إصلاحه لماله يطلقه من الحجر نظراً لوجود الموجب وزواله فأشبهه المجنون، وهو ما ذهب إليه محمد بن الحسن، وابن القاسم من المالكية، والمرجوح عند الشافعية<sup>4</sup>.

الرأي الثالث: وهو أنه إن أزل عنه الحجر برشده بعد البلوغ بلا حكم حاكم ثم سفه عاد بلا حكم حاكم، وانزال عنه بحكم حاكم فلا بد من قضاء القاضي بعودته، وهو وجه آخر للحنابلة. وعللوا ذلك بأنه كما رفع بقضاء فلا يعود إلا بقضاء<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج 6، ص 4500-4501.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 53.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 4500.

<sup>4</sup> - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ص 53.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص 53.



## الفرع الثاني: الحجر على المدين:

### 1- مذهب المالكية:

للمفلس الذي أحاط الدين بماله ثلاثة أحوال:

**الحالة الأولى:** قبل التفليس أي قبل نزع ماله منه وإعطائه للدائنين: يكون للدائنين الحق في منعه من التصرف في ماله بغير عوض، وإبطال تصرفه، سواء أكان دينهم حالاً أم مؤجلاً. فيمنعونه من التصرفات الضارة بمصلحتهم، كالتبرع والهبة والصدقة والوقف، والكفالة والقرض والإقرار بدين لشخص يتهم بأن إقراره له فراراً من الدين، كولده وزوجه، أما من لا يتهم معه، فيعتبر إقراره له، وماعداً المذكور من تصرفات المعاوضة كالبيع والشراء، تنفذ منه<sup>1</sup>.

**الحالة الثانية:** ألا يرفع الأمر إلى الحاكم، وإنما يقوم الغرماء على المدين، فيستتر منهم ولا يجدونه، فلهم أن يحولوا بينه وبين ماله، ويمنعوه من التبرعات والتصرفات المالية بالبيع والشراء، والأخذ والعطاء، ولو بغير محاباة، ومن التزوج، ولهم قسم ماله بالمحاصة، أي بنسبة حصص ديونهم<sup>2</sup>.

**الحالة الثالثة:** حكم الحاكم بتفليسه، أي بخلع ماله لغرمائه، وهو نزع ماله منه وإعطائه للدائنين، لعجزه عن قضاء ما لزمه من الديون. ولا تتحقق هذه الحالة إلا بطلب الدائنين (الغرماء) جميعهم أو بعضهم، وأن يكون الدين حالاً، فلا يصح تفليسه بدين مؤجل، وأن يكون الدين زائداً على ماله ومتى فلسه الحاكم اشترك الجميع في ماله، من طلب ومن لم يطلب. ويترتب على تفليسه في هذه الحال أمور أربعة تحقق معنى الحجر عليه وهي: منعه من التبرعات؛ ومن المعاوضات المالية، والزواج بأكثر من زوجة واحدة؛ وقسمة ماله بين الدائنين، وحلول الدين المؤجل، أي يحجر عليه في جميع التصرفات بعوض أو بغير

<sup>1</sup> - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج 6، ص 2288

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 4510.



عوض، وللدائنين منعه من سفر التجارة أو غيرها إن حل دينه أو كان يحل بغيبته، كما لهم طلب سجنه، فيحبسه الحاكم استبراء لأمره<sup>1</sup>.

**2- مذهب الجمهور (غير المالكية):** لا يحجر على المدين إلا بقضاء القاضي، فتكون تصرفاته قبل القضاء نافذة، وإذا حجر عليه، فإنه يمنع من جميع التصرفات التي تضر بالدائنين، وهي التبرعات والمعاوضات المالية، والإقرار بالدين في حال الحجر، ويبيع الحاكم ماله، ويقسم ثمنه على الغرماء<sup>2</sup>.

### علانية الحجر للإفلاس:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يندب للحاكم أن يعلن حجر المحجور عليه للفلس ويشهد على حجره ويشهره بالنداء عليه ليحذر من معاملته، ولئلا يتضرر الناس بضياح أموالهم فيأمر مناديا ينادي في البلد: إن الحاكم حجر على فلان بن فلان، وفي ذلك تقول الشافعية: إن هذا الإشهاد على الحجر واجب.

### المطلب الثاني: الحكم بالحجر في القانون الجزائري

لا يتم تقرير الحجر بمجر إيداع العريضة وطلب المدعي ذلك، فيجب على القاضي أن يتأكد من وجود إحدى أسباب الحجر أولاً، وتمكين الشخص المراد الحجر عليه من الدفاع عن نفسه، والتأكد من وجود إحدى أسباب الحجر المنصوص عليها قانوناً، ثم يأتي دوره في الفصل في إصدار الحكم والذي يكون إما بتقرير الحجر أو رفض طلب المدعي عليه، وفي الأخير سنرى حق الطعن في حكم الحجر.

### الفرع الأول: وجوب تمكين المراد الحجر عليه من الدفاع عن نفسه:

تنص المادة 882 ق.أ.ج على أنه: "يجب أن يمكن الشخص الذي يراد التحجير عليه من الدفاع عن حقوقه وللمحكمة أن تعين له مساعدا إذا رأت في ذلك مصلحة".

<sup>1</sup> - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج 6، ص 4511.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 4511.



كما نصت المادة 202 ق.إ.م.إ على أنه: إذا عاين القاضي أن الشخص المبين في العريضة ليس له محام، عين له محاميا تلقائيا<sup>1</sup>.

ومنه فلقد استحدث المشرع بموجب المادة 202 ق.إ.م.إ أعلاه حقا للشخص المراد الحجر عليه، يتضمن وجوب حضور محام إلى جانب الشخص المعني بالعريضة، فإذا عاين القاضي أن الشخص المعني ليس له محام، عين له محاميا تلقائيا ضمانا لتوفر سبل الدفاع عن مصالحه، والتمثيل في هذه الحالة إنما جاء لضمان حقوق ناقص الأهلية أو عديمها<sup>1</sup>.

ويتم تعيين المحامي عن طريق المساعدة القضائية، والتي تعرف بأنها: "نظام قانوني أقره المشرع لمساعدة المحتجين والمعوزين أمام القضاء قصد المطالبة بالحماية القضائية، دون دفع أية رسوم ومصاريف قضائية، حيث المستفيد من المساعدة القضائية يعين له محامي دون إلزامه بأن يدفع له أتعابه".

وبالمساعدة القضائية يتحقق المبدأ الدستوري الكل سواسية أمام القانون، وجعل مرفق القضاء في متناول الجميع بما في ذلك الفقير المحتاج والمعوز<sup>2</sup>.

ومنه تنص المادة 42 من قانون المساعدة القضائية<sup>3</sup> في فقرتها الرابعة على: "يتم تعيين محام تلقائيا في الحالات الآتية: 04- إذا كان المتهم مصابا بعاهة من شأنها أن تؤثر على دفاعه".

والهدف من هذه المادة هو حماية هذه الفئة من الأشخاص وذلك بتمكينهم من الدفاع عن أنفسهم، فيقاس عليها الحالة التي يكون فيها الشخص طرفا في دعوى أمام القسم

<sup>1</sup> - عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص 224

<sup>2</sup> - يوسف دلاندة، قانون المساعدة القضائية، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 82

<sup>3</sup> - قانون رقم 02-09 مؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق 25 فيفري 2009، يعدل ويتم الأمر رقم 71-57 المؤرخ في 17 جمادى الثاني 1391 الموافق 05 أوت 1971 المتعلق بالمساعدة القضائية، ج ر عدد 15 المؤرخة في 8 مارس 2009



المدني، لاشتراكهم في نفس العلة والهدف، وهو ما تؤكدته المادة 483 ق.إ.م.إ السالفة الذكر.

وما يمكن استنتاجه مما سبق أن المشرع الجزائري نص في قانون الأسرة من خلال المادة 105 أعلاه على أن القاضي يعين للشخص المراد التحجير عليه مساعدا قضائيا والذي هو المحامي إذا رأى في ذلك مصلحة فيفهم من عبارة "وللمحكمة أن تعين مساعدا إذا رأت في ذلك مصلحة"، أنه إذا رأى القاضي أن هذا الشخص قادرا على الدفاع عن نفسه، وليس في تعيين المحامي له أي مصلحة لم يأمر بتعيين محام لهذا الشخص، فالسلطة التقديرية في هذه المسألة هي لقاضي الموضوع.

غير أنه وبالرجوع إلى نص المادة 202 ق.إ.م.إ نجد أنها جاءت بصيغة الأمر وعلى وجه الإلزام، فيجب على القاضي أن يعين محاميا تلقائيا للشخص المبين في العريضة بمجرد أن يعاين أن ليس له محام يعين له محاميا، فالقاضي حسب هذه المادة ملزما بذلك. ومن هنا يظهر التعارض بين قانون الأسرة و قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإذا لم يرى القاضي وجود مصلحة في تعيين محام للشخص المراد الحجر عليه، هل يعين له محام لكون نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء واضحا في هذه المسألة، أم يطبق قانون الأسرة الذي خول له السلطة التقديرية في هذا الموضوع وبالتالي لا يعين محام لهذا الشخص؟

**الفرع الثاني: إثبات أسباب الحجر.**

### **1- سماع الأطراف المعنية:**

يجوز للقاضي سماع الأطراف المعنية قبل الفصل في الطلب المقدم إليه، وذلك للتأكد من وجود أسباب الحجر وكذا من أجل معرفة أين تكمن مصلحة الشخص المراد التحجير عليه، ونص المشرع الجزائري على ذلك في ق.إ.م.إ من خلال المواد: 384، 385، 486 فنجد المادة 484 من ق.إ.م.إ تنص على ما يلي: "يتلقى القاضي تصريحات الشخص المعني بإجراء التقديم، بحضور محاميه والأشخاص المعنيين، وإذا رأى ضرورة لذلك يتلقى هذه



التصريحات بحضور الطبيب المعالج وممثل النيابة العامة. إذا استحال على القاضي سماع أقوال الشخص المعني بإجراء التقديم أو إذا كان سماعه من شأنه أن يضر بصحته، يجوز له صرف النظر عن هذا السماع.

وتنص المادة 485 من ذات القانون على: "يحرر أمين الضبط تحت إشراف القاضي، محضر تدون فيه تصريحات الأشخاص الحاضرين وآرائهم إن اقتضى الأمر".

وتنص المادة 486 من ذات القانون في فقرتها الأولى على: "يمكن للقاضي تلقي آراء العائلة قبل الفصل في الطلب المقدم إليه".

ومن خلال قراءة هذه المواد أعلاه، نستخلص أن:

أ- أن القاضي غير ملزم بسماع الشخص المعني بالتقديم، إذ له سلطة تقديرية في شأن تلقي تصريحاته أو صرف النظر عن هذا السماع، إما بسبب استحالة سماع أقوال الشخص أو بسبب ما يترتب عن ذلك من ضرر بصحته.

ب- أن سماع الشخص المعني بإجراء التقديم يتم بحضور محاميه والأشخاص المعنيين، أما حضور الطبيب المعالج وممثل النيابة العامة فليس وجوبي إنما هو متروك لتقدير القاضي.

ج- تدون تصريحات الأشخاص الحاضرين وآراؤهم إن اقتضى الأمر، في محضر يحرره أمين الضبط تحت إشراف القاضي.

د- يمكن للقاضي تلقي آراء أعضاء العائلة قبل الفصل في الطلب المقدم إليه<sup>1</sup>.

## 2- إجراء الخبرة الطبية:

تنص المادة 103 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يجب أن يكون الحجر

بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر".

فطبقاً لأحكام هذه المادة، يمكن للقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب

الحجر، وبطبيعة الحال لا يمكن للقاضي أن يحكم بالحجر على شخص معين، دون التأكد

<sup>1</sup> - عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص 353.



طبياً من حالته النفسية والعصبية، وهذا أمر يتطلب الاستعانة بأهل الخبرة في ميدان الطب وعلم النفس<sup>1</sup>.

حيث تعتبر الخبرة من الإجراءات التمهيدية أو التحضيرية التي يلجأ إليها القاضي أثناء سير الدعوى المعروضة عليه، فإذا تبين له الغموض في مسألة من المسائل الفنية أو العلمية، يمكنه اللجوء إلى تعيين أحد الخبراء المختصين لتوضيح الجانب الفني أو العلمي الغامض<sup>2</sup>، وفي هذا الصدد تنص المادة 125 ق.إ.م.إ. على: "تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي".

ويتم تعيين الخبير إما تلقائياً من طرف القاضي أو بناء على طلب من أحد الخصوم مع إمكانية تعيين عدد من الخبراء (المادة 126 ق.إ.م.إ.)، سواء كانوا مقيدين في قائمة الخبراء أو غير مقيدين، شريطة أن يؤدي الخبير غير المقيد في قائمة الخبراء اليمين أمام القاضي المعين في لحكم الأمر بالخبرة وتودع نسخة من محضر أداء اليمين في ملف القضية (المادة 131 ق.إ.م.إ.)<sup>3</sup>.

### 3- تصرفات الشخص المراد التحجير عليه:

قد يتم إثبات أسباب الحجر عن طريق وجود تصرفات قام بها هذا الشخص تثبت وجود الحالة المرضية التي تستدعي الحجر عليه، فمثلاً بالنسبة لحالة الجنون والعته يمكن إثباتها بوجود تصرفات قام بها المجنون أو المعتوه ألحقت ضرراً بأمواله تثبت أنه لم يتصرف تصرف الرجل المعتاد فما بالك بتصرف الرجل الحريص.

ويمكن إثبات حالة السفه بتقديم قرائن مادية على حدوثه من خلال أعمال قام بها السفه وأدت إلى ضياع أمواله بفعل تبذيره وإسرافه، أما الغفلة فمن طرق إثباتها وجود تصرفات أدت إلى ضياع المال نتيجة ضعف الملكية النفسية للشخص الغافل أو عدم فطنته أو السهولة في

<sup>1</sup> بشير بلعيد، القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية - خاص بطلبة قسم الكفاءة في المحاماة وشهادة

الليسانس في العلوم القانونية والإدارية -، دار البعث، قسنطينة، 2000، ص 81.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 75.

<sup>3</sup> - عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص 132.



خداعه والملاحظ أن التصرفات الصادرة عن مجرد الإهمال أو السهو في التعامل مما يقع فيه الرجل العادي لا تعد مظهر اللغلة.<sup>1</sup>

مما سبق يمكننا القول أنه يجب على القاضي أن يتأكد من وجود أسباب الحجر قبل أن يحكم به على الشخص المراد التحجير عليه، وأهم طرق إثباتها سماع الأطراف المعنية، والاستعانة بالخبرة الطبية.

### الفرع الثالث: صدور الحكم بالحجر:

لا يقع الحجر بقوة القانون، بل لا بد من النطق به بموجب حكم قضائي<sup>2</sup>، فتتص المادة 103 من قانون الأسرة الجزائري على أنه يجب أن يكون الحجر بحكم.

وعليه فلا بد من صدور حكم قضائي بالحجر على الشخص حتى يمكن القول بأنه محجور عليه، فحتى وإن توفرت حالة الجنون أو العته أو السفه لا يمكن القول بأن هذا الشخص محجور عليه، بل يجب صدور الحكم بذلك، وهو ما يؤكد قرار المحكمة العليا بتاريخ 2008/03/12 الذي جاء فيه ما يلي: "حيث طالما أن قضاة المجلس ذهبوا في قرارهم المنتقد إلى عدم قبول استئناف الطاعن لعدم أهليته بحجة أنه مجنون بنسبة 100% معتمدين في ذلك على الملف الطبي المقدم لهم، إلا أن هذا الملف في حقيقة الأمر لا يسمو إلى مرتبة الحكم بالحجر الذي كان يفترض الاستناد إليه لعدم قبول أي إجراء من إجراءات التقاضي عملاً بالمادة 40 من ق.م. والذي من خلاله يتسنى من خلاله إثبات جنون الطاعن من عدمه.

حيث طالما لا وجود للحكم بالحجر على الطاعن فإن إجراءات التقاضي التي أقدم عليها المدعي في الطعن بواسطة محاميه تبقى سليمة قانوناً ومادام قضاة الموضوع خالف وذلك يستوجب نقض وإبطال القرار محل الطعن لكون الوجه المثار مؤسس ودون التطرق لبقية الوجه.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - الجيلالي عجة، المرجع السابق، ص 156-158.

<sup>2</sup> - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 320.

<sup>3</sup> - جمال سايس، المرجع السابق، ص 1624.



ولقد نص المشرع الجزائري بموجب المادة 487 من ق.إ.م.إ على أنه عند الاقتضاء، ينظر ويفصل في القضية بغرفة المشورة، بمجرد إيداع الخبرة الطبية، وذلك حفاظا على الطابع الشخصي للقضية<sup>1</sup>. وهذا ما نصت عليك كذلك المادة 481 من نفس القانون حيث تنص على: يصرح بموجب أمر يصدره قاضي شؤون الأسرة بافتتاح أو تعديل أو رفع التقديم عن ناقصي الأهلية.

#### الفرع الرابع: الطعن في حكم الحجر:

تعد طرق الطعن في أحكام القضاء من الوسائل التي أقرها المشرع لحماية حقوق المتقاضين، وهذا بتمكينهم من التظلم في مختلف الأحكام القضائية عن طريق الطعن فيها، إما أمام نفس الجهة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، أو أمام جهة قضائية أخرى تعلو الجهة التي أصدرت الحكم<sup>2</sup>.

وتنص المادة 106 من قانون الأسرة الجزائري على أن الحكم بالحجر قابل لكل طرق الطعن، وعليه فيمكن الطعن فيه سواء بطرق الطعن العادية أو الغير عادية فإذا كان القاضي قد فصل في دعوى الحجر بموجب حكم قضائي فالطعن فيه يخضع لنفس الأحكام المقررة لسائر الدعاوى.

<sup>1</sup> - عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص 353.

<sup>2</sup> - بشير بلعيد، المرجع السابق، ص 177.



المبحث الثالث: آثار توقيع الحجر وانقضائه

المطلب الأول: النيابة الشرعية عن المحجور عليه

النيابة الشرعية أو الولاية النيابة، وهي تدخل ضمن في نظام الولاية على المال، وتعرف هذه الأخيرة بأنها: "السلطة التي يملك بها الولي التصرفات والعقود التي تتعلق بمال المولى عليه من البيع والشراء والإجارة والرهن والإعارة وغيرها"<sup>1</sup>. ومن هذا ستكون رؤيتنا إلى النيابة الشرعية عن المحجور عليه انطلاقاً من الفقه الإسلامي ثم القانون الجزائري.

الفرع الأول: النيابة الشرعية عن المحجور عليه في الفقه الإسلامي

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

**أولاً: من تثبت عليه الولاية ومن تثبت له:**

1- من تثبت عليه الولاية: سبق وأن رأينا بأن المستحق الحجر عليهم ضربان: ضرب يستحق عليهم لحقوقهم، والضرب الآخر لحقوق غيرهم، والولاية على المال تثبت على النوع الأول، أي على المستحق الحجر عليهم لحقوقهم.

فهي تثبت على عاجزين عن تدبير شؤونهم المالية من الصغار والمجانين والمعاتيه باتفاق الفقهاء، كما تثبت على السفهاء وذوي الغفلة عند جماهير الفقهاء خلافاً لأبي حنيفة<sup>2</sup>.

وعليه فالولاية تثبت على:

1- الصغير،

2- المجنون،

<sup>1</sup> - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 799

<sup>2</sup> -



3- المعتوه،

4- السفیه،

5- ذو الغفلة<sup>1</sup>.

## 2- من تثبت له الولاية:

أ- الولاية على الصغير: تثبت الولاية عند الحنفية على الترتيب التالي: الأب، ثم وصي الأب، ثم الجد، ثم القاضي، ثم وصي القاضي: وهو من يعينه القاضي<sup>2</sup>.

ويرون أن تقديم الأب على غيره أمر طبيعي لأنه أشفق الناس على أولاده وأحرصهم على مصالحهم، وكان وصي الأب مقدما على الجد لأن اختيار الأب وصيا مع وجود الجد دليل على أنه أولى من الجد، لأنها تعتمد على الأمانة والتجربة والخبرة أكثر من اعتمادها على الشفقة التي يتميز بها الجد عن الوصي، وإرادة الأب في شؤون ولده محترمة في حياته فكذاك تحترم بعد وفاته<sup>3</sup>.

وعند المالكية والحنابلة تكون أولا للأب ثم لوصية، ثم للحاكم، ثم لمن يقيمه أمينة عنه ولا ولاية للجد وغيره من القرابة<sup>4</sup>، فلم يجعلوها للجد أصالة وإن كان يصح أن يكون وصيا من قبل الأب أو القاضي، قالوا: لأنه لا يدلي إلى الصغير بنفسه وإنما يدلي إليه بالأب فلا تكون له الولاية على مال الصغير كالأخ<sup>5</sup>.

وعند الشافعية: الولاية للأب أولا ثم للجد أبي الأب، ثم لوصيهما ثم القاضي أي العدل الأمين، لأن الجد عندهم ينزل منزلة الأب عند عدمه لوجود الشفقة عنده مثل الأب<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 899

<sup>2</sup> - رمضان علي سيد الشرنياصي ومحمد كمال الدين أمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي...، مرجع سابق، ص 365

<sup>3</sup> - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج4، ص2986

<sup>4</sup> - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 804

<sup>5</sup> - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج 4 ، ص2988

<sup>6</sup> - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 804



ب- **الولاية على المجنون والمعتوه:** إذا بلغ على هذه الحالة، فإنها تكون لمن كان وليه قبل البلوغ من أب أو جد أو وصي، باتفاق المذاهب الأربعة، كما تقدم<sup>1</sup>، لأنها كانت ثابتة بسبب الصغر ولم يوجد ما يقتضي رفعها فتستمر إلى الإفاقة<sup>2</sup>.

فإن بلغ الشخص رشيدة ثم طرأ عليه الجنون أو العته، عادت إليه ولاية من كان وليه قبل البلوغ، على الرأي الراجح عند الحنفية، والشافعية.

وقال المالكية والحنابلة في ذلك أن تكون الولاية عليه حينئذ للقاضي، ولا تعود لمن كانت له من أب أو جد؛ لأن الولاية سقطت ببلوغ الصغير رشيدة، والساقط لا يعود<sup>3</sup>، ويرى "شلبي" أن هذا غير مقبول، لأنه لا يعقل أن تكون الولاية للقاضي مع وجود الأب والجد وأهليتهما متحققة وشفقتهم متوفرة، والقاضي لا يتولى ذلك بنفسه بل إنه يتولاه بواسطة الوصي، فلا يعقل أن يعين وصيا أجنبيا مع وجود واحد منهما<sup>4</sup>.

ج- **الولاية على السفیه وذی الغفلة:** تثبت الولاية على السفیه وذی الغفلة أيضا للأولياء السابقين إذا كان السفه والغفلة متصلين بالصغر، غير أنه عند صاحبان محمد بن الحسين، وأبي يوسف تكون للقاضي ابتداء. أما إذا بلغ الشخص رشيدا ثم طرأ عليه السفه أو الغفلة فإن الولاية تكون للقاضي الذي يعين قيما يتولى سلطات الولاية تحت إشرافه ومراقبته<sup>5</sup>، لأن المقصود بالحجر عليهما هو المحافظة على أموالهما، والقاضي هو المنصوب لمثل هذا الأمر<sup>6</sup>.

### ثانيا: الولي:

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

<sup>1</sup> - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج4، ص2988

<sup>2</sup> - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 804

<sup>3</sup> - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج4، ص2988.

<sup>4</sup> - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 804

<sup>5</sup> - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 806

<sup>6</sup> - رمضان علي السيد الشرنباصي ومحمد كمال الدين أمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي...، مرجع سابق، ص 368



### 1- شروط الولي: اشترط الفقهاء لثبوت الولاية على المال ما يأتي:

أ- أن يكون كامل الأهلية، وكال الأهلية يتحقق بالبلوغ والعقل والحرية، لأن فاقده الأهلية أو ناقصها لا يكون أهلا للولاية على مال نفسه وإذا لم يكن أهلا للولاية على نفسه لا يكون أهلا للولاية على مال غيره<sup>1</sup>.

ب- أن يكون متحدا مع الصغير في الدين، فلو كان الأب غير مسلم وأولاده مسلمون (كأن تسلم أمهم وهم صغار وبقي هو على دينه فاعتبروا مسلمين تبعها لها) لا تثبت الولاية له عليهم<sup>2</sup>، لأن اتحاد الدين باعث غالبا على الشفقة ورعاية المصلحة<sup>3</sup>.

ومنه لا تثبت الولاية لغير المسلم على المسلم، ولا للمسلم على غيره<sup>4</sup>، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾<sup>5</sup>، وقوله: ﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾<sup>6</sup> وهذا الشرط في غير القاضي، لأن ولاية القاضي ولاية عامة فهو فهو ولي من لا ولي له من المسلمين وغير المسلمين<sup>7</sup>.

ج- أن يكون أمينا عدلا حريصا على مصلحة من ولي له، والعدالة أي الاستقامة على أمور الدين والأخلاق والمروءات، فلا ولاية للفاسق؛ لأن فسقه يجعله متهما في رعاية مصالح غيره<sup>8</sup>، ومصلحة الصغير ومن في حكمه مقدمة على كل اعتبار<sup>9</sup>، لقوله تعالى: ﴿

<sup>1</sup> - زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، طه، 1993، ص 654

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 655

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

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

<sup>5</sup> - سورة النساء، الآية 141

<sup>6</sup> - سورة الأنفال، الآية 73

<sup>7</sup> - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 808

<sup>8</sup> - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج 4، ص 2993

<sup>9</sup> - رمضان علي السيد الشرنباصي ومحمد كمال الدين أمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي...، مرجع سابق، ص 369



﴿وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافا خاوا عليهم قلوا الله﴾<sup>1</sup>، وقوله تعالى: ﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يألون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً﴾<sup>2</sup>.

د- أن يكون قادراً على التصرفات التي تدخل في ولايته، لأن المقصود من الولاية تحقيق مصلحة المولى عليه، وهي لا تتحقق مع العجز وعدم القدرة على التصرف<sup>3</sup>.

هـ- رعاية مصلحة المولى عليه في التصرفات، لقوله تعالى: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾<sup>4</sup> فليس للولي سلطة في مباشرة التصرفات الضارة بالمولى عليه ضرراً ضرراً محضاً، كالتبرع من مال القاصر بالهبة أو الصدقة، أو البيع أو الشراء بغبن فاحش، أو الطلاق، فإن أمكن تنفيذها على الولي نفسه نفذت والا كانت باطلة<sup>5</sup>.

هذه هي جملة الشروط التي اشترطها الفقهاء وهي ليست خاصة بابتداء الولاية، بل تراعى دائماً، فلو تولى وكان مستوفياً لهذه الشروط ثم طرأ ما يفقد هذه الشروط أو أحدها فيعزل من الولاية حتى ولو كان أباً<sup>6</sup>.

## 2- تصرفات الولي:

الأصل في تصرفات الولي أنها غير مطلقة بل مقيدة بما فيه مصلحة المولى عليه، وعلى هذا لا يكون للولي سلطة مباشرة التصرفات الضارة ضرراً محضاً كهبة شيء من مال المولى عليه أو التصديق به أو البيع والشراء بغبن فاحش، فإذا باشر الولي تصرفاً من هذه التصرفات كان باطلاً لا يقبل الإجازة من أحده، ويملك التصرفات النافعة نفعاً محضاً، كقبول الهبة والصدقة والوصية، ومثلها التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع

<sup>1</sup> - سورة النساء، الآية 09.

<sup>2</sup> - سورة النساء، الآية 10

<sup>3</sup> - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج4، ص2993

<sup>4</sup> - سورة الإسراء، الآية 34

<sup>5</sup> - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج4، ص2993

<sup>6</sup> - رمضان علي السيد الشرنباصي ومحمد كمال الدين أمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه

الإسلامي...، مرجع سابق، ص 369



والشراء والإجارة والشركة بشرط ألا يكون فيها ضرر، فإن كان فيها ضرر كانت باطلة، هذا إجمال لحكم التصرفات، أما تفصيلها فإنها تختلف باختلاف الشخص الذي يتولاها<sup>1</sup>.

أ- الأب وتصرفاته: الآباء ليسوا كلهم في حكم واحد بالنسبة للتصرفات في أموال أبنائهم بل هم مختلفون بحسب صفاتهم، وهم بهذا الاعتبار أربعة أنواع<sup>2</sup>:

- **الصنف الأول:** أب معروف بالتبذير والإسراف وعدم الأمانة على المال، وهذا لا يستحق الولاية على أموال أولاده، فلو أعطيت له الولاية ثم ظهر كذلك، سلبت ولايته وأخذ منه المال وسلم إلى من يستحقها إن كان موجوداً، وإلا سلم إلى وصي يختاره القاضي ليحقق للصغار ما ينفعهم ويحافظ على مصلحتهم<sup>3</sup>.

- **الصنف الثاني:** أب معروف بسوء التدبير وفساد الرأي ولكنه أمين على مال ولده، وهذا تثبت له الولاية على مال أولاده الصغار ومن في حكمهم، لأن فساد الرأي وسوء التدبير لا ينقص شيئاً من شفقة الأب وعطفه على أولادها، ولكنه يراقب في تصرفاته فيمنع من كل ما هو يضر بمصلحة الصغير، فيشترط لصحة تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر أن تكون فيها منفعة ظاهرة، فإن تحققت نفذت وإن لم تتحقق ألغي التصرف، وفسر بعض العلماء المنفعة الظاهرة في العقار ببيعه بضعف قيمته، وبشرائه بنصف قيمته، وفي المنقول ببيعه بزيادة تساوي نصف قيمته وبشرائه بنقص يساوي ثلث قيمته، وفسرها بعضهم بما لا يكون فيه خير للمولى عليه من غير تقييد بالضعف ولا بالثلث، ولا بالتفرقة بين المنقول والعقار<sup>4</sup>.

- **الصنف الثالث:** أب مستور الحال لم يعرف عنه فساد ولا تبذير<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 809

<sup>2</sup> - زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 656.

<sup>3</sup> - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 809

<sup>4</sup> - زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 656

<sup>5</sup> - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 809



- **الصنف الرابع:** أب معروف بحسن الرأي والتدبير، وهذا الأب والذي قبله تثبت له الولاية التامة على أموال أولاده الصغار ومن في حكمهم ولو كانوا في حضانة غيره. فيملك الواحد منهما كافة التصرفات التي يملكها في ماله، ولا يستثنى منها إلا ما فيه ضرر محض كالتبرع والصدقة وما في معناهما، لأن التبرع إخراج المال الصغير بدون عوض فيكون ضررا محضا<sup>1</sup>.

وعلى هذا يكون له بيع أموال المولى عليهم عقارا كانت أو منقولا ويشترى لهم مادام ذلك البيع والشراء بمثل القيمة أو بغبن يسير مما يتغابن فيه الناس عادة، ولا يملك أحد نقض تصرفه حتى الصغير إذا بلغ لا يملك ذلك، لأنه صدر عن ولاية تامة. وليس للأب أن يقرض مال الصغير للغير، ولا أن يقترض لنفسه؛ لما في إقراضه من تعطيل استثمار المال، ويجوز له في رأي أبي حنيفة ومحمد أن يرهن شيئا من مال ولده في دين نفسه، قياسا على ما له من إيداع مال ولده، ولا يجوز هذا الرهن في رأي أبي يوسف وزفر؛ لأن في الرهن تعطي لمنفعة المال، إذ يبقى محبوسا إلى سداد الدين ..

- **الجد وتصرفاته:**

اختلف أئمة المذهب الحنفي في تحديد نطاق تصرفات الجد على رأيين:

**الأول:** يرى أبو حنيفة وأبو يوسف أنه لا يملك كل ما يملكه الأب من تصرفات، بل تقتصر ولايته على ما يملكه وصي الأب -وسيأتي بيانها- لأنه بلي الوصي في المرتبة فلا يكون له اختصاص أكثر من ذلك الوصي، ولو كان مساويا للأب لتلاه في المرتبة وتقدم على وصي الأب في الولاية على المال<sup>2</sup>.

**الثاني:** يرى محمد صاحب أبا حنيفة أن ولاية الجد في قوة ولاية الأب فيملك كل تصرف يملكه الأب، لأن ولاية الجد ولاية أصلية ليست مستمدة من أحد أثبتتها الشارع له بسبب الأبوة فيكون له ما للأب من التصرفات، ولأن الجد أشفق الناس بأولاد ابنه، وأكثرهم

<sup>1</sup> - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 810

<sup>2</sup> - وهيبه بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج 4، ص 7334



رعاية لمصالحهم ، بأمورهم بعد أبيهم، وإذا كان هذا شأن الجد مع أحفاده كانت ولايته في المال كولاية الأب فيملك ما يملكه من تصرفاته<sup>1</sup>.

**ثالثا: الوصي:**

### 1- من يكون له تولية الوصي:

إن الإيصاء برعاية الأولاد الصغار ومن في حكمهم، كالمجانين والمعتوهين، والنظر في أموالهم بحفظها والتصرف فيها بما ينفعهم، فلا خلاف بين الفقهاء في أن تولية الوصي تكون للأب، لأن للأب - عندهم جميعا - حق الولاية على أولاده الصغار ومن في حكمهم في حال حياته، فيكون له الحق في إقامة خليفة عنه في الولاية عليهم بعد وفاتها، فإذا اختار الأب شخصا ليكون خليفة عنه في الولاية على أولاده القصر بعد وفاته فإنه يجب أن تتوفر فيه شروط الوصاية، وهذا الشخص يسمى وصي الأب<sup>2</sup>.

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

وقال المالكية والحنابلة في ذلك : ليس للجد حق تولية وصي عنه على أولاد أولاده، لأن الجد لا ولاية له عندهم على أموال هؤلاء الأولاد في حين قال الشافعية والحنابلة أنه: ليس للوصي إيصاء لغيره إلا أن يؤذن له فيه، فإن أذن له به، جاز له في الأظهر عند الشافعية<sup>3</sup>

وأجاز المالكية للأب الإيصاء على أولادها بشروط: هي أن يكون المال قليلا قلة نسبية كستين دينار، وأن يورث المال عنها بأن كان المال لها وماتت، وألا يكون للموصى عليه ولي من أب أو وصي أب أو وصي قاض. فإن كثر المال، فليس لها الإيصاء، ولو

<sup>1</sup> - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 818

<sup>2</sup> - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، ط2، 1406 هـ -

1986، ج 7، ص 203

<sup>3</sup> - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 820



كان المال للولد من غير الأم كأبيه أو من هبة، فليس لها الإيصاء، بل ترفع الأمر للحاكم. وإن كان للولد ولي آخر من أب أو وصي، فلا وصية لها على أولادها<sup>1</sup>.

## 2- شروط الوصي:

اشترط الفقهاء في أهلية الوصي مطلقاً مختاراً من الأب أو معيناً من القاضي، أن يكون كامل الأهلية عدلاً أميناً قادراً على إدارة شؤون من له الوصاية عليه، وأن يكون متحداً في الدين مع من جعلت له الوصاية عليه، فلا يصح الإيصاء للصغير، والمجنون، والمعتوه ومن لا يحسن التصرف، لأنه لا ولاية لواحد من هؤلاء على ماله فلا يكون لهم حق التصرف في مال غيرهم، وكذلك لا يصح الإيصاء لمن يكون مخالفاً للقاصر في الدين، لأن الاتفاق في الدين باعث على العناية بالقاصر والاهتمام بأمره والاختلاف في الدين باعث في الغالب على ترك النظر في صالح من يخالفه في الدين<sup>2</sup>.

وهذه الشروط معتبرة بعد وفاة الموصي في الوصي المختار، لأنه الوقت الذي تنفذ فيه الوصاية، فلا اعتبار لتخلفها قبل ذلك، لأنها شروط لنفاذ الوصاية لا لإنشائها، فإن لم يكن أهلاً في هذا الوقت عدل عنه وعين القاضي غيره<sup>3</sup>.

## 3- تصرفات الوصي:

أ- تصرفات الوصي المختار: يملك وصي الأب أو الجد ما يملكه الأب إلا فيما يأتي بسبب عدم توافر الشفقة الكائنة عند الأب<sup>4</sup>

- بيع العقار: لا يجوز للوصي المختار بيع العقار إلا إذا كان هناك مسوغ شرعي

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

ب- أن تزيد ضريبة العقار ومصاريفه على غلاته.

ج- أن يتعين بيع العقار لصرف ثمنه في نفقة القاصرة.

<sup>1</sup> - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج10، ص7578

<sup>2</sup> - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج7، ص209

<sup>3</sup> - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص821.

<sup>4</sup> - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج10، ص7339



- بيع الوصي مال نفسه لليتيم أو شراء ماله لنفسه: لا يجوز للوصي المختار بيع ماله للقاصر أو شراء مال القاصر لنفسه إلا إذا كان في البيع والشراء منفعة ظاهرة للصغير.
- وهذا على القول المفتى به في مذهب الحنفية. وقال صاحبان والأئمة الآخرون: لا يجوز للوصي أن يبيع أو يشتري من مال الصغير مطلقاً.<sup>1</sup>
- رهن الوصي: لا يصح رهن الوصي شيئاً من أموال نفسه عند القاصر نظير دين عليه له وارتهانه شيئاً من أموال اليتيم عند نفسه نظير دين له على القاصر.<sup>2</sup>
- ب- تصرفات وصي القاضي: يتصرف وصي القاضي كما يتصرف الوصي المختار في كل ما كان نافعة للقاصر، ويعمل على حفظ ماله وتنميته، وهو يختلف عن الوصي المختار في حالات<sup>3</sup>:
- ليس لوصي القاضي عقد المعارضة في مال القاصر مع نفسه ولا مع من لا تقبل شهادتهم له، لأنه نائب عن القاضي، والقاضي لا يملك ذلك فذلك نائبه، أما الوصي المختار فله ذلك بشرط أن يكون فيه نفع ظاهرة.
- الوصي المختار له أن يقيم وصياً بعد وفاته على مال القاصر الذي له عليه وصاية، وليس ذلك لوصي القاضي إلا إذا جعل له القاضي ذلك في قرار تعيينه، والسبب في ذلك أن القاضي الذي يستمد منه الوصي المعين من قبله ولايته موجود دائماً بخلاف الوصي المختار فإن من اختاره غير موجود فلا يمكن الرجوع إليه.
- وصي القاضي قابل للعزل وإن كان عدلاً كفواً إذا كانت مصلحة القاصر تقتضي ذلك، لأنه وكيل القاضي وكل موكل يملك عزل وكيله، أما الوصي المختار فلا يجوز للقاضي عزله إذا كان عدلاً كفواً، لأنه لم يعينه فلا يملك عزله دون سبب مبرر لذلك العزل.

<sup>1</sup> - زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 667

<sup>2</sup> - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، 829

<sup>3</sup> - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج10، ص 7342-7343



- للقاضي حق سؤال وصيه عن مقدار التركة، وليس للوصي المختار ذلك، وإذا أوصى وصي القاضي لآخر على تركته، لم يكن وصية على التركتين، بخلاف الوصي المختار.
  - ليس لوصي القاضي الموكل بالخصومة في عقار القاصر قبضه إلا بإذن من القاضي، أو بتوكيل سابق فيه، أما الوصي المختار فيملك القبض من غير إذن.
  - ليس لوصي القاضي إيجار القاصر، أما الوصي المختار فله ذلك<sup>1</sup>.
- رابعاً: انتهاء الولاية على المال (الولاية والوصاية):

الولاية على المال تبقى ما بقي سببها وهو سبب الحجر، فإذا زال سببها انتهت الولاية أو الوصاية وبالتالي رفع الحجر. ويرتفع الحجر عن السفیه إذا ظهر رشده وأمارات حرصه على ماله، ولكن لا بد في الراجح عند الفقهاء، خلافاً لمحمد بن الحسن، من قرار القاضي برفع الحجر؛ لأن ما ثبت بحكم القاضي لا يزول إلا بحكم آخر، كذلك يرفع الحجر عن المغفل إذا ظهرت خبرته، واهتدى إلى حسن التصرف، عن طريق حكم القاضي، على خلاف السابق في السفیه<sup>2</sup>.

ويرفع الحجر عن المجنون بدون حكم القاضي باتفاق إذا شفي وعاد إليه عقله. ومثله المعتوه إذا اكتملت قواه العقلية وزال تخبطه في الكلام<sup>3</sup>.

وأما الصغير: فإن كان غير مميز فيرفع الحجر عن بعض تصرفاته عند الحنفية والمالكية بإتمام سن السابعة. وإن كان مميزة فيرفع الحجر عنه شيئاً: أحدهما، عند الجمهور غير الشافعية: وهو إذن الولي إياه بالتجارة، والإذن بالتجارة يزول الحجر عن التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع. وعند الشافعية: لا يزول الحجر عن المميز ولو بالإذن بالتجارة. الثاني، بلوغه عاق" رشيدة من غير حاجة إلى ترشيد ولي أو حكم من القاضي عند الجمهور غير المالكية.

<sup>1</sup> - زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 672

<sup>2</sup> - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج 6، ص 4533

<sup>3</sup> - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج 6، ص 4533-4534.



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

### الفرع الثاني النيابة الشرعية عن المحجور عليه في القانون الجزائري

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

ولقد خصص الكتاب الثاني من قانون الأسرة لأحكام هذا النظام فكان تحت عنوان "النيابة الشرعية"، حيث نص في المادة 81 منه على: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر سن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي، أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

ومنه وبحسب هذه المواد فإن المشرع الجزائري ينص على أن فاقد الأهلية وناقصيها يخضعون لنظام النيابة الشرعية، وتأكيدا على ذلك خص المحجور عليه بنص خاص في المادة 104 ق.أ.ج والتي تنص على: "إذا لم يكن للمحجور عليه ولي، أو وصي وجب على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدما لرعاية المحجور عليه والقيام بشؤونه مع مراعاة أحكام المادة 100 من هذا القانون".

ومنه نستنتج أن القاضي إذا رأى أن المحجور عليه ليس له ولي أو وصي حكم بتعيين مقدم، لوجود من ينوب عنه قانونا ويرعى مصالحه، وعلى هذا القول يتضح لنا أن المشرع الجزائري ميز بين حالتين:

**الحالة الأولى:** يكون فيها الشخص المحجور عليه لم يبلغ سن الرشد، فالقول بوجود الولاية أو الوصاية يعني أنها لم تسقط بعد، وذلك لا يكون إلا إذا كان الشخص قاصرا لم يبلغ السن القانوني للرشد والذي هو 19 سنة كاملة، فالولاية والوصاية لا تكون إلا على الولد القاصر<sup>1</sup>.



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

لكن نص المادة 101 ق.أ. ج كان واضحاً فالشخص الذي يحجر عليه يجب أن يكون قد بلغ سن الرشد القانوني، فتنص هذه المادة على: "من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه"

وبالتالي فإن المشرع لم يوفق في صياغة هذه المادة، ذلك أنها تحتاج إلى ضبط أو تعديل، فحتى بالقول أنه كان يقصد أن القاضي يعين في حكمه ولي أو وصي أو مقدم، أو أنه كان يقصد بلفظ "ولي أو وصي" الشخص الذي كان كذلك قبل بلوغ المحجور عليه سن الرشد، فإن هذا لا يستوي أيضاً فقد نص في المادة 481 ق.إ.م. والتي وضعها تحت عنوان "في حماية البالغين ناقصي الأهلية" على أن الشخص الذي يعين يسمى مقدماً، فتنص هذه المادة على أن: "يصرح بموجب أمر يصدره قاضي شؤون الأسرة بافتتاح أو تعديل أو رفع التقديم عن ناقصي الأهلية" فالمشرع لم يذكر "بافتتاح أو تعديل أو رفع الولاية أو الوصاية أو التقديم عن ناقصي الأهلية" بل نص على التقديم فقد<sup>1</sup>.

وتبقى للقاضي صلاحية اتخاذ أي تدبير من تدابير التحقيق لمعرفة مدى زوال أسباب الحجر وكذا الاستعانة بالخبرة، وللقاضي سلطة تقديرية في رفع الحجر من عدمه، ويتم رفع الحجر بحكم قضائي، ويكون هذا الحكم الذي قضى بالحجر قابلاً لمخاصمته بجميع طرق الطعن، ويجب أن ينشر للإعلام.

<sup>1</sup> - لحسين بن آث ملويا، المرجع السابق، ص 327



### المطلب الثاني: حكم تصرفات "المحجور عليه"

تطرقنا فيما سبق إلى أسباب الحجر وإجراءات توقيعه، وتوصلنا إلى أن الحجر يقع على الشخص بحكم من القاضي، ويعين له مقدم لرعاية مصالحه المالية، إلا أنه يمكن للمحجور عليه إبرام تصرفات قانونية إما قبل توقيع الحجر عليه أو بعده، وفي هذا المطلب سنتطرق إلى حكم هذه التصرفات في الفقه أولاً، ثم في القانون، على النحو الآتي:

#### الفرع الأول : حكم تصرفات المحجور عليه في الشريعة الإسلامية

##### 1- حكم تصرفات الصغير، المجنون، والمعتوه:

##### 1-1- حكم تصرفات الصغير:

لقد سبق لنا القول بأن الصغير يمر بمرحلتين حتى يبلغ:

المرحلة 1: مرحلة عدم التمييز، وتنتهي عادة ببلوغ سن السابعة

المرحلة 2، التي وهي مرحلة التمييز.<sup>1</sup>

أ) حكم تصرفات الصبي الغير المميز: وفي هذه المرحلة تكون الولاية عليه تامة، فجميع تصرفاته لوليّه، وعليه اتفق الفقهاء على بطلان تصرفات "الصبي الغير المميز" من بيع وشراء وغير ذلك، لأن عبارته ملغاة لا للاعتداد بها شرعاً، فلا تصح بها عبادة، ولا تجب بها عقوبة، ولا ينعقد معها بيع أو شراء، ويستمر هكذا حتى يبلغ سن السابعة<sup>2</sup>، وهو سن التمييز.

ب- حكم تصرفات الصبي المميز: لقد قسم "الفقهاء" تصرفات الصبي في هذه المرحلة إلى ثلاثة تصرفات:

<sup>1</sup> - فطيمة الزهرة عبد العزيز، المصدر السابق، ص 121

<sup>2</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 30، ص 246



-تصرفات نافعة نفعاً محضاً: وهذه تجوز من الصبي المميز من غير حاجة إلى إذن الولي كقبول الهبات من غير عوض، والوصايا<sup>1</sup>، أو اعتناق الإسلام<sup>2</sup>، والاستحقاق في الأوقاف من غير مقابلة أي التزام.

- تصرفات ضارة ضرراً محضاً : كتبرعه بشيء من ماله أو إقراضه أو إعارته أو طلاق زوجته فيبطل منه ولا ينفذ ولا تصححه إجازة الولي<sup>3</sup>، لأن ولايته للمصلحة، ولا مصلحة في التصرفات الضارة ضرراً محضاً<sup>4</sup>

- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر: وهي على نوعين : معاوضات كالبيع وال شراء<sup>5</sup>، والإيجار والاستئجار والزواج، تبرعات كالهبة والكفالة والإقرار بما يوجب عليه ما. فأما المعاوضات فتتعد منه موقوفة على إجازة وليه ، فإن أجازها نفذت، ولو لم يرض العاقد الآخر، وإن ردها بطلت. وأما التبرعات فهي مردودة ، وليس للولي أن يجيزها بحال، إلا الوصي فإنها نافذة، أما إن بلغ القاصر سن الرشد عاق راشداً فإن كل تصرفاته تصح وتلزمه<sup>6</sup>

## 1-2- حكم تصرفات "المجنون" و"المعتوه":

(أ) حكم تصرفات المجنون: المجنون في أحكام الحجر كالصبي سواء كان مسلوب العقل أصلاً بحيث لا يفيق غالباً، أو كان مجنون بالصرع ، أو كان مجنوناً بالوسواس، ولا فرق بين أن يكون المجنون في الأحوال الثلاثة مطبقة أو متقطعة. 80، فهو ممنوع من التصرف في ماله، بعوض أو بغير عوض، فلا يصح بيعه ولا شراؤه، ولا تبرعاته، ولا يعتد بإيمانه ولا طلاقه؛ لأنه فاقد الأهلية، مرفوع عنه التكليف، ويعتد بأفعاله الجنائية في

<sup>1</sup> - أبو زهرة، الأحوال الشخصية، 439 - 440

<sup>2</sup> - الصادق الغرياني، المدونة، ج 3، ص 656

<sup>3</sup> - أبو زهرة، المصدر نفسه، ص 440

<sup>4</sup> - ستوان بلقاسم، المصدر نفسه، ص 98

<sup>5</sup> - أبو زهرة ، المصدر نفسه، ص 440

<sup>6</sup> - محمد سكجالي، المذهب من الفقه المالكي وأدلته، ج 2، ص 630



الأموال، فإذا أتلّف شيئاً من أموال الناس ضمن ما أتلّفه في ماله، وإذا أحبل زوجته نسب الولد إليه<sup>1</sup>

(ب) حكم تصرفات "المعتوه": المعتوه كالصبي المميز في تصرفاته، فإن تصرف تصرفاً نافعة محضاً كقبول من الغير نفذ تصرفه بدون توقف على إجازة "الولي"، وإن تصرف تصرفاً ضاراً محضاً كإقراضه ماله، أو هبته لغيره لا ينفذ ولو أجازته "الولي"، وإن تصرف في شيء يحتمل النفع و الضرر عاد كالباع و الشراء فإنه ينعقد موقوف على إجازة "الولي"، فللولي أن يجيزه وله أن يردّه. وقد ألحقت كتب الفقهاء العته بالجنون.<sup>2</sup>

**2- حكم تصرفات السفية:**

أفعاله نافذة مالم يحجر عليه<sup>3</sup>، فوصيته في وجوه الخير جائزة إن كان معه من عقله ما يعرف به الوصية، غير أنه لا يبيع و لا يشتريه، لكن يؤذن له في التجارة في اليسير من ماله ليختبر به<sup>4</sup>، والسفيه مكلف بجميع التكاليف الشرعية و مؤاخذ على أفعاله كلها و معاقب على جناياته ، لكنه يمنع من التصرف في ماله صيانة له و خشية عليه من الضياع في إنفاقه بغير وجه صحيح.<sup>5</sup>

**3- حكم تصرفات "المفلس" و "المريض مرض الموت":**

(أ) **حكم تصرفات "المفلس":** تصرفات "المفلس" ثلاثة أنواع:

- **تصرفات نافعة للغرماء:** كقبوله "الهبة" و "الصدقة"، فهذه لا يمنع منها. تصرفات ضارة: كهبته لماله، ووقفه له، و تصدقه به، والإبراء منه، و سائر التبرعات، فهذه يؤثر فيها الحجر عند الحنفية و المالكية و الحنابلة، و على الأظهر عند الشافعية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - الصادق الغرياني، المصدر نفسه، ج 3، ص 654

<sup>2</sup> - الجزيري ، مرجع سابق، ج2، ص 327

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته، ج 5، ص 438

<sup>4</sup> - ابن جزى المالكي ، المصدر السابق ، ص 485

<sup>5</sup> - محمد سعيد جعفرور ، تصرفات ناقص الأهلية المالية ... ، ص 51-52

<sup>6</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية ، مصدر سابق ، ج 5، ص 366-367



- تصرفات دائرة بين النفع والضرر: كالبيع والإجارة، والأصل في هذا النوع أنه يمنع من التصرف فيه ، فإن أوقعه وقع موقوفا على نظر الحاكم" إن اختلف الغرماء"، وعلى نظرهم إن اتفقوا<sup>1</sup>.

(ب) حكم تصرفات المريض مرض الموت: في رأي العلماء أن مرض الموت لا ينقص أهلية المريض، ولكن يغير بعض الأحكام الناتجة عن أهلية الأداء الكاملة التي يتمتع بها. فبمرض الموت تحت التبرعات بثلاث المال، ولا تنفذ صدقة المريض ولا هبته إلا من ثلث ماله لا تزيد. كما يمنع من التبرع لأحد من ورثته، حتى يجيز ذلك باقي الورثة. ومن جانب آخر فإن المريض إذا كان مدينا بدين يستغرق تركته كلها اعتبر محجورا عن التصرف في ماله بطريق التبرع. ففي هذه الحالة فإنه يجوز له أن يتبرع إلا إذا أذن له دائنوه، لكنه إذا كان عليه دين لا يستغرق ماله، جاز تبرعه فيما زاد عن دينه<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: حكم تصرفات "المحجور عليه في القانون الجزائري

#### 1) حكم تصرفات المجنون و"المعتوه":

من خلال المادة 107 من قانون الأسرة فرق المشرع بين مرحلتين: مرحلة ما قبل صدور الحكم و مرحلة ما بعد صدور الحكم بالحجر القضائي على المجنون أو المعتوه، واعتبر أن التصرفات التي يبرمها المجنون أو المعتوه قبل صدور الحكم بالحجر عليه صحيحة في الأصل، ولا تقع باطلة رغم تخلف الإرادة وانعدام التمييز لدى كل من المجنون و المعتوه.

وأما تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة (المجنون والمعتوه)، والمقصود بالبطلان هو البطلان المطلق، سواء كان التصرف نافعا نفعا محضا أو ضارا ضررا محضا أو دائرا بين النفع و الضرر، وسواء كان التصرف قد صدر في فترة من فترات

<sup>1</sup> - العربي بختي ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص 172-173

<sup>2</sup> - المصدر نفسه ، ج5، ص 307.



الجنون أو فترة من فترات الإفاقة<sup>1</sup>، إضافة إلى المادة 42 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري و التي جاء فيها : (لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة)<sup>2</sup> ويترتب عن انعدام أهلية "المجنون" و"المعتوه" بطلان تصرفاته بطلانا مطلقا. حكم تصرفات "السفيه": إن السفه والغفلة عارضان يصيبان الأهلية لا يذهبان العقل، ولا يؤديان إلى انعدام التمييز كلية، وإنما إلى الإنقاص منه فقط، إذ يمكن للسفيه وذو الغفلة إبرام تصرفات قانونية قبل الحجر عليهما و تكون صحيحة ومنتجة لكافة آثارها القانونية .

ومما سبق نستنتج أن المشرع الجزائري لم يبين صراحة حكم تصرفات السفه وذو الغفلة قبل الحجر عليهما ، وإنما اكتفى بالتفريق بين المرحلة التي تسبق توقيع الحجر و المرحلة التي تلي توقيعه في المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة و قبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها"<sup>3</sup>، بمعنى أن التصرفات الصادرة عن المحجور عليهم صحيحة أصلا قبل توقيع الحجر، إلا إذا ما ثبت أن أسباب الحجر كانت ظاهرة وقت صدور التصرف .

### المطلب الثاني: فك الحجر عن المحجور عليهم

نصت المادة (108) من ق.أ.ج، على أن: " يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه " ومن خلال استقراء هذه المادة يتبين أن الحجر لا ينقضي إلا إذا زالت أسبابه، ولا يتم رفعه إلا إذا طلبه المحجور عليه

<sup>1</sup> - توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون و النظرية العامة للحق ، الدار الجامعية ، ص 670-671

<sup>2</sup> - القانون المدني الجزائري سنة 2007، الباب الثاني : الأشخاص الطبيعية و الاعتبارية ، الفصل الأول : الأشخاص الطبيعية ، ص9

<sup>3</sup> - محمد سعيد جعفرور ، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، ص 97



**الفرع الأول: فك الحجر عن المحجور عليهم في الفقه الإسلامي**

**أولاً: فك الحجر عن الصغير:** اتفق علماء المذاهب الأربعة على أن الصغير لا يزول عنه الحجر إلا بتحقيق البلوغ والرشد الذي يظهر في حفظ المال وحسن التصرف فيه، لأن السبب في الحجر على الصغير هو مخافة تضييع المال. فمتى وجد الخوف وجد الحجر، ومتى انتفى الخوف انتهى الحجر.<sup>1</sup>

**ثانياً: فك الحجر عن المجنون والمعتوه:** فك الحجر عن المجنون والمعتوه إذا رشداً، وزال عنهما وصف الجنون والعتة، ويكون ذلك بالإفاقة، من غير احتياج حكم حاكم بالفك، لأن الحجر ثبت بلا حاكم، فمتى زال عنهما السبب الموجب للحجر عنهما، عادت لهما حرية التصرف في أموالهما كما يتصرف العاقل.<sup>2</sup>

**ثالثاً: فك الحجر عن السفیه وذو الغفلة:** لا يثبت الحجر على السفیه وذی الغفلة ولا یرفع إلا بقرار القاضي بثبوته أو ورفعه؛ لأن كلا من السفه والغفلة ليس أمراً محسوساً كالجنون والعتة، وإنما يستدل عليه بالتصرفات الحاصلة من السفیه والمغفل، وهذه أمور تقديرية اجتهادية، تختلف باختلاف وجهات النظر، فلا بد من حكم القاضي للثبوت من الأمر ورفع الخلاف، من تحرير المتعاملين معهما، وعدم إضرارهم بهما؛ لأنهم لا يعلمون حقيقة أمرهما إلا بقرار الحجر عليهما.<sup>3</sup>

**رابعاً: فك الحجر عن المفلس:** الإشكالية تتمثل في تقسيم مال المفلس بين الغرماء أو الدائنين والسؤال المطروح هو: هل يرفع الحجر عنه أم يشترط لرفعه حكم الحاكم؟ ذكر فقهاء الشافعية والحنابلة في المسألة رأيين:

– عدم الزوال إلا بحكم الحاكم لأنه حجر ثبت بحكم فلا يزول إلا بحكم

<sup>1</sup> – العربي بختي ، المصدر السابق ، ص 165

<sup>2</sup> – محمد بن محمد المختار الشنقيطي ، شرح زاد المستتقع، ج 9، ص 192

<sup>3</sup> – وهبة الزحيلي ، المصدر السابق ، ص 447، 448



- إن الحجر يزول بمجرد قسمة مال المفلس؛ لأن السبب الذي لأجله حجر عليه قد زال، فيزال الحجر تبعا له، كزوال حجر المجنون لزوال جنونه<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: فك الحجر في القانون الجزائري

#### أولاً: فك الحجر عن الصغير

يرى القانون الجزائري أن الحجر يرفع عن الصغير جزئيا إذا كان مميزا<sup>2</sup> وذلك وفقا للمادة 83 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أن: ( للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة و له الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يببرر ذلك)، وقد يرفع الحجر نهائيا عن الصغير إذا بلغ سن الرشد حين تكتمل أهليته، وهذا ما نصت عليه المادة 86 من ق.أ. ج أن: ( من بلغ سن الرشد و لم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني)<sup>3</sup>.

#### ثانيا: فك الحجر عن المجنون و المعتوه

نصت المادة 108 من قانون الأسرة على أنه: "يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه" ومنه فإذا زال الجنون فإنه يمكن رفع الحجر و إنهائه بناء على طلب المحجور عليه الذي يقدمه للمحكمة للبت فيه. كما يرفع الحجر عن المعتوه بحكم قضائي، وذلك إذا زال سببه عليه وهو العته وفقا للمادة 108 من ق.أ. ج بناء على طلبه<sup>4</sup>.

#### ثالثا: فك الحجر عن السفیه و ذي الغفلة

نصت المادة 108 من قانون الأسرة على أنه: "يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه" ومنه يرفع الحجر قانونا عن السفیه و يشترط فيه حكم

<sup>1</sup> - بلقاسم شتوان ، المصدر السابق ، ص 120

<sup>2</sup> - علما أن القانون المدني الجزائري نص على سن التمييز بستة عشر " 16 " كاملة

<sup>3</sup> - بلقاسم شتوان ، المصدر نفسه ، ص 116 ، 117

<sup>4</sup> - المرجع نفسه ، ص 117 ، 118



القاضي، وذلك بعد التأكد من زوال السفه، فمتى ظهرت عليه علامات الرشذ وحسن التصرف في أمواله يرفع عنه الحجر.

وذو الغفلة قانوناً يلحق بالسفيه فمتى زال سبب الحجر عليه من غفلته فإن الحجر يرفع عنه بحكم قضائي، ومتى اهتدى إلى التصرفات الراجعة من غيرها رفع الحجر عنه وفقاً للمادة 108 ق.أ.ج.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> - بلقاسم شتوان ، المصدر السابق ، ص 120.

الخاتمة





## خاتمة:

وفي ختام هذا البحث الذي تناولت فيه موضوع الحجر بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، نخلص إلى جملة من النتائج نجعلها في ما يلي:

1- أن المشرع الجزائري قد وفق نوعا ما في وضعه لأحكام الحجر بين كل من قانون الأسرة وغيره من القوانين الأخرى التي تناولت أحكامه فنجد:

أ- اعتبر المشرع الجزائري في القانون المدني كل من المجنون والمعتوه عديمي الأهلية (المادة 42) والسفيه ناقص الأهلية (المادة 43)، وبالمقابل نص على أن الأشخاص المصابين بالعاكات السابقة - الجنون، العته أو لسفه - إذا ما بلغوا وهم بهذه الحالة أو طرأت عليهم بعد رشدهم يحجر عليهم، وهو ما جاء في المادة 101 من قانون الأسرة.

ب- نص المشرع الجزائري على الحجر القانوني في قانون العقوبات من خلال المادتين 09 و 09 مكرر، واعتبر أن الشخص المحكوم عليه بعقوبة جنائية يحجر عليه، ونص في الفقرة الثانية من المادة 09 مكرر ق.ع.ج على طريقة إدارة أمواله والتي اعتبرها تتم طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي، وبالتالي تطبيق أحكام المواد 101 إلى 108 من ق.أ.ج.

ج- اعتبر المشرع الجزائري في قانون الأسرة أن الحجر لا يكون إلا بموجب حكم قضائي (المادة 103)، وبين إجراءات توقيعه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما أنه حماية لمصالح المحجور عليه أجاز للقاضي أن يفصل في دعوى الحجر بموجب أمر فنص على إجراءات توقيعه من خلال المواد 481 إلى 489 ق.إ.م.إ.

2- لم يوفق المشرع الجزائري في صياغته لبعض المواد مما أدى إلى وجود تعارض بين ما نص عليه في قانون الأسرة الجزائري، وبين ما جاء في غيره من القوانين الأخرى منها:



أ - أن المشرع الجزائري اعتبر ذي الغفلة ناقصا للأهلية بموجب المادة 43 من القانون المدني، وفي المقابل لم يعتبره سببا من أسباب الحجر ضمن أحكام قانون الأسرة، فلم يورد ذكر ذي الغفلة في المادة 101 ق.أ.ج التي تحدث فيها عن أسباب الحجر.

ب - سوى المشرع الجزائري من خلال المادة 107 ق.أ.ج بين تصرفات السفية الذي يعتبر ناقص الأهلية، وتصرفات المجنون المعتوه الذين يعتبران عديميها، حيث اعتبر تصرفاتهم باطلة بعد صدور الحكم بالحجر، ولا يمكن ذلك لأن السفية يعتبر وفقا لأحكام القانون المدني ناقص الأهلية، وبالتالي هو يخضع لنفس أحكام الصبي المميز، فتطبق عليه أحكام المادة 83 ق.أ.ج، ومنه تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة من ينوب عنه قانونا إذا كانت مترددة بين النفع والضرر.

ج - أعطى المشرع الجزائري الشخص الذي يراد التحجير عليه الحق في الدفاع عن حقوقه من خلال المادة 105 ق.أ.ج وقرر بأنه للمحكمة أن تعين له مساعدا إذا رأت في ذلك مصلحة، وبالتالي فقد أعطى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تعيين محام لهذا الشخص، وفي المقابل نجد أنه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أمر القضاة بتعيين محام تلقائيا للشخص المراد التحجير عليه إذا لم يكن مبينا في العريضة أن له محاميا، فنجد أن هذه المادة جاءت على وجه الإلزام والوجوب، وليس للقاضي سلطة تقديرية في ذلك.

د - تكلم المشرع الجزائري عن بعض إجراءات توقيع الحجر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت عنوان " في حماية البالغين ناقصي الأهلية " ، غير أنه بهذه الصياغة خص بهذه الإجراءات السفية وذي الغفلة فقط دون المجنون والمعتوه كونهم عديمي الأهلية وليسوا ناقصيها.

هـ - اعتبر المشرع الجزائري في المادة 104 ق.أ.ج أن الشخص الذي ينوب قانونا عن المحجور عليه يكون إما ولي أو وصي أو مقدم، في حين نص في قانون الإجراءات



المدنية والإدارية على المقدم فقط دون غيره (المادة 481)، وبالتالي فعبارة ولي أو وصي المذكورة في المادة 104 ق.أ هي إضافة في غير محلها.

3- وافق المشرع الجزائري الفقه الإسلامي في بعض الأحكام وخالفه في أحكام أخرى: أوافق المشرع الجزائري الفقه الإسلامي في مفهوم الحجر وبعض أسبابه المتمثلة في الجنون، العته، السفه والغفلة، حيث تعتبر هذه الأخيرة أسبابا للحجر في كل منهما، غير أن المشرع يزيد على الفقه بالحجر على المحكوم عليه بعقوبة جنائية، في حين يضيف الفقه أسبابا أخرى منها: الصغر، التفليس، مرض الموت، الرق والزوجة.

ب - لا يعتبر الشخص محجورا عليه في القانون الجزائري إلا إذا صدر حكم قضائي بذلك، فالمشرع الجزائري نص على وجوب صدور الحكم بالحجر ( المادة 103 ق.أ.ج)، أما في الفقه الإسلامي فيوجد نوعين للحجر: حجر حكمي ويشمل من يكون محجورا عليه لذاته من دون حاجة لقرار قضائي كالصغير والمجنون والمعتوه، وحجر قضائي وهو الذي يحكم به القاضي كالحجر على السفیه والمدین.

ج -يتفق المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي في أن الشخص المحجور عليه يعين له من ينوب عنه شرعا في القيام بتصرفاته المالية، غير أن هذا الشخص يتمثل في الولي، أو الوصي الذي يعينه الولي أو القاضي في الفقه الإسلامي، وهو المقدم الذي يعينه القاضي في القانون، ومنه فالمشرع الجزائري يتفق مع الفقه الإسلامي حول وصي القاضي الذي يسمى مقدما في القانون الجزائري.

د -إن حكم تصرفات المحجور عليه في الفقه الإسلامي يختلف بحسب الأسباب التي أدت إلى توقيع الحجر، وهي تتمثل إما في البطلان أو النفاذ أو تكون موقوفة على إجازة النائب الشرعي، أما المشرع الجزائري فقد اعتبر تصرفات المحجور عليه باطلة بعد صدور الحكم بالحجر، وباطلة قبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها، وعليه فالمشرع الجزائري يشترك مع الفقه الإسلامي في حكم التصرفات التي يعتبرها الفقه باطلة بعد صدور الحكم بالحجر، ويختلف عنه في التي لا يعتبرها كذلك، أما قبل



## الخاتمة

---

صدور الحكم بالحجر، فهو يشترك مع الفقه الإسلامي في حكم التصرفات التي تعتبر صحيحة أو باطلة في كليهما بحسب أسباب الحجر إذا كانت ظاهرة وفاشية وقت صدور والتصرف، ويختلف عنه في التي لا تعتبر كذلك.



قائمة المصادر والمراجع



## قائمة مراجع:

### أولاً: النصوص القانونية:

- (1) القانون المدني الجزائري سنة 2007، الباب الثاني : الأشخاص الطبيعية و الاعتبارية ، الفصل الأول : الأشخاص الطبيعية
- (2) قانون رقم 06-23 مؤرخ في 29 ذي الحجة عام 1427هـ الموافق لـ 20 ديسمبر 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 08 يونيو 1966، والمتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 84 الصادرة بتاريخ 24 ديسمبر 2006.

- (3) قانون رقم 06-23 مؤرخ في 29 ذي القعدة 1427هـ الموافق لـ 20 ديسمبر 2006، قانون العقوبات.

- (4) قانون رقم 09-02 مؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق 25 فيفري 2009، يعدل ويتمم الأمر رقم 71-57 المؤرخ في 17 جمادى الثاني 1391 الموافق 05 أوت 1971 المتعلق بالمساعدة القضائية، ج ر عدد 15 المؤرخة في 8 مارس 2009

### ثانياً: الكتب

- (5) ابتسام الغلام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس عربي فرنسي.
- (6) إبراهيم مصطفى ورفاقه. المعجم الوسيط. تحقيق مجمع اللغة العربية. دار الدعوة. ج1
- (7) ابن قدامة، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو. دار عالم الكتب، الرياض، ط3، 1997، ج6، دت.
- (8) ابن ماجة. أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني. سنن ابن ماجة. المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد - محمد كامل قره بللي، عبد اللطيف حرز الله. دار الرسالة العالمية. ج3.
- (9) أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط1ن دار ابن كثير، دمشق، ج2، 2002.

- (10) أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1986م، ج7
- (11) الإمام الشافعي، محمد بن إدريس. الأم. دار المعرفة، بيروت، ج3
- (12) بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط3، دار بغدادي، الجزائر، 2011 .
- (13) بلجاج العربي، دور النيابة العامة في الخصومة القضائية في القانون القضائي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، دس ن.
- (14) بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2014.
- (15) البيهقي، سنن البيهقي الكبرى. تحقيق: محمد عبد القادر عطار. دار الباز، مكة المكرمة، 1994، ج6.
- (16) توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، الدار الجامعية، دت.
- (17) الجرجاني، التعريفات، تحقيق : إبراهيم الأبياري. دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، ج1، دت
- (18) حسن حسن منصور، الموسوعة القضائية في مسائل الأحوال الشخصية، مجلد 1، دار الجامعة الجديدة، مصر.
- (19) رمضان علي سيد الشرنياصي ومحمد كمال الدين أمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الجزائر، 2000
- (20) الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، ج2.
- (21) زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات الجامعة الليبية، ليبيا، 1971.
- (22) زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، طه، 1993

- (23) سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي. التوضيح لشرح الجامع الصحيح. المحقق: دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث. دار النوادر، دمشق. ط1: 1429 هـ - 2008 م ج17
- (24) سعدي أبو حبيب. القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر، دمشق، سورية، ط2، 1988م، ج1
- (25) شمس الأئمة السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط دار المعرفة، بيروت، ج24
- (26) شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت ج14
- (27) الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ج3
- (28) العبادي، عبدالله. شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد. ج4 ص 1925 دار السلام ط1: 1416هـ - 1995م.
- (29) عبد الحكيم قودة، الدفع بانتفاء الصفة أو المصلحة في المنازعات المدنية، منشأة المعارف، مصر، 1997
- (30) عبد الرحمن بن محمد بن سليمان أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، د.ت.
- (31) عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، ط 2، موفم للنشر، الجزائر، 2011
- (32) العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
- (33) عوض أحمد الزعبي، مدخل إلى علم القانون، ط2، إثراء للنشر، د.م.ن، 2011
- (34) كمال حمدي، الولاية على المال (الأحكام الموضوعية: الولاية، الوصاية، الحجر، الغيبة، المساعدة القضائية)، الاختصاص والإجراءات القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.

- (35) محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2002.
- (36) محمد عبد الرحيم، القرابة والميراث في المجتمع، دار الكتاب الحديث، د. م. ن، 1993.
- (37) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1977.
- (38) مصطفى مصباح شليبيك، المدخل للعلوم القانونية، دار الكتب الوطنية، ليبيا، 2002
- (39) معوض عبد التواب، الولاية على المال، مكتبة عالم الفكر والقانون، د.م.ب، 2003 .
- (40) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، ط2، 1406 هـ - 1986، ج 7
- (41) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، مطابع دار الصفاة، مصر، ط1، 1992، ج25.
- (42) وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر المعاصر، سورية، 1985.
- (43) يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2011.
- (44) يوسف دلاندة، قانون المساعدة القضائية، دار هومة، الجزائر، 2010
- ثالثا: الرسائل الجامعية.
- (45) الشيخ إسماعيل، دور النيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، مجلس قضاء جيجل، 2005-2006
- (46) بشير بلعيد، القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية -خاص بطلبة قسم الكفاءة في المحاماة وشهادة الليسانس في العلوم القانونية والإدارية-، دار البعث، قسنطينة، 2000.

فهرس المحتويات





## فهرس المحتويات

شكر التقدير

مقدمة

### الفصل الأول: ماهية الحجر

المبحث الأول: تعريف الحجر وبيان دليل مشروعيته والحكمة من تشريعه.

المطلب الأول: أنواع الحجر في الفقه الإسلامي

الفرع الأول: الحجر لمصلحة المحجور عليه.

الفرع الثاني: الحجر لمصلحة الغير.

الفرع الثالث: الحجر للمصلحة العامة

المطلب الثاني: أنواع الحجر في القانون الجزائي

الفرع الأول: الحجر القضائي.

الفرع الثاني: الحجر القانوني.

المبحث الثاني: الآثار المتعلقة بالحجر وتحتة ثلاثة مطالب

المطلب الأول: أثر الحجر على المحجور عليهم لمصلحتهم.

المطلب الثاني: أثر الحجر على المحجور عليهم لمصلحة الغير

المطلب الثالث: أثر الحجر على المحجورين عليهم للمصلحة العامة

### الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بالحجر

المبحث الأول: إجراءات توقيع الحجر

المطلب الأول: شرط القرابة لرفع رفع دعوى الحجر

الفرع الأول: قرابة النسب

الفرع الثاني: قرابة المصاهرة

الفرع الثالث: قرابة الافتراضية

المطلب الثاني: شرط المصلحة لرفع دعوى الحجر

المطلب الثالث: النيابة العامة



**المبحث الثاني: الحكم بالحجر في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري**

**المطلب الأول: الحكم بالحجر في الشريعة الإسلامية**

**الفرع الأول: الحجر على السفیه وذو الغفلة**

**الفرع الثاني: الحجر على المدين:**

**المطلب الثاني: الحكم بالحجر في القانون الجزائري**

**الفرع الأول: وجوب تمكين المراد الحجر عليه من الدفاع عن نفسه:**

**الفرع الثاني: إثبات أسباب الحجر.**

**الفرع الثالث: صدور الحكم بالحجر:**

**الفرع الرابع: الطعن في حكم الحجر:**

**المبحث الثالث: آثار توقيع الحجر وانقضائه**

**المطلب الأول: النيابة الشرعية عن المحجور عليه**

**الفرع الأول: النيابة الشرعية عن المحجور عليه في الفقه الإسلامي**

**الفرع الأول: النيابة الشرعية عن المحجور عليه في القانون الجزائري**

**المطلب الثاني: حكم تصرفات "المحجور عليه"**

**الفرع الأول : حكم تصرفات المحجور عليه في الشريعة الإسلامية**

**الفرع الأول : حكم تصرفات المحجور عليه في القانون الجزائري**

**المطلب الثاني: فك الحجر عن المحجور عليهم**

**الفرع الأول: فك الحجر عن المحجور عليهم في الفقه الإسلامي**

**الفرع الثاني: فك الحجر عن المحجور عليهم في القانون الجزائري**

**خاتمة**

**قائمة المراجع**

**فهرس المحتويات**

