

جامعة عمار ثليجي بالأغواط
كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



العنوان

الحجر بين القانون الوضعي والشريعة الاسلامية

مذكرة في مكملة لنيل شهادة ماستر في الحقوق تخصص عقود ومسؤولية

إشراف الدكتور الاستاذ

بن زويير عمر

من إعداد الطلبة:

– فلاح لخضر

– خاشعي مولاي

لجنة المناقشة :

رئيسا

مشرفا ومقررا

عضوا و مناقشا

الدكتور : بن قسمية العربي

الدكتور: بن زويير عمر

الدكتورة : عيمور راضية

السنة الجامعية 2019–2020

شكر وعرنان

الحمد لله الذي أنار درب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء هذا الواجب ووفقنا إلى إنجاز هذا العمل المتواضع

نتقدم بجزيل الشكر والامتنان للأستاذ الدكتور المشرف الذي لم يخل علينا بتوجيهاته ونصائحه القيمة التي كانت عوناً لنا في إتمام هذه الدراسة

ونتقدم كذلك بالشكر إلى أعضاء اللجنة المناقشة الأستاذ الدكتور أحمد بوفاتح والدكتورة الكريمة عيمور راضية

ويتوجب علينا الاعتراف بالفضل لكل أساتذتنا في جميع الأطوار على ما قدموه لنا طيلة المشوار الدراسي

فجزاكم الله عنا كل الخير.

فلاح لخضر

خاشعي مولاي

الإهداء

إلى كل من اضاء بعلمه عقل غيره واهدى بالجواب الصحيح حيرة
سائله فأظهر بمساحته تواضع العلماء وبرحابته وسماحته العارفين.
اهدي هذا العمل المتواضع إلى روح ابي اسكنه فسيح جناته
إلى امي التي زودتني بالحنان والمحبة واقول لها وهبتي الحياة والامل
والنشأة على شغف الاطلاع والمعرفة

إلى اخوتي

إلى اخواتي

إلى كل من كان عوناً لي ولو بكلمة طيبة اهدي هذا العمل

فلاح لخضر



الإهداء

الحمد لله الذي جعل اللسان عنوان الإنسان وجعل القلب مستودع الإيمان.

الحمد لله عدد ما خلق وملء ما خلق، لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانتك، أحمدك لأنك أنت الرحمان الرحيم وأشكرك على نعمتك الظاهرة والباطنة، والصلاة والسلام على خير الخلق وحبیب المحي محمد بن عبد الله وعلى آله وأصحابه والتابعين القائل: "من سلك طريقا يتبغي العلم، سهل الله له به طريقا إلى الجنة".

أهدي ثمرة جهدي إلى نور عيني ونبض قلبي ونبع حناني أغلى إنسان في الوجود أُمي حفظها الله .

إلى رمز العطاء والنضال أُمي حفظه الله.

إلى كل إخوتي.

إلى كل أقاربي وأصدقائي قريب وبعيد.

إلى كل أساتذتي الأفاضل منذ الدراسة الابتدائية لحين نضوج أفكاري العلمية.

إلى كل من يحبوتي في الله وأحبهم فيه أهديمهم عملي وأسأل الله أن ينعم عليهم جميعا بالصحة والعمر المديد.

خاشعي مولاي

مقدمة

مقدمة

تقاس تصرفات الافراد بمدى قدرتهم على القيام بتصرفات يتحقق من ورائها رغبات ومصالح وحتى تكون صحيحة ينظر الى درجة وعيه ومدى إدراكه وتمييزه بين مختلف الأمور، ولا يمكن لذلك أن يتحقق إلا إذا كان هذا الشخص كامل الأهلية، ويقصد بهذه الأخيرة من الناحية الشرعية، صلاحية الإنسان فيما يتعلق بالحقوق المشروعة له وعليه، بينما في القانون هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له ووجوبها عليه وصحة التصرفات منه، وهي نوعان أهلية وجوب وأهلية أداء أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام أو هي صلاحيته لثبوت الحقوق له وتتكون من عنصرين: عنصر إيجابي: وهو صلاحية كسب الحقوق بأن يكون دائنا وهو عنصر الإلزام أو الدائنية، وعنصر سلبي وهو صلاحية تحمل الواجبات أو الالتزامات بأن يكون مدينا وهو عنصر الالتزام أو المديونية، ومناط هذه الأهلية هو الحياة أو الصفة الإنسانية، وكل إنسان حتى الجنين في بطن أمه له أهلية وجوب، وقد نص المشرع المدني في المادة 25 من القانون على أن: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا"، أما العنصر السلبي للأهلية يتطلب وجود شيء آخر في الشخصية وهو الذمة، وبناءا على هذا فإن ثبوت الحق للشخص يتوقف على وجود أهلية أما ثبوت الديون عليه فيتوقف على وجود الذمة، وأهلية الوجوب نوعان أهلية وجوب ناقصة وأهلية وجوب كاملة، فأهلية الوجوب الناقصة هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له فقط أي تؤهله للإلزام ليكون دائنا وتثبت للجنين في بطن أمه.

غير ان هذه الاهلية تعترضها جملة من الأمور يمكن أن تطرأ على الإنسان فتؤثر بذلك في أهليته بإزالتها أو انقاصها، فيسمى هذا الشخص ناقص الأهلية إذا اعترضه ما يمكن أن ينقص من أهليته، أما إذا كان هذا العارض مما يعدم الأهلية فيسمى الشخص حينها بعديم الأهلية، كما أنه قد توجد ظروف تمنع الشخص من حقه في مباشرة هذه التصرفات، وهي ما يطلق عليها بموانع الأهلية على حسب الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري ولذا اعطى القانون امكانية الحجر على فاقدى او ناقصي الاهلية من خلال دعوى

مقدمة

قضائية ترفع حسب القواعد المقررة في القانون، وذلك ليمنع من التصرف في سائر الأمور خاصة المادية منها، إما حماية له ولمصالحه أو حماية لغيره، وهناك يكون الطرف القائم عليه حكم الحجر محجورا عليه.

تبرز أهمية الموضوع في محاولة تفصيل الاحكام التي اقرتها الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري في موضوع الحجر وما اقرته من حقوق والتزامات على القائم بدعوى الحجر كما ان موضوع الحجر متعلق بإحدى الضروريات الخمس والتي هي حفظ المال التي جاءت ادرتها قراءانا وحديثا وذلك من خلال ابراز الاهتمام الشريعة الاسلامية في الاهتمام بمعالجة قضايا الناس والاهتمام بحقوقهم وهو ايضا ما يقره القانون الوضعي بصفة عامة والجزائري بصفة خاصة من خلال احكام القانون المدني وقانون الاسرة .

نهدف من خلال دراستنا الى محاولة فهم مدلول الحجر شرعا وقانونا وكذا الاحكام الواردة في هذا الموضوع بما اورده القران والحديث وكذا اراء المذاهب، وبالموازاة لما اقره المشرع الجزائري، كما نهدف ايضا الى دراسة الجانب الاجرائي في موضوع الحجر من خلال الاجراءات القانونية اللازمة لرفع دعوى الحجر واحكام التصرفات الواردة من المحجور عليهم لنصل في الاخير الى حالات فك الحجر لأسبابه المقررة قانونا .

كانت اسباب اختيارنا للموضوع منها ما هو ذاتي واخر موضوعي ، اما الذاتية فهي انه ننوي رفع دعوى حجر على احد الاقارب فكان البحث في الموضوع لغاية شخصية بالدرجة الاولى، كما كان حب التطلع لهذا الموضوع من اجل الفهم الاكثر لاحكامه والامور المقررة اليه في الشريعة الاسلامية و في القانون الجزائري، ومحاولة اثناء المكتبة بدراسة قد تكون مرجعها لغيرنا مستقبلا.

اما الاسباب الموضوعية فيرجع اساسا الى خطورة وأهمية الموضوع الذي يتعلق اساسا باهلية الفرد وهط بالرجوع الى احكام القانون المدني وقانون الاسرة وجدنا ان المشرع الجزائري ارجع اسباب الحجر الى وجود عارض من عوارض الاهلية على سبيل الحصر،

مقدمة

كما لا يفوتنا ان نقول انه قد يكون هناك مانع قانوني يفقد الشخص اهليته في التصرفات القانونية وهو ايضا سبب اضافي للحجر .

لم تخلو الدراسة من صعوبات واولها كان الوضع الصحي العالم بسبب جائحة كورونا التي شلت حركة العالم بوجه عام ولم تكن الجزائر استثناء لهذا الوضع مما سبب غلق كل الاماكن العمومية وعلى رأسها الجامعات والمكتبات مما صعب علينا الوصول الى المادة العلمية، مما جعلنا نعتد بالاساس على المراجع الالكترونية.

كما ان صعوبة الاتصال ببعضنا البعض وبالاستاذ المشرف كان عائقا كبيرا في التقدم بشكل طبيعي في الدراسة، والصعوبة الاخرى التي واجهتنا هو المراجع المتخصصة في الموضوع حيث كانت قليلة جدا الى ما ورد في الرسائل والمذكرات .

وعلى ضوء ما تقدم وما للموضوع من اهمية لكونها تدخل بوجه الخصوص في التصرفات المالية للأفراد فاقدى او ناقصي الاهلية سوف نقوم بطرح الاشكالية التالية :

كيف نظمت الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي الحجر وما هي الاجراءات اللازمة لتوقيعه؟

وعلى ضوء الاشكالية حاولنا دراسة الموضوع باتباع المنهج العلمي الذي هو الركيزة الاساسية لاي بحث عليه فقد كان المنهج المقارن اساسا حيث قمنا بدراسة الاحكام الفقهية والقانونية سواء في القانون المدني او في قانون الاسرة الجزائري المطبقة على الشخص المحجور عليه.

واخيرا قسمنا الدراسة الى فصلين الاول كان حول مفهوم الحجر واسبابه في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي والثاني كان مخصصا للجوانب الاجرائية في توقيع الحجر بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي الجزائري .

الفصل

الأول:

ماهية الحجر بين
الشريعة الإسلامية
والقانون الوضعي

الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

تعتبر فكرة الحجر من الاسس القانونية في الحافظ على مال المحجور عليهم سواء في الشريعة الاسلامية بمختلف مذاهبها او في القانون الوضعي وبالعودة الى القانون الجزائري نجد أنه لم يتطرق الى تعريف الحجر لا في القانون المدني ولا في قانون الأسرة لذلك يتعين تعريف الحجر القضائي وتمييزه عن الحجر القانوني، وقد اشترط المشرع توفر أسباب معينة من أجل توقيع الحجر ونص على الإجراءات الواجب اتخاذها من أجل ذلك وهو ما سنحاول توضيحه في هذا الفصل الذي نقسمه إلى مبحثين، مبحث اول نعرف فيه الحجر القضائي ثم دليل مشروعية الحجر، ومبحث ثان عوارض الاهلية ومدى اعتبارها اسباب للحجر سواء في الشريعة الاسلامية او في القانون الجزائري.

ومن خلال هذا الفصل سوف نقوم بدراسة مفهوم الحجر من المنظور القانوني والفقه في المبحث الاول، ثم عوارض الاهلية ومدى اعتبارها أسباب بالحجر في المبحث الثاني.

الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

المبحث الأول: ماهية الحجر من المنظور القانوني والفقهي

سوف نتطرق من خلال هذا المبحث الى تعريف الحجر واقسامه (مطلب اول) ثم الى دليل مشروعية الحجر من خلال الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري (مطلب ثان)

المطلب الاول: تعريف الحجر وأقسامه

سوف نتطرق من خلال هذا المطلب الى تعريف الحجر (الفرع الاول) ثم الى اقسام الحجر (الفرع الثاني)

الفرع الاول: تعريف الحجر

من جل تعريف الحجر يجب ان نستند الى التعريف اللغوي (اولا) ثم التعريف الفقهي (ثانيا) ثم تعريف الحجر قانونا(ثالثا)

اولا: التعريف اللغوي للحجر

الحجر لغة هو: الحجر في اللغة مطلق المنع¹.

وهو أيضا: المنع والتضييق. ومنه سمي الحرام حجرا. قال تعالى " ويقولون حجرا محجورا"² أي حراما محرما.

ثانيا: في الاصطلاح

وفي الاصطلاح: عرفه الحنفية بأنه: " منع نفاذ تصرف قولي"³

وعند المالكية: منع الإنسان من التصرف في ماله، لمنفعة نفسه أو غيره⁴. وعرفه الشافعية بأنه: المنع من التصرفات المالية⁵ تعريف الحنابلة: منع الإنسان من التصرف في ماله⁶. هذا، وعرفه الجرجاني: بمنع نفاذ تصرف قولي لا فعلي لصغر ورق وجنون⁷.

¹ الجرجاني علي بن محمد بن علي الشريف ، التعريفات تحقيق : إبراهيم الأبياري. دار الكتاب العربي - بيروت ط1 1405 هـ ج1 ص111.

² سورة الفرقان: الآية: 22.

³ عبد الرحمان محمد علي، احكام الحجر في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجيبوتي، دراسة فقهية مقارنة، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير الاداب في الدراسات الاسلامية ،تخصص : فقه مقارن، جامعة الجزيرة، 2018، ص 32.

⁴ الغرياني الصادق عبد الرحمن، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ج3، ص 652.

⁵ الرملي شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، ج14، ص307.

⁶ ابن قدامة المقدسي ، المغني، دار عالم الكتب الرياض، ص593.

⁷ الجرجاني علي بن محمد بن علي الشريف ، نفس المرجع السابق، ص111.

الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

فخلاصة القول: 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.

ثالثا: تعريف الحجر قانونا

لم يعرف المشرع الجزائري الحجر تاركا ذلك للفقهاء، حيث التقى بذكر أحكامه في المواد من 101 إلى 108 من قانون الأسرة الجزائري، وكذا المادة 09 والمادة 09 مكرر من قانون العقوبات الجزائري.¹

ومما جاء في تعريف الحجر أنه ' حالة شخص يمنع من الانتفاع بحقوقه ومباشرتها'² كما يعرف أيضا بأنه " منع التصرف الفعلي في سائر الأمور وخاصة المادية ومرد ذلك ضعف في تقدير المحجور عليه إما لسفه وإما لكونه صبي و إما لعته وإما لجنون".³

الفرع الثاني: أنواع الحجر

أنواع الحجر يتم التعرض في هذا الفرع إلى أنواع الحجر في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري .

أولا : أنواع الحجر في الفقه الإسلامي :

لقد قسم الفقهاء الحجر باعتبار عدة منها:-

- ما يحتاج إلى حكم القاضي بالحجر كالحجر على السفیه والمفلس.
- مالا 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 المدین المفلس.

¹ المادة 09 و 09 مكرر (مضافة بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006)

² حجاب الطاهر و شودار منصف، أحكام الحجر في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج ليسانس ل م د علوم إسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، 2018-2019، ص 03

³ يوسف دلاندة ، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة ، الجزائر، 2011، ص 22-153.

الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

1. الحجر لمصلحة المحجور عليه: أما الذين يحجر عليهم لمصلحة أنفسهم فثلاثة. 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 وَارزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا¹ ".

قال سعيد بن جبير و عكرمة: هو مال اليتيم عندك، لا تؤتته إياه، وأنفق عليه. وإنما أضاف الأموال إلى الأولياء وهي لغيرهم لأنهم قوامها ومدبروها²، ولأنه لا يصح للإنسان أن يتصرف في ماله تصرف كاملاً إلا إذا كان عاقلاً وبالغا وحراً 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، ومن هذا المال يقضى للمحجور حاجته من مأكلاً ومشرباً وملبساً ورسوم الدراسة وغيرها مما ينتفع به، لقوله تعالى " وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَى 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 فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا³ " فإن كان الحجر لصغر ينفك ببلوغه رشده، وإن كان للمجنون حتى يفيق، والسفيه إذا عاد إلى رشده، ولكن تحتاج هذه النقطة إلى التفصيل لوجود بعض آراء واختلافات للفقهاء فيها.

2. الحجر لمصلحة الغير: تهتم الشريعة الإسلامية بمراعاة مصلحة الغير كما تراعي مصلحة المعذور بالصغر أو الجنون أو السفه فأثبت الحجر على طائفة من الناس حفاظاً 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 تحقيقاً لمصلحتين معاً. وكذلك مريض مرض الموت، وكذا الحجر على الزوجة لمصلحة الزوج عند القائلين به. فالبحت يفصل القول في هذه الأصناف مع ذكر آراء الفقهاء والخلافات الواردة في ذلك.

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

• المفتي الماجن

¹ سورة النساء. الآية: 5

² ابن قدامة، المرجع السابق، ص 593

³ سورة النساء. الآية: 6

الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

- 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 التناقض¹.

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.

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.

ثانيا : اقسام الحجر في القانون الجزائري

قسمت معظم التشريعات العربية الحجر الى قسمين اولاهما قضائي والثاني قانوني ومنه سوف نتطرق في هذا العنصر اليهما من خلال :

1. الحجر القضائي: هو أن يحكم على من تجاوز سن التكليف القانونية، فيحرم من التصرف بنفسه في ماله و في تسيير و إدارة شؤونه المالية، و يكون الحجر عليه بسبب جنون أو عنه أو سفه، و يعين على كل منهم قيم، والحجر القضائي حسب القانون الجزائري هو: " منع الشخص الذي اعتراه عارض من عوارض الأهلية كالجنون أو العته أو السفه أو

¹ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية. ط2:

الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

الغفلة من التصرف في أمواله، و تعيين نائبا شرعيا إما أن يكون وليا أو وصيا أو فيما ليقوم مقامه في ذلك بناء على حكم يصدره القاضي، و يكون بطلب أحد الأقارب أو من له مصلحة أو من النيابة العامة " ويكون بحكم قضائي و على القاضي الاستعانة باهل الخبرة لاثبات اسباب الحجر، بمعنى الحجر لا يتم الا بحكم صادر عن هيئة قضائية و القاضي لا يمكنه ان يصدر حكم بالحجر الا بعد اتخاذ راي خبير مختص انه فعلا هذا الشخص غير قادر على القيام بتصرفاته لوحده و انما يحتاج لمساعدة للقيام بذلك كما جاء في نص المادة 103 من قانون الأسرة الجزائرية¹.

2. الحجر القانوني : عندما يحكم على شخص ما بعقوبة جنائية، فإنه يحجر عليه حجرا قانونيا، تبعا لعقوبة سلبه حريته، فالشخص في هذه الحالة و إن كان يتمتع بأهلية كاملة، إلا أن هذا المانع القانوني لا يخوله مباشرة شؤونه المالية.

وهو "عقوبة تابعة لعقوبة أخرى، فمن حكم عليه بعقوبة جنائية أصبح محجورا عليه مادام في السجن"²، و الحجر القانوني حسب القانون الجزائري هو "منع الشخص من التصرف في ماله بسبب الحكم عليه بعقوبة جنائية"³.

و في هذا الصدد تنص المادة 9 من قانون العقوبات الجزائري على أن "العقوبات التكميلية هي : الحجر القانوني"، و تنص المادة 09 مكرر من نفس القانون على أنه "في حالة الحكم بعقوبة جنائية تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية تتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي....."⁴.

يتبين من المواد المذكورة سابقا أن الحجر القانوني هو " عبارة عن عقوبة تكميلية ناتجة عن عقوبة أصلية محكوم بها على شخص ارتكب جنائية معاقب عليها قانونا، و بالتالي يحرم هذا

¹ القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 والمضمن قانونا للأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 (ج ر 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005)

² شيكو ريمة، الحجر في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤوليات، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 01، 201-2014، ص 13

³ نفس المرجع ، ص 13

⁴ المادة 9 من الأمر رقم 66 - 156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات مضافة بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

الشخص من التصرف و من إدارة أمواله أثناء تأدية العقوبة الأصلية السالبة للحرية، و يعين له القاضي فيما يتولى تسيير شؤونه المالية.

3. تمييز الحجر القضائي عن الحجر القانوني: في الأخير يمكنني القول بأن هنالك تشابه بين الحجر القضائي و الحجر القانوني، كون أن قانون العقوبات يحيل بالنسبة للإجراءات المتخذة في إدارة أموال المحكوم عليه إلى أحكام الحجر القضائي المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري من المادة 101 إلى غاية المادة 108 .

وهناك اختلاف بينهما من حيث الهدف الذي يرمي إليه المشرع الجزائري، فإن كان الحجر القانوني عبارة عن عقوبة تكميلية للمحكوم عليه بعقوبة جنائية تهدف إلى حرمانه من التصرف في أمواله يسبب ما اقترفه من جرم في حق المجتمع، فإن الحجر القضائي هو إجراء مقرر لمصلحة المحجور عليه و مصلحة الغير، و بالتالي فإن الحجر نوعين أحدهما قضائي و آخر قانوني حسب القانون الجزائري و مختلف القوانين العربية، بالتالي أقول بأن هناك اتفاق بشأن أنواع الحجر في كل من الفقه والقانون فيما يخص الحجر القضائي، أما النوع الثاني فقد اختلفا فيه حول التسمية فقط إذ يعرف الفقه الإسلامي الحجر الحكمي، ويعرف القانون الحجر القانوني، لكن لهما معنى واحد.¹

المطلب الثاني: دليل مشروعية الحجر والحكمة منه

دليل مشروعية الحجر ورد في القرآن الكريم والسنة تدل على مشروعية الحجر من حيث المبدأ، وله حكمة يتوخاها الشرع والقانون وهو ما سوف نتطرق إليه من خلال الفروع التالية :

الفرع الأول: دليل مشروعية الحجر

فيما يخص دليل مشروعية الحجر فقد قسمناه الى جزئين الاول فصلنا في دليل مشروعية الحجر في الشريعة الاسلامية والثاني دليل مشروعية الحجر في القانون الجزائري.

أولاً : دليل مشروعية الحجر في الشريعة الاسلامية

الحجر مشروع بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

1. فمن الكتاب قوله تعالى: " وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا (5)) وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ

¹شيكور ريمة، المرجع السابق، ص 14

الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

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 حَسِيبًا¹.
وجه الدلالة من الآيات أن الله نهى الأولياء عن أن يؤتوا السفهاء الذين يكونون تحت ولايتهم أموالهم، مخافة أن يضيعوها، وكذلك الأيتام حتى إذا علمتم وتبیت لكم منهم الرشد فاعطوهم أموالهم، لأن الحجر عليهم إنما كان لعجزهم عن التصرف في مالهم على وجه المصلحة، وحفظا لمالهم عليهم.

وقوله تعالى: فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ² ومن هذه الآية دليل على أن السفیه والضعيف والذي لا يستطيع الكتابة يتولى ولي أمره أمره.

2. 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 و سلم فكلم غرماءه فلو تركوا أحدا من أجل أحد لتركوا معاذا من أجل رسول الله صلى الله عليه و سلم فباع لهم رسول الله صلى الله عليه و سلم يعني ماله حتى قام معاذ بغير شيء³.

3. في 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 ذلك⁴.

ثانيا: مشروعية الحجر في القانون الجزائري

هناك عدة نصوص قانونية نصت على اجراء الحجر اما صراحة او ضمنا فنجد ذلك في كل من قانون الاسرة الجزائري والقانون المدني الجزائري وحتى في قانون العقوبات،

¹ سورة النساء. الآية: 5-6

² سورة البقرة. الآية: 282

³ البيهقي أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر، سنن البيهقي الكبرى. تحقيق : محمد عبد القادر عطار. دار الباز - مكة المكرمة ، 1414 - 1994 ج6 ص 48 رقم الحديث 11042 وقال عن الحديث: هكذا رواه هشام بن يوسف الصنعاني عن معمر وخالفه عبد الرزاق في إسناده.

⁴ الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي

الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

لكن نجد ان قانون الاسرة يظهر فيه موضوع الحجر بصفة واضحة وجلية وذلك من خلال المواد 10 الى غاية المادة 108 من نفس القانون وهي كالتوالي:¹

المادة 101: من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه.

المادة 102: يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة.

المادة 103: يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر.

المادة 104: 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.

المادة 105: يجب أن يُمكن الشخص الذي يراد التحجير عليه من الدفاع عن حقوقه وللمحكمة أن تعين له مساعدا إذا رأت في ذلك مصلحة.

المادة 106: الحكم بالحجر قابل لكل طرق الطعن ويجب نشره للإعلام.

المادة 107: تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها.

المادة 108: يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه.²

الفرع الثاني: الحكمة من الحجر

لا بد وان يكون كل تشريع سواء سمائي او وضعي له حكمة من النص عليه وعليه سوف نتطرق الى الحكمة من الحجر فس الشريعة الاسلامية (اولا) ثم الحكمة من الحجر في القانون (ثانيا)

اولا: حكمة مشروعية الحجر في الشريعة الاسلامية

إن لله في أحكامه حكم، ندرك ما ظهر ونجهل ما خفي وعلى كل حال فيمكن القول بأن على الأنواع التي أنكرها فيما بعد لوجدنا في الحجر على كل واحد منهم حكمة ترجع

¹ شيكر ريمة، المرجع السابق، ص 18

² الفصل الخامس من الأمر رقم 05/02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ الموافق ل 27 فيفري 2005 يدل ويتمم

القانون 84/11 المتضمن قانون الأسرة والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 15 سنة 2005

الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

إما: إلى قصد المحافظة على مال المحجور عليه و نفسه من الضياع، وإما إلى قصد المحافظة على أموال غيره من الناس أو أرواحهم أو أديانهم¹.

فالصبي و المجنون و المعتوه و ذو الغظة محجور عليهم لئلا تضيع أموالهم بغير قصد منهم و بدون رضاهم، لأنهم ليسوا أهلا للقصد الصحيح و لا يتصور منهم الرضا الكامل الذي ينبنى على تقدير المصلحة، فلكي تحول الشريعة بين هؤلاء و من يحاول الاحتيال عليهم و أخذ أموالهم بالباطل حجرت عليهم رحمة بهم لعدم ضياع أموالهم. والمدين محجور عليه لكي لا يتصرف في أمواله يقصد إيقاع الضرر بدائتيه، و المفتي الماجن الذي يعلم الناس الحيل و يذكر لهم وجود التخلص من التكاليف الشرعية محجور عليه أيضا دفعا لشره، و صيانة الأديان الناس، و الطبيب الجاهل محجور عليه أيضا و تمنعه الشريعة من معالجة الناس قصدا منها إلى تجنيب الناس أذاه، لأنه يجعله يفسد عليهم صحة أديانهم².

بالتالي لا نجد في الأسباب التي جعلتها الشريعة الإسلامية مناطا للحجر، سببا واحدا خاليا من مصلحة، سواء أكانت مصلحة خاصة عائد نفعها على المحجور عليه، أو مصلحة عامة عائد نفعها على الناس .

ثانيا: حكمة مشروعية الحجر في القانون

أما بالنسبة لحكمة مشروعية الحجر قانونا فله نفس الحكمة المرجوة من الحجر شرعا، لأن جميع الأحكام القانونية مستمدة من شريعتنا الإسلامية و لا سيما أحكام الحجر المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري من المادة 101 إلى غاية المادة 108 فالحجر القضائي الحكمة منه تدور حول حماية أموال المحجور عليه من نفسه و حماية أموال غيره من الضياع، أما الحجر القانوني فالحكمة منه هي عقوبة الشخص المحكوم عليه بعقوبة جنائية سالبة للحرية³.

¹ محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، 2007، ص 423

² مصطفى الرفاعي، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقوانين اللبنانية، دار الكتاب اللبناني، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى سنة 1983، ص 182

³ شيكر ريمة، المرجع السابق، ص 19

الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

المبحث الثاني: عوارض الاهلية ومدى اعتبارها أسباب بالحجر

من المتفق عليه ان الشخص منذ كان مميزا وبالغا يهد اليه التصرف بموجب اهلية الاداء او اهلية الوجوب لكن قد تتعرض هذه الاهلية الى بعض الظروف تجلها ناقصة او منعدمة ومنه يطرح لسؤال في مدى اعتبار هذه العوارض سببا للحجر سواء في الشريعة الاسلامية(المطلب الاول) او في القانون الجزائري (المطلب الثاني)

المطلب الاول: عوارض الاهلية المتفق عليها في الفقه الاسلامي

للحجر أسباب كثيرة، منها ما هو متفق عليه كالحجر بسبب الصغر والجنون والعتة، أو فقد الأهلية أو نقصها، ومنها ما هو مختلف فيه كالحجر بسبب الغفلة والسفه والدين، واثنان خاصان بما زاد على الثلث، رعاية لحق الورثة، وهو المرض المخوف و النكاح بزوجة 45، وتذكر بعض كتب الفقه حجرا على ثلاثة غير هؤلاء، وهم الطيبب الجاهل، والمفتي الماجن، والمكاري المفسس.

الفرع الاول: عوارض الاهلية المتفق عليها في الفقه الاسلامي

هناك عوارض اهلية متفق عليها فقها وهي:

أولا. الحجر على الصبي

الصبا هو: الصبا: الصغر، والحادثة. الشوق.

والصبي: مَنْ لم يفطم بعد. أو: مَنْ لم يبلغ الحلم¹.

فالصغير الذي لم يبلغ الحلم وليس برشيد قد تكفل الشارع الحكيم بحفظ أمواله ولعجزه عن التصرف في ماله على وجه الذي يحقق له المصلحة فحوّل إجازة تصرفاته وردها إلى ولي أمره، أو القاضي الذي يتولى أمره. 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 فَلْيُمِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ" قال الإمام الشوكاني في فتح القدير: والضعيف هو: الشيخ الكبير، أو الصبي. وقوله أيضا: "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"².

¹ سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر، ج1، ط02، دمشق - سورية ط2، 1988، ص207

² سورة النساء. الآية: 6

الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

قال الشوكاني: والمراد ببلوغ النكاح: بلوغ الحلم كقوله تعالى: "وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم¹"، 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 الاحتلام والإنبات، وبلوغ خمس عشرة سنة وأما إيناس الرشد فقد اختلف الفقهاء منه، فقال الشافعية: الصلاح في العقل والدين، وقال المالكية: في العقل خاصة .

و قال سعيد بن جبير، والشعبي: إنه لا يدفع إلى اليتيم ماله إذا لم يؤنس رشده، وإن كان شيخاً، قال الضحاك: وإن بلغ مائة سنة .

وقال جمهور 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 أيضا 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 عانسا بالانقطاع عن الحيض. وروي عنه مثل قول الجمهور².

ثانياً: الحجر على المجنون

الجنون هو: زوال العقل أو فساد فيه.

وعند الحنفية: اختلال القوة المميزة بين الامور الحسنة، والقبیحة، والمدركة للعواقب، بأن لا تظهر آثارها، وتتعلل أفعالها، إما لنقصان جبل عليه دماغه في أصل الخلقة، وإما لخروج مزاج الدماغ عن الاعتدال بسبب خلط، أو آفة، وإما لاستيلاء الشيطان عليه، وإلقاء اليالات الفاسدة إليه بحيث يفرح.

ويفرغ، من غير ما يصلح سبباً. و: آفة تسلب العقل.

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

¹ سورة النور الآية: 59

² العبادي عبدالله، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، ج4 دار السلام ط1: 1416هـ - 1995، ص

الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

وعرفة الجرجاني بأنه: اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرًا. فالجنون خلل يصيب عقل الإنسان فيزيل عنه الإدراك كلياً و ملازماً له فهو الجنون المطبق، أو جزئياً بحيث يفيق أحياناً وهو الجنون المنقطع¹.
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"²، فالآية تدل على أن الضعيف يقوم مقامه وليه في إبرام العقود والتصرفات القولية. والمجنون ضعيف لكونه فاقد الإدراك والأهلية فحجر عليه حفظاً لماله ومصالحه.

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم " رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يفيق"³ 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 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 رشده.

ثالثاً : الحجر للعتة :

العتة لغة : مين عليه وعتها وعيه عنها : نقص عقله أو فقده أو دهش من غير مس جنون، فهو معتوه⁴.

العتة اصطلاحاً : هو آفة تعري العقل فتوجب خللاً فيه، ومن ثم قصه، وتجعل المصاب به متخلف عقلياً، أو ضعيف الملكات العقلية، بحيث يستطيع الإثراك والتمييز إلى حد ما. ولكن ذلك لا يرقى إلى تدبير الأمور تدبير سليمة، والحكم عليها حكم صحيح .

¹ إبراهيم مصطفى ورفاقه، المعجم الوسيط، تحقيق مجمع اللغة العربية، ج01، دار الدعوة، ص 141

² سورة البقرة الآية: 282

³ أخرجه أبو داود (4401) والنسائي (156/6) وأحمد (100/6) وحسنه الأرناؤونظ.

⁴ حجاب الطاهر و شودار منصف، المرجع السابق، ص 113

الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

و العته من الجنون ولكن الأستاذ الزرقا فرق بينهما فقال : " والفرق بين العته والجنون أن العته ضعف في العقل ينشأ عنه ضعف في الوعي و الإدراك، أما الجنون فهو اختلال في العقل ينشأ اضطراب أو هيجانة "، و يذهب هذان المرضان بسلامة الإدراك، وتقدير الأمور تقديرا صحيحا، ولكن العته قد يكون معه تمييز، فيكون المعتوه مميذا وقد يكون غير مميز، أما المجنون فإنه لا يكون مميذا.¹

الفرع الثاني: عوارض المختلف عليها بين الفقه والشريعة

هناك عوارض اهلية اختلف فيها الفقهاء والمذاهب وهي :

أولا : الحجر على السفية

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 وتتميته وعدم تبذيره، وقال الشافعية: أنه التبذير في المال والفساد فيه وفي الدين معا. وقيل: تضييع المال وإتلافه على خلاف مقتضى الشرع والعقل.

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 فخرا أو إسرافا يعد تبذيرا.

وقوله في التعريف "على خلاف مقتضى الشرع والعقل" يخرج الإنفاق في سبيل الله فإنه لا يعد تبذيرا للمال وكذلك بذله فيما يفيد، والسفيه محجور عليه لمصلحة نفسه حتى لا يضيع ماله ويكون عبئا على وليه فأثبت الله الحجر عليه بقوله تعالى: " وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا"² فالآية تدل دلالة واضحة على أن الله نهى أن يوتي السفية ماله بل أضاف المال إلى أوليائه بقوله

¹ مصطفى احمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، ج 1 ، عطا ، دار القلم ، دمشق، 2004 ، ص 234

² سورة النساء الآية: 5

الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

"أموالكم" مع أن المراد منع أموال السفية. إنما يتولى وليه التصرف في المال على وجه يحقق للسفيه 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"¹، 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 عاقلا 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 عذرا 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 ومحمدا رحمهما الله قالوا أن الحجر عليه على سبيل النظر له، وقال الشافعي على سبيل الزجر، والعقوبة له².

فخلاصة القول عن 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 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.

ثانيا: الحجر للغفلة

ذو الغفلة هو من يغبن في البيوع لسلامة قلبه ولا يهتدي إلى التصرفات الربحية. ويختلف عن السفية بأن السفية مفسد لماله ومتابع لهواه، أما ذو الغفلة فإنه ليس بمفسد لماله ولا يقصد الفساد.

¹ سورة البقرة الآية: 282

² شمس الأئمة السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، ج24، دار المعرفة، - بيروت، ص157.

الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

ولم نجد من الفقهاء من صرح بأنّ ذا الغفلة يحجر عليه سوى الصّاحبين من الحنفيّة، وقد أدرج الجمهور هذا الوصف في السّفه والتّبذير، فذهب وأبو يوسف ومحمّد من الحنفيّة إلى أنّ الحجر يثبت على ذي الغفلة كالتّفهيه أي: من حين قضاء القاضي عند أبي يوسف، ومن حين ظهور أمارات الغفلة عند محمّد، وعلى هذا فيزول الحجر عنه بقضاء القاضي عند أبي يوسف، وبزوال الغفلة عند محمّد، وقد شرع الحجر عليه صيانة لماله ونظرا له، فقد {طلب أهل حبّان بن منقذ من النّبّي صلى الله عليه وسلم أن يحجر عليه، فأقرّهم النّبّي صلى الله عليه وسلم على ذلك ولم ينكر عليهم}، فلو لم يكن الحجر مشروعاً على ذي الغفلة لأنكر عليهم النّبّي صلى الله عليه وسلم طلبهم.

وذلك فيما روى أنس بن مالك {أن رجلاً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبتاع وفي عقده ضعف، فأتى أهله نبيّ الله صلى الله عليه وسلم فقالوا: يا نبيّ الله: احجر على فلان، فأبى يبتاع وفي عقده ضعف، فدعاه النّبّي صلى الله عليه وسلم فنهاه عن البيع، فقال: يا نبيّ الله، إنّي لا أصبر عن البيع، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن كنت غير تارك البيع فقل: هاء وهاء ولا خلابة}.

وذهب أبو حنيفة إلى أنّه لا يحجر على الغافل بسبب غفلته، والنّبّي صلى الله عليه وسلم لم يجبهم إلى طلبهم وإنّما قال له: قل: لا خلابة ولي الخيار. ولو كان الحجر مشروعاً لأجابهم إليه.¹

و الغفلة اصطلاحاً : الغفلة في الاصطلاح الفقهي هي: " عدم الإهتمام إلى التصرفات الرباحة بسبب البساطة وسلامة القلب ".²

وقد عرفت محكمة النقض المصرية الغلة بأنها "ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس ترد على حسن الإدارة و التقدير، و يترتب على قيامها بالشخص أن يغبن في معاملاته مع الغير"³، و قد يستدل عليها بإقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدي إلى الرباح فيها أو بقبوله فاحش الغبن في تصرفاته عادة أو بأيسر الإنخداع على نحو يهدد

¹ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، الموسوعة الفقهية، زارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، 1983
<http://www.aleman.com/>

² محمد سعيد جعفرور، التصرف الدائر بين النفع و الضرر في القانون المدني الجزائري ، دار هومة ،الجزائر ، 2002 ، ص23

³ محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الاهلية في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ،الجزائر ، 2002 ، ص53

الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

المال بخطر الضياع وذا الغفلة " هو من يكون طيب القلب إلى حد السذاجة، بحيث تجره طبيبه و سلامة قلبه إلى سهولة خدعه و غبنه في معاملاته مع غيره، و ذا الغفلة كامل الأهلية، إذ العلة ليست في غفلة، بل في سذاجته و فرط طبيته، و يختلف عن السفیه بأنه ليس بمفسد لماله، و لا بمتابع هواه، و لا يقصد الإفساد، والسفیه عكسه، مفسدا قصدا لماله، متابع لهواه، و المغفل ليس هو المعتوه، لأن المعتوه يخلط في كلامه .

ثالثا: الحجر على المدين المفلس:

المفلس في اللغة: هو الذي لا مال له وليس له ما يدفع به حاجته¹.

وفي الشرع: من دينه أكثر من ماله، وخرجه أكثر من دخله.

وسموه مفلسا وإن كان ذا مال، ويجوز أن يكون سُمي بذلك لما يؤول إليه من عدم ماله بعد وفاء دينه. أو لأنه يمنع من التصرف في ماله إلا الشيء التافه².

فالمدين إذا حان وقت السداد ولم يكن ماله كاف للوفاء فللغرماء 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 الله عنه يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ادرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به³.

رابعا: 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 والمعارضة⁴.

¹ القاموس المحيط (852/1) المعجم الوسيط (700/2).

² معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية. ج 3 ص 237

³ الشافعي محمد بن إدريس ، الأم، ج03، دار المعرفة، بيروت، ص199

⁴ الشرح الكبير: 3/307 والمجموع 8 / 265 المغني: 4/464، كشاف القناع: 3/405.

الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

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 واستدل الرأي بالكتاب والسنة.

فمن الكتاب قوله تعالى: " وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا¹، فالآية الكريمة دلت على أن الحجر يفك بالبلوغ وإيناس الرشد فثبتت للزوجة الرشيدة حق التصرف في مالها ولو بدون إذن زوجها، إذ المال مالها.

ومن السنة قول النبي صلى الله عليه وسلم: "تصدقن يا معشر النساء، ولو من حليكن" متفق عليها²، 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 - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِحُلِيِّ لَهَا، فَقَالَتْ: إِنِّي تَصَدَّقْتُ بِهَذَا. فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: "لَا يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ فِي مَالِهَا إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا، فَهَلْ اسْتَأْذَنْتِ كَعْبًا؟" قَالَتْ: نَعَمْ. فَبَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إِلَى كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ، فَقَالَ: "هَلْ أَدْنْتَ لِحَيْرَةٍ أَنْ تَتَّصِدَّقَ بِحُلِيِّهَا؟" فَقَالَ: نَعَمْ. فَقَبِلَهُ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مِنْهَا³ 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 أذرتة 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.

¹ سورة النساء. الآية: 6

² أخرجه البخاري (150/2) ومسلم (80/3).

³ 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. قال المحققون.

الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

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. 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 بصداقها، 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 أعطاهما 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.

خامسا: الحجر على المريض مرض الموت:

يحجر على المريض مرض الموت لمصلحة ورثته، ولكن الحجر هنا جزئيا حيث له أن يوصي بثلاث 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 - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَعُودُنِي مِنْ وَجَعٍ اشْتَدَّ بِي زَمَنَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ فَقُلْتُ بَلِّغْ بِي مَا تَرَى وَأَنَا ذُو مَالٍ وَلَا يَرِثُنِي إِلَّا ابْنَةٌ لِي أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلُثِي مَالِي قَالَ «لَا». قُلْتُ بِالشَّطْرِ قَالَ «لَا». قُلْتُ الثُّلُثُ قَالَ «الثُّلُثُ كَثِيرٌ، أَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْرَهُمْ عَالَةً يَنْكَفِفُونَ النَّاسَ وَلَنْ تُنْفِقَ نَفَقَةً تَبْتَغِي بِهَا وَجْهَ اللَّهِ إِلَّا أُجِرْتَ عَلَيْهَا حَتَّى مَا تَجْعَلَ فِي فِي امْرَأَتِكَ¹.

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 فجاز 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

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

الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

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 والشافعي¹.
فخلاصة القول أن المريض مرض الموت لا يجوز شرعا 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 تُنْفِقَ نَفَقَةً تَبْتَغِي بِهَا وَجْهَ اللَّهِ إِلَّا أُجِرْتَ عَلَيْهَا حَتَّى مَا تَجْعَلَ فِي فِي أَمْرَاتِكَ"².

المطلب الثاني: عوارض الأهلية المنصوص عليها في القانون

ذكر المشرع الجزائري أسبابا للحجر إما لعوارض الأهلية و إما المانع واحد من موانعها و هو المانع القانوني و جاءت متفرقة في عدد من القوانين كقانون الأسرة، و القانون المدني، و القانون التجاري، والأهلية في هذا الصدد المقصود بها أهلية الأداء .
الفرع الأول : الحجر بسبب عوارض الأهلية .

قسم المشرع الجزائري في القانون المدني عوارض الأهلية إلى قسمين : عوارض تعدم الأهلية و هي الجنون و العته³ و عوارض تنقص الأهلية و هي السفه و الغفلة⁴، أما في قانون الأسرة فلم يذكر الغفلة كسبب للحجر، إلا أن ذلك لا يحول دون الأخذ بها ما دامت أحكام الشريعة الإسلامية هي التي تطبق على هذه المسائل و عليه فإن المحجور عليهم، هم

¹ سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي. التوضيح لشرح الجامع الصحيح. المحقق: دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيب التراث. دار النوادر، دمشق. ط1: 1429 هـ - 2008 م ج17 ص 193

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

³ المادة 42 من الأمر رقم 75 / 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78، المؤرخ في 30 / 09 / 1975 معدل والمتمم بموجب القانون رقم 07 / 05 مؤرخ في 13 يونيو 2007 ، الجريدة الرسمية، عدد 31 ،الصادرة في 13 مايو 2007: : لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من فاقد التمييز لصغر في السن او عته او جنون يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشر سنة "

⁴ المادة 43 من نفس القانون: " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها او معتوها يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون "

الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

المجنون و المعتوه و السفیه و ذو الغفلة، و یضاف إلیهم المحجور علیه حجرا قانونیا تنفیذا لعقوبة تکمیلیة طبقا لما ورد فی المادة (9) من قانون العقوبات الجزائری¹.

أولا : الحجر بسبب الجنون و العته

یعرف الجنون فی القانون الوضعي بأنه حالة مرضیة تصیب الشخص فتفقده القدرة علی تمییز العمل النافع من الضار، نشیر إلی أن المشرع الجزائری لم یعرف حالة الجنون فاسحا المجال للفقہ ولم یمیز المشرع الجزائری فی القانون المدني وقانون الاسرة بین نوعي الجنون المعروفین فی الفقہ الاسلامي أي الجنون المطبق والجنون المتقطع حیث یعتقد بتصرفات الشخص أثناء إفاقتة، غیر أنه نص علیها فی القانون رقم 91-10 المؤرخ فی 27-02-1994 المتعلق بالاوقاف حیث تنص المادة 84 منه علی ما یلي: "لا یصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرفا یتوقف علی أهلیة التسییر .

أما صاحب الجنون المتقطع فیصح أثناء إفاقتة وتما م عقله شریطة أن تكون الافاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعیة"، أما القوانين الاخری فقد نصت علیه مثل التشریع التونسي² ینص الفصل 160 من قانون الاحوال الشخصیة التونسي علی أن المجنون هو اشخص الذی فقد عقله سواء أكان جنونا مطبقا یتغرق جمیع أوقاته أم منقطعا تعتریه فترات یثوب إلیه عقله فیها. أما ضعيف العقل فهو الشخص غیر كامل الوعي السیئ التدییر الذی ال یهتدی إلی التصرفات الرابحة ویغین فی المبیعات، والمغربي³ تنص المادة 217 من مدونة الاسرة المغربیة علی ما یلي: "... یعتبر الشخص المصاب بحالة فقدان العقل بكیفیة متقطعة، كامل الاهلیة خلال الفترات التي یؤوب إلیه عقله فیها .

الفقدان الارادي للعقل لا یعني من المسؤولیة، وكذا المشروع العربی فی القانون العربی الموحد لرعاية القاصرين وبالضبط نص المادة 2 منه⁴، وفرض المشرع الجزائری واجب الرقابة علی المجنون فی صریح نص المادة 134 من القانون المدني حیث رتب

¹ قديری محمد توفیق ، النيابة الشرعیة بین الفقہ الإسلامی و القانون الجزائری ، اطروحة مقدمة لنیل شهدة دكتوراه علوم

فی الحقوق ، تخصص : العقود و المسؤولیة ، جامعة محمد خیضر، بسكرة 2017-2018، ص 65

² محمد بشیر ، عوارض الاهلیة والحلول القانونیة المقررة لها فلی التشریع الجزائری - دراسة مقارنة، مجلة صوت

القانون المجلد الخامس، العدد 02 /أکتوبر 2018، ص 77

³ نفس المرجع

⁴ نصت هذه المادة علی ما یلي: "المجنون : فاقد العقل بصورة مطبقة أو متقطعة" نفس المرجع

الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

المسؤولية على متولي الرقابة عما يلحقه المريض بالغير بسبب حالته العقلية من ضرر وقد أكد هذا المبدأ القضاء الجزائري¹.

ومن المعلوم أن مسؤولية متولي الرقابة تقوم على أساس قرينة الخطأ المفترض²، ولقيام هذه المسؤولية يتعين توافر شرطين اثنين، يتمثل أولهما في تولي شخص الرقابة على شخص آخر فالأول هو الملتزم بواجب الرقابة وأما الثاني فهو الخاضع للرقابة، كالالتزام الاب بصفته وليا برقابة القاصر وهو الذي لم يحدد المشرع الجزائري سنه إذا تعلق الأمر بمسألة الخضوع للرقابة كما هو الشأن بالنسبة للتشريع المصري وهكذا فإن حكم المادة يمتد إلى كل شخص لم يبلغ سن الرشد المدني المقدر بتسع عشرة سنة كاملة أو المجنون وطالما أن هذان الاختيران في حاجة إلى الرقابة بسبب قصور العقل عن فهم الخطاب فإن مسؤولية المكلف بالرقابة القائمة على أساس الخطأ المفترض تنتهي ببلوغ الخاضع للرقابة سن الرشد إذا كان قاصرا أو إفاقة المجنون، وأما الشرط الثاني لقيام مسؤولية متولي الرقابة فهو صدور عمل غير مشروع ممن تشمله الرقابة كالمجنون مثال إذ يترتب عن هذا العمل ضرر للغير، وعلى هذا فإن العمل الضار الصادر من المجنون يكفي فيه توافر العنصر المادي وهو التعدي دون العنصر المعنوي وهو الإدراك وتتعدد المسؤولية أصلية³.

والعته يعرف لغة بأنه نقصان العقل من غير جنون أو دهش، والمعته ناقص العقل⁴، وأما اصطلاحا فهو آفة توجب اختلال العقل فيختلط كالم صاحبه حتى يشبهه كالم العقلاء أحيانا وكالم المجانين أحيانا أخرى، والفرق بين المعته والمجنون هو أن الجنون

¹ قرار رقم 52862 المؤرخ في 1988/07/16 جاء في محتواه قضية مدير مستشفى س ضد فرق ب: "من المقرر قانونا أن متولى الرقابة مسؤول عن الأضرار التي يلحقها للغير للأشخاص الموضوعون تحت رقابته، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير صحيح. ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن المجلس القضائي حمل المستشفى مسؤولية وفاة الضحية نتيجة اعتداء وقع عليها من أحد المرضى المصابين عقليا واعتبر ذلك إخلالا بواجب الرقابة الملقى على عاتقها - مما يشكل خطأ مرفقيا - يستوجب التعويض طبقا للمادة 134 من القانون المدني، ويقضائه كما فعل طبق القانون تطبيقا سليما، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الثاني، دون تاريخ النشر، دون مكان النشر، ص 852

³ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2007، ص 303

⁴ محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، دون تاريخ النشر، الجزء الثاني، ص 473

الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

تصاحبه حالة هيجان بخالف العته أي أن العته هو جنون هادئ¹، ويفرق بعض الكاتبيين بين نوعين من العته نوع ال يكون معه إدراك وتمييز وحكمه كالجنون، ونوع آخر يكون معه إدراك وتمييز ولكن ال يصل في الغالب إلى درجة الراشدين وحكمه كالصبي المميز، ويعتبر الدكتور وهبة الزحيلي العته نوعا واحدا².

وتبعا لهذا فالعته هو حالة تعتري عقل الانسان فتفقده القدرة على التمييز، على الرغم من أنه ال يفقد العقل تماما كالمجنون، ولم يفرق المشرع الجزائري بين المجنون والمعتوه واعتبر حكم تصرفاتهما كالصبي غير المميز ويحجر عليهما بحكم من المحكمة وفقا للإجراءات التي يبينها القانون في هذا الصدد كما يرفع الحجر بقرار من المحكمة إذا ما انتهت حالة الجنون أو العته³، وعرفه القانون العربي الموحد لرعاية القاصرين كما يلي: "المعتوه: قليل الفهم مختلط الكلام سيء التدبير."

جمع المشرع الجزائري بينهما في المادة (42) من القانون المدني، حيث اعتبرهما سبين لفقد أهلية الأداء، و لم يأخذ بموقف الفقه الإسلامي بالترقية بينهما. وإضافة إلى ذلك لم يعرف المشرع الجزائري الجنون أو العته، و لم يميز بين الجنون و الدائم و الجنون التقطع، والعته المعلم للأهلية و العته المنقص للأهلية، و هو ما ستحسسه شراح القانون، لأن التفرقة بين الجنون و العته دقيقة جدا، خصوصا أن العته نوع من الجنون إلا أنه هادئ⁴.

ثانيا : الحجر بسبب السفه و الغفلة

اما العوارض المنقصة للأهلية فهي تلك العوارض التي تصيب الشخص في تدبيره⁵، نميز بين السفه والغفلة كعوارض منقصين الاهلية الاداء، نبين أحكامهما لنخلص إلى توضيح الفرق بينهما:

¹ علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص 220

² محمد بشير ، المرجع السابق، ص 78

³ نبيل إبراهيم سعد، نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2001، ص 169

⁴ محمد سعيد جعفرور ، مدخل إلى العلوم القانونية ، ج 2 ، دروس في نظرية الحق ، ط 1 ، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011 ، ص 530

⁵ أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، المجلة ، الكبرى، مصر، 1984، ص 184.

الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

نص المشرع الجزائري على السفه والغفلة كعارضين منقسين للأهلية في القانون المدني في المادة (43) منه، أما في قانون الأسرة فلم يذكر المشرع الجزائري في المادة (101) الغفلة كسبب للحجر، كما أنه أخطأ بين المجنون و المعتوه و السفيه حين اعتبرهم على صعيد واحد من حيث حكم التصرف بعد الحجر في المادة (85) من قانون الأسرة الجزائري، و عليه يظهر التعارض وايضا بين المادة (43) من القانون المدني و المادة (85) من قانون الأسرة حول أثر الحجر على تصرفات السفيه و أثرها القانوني .

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

ويتضح من نص المادتين (101-103) من تقنين الأسرة أنه يكون الحجر على هؤلاء بناء على حكم من القضاء، و هذا ماذهب إليه المشرع المصري بصريح العبارة وفق المادة (113) من التقنين المدني ((المجنون و المعتوه و ذو الغفلة و السفيه تحجر عليهم المحكمة ...)) و يكون الحجر حسب المادة (102) من قانون الأسرة الجزائري ((يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة))¹.

وما يميز حالة السفه عن الغفلة هو أن السفيه حين يتصرف في أمواله يكون في الغالب مدركا بعواقب تدبيره الفاسد، فهو ينفق ماله من غير ضابط وعلى غير مقتضى العقل والشرع والحكمة، أما ذو الغفلة فإن تصرفه يكون بسذاجة فهو حسن النية ال يحسن التعامل في الصفقة ربحا أو خسارة²، ويقول الدكتور وهبة الزحيلي في هذا القبيل أن السفيه كامل الإدراك ويرجع سوء تصرفه إلى سوء اختياره، وأما ذو الغفلة ضعيف الإدراك ويرجع سوء تصرفه إلى ضعف عقله وإدراكه للخير والشر³.

¹ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 56

² نفس المرجع، ص 35

³ محمد بشير، المرجع السابق، ص 80

الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

الفرع الثاني : الحجر بسبب المانع القانوني للأهلية

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

وباستثناء المشرع الكويتي فإن بقية القوانين العربية نصت على الحجر القانوني كعقوبة إضافية ولكن خلافا للقانون الجزائري الذي اكتفى بالإحالة على قواعد الحجر القضائي الواردة في قانون الأسرة فيما تعلق بآثار النطق بعقوبة الحجر القانوني، فإن القوانين العربية محل المقاربة باستثناء - القانون البحريني ذكرت في قوانين عقوباتها إجراءات تعيين مقدم على المحكوم عليه بعقوبة الحجر القانوني وكيفية إدارة أمواله والرقابة على المقدم، وكيف يتسلم المحكوم عليه أمواله بعد انقضاء العقوبة وكيف يحاسب المقدم الصادر بالمرسوم بقانون رقم (15) لسنة 1976م، المعدل بالقانون رقم (5) لسنة 2019م المادة 58: "كل حكم صادر بعقوبة الإعدام يستتبع بقوة القانون بطلان كل أعمال التصرف والإدارة التي تصدر عن المحكوم عليه عدا الوصية . ويعين على أموال المحكوم عليه قيم تتبع في إجراءات تعيينه وتحديد سلطاته الأحكام المعمول بها في شأن القوامة على المحجور عليهم. "

المادة 59: "الحكم بالسجن يستتبع الحرمان من كل الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادة 53 وذلك من يوم الحكم حتى نهاية تنفيذ العقوبة أو انقضائها بأي سبب آخر . ويقع باطلا كل عمل من أعمال التصرف أو الإدارة إذا صدر من المحكوم عليه بالسجن خلال مدة سجنه . ويعين على أمواله قيم تتبع في إجراءات تعيينه وتحديد سلطاته الأحكام المعمول بها في شأن القوامة على المحجور عليهم.² كما نجد المادتان 38 و 39 من القانون الجنائي المغربي صيغة محيطة بتاريخ 25 مارس 2019 تنص المادة 38 على: "الحجر القانوني يحرم المحكوم عليه من مباشرة حقوقه المالية طوال مدة تنفيذ العقوبة الاصلية .

¹المادة 9 مكرر من قانون العقوبات الجزائري

²تم الاطلاع عليه بتاريخ 2020/07/01 على الرابط الالكتروني:

الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

وله في جميع الاحوال ان يختار وكيلا ينوب عنه في مباشرة تلك الحقوق تحت اشراف الوصي القضائي المعين في احكام الفصل التالي".

المادة 39: "يعين وفق الاجراءات المقررة في شأن المحجورين القضائيين، وصي للإشراف على ادارة اموال المحكوم عليه اثناء وجوده في حالة الحجر القانوني، فاذا كان المحكوم عليه قد اختار وكيلا لمباشرة تلك الادارة، فانه يكون تحت اشراف الوصي ومسؤولا امامه، وفي غير هذه الحالة يتولى الوصي بنفسه مباشرة تلك الادارة .

لا يجوز طوال مدة العقوبة ان يسلم المحجور القانوني أي مبلغ من مدخولاته ما عدا المقادير الخاصة بالمعيشة في حدود ما تسمح به ادارة السجون . وعند انتهاء العقوبة، تعاد الى المحجور امواله، ويقدم له الوصي الحساب عما قام به مدة ادارته".¹

الفصل 30 من المجلة الجنائية التونسية طبعة محيّنة مصادق عليها من طرف المجلس الوطني لتنظيم الأحكام التشريعية والتراتب الجاري بها العمل وفقا للقانون عدد 46 لسنة 2005 المؤرخ في 6 جوان 2005.

المادة 23: يخول الحكم بالمراقبة الإدارية للسلطة الإدارية حق تعيين مكان إقامة المحكوم عليه عند انقضاء مدة عقوبته وتغيير مكان إقامته كلما رأت ضرورة لذلك.

المادة 24 : لا يسوغ للمحكوم عليه مبارحة المكان الذي حددت إقامته به بدون رخصة.²
اما في القانون الاتحادي رقم 03 لسنة 1987 وفقاً لأحدث التعديلات الواردة بالمرسوم بقانون رقم 07 لسنة 2016.

المادة 74: كل حكم صادر بعقوبة الإعدام يستتبع بقوة القانون من يوم صدوره وحتى يتم تنفيذه حرمان المحكوم عليه من كل الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادة التالية وبطلان كل أعمال التصرف والإدارة التي تصدر عنه عدا الوصية.
وتعين المحكمة المختصة قيما على أموال المحكوم عليه تتبع في إجراءات تعيينه وتحديد سلطاته الأحكام المعمول بها في شأن القوامة على المحجور عليهم.

¹ تم الاطلاع عليه بتاريخ 2020/07/01 على الرابط الالكتروني:

<http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/ar>

² تم الاطلاع عليه بتاريخ 2020/07/01 على الرابط الالكتروني:

http://www.legislation.tn/affich-code/Code-p%3%A9nal_89

الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

المادة 76: لا يجوز للمحكوم عليه بعقوبة السجن المؤبد أو المؤقت أن يتصرف في أمواله خلال مدة سجنه إلا بإذن من المحكمة المدنية أو الشرعية المختصة التابع لها محل إقامته ويقع باطلاً كل تصرف يبرمه المحكوم عليه بالمخالفة لحكم الفقرة السابقة.

المادة 77: يختار المحكوم عليه لإدارة أمواله خلال مدة سجنه قيماً تقره المحكمة المدنية أو الشرعية المختصة التابع لها محل إقامته، فإذا لم يتم هذا الاختيار خلال شهر من بدء تنفيذ عقوبة السجن، عينت تلك المحكمة قيماً عليه بناء على طلب النيابة العامة أو أي ذي مصلحة. ويجوز للمحكمة أن تلزم القيم الذي تتصبه بتقديم كفالة ويكون القيم في جميع الأحوال تابعاً للمحكمة في كل المسائل المتعلقة بقوامته وترد إلى المحكوم عليه أمواله بعد انقضاء مدة عقوبته أو الإفراج عنه ويقدم له القيم حساباً عن إدارته¹

مع ملاحظة أن القوانين العربية محل المقارنة حين تبنت نظام الحجر القانوني أكدت على طبيعته الاستثنائية وأنه منع مؤقت من التصرف لا يرقى لمرتبة الحجر القضائي.²

¹ تم الاطلاع عليه بتاريخ 2020/07/01 على الرابط الإلكتروني:

<http://rakpp.rak.ae/ar/Pages>

² قديري محمد توفيق ، المرجع السابق، ص 61

الفصل

الثاني:

الجانب الإجرائي

للحجر بين التشريعة

الإسلامية والقانون

الوضعي

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

إن توفر أسباب الحجر لا يؤدي بالضرورة إلى اعتبار الشخص محجورا عليه، فعملية الحجر لا بد وان تسبق ببعض الإجراءات التي ينبغي إتباعها أولا، والمتمثلة في توافر شروط رفع دعوى الحجر، ووجوب رفع هذه الأخيرة أمام الجهة القضائية التي خولها القانون ولاية النظر في موضوع الحجر، وكذا عريضة افتتاح الدعوى والتكليف بالحضور، وهذا ما سنتطرق إليه في المطلب الأول تحت عنوان دعوى الحجر.

وبعد رفع الدعوى يأتي دور القضاة في نظر الدعوى والفصل فيها، وأخيرا صدور الحكم بالحجر وهو ما سيكون في المطلب الثاني تحت عنوان الحكم بالحجر.

ولقد تناول المشرع الجزائري إجراءات توقيع الحجر في كل من قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ففي قانون الأسرة كانت ضمن الأحكام المتعلقة بالحجر، أما في قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد نص عليها المشرع في الفرع الثالث في حماية البالغين ناقصي الأهلية من القسم الرابع في إجراءات الولاية من الفصل الأول في قسم شؤون الأسرة من الباب الأول في الإجراءات الخاصة بالمحكمة وفي الإجراءات الخاصة ببعض الأحكام من الكتاب الثاني في الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية، والملاحظ هو أن المشرع اعتمد عبارة " في حماية البالغين ناقصي الأهلية" ، وناقص الأهلية كما سبق بيانه هو السفية وذوي الغفلة ولا يدخل ضمن هذا المصطلح المجنون والمعتوه، لأنهم عديمي الأهلية وليسوا ناقصيها.

ومن خلال هذا الفصل سوف نتطرق الى الجانب الاجرائي لتوقيع الحجر في المبحث الاول ثم آثار توقيع الحجر وانقضاؤه في المبحث الثاني.

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

المبحث الأول: إجراءات توقيع الحجر

توقيع الحجر على الأشخاص يكون برفع دعوى أمام القضاء وفقا للقواعد العامة المقررة في رفع الدعاوى طبقا للمواد 12 و 13 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية¹ وترفع الدعوى أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة التي يقع بدائرتها موطن أو إقامة الشخص المطلوب الحجر عليه طبقا لنص المادة 08 من نفس القانون، وفي هذا الصدد تنص المادة 103 من قانون الأسرة " يجب أن يكون الحجر بحكم" .. وتنص المادة 102 من نفس القانون " يكون الحجر، بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة". كما تقضي الفقرة الثانية من المادة 103 المذكورة للقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر " وتنص المادة 104 أيضا من قانون الأسرة" إذا لم يكن للمحجور عليه ولي، أو وصي وجب على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدا لرعاية المحجور عليه "... وتنص المادة 105 من قانون الأسرة على أنه " يجب أن يمكن الشخص الذي يراد التحجير عليه من الدفاع عن حقوقه وللمحكمة أن تعين له مساعدا إذا رأت في ذلك مصلحة"، وتنص المادة 106 أيضا " الحكم بالحجر قابل لكل طرق الطعن ويجب نشره للإعلام"²

المطلب الأول: الأشخاص المخولين بطلب الحجر

إن دعوى الحجر نظرا لتعلقها بأهلية الأشخاص فإنها دعوى مهمة وخطيرة تهدف إلى طلب معين وهو الحجر على الشخص المطلوب الحجر عليه وبالتالي فقد نص المشرع الجزائري في المادة 102 من قانون الأسرة على ما يلي " يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة" فمن خلال قراءة هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري أعطى الحق في رفع دعوى الحجر لكل من أقارب الشخص المطلوب الحجر عليه أو من له مصلحة، أو النيابة العامة.

وكل هؤلاء افتراض فيهم القانون أن تكون لهم مصلحة وبالتالي تشبه المصلحة هنا تلك الواجب توفرها في أي دعوى قضائية على أن لدعوى الحجر خصوصياتها كما سنفصله في الفروع التالية حيث سوف نتطرق الة حق الاقارب في رفع دعوى الحجر في الفرع الاول

¹ القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ج.ر عدد 21، 2008)

² الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 116

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

ثم من له مصلحة في الفرع الثاني ، وفي الاخير الى حق النيابة العامة في رفع دعوى الحجر في الفرع الثالث.

الفرع الأول: الأقارب

للأقارب الحق في رفع دعوى الحجر عند وجود سبب من أسباب الحجر المذكورة سابقا بالشخص المراد الحجر عليه طبقا لنص المادة 102 من قانون الأسرة، غير أن المشرع لم يحدد لنا بدقة معنى الأقارب، بل جاء النص عاما وهذا يجعلنا نعود إلى القانون المدني لتحديد الأشخاص الذين تتوفر فيهم صفة القرابة.

أولاً: انواع القرابة

والقرابة نوعان: قرابة تنشأ عن الدم، وقرابة تنشأ عن الزواج¹، والمراد بقرابة النسب الصلة القائمة بين الأشخاص بناء على الدم والأصل المشترك²، وهذا ما قصده المادة 32 من القانون المدني بنصها على ما يلي: " تتكون أسرة الشخص من ذوي قرياه ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد، ويقسم هذا النوع من القرابة إلى قسمين قرابة مباشرة وقرابة غير مباشرة (قرابة الحواشي)³."

نص المشرع على القرابة المباشرة في الفقرة الأولى من المادة 33 من القانون المدني وعرفها بأنها الصلة ما بين الأصول والفروع⁴، بمعنى قرابة على عمود نسب واحد، بحيث لا يكفي لتحقيق القرابة المباشرة أن يجمع بين شخصين أصل مشترك، بل لابد من أن يكون أحدهما فرع والآخر أصل له⁵.

وفي حساب درجة القرابة المباشرة يعتبر كل فرع درجة مع عدم إحتساب الأصل، بحيث يشكل كل فرع درجة عند الصعود إلى الأصل ولا يدخل الأصل ذاته في حساب الدرجة⁶، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 34 من القانون المدني⁷، وعلى ذلك يعتبر الإبن بالنسبة لقرابته بأبيه أو أمه في الدرجة الأولى لأن الإبن فرع وهذه درجة والأب أو الأم

¹ محمد سعيد جعفر ، مرجع سابق، ص 411

² نبيل ابراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، 2010، ص152

³ محمد سعيد جعفر ، نفس المرجع، ص 411

⁴ المادة 33 من الأمر رقم 75-58 ، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق، ص 991، 992.

⁵ محمد سعيد جعفر ، نفس المرجع، ص 412.

⁶ أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 75

⁷ المادة 34 من الأمر رقم 75-58 ، مرجع سابق، ص 992.

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

أصل فلا يحسب درجة، وكذلك ابن الإبن يعتبر في الدرجة الثانية بالنسبة لقرابته بجدته أو جدته¹

أما القرابة الغير مباشرة فهي الصلة القائمة بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر، طبقاً لما جاء في الفقرة الثانية من المادة 33 من القانون المدني².

وقد بينت المادة 34 من القانون المدني كيفية حساب درجة هذا النوع من القرابة إذ نصت على ما يلي: "...، وعند ترتيب درجة الحواشي تعد الدرجات صعوداً من الفرع لأصل المشترك، ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة"³. ومثال ذلك الأخ في الدرجة الثانية بالنسبة لأخته لأن الأصل المشترك بينهما الأب إذ أن الصلة بين الأب والأخ درجة، وبين الأب والأخت درجة فتكون درجتين⁴.

أما القرابة الناشئة عن الزواج يقصد بها الصلة التي تنشأ بين أشخاص نتيجة الزواج، وهذه القرابة بدورها تنقسم إلى قسمين: قرابة زوجية وقرابة مصاهرة.

تعرف القرابة الزوجية بالقرابة التي تجمع بين امرأة ورجل نتيجة عقد زواج، وهذا لا يمنع من وجود قرابة دم بين الزوجين لأن الزوجة قد تكون قريبة لزوجها وقد لا تكون قريبة له بالدم، ومع ذلك فإن القرابة الزوجية أقوى من قرابة الدم لأنها أساس الأسرة، أما قرابة المصاهرة فهي تقوم بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر⁵، وهذا ما نصت عليه المادة 35 من القانون المدني كما يلي: يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر.

وعليه لا بد أن يكون أحد طرفي علاقة القرابة الزوج أو زوجته بحيث يكون الزوج قريباً لأقارب زوجته، والزوجة قريبة لأقارب زوجها، وبمعنى آخر قرابة المصاهرة لا تقوم بين أقارب أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر.

¹ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 153.

² المادة 33 من الأمر رقم 75-58، مرجع سابق، ص 991، 992.

³ المادة 34 من نفس الامر، ص 992

⁴ توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، موجز النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، مؤسسة الثقافة الجامعية،

مصر، دس، ص 228

⁵ نفس المرجع، ص 223.

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

وعملا بأحكام المادة 35 من القانون المدني تحسب درجة قرابة المصاهرة كما تحسب درجة قرابة التعب، وعليه فالزوج يحتل نفس مكان زوجته ويعد قريب بالمصاهرة الأقاربها¹.

ثانيا: اثبات القرابة

ولإثبات قرابة النسب يتوجب إقامة الدليل على وحدة الدم أو الأصل المشترك، ويكون ذلك بإثبات نسب الولد إلى كل من أمه وأبيه، فيثبت نسب الولد إلى أمه بالولادة، وفيما يخص إثبات نسب الولد إلى أبيه فقد وضع المشرع الجزائري قرائن قانونية معينة نص عليها في المادة 40 من قانون الأسرة².

وإثبات القرابة الزوجية يكون بمستخرج من سجلات الحالة المدنية، أو بحكم قضائي في حالة عدم تسجيله طبقا لأحكام المادة 22 من قانون الأسرة³، أو الدفتر العائلي طبقا لنص المادة 72 من قانون الحالة المدنية⁴.

وفي إثبات قرابة المصاهرة لا بد من إثبات قرابة الزوج لأحد أقارب زوجته، وذلك بإقامة الدليل على وجود قرابة نسب بين الزوجة وقريبها هذا، وإذا تحقق هذا الأمر اعتبر ذلك دليل.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

أما بخصوص الأقارب المخول لهم برفع دعوى الحجر، نجد أن المشرع الجزائري لم يبين ذلك من خلال نص المادة 102 من قانون الأسرة فورد النص عاما، مما يفيد أن كل من تتوفر فيهم صفة القارب كما شكرت أنفا لهم الحق في رفع الدعوى، ان دعوى الحجر تهدف أساسا إلى حماية المطلوب الحجر عليه خاصة في ماله ، وعليه فالقارب هم أقرب الناس لمن اعتراه عارض من عوارض الأهلية، أو مانع من موانعها، وبالتالي فهم أولى برعاية شؤونه وحفظ أمواله من الضياع، حيث افترض المشرع في الأقارب وجود نوع من

¹ محمد سعيد جعفرور ، مرجع سابق، ص 417، 418

² نفس المرجع ، ص 419.

³ المادة 22 من القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، ج. ر. ع 15، مرجع سابق، ص 20.

⁴ المادة 72 من الأمر رقم 70-20، المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 الموافق ل 19 فبراير 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية، ج. ر. ، 21 ، ص 281 ، المؤرخة في 27 فبراير 1970 ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 ، المؤرخ في 13 شوال 1435 الموافق ل 09 غشت 2014، ج. ر. ع 49، المؤرخة في 24 شوال 1435 الموافق ل 20 غشت 2014.

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

الشفقة على المحجور عليه لا يمكن إيجادها عند غيرهم من الأشخاص، كما أن الأقارب هم أعلم الناس بحال من يعيش معهم ، إذا كان مجنوناً أو معتوهاً أو سفيهاً أو مغفلاً¹.
ومن خلال ذلك يمكن القول بأن نص المادة 102 من قانون الأسرة جاء عاماً والمشعر الجزائري نكر مصطلح الأقارب وسكت، ولم يبين لنا من له الحق في رفع دعوى الحجر من الأقارب وإلى أي درجة يتوقف عندها في ذلك لأنه مصطلح واسع، وبهذا فالمشعر جعل كل من تتوفر فيه صفة القرابة له الحق في رفع دعوى الحجر، لأن طلب الحجر يستهدف حماية مصلحة عامة وخاصة ترجع كلها إلى حفظ مال من لا يستطيع المحافظة على ماله² لوجود سبب من أسباب الحجر التي سبق لنا ذكرها وبالعودة إلى نص المادة 102 من قانون الأسرة بالفرنسية نجد أنها تحصر من له الحق في رفع دعوى الحجر في الأولياء فقط حيث جاء فيها :

«L'interdiction est prononcée à la demande de l'un des parents»

وهو إتجاه منتقد لا يحقق الهدف من الحجر، نظراً لتصور وجود شخص يراد التحجير عليه دون أب وأم فمن الأحسن ترك أمر رفع الدعوى القضائية إلى قرابته.
ومن خلال التطبيقات القضائية نجد أنه عادة ما يقوم برفع دعوى الحجر كل من الأبناء، الآباء، أحد الزوجين على الآخر وهو ما تؤكدته التطبيقات القضائية.³

الفرع الثاني: من له مصلحة

الأصل ألا تقبل أي دعوى ترفع أمام المحكمة، ليس لصاحبها مصلحة قائمة، يقرها القانون، ولو كانت محتملة، خاصة إذا كان الغرض الاحتياط لدفع ضرر محقق محتمل الوقوع، وطبقاً لقاعدة قانونية عامة مفادها أنه " لا دعوى بدون مصلحة " ، فالمدعي سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً خاصاً أو عاماً يجب أن تكون له المصلحة في رفع الدعوى ، وإذا تم الاعتداء على حقه فإنه يلجأ للقضاء لرفع الدعوى وهذه المصلحة هي حماية الحق وهناك من يذهب إلى القول بأن المصلحة هو شرط الوحيد لقبول الدعوى وما عداها ما هي إلا صور من هذه المصلحة .

¹ شيكر ريمة، المرجع السابق، ص 40

² أحمد نصر الجندى، مرجع سابق، ص 285.

³ وفاء زيتوني ، أمال كبيش ، أحكام الحجر في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر في

العلوم القانونية ، جامعة 8 ماي - 1945 قالمة ، 2016-2017، ص 34

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

والمصلحة الواجب توفرها لكي تكون الدعوى مقبولة أن مصلحة قانونية حالة وقائمة وشخصيته ومباشرة.¹

أولاً: تعريف المصلحة كشرط لرفع الدعوى القضائية

إن الفقه في الجزائر لم يتولى وضع تعريف للمصلحة مثله مثل القضاء، وذلك خلافاً

للفقه في مصر وفرنسا، وسوف نقوم في هذا المطلب بتحديد معنى المصلحة لغة وإصطلاحاً

1. التعريف اللغوي للمصلحة: عرفت المصلحة لغة في أكثر المعاجم اللغوية بأنها الصلاح، أو ما يبعث على النفع والصلاح، أو هي المنفعة.

2. التعريف الاصطلاحي للمصلحة: عرفت المصلحة في فقه القانون بأنها المنفعة والفائدة

التي تعود على المدعي من رفع الدعوى أمام القضاء أو التي يسعى إلى تحقيقها، سواء كانت هذه الفائدة هي حماية حقه، أو إقتضائه أو الإستيثاق له أو الحصول على تعويض مادي أو أدبي عنه.

أو هي الحاجة إلى حماية القانون للحق المعتدي عليه أو المهدد بالإعتداء عليه، والمنفعة التي يحصل عليها المدعي بتحقيق هذه الحماية، أو القدرة إلى اللجوء إلى القضاء دفاعاً عن الحق.²

كما تعني المصلحة إستعمال حق الدعوى لإصلاح الأضرار المادية والمعنوية التي تصيب الحقوق والمراكز القانونية الشخصية.³

وقد ذهب بعض الباحثين للتفريق بين المصلحة في الدعوى والمصلحة في الحكم، فيقصد بالمصلحة في الدعوى الغاية التي يسعى إليها المدعي من رفع الدعوى وهي الحاجة إلى الحماية القانونية، وبما أن الحكم هو الذي يحقق الغاية فالمقصود بالمصلحة في الحكم المنفعة التي يحصل عليها المدعي بتحقيق حماية القانون لحقه الذي إعتدى عليه.

¹ عمار عوابدي، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية،

الجزائر، سنة 1982، ص 115

² علي الشيخ إبراهيم ناصر المبارك، المصلحة في دعوى الإلغاء، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2009، ص:

52

³ عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج 2، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية،

الجزائر، 2003، ص 411

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

ثانيا: طبيعة المصلحة التي نص عليها المشرع الجزائري كشرط لرفع دعوى الحجر أعطى المشرع الجزائري لمن له مصلحة الحق في رفع دعوى الحجر على كل من اعتراه عارض من عوارض الأهلية طبقا لنص المادة 102 من قانون الأسرة في حالة عدم قيام أحد الأقارب بطلب ذلك، وتطبيقا للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تعد المصلحة أهم شرط لقبول الدعوى ويترتب على عدم وجودها عدم قبول الدعوى¹، وهذا يجعلنا نتساءل عن طبيعة المصلحة التي نصت عليها المادة 102 من قانون الأسرة هل تختلف عن المصلحة المنصوص عليها في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أم هي نفسها؟²

للإجابة على هذا التساؤل لابد من توضيح طبيعة المصلحة المنصوص عليها في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فالمصلحة تعد الضابط القانوني لضمان جدية الدعوى وعدم خروجها عن الغاية التي رسمها لها القانون، ولقبول الدعوى لا يكفي أن يكون لرافعها مصلحة، بل يجب أن تتوفر شروط في هذه المصلحة وهي:

- يجب أن يكون محل الدعوى هو التمسك بحق أو مركز قانوني³، بمعنى يجب أن تكون المصلحة مشروعة وغير مخالفة للنظام العام والآداب العامة، وهذه المصلحة قد تكون مادية أو معنوية.

- يجب أن تكون المصلحة قائمة أو محتملة حسب المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁴، والمقصود بالمصلحة القائمة أن تكون موجودة وقت رفع الدعوى وأثناء مباشرتها، بمعنى أن يكون الحق المراد حمايته موجودا ومستحق الأداء، إذا كان وجود الحق معلق على شرط واقف لا تقبل الدعوى.

¹ عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، موقع النشرة الجزائرية، 2012، ص 65

² رقاشي سمية، الحجر القضائي وآثاره، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة سكيكدة، 2016، ص 43

³ خليل بوصويرة، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نوميديا للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 149.

⁴ عبد السلام ذيب، نفس المرجع السابق، ص 66.

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

أما المصلحة المحتملة تستند إلى الاعتداء أو ضرر محتمل الوقوع إذا كانت هناك دلالات تشير إلى تلاف، وتتخذ الدعوى كوسيلة للحفاظ على الحق إذا خشي فقده.¹

- يجب أن يتوفر في المصلحة الطابع الشخصي والمباشر إذ لا يمكن رفع دعوى عندما تكون مصلحة الغير قد تضررت.

ومع هذا فلا تكفي المصلحة القائمة أو المحتملة لقبول الدعوى، بل يجب أن يتمتع المدعي بصفة التقاضي، أي بالسند القانوني الذي يمنحه القدرة على الادعاء أي الترخيص، وهذا يرجع عادة إلى إثبات المصلحة الشخصية والمباشرة. ونجد في بعض الدعاوى المصلحة موجودة لدى الكثير من الأشخاص، لكن صفة التقاضي يملكها البعض منهم فقط (دعوى الطلاق مثلا)، كما أن إستقلالية الصفة عن المصلحة تظهر جلية في بعض الدعاوى التي تمارس بموجب حق شخصي .

من خلال ما تم عرضه يمكن القول بأن المشرع الجزائري في نص المادة 102 من قانون الأسرة أعلى حق رفع دعوى الحجر لمن له مصلحة، وهذا يعني أن أي شخص له الحق في أن يتقدم إلى القضاء ويثبت أن له مصلحة وفقا للشروط التي ذكرناها ونشت له الصفة في رفع دعوى الحجر وتقبل دعواه.²

ومفاد عبارة "من له مصلحة أن تكون مصلحة رافع الدعوى متعلقة بالحفاظ على أموال المراد الحجر عليه من الضياع لوجود حق أو مركز قانوني متعلق بتلك الأموال وذلك إحتياطاً لعدم فقدها، ومثال ذلك المدين أو الشريك في الملك أو في الشركة.

وبذلك فالمصلحة المذكورة في نص المادة 102 من قانون الأسرة تختلف عن المصلحة المنصوص عليها في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لأن المشرع جعل المصلحة مستقلة عن الصفة في رفع الدعوى، فالمدعي عليه إثبات الصفة والمصلحة من أجل قبول دعواه، ولكن حسب المادة 102 من قانون الأسرة نجد أنه يقع على عاتق المدعي عبء إثبات المصلحة في رفع دعوى الحجر وإذا تمكن من إثباتها تثبت له الصفة مباشرة وبالتالي تقليل دعواه.³

¹ خليل يوصنوبرة ، نفي المرجع ، ص 150 ، 151.

² عبد السلام ذيب، نفس المرجع ، ص 68

³ رفاشي سمية، مرجع سابق، ص 45.

ثالثا: آثار انعدام المصلحة

إذا كانت المصلحة منعدمة حكم القاضي بعدم قبول الدعوى عكس الصفة التي نصت المادة 13 على أن يثير القاضي انعدامها من تلقاء نفسه، فإنه، وبالنسبة للمصلحة، لم تنص هذه المادة على جواز إثارة انعدامها من طرف القاضي من تلقاء نفسه، فهل يعني هذا السكوت أن القاضي لا يجوز له أن يثير انعدام المصلحة من تلقاء نفسه؟ إن الإجابة على هذا السؤال نجده في المادة 69 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه يجب على القاضي أن يثير تلقائيا، الدفع بعدم القبول إذا كان من النظام العام لاسيما عند عدم احترام آجال طرق الطعن أو عند غياب طرق الطعن، فطبقا لهذا النص القانوني، ولما كانت المصلحة من النظام العام بدليل استعمال المشرع في المادة 13 لعبارة الوجوب، فإن انعدامها يثيره القاضي من تلقاء نفسه.¹

الفرع الثالث: النيابة العامة

تعرف النيابة العامة بأنها جهاز قضائي جنائي، أنيط به تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها أمام القضاء الجنائي، فتتص المادة 29 من قانون الإجراءات الجزائية 2 على: "تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون، وهي تمثل أمام كل جهة قضائية، ويحضر ممثلها المرافعات أمام الجهات القضائية المختصة بالحكم. ويتعين أن ينطق بالأحكام في حضوره " ...².

وعليه فالأصل أن القانون يخول للنيابة العامة رفع الدعوى العمومية فقط، إلا أنه استثناء يخول لها الحق في ممارسة الدعوى المدنية أمام القضاء المدني³، ولقد ورد النص في المادة 03 مكرر من قانون الأسرة على أن تكون النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون.

¹ مقفولجي عبدالعزيز، شروط قبول الدعوى، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد السادس، 2013، ص 120.

² عبد الله أوهابية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري (التحري والتحقيق)، دارهومة، الجزائر، ط3، 03، 2012، ص 85

³ عمر زودة، مقال حول طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسر (05-02) منشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا، 2005، عدد02، ص34

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

ومعنى هذا الكلام هو أن أية دعوى يرفعها أحد أفراد الأسرة وتخضع لتطبيق قانون الأسرة فإن النيابة العامة ستكون طرفاً أصلياً فيها، ليس كمدعى عليها بالمعنى القانوني، وليس الهدف الحكم لها أو عليها، ولكن كمراقب وكمكلف بالسهر على حسن تطبيق القانون تطبيقاً سليماً، وحارساً على حماية النظام العام.¹

ولقد ابتكر القضاة والمحامون صفة جديدة ليست هي صفة النيابة العامة كمدعى عليها، بل ابتكروا عبارة بحضور "النيابة العامة"، وهي عبارة تحل محل عبارة المدعى عليها كطرف أصلي في الدعوى.

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري الذي تم تعديله بالأمر رقم: 05/02 المؤرخ في: 27 فبراير 2005 نجده قد نص بموجب المادة 03 مكرر على وجوب أن تكون النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا المتعلقة بشؤون الأسرة وذلك على النحو التالي: "تعد النيابة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون"، وهذا ما أشارت إليه المادة 256 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بخصوص تدخل النيابة العامة في القضايا المدنية بصفة عامة وفي قضايا شؤون الأسرة بصفة خاصة بقولها: "يمكن لممثل النيابة العامة أن يكون مدعياً كطرف أصلي...". وبقراءة لنص المادتين نرى أن النيابة العامة لا تكون طرفاً أصلياً في قانون الأسرة إلا عندما تكون كطرف مدعي أو مدعى عليها، وهي لا تكون كذلك على المستوى العملي إلا في دعاوى محدودة من مجموع دعاوى شؤون الأسرة، إذ لا بد من تحديد الدور الأصلي للنيابة العامة وقصره على حالات محددة . والمقصود من أن تكون النيابة العامة طرفاً أصلياً في الدعوى: إن الدعوى هي حق لكل من المدعي والمدعى عليه، وتعني بالنسبة للمدعي حق عرض ادعاء قانوني على القضاء، وتعني بالنسبة للمدعى عليه حق مناقشة ادعاءات المدعي، وترتب التزاماً على المحكمة بإصدار حكم في موضوع الإدعاء بقبوله أو رفضه .

إذن فالنيابة العامة باعتبارها طرفاً أصلياً قد تكون هي المدعية إذا كانت هي التي قدمت الطلب للمحكمة، وفي الحالة الثانية تكون مدعى عليها في الدعوى المرفوعة ضدها مباشرة من أحد المتقاضين، وذلك حسب الأحوال فالإدعاء القانوني هو تأكيد شخص لحقه

¹ فاطمة الزهراء عبد العزيز، المحجور عليه بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق،

تخصص : احوال شخصية، جامعة محمد بوضياف - المسيلة 2015-2016، ص 80

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

أو مركزه القانوني في مواجهة شخص آخر بناء على واقعة قانونية معينة. فالدعوى المرفوعة من طرف النيابة العامة هي رفع الإدعاء إلى القضاء للحصول على حكم إيجابي منه، ويتم رفع الإدعاء عن طريق المطالبة القضائية بموجب عريضة مكتوبة تودع لدى كتابة الضبط، كأن ترفع النيابة العامة دعوى أمام المحكمة للمطالبة بتعيين مقدم لفاقد الأهلية أو ناقصها، ويشترط لصحتها توافر القواعد العامة لصحة الدعاوى القضائية، وهي: شرط الصفة وشرط المصلحة طبقاً لنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وكذا توافر شرط الأهلية طبقاً لنص المادتين 64 و65 من نفس القانون، بالإضافة إلى ذلك لا بد من احترام القواعد الإجرائية سواء تعلق الأمر بمواعيد التبليغ والطعن والتقدم... الخ. أما عن الدفع فهو وسيلة إجرائية منحها المشرع للمدعى عليه للرد على دعوى المدعي، يمكنه من الاعتراض عليها أو على إجراءاتها، إذ يحق للنيابة العامة كطرف مدعى عليها مناقشة موضوع أو إجراءات الطلبات المقدمة من المدعي¹.

نصت المادة 102 من قانون الأسرة على أن توقيع الحجر قد يكون بناء على طلب من النيابة العامة، وهذا لكونها طرفاً أصيلاً في دعاوى شؤون الأسرة بحسب ما نصت عليه المادة 03 مكرر من قانون الأسرة، والذي يعتبر إستفتاءً بنص القانون لأن دورها الأصلي والأساسي هو تحريك الدعوى العمومية كما جاءت به المادة 29 من قانون الإجراءات الجزائية، غير أنه كن ينبغي على المشرع الجزائري أن يبين الإجراءات المتبعة في هذه الحالة كما فعل المشرع المصري، إذ أعطى للنيابة العامة الحق في رفع دعوى الحجر، ولكن لإمكانية علم النيابة العامة بهذه الحالات فإنه ألزم قانوناً بعض الفات بالإبلاغ عن حالات فقد أهلية أحد الأشخاص أو غيابه، فقرر الحالات التي ينبغي الإبلاغ عنها للنيابة العامة وهي :

- أولاً : واقعة وفاة شخص غائب أو عديم الأهلية أو ناقصها أو حمل مستكين .
- ثانياً : واقعة وفاة الولي أو الوصي أو القيم أو الوكيل من الغائب.
- ثالثاً : حالة فقد الشخص لأهليته أو غيابه .

¹ فائزة جروني، تدخل النيابة العامة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية - عدد 13 - جوان

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

رابعا : حالة انقضاء مدة الحمل أو انفصال الحمل المستكن حيا أو ميتا . ويجب أن يتم الإبلاغ خلال ثلاثة أيام من تاريخ حصول الوفاة .¹

إذ نصت المادة 27 من قانون الأحوال الشخصية المصري على أنه " على الأقارب الذين كانوا يقيمون مع المتوفي في معيشة واحدة أو أكبر الراشدين مع الورثة إبلاغ النيابة العامة بواقعة وفاة شخص غائب أو عديم أهلية أو ناقصها أو حمل مستكن ، أو وفاة الولي أو الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب حائل ثلاثة أيام من تاريخ حصول الوفاة، وعلى الأقارب إبلاغ النيابة العامة خال ذات المدة عن فقدان أهلية أو غياب أحد أفراد الأسرة إذا كان مقيما معهم في معيشة واحدة "، كما نصت المادة 28 من نفس القانون على أنه " على الأطباء المعالجين ومدبر في المستشفيات والمصحات على حسب الأحوال، إيداع النيابة العامة عن حالات في الأهلية الناشئة عن عاهة عقلية بمجرد نبوت ذلك لديهم، وعلى المختصين بالسلطات الإدارية إيداع النيابة العامة متى تبين لهم أثناء تأدية عملهم حالة من حالات فقد الأهلية على النحو المشار إليه بالفقرة السابقة "، ونصت المادة 29 من نفس القانون على أنه على الوصي على الحمل المستكن إبلاغ النيابة العامة بانقضاء مدة الحمل أو بانفصاله حيا أو ميتا، كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري ، ذهب إلى أكثر من ذلك حين جعل لمخالفة هذه الالتزامات بالإبلاغ جزاءات قانونية، وكل مخالفة يعاقب عليها بغرامة لا تقل عن خمسين جنيها، ولا تجاوز مائة جنية ، فإذا كان عدم التبليغ بقصد الإضرار بعديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب أو غيرهم من ذوي الشأن، تكون العقوبة الحبس لمدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن مائة جنية ولا تجاوز ألف جنية ، أو بإحدى هاتين العقوبتين.

وبهذا يكون المشرع المصري قد ضمن إمكانية علم النيابة العامة بكل حالات فقد الأهلية أو نقصها وحتى حالات فقدان والوفاة، وهو ما يمكن النيابة العامة من ممارسة دورها في حماية هذه الفات وحماية أموالهم من الضياع، ومنه أنه كان يجب على المشرع الجزائري أن يحذو حذو المشرع المصري بإلزام بعض فئات المجتمع، كالأقارب والأطباء

¹ شيكر ريمة، المرجع السابق، ص 42

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

بإبلاغ النيابة العامة عن حالات فقدان الأهلية أو نقصها، لتتمكن من رفع دعوى الحجر وبإسطة حمايتها على المحجور عليهم.¹

المطلب الثاني: دعوى الحجر

دعوى الحجر من الدعاوى العادية، والإجراءات المتبعة في رفعها منصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، بحيث لا بد من توافر فيها شروط دعوى الحجر في الفرع الأول دور القاضي فيها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: شروط دعوى الحجر

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

أولاً : الشروط الموضوعية :

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

من خلال هذه المادة يتبين أن شروط رفع دعوى الحجر هي : الصفة، المصلحة، والإذن في حالة اشتراطه، وهذه الشروط كان منصوص عليها في - المادة 459 - من قانون إ. م. القديم: ((لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزاً لصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك، ويقرر القاضي" من تلقاء نفسه انعدام الصفة أو الأهلية، كما يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدعوى إذا كان هذا الإذن لازماً.)) وسوف نتطرق إلى هذه الشروط بإيجاز :

1) الصفة: لم يعرف قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصفة، والمقصود بالصفة هي صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات القضائية سواء بنفسه (صفة مكتسبة تلقائياً)، أو عن طريق ممثله القانوني (بموجب نص صريح قانوني)، كصفة تمثيل الموكل أو القاصر³،

¹ شيكر ريمة، المرجع السابق، ص 43

² القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في الباب الأول، في شروط رفع الدعوى.

³ فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات أمين، الجزائر، 2009، ص 44

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

وهذا يعني على وجوب رفع الدعوى أو الطلب أو الطعن أو الدفع أو الدفاع من ذي صفة على ذي صفة، وإلا كان غير مقبول¹.

(2) المصلحة: يقال أن: "لا دعوى من غير مصلحة والمصلحة مناط الدعوي اشترط قانون " الإجراءات المدنية والإدارية على أنه لا يجوز لأي شخص ما لم تكن له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون ، والمصلحة ليست شرطا لقبول الدعوي فقط ، وإنما هي شرط لقبول أي طلب أو دفع أو طعن في حكم، وللمصلحة معنيان هما :

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

- الحاجة إلى الحماية القضائية فإذا اعتدي على حق شخص ما ، أو كان حقه مهددا بالاعتداء عليه تهديدا جديا تحققت مصلحته في قبول الدعوى، ولا يكفي مجرد المصلحة بمعنى الفائدة العملية لقبول الدعوى ، وإنما يجب أيضا أن تكون للمدعي حاجة مشروعة إلى الحماية القضائية ، فالدعوى باعتبارها وسيلة تحقيق الحماية القضائية لا تنشأ إلا حيث توجد الحاجة لهذه الحماية لرد الاعتداء، فإذا لم تكن واقعة الاعتداء تحرم صاحب الحق أو المركز القانوني من أحد منافع حقه أو مركزه القانوني فلا يكون بحاجة إلى الحماية القضائية²، والمصلحة التي اشترطها المشرع هي المصلحة القانونية³ و يشترط أن تكون شخصية ومباشرة وأن تكون قائمة أو محتملة الوقوع .

¹ وهذا نصت عليه المادة (13) ق.م. ، ((لا يجوز لأي شخص التقاضي مالم تكن له صفة ..))

² عبد الحميد الشواربي، التعليق على قانون المرافعات ، الجزء 1 ، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص 9-11

³ و المصلحة القانونية سواء كانت مادية أو أدبية يجب أن لا تكون مجرد مصلحة نظرية بل يجب أن تعود بفائدة عملية من دعواه.

المصلحة يجب أن تكون قائمة وحالة : يجب أن يكون قد تم الاعتداء فعلا على حق رافع الدعوى وأن يكون الغير نازعه فيه فعلا ، أما إذا كان الضرر محتملا فالأصل أنه لا تقبل الدعوى .

أما إذا كان الضرر محتملا فالأصل أنه لا تقبل الدعوى إلا أنه جرى العمل استثناء على قبولها رغم أن مصلحة رافعها محتملة مثل :

- دعوى وقف الأعمال الجديدة .

- دعاوى الأدلة خشية زوال الدليل في دعوى سماع الشهود .

المصلحة الشخصية والمباشرة : أي يجب أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو من يقوم مقامه كالوكيل أو الولي فليس للشخص أن يطالب إلا بحقه ما لم يكن وكيلاً أو ممثلاً لغيره ولا يجوز للشخص أن يرفع دعوى نيابة عن المجتمع لأن رفع الدعوى نيابة عن المجتمع ، حق للنيابة العامة فقط مقفولوجي عبدالعزيز ، المرجع السابق، ص118

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

3) الأهلية: عرف الأستاذ "خلوفي رشيد" الأهلية بأنها الرمز أو الخاصية المعترف بها قانونا للشخص (طبيعي أو معنوي) والتي تخول له سلطة التصرف أمام القضاء للدفاع عن حقوقه ومصالحه¹، هو عليه، تعتبر الأهلية شرطا من شروط قبول الدعوى وهي من النظام العام²، ودليل ذلك ما جاء في المادة 65 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جات تحت قسم الدفع بالبطلان حيث نصت على أن: يثير القاضي تلقائيا انعدام الأهلية، ويجوز له أن يثير تلقائيا انعدام التقويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي³، وبالتالي فإن عدم توفر شرط الأهلية يترتب عليه عدم صحة الإجراءات حسب المادة 65 سابقة الذكر، لكن هذا لا يمنع الشخص فاقد الأهلية من رفع الدعوى، بل يجب أن يباشر الدعوى نيابة عنه وليه أو وصية أو المقدم عليه، بمعنى يجوز الخصم الدفع ببطلان الإجراءات لانعدام أهلية خصمه أو ممثله .

5. الإذن: شرط الإذن لقبول الدعوى ليس شرطا عاما لجميع الدعاوي، بل هو من الشروط الخاصة حيث يجب أن ينص القانون صراحة على وجوب استحضار الإذن لرفع الدعوى، وفي حالة اشتراطه يصبح من النظام العام، إذ يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، ومثال الدعاوى التي تشترط الحصول على الإذن والإذن المنصوص عليه في المادة 88 من قانون الأسرة⁴، فإذا حصل وأن قام هذا الولي بتلك التصرفات التي تستوجب الإذن دون الحصول عليه من القاضي، عدت تصرفاته غير قانونية.⁵

ثانيا: الشروط الشكلية:

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

¹ خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية " شروط قبول دعوى تجاوز السلطة"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،

1998، ص 162

² فضيلة العيش، المرجع السابق، ص 42

³ قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الباب 3: في وسائل النقا، الفصل 2: في الدفع الشكلية، القسم 4: في الدفع بالبطلان

⁴ المادة 88 من قانون الأسرة

⁵ مققولجي عبدالعزيز، المرجع السابق، ص 122

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

1. عريضة افتتاح الدعوى: يقصد بالعريضة لغةً عرض الحال والعرض يعني طلب الفعل بلين وتأدّب ، والطلب يرفع إلى والي الأمر ضمن كتاب إما تظلماً وإما لإستجلاب نعمة ، فالعريضة تعني إظهار الطلب في لائحة مكتوبة .

2. التكليف بالحضور

ويقصد بالتكليف بالحضور تلك الوثيقة التي تبلغ إلى المدعى عليه للحضور للجلسة ويجب أن يتضمن هذا التكليف البيانات الآتية:¹

1- إسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته.

2- إسم ولقب المدعى وعنوانه وموطنه.

3- إسم ولقب الشخص المكلف بالحضور وموطنه.

4- تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي ، وصفة ممثله القانوني والاتفاقي.

5- تاريخ أول جلسة وساعة إنعقادها.

و يسلم التكليف بالحضور للخصوم بواسطة المحضر القضائي الذي يحرر محضرا يتضمن البيانات السابقة الذكر إضافة إلى بيانات أخرى² و هي كما يلي:-

- يوقع المبلغ له على المحضر ويشار إلى طبيعة الوثيقة المثبتة لهويته مع بيان رقمها وتاريخ صدورها

تسليم التكليف بالحضور إلى المبلغ له مرفقا بنسخة من العريضة الافتتاحية مؤشر عليها من أمين الضبط.

الإشارة في المحضر إلى رفض إستلام التكليف بالحضور أو استحالة تسليمه أو رفض التوقيع عليه.

وضع بصمة المبلغ له في حالة استحالة التوقيع على المحضر.

تنبيه المدعى عليه بأنه في حالة عدم امتثاله للتكليف بالحضور سيصدر حكم ضده ن بناء على ما قدمه المدعى من عناصر .

¹ حسب نص المادة 18 قانون الاجراءات المدنية والادارية

² نصت عليها المادة 19 قانون الاجراءات المدنية والادارية

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

و يحضر الخصوم في التاريخ المحدد في التكليف بالحضور شخصيا بواسطة محاميهم أو وكلائهم.¹

الفرع الثاني: دور القاضي في دعوى الحجر

جاء في المادة 105 من الأمر رقم 05/02 المتضمن قانون الأسرة: " يجب أن يُمكن الشخص الذي يراد التحجير عليه من الدفاع عن حقوقه وللمحكمة أن تعين له مساعدا إذا رأت في ذلك مصلحة"، وهذا ما سنحاول التطرق إليه كما يلي:
أولا: وجوب تمكين المدعى عليه من حق الدفاع :

ورد هذا الشرط في نص المادة 105 من قانون الأسرة الجزائري ، فقد قرر المشرع الجزائري هذه قاعدة المصلحة المحجور عليه، وهي وجوب تمكينه من حقه في الدفاع عن حقوقه وذلك في حالة ما إذا كانت الدعوى مرفوعة أمام قسم شؤون الأسرة، ولم يكن له محام يمثله للدفاع عن مصالحه، فيقوم القاضي وبصفة تلقائية بتعيين محامي له في نفس الجلسة²، حتى يقوم بمتابعة القضية إلى غاية صدور الحكم النهائي، وهذا يتبين من خلال أن القاضي يتلقى تصريحات الشخص المراد الحجر عليه بحضور محاميه والأشخاص المعنيين، ويمكن حتى بحضور الطبيب المعالج إذا كانت هنالك ضرورة وكذلك بحضور ممثل النيابة العامة، أما في حالة ما إذا إستحالة تصريح الشخص المراد الحجر عليه لسبب قد يضر بصحته، فيجوز للقاضي أن يصرف النظر عن هذا³، وبحيث يقوم أمين الضبط في هذه الأثناء بتحرير محضر بهذه التصريحات للأشخاص الحاضرين بما فيهم المحامي تحت إشراف القاضي⁴.

غير أن المادة 105 من قانون الأسرة لم تبين الإجراءات التي يتم بها تعيين المحامي للدفاع عن الشخص المراد الحجر عليه رغم أنها أوجبت تعيينه والتي تتضح من خلال

¹ المادة 20 قانون الإجراءات المدنية والادارية

² وهذا ما نصت عليه المادة 483 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

³ وهو ما جاءت به المادة 484 من نفس القانون

⁴ وهذا ما نصت عليه المادة 485 من نفس القانون

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

نصها على كلمة " تجب " ¹ ، وبالمعنى المغاير أن عدم تعيين محام المطلوب الحجر عليه يعتبر أمرا خارقا لقواعد المادة 105 من قانون الأسرة.

ثانيا: الخبرة والتحقيق القضائيين

نص المشرع الجزائري على أنه يمكن للقاضي أن يستعين بأهل الخبرة لإثبات أسباب الحجر على الشخص المراد توقيع الحجر عليه، وهذا ما ذكرته المادة 103 من قانون الأسرة. وما يفيد من كلمة الإمكان هي أنها غير لازمة، أو واجبة على القاضي، أي هو أمر جوازي ² وهو ما أكدته أيضا المادة 486 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تكون بموجب أمر ولأبي، حيث أن قاضي شؤون الأسرة يملك سلطة تقديرية واسعة، خاصة في دعوى الحجر وهذا الإختلاف السبب الذي تبنى عليه الدعوى.

فالخبرة القضائية تعني أن القاضي قد تتعذر عنه مباشرة إجراءات معينة فيلجأ إلى الخبير من أجل تنويره ومساعدته في بناء حكمه وخاصة إذا كانت الواقعة تتطلب الإلمام بعلم من العلوم أو فن لا يدركه القاضي كمسائل الهندسة والطب والمحاسبة... إلخ، ولهذا أجاز القانون للقاضي أن يستعين بذوي الخبرة من أجل توضيح ما غمض عن إدراكه ³، فالقاضي في دعوى الحجر يمكنه الإستعانة بخبير طبي حتى يتأكد من وجود سبب من أسباب الحجر المنصوص عليها في المادة 101 من قانون الأسرة، والأصل أن الشخص يكون سليما وكامل الأهلية ببلوغه سن الرشد، ولكي يحكم عليه بالحجر لابد من إثبات خلاف الأصل، والذي غالبا ما يستوجب إثباته بالخبرة.

¹ حيث جاء قرار المحكمة العليا وأكد ما ذكرته المادة 105 من قانون الأسرة أي أنه: " يجب تعيين محامي للشخص المطلوب الحجر عليه، بمعنى أن تعيين محام للشخص المطلوب الحجر عليه هو أمر وجوبي، قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 336017، الصادر بتاريخ 2005/07/13 ، منشور بالمجلة القضائية، ع1، 2005، ص 331. وارد لدى : وفاء زيتوني ، آمال كبيش، المرجع السابق، ص 40

² يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الدعوى القضائية، ط4، دار هومة ، الجزائر، 2013 ، ص83

³ وهو ما جاءت به المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي"

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

فإذا كان سبب الحجر هو الجنون أو العته، فمن الطبيعي والمنطقي أن يستعين القاضي بخبرة طبية والتي يأمر بها بموجب حكم تحضيري لا يجوز إستئنافه أو الطعن فيه بالنقض إلا مع الحكم الفاصل في موضوع النزاع¹

كما أن هذا الحكم يجب أن يتضمن ما يلي:

- عرض الأسباب التي بررت اللجوء إلى الخبرة عند الإقتضاء، تبرير تعيين عدة خبراء.

- بيان اسم ولقب وعنوان الخبير أو الخبراء المعنيين مع تحديد التخصص.

تحديد مهمة الخبير تحديدا دقيقا

وتحديد أجل إيداع تقرير الخبرة بأمانة الضبط²

هذا إذا كانت حالتها الجنون والعته غير ظاهرة في الشخص المراد الحجر عليه ولم يتبين له ذلك حسب سلطته التقديرية، فيؤسس حكمه على نتائج هذه الخبرة³.

أما إذا كانت الحالة ظاهرة فلا يلزم بالخبرة مادام أنه قادر على تكوين قناعته مما يتبين له من مجريات الدعوى⁴

كما يمكنه حتى ولو كان قد أمر بالخبرة بعدم الأخذ بها مع وجوب تسبب إستبعاده لها⁵.

وقد نص المشرع على أحكام الخبرة في المواد من 125 إلى 145 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحيث يثبت كيف يتم تعيين الخير واستبداله، ورده... إلخ. عندما ينتهي الخبير الطبي من مهمته يقوم بإيداع تقرير الخبرة الطبية بأمانة ضبط المحكمة، بحيث يودع نسخة أصلية ونسخ لا تقل عن عدد الأطراف في الدعوى⁶، ويكون قد سجل فيه البيانات⁷، وبهذا يتحقق القاضي من وجود حالتها العته والجنون، وأيضا لا يمكنه

¹ وهذا ما نصت عليه المادة 145 من نفس القانون

² المادة 128 من نفس القانون .

³ المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁴ يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص 84

⁵ وهذا ما نصت عليه المادة 144 من نفس القانون.

⁶ يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص 95

⁷ الواردة في المادة 138 من نفس القانون .

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

الإكتفاء بشهادة الشهود في هاتين الحالتين لتوقيع الحجر على أي شخص¹، كما أنه يجب على القاضي إسناد الخبرة إلى أصحاب الإختصاص حتى يضمن تنفيذ وإنجاز هذه الخبرة² كما أنه يجب على القاضي تحديد مهمة الخبير بدقة³، فإذا رفض الخبير إنجاز المهمة المسندة إليه أو تعذر عليه ذلك إستبدل بغيره بموجب أمر على عريضة من القاضي، أما في حالة قبوله المهمة ولم ينجز تقريره أو لم يودعه في أجله المحدد، جاز الحكم عليه بكل ما تسبب فيه من مصاريف، ويمكن الحكم عليه حتى يتعويضات مدنية، وأيضا يمكن حتى إستبداله، كما أنه يمكن للخبير أثناء قيامه بمهامه الإستعانة بترجمة مكتوبة أو شفوية⁴. فالقاضي إذا رأى عدم كفاية الخبرة أو عدم وضوحها، يمكن له إستدعاء الخبير وسماعه شخصيا ومباشرة، مع الطلب منه توضيحات إضافية وهذا ما نصت عليه المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما أنه يمكن للقاضي في حالة عدم إقتناعه أن يأمر بإجراء خبرة أخرى⁵، وهذا دليل على سلطته التقديرية الواسعة التي تمكنه من إتخاذ جميع الإجراءات اللازمة.

فالخبرة هي مسألة تقديرية خاضعة لسلطة القاضي، وله أن يأمر بها أو لا، إلا أنها في حالة الجنون والعتة من الأفضل له أن يستعين بخبير لبناء قناعته. أما إذا كان سبب الحجر على الشخص هو السفه أو الغفلة، فإن إثبات توفرهما لا يتطلب إجراء الخبرة بالضرورة، فيمكن للقاضي في هذه الحالة أن يأمر بإجراء تحقيق قضائي حسب القواعد العامة التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد من 75 إلى 97 منه، والذي يكون بموجب أمر على عريضة أو عن طريق الاستعجال، كما أنه للقاضي أن يأمر بإجراء عدة إجراءات تحقيق في آن واحد أو متتالية، كما أن هذه الأوامر التي تأمر بإجراء التحقيق لا تقبل الإستئناف ولا الطعن بالنقض، إلا مع الحكم الذي فصل في موضوع الدعوى، كما يمكن للشخص المراد الحجر عليه لسفه أو غفلة أن يستعين بالمحامي أثناء تنفيذ إجراءات التحقيق، بل وحتى أنه يجوز أن يمثله المحامي أمام الجهة

¹ أمال كبيش، المرجع السابق، ص 43

² نفس المرجع، ص 43

³ وهذا ما جابت به المادة 128 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

⁴ وهذا ما نصت عليه المادة 134 قانون الإجراءات المدنية والإدارية

⁵ يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص 97

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

القضائية الآمرة بإجراء التحقيق لمتابعة تنفيذ هذا التحقيق مهما كان مكانه وتقديم الملاحظات والطلبات المتعلقة به حتى ولو لم يكن الشخص المراد الحجر عليه حاضرا¹، وأمر القاضي هنا قد يكون شفاهة أو كتابة، كما أنه قد يقوم بإتخاذ أي إجراء يراه مناسبا كسماع شهادة الشهود قصد معرفة حال الشخص المراد الحجر عليه، يمكنه أن يستدعي أقاربه²، أو أي شخص قد سبق وأن تعامل معه معاملة تجارية حتى يتمكن من معرفة حالة السفه أو الغفلة إذا كانت فيه، كما أنه يجب التحقق من حالة السفه أن يكون قد بذر ماله على خلاف مقتضى العقل والشرع أما القيام حالة الغفلة فيجب التحقق من ضعف بعض ملكاته النفسية الضابطة ويستدل عليها بالإقبال على تصرفات ما ولا يهتدي إلى الرابحة منها، فيغبن بسهولة ويخدع فيها، وهذا لضعفه فكريا³

ثالثا: صدور الحكم ونشره

بعد إتمام إجراءات الخبرة والتحقيق يكون القاضي قد تمكن من بناء قناعته لإصدار حكمه أو أمره، وللك بقيام من سجل دعوى الحجر بسحب الخبرة بعد إيداع مصاريفها لدى كتابة ضبط المحكمة⁴، ويقوم بإعادة السير فيها من خلال إرجاعها إلى المحكمة، ويطلب المصادقة عليها، وكذلك يتقدم بطلب تعيينه كمقدم للمحجور عليه إذا لم يكن له ولي أو وصي لأنه في حالة وجودهما تستمر الولاية أو الوصاية ولا داعي لتعيين المقدم⁵ فيكون للقاضي بعد إطلاعه على الخيرة، إما أن يوافق عليها أو يرفضها، فإذا قبلها لوجود مرض عقلي أثر على قدرات هذا الشخص المراد الحجر عليه، يصدر حكمه أو أمره بتوقيع الحجر مع تعيين مقدم للمحجور عليه إذا لم يكن له ولي أو وصية، حيث أن هذا النائب الشرعي يتحصل على الحكم القضائي، ويصبح من تلك الوقت يتصرف في أموال المحجور عليه وبديرها ..

¹ المواد 77 و 78 و 86 و 87 من نفس القانون

² المادة 75 و 486 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

³ الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص

216

⁴ المادة 143 من نفس القانون.

⁵ وفاء زيتوني، أمال كيبش، المرجع السابق، ص 45

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

بالنسبة إلى نشر الحكم فقد نص المشرع في المادة 106 من قانون الأسرة على: "الحكم بالحجر قابل لكل طرق الطعن ويجب نشره للإعلام"، يستخلص من هذه المادة أن الحكم بالحجر قابلاً للطعن بالطرق العادية كالمعارضة والإستئناف أو بالطرق الغير عادية كالتماس إعادة النظر، وفي هذا الصدد نص المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه بعد النطق بحكم الحجر يتم التبليغ الرسمي للحكم بتسخيرة من النيابة العامة عن طريق المحضر القضائي إلى كل من الشخص المعني وإلى من قدم الطلب، بحيث يمكن إستئناف هذا الحكم في أجل 15 يوم من تاريخ التبليغ، أما بالنسبة للنيابة العامة فيسري أجل الإستئناف المقدر ب 15 يوماً في حقها من تاريخ النطق بالحكم¹.

كما أوجبت المادة 106 من قانون الأسرة نشر حكم الحجر، غير أن المشرع لم يحدد وسيلة النشر، والحكمة من ذلك هو إعلام الغير حتى لا يتعاملوا مع المحجور عليه وعلى الخصوص الموثقين، لذا يجب أن يتم النشر على مستوى التراب الوطني مع التعليق في لوحة الإعلانات لكل محكمة ومجلس قضائي².

كذلك نصت المادة 489 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه يؤشر على هامش عقد ميلاد المعني في سجلات الحالة المدنية بمنطوق حكم الحجر بأمر من النيابة العامة ويعد هذا التأشير بمثابة إشهار³.

إضافة إلى ذلك نجد أنه يتم نشر حكم الحجر في الجريدة اليومية التي يتم تداولها في منطقة المحجور عليه من قبل المحضر القضائي، وهذا بعد ما يتقدم طالب الحجر أو النيابة العامة إليه بالنسخة التنفيذية بحكم الحجر من أجل نشره إذا جاء ذلك في منطوق الحكم بالحجر، أما في حالة ما لم ينطق به فلا ضرورة لنشره⁴.

ومما سبق لنا تقديمه يمكن تلخيص إجراءات توقيع الحجر كالتالي:

- 1- يقوم أحد أفراد عائلة المحجور عليه أو ممن له مصلحة أو النيابة العامة بتسجيل دعوى الحجر أمام قسم شؤون الأسرة للمحكمة مقر إقامة المحجور عليه.
- 2- يقوم كاتب ضبط المحكمة بتسجيل الدعوى ويضع لها رقم ويحدد لها جلسة .

¹ المادة 488 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

² وفاء زيتوني ، أمال كبيش ، المرجع السابق، ص 46

³ المادة 489 من نفس القانون

⁴ وفاء زيتوني ، أمال كبيش ، نفس المرجع، ص 46

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

- 3- بالجلسة المحددة يقوم رئيس قسم شؤون الأسرة تلقائياً بتعيين محامي للمحجور عليه في إطار المساعدة القضائية يتولى مهمة الدفاع عن مصالحه.
- 4- الطلب العادي للمحامي في هذه الحالة حتى ولو كانت عوارض الحجر واضحة ، يطلب الإستعانة بأهل الخبرة، والقاضي في هذه الحالة يعين خبير طبي تسند له مهمة فحص المحجور عليه وتحديد نوعية أسباب الحجر.
- 5- الخبير وبعد الإنتهاء من الخبرة المسندة إليه يقوم بإيداع الخبرة لدى ضبط المحكمة.
- 6- بعد إيداع الخبرة من طرف الخبير يقوم من قام بتسجيل دعوى الحجر بسحب الخبرة. وبعد إيداع مصاريف الخبرة لدى كتابة ضبط المحكمة ويقوم بالإجراءات التالية:
 - إعادة السير في الدعوى أي إرجاع الدعوى للمحكمة ويطلب المصادقة على الخبرة وتعيينه كتائب شرعي للمحجور عليه.
 - القاضي في إعادة السير في الدعوى وبعد إطلاعه على الخبرة إذا رأى أن أسباب الحجر واضحة يوافق عليه، وإذا رأى العكس لا يوافق عليها، وفي غالب الأحيان تتم الموافقة عليها الظهور أسباب الحجر وحاجة المحجور عليه لمن يتولى القيام بشؤونه.
 - في حالة الموافقة يصدر القاضي حكمه بالحجر مع تعيين مقدم للمحجور عليه إذا لم يكن له ولي أو وصيه .
 - يتحصل الشخص الذي عين كتائب شرعي علي المحجور عليه حكم قضائي، ويصبح من ذلك الوقت فيما على جميع أعمال وتصرفات المحجور عليه .
 - الحكم بالحجر يكون قابلاً لكل طرق الطعن وكذلك يجب تشرد الإعلام الغير به¹

¹ المادة 106 من القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم

المبحث الثاني: آثار توقيع الحجر وانقضاؤه

يترتب عن الحكم بالحجر مجموعة آثار تتمثل أساسا في النيابة الشرعية عن المحجور عليه، وحكم تصرفاته، وعليه فسرى في المطلب الأول النيابة الشرعية عن المحجور عليه، اما بالنسبة للمطلب الثاني والذي سيكون تحت عنوان حكم تصرفات المحجور عليه وسوف نتطرق في المطلب الثالث الى فك الحجر عن المحجور عليهم وسنحاول دراسته وفقا للمنظور الفقهي الإسلامي أولا، ثم دراسته من الناحية القانونية.

المطلب الأول: النيابة الشرعية عن المحجور عليه

لقد سبق وأن رأينا بأن الحجر هو منع الشخص من التصرف في ماله، حيث يعين له من ينوب عنه في تصرفاته المالية، وهو ما يطلق عليه بالنيابة الشرعية أو الولاية النيابة، وهي تدخل ضمن في نظام الولاية على المال، وتعرف هذه الأخيرة بأنها "السلطة التي يملك بها الولي التصرفات والعقود التي تتعلق بمال المولى عليه من البيع والشراء والإجارة والرهن والإعارة وغيرها"¹

وتنص المادة 81 من قانون الأسرة على ما يلي: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون". والولاية إما أن تكون أصلية وهي التي تثبت للأب أو الأم بعد وفاة الأب، وإما غير أصلية كولاية الوصي الذي يختاره الأب، وقد يعين القاضي نائبا كما في حالة المقدم، والولاية تكون ولاية عن النفس وتتعلق بالتربية والحضانة والزواج، وقد تكون ولاية على المال تتعلق بالمحافظة على مال القاصر وإدارته.

ومن هذا ستكون رؤيتنا إلى النيابة الشرعية عن المحجور عليه انطلاقا من الفقه

الإسلامي في الفرع الاول ثم القانون الجزائري في الفرع الثاني.

الفرع الأول: النيابة الشرعية عن المحجور عليه في الفقه الإسلامي

ينوب عن المحجور عليه في تصرفات المالية إما الولي، أو الوصي، وقد سبق وأن فصلنا بأن المستحق الحجر عليهم نوعان: نوع يستحق عليهم لحقوقهم، والنوع الآخر لحقوق غيرهم، والولاية على المال تثبت على النوع الأول، أي على المستحق الحجر عليهم

¹ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون،

دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، 1977، ص 799

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

لحقوقهم، فهي تثبت على العاجزين عن تدبير شؤونهم المالية من الصغار والمجانين والمعائيه باتفاق الفقهاء، كما تثبت على السفهاء وذي الغفلة عند جماهير الفقهاء خلافاً لأبي حنيفة¹، وعليه فالولاية تثبت على: الصغير، المجنون، المعتوه، السفیه، ذو الغفلة².

اولاً: 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 ويرون أن تقديم الأب على غيره أمر طبيعي لأنه أشفق الناس على أولاده وأحرصهم على مصالحهم، وكان وصي الأب مقدماً على الجد لأن اختيار الأب وصياً مع وجود الجد دليل على أنه أولى من الجد، لأنها تعتمد على الأمانة والتجربة والخبرة أكثر من اعتمادها على الشفقة التي يتميز بها الجد عن الوصي، وإرادة الأب في شؤون ولده محترمة في حياته فكذلك تحترم بعد وفاته³ وعند المالكية والحنابلة تكون أولاً للأب ثم لوصيه، ثم للحاكم، ثم لمن يقيمه أميناً عنه ولا ولاية للجد وغيره من القرابة، فلم يجعلوها للجد أصالة وإن كان يصح أن يكون وصياً من قبل الأب أو القاضي، قالوا: لأنه لا يدلي إلى الصغير بنفسه وإنما يدلي إليه بالأب فلا تكون له. الولاية على مال الصغير كالأخ⁴

وعند الشافعية: الولاية للأب أولاً ثم للجد أبي الأب، ثم لوصيهما ثم القاضي أي العدل الأمين⁵، لأن الجد عندهم ينزل منزلة الأب عند عدمه لوجود الشفقة عنده مثل الأب⁶

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 تقدم⁷، لأنها كانت ثابتة بسبب الصغر ولم يوجد ما يقتضي رفعها فتستمر إلى الإفاقة⁸.

¹ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 799

² رمضان علي السيد الشرنباصي ومحمد كمال الدين أمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، النشأة - التطور - المعاصرة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002، ص 365.

³ محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع، ص 804

⁴ نفس المرجع، ص 804

⁵ وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها، دار الفكر، دمشق، سوريا، د س ن، ص 2988

⁶ محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع، ص 804

⁷ وهبة بن مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، ص 2988

⁸ محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 804

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

فإن بلغ الشخص رشيداً ثم طرا عليه الجنون أو العته، عادت إليه ولاية من كان وليه قبل البلوغ، على الراي 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 رشيداً، والساقط لا يعود¹، ويرى "شليبي" أن هذا غير مقبول، لأنه لا يعقل أن تكون الولاية للقاضي مع وجود الأب والجد وأهليتهما متحققة وشفقتهما متوفرة، والقاضي لا يتولى ذلك بنفسه بل إنه يتولاه بواسطة الوصي، فلا يعقل أن يعين وصياً أجنبياً مع وجود واحد منهما².

ج- الولاية على السفه وذي الغفلة: تثبت الولاية على السفه وذي الغفلة أيضاً للأولياء السابقين إذا كان السفه والغفلة متصلين بالصغر، غير أنه عند الصحابان محمد بن الحسين، وأبي يوسف تكون للقاضي ابتداء.

أما إذا بلغ الشخص رشيداً ثم طرا عليه السفه أو الغفلة فإن الولاية تكون للقاضي الذي يعين قيماً يتولى سلطات الولاية تحت إشرافه ومراقبته³، لأن المقصود بالحجر عليهما هو المحافظة على أموالهما، والقاضي هو المنصوب لمثل هذا الأمر⁴.

ثانياً/الولي:

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

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 أهلاً للولاية على مال نفسه وإذا لم يكن أهلاً للولاية على نفسه لا يكون أهلاً للولاية على مال غيره.

ب- أن يكون متحداً مع الصغير في الدين، فلو كان الأب غير مسلم وأولاده مسلمون (كأن تسلم أمهم وهم صغار وبقي هو على دينه فاعتبروا مسلمين تبعاً لها) لا تثبت الولاية له عليهم، لأن اتحاد الدين باعث غالباً على الشفقة ورعاية المصلحة⁵، وعلى هذا لا تثبت

¹ وهبة بن مصطفى الزحيلي، نفس المرجع، ص 2988

² محمد مصطفى شليبي، نفس المرجع، ص 804

³ نفس المرجع، ص 806 .

⁴ رمضان علي السيد الشرنباصي ومحمد كمال الدين أمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 368

⁵ وهبة بن مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 2991

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

الولاية لغير المسلم على المسلم، ولا للمسلم على غيره¹ وهذا الشرط في غير القاضي، لأن ولاية القاضي ولاية عامة فهو ولي من لا ولي له من المسلمين وغير المسلمين².

ج- أن يكون أميناً عدلاً حريصاً على مصلحة من ولي له، والعدالة أي الاستقامة على أمور الدين والأخلاق والمروءات، فلا ولاية للفسق، لأن فسقه يجعله متهماً في رعاية مصالح غيره³، ومصلحة الصغير ومن في حكمه مقدمة على كل اعتبار⁴.

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 التصرف⁵.

هـ - رعاية مصلحة المولى عليه في التصرفات، فليس للولي سلطة في مباشرة التصرفات الضارة بالمولى عليه 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 باطل⁶.

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 أباً⁷.

-تصرفات الولي:الأصل في تصرفات الولي أنها غير مطلقة بل مقيدة بما فيه مصلحة المولى عليه⁸، وعلى هذا لا يكون للولي سلطة مباشرة التصرفات الضارة ضرراً محضاً كهبة كهبة شيء من مال المولى عليه أو التصدق به أو البيع والشراء بغبن فاحش، فإذا باشر الولي تصرفاً من هذه التصرفات كان باطلاً لا يقبل الإجازة من أحد⁹، ويملك التصرفات النافعة نفعا محضاً، كقبول الهبة والصدقة والوصية، ومثلها التصرفات الدائرة بين النفع

¹ رمضان علي السيد الشرنباصي ومحمد كمال الدين أمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 369

² محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 808

³ وهبة بن مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 2993

⁴ رمضان علي السيد الشرنباصي ومحمد كمال الدين أمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، نفس المرجع، ص 369

⁵ وهبة بن مصطفى الزحيلي، نفس المرجع، ص 2993

⁶ نفس المرجع، ص 2993

⁷ رمضان علي السيد الشرنباصي ومحمد كمال الدين أمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، نفس المرجع، ص 369

⁸ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 809

⁹ فاطمة الزهراء عبد العزيز، المرجع السابق، ص 106

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

والضرر كالبيع 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 يتولاها¹.

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

-**الصف الأول:** أب معروف بالتبذير والإسراف وعدم الأمانة على المال، وهذا لا يستحق الولاية على أموال أولاده، فلو أعطيت له الولاية ثم ظهر كذلك، سلبت ولايته وأخذ منه المال وسلم إلى من يستحقها إن كان موجوداً، والا سلم إلى وصي يختاره القاضي ليحقق للصغار ما ينفعهم ويحافظ على مصلحتهم²

-**الصف الثاني:** أب معروف بسوء التدبير وفساد الراي ولكنه أمين على مال ولده، وهذا تثبت له الولاية على مال أولاده الصغار ومن في حكمهم، لأن فساد الراي وسوء التدبير لا ينقص شيئاً من شفقة الأب وعطفه على أولاد³، 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 ألغى التصرف⁴، وفسر بعض العلماء المنفعة الظاهرة في العقار ببيعه بضعف قيمته، وبشراؤه بنصف قيمته، وفي المنقول ببيعه بزيادة تساوي نصف قيمته وبشراؤه بنقص يساوي ثلث قيمته، وفسرها بعضهم بما لا يكون فيه خير للمولى عليه من غير تقييد بالضعف ولا بالثلث، ولا بالترقية بين المنقول والعقار⁵.

- **الصف الثالث:** أب مستور الحال لم يعرف عنه فساد ولا تبذير⁶.

-**الصف الرابع:** أب معروف بحسن الراي والتبذير، وهذا الأب والذي قبله تثبت له الولاية التامة على أموال أولاده الصغار ومن في حكمهم ولو كانوا في حضانه غيره⁷.

فيملك الواحد منهما كافة التصرفات التي يملكها في ماله، ولا يستثنى منها إلا ما فيه ضرر

¹ محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع، ص 809

² فاطمة الزهراء عبد العزيز، نفس المرجع، ص 106

³ نفس المرجع، ص 107

⁴ محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع، ص 809

⁵ فاطمة الزهراء عبد العزيز، المرجع السابق، ص 107

⁶ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 810

⁷ فاطمة الزهراء عبد العزيز، نفس المرجع، ص 107

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

محض كالتبرع والصدقة وما في معناهما، لأن التبرع إخراج لمال الصغير بدون عوض فيكون ضرراً محضاً.

وعلى هذا يكون له بيع أموال المولى عليهم عقارا كانت أو منقولاً ويشتري 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 تامة¹.

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 شيئاً من مال ولده في دين نفسه، قياساً على ما له من إيداع مال ولده، ولا يجوز هذا ال رهن في رأي أبي يوسف وزفر، لأن في الرهن تعطيلاً لمنفعة المال، إذ يبقى محبوساً إلى سداد الدين².

ب- الجد وتصرفاته: اختلف أئمة المذهب الحنفي في تحديد نطاق تصرفات الجد على رأيين: الأول: يرى أبو حنيفة وأبو يوسف أنه لا يملك كل ما يملكه الأب من تصرفات، بل تقتصر ولايته على ما يملكه وصي الأب لأنه يلي الوصي في المرتبة فلا يكون له اختصاص أكثر من ذلك الوصي، ولو كان مساوياً للأب لتلاه في المرتبة وتقدم على وصي الأب في الولاية على المال³.

الثاني: يرى محمد صاحب أبا حنيفة أن ولاية الجد في قوة ولاية الأب فيملك كل تصرف يملكه الأب، لأن ولاية الجد ولاية أصلية ليست مستمدة من أحد أثبتها الشارع له بسبب الأبوة فيكون له ما للأب من التصرفات، ولأن الجد أشفق الناس بأولاد ابنه ، وأكثرهم رعاية لمصالحهم ، بأمرهم بعد أبيهم، وإذا كان هذا شأن الجد مع أحفاده كانت ولايته في المال . كولاية الأب فيملك ما يملكه من تصرفات⁴.

ثالثاً / الوصي:

سوف نبحث في هذا العنصر في من يكون له حق تولية الوصي، والوقوف على شروطه وتصرفاته.

¹ محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع، ص 810

² فاطمة الزهراء عبد العزيز، نفس المرجع ، ص 107

³ وهبة بن مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 7343

⁴ فاطمة الزهراء عبد العزيز، المرجع السابق ، ص 108

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

1- من يكون له تولية الوصي: إن الإيضاء 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 جميعاً - حق الولاية على أولاده الصغار ومن في حكمهم في حال حياته، فيكون له الحق في إقامة خليفة عنه في الولاية عليهم بعد وفاته¹، فإذا اختار الأب شخصاً ليكون خليفة عنه في الولاية على أولاده القصر بعد وفاته² فإنه يجب أن تتوافر فيه شروط الوصاية³، وهذا الشخص يسمى وصي الأب.

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

وقال المالكية والحنابلة في ذلك: ليس للجد حق تولية وصي عنه على أولاد أولاده، لأن . الجد لا ولاية له عندهم على أموال هؤلاء الأولاد⁴ في حين قال الشافعية والحنابلة أنه: ليس للوصي إيضاء لغيره إلا أن يؤذن له فيه، فإن أذن له به، جاز له في الأظهر عند الشافعية⁵.

ولو وصي الأب حق الإيضاء لمن شاء من بعده عند الحنفية، لأن الأب أقامه مقام نفسه، فكان له الإيضاء كالأب، ويوافق الحنفية في ذلك المالكية، إلا أنهم قيدوا حق الوصي في الإيضاء لغيره بما إذا لم يمنعه الأب من الإيضاء إلى غيره، فإن منعه من الإيضاء إلى غيره، كأن قال له: أوصيتك على أولادي، وليس لك أن توصي عليهم، فلا يجوز له⁶، ويسمى هذا الشخص وصي الوصي.

وأجاز المالكية للأب الإيضاء على أولادها بشروط: هي أن يكون المال قليلاً نسيباً كستين ديناراً، وأن يورث المال عنها بأن كان المال لها وماتت، وألا يكون للموصي

¹ فاطمة الزهراء عبد العزيز، المرجع السابق، ص 108

² نفس المرجع، ص 109

³ وهبة بن مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 7578

⁴ فاطمة الزهراء عبد العزيز، نفس المرجع، ص 109

⁵ وهبة بن مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 7578

⁶ فاطمة الزهراء عبد العزيز، المرجع السابق، ص 109

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

عليه ولي من أب أو وصي أب أو وصي قاض، فإن كثر المال، فليس لها الإيصاء، ولو كان المال للولد من غير الأم كأبيه أو من هبة، فليس لها الإيصاء، بل ترفع الأمر للحاكم، وإن كان للولد ولياً آخر من أب أو وصي، فلا وصية لها على أولادها.¹

وللقاضي إذا لم يوصي الأب والجد أو وصيهما لأحد أن يعسن وصيا من قبله باتفاق الفقهاء، لأنه ولي من لاولي له، والقاضي لا يلي أمور القاصرين بنفسه، ولكنه يكل أمورهم إلى من يعينهم من الأوصياء²، وهذا الشخص يسمى وصي القاضي.

وعليه فالوصي نوعان:

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

- وصي القاضي وهو الذي يعينه القاضي للإشراف على التركة والأولاد.³

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 عليه⁴ 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.⁵

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.⁶

أما الذكورة فإنها ليست بشرط في الوصي، فيصح الإيصاء إلى المرأة باتفاق الفقهاء⁷

الفقهاء⁷

¹ وهبة بن مصطفى الزحيلي، نفس المرجع، ص 7578

² فاطمة الزهراء عبد العزيز، نفس المرجع، ص 110

³ وهبة بن مصطفى الزحيلي، نفس المرجع، ص 7337

⁴ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 821

⁵ فاطمة الزهراء عبد العزيز، المرجع السابق، ص 110

⁶ محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع، ص 821

⁷ فاطمة الزهراء عبد العزيز، نفس المرجع، ص 110

الفرع الثاني: النيابة الشرعية عن المحجور عليه في القانون الجزائري

للنيابة الشرعية في القانون الجزائري ثلاثة أنواع وهي الولاية والوصاية والتقديم وذلك طبقاً لأحكام المادة 81 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "من كان فاقداً الأهلية أو ناقصها لصغر في السن أو عته أو سفه ينوب عنه قانوناً ولي أو وصي أو مقدماً" طبقاً لأحكام هذا القانون، ومن خلال هذه المادة حدد المشرع الجزائري صفة النائب الشرعي عن القاصر والمحجور عليهم من فاقدي الأهلية في مسائل الولاية على المال بوضوح وهي الأحوال الثلاثة المذكورة بداية¹: وعليه سوف نتطرق في هذا الفرع إلى كل الأحوال الثلاثة المذكورة في المادة 81 من قانون الأسرة المعدل والمتمم على النحو التالي:

أولاً: الولاية: تنبث الولاية الأصلية للأب والأم بعد وفاته وذلك وفقاً للمادة 87 من قانون الأسرة² والتي تنص على ما يلي: "يكون الأب ولياً على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانوناً".

ولا يجوز للأبوين التنازل أو التخلي عنها، ولا تعرضاً للعقوبة، إذ تنص المادة 330 من قانون العقوبات³ على ما يلي: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 دينار جزائري أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين، ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة على السلطة الأبوية، أو الوصاية القانونية وذلك بغير سبب".

والولاية شخصية لا تنتقل إلى الورثة، وتستلزم إنفاق الوالدين على أولادهم إذا لم يكن لهم مال، ويكون ذلك بالنسبة للذكور إلى حين بلوغهم سن الرشد أما الإناث إلى حين دخولهم، أما إذا كانت للأولاد أموال، فالوالدين ينفقان عليهم في حدود تلك الأموال، وفي هذا الصدد تنص المادة 75 من قانون الأسرة على ما يلي: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له، وبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة إذا ما كان الولد عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

¹ حجاب الطاهر و شوار منصف، المرجع السابق، ص 42

² المادة 87 من قانون الأسرة، مرجع سابق

³ المادة، 330 من الأمر رقم 66 - 156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 20-06 المؤرخ في 05 رمضان 1441 الموافق ل 28 افريل 2020 .

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

وتكون الولاية شاملة لجميع أموال القاصر ما عدا ما كان قد وهب للقاصر أو أوصي له، مع شرط استبعاد ولاية الأب، ولا بد من تعيين وصي خاص يتولى إدارتها¹.

وللولي عموماً إدارة أموال القاصر، والتصرف فيها ويكون مسئولاً عن ذلك مسؤولية الرجل الحريص على أمواله وفقاً للمادة 88 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تنص على ما يلي: " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسئولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام²

وعليه يجب أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

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

وتتقضي والية الأب والام ببلوغ القاصر سن الرشد، أو بعجز الولي أو موته أو الحجر عليه، أو غيابه³

ثانياً : الوصاية : الوصاية نظام لرعاية أموال القاصر، شبيه بنظام الولاية، فكالهما يحمي أموال القاصر، والغرض من نظام الوصاية هو صيانة ثروة القاصر واستثمارها في الأوجه التي تعود عليه بالمنفعة، ونظم قانون الأسرة الجزائري نظام الوصاية في الفصل الثالث من الكتاب الثاني المتعلق بالنيابة الشرعية بالمواد 92 إلى 98 منه، فالوصي هو شخص مختار يتولى رعاية أموال القاصر بإرادته، ويتصرف فيها في الحدود التي رسمها له القانون، مباشرة بعد تنظيمه لأحكام الولاية ويجوز لأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم، أو كانت له أم ثبت بالطرق القانونية عدم أهليتها للقيام بالوصاية، إذا تعدد الأوصياء يختار القاضي الأصلح منهم، ولقد نصت المادة 92 من قانون الأسرة على ما

¹ رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص 177

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 177

³ محمدي فريدة زواوي، المدخل إلى العلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1998، ص

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

يلي : " يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر، إذا لم تكن له أم تتولى أموره، أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم، ويسمى الوصي في هذه الحالة الوصي المختار¹، والوصاية يقترحها الأب أو الجد على الوصي، وللوصي مطلق الحرية في القبول أو الرفض، إلا أنه إذا قبلها حال حياة الموصى أي الأب أو الجد ، فليس له التخلي عنها بعد وفاة أحدهما ويشترط في الوصي أن يكون مسلماً، عاقلاً، بالغاً وأميناً وحسن التصرف، وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه هذه الشروط المنصوص عليها في المادة 93 من قانون الأسرة، وهي الإسلام، العقل، البلوغ، القدرة، الأمانة وحسن التصرف .

وتكون للوصي نفس سلطات الولي في إدارة أموال القاصر والتصرف فيها ، وتنتهي مهمة الوصي في الأحوال المنصوص عليها في المادة 96 من قانون الأسرة، وهي موت الوصي أو زوال أهلية الوصي أو موته، أو بلوغ القاصر سن الرشد أو بانتهاء المهام التي أقيم الوصي لأجلها، أو بقبول عذر الوصي في التخلي عن الوصاية، أو عزل الوصي . ويكون الوصي ملزماً بتقديم حساباً بالمستندات إلى من يخلفه من مدة ال تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته، ويكون مسؤولاً عما يلحق القاصر من ضرر بسبب تقصيره².

ثالثاً: التقديم : و قد نص المشرع الجزائري على الوصي المعين في المادة 99 من قانون الأسرة وسماه بالمقدم اقتداءً بالفقه المالكي بقوله: " المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة، كما تنص المادة 467 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على ما يلي: " يعين القاضي طبقاً لأحكام قانون الأسرة ، مقدماً من بين أقارب القاصر وفي حالة تعذر ذلك يعين شخصاً آخر يختاره، يجب في الحالتين أن يكون المقدم أهلاً للقيام بشؤون القاصر وقادراً على حماية مصالحه، ويتضح مما سبق، أن المقدم هو شخص يعينه قاضي شؤون الأسرة للإشراف على أحوال القاصر في حالة عدم وجود وليه الأصلي أو المختار، ويكون في أغلب الحالات من أهله أو أقاربه كالإخوة والأعمام والأخوال وكذلك الأقارب عن طريق المصاهرة لذين يملكون الحق في طلب تعيين مقدم على

¹ محمد سعيد جعفرور مرجع سابق، ص 611

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 116

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

أموال القاصر، أما إذا لم يكن هناك شخص من أقارب القاصر، يعين القاضي شخص آخر من الغير إذا رأى فيه ما يضمن حسن إدارة أموال القاصر للحفاظ عليها.

خص المحجور عليه بنص خاص في المادة 104 ق.أ.ج والتي تنص على الآتي:

"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 104 من هذا القانون.

1. شروط المقدم: تنص المادة 100 من قانون الأسرة الجزائري على أن المقدم يقوم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام، وبالتالي فشروط المقدم هي نفسها شروط الوصي، ولقد نص المشرع الجزائري على شروط الوصي في المادة 93 من قانون الأسرة¹ بالإضافة الى هذه الشروط أضفى المشرع الجزائري شرطا آخر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب نص المادة 469 من قانون الاجراءات المدنية والادارية منه تحت عنوان " في تعيين المقدم والوصي"، وهو أن يكون المقدم من بين أقارب المحجور عليه، فتنص هذه المادة على الآتي:"يعين القاضي طبقا لأحكام قانون الأسرة، مقدا من بين أقارب القاصر، وفي حالة تعذر ذلك يعين شخصا آخر يختاره.

يجب في الحالتين أن يكون المقدم أهلا للقيام بشؤون القاصر وقادرا على حماية مصالحه".

ومنه فالمشرع في هذه المادة أكد على شرطي القدرة والأهلية، حيث عبر على هذه الأخيرة في قانون الأسرة بالعقل والبلوغ، وأضاف شرط جديد وهو أن يكون المقدم من بين أقارب المحجور عليه² فيجب أن يكون الشخص الذي يعينه القاضي مقدا على المحجور عليه من أقارب المعني، ولا يجوز الحكم لغير الأقارب في حالة وجودهم، لكن الإشكال الذي يثار هنا هو في حالة ما إذا حدث نزاع بين الأقارب حول من يتولى التقديم على المحجور عليه، ف كلا الطرفين له الحق في أن يكون مقدا.³

¹ المادة 93 من قانون الاسرة الجزائري: " يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغاً قادرا أمينا حسن التصرف وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة."

² لحسين بن شيخ آث المرشد في قانون الأسرة(مدعما باجتهادات المجلس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982 إلى سنة 2014 ، ملحقات :المواثيق والإعلانات والاتفاقيات والتقارير الدولية المتعلقة بحقوق المرأة والطفل)، دار هومة، الجزائر، 2014 م، ص319

³ فاطمة الزهراء عبد العزيز، المرجع السابق ، ص 118

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

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

3. صلاحيات المقدم: إن سلطة المقدم في التصرف هي نفسها سلطة الوصي، فهو يخضع إلى نفس الأحكام معه كما سبق بيانه، ولقد نص المشرع الجزائري على سلطة الوصي في التصرف في المادة 95 ق.أ.ج¹، والتي تحيلنا بدورها لسلطة الولي في التصرف، وعليه فلمعرفة سلطة المقدم في التصرف يجب الرجوع إلى المواد المبينة في المادة 95 أعلاه، حيث نص المشرع الجزائري فيهم على الآتي:

- فتحدد المادة 88 من قانون الاسرة على ان حدود التصرفات تكون تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:
- بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة.
- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.
- استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.
- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد².

وعلى على القاضي أن يراعي في الإذن:

حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني³.

"إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا أو تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة."⁴

المطلب الثاني: حكم تصرفات المحجور عليه

سندرس في هذا المطلب حكم تصرفات المحجور عليه في الفقه أولا، ثم في القانون

على النحو التالي:

¹ المادة 95 من قانون الاسرة: "للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد 88 و 89 و 90 من هذا القانون"

² فاطمة الزهراء عبد العزيز، نفس المرجع، ص 119

³ المادة 89 من قانون الاسرة

⁴ المادة 90 من نفس القانون

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

الفرع الأول: حكم تصرفات المحجور عليه في الشريعة الإسلامية

قد يصدر من المحجور عليه تصرفات تنشأ اثارها سواء سلبا او ايجابا وهو ما تطرقت اليه الشريعة الاسلامية بحكم تصرفات كل فئة من الفئات التي تجيز الشريعة الاسلامية الحجر عليهم وهو ما سوف نوردته على النحو التالي:

اولا: حكم تصرفات المحجور عليهم لمصلحتهم.

المحجور عليهم لمصلحة أنفسهم هم الصبي والمجنون والسفيه، فإذا تم الحجر على هؤلاء فما حكم تصرفاتهم؟

1. حكم تصرفات 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 كشرء الحلاوة مثلا 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 فينعقد إلا أنه موقوفا على إجازة وليه فإن أجاز جاز، وإن رد بطل وعند الشافعي - رحمه الله - لا تتعقد أصلا تصرفات الصبي العاقل¹.

2. حكم تصرفات المجنون: أما المجنون فلا تصح منه التصرفات القولية كلها فلا يجوز طلاقه وعتاقه وكتابته وإقراره، ولا ينعقد 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.

3. حكم تصرفات السفيه: يري الجمهور القائلون بالحجر على السفيه بأن حكمه وحكم الصبي العاقل والبالغ المعنوه سواء فلا ينفذ بيعه، وشراؤه، وإجارته وهبته، وصدقته وما أشبه ذلك من التصرفات التي تحتل النقض والفسخ. وأما فيما سوى ذلك فحكمه وحكم البالغ العاقل الرشيد سواء. وأما عند أبي حنيفة فالسفيه ليس بمحجور عن التصرفات أصلا وحاله

¹ علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. دار الكتب العلمية.

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

وحال الرشد 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 عنده¹.

ثانياً: حكم تصرفات المحجور عليهم لمصلحة الغير

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

1. حكم لمدين المفلس: إذا اجتمعت الديون على الشخص وطالبه الدائنون بالوفاء فعجز عن الوفاء بأن كان ماله أقل من دينه ورفع الأمر إلى القاضي وطلبوا من القاضي الحجر على ما عنده حتى يستوفوا ولو جزءاً من ماله 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 وإفائه الغرماء.

4. استرداد الدائن ماله الذي وجده في مال المفلس².

2. حكم تصرفات 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 الورثة³.

3. حكم تصرفات 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

¹ علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص 171

² نفس المرجع، ص 141،

³ الغرياني، الصادق عبد الرحمن، مدونة الفقه المالكي وأدلتها، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ص 674

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

بمضيه. فالحجر عليها كالحجر على المريض مرض الموت فهو حجر إيقاف وليس حجر إبطال¹.

ثالثا: حكم تصرفات المحجور 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 حسا ، لأن المنع عن ذلك من باب الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر. فيمنعون من ذلك دفعا للضرر. حيث يمنع المفتي من الفتوى بالباطل، والطبيب من ممارسة عمل الطب حتى لا يضر الناس، والمكاري المفلس من ممارسة عمله التجارية.

الفرع الثاني: حكم تصرفات المحجور عليه في القانون الجزائري

تحدث المشرع الجزائري عن تصرفات المحجور عليه في قانون الأسرة من خلال مادتين وهما: المادة 85 ق.أ.ج والتي تنص على الآتي " :تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه." والمادة 107 ق.أ.ج والتي تنص على " :تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلا، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها." **اولا: حكم تصرفات "المجنون" و"المعتوه"**

اعتبر المشرع الجزائري المجنون والمعتوه شخص عديم الأهلية، وقد ورد هذا الحكم في نص المادة 42 الفقرة الأولى من ق.م.ج بقولها " :لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز ... أو عته، أو جنون² "، ويترتب عن انعدام أهلية المجنون والمعتوه بطلان تصرفاته بطلانا مطلقا فقد جاء في حكم المادة 107 ق.أ.ج، حيث تفرق بين تصرفات المجنون والمعتوه الصادرة قبل الحكم بالحجر، وبين تلك الصادرة بعد صدور الحكم بالحجر.

1. حكم التصرفات الصادرة قبل الحكم بالحجر: إذا كانت حالة الجنون أو العته غير شائعة وقت التعاقد، بمعنى أن غالبية الناس لا تعلم بهذه الحالة، فتصرفاته تعتبر صحيحة ويعتبر

¹ الغرياني، الصادق عبد الرحمن، المرجع السابق ، ص 674-675

² الفقرة الاولى من المادة 42 من القانون المدني الجزائري

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

كامل الأهلية، أما إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان المتعاقد مع المجنون أو المعتوه على بينة من هذه الحالة، فإن تصرفات المجنون والمعتوه تكون باطلة بطلانا مطلقا رغم صدورهما قبل الحكم بالحجر¹

2. حكم التصرفات الصادرة بعد الحجر: تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه بعد صدور الحكم بالحجر باطلة²، ويرى الدكتور " أحمد سي علي " أن المشرع قد جعل من تصرفات المجنون والمعتوه غير نافذة إذا صدرت معاصرة لهذه العاهات حسب النص الأصلي للمادة 85 قانون الاسرة ، وهو الذي يخالف النص الفرنسي المترجم لا من حيث طبيعة هذه التصرفات ولا من حيث الأشخاص المشمولين بالنص القانوني، فمن حيث طبيعة التصرفات التي يقوم بها المجنون والمعتوه والسفيه تكون وفقا للنص العربي غير نافذة، ومعنى عدم النفاذ شرعا أنها موقوفة الأثر حتى يجيزها صاحب الولاية عليها، في حين أن النص الفرنسي يشير إلى اعتبارها باطلة أما من حيث الأشخاص المشمولين، فإن النص العربي قد أشار إلى المجنون والمعتوه والسفيه، مستثنيا الغافل في حين أن النص الفرنسي قد استثنى المعتوه واكتفى بذكر المجنون والغافل والسفيه³.

ثانيا: حكم تصرفات السفیه وذی الغفلة: اعتبر المشرع الجزائري السفیه وذو الغفلة في نص المادة 43 من القانون المدني ناقصي الاهلية ويترتب على هذا الاعتبار أنه في حكم الصبي المميز في التصرفات، وعلى هذا الأساس يكون حكم تصرفاتهم على النحو الآتي:

1. قبل توقيع الحجر: تكون تصرفات السفیه وذی الغفلة قابلة للإبطال، لأن السفه والغفلة لا يذهبان بالإدراك والتمييز.

وفي ذلك ترى الدكتورة فريدة محمدي زواوي " أن المشرع سوى بين تصرفات المعتوه والمجنون والسفيه الصادرة قبل توقيع الحجر عليه في المادة 107 من قانون الاسرة، مع أنه لا يمكن التسوية بينهم، كما أنه أغفل النص على ذي الغفلة، والمفروض أن تكون تصرفات السفیه وذی الغفلة صحيحة قبل توقيع الحجر إلا إذا أمكن إبطالها نتيجة استغلال أو غش⁴

¹ فريدة محمدي زواوي، المرجع السابق، ص 80

² فاطمة الزهراء عبد العزيز، المرجع السابق، ص 131

³ فاطمة الزهراء عبد العزيز، المرجع السابق، ص 131

⁴ فريدة محمدي زواوي، المرجع السابق، ص 81

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

ويتحقق هذا إذا كان المتعاقد مع السفية أو ذي الغفلة يعلم بحالته ويتعمد الاغتناء مغتتما حالة السفية أو ذي الغفلة، فيحصل على مزايا لا تتعادل مع التزاماته¹.

2. -حكم تصرفات السفية وذي الغفلة بعد توقيع الحجر: للشخص في هذه الحالة أهلية محدودة، إذ ليس في إمكانه إجراء بعض التصرفات فيكون وضعه كالقاصر، ويترتب عن ذلك آثار قانونية أهمها ما يلي:

-التصرفات المالية النافعة نفعا محضا تعتبر صحيحة، مثل التبرع له وقبول الهبة والوصية تكون صحيحة.

-التصرفات الضارة ضررا محضا، كالتبرع والهبة والوصية الصادرة منه تعتبر باطلة بطلانا مطلقا.

-التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإيجار وعقود المعاوضة تكون غير نافذة، إلا إذا أقرها المقدم²

وهنا يظهر التعارض بين قانون الأسرة والقانون المدني، فالمشعر الجزائري نص في المادة 107 قانون الاسرة على أن تصرفات المحجور عليه بعد صدور الحكم بالحجر باطلة، سواء أكان الحجر قد تم بسبب الجنون أو العته أو السفه، فيكون بذلك قد أعطى لهم حكم تصرفات الصبي الغير مميز أي اعتبرهما عديمي الأهلية، بينما نص صراحة في القانون المدني في المادة 43 منه على أن السفية وذي الغفلة ناقصي الأهلية وأنهم في حكم الصبي المميز، بالإضافة إلى أنه كما سبق بيانه لم ينص على ذي الغفلة ولا على تصرفاته.

والإشكال الذي يثار هنا هو عند حدوث نزاع بشأن تصرف قام به ناقص الأهلية المحجور عليه، فهل يطبق القاضي أحكام نصوص القانون المدني، وبالتالي يعتبر أن حكم تصرفاته هي حكم تصرفات الصبي المميز، أم يطبق نص المادة 107 وبالتالي يعتبر أن حكم تصرفاته هي حكم تصرفات الصبي الغير مميز وبالتالي تكون باطلة؟

وخلاصة القول فإن المشعر الجزائري اعتبر تصرفات المحجور عليه باطلة بعد صدور الحكم بالحجر¹.

¹ فاطمة الزهراء عبد العزيز، المرجع السابق، ص 131

² فريدة محمدي زواوي، المرجع السابق، ص 81

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

ثالثا: حكم تصرفات المحكوم عليه بعقوبة جنائية:

لقد سبق وأن ذكرنا أن المشرع الجزائري نص في قانون العقوبات الجزائري على أن الشخص المحكوم عليه بعقوبة جنائية يحجر عليه، وتطبق عليه أحكام الحجر القضائي، وعلى هذا القول فإن تصرفات هذا الشخص أثناء فترة العقوبة تخضع لأحكام المادة 107 قانون الأسرة فتكون باطلة بطلانا مطلقا².

رابعا: المسؤولية التقصيرية للمحجور عليه: قبل تعديل القانون المدني في سنة 2005 كان يمكن للمحجور عليه أن يسأل في حالة خاصة ولو لم يكن هو المتسبب في فقده للتمييز وذلك في حالة ما إذا لم يتمكن المضرور من الحصول على التعويض من الشخص المكلف بالرقابة على عديم التمييز³ فهذه المسؤولية لا تقوم على أساس الخطأ، لأن عديم التمييز يكون فاقد الإدراك، وإنما تقوم على أساس تحمل التبعة أو التضامن الاجتماعي أو مقتضيات العدالة، ولهذا كانت مسؤولية استثنائية، واحتياطية، وجوازية، ومخففة⁴ غير أنه بعد تعديل المادة 125 في 2005 ألغيت الفقرة الثانية التي كانت تجيز مساءلة الشخص الغير مميز، وعلى هذا فبتطبيق هذه المادة بعد التعديل والتي تنص على أن: لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدث بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطة إلا إذا كان مميزا فإنه لا يمكن مساءلة الشخص الغير مميز عن أفعاله الضارة، حيث يكون من يجب عليه رقابته هو الملزم بتعويض الضرر الذي يحدثه للغير بفعله الضار، إلا إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية، ففي هذه الحالة لا يكون ملزما بتعويض الضرر، وإذا لم يستطع الشخص المضرور الحصول على التعويض من المسؤول عنه، فإنه لا يمكن مساءلة المحجور عليه على ذلك.

¹ يوسف دلاندة، قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم: 05-02 مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والموارث، دار هومة، الجزائر، 204، ص 212

² فاطمة الزهراء عبد العزيز، المرجع السابق، ص 135

³ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع - الإثراء بلا

سبب - والقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 79

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 79

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

المطلب الثالث: فك الحجر عن المحجور عليهم

بطبيعة الحال اذا زالت اسباب الحجر المفروضة شرعا وقانونا وجب فك الحجر على المحجور عليه ولهذا سوف نتطرق في هذا المطلب الى فكر الحجر على المحجور عليهم في الشريعة الاسلامية (في الفرع الاول) ثم في القانون الجزائري (في الفرع الثاني).

الفرع الأول: فك الحجر عن المحجور عليهم في الشريعة الإسلامية

الولاية على المال تبقى ما بقي سببها وهو سبب الحجر، فإذا ازال سببها انتهت الولاية أو الوصاية¹، وبالتالي رفع الحجر.

يرتفع الحجر عن السفیه إذا ظهر رشده وأمارات حرصه على ماله، ولكن لا بد في الراجح عند الفقهاء، خلافاً لمحمد بن الحسن، من قرار القاضي برفع الحجر، لأن ما ثبت بحكم القاضي لا يزول إلا بحكم آخر، كذلك يرفع الحجر عن المغفل إذا ظهرت خبرته، واهتدى إلى حسن التصرف، عن طريق حكم القاضي، على الخلاف السابق في السفیه. ويرفع الحجر عن المجنون بدون حكم القاضي باتفاق إذا شفي وعاد إليه عقله، ومثله المعتوه إذا اكتملت قواه العقلية وزال تخبطه في الكلام²

وأما الصغير: فإن كان غير مميز فيرفع الحجر عن بعض تصرفاته عند الحنفية والمالكية بإتمام سن السابعة. وان كان مميزاً فيرفع الحجر عنه شيئان:

أحدهما، عند الجمهور غير الشافعية: وهو إذن الولي إياه بالتجارة، والإذن بالتجارة يزيل الحجر عن التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع. وعند الشافعية: لايزول الحجر عن المميز ولو بالإذن بالتجارة.

الثاني، بلوغه عاقلاً رشيداً من غير حاجة إلى ترشيد ولي أو حكم من القاضي عند الجمهور غير المالكية.

وفي ذلك يرى المالكية أن زوال الحجر عن الصغير ذو الأب يكون ببلوغه رشيداً بغير حكم الحاكم، فإن كان عليه وصي من الأب، فيزول حجره بترشيد منه من غير إذن الحاكم، وان كان وصيه من القاضي، فيزول حجره بترشيده، بإذن القاضي.

¹ فاطمة الزهراء عبد العزيز، المرجع السابق، ص113

² وهبة بن مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 4533

الفصل الثاني: الجانب الإجرائي للحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

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

ذكر الشافعية والحنابلة فيه وجهين:

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

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

وفي ذلك يقول الأستاذ الدكتور "وهبة بن مصطفى الزحيلي": "أنه ينبغي أن يتضمن حكم القاضي بحجر المفلس تحديد غاية معينة للحجر، وهي أن يتم تصفية أموال المفلس، فإذا تحقق الهدف، زال أثر الحجر تلقائياً بدون حاجة لحكم القاضي¹.

الفرع الثاني: فك الحجر عن المحجور عليهم في القانون الجزائري

القول برفع التقديم هو نفسه انتهاء التقديم وبالتالي رفع الحجر، ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 108 ق.أ.ج على الآتي "يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه." ومنه فيمكن للقاضي مراجعة حكمه القاضي بالحجر، وهذا برفعه إذا زالت أسبابه بناء على طلب من المحجور عليه.

وللقاضي اتخاذ أي تدبير من تدابير التحقيق لمعرفة مدى زوال أسباب الحجر وكذا الاستعانة بالخبرة، وللقاضي سلطة تقديرية في رفع الحجر من عدمه، ويتم رفع الحجر بحكم قضائي، ويكون هذا الحكم الذي قضى بالحجر قابلاً لمخاصمته بجميع طرق الطعن، ويجب أن ينشر للإعلام².

¹ وهبة بن مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 4534

² لحسين بن آث ملويا، المرجع السابق، ص 327

الخطبة

الخاتمة

وفي ختام هذه الدراسة التي تناولنا فيه موضوع الحجر بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية و القانون ، وذلك من خلال فصلين تناول الأول مفهوم الحجر وأسبابه في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، الذي تطرقنا فيه الى مفهوم الحجر من المنظور القانوني والفقهي ثم الى مدى اعتبار عوارض الاهلية سببا للحجر في كل من الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري ، أما الفصل الثاني فقد كان متعلقا بالجوانب الإجرائية في توقيع الحجر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الجزائري ، حيث قبل القول بأن هناك حجر يجب اتباع واحترام اجراءات رفع الدعوى العامة من حيث الاشخاص المخول لهم طلب الحجر ثم شروط دعوى الحجر ودور القاضي في توقيعه ثم تطرقنا لاثار التوقيع الحجر ومن خلال النيابة الشرعية في الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري ، ثم تناولنا حكم تصرفات المحجور عليهم شرعا وقانونا وفي الاخير كذلك تطرقنا الى فك الحجر لاسباب المقررة في الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري .

كما وجدنا ان المشرع الجزائري اجاز تصرفات المقدم في حدود معينة جاءت حصرا لا على سبيل المثال .

وقد توصلنا في الاخير الى جملة من النتائج وهي :

ان المشرع الجزائري ضمن احكام الحجر في قانون الاسرة والقانون المدني الذي اورد الفئة عديمة او ناقصة الاهلية او عديميها كما نص المشرع الجزائري في قانون العقوبات على الحجر القانوني كما نظم المشرع طريقة ادارة اموال المحجور عليه ضمن المواد 101 الى غاية 108 من قانون الاسرة وكذلك اوجب نفس القانون ان الحجر لا يكون الا بموجب حكم قضائي وهذا طبقا لاحكام المادة 103 منه وافر المشرع في المواد 481 و 489 من قانون الاجراءات المدنية والادارية اختصاص القاضي الفصل في دعوى الحجر بموجب امر .

كما ان من خلال استقراء النصوص نجد ان المشرع الجزائري يتماشى وأحكام الشريعة الاسلامية في موضوع الحجر من خلال مفهومه واسباب وما اضافه المشرع هو الحجر القانوني وما لا نجده في القانون ان الشريعة الاسلامية حجرت على المفلس والصغير والمريض مرض الموت وحتى على الزوجة .

الخاتمة

كما اقر المشرع الجزائري ان الحجر لا يكون الا بحكم قضائي على خلاف الشريعة الاسلامية فقد اقرت الحجر في نوعين الاول حكمي وهم المحجور عليهم لذاتهم دون الحاجة الى تدخل القضاء كالمجنون والصغير والمعتوه أما الثاني فهو قضائي ويكون كالحجر على المدني او السفية.

اتفق المشرع الجزائري مع الشريعة الاسلامية في وجوب تعيين نائب شرعي يتولى القيام بتصرفاته وما اورده الشريعة الاسلامية هم الولي والوصي الذي يعينه القاضي اما في القانون فهوم المقدم وكذلك يتم تعيينه من قبل القاضي .

وعلى ما سبق التوصل اليه من نتائج نتقدم ببعض الاقتراحات وهي :

تعديل نص المادة 101 من قانون الاسرة وازافة ذي غفلة فيها وكذلك تعديل نص المادة 104 من نفس القانون بحذف مصطلحي ولي او وصي واستبدالها بلفظ (مقدم) وهذا ليتمشى مع الواقع العملي للحجر.

تعديل احكام درجات تصرفات المحجور عليهم بحسب درجة نقص الاهلية لكي تكون التصرفات الواردة محل اعادة نظر وهذا لأن كل سبب من اسباب الحجر له خصوصيته في الادراك والتصرف.

تفعيل الرقابة على المقدم في ادارته لاموال المحجور عليهم وهذا حفاظا على حقوقهم المالية وعدم الاضرار بهم وذلك من خلال اخضاع كل تصرف الى خبرة ومعاينة قضائية حتى لا يتجاوز المقدم حدود صلاحياته في ادارة اموال المحجور عليهم.

قائمة

المصادر

المراجع

المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم: مصحف المدينة النبوية وفق رواية ورش عن الإمام نافع

الكتب العامة

1. إبراهيم مصطفى ورفاقه، المعجم الوسيط، تحقيق مجمع اللغة العربية، ج01، دار الدعوة
2. ابن قدامة المقدسي : المغني، دار عالم الكتب الرياض.
3. ابن ماجة 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. قال المحققون.
4. أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق، دار هومة، الجزائر، 2013
5. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2007.
6. البيهقي أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر. سنن البيهقي الكبرى. تحقيق : محمد عبد القادر عطار. دار الباز - مكة المكرمة ، 1414 - 1994 ج6
7. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، موجز النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، دس.
8. الجرجاني علي بن محمد بن علي، التعريفات تحقيق : إبراهيم الأبياري. دار الكتاب العربي - بيروت ط1 1405 هـ ج1
9. خلوفي رشيد ، قانون المنازعات الإدارية " شروط قبول دعوى تجاوز السلطة"، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1998.
10. خليل بوضويرة، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نوميديا للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010
11. رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 1999
12. رمضان علي السيد الشرنباصي ومحمد كمال الدين أمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، النشأة - التطور - المعاصرة ، منشأة المعارف، الاسكندرية ، 2002،
13. الشافعي محمد بن إدريس ، الأم، ج03، دار المعرفة ،بيروت.

المصادر والمراجع

14. العبادي، عبدالله، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، ج4 دار السلام ط1: 1416هـ - 1995.
15. الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
16. الغرياني الصادق عبد الرحمن، مدونة الفقه المالكي وأدلتها، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ج3
17. الرملي شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، ج14
18. 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.
19. سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر، ج1، ط02، دمشق - سورية ط2، 1988
20. شمس الأئمة السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، ج24، دار المعرفة، - بيروت
21. عبد الحميد الشواربي، التعليق على قانون المرافعات، الجزء 1، منشأة المعارف، مصر، 2004.
22. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الثاني، دون تاريخ النشر، دون مكان النشر.
23. عبد السلام زيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، موقع النشرة الجزائرية، 2012
24. عبد الله أوهابية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري (التحري والتحقيق)، دارهومة، الجزائر، ط03، 2012
25. علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. دار الكتب العلمية. ط2: 1406هـ - 1986م ج7
26. علي الشيخ إبراهيم ناصر المبارك، المصلحة في دعوى الإلغاء، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2009 .

المصادر والمراجع

27. علي فيلاي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011
28. عمار عوابدي ، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج 2 ، ط 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2003 .
29. _____ ، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، سنة 1982 .
30. لحسين بن شيخ آث المرشد في قانون الأسرة(مدعما باجتهادات المجلس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982 إلى سنة 2014 ، ملحقات :المواثيق والإعلانات والاتفاقيات والتقارير الدولية المتعلقة بحقوق المرأة والطفل)، دار هومة، الجزائر، 2014 م
31. محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، دون تاريخ النشر، الجزء الثاني.
32. محمد سعيد جعفرور ، مدخل إلى العلوم القانونية ، ج 2 ، دروس في نظرية الحق ، ط 1 ، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011 .
33. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام ، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، 1977
34. محمدي فريدة زاوي، المدخل إلى العلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية،الجزائر،1998
35. مصطفى احمد الزرقاء المدخل الفقهي العام ، ج 1 ، عطا ،دار القلم ، دمشق،2004
36. نبيل ابراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، 2010
37. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها، دار الفكر، دمشق، سوريا، د س ن.
38. يوسف دلاندة ، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الدعوى القضائية، ط4، دار هومة ، الجزائر، 2013 .

المصادر والمراجع

39. _____، قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم: 05-02 مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والمواريث، دار هومة، الجزائر، 2004.

الكتب المتخصصة

1. أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، المجلة ، الكبرى، مصر، 1984
2. محمد سعيد جعفرور، التصرف الدائر بين النفع و الضرر في القانون المدني الجزائري ، دار هومة ،الجزائر ، 2002
3. _____، تصرفات ناقص الاهلية في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ،الجزائر ، 2002
4. محمد محي الدين عبد الحميد، الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، 2007
5. مصطفى الرافي ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقوانين اللبنانية، دار الكتاب اللبناني، بيروت، لبنان ، الطبعة الأولى سنة 1983
6. يوسف دلاندة ، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة ، الجزائر، 2011

الرسائل والمذكرات

الاطروحات

1. قديري محمد توفيق ، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري ، اطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق ، تخصص :العقود و المسؤولية ، جامعة محمد خيضر، بسكرة 2017-2018

الرسائل

1. شيكر ريمة، الحجر في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤوليات،كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 01، 2013-2014
2. عبد الرحمان محمد علي، احكام الحجر في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجيبوتي، دراسة فقهية مقارنة، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير الاداب في الدراسات الاسلامية ،تخصص : فقه مقارن، جامعة الجزيرة، 2018

المصادر والمراجع

المذكرات

1. حجاب الطاهر و شودار منصف، أحكام الحجر في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج ليسانس ل م د علوم إسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، 2018-2019
2. رقاشي سمية، الحجر القضائي وآثاره، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة سكيكدة، 2016
3. فاطمة الزهراء عبد العزيز، المحجور عليه بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص : احوال شخصية، جامعة محمد بوضياف - المسيلة 2015-2016.
4. وفاء زيتوني ، أمال كبيش ، أحكام الحجر في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر في العلوم القانونية ، جامعة 8 ماي - 1945 قالمة ، 2016-2017

المقالات

1. عمر زودة، مقال حول طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسر (05-02) منشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا، 2005 ، عدد02
2. فائزة جروني، تدخل النيابة العامة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية - عدد 13 - جوان 2016
3. محمد بشير ،عوارض الاهلية والحلول القانونية المقررة لها فلي التشريع الجزائري - دراسة مقارنة، مجلة صوت القانون المجلد الخامس، العدد 02 /أكتوبر 2018.
4. مقفولجي عبدالعزيز ، شروط قبول الدعوى ، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية . العدد السادس ،2013.

النصوص القانونية

1. الأمر رقم 75 / 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد78، المؤرخ في /30/ 09 1975 معدل والمتمم بموجب القانون رقم /07/ 05 مؤرخ في 13 يونيو 2007 ،الجريدة الرسمية، عدد 31 ،الصادرة في 13 مايو 2007:

المصادر والمراجع

2. القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 والمضمن قانونا للأسرة المعدل والمتمم: بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 (ج ر 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005) والموافق بقانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق لـ 04 مايو 2005 (ج ر 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005)
3. القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ج.ر عدد 21، 2008)
4. الأمر رقم 66 - 156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات مضافة بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006،
5. الأمر رقم 66 - 156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 20-06 المؤرخ في 05 رمضان 1441 الموافق لـ 28 افريل 2020

المواقع الالكترونية

1. <http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/ar/Nouveautes/%D9%85%D8%AC%D9%85%D9%88%D8%B9%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%20%D8%A7%D9%84%D8%AC%D9%86%D8%A7%D8%A6%D9%8A.pdf>
2. <http://rakpp.rak.ae/ar/Pages>
3. http://www.aleman.com/%D8%A7%D9%84%D9%83%D8%AA%D8%A8/%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%88%D8%B3%D9%88%D8%B9%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D9%81%D9%82%D9%87%D9%8A%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D9%83%D9%88%D9%8A%D8%AA%D9%8A%D8%A9%20****/%20%D8%A3%D8%B3%D8%A8%D8%A7%D8%A8%20%D8%A7%D9%84%D8%AD%D8%AC%D8%B1/i232&d139433&c&p1#TOP
4. http://www.legislation.tn/affich-code/Code-p%C3%A9nal__89
5. <http://www.undp-aci.org/publications/ac/compendium/bahrain/criminalization-lawenforcement/crimlaw-76-ar.pdf>

الفهرس

كلمة شكر
الاهداء

01 مقدمة

**الفصل الأول: ماهية الحجر بين الشريعة
الإسلامية والقانون الوضعي**

06 المبحث الأول: ماهية من المنظور القانوني والفقهي

06 المطلب الأول: تعريف الحجر وأقسامه.

06 الفرع الأول: تعريف الحجر.

07 الفرع الثاني: أقسام الحجر.

11 المطلب الثاني: دليل مشروعية الحجر والحكمة منه.

11 الفرع الأول: دليل مشروعية الحجر.

13 الفرع الثاني: الحكمة من الحجر.

15 المبحث الثاني: عوارض الأهلية ومدى اعتبارها أسباب بالحجر.

15 المطلب الأول: عوارض الأهلية المتفق عليها في الفقه الاسلامي.

15 الفرع الأول: عوارض الأهلية المتفق عليها في الفقه الاسلامي.

18 الفرع الثاني عوارض المختلف عليها بين الفقه والشريعة.

24 المطلب الثاني: عوارض الأهلية المنصوص عليها في القانون.

24 الفرع الأول : الحجر بسبب عوارض الأهلية.

29 الفرع الثاني : الحجر بسبب المانع القانوني للأهلية.

**الفصل الثاني: الجانب الإجرائي في توقيع الحجر
بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**

34 المبحث الأول: إجراءات توقيع الحجر.

34 المطلب الأول: الأشخاص المخولين بطلب الحجر.

35 الفرع الأول: الأقارب.

38 الفرع الثاني: من له مصلحة.

42 الفرع الثالث: النيابة العامة.

46	المطلب الثاني: دعوى الحجر.....
46	الفرع الأول: شروط دعوى الحجر.....
50	الفرع الثاني: دور القاضي في دعوى الحجر.....
57	المبحث الثاني: آثار توقيع الحجر وانقضاؤه.....
57	المطلب الأول: النيابة الشرعية عن المحجور عليه.....
57	الفرع الأول: النيابة الشرعية عن المحجور عليه في الفقه الإسلامي.....
65	الفرع الثاني: النيابة الشرعية عن المحجور عليه في القانون الجزائري.....
69	المطلب الثاني: حكم تصرفات المحجور عليه.....
70	الفرع الأول: حكم تصرفات المحجور عليه في الشريعة الإسلامية.....
72	الفرع الثاني: حكم تصرفات المحجور عليه في القانون الجزائري.....
76	المطلب الثالث: فك الحجر عن المحجور عليهم.....
76	الفرع الأول: فك الحجر عن المحجور عليهم في الشريعة الإسلامية.....
77	الفرع الثاني: فك الحجر عن المحجور عليهم في القانون الجزائري.....
79	الخاتمة.....

المراجع

الفهرس