

جامعة عمان العربية للدراسات العليا
مدى كفاية النظام القانوني لأهلية الأداء
دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي
رسالة لنيل درجة الدكتوراه

مقدمة من الطالب

يوسف احمد علي مفلح

إشراف

الأستاذ الدكتور : محمد المحاسنة

تفويض

أنا الموقع أدناه يوسف أحمد علي مفلح أفوض جامعة عمان العربية للدراسات
العليا بتزويد نسخ من أطروحتي للمكتبات أو المؤسسات أو الهيئات أو الأشخاص
عند طلبها.

الاسم: يوسف أحمد علي مفلح

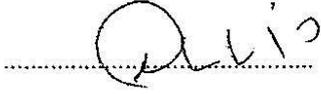
التاريخ: ٢٠٠٨/١/٢

التوقيع: يوسف المفلح

قرار لجنة المناقشة

تمت مناقشة هذه الرسالة بتاريخ ٢٠٠٧/٩/٣٠ في قاعة المناقشات في جامعة عمان

العربية، من قبل اللجنة التالية أسماؤهم:



الأستاذ الدكتور أسامة مجاهد / رئيس لجنة المناقشة



الأستاذ الدكتور محمد المحاسنة / مشرفاً وعضواً



الدكتور ربحي اليعقوب / عضواً

الدكتور أيمن المساعدة / عضواً

شكر وتقدير

أتقدم بالشكر والعرفان إلى أستاذي ومشرفي على الأطروحة
الأستاذ الدكتور محمد يحيى المحاسنة على جهده المتواصل لإخراج
هذه الأطروحة إلى الوجود له مني كل الشكر والعرفان، جزاه الله عنا
خير الجزاء.

شكر وتقدير

لرئيس وأعضاء لجنة المناقشة

- ١- الأستاذ الدكتور أسامة مجاهد / رئيس لجنة المناقشة
- ٢- الأستاذ الدكتور محمد المحاسنة / مشرفاً وعضواً
- ٣- الدكتور ربحي اليعقوب / عضواً
- ٤- الدكتور أيمن المساعدة / عضواً

إهداء

إلى والدي ووالدتي أطال الله في عمرهما ...

إلى زوجتي العزيزة وأبنائي أحمد، كندة...

إلى إخواني وأخواتي

قائمة المحتويات

الموضوع	الصفحة
التفويض.....	ب
قرار لجنة المناقشة.....	ج
شكر وتقدير.....	د
شكر وتقدير.....	هـ
إهداء.....	و
الملخص باللغة العربية.....	ك
الملخص باللغة الإنجليزية.....	م
المقدمة.....	س
الفصل التمهيدي: ماهية الأهلية بصفة عامة.....	١
المبحث الأول: تعريف الأهلية.....	١
المبحث الثاني: أنواع الأهلية.....	٤
المطلب الأول: تعريف أهلية الوجوب ومناطقها في الفقه الإسلامي.....	٥
المطلب الثاني: ابتداء وانتهاء أهلية الوجوب في الفقه الإسلامي.....	٦
المطلب الثالث: أهلية الوجوب في القانون.....	٨
المبحث الثالث: التعريف بأهلية الأداء وتمييزها عما قد يختلط بها.....	١٠
المطلب الأول: التعريف بأهلية الأداء ومناطقها.....	١١
المطلب الثاني: التمييز بين أهلية الأداء والمسؤولية المدنية.....	١٢
المطلب الثالث: التمييز بين أهلية الأداء والولاية.....	١٦
المطلب الرابع: ارتباط أهلية الأداء بالنظام العام.....	١٨
الباب الأول: أحكام أهلية الأداء المرتبطة بالسن.....	٢٠
الفصل الأول: الصغير غير المميز.....	٢٤
المبحث الأول: تحديد المقصود بالصغير غير المميز.....	٢٦
المبحث الثاني: حكم التصرفات الصادرة عن الصغير غير المميز في الفقه الإسلامي والقانون.....	٢٧
المبحث الثالث: النظام المعياري المقترح لأهلية الأداء عند الصغير غير المميز.....	٣٢
الفصل الثاني: مرحلة الصغير المميز.....	٣٤
المبحث الأول: التمييز وأحكامه بالفقه الإسلامي.....	٣٤
المبحث الثاني: حكم الصغير المميز في النظم القانونية.....	٣٩
المطلب الأول: المعيار القانوني لمرحلة التمييز في القانون المدني.....	٤٠
المطلب الثاني: بداية مرحلة التمييز في النظم القانونية.....	٤٢
المبحث الثالث: معايير أهلية الأداء للصغير المميز.....	٤٤

٤٨	المبحث الرابع: الأهمية العلمية لمرحلة التمييز.....
٥٤	الفصل الثالث : مرحلة الصغير المأذون له بالتصرف.....
٥٤	المبحث الأول : الصغير المميز المأذون له في الفقه الإسلامي.....
٥٨	المبحث الثاني : الصغير المأذون له في القانون.....
٦٩	الفصل الرابع : مرحلة البلوغ والرشد.....
٧٠	المبحث الأول: مرحلة البلوغ والرشد في الفقه الإسلامي.....
٧٢	المطلب الأول : الأسس المعيارية للبلوغ والرشد في الفقه الإسلامي.....
٨٣	المبحث الثاني : مرحلة البلوغ والرشد وأثرهما في القانون المدني.....
٨٥	المطلب الأول: مرحلة الرشد في الفقه الإسلامي.....
٨٨	المطلب الثاني: مرحلة الرشد في النظام القانوني وارتباطها بأهلية الأداء.....
١٠٠	المطلب الثالث : النظام القانوني المقترح لتحديد سن الرشد.....
١٠٤	الباب الثاني : أحكام أهلية الأداء المرتبطة بالحالة العقلية.....
١٠٥	مبحث تمهيدي: القدرة العقلية للإنسان وارتباطها بأهلية الأداء.....
١٠٥	المطلب الأول: العقل وارتباطه بالإنسان.....
١٠٧	المطلب الثاني : أثر العقل على النظام القانوني.....
١١٠	الفصل الأول : عوارض أهلية الأداء.....
١١٣	المبحث الأول: الجنون كعارض من عوارض أهلية الأداء.....
١١٥	المطلب الأول: الجنون كعارض لأهلية الأداء في مجلة الأحكام العدلية.....
١١٧	المطلب الثاني: الجنون كعارض من عوارض الأهلية في النظام القانوني المصري.....
١٢٢	المطلب الثالث: الجنون كعارض من عوارض أهلية الأداء في القانون المدني الأردني.....
١٢٦	المبحث الثاني : العته كعارض من عوارض أهلية الأداء.....
١٢٧	المطلب الأول: الفرق ما بين العته والجنون في الفقه الإسلامي.....
١٢٨	المطلب الثاني: العته كعارض من عوارض الأهلية في النظام القانوني.....
١٣٨	المبحث الثالث : النوم والإغماء كعارض لأهلية الأداء.....
١٣٨	المطلب الأول : النوم والإغماء كعارض من عوارض الأهلية في الفقه الإسلامي.....
١٣٩	المطلب الثاني: النوم كعارض من عوارض الأهلية في القانون الأردني.....
١٤١	المطلب الثالث : الحالات العرضية التي ترافق النوم.....
١٤٤	المطلب الرابع : الإغماء كعارض من عوارض أهلية الأداء.....
١٤٥	المطلب الخامس : الإغماء كعارض من عوارض الأهلية بالنظام القانوني :.....
١٤٧	المطلب السادس : النسيان كعارض من عوارض أهلية الأداء.....
١٤٨	المبحث الرابع : السفه كعارض من عوارض أهلية الأداء.....
١٤٩	المطلب الأول : الأدلة الشرعية في الفقه الإسلامي على السفه.....
١٥١	المطلب الثاني : الحكم الشرعي لأهلية أداء السفه في الفقه الإسلامي.....

المطلب الثالث : الحجر على السفه في الفقه الإسلامي.....	١٥٤
المطلب الرابع : السفه كعارض من عوارض الأهلية في النظام القانوني.....	١٥٦
المطلب الخامس: الحكم القانوني لحالة السفه.....	١٦٢
المبحث الخامس : الغفلة كعارض من عوارض أهلية الأداء.....	١٦٨
المطلب الأول: الغفلة كعارض لأهلية الأداء بالفقه الإسلامي.....	١٦٨
المطلب الثاني: الغفلة كعارض لأهلية الأداء في النظام القانوني.....	١٧٠
المبحث السادس : حالة السكر كعارض من عوارض الأهلية.....	١٧٥
المطلب الأول : السكر وما في حكمه كعارض لأهلية الأداء في الفقه الإسلامي.....	١٧٥
المطلب الثاني : أثر السكر على أهلية الأداء بالفقه الإسلامي:.....	١٧٧
المطلب الثالث : السكر كعارض لأهلية الأداء في النظام القانوني وما في حكمه:.....	١٨٢
المبحث السابع : المقارنة بين عوارض أهلية الأداء في الفقه الإسلامي والنظام القانوني	
.....	١٨٩
المطلب الأول : أوجه الاتفاق والاختلاف بين الفقه الإسلامي والنظام القانوني.....	١٨٩
المطلب الثاني: مدى كفاية النظام القانوني لعوارض الأهلية :.....	١٩٢
الفصل الثاني : موانع الأهلية.....	١٩٧
المبحث الأول: الحجر على المدين المعسر كمانع من موانع الأهلية.....	٢٠٠
المطلب الأول : الحجر على المدين المعسر كعارض لأهلية الأداء بالفقه الإسلامي.....	٢٠٠
المطلب الثاني: ارتباط أهلية الأداء بالحجر على المدين المعسر وفقاً للفقه الإسلامي.....	٢٠٢
المطلب الثالث : الحجر على المدين كمانع لأهلية الأداء في النظام القانوني.....	٢٠٥
المطلب الرابع : الحجر على المدين في القانون المدني الأردني.....	٢٠٩
المطلب الخامس : حالة الحجر على المدين المعسر.....	٢١٢
المطلب السادس : مدى ارتباط الحجر على المدين المعسر بعوارض الأهلية القانونية ..	٢١٥
المطلب السابع : الحجر على المدين المعسر في النظام القانوني المصري.....	٢١٦
المطلب الثامن : الأثر القانوني لحالة الإعسار على أهلية الأداء.....	٢١٩
المبحث الثاني : الحكم بالعقوبة الجنائية كمانع لأهلية الأداء.....	٢٢٣
المطلب الأول : العقوبة الجنائية كمانع لأهلية الأداء في الفقه الإسلامي.....	٢٢٣
المطلب الثاني : العقوبة الجنائية كمانع لأهلية الأداء في النظام القانوني.....	٢٢٥
المبحث الثالث : موانع الأهلية الطبيعية.....	٢٢٧
المطلب الأول : العاهة كمانع لأهلية الأداء في الفقه الإسلامي.....	٢٢٨
المطلب الثاني : العاهة الجسمانية كمانع لأهلية الأداء في النظام القانوني.....	٢٣٠
المبحث الرابع : موانع الأهلية المادية.....	٢٣٣
المطلب الأول : الغيبة كمانع لأهلية الأداء في الفقه الإسلامي.....	٢٣٤
المطلب الثاني : الغيبة كمانع لأهلية الأداء في النظام القانوني.....	٢٣٥

٢٣٧ النتائج والتوصيات
٢٤٢ المراجع

العنوان: مدى كفاية النظام القانوني لأهلية الأداء

"دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي"

إعداد: الطالب يوسف أحمد علي مفلح

إشراف: الأستاذ الدكتور محمد المحاسنة

الملخص باللغة العربية

إن موضوع هذه الدراسة هو مدى كفاية النظام القانوني لأهلية الأداء، وتم ذلك بعون الله تعالى من خلال دراسة ارتباط أهلية الأداء بسن الإنسان من لحظة ولادته وحتى وفاته. وكذلك دراسة أهلية الوجوب ومتى تبدأ للإنسان ومتى تنتهي ومن ثم البحث في مناط أهلية الأداء وهو: الوعي، والإدراك والتمييز. ودراسة مدى كفاية النظام القانوني لأهلية الأداء للصغير غير المميز، والذي هو دون سن السابعة. وكذلك دراسة مرحلة الصغير المميز، والصغير المأذون له بممارسة الأداء وصولاً إلى السن المعتمدة قانوناً وشرعاً لأهلية الأداء.

كل ذلك كان بالمقارنة بين النظام القانوني المتمثل بالقانون المدني الأردني والمصري والسوري والعراقي، وبين الفقہ الإسلامي المتمثل في مجلة الأحكام العدلية وكتب الفقہ الإسلامي.

ثم وبعد ذلك دراسة ارتباط العقل بالرشد والبلوغ، وكذلك دراسة عوارض الأهلية القانونية التي تعترض ممارسة الأداء للإنسان بجميع أنواعها الواردة بالفقہ

الإسلامي والنظام القانوني، ومن ثم الخروج بنظام معياري مقترح لعوارض الأهلية. وكذلك دراسة موانع الأهلية ومقارنتها مع العوارض والخلاف بينهما. وصولاً إلى العديد من النتائج والتوصيات.

Abstract

THE ADEQUACY OF THE LEGAL FRAMEWORK (SYSTEM) FOR REGULATING THE “CAPACITY TO PERFORM”

A COMPARATIVE STUDY BETWEEN THE POSITIVE LAW AND THE ISLAMIC JURISPRUDENCE

Prepared by: Yusuf Ahmad Ali Mofleh

Supervisor: professor Mohamad Al-Mahasneh

The subject matter of this study is to examine whether the current legal framework (or system) is adequate enough for regulating the issue of the “capacity to perform”. It examines the relationship between the “capacity to perform” and the natural person’s age; from the day a person is born until his death. In addition, the subject of a natural person’s capacity to undertake obligations; the time such capacity commences and ends, have also been examined. Furthermore, the sources of the “capacity to perform” have been also studied, these are: awareness, perception, and discretion. Moreover, the adequacy of the current legal framework (or system) for regulating the issue of the “capacity to perform” for non-discerning minors who have not reached the age of seven years has also been tackled. Also, the following different stages pertaining to the “capacity to perform” have been dealt with: the discerning minor, the minor who is permitted to undertake performance and the age considered by Law and Sharia adequate for the “capacity to perform”.

All of the aforementioned have been conducted through a comparative study between the legal system encompassing the Jordanian, Iraqi, Egyptian and Syrian Civil Codes on the one hand, and the Islamic Jurisprudence encompassing the Juristic Judgment Magazine (Al-Majallahatu) and the Islamic Jurisprudence literature on the other hand.

The relationship between the mind and both puberty and the age of majority, as well as, the different impediments to legal capacity, which impede the natural person's ability to undertake performance under both Islamic Jurisprudence and the legal system, have been examined. A proposal for a standard measure for legal capacity impediments has been reached in this study.

Finally, the capacity restraints have been examined. This has been done through comparing them to the impediments of capacity and analysing the difference between these two influences on capacity. The researcher reached several conclusions and made recommendations on the different subject matters tackled in it.

المقدمة

الأهلية لغة القدرة أو الصلاحية أو الكفاءة. وهي من أهم خصائص الشخصية القانونية، إذ يتوقف عليها تحديد نشاط الشخص من حيث صلاحيته لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وقدرته وكفاءته على ممارسة الأعمال والتصرفات المتعلقة بهذه الحقوق على وجه يُعتد به قانوناً.

وعلى هذا يمكن تعريف الأهلية بأنها: صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق وعليه التزامات، وصدور الأعمال والتصرفات القانونية منه على وجه يعتد به القانون ويحميه عند مباشرته واستعماله هذه الحقوق والالتزامات^(١).

وفي الفقه الإسلامي تعني الأهلية صلاحية الشخص لوجوب الحقوق له أو عليه، وصلاحيته لصدور الأفعال عنه على وجه يعتد به شرعاً.

وتنقسم الأهلية إلى نوعين: أهلية وجوب وأهلية أداء. وأهلية الوجوب هي: صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وهي ترتبط بالشخصية القانونية. فكل شخص له أهلية وجوب، أي يصلح لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه، وتثبت له بمجرد الولادة^(٢).

أما أهلية الأداء: فهي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيراً يترتب عليه آثار قانونية، وكذلك هي صلاحية الشخص للقيام بالأعمال القانونية لحساب نفسه.

ومناط أهلية الأداء هو: الإدراك والتمييز فهي تدور معهما وجوداً وهدماً، ففقد الإدراك والتمييز يكون فاقداً لأهلية الأداء، وناقص الإدراك والتمييز يكون ناقصاً لأهلية الأداء^(٣).

وقدرة الشخص على ممارسة التصرفات تختلف بحسب صلاحية الشخص والحدود التي يصلح لمباشرتها، أو عدم صلاحيته، وهذه المسألة تتصل بالتمييز والإدراك، ولما كان

(١) غالب الداودي، المدخل إلى علم القانون، ط٤، دار وائل للنشر، عمان، ١٩٩٩، ص ٢٤١.

(٢) عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، ط٣، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٤، ص ٤٤٢.

(٣) عبد القادر الفار، المدخل لدراسة القانون، ط١، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٤، ص ١٧٧.

تمييز الشخص يختلف بحسب الظروف التي يمر بها في حياته إذ قد يكون منعدم التمييز أو ناقصه أو كامله. ويكون الشخص كامل الأهلية، أو ناقص الأهلية، أو منعدم الأهلية حسب الأدوار التي يمر بها الشخص، وتأثر ذلك بالسن حيث تتأثر أحكام أهلية الأداء بحسب تدرج السن^(١).

وهذه المراحل هي: الصغير غير المميز: حددت أغلب القوانين سن التمييز للشخص بالسابعة، فكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز وتبعاً لذلك تتعدم لديه أهلية الأداء. فلا يصلح لمباشرة التصرفات القانونية أيّاً كان نوعها، سواء أكانت هذه التصرفات نافعة، أم ضارة، أم دائرة بين النفع والضرر. فإذا وقع من الصغير غير المميز تصرف كان باطلاً.

المرحلة الثانية: الصغير المميز: إذا بلغ الشخص سن التمييز وهو في أغلب القوانين سن السابعة كان مميزاً وتكون له أهلية أداء ناقصه، لأنه يبقى في هذه المرحلة إلى أن يبلغ سن الرشد.

أما تصرفات المميز تكون حسب نوع التصرف: فالبنسبة للتصرفات المالية النافعة نفعاً محضاً تعتبر صحيحة، أما التصرفات الضارة فتكون باطلة، وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتكون موقوفة النفاذ.

ويلحق بهذه المرحلة حالة الصغير المميز المأذون له بالتصرف، وتبدأ هذه المرحلة من سن الصغير المميز، فلا يعطى الصغير غير المميز إذناً لممارسة بعض التصرفات على جزء من ماله، وتعتبر فترة تجربة للفرد حتى يتعلم كيف يدير أمواله، والإذن إما أن يكون مطلقاً أو مقيداً^(٢).

المرحلة الثالثة: وهي مرحلة البلوغ والرشد: إذا بلغ الشخص سن الرشد اكتملت له عناصر التمييز وصار بذلك كامل الأهلية ويستطيع القيام بكل أنواع التصرفات القانونية ولا يكفي أن يبلغ الشخص سن الرشد، بل يتعين أن يكون قد بلغ هذه السن متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه، وإذا بلغ الشخص سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية تنتهي الولاية أو الوصاية عليه بقوة القانون.

(١) عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص ١٧٩.

(٢) عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، صفحة ٤٥١-٤٥٢.

واختلفت القوانين في تحديد سن الرشد فالقانون المدني الأردني حدد سن الرشد بثمانية عشرة سنة شمسية، أما القانون المدني المصري حدد سن الرشد إحدى وعشرين سنة ميلادية^(١).

والأهلية تتأثر بعامل آخر غير عامل السن وهو القدرة العقلية للشخص، قد يبلغ الشخص سن الرشد غير متمتع بقواه العقلية، في هذه الحالة يطلب من له الولاية أو الوصاية عليه الحكم باستمرارهما حتى بعد بلوغ الرشد.

وقد يبلغ الشخص سن الرشد ثم يطرأ عليه عارض من عوارض الأهلية يؤثر في تمييزه فيفقد أو ينقص منه، وتبعاً لذلك يفقد أهليته أو يكون ناقص الأهلية بحسب الأحوال. وعوارض أهلية الأداء القانونية هي: الجنون والعتة والسفه والغفلة.

الجنون والعتة: مرض يصيب العقل ويفقده تمييزه، فلا يعتد بأقواله أو أفعاله، أما العتة: فهو نقصان العقل وإختلاله ويجعل الشخص قليل الفهم مختلط الكلام دون أن يصل إلى مرتبة الجنون. وقد سوى القانون بين المجنون والمعتوه في الحكم واعتبر كلا منهما كالصبي غير المميز. والمجنون والمعتوه محجوران لذاتهما في القانون المدني الأردني، أما القانون المدني المصري لا يعتبرهما محجورين لذاتهما، وإنما اشترط أن يصدر قرار بالحجر عليهما من المحكمة المختصة^(٢).

السفه والغفلة: السفه هو من يبذر المال ويبدده في غير موضعه، على غير مقتضى العقل والشرع. أما ذو الغفلة فهو شخص لا يحسن التمييز بين الربح والخاسر من التصرفات، فيخدع في معاملاته بسهولة وبغبن.

والسفه أو الغفلة لا يؤديان إلى انعدام التمييز كلياً لدى الشخص كما في حالة الجنون والعتة، وإنما يؤثران فقط في حسن التدبير. ولذلك سوى القانون بينهما في الحكم، حيث اعتبر تصرفات كل من السفه وذي الغفلة في حكم تصرفات الصبي المميز. والقانون المدني الأردني والمصري يشترطان إصدار قرار بالحجر عليهما ولا يعتبران محجورين لذاتهما^(٣).

(١) عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص ٤٥٨-٤٥٩.

(٢) إدريس العلوي العبدللاوي، المدخل لدراسة القانون، مطبعة النجاح، الرباط، ج ٢، ص ٤٥٩.

(٣) أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، ط ٤، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٣، ص ٢٣٦.

لقد أورد الفقه الإسلامي بعض العوارض التي لم ينص عليها القانون وترتبط بالقدرة العقلية ومن باب البحث والمقارنة تم دراستها وهي : النوم والإغماء والحالات العرضية التي ترافق النوم وحالة السكر^(١).

وقد يكون الشخص كامل الأهلية، بالغاً سن الرشد، ومتمتعاً بقواه العقلية، غير مصاب بعارض من عوارض الأهلية، ومع ذلك تقوم لديه ظروف قانونية أو طبيعية أو مادية، تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده، وهي ما يطلق عليها موانع الأهلية.

أما موانع الأهلية القانونية فهي حالة الحجر على المدين المعسر من أجل غل يد المدين عن التصرف، ومنع أحد الدائنين من الانتفاع دون باقي الدائنين. وكذلك الأمر في حال صدور حكم بعقوبة جنائية، فمن حكم عليه بعقوبة جنائية لا يجوز له أن يتولى إدارة أمواله مدة اعتقاله، كما لا يجوز له مباشرة أعمال التصرف إلا بناء على إذن من المحكمة^(٢).

أما موانع الأهلية المادية فهي الغيبه فلا يستطيع الشخص مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، رغم كمال أهليته، وتقتضي الضرورة أن لا تتعطل مصالحه بسبب هذه الغيبه لذلك لا بد من وجود شخص يتولى إدارة شؤونه^(٣).

أما المانع الطبيعي فهي وجود عاهة تجعل الشخص لا يستطيع مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، فيعين له مساعد قضائي يتولى مساعدته للتصرفات التي تقرر فيها المساعد، ويجب أن تكون العاهة مزدوجة أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم. ولا يستطيع المساعد الانفراد بإبرام التصرفات وإنما تصدر منهما معاً^(٤)، هذه المقدمة تشكل عرضاً مختصراً لموضوع الدراسة.

وتتلخص مشكلة الدراسة على بيان الفلسفة التي تركز عليها أحكام أهلية الأداء، وبيان مدى كفاية النظام القانوني لأهلية الأداء على ضوء الظروف المتغيرة.

(١) وهبة الزحيلي، أصول الفقه، دار المعرفة بيروت، ج ٢، ص ١٦٩.

(٢) عبد المنعم فرج، مرجع سابق، ص ٤٦٥-٤٦٦.

(٣) المرجع السابق، نفس الصفحة.

(٤) غالب الداودي، المرجع السابق، ص ٢٤٦.

وتقوم هذه الدراسة على عدة فرضيات:

- ١- سن السابعة هو السن المناسب لاعتبار الشخص مميزاً لوجود القدرة العقلية لدى الإنسان في هذا السن على التمييز بين الخير والشر الأمر الذي أدى إلى اتفاق النظم القانونية والشرائع السماوية على اعتباره سناً للتمييز.
 - ٢- قصور النظم القانونية في معالجة النظام القانوني الخاص بالقاصر الناقص الأهلية والذي هو فيما بين سن السابعة وسن الثامنة عشرة من القانون الأردني بالمقارنة مع الفقه الإسلامي وإحدى وعشرين سنة وأكثر من ذلك في بعض النظم.
 - ٣- بيان صحة الاعتماد على سن الثامنة عشرة باعتباره سن بلوغ الرشد مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي.
 - ٤- عدم كفاية النظم القانونية وقصورها في معالجة عوارض الأهلية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية.
 - ٥- قصور النظم القانونية في معالجة موانع الأهلية مقارنة مع الفقه الإسلامي.
 - ٦- قصور النظم القانونية في نظام الأهلية لمواجهة متطلبات الوقت الحاضر.
- وعناصر مشكلة الدراسة التعرف على الفلسفة التي انطلقت منها النظم الشرائعية لتحديد أحكام أهلية الأداء ومدى كفاية هذه الأحكام من حيث:
- ١- سن التمييز وهي: السابعة وسبب اتفاق كل النظم القانونية سماوية أو وضعية على سن السابعة، بحيث يكون من هو دون السابعة غير مميز وبمجرد بلوغه السابعة يعتبر مميزاً.
 - ٢- تقدير مدى كفاية ودقة النظام القانوني الخاص بالقاصر الناقص الأهلية والذي هو فيما بين سن السابعة وسن الثامنة عشرة في النظام القانوني.
 - ٣- تقدير مدى كفاية وصحة الاعتماد على سن الثامنة عشرة باعتباره سن بلوغ الرشد، وبيان سبب الاختلاف بين النظم القانونية في ذلك إذ إنه إحدى وعشرون سنة في القانون المصري، وخمس وعشرون سنة في بعض الدول في أمريكا الجنوبية، وذلك من خلال الدراسة المقارنة.
 - ٤- تقدير مدى كفاية نظام عوارض الأهلية في القانون الوضعي على العموم مقارنة بالشريعة الإسلامية.

٥- تقدير مدى كفاية موانع الأهلية في القانون الوضعي مقارنة بالشرعية الإسلامية.

٦- تقدير مدى كفاية أحكام نظام الأهلية للمتطلبات التشريعية القانونية في الوقت الحاضر.

ومحددات البحث هي أهلية الأداء في النظم القانونية الوضعية بالمقارنة مع الفقه الإسلامي من جوانب مختلفة.

١- سن التمييز في النظم القانونية سبع سنوات بالمقارنة مع الفقه الإسلامي، ويكون ذلك بالبحث في أهلية الأداء للصغير غير المميز أي قبل بلوغه سن التمييز.

٢- النظام القانوني للقاصر الناقص الأهلية ويكون ذلك من خلال البحث في أهلية الأداء لناقص الأهلية الذي لم يبلغ سن الرشد، وذلك ما بين سن السابعة وسن الثامنة عشرة في التشريع الأردني، وسن الحادية والعشرين أو الأربع والعشرين في النظم التشريعية الأخرى، وذلك بالمقارنة مع الفقه الإسلامي.

٣- البحث في مدى كفاية وصحة الاعتماد على سن الثامنة عشرة باعتباره سن بلوغ الرشد وسبب اختلاف الدول في تحديد سن ارشد إذ إنه في بعض التشريعات إحدى وعشرون والبعض خمس وعشرون، وذلك من خلال المقارنة مع الفقه الإسلامي.

٤- دراسة وتقدير مدى كفاية نظام عوارض الأهلية في النظم القانونية الوضعية مقارنة مع الفقه الإسلامي.

٥- دراسة وتقدير مدى كفاية نظام موانع الأهلية في القانون الوضعي مقارنة مع الفقه الإسلامي.

٦- البحث في مدى كفاية أحكام الأهلية في النظم القانونية للمتطلبات التشريعية القانونية في الوقت الحاضر.

ومنهج البحث المستخدم المنهج الوصفي التحليلي ودراسة الموضوع على ضوء القوانين والنظم القانونية المقارنة مع مقارنة ذلك بالفقه الإسلامي.

أهمية الدراسة تقوم على أمرين:

الأول: الشمولية لموضوع الأهلية حيث يتم البحث في المسائل بشكل تفصيلي ودراسة علمية.

الثاني: المقارنة بين الفقه الإسلامي والنظام القانوني من خلال المقارنة بين كتب الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني والمصري والسوري واللبناني ومجلة الأحكام العدلية. أما خطة الدراسة فكانت على النحو التالي:

قمت بتقسيم الدراسة إلى مقدمة، وفصل تمهيدي، وبابين، ونتائج وتوصيات.

المقدمة: التعريف بالأهلية وبيان مشكلة الدراسة، وفرضياتها، وعناصرها، ومحدداتها، والمنهج المستخدم للدراسة.

الفصل التمهيدي: ماهية الأهلية بصفة عامة.

المبحث الأول: تعريف الأهلية.

المبحث الثاني: أنواع الأهلية.

المبحث الثالث: التعريف بأهلية الأداء وتمييزها عما يختلط بها.

الباب الأول: أحكام أهلية الأداء المرتبطة بالسن.

الفصل الأول: الصغير غير المميز.

الفصل الثاني: مرحلة الصغير المميز.

الفصل الثالث: مرحلة الصغير المأذون له بالتصرف.

الفصل الرابع: مرحلة البلوغ أو الرشد.

الباب الثاني: أحكام أهلية الأداء المرتبطة بالحالة العقلية.

مبحث تمهيدي: القدرة العقلية للإنسان وارتباطها بأهلية الأداء.

الفصل الأول: عوارض أهلية الأداء.

المبحث الأول: الجنون كعارض من عوارض أهلية الأداء.

المبحث الثاني: العته كعارض من عوارض أهلية الأداء.

المبحث الثالث: النوم والإغماء كعارض لأهلية الأداء.

المبحث الرابع: السفه كعارض من عوارض أهلية الأداء.

المبحث الخامس: الغفلة كعارض من عوارض أهلية الأداء.

المبحث السادس: حالة السكر كعارض من عوارض أهلية الأداء.
المبحث السابع: المقارنة بين أهلية الأداء في الفقه الإسلامي والنظام القانوني.

الفصل الثاني: موانع الأهلية.

المبحث الأول: الحجر على المدين المعسر كمانع من موانع الأهلية.

المبحث الثاني: الحكم بالعقوبة الجنائية كمانع لأهلية الأداء.

المبحث الثالث: موانع الأهلية الطبيعية.

المبحث الرابع: موانع الأهلية المادية.

النتائج والتوصيات.

والله ولي التوفيق

الفصل التمهيدي: ماهية الأهلية بصفة عامة

ويتضمن هذا الفصل ثلاثة مباحث وهي :

المبحث الأول: التعريف بالأهلية

المبحث الثاني: أنواع الأهلية

المبحث الثالث: التعريف بأهلية الأداء وتمييزها عما قد يختلط بها

المبحث الأول : تعريف الأهلية

وسوف يتم البحث في تعريف الأهلية من خلال عدة جوانب: أولاً: لغة، وثانياً: في الفقه الإسلامي، وثالثاً: في القانون.

أولاً: مفهوم الأهلية باللغة

الأهلية تعني الصلاحية، صلاحية الإنسان للقيام بالعمل على وجه يعتد به^(١٣). فعندما يقوم الإنسان بعمل يعتد به، يقال : إن فلاناً أهلاً للعمل الذي قام به. والصلاحية هنا تكون لتلقي الواجبات المفروضة عليه، والحقوق المقدره له، وتكون الصلاحية لقدرته على التصرف. والصلاحية تعني المميزات التي تجعل الإنسان أهلاً، فأهلية الإنسان للشيء هي صلاحيته له لاكتسابه المميزات التي تقرر له هذه الصلاحية^(١٤).

وعندما نقول فلاناً غير أهل لهذا للعمل، فمعنى ذلك أنه لا يملك الصلاحية للقيام بهذا العمل. ويقصد بها، القدرة والكفاءة، والاستحقاق، والجدارة على عمل معين^(١٥). وهذا المعنى يقترب من مفهوم الأهلية القانونية الوارد بالنظام القانوني، والوارد بالفقه

(١) جمال الدين أبي الفضل بن حبقه بن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكثير ومحمد أحمد حب الله وهاشم

محمد الشاذلي، منشورات در لسان العرب، بيروت، لبنان، ١٩٧٥، ج١، ص ٤٧٠٣.

(٢) المرجع السابق، ج١٣، ص ٣١، فصل الهمزة حرف اللام (أهل).

(٣) المرجع السابق، ج١٣، ص ٣٢.

الإسلامي. إذ يجب أن تصدر هذه التصرفات عن إنسان يتصف بصفة شرعية أو قانونية يكون بمقتضاها أهلاً لهذا التصرف^(١٦).

ثانياً: تعريف الأهلية في الفقه الإسلامي

أورد الفقه الإسلامي العديد من التعريفات الفقهية للأهلية نذكر منها :

إن الأهلية : "صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحاً للخطاب بالأحكام الشرعية"^(١٧). وكذلك : "هي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق له أو عليه وصلاحيته لصدور الأفعال عنه على وجه يعتد به شرعاً"^(١٨).

ثالثاً: تعريف الأهلية قانوناً

لا يوجد في النصوص القانونية تعريفٌ محددٌ للأهلية، وإنما وردت في النص القانوني من حيث الكلمة وهي : كونه أهلاً لمباشرة حقوقه، وعدم ورود تعريف بالنصوص من الأمور المحبذة، لأن التعريف للمصطلح من اختصاص الفقه القانوني وليس التشريعات. والفقه القانوني أورد العديد من التعريفات للأهلية نذكر منها : "صلاحية الشخص لأن تتعلق به حقوق له أو عليه ولأن يباشر بنفسه

(٤) مصطفى السباعي، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية، مطبعة جامعة دمشق، الطبعة الثالثة، ١٩٧٠، ص ١١.

(١) مصطفى السباعي، المرجع السابق.

(٢) محمد عبد المجيد المغربي، أحكام العقد بالشرعية الإسلامية، دراسة مقارنة، المكتبة الحديثة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٨، ص ٨٨.

الأعمال القانونية والقضائية المتعلقة بهذه الحقوق"^(١٩)، وكذلك : "قدرة الشخص على التمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات"^(٢٠)، وكذلك : "صلاحية الشخص لصدور شيء معين عنه وطلبه منه واستحقاقه له"^(٢١)، وكذلك : "صلاحية الشخص بأن تكون له حقوق وصلاحيته لاستعمالها"^(٢٢).

المبحث الثاني : أنواع الأهلية

تقسم الأهلية إلى نوعين الأول هو: أهلية الوجوب وهي: صلاحية الإنسان للتمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات التي يقدرها القانون. والنوع الثاني: أهلية الأداء هي: صلاحية الشخص للقيام بنفسه بالتصرفات القانونية التي تكسبه حقاً أو توجب عليه التزاماً.

ويقتصر الحديث بهذا المبحث على أهلية الوجوب بإيجاز كونها ليست موضوع الدراسة، أما أهلية الأداء ستكون المبحث القادم من هذه الدراسة.

(٣) سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، الطبعة الرابعة، ص ٧٧٣ ونعمان جمعه، دروس في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٤٤٣، وجمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، الهيئة العامة للطابع الأميرية، القاهرة، ١٩٦٩، ص ١٣٣.

(٤) ثروت حبيب، المصادر الإرادية للالتزام، دار الكتاب، بيروت، ١٩٧٧، ص ١٥٦.

(٥) عبد الفتاح الباقي، نظرية الحق، مطبعة المعهد الفرنسي، القاهرة، ١٩٧٣، ص ٣٨.

(٦) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، الطبعة الثانية، مطابع روز اليوسف، مصر، ١٩٩٧، الجزء الأول، ص ٨٠.

المطلب الأول: تعريف أهلية الوجوب ومناطها في الفقه الإسلامي

أورد الفقه الإسلامي العديد من التعريفات لأهلية الوجوب ورغم تعددها إلا أنها تؤدي إلى المعنى ذاته كما سنلاحظ ونذكر من هذه التعريفات: "صلاحية الإنسان لأن تجب له حقوق على غيره وتجب لغيره حقوق عليه"^(٢٣)، وكذلك: "هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه"^(٢٤)، وكذلك: "هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام"^(٢٥).

ومن هذه التعريفات يتضح أن أهلية الوجوب تقوم على صلاحية الإنسان بأن تكون له القدرة على اكتساب الحقوق، وصلاحية الإنسان أن تثبت عليه الواجبات. وبذلك يكون للإنسان الحق أن يكون دائماً لغيره أو مديناً له.

أما مناط أهلية الوجوب فهو: الحياة، فعندما تثبت الحياة للإنسان تثبت له أهلية الوجوب. فمنذ أن يودع الله عز وجل الروح للإنسان حتى وهو في بطن أمه وينبض قلبه، يكون قد أودع الخالق فيه الروح للاستمرار بهذه الحياة، وبذلك يكون له أهلية الوجوب المبنية على أساس الذمة للإنسان، ذلك أن مناط أهلية الوجوب هو: الحياة والذمة، حيث إن الحياة ترتبط بالذمة للإنسان، وإن وجود الحياة يؤدي إلى وجود الذمة للشخص، وكليهما يؤدي إلى حق الإنسان في أهلية الوجوب، وأنه لا فرق بين

(١) عبد الوهاب خلاف، الأهلية وعوارضها في الشريعة الإسلامية، مطبعة النصر، مصر، ١٩٥٥، ص ٥.

(٢) سعد الدين التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، مطبعة صبيح، القاهرة، ١٩٥٥، ص ١٦١.

(٣) أبو البركات النسفي، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار في الأصول، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية، القاهرة، سنة ١٣١٦هـ، الجزء الثاني، ص ٢٤٩، وعبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص ٥.

الذمة وأهلية الوجوب لأن الهدف واحد، وهو أن يصبح الإنسان أهلاً للالتزام والإلزام، وان أهلية الوجوب هي ذمة الإنسان^(٢٦). وهذا الرأي يخالف القانون حيث أهلية الوجوب لا تثبت للإنسان إلا بعد تمام ولادته حياً.

المطلب الثاني: ابتداء وانتهاء أهلية الوجوب في الفقه الإسلامي

تبدأ أهلية الوجوب للإنسان وهو في بطن أمه عندما يكون حاملاً مستكناً قبل الولادة، ويطلق عليها الفقه الإسلامي أهلية الوجوب الناقصة، لأن الإنسان في هذه الحالة يكون في رحم أمه وملتصقاً بها فلا تثبت له كامل أهلية الوجوب إلا بعد الولادة، ولذلك يكون للجنين بعض الحقوق وهي: الميراث، والوصية، وله الحق في ريع الوقف، وله الحق بإقامة الوصي عليه لحفظ هذه الحقوق^(٢٧).

أما بعد ولادة الإنسان حياً، يصبح أهلاً لاكتساب الحقوق، وتحمل الالتزامات وهذا ما يطلق عليه الفقه الإسلامي أهلية الوجوب الكاملة^(٢٨).

أما موعد انتهاء أهلية الوجوب في الفقه الإسلامي هناك اختلاف في المذاهب على النحو التالي:

-
- (١) عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ٦، ومحمد إميل المعروف شاه، تيسير التحديد في أصول الفقه، دار الفكر العربي، دمشق، الجزء الثاني، ص ٤٠٩ بلا سنة نشر.
 - (٢) محمود بلال مهران، نظرية الحق في الفقه الإسلامي، مطبعة النسر الذهبي، القاهرة، ١٩٩٨، الطبعة الأولى، ص ١١٢، وعبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص ٨.
 - (٣) سعد الدين التفتازاني، التلويح على التوضيح، مطبعة صبيح، دار العهد الجديد للطباعة، الطبعة الأولى، ١٣٥٥هـ، ص ٣٠٤.

المذهب الشافعي والمالكي : يرى هذان المذهبان، أن الإنسان لا تنتهي أهلية الوجوب لديه بمجرد الوفاة، بل تمتد هذه الأهلية من خلال ما يترتب عليها من ذمة مالية إلى ما بعد الوفاة حتى إتمام إجراءات الدفن، وما يترتب عليها من تكلفة، وحتى سداد ديون الشخص المتوفى، وحتى تنفيذ الوصايا الصادرة عنه^(٢٩).

المذهب الحنبلي : ويرى أن أهلية الوجوب وذمته تنتهي بمجرد الوفاة لأن أساس وجود الذمة هو الحياة وبانتفاء صفة الحياة للإنسان تنتهي ذمته وبالتالي تنتهي أهليته ولا يمكن أن تستمر مع فناء الأصل وهو الحياة. وعندما يتوفى الإنسان تنتقل الديون المترتبة عليه إلى التركة وليس إلى ذمته وإن لم تكن له تركة تزول عنه جميع الديون لزوال محل الالتزام وهو التركة^(٣٠).

المذهب الحنفي : ويرى أن أهلية الوجوب والذمة المالية لا تنتهي كلياً بالوفاة بل إن الموت يجعلها في حالة من العجز والنقص والضعف، وبذلك لا تكون منعدمة بل تبقى بهذه الحالة وتبقى عاجزة عن الإلزام والالتزام إلا أنها تقوى على الوجوب من خلال تركة المتوفى لحين سداد الديون والوفاء بالالتزامات عليها^(٣١).

(١) محمد الشريتي الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مطبعة الحلبي، القاهرة، ١٩٥٨، ج٣، ص ٥.

(٢) علي الخفيف، التركة والحقوق المتعلقة بها، مطبعة البرلمان، القاهرة، ١٩٥٣، ص ٣٠.

(٣) أبي بكر محمد السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٦، ج٢-٣، والفتاوى الهندية، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، حققه عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، المجلد الخامس، دار الكتب، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٣٢٢.

المطلب الثالث: أهلية الوجوب في القانون

يتضمن هذا الفرع تعريف أهلية الوجوب في النظام القانوني والأساس الذي تستند إليه وأقسامها ومتى تبدأ وتنتهي للإنسان.

أولاً: التعريف بأهلية الوجوب وأنواعها في القانون

لم يرد بالنصوص القانونية تعريف محدد لأهلية الوجوب وإنما ترك الأمر في ذلك للفقهاء القانونيين. وقد أورد الفقه القانوني عدة تعريفات لأهلية الوجوب منها :

"صلاحية الإنسان لاكتساب الحقوق، وتحمل الالتزامات"^(٣٢). وكذلك : "صلاحية الإنسان للتمتع بالحقوق والتحمل بالواجبات التي يقدرها القانون"^(٣٣). وكذلك هي : "صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه"^(٣٤).

وتنقسم أهلية الوجوب في النظام القانوني إلى أهلية الوجوب الناقصة وأهلية الوجوب الكاملة كما هو عليه الحال في الفقه الإسلامي، فنثبت للجنيين في رحم أمه أهلية وجوب ناقصة، فيكون هذا الجنين أهلاً لثبوت بعض الحقوق مثل : الميراث، والوصية، والريع من الوقف وله حق النسب لوالديه. أما جانب الالتزام فلا يتصور أن يثبت على الجنيين التزام لعدم قدرته على إحداث ذلك^(٣٥).

(١) نعمان جمعة، دروس في نظرية الحق، دار النهضة العربية، ١٩٧٣، ص ٢٠٧، وحشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام، مطبعة مصر، ١٩٥٤، ص ١٠١.

(٢) انور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ٤٠.

(٣) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، ج ١، ص ٩٥.

(٤) جميل الشرقاوي، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨٠، ص ٢٥٩.

أما أهلية الوجوب الكاملة فتثبت للإنسان بمجرد ولادته حياً فيصبح أهلاً لتحمل الالتزام وتلقي كافة الحقوق.

ثانياً: بداية ونهاية أهلية الوجوب في القانون

أهلية الوجوب تبدأ بتمام ولادة الإنسان حياً ويكون له أهلية وجوب ناقصة قبل ولادته وهو جنين فيكون له الحق في الميراث، والوصية، والريع من الوقف^(٣٦).

وبالرجوع للنصوص القانونية في النظام القانوني نجد أنها جميعاً تأخذ مبدأ الشخصية القانونية للدلالة على أهلية الوجوب، ونجد انه لا خلاف على بداية الشخصية القانونية بتمام الولادة. وعلى ذلك جاء نص المادة (١/٣٠) من القانون المدني الأردني "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً، وتنتهي بموته"^(٣٧). وهو مطابق لنص المادة (٢٩) من القانون المدني المصري.

لابد من الإشارة إلى أن النظام القانوني المصري والأردني لم يتطرق إلى أهلية الوجوب الناقصة بنصوص قانونية محددة إنما ترك الأمر بها إلى قواعد الشريعة الإسلامية وذلك من خلال إحالة الوصية والميراث والوقف إلى قواعد الشريعة الإسلامية وهي التي تعطي الإنسان الحق بأهلية الوجوب عندما يكون جنيناً في رحم أمه. وعلى ذلك تنص المادة (١١٢٦) من القانون المدني الأردني "تسري على

(١) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١١، و أنور سلطان، مرجع سابق، ص ٤١.

(٢) القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

الوصية أحكام الشريعة الإسلامية^(٣٨). والمادة (٨٧٥) من القانون المدني المصري
"تعيين الورثة وتحديد أنصابتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها
أحكام الشريعة الإسلامية"^(٣٩).

المبحث الثالث : التعريف بأهلية الأداء وتمييزها عما قد يختلط بها

ويتضمن أربعة مطالب وهي :

المطلب الأول : التعريف بأهلية الأداء ومناطها

المطلب الثاني : التمييز بين أهلية الأداء والمسؤولية

المطلب الثالث : التمييز بين أهلية الأداء والولاية

المطلب الرابع : ارتباط أهلية الأداء بالنظام العام

(٣) القانون المدني الأردني.

(٤) القانون المدني المصري.

المطلب الأول: التعريف بأهلية الأداء ومناطها

أهلية الأداء بالفقه الإسلامي هي صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل^(٤٠). وتسمى أهلية الأداء بالفقه الإسلامي بأهلية المباشرة^(٤١).

وكذلك تعرف أنها "صلاحية الإنسان لأن يكون مسؤولاً عن أفعاله وأقواله"^(٤٢).

أما أهلية الأداء بالنظم القانونية، فقد اعتبرها البعض مقتصره على التصرفات القانونية التي يباشرها الشخص من خلال الأقوال والأعمال التي يقوم بها، بحيث يكون مسؤولاً عنها وملزماً بها، واستبعد هؤلاء الأعمال المادية من أهلية الأداء كونها وقائع يرتب القانون آثارها على الشخص بقوة القانون دون تصرف إرادي منه، مثل الفعل الضار والفعل النافع حيث يرتب القانون بقوته أثراً لذلك دون تصرف إرادي من الشخص^(٤٣).

وتعرف أهلية الأداء قانوناً بأنها: "صلاحية الشخص لأن يباشر كسب الحقوق وإيجاد الالتزامات"^(٤٤). وكذلك تعرف "صفة تلحق الشخص فتصبح أعماله منتجة لآثارها القانونية"^(٤٥).

(١) الزرقا، مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٧٤٢.

(٢) أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص ٢٧١.

(٣) عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص ١٢.

(٤) شامل رشيد ياسين الشبخلي، عوارض الأهلية بين الشريعة والقانون، ص ٦٨، مطبعة العاني، بغداد.

(٥) السنهوري، الوسيط ص٢٦٨، ج٢، دار الحلبي، بيروت، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠.

(٦) شفيق شحاته، النظرية العامة للحق، ص ٧٠.

وهنا أهلية الأداء تشمل التصرفات القانونية التي يريد بها الشخص إحداث أثر قانوني معين، وكذلك التصرفات المادية، وهي التي لا تتجه نية الشخص بها لإحداث أثر قانوني، وإنما تصبح ملزمة له بقوة القانون دون إرادة منه، مثل الفعل الضار والفعل النافع.

المطلب الثاني: التمييز بين أهلية الأداء والمسؤولية المدنية

تختلف أهلية الأداء عن المسؤولية فالأهلية تتطلب توافر صفة معينة في الشخص لحظة القيام بالفعل، وهي أن يكون الشخص لديه الأهلية القانونية لممارسة هذا الفعل حتى يعتبر ملزماً وصحيحاً، بخلاف المسؤولية التي تلحق الشخص الملزم بها جراء قيامه بعمل يلحق ضرراً بالغير، ولا بد من البحث بالشرعية الإسلامية بالمقارنة مع النظم القانونية في هذا الموضوع.

فالفقه الإسلامي لا يتطلب الإدراك أو التمييز لوقوع الفعل الموجب لقيام الالتزام بجبر الضرر الناشئ عنه مكتفياً بمجرد وقوعه. حيث إن القاعدة أن المباشر ضامن ولو لم يتعمد أو يتعد، وكذلك المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد أو التعدي^(٤٦). هذا الرأي عند المذهب الحنفي والشافعي والحنبلي أما المذهب المالكي وجد خلاف بينه وبين فقهاء، منهم من قال لا ضمان على الصبي الذي لا يعقل فيما أتلفه من مال أو نفس لكونه لا يوجد عليه تكليف بالخطاب ويأخذ حكم العجماء، ولكن جمهور الفقهاء

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المسؤولية المدنية على حوادث السيارات وغيرها من الأشياء الخطرة ص ١٥٨، كتاب غير منشور، محاضرات قسم الدراسات العليا، جامعة القاهرة.

بالمذهب المالكي يأخذ بالزام الضمان على عديم التمييز وذلك على أساس أن الضمان هو جبر الضرر وليس الجزاء والعقوبة ويستندون في ذلك إلى حديث الرسول (ص) "لا ضرر ولا ضرار"^(٤٧). أي أن الشخص يعتبر مسؤولاً عن فعله في الفقه الإسلامي بالمباشرة دون اشتراط أهلية الأداء لديه، المتسبب في حالة العمد او التعدي. وقد تم تقنين هذه القاعدة الفقهية في مجلة الأحكام العدلية في فصل مباشرة الإلتلاف المادة (٩١٦) "تلف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله وان لم يكن له مال ينتظر إلى حال يسر ولا يضمن وليه".

وكذلك المادة (٩٦٠) "المحجورون... وإن لم يعتبر تصرفهم القولي إلا أنهم يضمنون حالات الخسارة والضرر التي نشأت من فعلهم مثلاً يلزم الضمان على الصبي إذا أتلف مال الغير وإن كان غير مميز"^(٤٨).

من ذلك إن المسؤولية واجبة على الشخص بقوة الشرع حتى لو كان هذا الشخص طفلاً، حتى إن بعض الفقهاء تشددوا وقالوا: إن (الوليد لو انقلب حال ولادته على شيء فأتلفه لزمه الضمان من ماله)^(٤٩). ولا يستلزم الفقه الإسلامي الخطأ أصلاً كقاعدة عامة.

أما المسؤولية وعلاقتها بأهلية الأداء بالنظم القانونية هناك طائفتان من القوانين: طائفة لا تتطلب التمييز والإدراك لدى الشخص لتحمله المسؤولية عن أفعاله، وعلى

(٢) علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الحلبي، ١٩٧٣م، ص ٧٥.

(١) مجلة الأحكام العدلية، الناشر دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩، الطبعة الأولى.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ١٥٨.

رأسها الفقه الإسلامي والقوانين المستمدة منه، كما لاحظنا سابقا مجلة الأحكام العدلية، وكذلك القانون المدني الأردني المادة ٢٧٨ "إذا أتلّف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله"^(٥٠).

وكذلك القانون المدني الكويتي المادة ٢/٢٢٧ "ويلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخطأ ولو كان غير مميز"^(٥١).

وكذلك القانون المدني العراقي ١/١٩١ "إذا أتلّف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله"^(٥٢). وكذلك المادة ٢٨٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

أما الطائفة الأخرى: النظم القانونية التي توجب على الشخص أن يكون مدركا أي لديه صبغة قانونية من الإدراك والتمييز تلزمه بموجب القانون، وهي: القانون الفرنسي الذي كان في البداية يتزعم النظم التي تتطلب الإدراك والتمييز لقيام الخطأ الذي يوجب المسؤولية، وكان ذلك استنادا للقانون الروماني الذي كان متأثرا بفلسفة الإغريق^(٥٣).

وبين الطائفة من النظم التي لا تتطلب الإدراك والتمييز لقيام المسؤولية الأخرى التي تستلزم ذلك، هناك طائفة أخرى بين هاتين الطائفتين تجمع بينهما معا وتقوم على

(٣) القانون المدني الأردني.

(٤) القانون المدني الكويتي.

(٥) القانون المدني العراقي.

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ١٥٦.

ترك الحرية لقاضي الموضوع لتقديراته لإلزام الشخص عديم التمييز وفق قواعد العدالة التي ترتضي ذلك، وهذه القوانين هي القانون الألماني المادة (٨٢٩) ومدونة الالتزامات السويسرية المادة (٥٤) والقانون البلجيكي المادة (١٣٨٦) (٥٤).

وكذلك القانون المدني المصري المادة ٢/١٦٤ " ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، او تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم" (٥٥).

من ذلك نرى ان الأعمال المادية التي يقوم بها الشخص لا تستوجب أهلية الأداء القانونية حتى يتحمل المسؤولية، بل أغلب التشريعات تلزم الفاعل بالمسؤولية وجبر الضرر ومن ماله الخاص حتى وإن كان صغيراً وغير مميز.

لذلك نرى أن أهلية الأداء المقصودة بالنظم القانونية هي: أهلية الأداء القانونية التي تصبغ على الفعل أو التصرف أو العمل، الصبغة القانونية الملزمة جراء صدورها عن إرادة قانونية محمية قانوناً ومستندة لنصوص قانونية، بخلاف الأعمال او الأفعال او التصرفات المادية التي تصدر عن الشخص كالإثراء بلا سبب على حساب شخص آخر فالمثري على حساب الغير ملزم بتعويض من لحقه الضرر والخسارة في حدود ما أثري.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ١٥٦.

(٣) القانون المدني المصري ١٩٤٨.

وكذلك في حدود المسؤولية القانونية التي توجب على الشخص ضمان الضرر على المحدث.

من ذلك يتبين أن المسؤولية تختلف عن أهلية الأداء، فالإنسان مسؤول عن تصرفاته اتجاه الغير وملزم بجبر الضرر الذي يحدثه، وتقوم هذه المسؤولية على ذلك دون النظر إلى الأهلية كشرط لتحقيقها، حيث يقتصر شرط المسؤولية على إحداث الضرر للغير.

بينما أهلية الأداء تدور وجوداً وعدمياً مع التمييز والوعي والإدراك. وإذا فقد ركن منها فإن ذلك يؤدي إلى بطلان التصرف.

المطلب الثالث: التمييز بين أهلية الأداء والولاية

عرفنا أن أهلية الأداء هي: صلاحية الشخص للقيام بنفسه بالتصرفات القانونية التي تكسبه حقاً أو توجب عليه التزاماً.

وتتم أهلية الأداء بمراحل مختلفة، حيث إن الإنسان لا يستطيع ممارسة التصرفات القانونية إلا بعد اكتسابه الصفة القانونية لممارسة ذلك، وهي سن التمييز وسن الرشد. وفي هذه المرحلة للإنسان لابد من وجود سند شرعي قانوني لتغطية التصرفات الصادرة في هذه المرحلة، لذلك لابد من وجود شخص آخر تكون له الصفة القانونية لمساعدة الشخص غير القادر على ممارسة الأداء، الأمر الذي دفع

بالنظم القانونية إلى إيجاد نظام الولاية، المستمد من نظام الولاية في الشريعة الإسلامية والولاية هي "صلاحية الشخص لمباشرة شؤون غيره"^(٥٦).

والولي: هو الشخص الذي تكون لديه كامل أهلية الأداء لمباشرة التصرفات الخاصة به، ومن ثم يسمح له بمباشرة التصرفات عن شخص آخر ليس لديه القدرة على ممارسة التصرف. ومن هؤلاء الإنسان عديم الأهلية، أو ناقصها، وتكون له هذه الولاية سندا للقانون.

وحق الولاية قد يكون محددًا لأفراد معينين وفقا للشرع والقانون، مثل: ولاية الأب أو الجد، وقد تكون إرادية بالاتفاق، مثل: الوصي المعين بموجب وصية، أو باختيار الأب.

وأن الولاية على النفس أو المال من شخص لآخر عرفت منذ أقدم العصور وأقدم النظم القانونية، وهي تختلف عن أهلية الأداء من حيث إن الشخص فاقد الأهلية لا يستطيع التصرف ويكون ذلك التصرف مشوباً بالبطلان أو عدم النفاذ، بينما الشخص فاقد الولاية يكون تصرفه غير نافذ في حق الغير.

(١) حسين النوري، عوارض الأهلية في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة ١٩٥٣. مطبعة لجنة البيان العربي، صفحة ٥٦.

المطلب الرابع: ارتباط أهلية الأداء بالنظام العام

تعتبر القواعد المنظمة لأهلية جميعها من النظام العام. والنظام العام في الدولة هو: الكيان السياسي، والاجتماعي، والاقتصادي، لهذه الدولة بما يقوم عليه الكيان من معتقدات^(٥٧).

من ذلك يتبين أن فكرة النظام العام تقوم عليها كافة الأنظمة القانونية، وهي ركيزة مهمة تستند عليها في صياغة النظم القانونية لكل منها، حيث إن ما يميز النظام العام أنه قواعد نابعة من الدولة نفسها لذلك فإن أي قاعدة قانونية متصلة بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها من قبل أفراد الدولة، وذلك للحفاظ على المصلحة العامة لأفراد المجتمعات.

وحيث إن موضوع الأهلية من الركائز الأساسية في النظم القانونية لذلك ارتبطت بالنظام العام، حيث إن تحديد متى يعتبر الفرد كامل الأهلية ومتى يعتبر ناقص الأهلية أو عديمها، وكذلك تحديد الأولياء، والأوصياء، وتحديد تصرفاتهم، كل ذلك يعتبر من النظام العام.

وتطبيقاً لذلك نجد أن القوانين المدنية نصت على ذلك صراحة، فالقانون المدني الأردني المادة (٤٧)، ويقابلها المادة (٤٨) من القانون المدني المصري.

من ذلك يتضح لنا سبب الاختلاف في تحديد السن القانونية المعتبرة لإجازة التصرفات الصادرة عن الأفراد، حيث إن النظام العام لكل دولة هو انعكاس لمقومات

(٢) ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص العراقي، بغداد، العراق، الطبعة الثانية، ١٩٧٧، ص ٣٠٩.

الدولة السياسية، والاجتماعية، والاقتصادية، ومن ثم فإن كل دولة تقوم بصياغة النظام القانوني الذي يتوافق مع ذلك. الأمر الذي يظهر لنا الاختلافات في تحديد أهلية الأداء للشخص.

الباب الأول: أحكام أهلية الأداء المرتبطة بالسن

ويشتمل هذا الباب على الفصول التالية:

الفصل الأول: مرحلة الصغير غير المميز

الفصل الثاني: مرحلة الصغير المميز

الفصل الثالث: مرحلة الصغير المأذون له بالتصرف

الفصل الرابع: مرحلة البلوغ والرشد

الأحكام العامة لأهلية الأداء المرتبطة بالسن ومناظها

إن الوجود الشرعي والقانوني لأهلية الأداء لدى الفرد يرتكز أساساً على العقل والإدراك^(٥٨). وإن مناط الأهلية وجوداً وعدمياً ونقصاً هو التمييز لدى الفرد لذلك تتأثر بالسن والحالة العقلية، من ذلك يتضح لنا: إن أهلية الأداء لها عدة مراتب الأول: أهلية الأداء التامة؛ ذلك ان الفرد يمتلك كامل الأهلية الشرعية، والقانونية، لممارسة التصرف. والمرتب الثاني: نقص أهلية الأداء، أي أن الفرد يملك أهلية أداء ناقصة والمرتب الثالث: عدم وجود أهلية أداء لممارسة التصرفات، وتكون هذه التصرفات باطلة.

لذلك أجمع الباحثون، وفقهاء الشرع، والقانون، على أن أهلية الأداء تنقسم إلى نوعين: الأول: أهلية الأداء القاصرة. والثاني: أهلية الأداء الكاملة^(٥٩). فالنوع الأول، يسمح للفرد بممارسة بعض التصرفات، ويكون سن التمييز شرطاً لصحة التصرف، وذلك بخلاف النوع الثاني، حيث يكون الفرد مكلفاً بها قادراً على إحداث التصرفات وتحمل الالتزامات^(٦٠).

(١) مصطفى السباعي، أحكام الأهلية والوصية الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٦١، ص ٩.

(٢) مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص ٨، و/ علي رمضان أزيدة، النظرية العامة للأهلية، المنشأة العامة للنشر، طرابلس، الطبعة الأولى ١٩٨٤، ص ٣١.

(٣) مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص ١١.

إن المعيار والضابط لوجود أهلية الأداء هو: اكتمال القدرة العقلية والبدنية للوصول إلى القدرة على الاختيار السليم، والقدرة على صدور الإرادة الحرة المبصرة بطبيعة التصرف الصادر من صاحبها^(٦١)، وارتباط ذلك بالسن القانونية.

وذلك يجعل الفرد يستطيع ان ينشئ حقاً له، او التزاما عليه، ومن يفقد التمييز، لا يصح له ذلك، وحيث إن العقل أمرٌ ذاتي خفي لا يمكن إدراكه بالحس الظاهر، وجدت السن القانونية المعتمدة لتحديد ذلك بالنظم القانونية.

أما الفقه الإسلامي فقد أوجد ضابط البلوغ، وذلك أمر ظاهر للآخرين بحيث يمكن ان يحس به الغير، ويقوم مقام العقل ظاهرياً^(٦٢). وذلك بشرط أن لا يصدر أمر يخالف سنن المألوف بين الناس. فالمعيار لوجود أهلية الأداء بالفقه الإسلامي هو البلوغ. والمعيار بالنظم القانونية هو: السن القانونية المعتمدة للتمييز.

وفي كلا الأمرين قد يصل الإنسان إلى مرحلة البلوغ، او سن التمييز، وحتى أبعد من ذلك، قد يكتمل البلوغ لدى الفرد، ويكتمل سن الرشد لدى الفرد، ورغم ذلك يعتبر عديم الأهلية، أو ناقصها، وذلك بسبب عدم القدرة العقلية كالمجنون، والمعتوه، والسفيه وذو الغفلة^(٦٣).

(٤) علي أزييدة، النظرية العامة للأهلية، المنشأة العامة للنشر، طرابلس، ط ١، ١٩٨٤، ص ٢٩.

(١) حسين النوري، مرجع سابق، ص ٥٨.

(٢) عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص ١٢.

وخلص القول إن أهلية الأداء ترتبط بالتمييز، وهو ما يطلق عليه مناط الأهلية
لذلك جميع الأنظمة القانونية تنص على السن التي يعتبر بها الفرد فاقداً للتمييز
القانوني.

الفصل الأول : الصغير غير المميز

والمراد بالصغير غير المميز: تلك المرحلة من عمر الفرد، التي تبدأ من لحظة ولادته حتى إكماله السابعة من عمره، وفي هذه المرحلة من عمر الإنسان تكون له أهلية الوجوب، بحيث يترتب عليه الحقوق والالتزامات. ولكن لعدم اكتمال البنية الجسدية للفرد، وضعف جسده، وقصور عقله، يعتبر فاقدا للتمييز، ولا تكون له أهلية الأداء^(٦٤) القانونية، ولدى الفقه الإسلامي: فإن الصغير غير المميز، لا يلزم بالعبادة، ولا يؤخذ بأقواله، وأفعاله، ولا يملك مباشرة أي عمل من الأعمال الملزمة له. وتعتبر تصرفاته باطلة في كليهما، ولا تثبت له حتى التصرفات النافعة له نفعاً محضاً، لانعدام أهلية الأداء في هذه المرحلة^(٦٥). ولا يستطيع إصدار أي تصرف إلا من خلال الوصي أو الولي لأن الفرد ليس له وعي وإدراك يفهم به الخطاب التشريعي إجمالاً.. فلا يدرك معاني الأعمال الدينية، والمعاملات المدنية، ويسمى: غير مميز وإن كان له إدراك وتمييز في كثير من الأمور. ورغم ذلك لا يمكن أن تمتد أهليته إلى دائرة أهلية الأداء، وذلك لأن الوعي غير كامل عنده، فالفرد لا يدرك الأعمال التي تدخل ضمن دائرة أهلية الأداء.

ويلحق بالصغير غير المميز المجنون، في أي سن كان عليها، فلا تعتبر أقواله أو أفعاله، ولا يترتب عليه أي أثر قانوني أو شرعي فلا تقطع اليد إذا سرق، ولا يقتص

(١) عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص ١٤.

(٢) المرجع السابق، ص ١٤.

منه. لذلك قال الفقهاء: عمد الطفل والمجنون خطأ، لأنه إذا انعدم العقل، انعدم القصد، ولا يكلفان بالعبادات البدنية، ولا تجب عليهما الكفارة شرعاً^(٦٦).

واستند الفقه الإسلامي لحديث الرسول (صلى الله عليه وسلم): "رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ"^(٦٧).

وحيث إن جانباً من الفقه الإسلامي لم يحدد السن التي يكون فيها الفرد غير مميز، إلا أنه ربط ذلك بالبلوغ: أي عندما يدخل الفرد في سن البلوغ، تنتهي حالة عدم التمييز لديه، وتسمى بلوغ الحلم^(٦٨).

لحديث الرسول (صلى الله عليه وسلم) السابق ذكره. إلا أن بعض الفقهاء لم يعتبر السن معياراً نظراً لاختلاف الظروف المناخية من منطقة لأخرى، ونظراً لاختلاف مظاهر الحياة كذلك، إلا أنهم أشاروا إلى انطباق السبع سنوات لتحديد سن التمييز، وذلك قياساً على ما ورد في حديث الرسول (صلى الله عليه وسلم): "مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع"^(٦٩).

(٣) محمد سلام مذكور، مدخل الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، ١٩٦١، ص ٤٤٧.

(١) سنن أبي داود، ج ٤، ص ١٤٠، تحقيق الشيخ محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة مصطفى محمد، القاهرة، سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٨٤٩، باب من لا يجب عليه الحد، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٥٢م.

(٢) عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص ١٤.

(٣) حديث صحيح رواه أحمد وأبو داود والحاكم، صحيح البخاري ومسلم.

حيث إن التكليف بالأمر بالصلاة يكون للأولاد في سن يميزون فيه معنى الطاعة والعبادة، ومن أجل التمرين والتعود على العبادة، لذلك اعتبر علماء الفقه الإسلامي أن بدء مرحلة التمييز هي سن السبع سنوات.

المبحث الأول: تحديد المقصود بالصغير غير المميز

بالرجوع لمجلة الأحكام العدلية المادة (٩٤٣) "الصغير غير المميز: هو الذي لا يفهم البيع والشراء: أي لا يعلم كون البيع سالباً للملك والشراء جالباً له، ولا يميز الغبن الفاحش. مثل أن يغبن في العشرة بخمسة من الغبن اليسير، والطفل الذي يميز هذه المذكورات يقال له صبي مميز"^(٧٠).

من ذلك يتضح لنا أن مجلة الأحكام العدلية لم تحدد سناً معينة للصغير غير المميز، وذلك استناداً للراجح في الفقه الإسلامي.

أما في النظام القانوني فنجد أن القانون الفرنسي لم يحدد سناً معينة للتمييز، بل ترك الأمر للقاضي، حتى يقوم بتحديد سن التمييز حسب الوقائع المعروضة أمامه، وكذلك القانون السويسري^(٧١) المادة (١٦، ١٩).

(١) مجلة الأحكام العدلية.

(٢) حسين النوري، مرجع سابق، ص ٦٤.

أما أغلب النظم القانونية الأخرى فحددت سن التمييز بسبع سنوات. كالقانون المدني الأردني والمصري والعراقي والألماني. وسوف نستعرض هذا الموضوع في الحديث المقبل علينا في موضوع سن التمييز.

من ذلك يتضح لنا أن أهلية الأداء المعدومة تدور وجوداً وعدمياً مع سن التمييز بالنظم القانونية، وكذلك الأمر تدور وجوداً وعدمياً مع العقل والبلوغ لدى بعض الفقه الإسلامي.

إذ إن بعض الفقه الإسلامي لم يحدد سناً معينة. والبعض الآخر من الفقه الإسلامي، والقوانين الوضعية، عمل على تحديد المرحلة التي يكون فيها الفرد غير مميز، وهي من لحظة ولادته حتى إكماله السابعة من عمره.

المبحث الثاني: حكم التصرفات الصادرة عن الصغير غير المميز في الفقه

الإسلامي والقانون

أولاً: في الفقه الإسلامي

إن الصغير غير المميز - بإجماع الفقهاء - غير مكلف بالعبادات، لأنه غير أهل لذلك حتى بلوغه الحلم عن عقل وإدراك استناداً لأحاديث الرسول (صلى الله عليه وسلم) الواردة سابقاً.

واعُتبر العقل مناط التكليف للعبادة. وحيث إن غير المميز لم يكتمل العقل بعد لديه فلا يوجب عليه شيء من العبادات، والاعتقادات، والفرائض^(٧٢)، وإن قام بها تطوعاً تقبل منه، والله - اعلم - ولكن لا تسقط عنه مستقبلاً. مثل ذلك الحج لغير المميز لا يسقط عنه الفرض.

لكن هناك أمور خلافية بين الفقهاء المسلمين وهي: الزكاة على مال الصغير غير المميز. إذ يرى جمهور الفقهاء أنها تجب عليه بان يخرجها عن ماله. واستندوا بذلك بما روي عن عمر ابن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي (صلى الله عليه وسلم) أنه قال: "من ولي مال اليتيم فليتجر فيه، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة"^(٧٣).

وعلى الرغم من عدم التكليف الشرعي للصغير غير المميز، في جميع العبادات إلا أن الزكاة اعتبرت حقاً للغير، كما هو الحال في حالة المسؤولية عن جبر الضرر، واستندوا في ذلك بقوله تعالى "والذين في أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم"^(٧٤) من ذلك يتضح لنا: ان الفقه الإسلامي لا يعطي الصغير غير المميز أي نوع من الأهلية لممارسة العبادات، بل إنه غير مكلف شرعاً، وحتى وإن أخطأ في العبادات، لا يحاسب ولا يقام عليه الحد كل ذلك باستثناء ما تم شرحه، من إلزامه بالمسؤولية المدنية، وهي جبر الضرر من ماله الخاص.

(١) محمد أزييدة، مرجع سابق، ص ٥٩.

(٢) شرح السنة للبغوي الجزء الثاني، تحقيق شعيب الارناؤوط، ص ٦، دار المكتب الإسلامي، دمشق.

(٣) سورة المعارج، آية (٢٤، ٢٥) من القرآن الكريم.

ثانياً: القانون:

في جميع الأنظمة القانونية ليس للصغير غير المميز أهلية أداء للتصرف في أمواله، وكذلك جميع التصرفات الصادرة عنه، حتى أقواله غير معتبرة، ولو قام بإجراء أي تصرف يعتبر ذلك التصرف باطلاً، ولو كان ذلك التصرف يحقق له نفعاً محضاً^(٧٥).

ويعتبر الفقه أن تصرفات الصغير غير المميز العقدية في حكم تصرفات المجنون، فلا يصح الالتزام لا بيعاً، ولا شراء^(٧٦)، ولا تعتبر هذه التصرفات قانونية بل تأخذ حكم التصرفات الباطلة.

وحيث إن الصغير غير المميز، تثبت له أهلية الوجوب الكاملة بالفقه الإسلامي لذلك يكون في أمواله الحق. كالضرائب المفروضة على أمواله من الدولة حالياً، وسابقاً كان الخراج والعشور، وكذلك الأمر بالنسبة لنفقة الأقارب، التي تجب على الصغير إذا كان لديه الأموال التي تسمح بذلك^(٧٧).

إن أغلب النظم القانونية اعتبرت أن التمييز: هو بلوغ الفرد سن السابعة وأن ما يحتاج إليه الفرد من إجراء التصرفات أو الأعمال أن يقوم عنه وليه أو وصيه أو القيم عليه بمباشرة هذه الأمور^(٧٨). واعتبر هذا السن بداية للتمييز لضبط الأحكام.

(١) عز الدين عبد الله، سلم الوصول لعلم الأصول، دار المعارف، مصر، الطبعة الأولى، ص ٨٥.

(٢) المرجع السابق، ص ٨٥.

(٣) حسين النوري، مرجع سابق، ص ٦٥.

(٤) سلام مذكور، مرجع سابق، ص ٤٤٧.

مع أن التمييز الفعلي للفرد قد يتقدم هذا السن، أو يتأخر عنه إلا أن المشرع اعتبر هذا السن بداية للتمييز كمعيار عام لضبط الأحكام واستقرار المعاملات.

أما من ناحية الأثر القانوني للتصرف في هذه المرحلة من عمر الفرد فإنه البطلان لأعمال الصغير ويترتب على ذلك أمران:

الأول: إن الطلب ببطلان التصرف، لا يقتصر على الصغير وحده أو على وليه، أو بعد بلوغه، بل أعطى الحق لكل من له مصلحة من الغير في ذلك البطلان، لأن البطلان من النظام العام.

ثانياً: أنه لا أثر لإجازة التصرف من قبل ولي الصغير غير المميز، كما أنه لا يصح التصرف بإجازة الصغير غير المميز بعد البلوغ.

فقد نصت المادة (٤٤) من القانون المدني الأردني على أنه:

" ١- لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون.

٢- كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز"^(٧٩).

كما أن المادة (٤٥) من القانون المدني المصري أوردت الحكم ذاته

هذه الأنظمة تقيم قاعدة موضوعية لا تقبل إثبات العكس. ومفادها: إن من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز، فلا أحد يستطيع ان يثبت أن صغيراً قد أدرك التمييز قبل هذه السن، حتى يتمكن من إجازة تصرفاته، وتصحيحها. ومع ذلك إن من أتم

(١) القانون المدني الأردني.

السابعة يعتبر مميزاً ولكن هذا لا يمنع إثبات أنه عديم التمييز، رغم بلوغه سن السابعة وذلك في حالة وجود الجنون والعتة وبذلك يكون تصرفه باطلاً، لأن التصرف القانوني يقوم على الإرادة، والإدراك فإذا كانت الإرادة معدومة، يقع التصرف القانوني باطلاً على أساس عدم وجود الإرادة الصحيحة، وذلك وصولاً للحكم ببطلان أي تصرف يجريه^(٨٠).

خلاصة الحديث إن المرحلة الأولى من حياة الفرد، تبدأ من لحظة ولادته حياً، حتى يبلغ سن التمييز، وتسمى مرحلة عدم التمييز، ليس للفرد بها أي أهلية أداء قانونية، بل تقع جميع تصرفاته باطلة الأمر لا يختلف بين الفقه الإسلامي والنظم القانونية، إلا أن الخلاف هو أن الفقه الإسلامي لم يحدد التمييز بسن معينة، بخلاف أغلب النظم التي حددت ذلك بسن السابعة.

وهناك بعض الأمور التي اعتبرت حقاً للغير تجاه الصغير غير المميز ليس تجاه شخصه بل تجاه ما يملك من مال، هي: الزكاة، والعوض المالي للغير لجبر الضرر، والمؤونة الاجتماعية، والضرائب والرسوم.

(١) عبد المنعم البدرأوي، مرجع سابق، ص ٢٧١.

المبحث الثالث : النظام المعياري المقترح لأهلية الأداء عند الصغير غير المميز

أن المادة (٤٤) من القانون المدني الأردني، والتي تقابلها المادة (٤٥) من القانون

المدني المصري نصت على ما يلي:

١- لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر في السن،

او عته، او جنون.

٢- كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز.

المعيار القانوني المقترح:

١- "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر السن، أو أي

عارض يؤدي إلى فقد التمييز بعد بلوغ سن الرشد"^(٨١).

٢- كل من لم تكتمل قواه العقلية، او يكتمل لديه الوعي، والإدراك، ولم يتم السابعة

يعتبر فاقداً للتمييز، ويترك الأمر لتقدير القاضي في تحديد ذلك.

ذلك المعيار يضع الشروط العامة لتحديد الصغير فاقد التمييز، حيث إنه يجمع ما

بين مناط عدم التمييز، وهو العقل والوعي والإدراك، لدى الصغير، وبين السن

القانونية، بحيث إن الصغير الذي يكمل السبع سنوات، ولم تتحقق لديه الشروط

الأخرى، لا يعتبر مميزاً وكذلك من أتم السابعة ولم تكتمل قواه العقلية لا يكون مميزاً

ويكون الأمر بترك الحرية للقاضي في تحديد ذلك.

(١) هذا المعيار المقترح كما هو وارد في بحث الدكتور محمد المحاسنة ، مدى كفاية النظام القانوني لعوارض

الأهلية، دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، مؤتة للبحوث والدراسات، جامعة مؤتة، ١٩٩٥، ص١٤٧، وسوف

نأتي على الحديث عنه عندما نبحث في عوارض الأهلية إن شاء الله ولا مجال للحديث عنه في هذا الباب.

وبالمفهوم المخالف لهذا النص المقترح، فإنّ الصغير عندما يتحقق لديه أي شرط، سواء أكان ذلك بامتلاكه العقل الكامل أم لديه الإدراك، والوعي، أو لديه السن القانونية مع باقي الشروط فإنه يعتبر صغيراً مميزاً ومرد ذلك كله بيد قاضي الموضوع.

بحيث تكون المساحة الواسعة من الحرية. في التقدير في كل نزاع يعرض أمامه، حسب موضوع ذلك النزاع، وأهمية التصرف، وأن القاضي دائماً يأخذ بمعيار العرف والعادات في ذلك السلوك، وبمقارنة الصغير مع أقرانه أبناء جيله استناداً إلى أهل الاختصاص.

وكل ذلك يكون بترك المساحة الواسعة من الحرية لتقديرات القاضي في كل نزاع، يعرض أمام القضاء، ويكون له القدرة على تحديد الطبيعة القانونية، لهذا التصرف بمعيار المعتاد من التصرفات، والسلوك بمقارنة الصغير، مع أقرانه، وذلك كله بالاستناد إلى الضوابط، المقترحة في المعيار، وذلك لسد أي فراغ قانوني، لا يغطي الحماية القانونية لهذه التصرفات، ليس من منظور الصغير وحمايته وحده بل ضمن بذلك حماية الغير الذي يتصرف مع الصغير. وبذلك نصل إلى الهدف من القاعدة القانونية المنظمة للعلاقات والتصرفات والمؤدية لحماية جميع أطراف التصرف. أما بالنسبة لمرحلة الصغير المميز فهي موضوع المبحث القادم.

الفصل الثاني: مرحلة الصغير المميز

وسوف يتم بحث هذه المرحلة لدى الفقه الإسلامي والنظام القانوني من خلال مطلبين نخصص الأول منهما للتمييز وأحكامه بالفقه الإسلامي، والثاني لحكم الصغير المميز في النظم القانونية :

المبحث الأول : التمييز وأحكامه بالفقه الإسلامي

والمراد بالتمييز: أن يصبح للصغير وعي وإدراك عقلي يستطيع به أن يميز بين الحسن والقبيح من الأمور، وبين الخير والشر، وبين النفع والضرر. ويتم ربط التمييز في النظم القانونية، بالسن كمعيار لجميع أفراد المجتمع، بخلاف الفقه الإسلامي، حيث هناك خلاف بين الفقهاء في تحديد سن التمييز، حيث يرى جانب من الفقه الإسلامي أنه لا عبء بالسن لتحديد ان هذا الفرد قادر على التمييز بمجرد وصوله لهذه السن، بل العبء عندهم تعود للقدرة العقلية لدى الفرد والقدرة الجسمانية، حيث لا بد من النضوج العقلي، والنضوج الجسماني واكتساب الخبرة. وإنَّ هذه المميزات لا تتوافر بكل المجتمعات بشكل مطلق، بل تختلف هذه المكتسبات لدى الفرد من مجتمع إلى آخر، وكذلك من زمن لآخر، ومن بيئة لأخرى، يحدث ذلك كله لاختلاف الصور، واختلاف الذكاء، والفطرة.⁽¹⁾

(1) محمد أبو زهرة، الولاية على المال، بلا دار نشر، صفحة ٦٦.

أما الجانب الآخر من الفقه الإسلامي فيرى أن مرحلة التمييز تقدر بالسن، ويبدأ سن التمييز لدى الصغير، ببلوغه سن السابعة من عمره حتى وصوله إلى سن البلوغ⁽¹⁾، وذلك لاستقرار المعاملات المالية في المجتمع.

والدليل من السنة النبوية فهو: حديث الرسول (عليه الصلاة والسلام): (مروا أولادكم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع)⁽²⁾.

وجانب من الفقهاء استند في تقدير سن التمييز بالسبع سنوات لحديث الرسول (عليه الصلاة والسلام) هذا، وذلك لأن الشارع لا يطلب من الأولياء والأوصياء أن يأمرؤا أولادهم بالصلاة، إلا إذا كانوا في سن يميزون به معنى الصلاة، والعبادة، حتى يكون لها أثرها في نفوسهم، حتى يعتادوا على الاستمرار في هذه الأعمال، لذلك اعتبروا سن السابعة هي بداية سن التمييز لدى الصغير.

وحتى في أماكن النوم، أمر الرسول (عليه الصلاة والسلام) التفريق بين الذكر والأنثى، في سن السابعة، وذلك نظراً لوجود شيء من الوعي، والإدراك، لدى الصغير في السن عن مفهوم النكاح، وإن كان يعلم الشيء اليسير، ذلك لضمان عدم الفساد في المجتمع الإسلامي. وللتمييز بالفقه الإسلامي أحكام خاصة وهي:

١. يُطلب من ولي الصغير المميز أن يأمره بالصلاة والعبادة بشكل عام.

٢. الصغير المميز غير مكلف بالعبادة، ولكن إذا أداها تصح منه.

(1) أحمد أبو الفتوح، المعاملات في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، صفحة ١٤٤، بلا ناشر.

(2) رواه أحمد وأبو داود والحاكم، صحيح البخاري، لابن العربي، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، صفحة ١٩٧.

٣. يطالب الصغير المميز بالعبادة من أجل التعود، والتمارين على العبادات، وليس كواجب مفروض عليه.

٤. الأمور المالية فقد اعتمد الفقه الإسلامي إلى تقسيم الأعمال المالية إلى ثلاثة أقسام هي:

١. التصرفات بالأمور المالية الضارة به، ضرراً محضاً. وتعتبر تصرفات باطلة لا تصح الإجازة فيها. ومن أمثلتها: الهبة والطلاق.

٢. التصرفات بالأمور المالية النافعة له نفعاً محضاً، فتكون هذه التصرفات صحيحة، ونافذة حتى لو لم تتم إجازة الولي لها، ومن أمثلتها: حيازة المباحات، وقبول التبرعات، وقبول الهبة.

٣. التصرفات التي تحتل النفع والضرر، وتكون موقوفة على إجازة الولي أو الوصي، فإذا تمت الإجازة تكون هذه التصرفات نافذة. ومن أمثلتها: البيع والشراء، والرهن، والإجازة.^(١)

ولابد من دراسة بعض التصرفات الصادرة عن الصغير المميز كالوصية.

(١) مصطفى السباعي، مرجع سابق، صفحة ٢٢.

أولاً: حكم الوصية الصادرة عن الصغير المميز بالفقه الإسلامي

يوجد خلاف بين الفقهاء حول صحة الوصية الصادرة عن الصغير المميز. حيث إن فقهاء مذهب الحنفية اعتبروا أن الوصية الصادرة عن الصغير المميز عمل غير جائز، حتى ولو صدرت منه بموافقة وليه، كذلك حتى لو كانت بعمل خيرى، باستثناء أن تكون صادرة لغايات تجهيز ودفن صاحبها. واستندوا بذلك على أنها عمل دنيوي تكون من باب التبرع الذي ليس له مقابل مما يؤدي إلى الضرر بالصغير المميز.⁽¹⁾

وكذلك الأمر لا تصح وصية الصغير سواء أكانت منجزة أم مضافة إلى ما بعد بلوغه. فإذا صدر عن الصغير وصية وجعلها معلقة حتى بلوغه فلا تصح منه، لأن الوصية وقت نشوئها لم تكن صحيحة بل باطلة، حتى وإن مات الصغير قبل بلوغه تعتبر باطلة⁽²⁾. وحتى تكون الوصية صحيحة يجب أن تكون وقت صدورها صحيحة.

وأما الحنابلة فيقيدون صحة الوصية، بشرط أن تكون صادرة عن الصبي، الذي يتجاوز العشر سنوات، حيث ورد في كتاب الشرح الكبير (المنصوص عن أحمد صحة وصية الغلام لدن العشرة وللجارية لدن التسع)⁽³⁾.

(1) الفتاوى الهندية، ج ٦، صفحة ٩٢.

(2) الوصاية في الفقه الإسلامي، صفحة ٣١٥، للدكتور محمد سلام مذكور، دار النهضة العربية، القاهرة.

(3) الشرح الكبير، الجزء السادس، صفحة ٤١٧، صححه عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٢.

أما الجانب الآخر من الفقه الإسلامي، فقد أجاز وصية المميز، حيث إن آياس بن معاوية أجاز وصية الصبي والمجنون إذا كانت وصيتهما موافقة للشرع، وأخذ بذلك شريح والشعبي وهذا الرأي مخالف لجمهور الفقهاء. ولكن هذا الجانب استند إلى (أن الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد أجاز وصية غلام يافع لم يبلغ)⁽¹⁾. واستندوا كذلك (أن شريحاً سئل عن وصية غلام لم يبلغ فقال: إن أصاب الوصية فهي جائزة). واستندوا كذلك إلى قولهم أن الوصية هي (أخت الميراث) فعندما يتوفى الصبي فإن الإرث عنه يساوي الإرث عن البالغ، وكذلك اعتبروا أن الوصية نفع للصبي فهو إن عاش يبقى مالاً للمال، وبعد موته تكون الوصية، وتكون ثواباً له⁽²⁾.

أما الانتقادات الموجهة لإجازة الوصية:

حيث إن الحنفية لم يجيزوا ذلك قالوا: إن إجازة الخليفة عمر بن الخطاب . رضي الله عنه . هي وصية لأمر دفن وتجهيز الصبي، وذلك جائز عندهم، حيث يعتبر واجباً من مال الصغير دون إيصاله بذلك.

أما بالنسبة لرأي شريح فقد قالوا إنه ليس حجة لان شريح لم يكن من الصحابة . رضوان الله عليهم . بل كان من التابعين.

وكذلك بالنسبة لتحقيق الأجر والثواب للصغير جراء إيصاله فإن ذلك صحيح حيث إنه يستحق الأجر والثواب على ذلك، ولكن لم يكن أمراً دنيوياً يملكه الصبي قياساً

(1) محمد سلام مذكور، مرجع سابق، صفحة ٣١٥.

(2) المهذب، ج الرابع، صفحة ٤٥٦، أبي اسحق بن علي الشيرازي، مطبعة الحلبي، القاهرة، ١٣٤٣هـ.

على الصدقة، وإن كان فيه ثواب، لكن تركه أولى من عمله، وذلك لأن بالترك يتحقق النفع للمورث والوارث، لأن الوارث أولى بنقل المال له من الأجنبي، وذلك استناداً لحديث الرسول الكريم . عليه الصلاة والسلام .: ((لئن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس))⁽³⁾

المبحث الثاني : حكم الصغير المميز في النظم القانونية

تبدأ هذه المرحلة من سن السابعة ويكون الطفل فيها قد أصبح عنده شيء من التمييز. ولابد من استعراض النظام القانوني للصغير المميز لدى مختلف النظم القانونية.

حيث إن أهلية الأداء لدى الشخص تتدرج من العدم والبطلان إلى صحة أو إجازة بعضها وبتلان البعض الآخر، وإلى إجازة كل التصرفات. ولأنها تمر في مراحل حرجة وخطيرة في حياة الإنسان. وذلك من خلال ملاحظة حالة الصغير غير المميز في النظم القانونية التي جعلت تصرفات الصغير غير المميز باطله. بل إن أهلية الأداء لدى الصغير غير المميز معدومة. بخلاف الصغير المميز. حيث إن التمييز والإدراك يتدرج مع الإنسان، ومع النمو الطبيعي للفرد. لذا نجد أن التشريعات والنظم القانونية، تتدرج في أهلية الأداء من المعدومة، إلى الناقصة إلى التامة، ويكون هذا

⁽³⁾ الشرح الكبير، ج ١، صفحة ٤١٧، موفق الدين أبي عبد الله بن أحمد بن قدامة، صححه عبد السلام محمد شاهين، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٢م.

التدرج بالأحكام متوافقاً مع النمو العقلي للفرد، وذلك لأن العقل هو مناط الإرادة، وحسنه وتماحه يؤديان إلى حسن وتمام الإرادة للوصول إلى التصرفات قانوناً. ومرحلة التمييز هي بداية مرحلة أهلية الأداء الناقصة، حيث يُعطى الفرد قدراً من الحماية القانونية للتصرفات التي يقوم بها، ولكن هذه الحماية لا تكون مطلقة، بل تخضع لضوابط قانونية وتشريعية لذلك نجد أن الأنظمة القانونية الحديثة اعتمدت أسس معيارية لهذه المرحلة وهي ما سوف يأتي الحديث عنه تالياً.

المطلب الأول : المعيار القانوني لمرحلة التمييز في القانون المدني

هناك عدة معايير وضوابط أولها: معيار السن: فالكثير من التشريعات والنظم جعلت التمييز يستند إلى سن معينة وهو بلوغ السبع سنوات على الأرجح. وهناك طائفة لم تحدد السن القانونية كمعيار، بل جعل الضابط هو الإدراك والوعي لدى الفرد، بل إن بعض الأنظمة جعلت ضابط أو معيار القدرة الكاملة على الكلام لدى الفرد هي التي تجعله مميزاً. وأمام هذه المعايير المختلفة نجد أن التشريعات اختلفت أيضاً في تحديد معنى التمييز، بل إن بعض الأنظمة قامت بتعريف المميز دون وضع سن معينة. والنظام القانوني عندما يمنح أهلية أداء لا يمنحها دفعة واحدة بل نظم ذلك بحيث يكون للفرد أهلية أداء تساوي مرحلة النمو الطبيعي له. والأنظمة القانونية لا تمنح الأهلية للشخص أو تحرمه منها بربطها بقياس التمييز العقلي وحده. أي كل فرد لوحده بل تم ربط التمييز بضوابط تؤخذ من حالة الشخص الظاهر ليؤخذ منها دليل

على قدرة الشخص العقلية وإدراكه ثم يفترض النظام القانوني توافر هذه القدرة بناءً على الظاهر ويجعل لهذا الفرد من الأهلية ما يتفق مع هذه القدرات.⁽¹⁾

لذلك نجد أن النظم القانونية الوضعية في كل بلد، قامت بوضع النصوص والضوابط القادرة على تحديد الفترة التي يكون فيها الفرد في مرحلة من مراحل الأهلية، بحيث تضع الضوابط لمرحلة عدم التمييز، وتضع الضوابط لمرحلة التمييز وإعطاء الفرد قدرًا من الحماية القانونية لبعض تصرفاته، وذلك من أجل اختبار هذا الفرد في قدرته، على إدارة حياته فيما بعد. ومعرفة مدى سلامة الإجراءات والتصرفات التي يقوم بها لأن الفرد في مرحلة التمييز يكون وسيطاً بين أهلية الأداء المعدومة، وبين أهلية الأداء التامة لذلك أطلق عليها أهلية الأداء الناقصة. في حين يطلق عليها البعض أهلية الأداء القاصرة وليست الناقصة، والفرق بينهما في المصطلح إن كلمة قاصرة تعني أنها قاصرة على بعض التصرفات، التي أذن للمميز فيها أو النافعة نفعاً محضاً، بخلاف كلمة ناقصة، التي تطلق على كل التصرفات، بما فيها التصرفات المأذون له فيها. ويرى البعض أن الصبي كامل الأهلية فيما أذن له به، وقاصر الأهلية في التصرفات التي لم يؤذن له بها.⁽¹⁾ ويرى الباحث أنه لا خلاف في المعنى مادام اللفظ يدل على حال معينة، وذلك لا فرق بين كلمة ناقصة وقاصرة، مادام أنها بالنهاية تؤدي إلى المعنى نفسه. وهو أن الشخص في هذه المرحلة من عمره يوجد

(1) عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، صفحة ٢٤٩.

(1) سليمان مرقس، المدخل للقانون، دار الفكر العربي، القاهرة، صفحة ٧٥٨.

لديه أهلية أداء ولكن هذه الأهلية غير تامة، وذلك حتى تتميز هذه الأهلية عن الأهلية القانونية التامة، أطلق عليها أنها ناقصة أو قاصرة. حيث إن الصغير عندما يتصرف بعمل ويكون هذا التصرف مسموحاً له قانوناً، يكون في حالة أهلية، لا تختلف عن أهلية الراشد بذلك التصرف. أن القوانين والأنظمة غير متفقة في تحديد فترة التمييز من حيث بدايتها ومن حيث نهايتها. لذلك لا بد من استعراض بعض النظم الحديثة.

المطلب الثاني : بداية مرحلة التمييز في النظم القانونية

من خلال استعراض مجلة الأحكام العدلية نجد أنها لم تحدد سناً معينة لبداية مرحلة التمييز لدى الفرد، حيث جاء نص المادة (٩٤٣) من مجلة الأحكام العدلية (الصغير غير المميز هو الذي لا يفهم البيع والشراء، أي لا يعلم كون البيع سالباً للملك، والشراء جالباً لها، ولا يميز الغبن الفاحش، مثل أن يغش في العشرة بخمسة، من الغبن اليسير. والطفل الذي يميز هذه المذكورات يقال عنه صبي مميز)⁽²⁾، من ذلك نجد أن مجلة الأحكام العدلية، لم تقدر التمييز بسن معينة، ولكن ضمن ضوابط أخرى غير بلوغ سن معينة، وهي القدرة على الفهم في التصرفات والمعاملات بأن يكون الصغير مميزاً عندما يستطيع أن يستوعب معنى التصرف الذي يقوم به ويكون بحالة يقظة بحيث لا يمكن استغلاله وغشه.

(2) مجلة الأحكام العدلية.

أما القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري والقانون المدني الليبي، فإن النص واحد. وهو كالتالي (لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز)⁽¹⁾. أن هذه القوانين جعلت سن التمييز يبدأ من سن السابعة، وكذلك القانون المدني السوري المادة (٤٣) (وكل من لم يبلغ السابعة من عمره يعتبر فاقداً للتمييز)⁽²⁾. أما القانون المدني المغربي المادة (١٣٨) (إن الصغير الذي لم يبلغ الثانية عشرة من عمره يعتبر فاقداً للتمييز)⁽³⁾. وأما القانون الجزائري المادة (٤٢) (يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشرة من عمره). ونص القانون المدني الفرنسي والسويسري، فإنهما لم يحددوا سن التمييز بسن معينة، حيث يقوم القاضي بتحديد ذلك تبعاً لكل قضية، حيث إن صلاحية القاضي هي التي تحدد هل هذا الشخص عندما قام بالعمل كان مميزاً أم لا؟ من خلال الحكم على قدرته العقلية، وقدرة الوعي، والإدراك لديه⁽⁴⁾. وكذلك قانون الموجبات والعقود اللبناني، فإنه لم يحدد سن التمييز ابتداء بسن معينة.

(1) القانون المدني المصري المادة ٤٥، والمدني الأردني المادة ٤٤، المدني الليبي المادة ٤٤.

(2) القانون المدني السوري رقم ٨٤ بتاريخ ١٨/٦/١٩٤٩.

(3) أحمد الحابش، المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهما القاصرين، دار مكتبة المعارف، الرباط، ١٩٨٧، صفحة ٩٦.

(4) شامل رشيد الشخيلي، عوارض الأهلية، مرجع سابق، صفحة ٨٨.

تعقيب: عيوب النظام القانوني لأهلية الصغير المميز

من استعراض النصوص القانونية السابقة، نجد أن هناك عيوباً في النظام القانوني الخاص بتنظيم أهلية الصغير المميز، وأول هذه العيوب: هي بداية التمييز: أي نقطة البداية لدى الشخص فلا نجد الاتفاق بين الكثير من القوانين على نقطة البداية، لاعتبار هذا الصغير مميزاً بل، يختلف الأمر من نظام قانوني لآخر، وإن كانت غالبية الأنظمة قد توحدت في نقطة بداية واحدة وهي السبع سنوات كمعيار عام من أجل أن يبدأ الفرد يمارس الأهلية الصحيحة لديه إلا أن هناك تفاوتاً كبيراً فيما بين الكثير من الأنظمة، لذلك لا بد من دراسة معايير أهلية الصغير المميز. ومن ثم الخروج برأي الباحث في هذا الموضوع.

المبحث الثالث: معايير أهلية الأداء للصغير المميز

إن الصغير المميز يصبح له أهلية أداء ناقصة أو قاصرة، لكن الذي يعنينا هو مدى الاتفاق، على بداية الحصول على هذه الأهلية، وما هو المعيار في الأنظمة، وهذا يتضح لنا في النصوص القانونية السابقة حيث نجد أن هناك معيارين هما:

المعيار الأول: يقوم هذا المعيار على اعتبار السن

حيث يتم تحديد الصغير المميز من الصغير غير المميز من خلال بلوغ الفرد لسن معينة، وتكون العبرة لظاهر الحالة، بحيث لا ينظر إلى حالة كل فرد على حده، أي أن كل فرد يكمل السنوات المطلوبة، يصبح إنساناً مميزاً ويتمتع بأهلية أداء ناقصة

أو قاصرة، فالعبرة هنا لوصل الفرد للسن المطلوبة لاعتباره مميزاً. والأنظمة القانونية التي أخذت بهذا المعيار لم تكن متفقة جميعها على سن معينة، وإن كان الأغلب منها أخذ بسن السبع سنوات، إلا أن هناك أنظمة أخذت بغير ذلك.

فوجد القانون المدني الأردني والمصري والسوري، جعل سن التمييز هو سبع سنوات بمضي هذه السنوات من حياة الفرد يصبح شخصاً مميزاً. والقانون المغربي حدد سن التمييز بمضي اثنتي عشرة سنة، والقانون الجزائري، بمضي ست عشرة سنة، ونجد أن القانون اليمني حدد سن التمييز بمضي عشر سنوات.⁽¹⁾

ويرى الباحث أن القوانين والأنظمة التي جعلت سن الصغير المميز أكثر من سبع سنوات، قد بلغت كثيراً في وضع هذا المعيار. فهذا المعيار هو ضابط لجميع أفراد المجتمع دون استثناء، فليس من العدالة أن يبقى الفرد غير مميز إلى أن يصل سن ست عشرة سنة، أو اثنتي عشرة سنة، أو عشر سنوات، لأن هذه الفترة من الزمن طويلة جداً. نجد أن الفترة الزمنية، إذا تجاوزت السبع سنوات، تكون غير منطقية، وغير مقبولة وطويلة، وخاصة أن المجتمعات الآن تحكمها أنظمة وقوانين، تتحكم في جميع مناحي الحياة المختلفة فعندما يبلغ الفرد ست سنوات يصبح الفرد مؤهلاً للالتحاق بالمدرسة، بل إن التعليم في المرحلة الأساسية يكون ملزماً على الأب بأن يرسل أبنائه للمدرسة ولم يكن كذلك إلا لأن الفرد في هذه السن يكون مميزاً ومدركاً، ويفهم الكلام، وله القدرة الكاملة على الكلام، ونجد أن الأنظمة القانونية التي اعتمدت

(1) أحمد الحابشة، مرجع سابق، صفحة ١٠٠.

سن السبع سنوات استندت إلى حديث الرسول -صلى الله عليه وسلم-: (علموا أبناءكم الصلاة وهم أبناء سبع، واضربوهم عليها، وهم أبناء عشر، وفرقوا بينهم في المضاجع).⁽¹⁾

ويلاحظ أن الحديث الشريف ركز على التفريق بالمضاجع في سن العاشرة، وهو دلالة على أن العاشرة من عمر الفرد، هي سن البلوغ بل إن في بعض البلاد، يكون البلوغ بها قبل تلك السن لأن البلوغ لا يعتمد على السن لوحده بل هناك عوامل أخرى تؤثر في البلوغ، وكذلك لا بد من الإشارة إلى أن الإناث يتم البلوغ لديهن قبل الذكور، أي بمجرد أن يحصل لهن الحيض يتم البلوغ. ففي بعض البلاد نظراً لارتفاع حرارة الجو تجد الإناث يبلغن في سن صغيرة، وكذلك فإن من المتفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية أن بنت التاسعة قابلة للبلوغ.

المعيار الثاني: يقوم هذا المعيار على عدم تحديد سن معينة للتمييز.

وهذا المعيار لم يتقيد بالسن كضابط ومعيار لتحديد الصغير المميز من الصغير غير المميز، بل ترك ذلك دون تحديد وجعل الصلاحيات للقاضي ليحدد ويناقش بما يراه من ملكات وقدرة لدى الفرد، حتى تتشكل القناعة لديه بالحكم بالتمييز أو عدمه. ومن الأنظمة القانونية التي أخذت بهذا المعيار القانون المدني الفرنسي حيث لم يضع سناً محددة للتمييز بل ترك الأمر لتقدير القاضي. وكذلك الأمر مجلة الأحكام العدلية لم تحدد التمييز بسن معينة، بل اكتفت بتعريف الصغير غير المميز

⁽¹⁾ نيل الأوطار في حديث سيد الأخيار للإمام محمد علي الشوكاني، دار العلم، بيروت، ج ١، صفحة ٢٩٩.

بالمادة ٩٤٣. وكذلك نجد قانون الموجبات والعقود اللبناني، لم يحدد سناً للصغير المميز^(١)، وهذا المعيار يقوم على أن التمييز هو: قضية واقعية وليس فترة زمنية. حيث إن الأفراد تختلف مداركهم، وقدراتهم العقلية، والجسمانية، من فرد لآخر ومن فترة زمنية لأخرى، لذلك لا يمكن تحديد مدة معينة يتقيد الناس بها. فالإنسان قد يولد لديه الذكاء والفهم والفتنة، وقد تزيد هذه الأمور وتنقص من زمن لآخر، فهناك الذكاء المبكر الذي يمنحه الله - عز وجل - لبعض الأفراد فلا يُعقل أن نحرمه من هذه القدرة، وذلك بجعله ينتظر حتى يمر بالزمن المحدد.

وبالمقابل قد يكون الفرد غير ذلك، أي ليس لديه الفتنة والذكاء، وعندما يبلغ سن التمييز يكون حر التصرف في بعض الأمور. مما قد يؤدي إلى وقوعه في الغبن، والضياع في حدود المسموح له به. لذلك يطبق هذا المعيار مبدأ عدم التقيد بالسنوات للوصول إلى التمييز. ويقول علماء الاجتماع أن الصغير المميز لا يشترط أن يبلغ سناً معينة، بل تكون فيه صفات تجعله يصل إلى مرحلة تجعل الغير ينظر إليه على أنه مميز. وذلك من خلال الحكم عليه ببعض الأمور مثلاً: أن يعرف أن البيع سالب له وإن الشراء جالب له، وأن يهدف من البيع والشراء تحصيل الربح والفائدة. ومن أوصافه أيضاً يستطيع أن يناظر ويقيم الحجة والدليل على أقواله بحيث يفهم ما يوجه له من خطاب ويستطيع الرد بأحسن الإجابات وتلاحظ انه يفهم مقاصد الكلام^(٢).

(١) صبحي محمصاني، النظرية العامة، مرجع سابق، صفحة ٣٥٩.

(٢) شرح الازهار: لابن مفتاح، مطبعة المعارف المصرية، ١٣٤٠ هـ، ج ١، ص ٥٢٢.

المبحث الرابع: الأهمية العلمية لمرحلة التمييز

إن الأطفال يتعلمون انماطاً ومهارات سلوكية متأثرة بالمجتمع الذي هم فيه، حسب المرحلة من عمر الطفل التي يمر بها.

وإن الطفل يتصرف بما يتناسب مع نظرة المجتمع اليه، وذلك بسبب القوة المسيطرة عليه من الآباء، وكذلك لرغبة الطفل في التصرف بحسب ما يعلم أنه يتناسب مع نظرة الغير له من المجتمع^(٨٢). لذلك يطلق العلم عليها مرحلة المهمة التطورية للطفل.

"وهي تلك المهمة التي تظهر في فترة محددة من حياة الفرد، والتي يؤدي النجاح في أدائها الى السعادة، والنجاح في المهمات اللاحقة، أما الفشل في أدائها فيؤدي الى عدم السعادة، والرفض من المجتمع"^(٨٣).

وإن المهمة التطورية لدى الطفل تتشكل عادة في مرحلة التمييز وهي سن السابعة وترتكز على محاور اساسية ثلاثة وهي :-

أولاً: النمو الجسمي للطفل، وهذا المحور يتطلب أن يكون نمو الطفل بشكل طبيعي وملحوظ من الأهل والمجتمع، بحيث لا يكون هذا النمو غير متناسب مع سن الطفل، ويكون ذلك النمو بجميع الجسم من حيث: القدرة على المشي، والكلام، وسهولة الحركة، والاستجابة مع الآخرين والقدرة على الفهم.

(٨٢) عبد الرحمن عدس/ المدخل إلى علم النفس/ دار الفكر/ عمان/ ط٤/ ١٩٩٢/ ص٢١١.

(٨٣) راضي الوقفي، مقدمة في صعوبات التعلم، منشورات كلية الأميرة ثروت، الأردن، ط٢، ١٩٩٨، ص٢٢٤.

ثانياً: دور المجتمع في تطوير الطفل، ويكون ذلك من جانبين. هما: نظرة المجتمع للطفل ونظرة الطفل للمجتمع، فالجانب الأول يتطلب من المجتمع رعاية الصغير وتعليمه على الفضيلة، والجانب الثاني يتطلب من الصغير الانخراط في المجتمع وتقبل الانصياع للآخرين والتعامل مع أقرانه في المجتمع الواحد.

ثالثاً: هذا المحور ينبع من الفرد ذاته أي من خلال طموحات الطفل والإعداد لهذه الطموحات مثل: المواظبة على الدراسة من أجل العلم، أو الإنخراط بمهنة والإعداد لها.

وهذه المحاور الثلاثة تبدأ عند الفرد من لحظة ولادته الى أن يصل الى مرحلة التمييز وهي المرحلة المهمة في حياة الفرد حيث يبدأ الفرد بممارسة الحياة الإجتماعية وهذه المرحلة لها عدة خصائص ومميزات في العلوم الحديثة وهي:

١- الخصائص الجسمية:

وتتميز هذه المرحلة من حياة الفرد بإزدياد النمو من حيث الشكل، فقبل هذا السن يكون الطفل بطيء النمو وبعد دخوله لسن السابعة يبدأ بالنمو بشكل ملحوظ على الطفل، حيث يتكون لديه ضبط للعضلات نتيجة تطور هذه العضلات، ويكون لديه تحسن في التأزر البصري الحركي بحيث يستطيع التحكم بالحواس، ويستطيع أن يتعلم الكثير من الأشياء لوجود القوة العقلية التامة لدى الفرد، وهذه القوة العقلية تكون تامة بحيث يستطيع أن يميز الطفل بين الخير والشر والفعل النافع والفعل الضار.

لذلك يستطيع الصغير أن يقوم ببعض الواجبات المفروضة عليه كالعبارات من أجل أن يتعود عليها، ويمارس الكثير من الأفعال النافعة له وأولها الذهاب للمدرسة للتعلم.

٢- الخصائص الإنفعالية

يبدأ الطفل بهذه المرحلة بالاستجابة للآخرين من حيث: القدرة على الفهم، والتوازن بالأفعال والتصرفات الصادرة منه. ويبدأ الطفل الاهتمام بالبطولات الحقيقية وليس الخيالية، ويبدأ في التمييز بين المتناقضات بالأفعال ولا يستطيع الطفل تقبل ما يقال له دون أن يقتنع بما يقال له، بل يحتاج إلى الدليل والمنطق حتى يستجيب للآخرين. ويحتاج إلى التعامل معه ببطء لكونه في هذه المرحلة تتركه التغيرات المفاجئة غير المبررة لديه لذلك يكون حساساً بالتعامل، وبالمفهوم المخالف لما سبق، يتظاهر أنه لا يسمع عندما يقدم له إرشادات كثيرة دون مراعاة متطلبات هذه المرحلة^(٨٤).

وتتميز هذه المرحلة بحُب الطفل للألعاب الرياضية، وحُب الجري والركض والرمي والسباحة لوجود القوة الجسدية الهائلة التي تحتاج إلى تمرين لمساعدته، وتبرز الخاصية الإنفعالية لدى الطفل بحيث يصبح حاد المزاج ولديه القدرة على التحكم برغبته حيث يستطيع الجلوس للدراسة وبعدها الذهاب من أجل اللعب مع الآخرين،

(٨٤) المرجع السابق/ صفح ١٢١٢.

ويبدأ يرتب أولوياته اليومية من حيث الأكل والشرب والدراسة واللعب والجلوس مع الكبار والنوم^(٨٥).

٣- الخصائص التعليمية

في هذه المرحلة يعتمد الطفل على نفسه بالأكل، والشرب، واللباس، وبذلك يتعلم الطرق السليمة من حيث الكيفية والترتيب لهذه الاحتياجات بحيث يُتقن كيفية آداب الطعام والشراب، واستخدام اللباس المناسب للدراسة واللعب. وتبدأ بهذه المرحلة نزعة حُب الفضول لدى الطفل، بحيث يريد أن يتعلم ويعلم عن كل شيء يحيط به لذلك يتعلم بسرعة ويجب أن يظهر ما تعلمه للآخرين. ويثبت لدى الطفل عادات كلامية معينة ويبدأ بالتفكير بالأمر بالمنطق بحيث يفهم ما يوجه إليه ويعتمد على خبرته بحل مشاكله ويكون لديه القدرة الكاملة على التعلم. ويبدأ الطفل بالتأمل بالمخلوقات ويبدأ بالسؤال عنها. وتتمو الثروة اللغوية للطفل بحيث يستطيع أن يتقن اللفظ للكلمات ويستطيع أن يضبط مخارج الحروف.

ويبدأ الطفل يحب التقليد للآخرين سواء ممن كانوا حوله أو من خلال القصص التي يسمعا، ويميل غالباً الى تقليد الشخصيات البطولية والشخصية التي لديها القوة والشجاعة^(٨٦).

(٨٥) عبدالرحمن عدس، المدخل الى علم النفس، دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان، ط٤، ١٩٩٢، ص٢١٢.

(٨٦) المرجع السابق، ص٢١٣.

٤ - الخصائص الإجتماعية

يصبح لدى الطفل حُب المشاركة للجماعات، والميل الى الانخراط في المجموعة داخل الفريق الواحد لذلك نجد أن للطفل شبكة من العلاقات الإجتماعية مع أقرانه من الأطفال ومع من هم أكبر منه سناً.

ويبدأ بمعرفة الذات الخاصة به والخاصة بالجماعة، فيصبح يحافظ على أشياءه لمعرفته لمعنى الملكية الخاصة به والملكية الخاصة بالجماعة. أما من حيث القدرة الاجتماعية فيصبح لديه الجرأة، والشجاعة على التعامل مع الآخرين، ويبدأ لديه حب التميز والظهور على المجموعة، لذلك يكون بحاجة الى الكثير من الثناء وأن يعامل كالكبار، وأن يعزز لديه شعور الاعتداد بالنفس^(٨٧).

يرى الباحث أن هناك توافقاً ما بين رأي العلم الحديث وما بين الفقه القانوني المعاصر، وذلك بأن كليهما يجعل من سن التمييز بداية الإنطلاق للفرد حتى ينخرط بالحياة العامة، فعندما يبلغ الفرد مرحلة التمييز يبدأ بحياة الجد والعمل وتبدأ إنطلاقته بالحياة. لذلك نجد أغلب النظم القانونية اعتبرت أن بداية مرحلة التمييز هي سن السابعة، لذلك أوجدت الحماية القانونية لتصرفات الصغير من خلال حماية التصرفات النافعة له نفعاً محضاً، وذلك مرده إلى أن القاعدة القانونية هي قاعدة سلوك اجتماعي هدفها حماية أفراد المجتمع والحفاظ على حقوقهم.

(٨٧) شحدة فارح وآخرين، علم النفس العصبي، منشورات كلية الأميرة ثروت، عمان، ط٢، ١٩٩٨، ص٢٨٣.

لذلك نجد القانون المدني الأردني والمصري جعل سن التمييز هو سبع سنوات، أي بمجرد بلوغ الفرد السبع سنوات يصبح شخصاً مميزاً يتمتع بالحماية القانونية عندما يصدر منه تصرفٌ نافعٌ له.

الفصل الثالث : مرحلة الصغير المأذون له بالتصرف

تبدأ هذه المرحلة من سن الصغير المميز، فلا يُعطى الصغير غير المميز إذناً لممارسة نوع من أهلية الأداء على بعض أمواله، حيث إن الإذن يكون للصغير المميز فقط . وهذه الفترة تكون لاختبار الفرد وحتى يتعلم كيف يدير أمواله، حيث إن الإذن إما أن يكون مطلقاً أو جزئياً مقيداً حسب المقتضى من ذلك ولا بد من بحث هذه المرحلة بالفقه الإسلامي أولاً وبالنظام القانوني الموضوعي ثانياً.

المبحث الأول : الصغير المميز المأذون له في الفقه الإسلامي

يرى الفقه الإسلامي أن الصغير المميز إذا كان له أموال أو تجارة ، وكان من يقوم بالإشراف عليها ولي الصغير، أو وصيه أجاز الفقه الإسلامي أن يتولى أمر هذه التجارة أو الأموال الصغير المميز، وذلك بالإذن له بذلك . ويكون الإذن للصغير المميز بدفع جميع ماله له، أو جزء منه، وكذلك أن يتولى جميع أنواع التجارة التي له أو جزءاً منها ، وذلك كله كقاعدة عامة استناداً إلى قوله تعالى : "وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح، فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم".^(٨٨) حيث جاء تفسير هذه الآية انه اختلف العلماء في ابتلاء اليتيم كيف يكون فقال بعضهم : يُعطى شيئاً من المال ليتصرف فيه، فينظر إلى تصرفه كيف يكون: فإن أحسن فيه كان راشداً وإلا كان على سفه. وقال بعضهم : أن الإعطاء لا يجوز إلا بعد الابتلاء وإيناس الرشد.

(١) سورة النساء ، آية ٦ .

والصواب أن يصحبه الولي عند إجراء المعاملات المالية ويطلععه على كيفية التصرف، ويسأله عند كل عمل عن رأيه فيه، فإذا رأى أجوبته سديدة ورأيه صالحاً يعلم انه قد رشد.

أما بالنسبة لمذاهب الفقه الإسلامي الأربعة فإن الأمر يختلف على النحو التالي:-
المذهب الشافعي يرى أن إعطاء الصغير المميز الإذن لممارسة التجارة أو مباشرة أمواله، ينعقد باطلاً، ولا يمكن أن ترد عليه الصفة الشرعية لممارسة العمل، وذلك أن المذهب الشافعي يرى أن الصبي ليس أهلاً للبيع لنقصان عقله^(٨٩).

غير أن بعض تلاميذ الشافعي وبعض الفقهاء من المذهب الشافعي من الخراسانيين أقرّوا صحة بيع الاختبار، حيث اعتبروا، أن الفترة بين سن السابعة والبلوغ هي فترة اختبار، من خلالها يخضع الصغير للتجربة في بعض أمواله، ويكون ذلك تحت إشراف ورقابة وليه أو وصيه، وهذا من أجل عدم انتقال الصغير مرة واحدة من شخص ليس له أهلية للأداء إلى شخص كامل الأهلية، وله الحرية في أن يتصرف في ماله كيف يشاء^(٩٠).

(١) المجموع، ج ٢، صفحة ١٥٦ .

(٢) المرجع السابق .

أما المذهب الحنبلي، فالذي ورد عن الإمام أحمد بن حنبل، أنه أجاز للصغير المميز الإذن للتصرف بجزء من ماله. وورد عنه أيضا أنه لم يجز الإذن للصغير المميز أي أن له رأيين: الإجازة وعدم الإجازة (٩١).

وأما المذهب المالكي فأجاز أن يُعطى الصغير المميز الإذن لممارسة التجارة لأنه هو صاحب المال ، وسوف يؤول له بالنهاية ، ولكن الإجازة عن التصرفات المالية بشروط وهي أن يُعطى المال اليسير، أي يأخذ جزءاً من المال، وأن يدل ظاهر الصغير انه لديه القدرة العقلية على ممارسة العمل (٩٢). والمذهب المالكي يتوافق مع المذهب الحنفي في جواز إعطاء الصغير المميز الإذن لممارسة التجارة، والتصرف بجزء من ماله، وذلك استناداً إلى الآية الكريمة " وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافاً وبدارا أن يكبروا ومن كان غنيا فليستعفف" (٩٣)، والمذهب الحنفي أن الله عز وجل أمر بان يتم ابتلاء اليتامى حتى يتم إظهار عقولهم، ويتم ذلك الإظهار بعد أن يُعطى الصغير المميز جزءاً من ماله ويتم مراقبته من الولي، هل لديه القدرة على حفظ هذا المال في جميع الظروف، لأن التجارة تحتاج إلى القدرة والإتقان والصبر على مقارعة التجار، فإذا

(٣) الشرح الكبير بذييل المغني ج٤ صفحة ٥٣٣.

(٤) محمد بن عبد الله الخدشي، شرح الخدشي على مختصر سيدي خليل، دار صادر، بيروت، ١٣١٨هـ،

ج٥، ص ٦٦.

(١) سورة النساء، الآية (٦).

كان الصغير المميز يتقن التجارة فانه يتقن ويعقل الفعل الضار من الفعل النافع. وبذلك يتمكن الصغير من تجربة نفسه قبل أن تنتقل الأمور كلها لديه.

أما في المذهبين الحنفي والمالكي، فعندما يكون الشخص غير مميز ليس لديه أي مسؤولية، وبعد أن يدخل في مرحلة التمييز فيجوز أن يُعطى الإذن لتكون هذه المرحلة اختباراً له حتى يتدرب على الحياة، ويكون مؤهلاً له عندما يصبح راشداً ويتسلم أمواله جميعها، ويكون قادراً على إدارتها حتى لا يكون انتقاله من مرحلة انعدام الأهلية إلى مرحلة الأهلية الكاملة مرة واحدة، وعلى شكل مفاجئ، وذلك كله ينعكس على حياة الفرد.

وقد اختلفوا في الوقت الذي يمنح فيه الصغير الإذن فالبعض قال بجواز الإذن بعد البلوغ وعدم جوازه قبل البلوغ، ولكن الغالب من الفقهاء أجاز الإذن حتى قبل البلوغ. ولكن المهم أن يجعل الوصي على الصغير من يراقبه في فترة منحه الإذن، ويبقى تحت نظره وإشراف مانح الإرادة أو من يعهد إليه بهذه المهمة لأن الصغير يكون في مرحلة اختبار^(٩٤).

(٢) البدائع ج٧، صفحة ١٩٣، مرجع سابق.

المبحث الثاني : الصغير المأذون له في القانون

أولاً : في القانون الروماني

عندما يخرج الصغير من دور الطفولة فإنه يكتسب شيئاً من التمييز بحيث يصبح له أهلية أداء ناقصة، أو قاصرة .

ومرحلة التمييز في القانون الروماني تبدأ في سن السابعة، وتستمر حتى سن البلوغ للبنات وهو ١٢ سنة، والولد ١٤ سنة. وبعد هذه المرحلة ينتقل الصغير إلى مرحلة أخرى تبدأ من سن البلوغ إلى أن يصل الشخص أو الفرد إلى سن الخامسة والعشرين وهذه المرحلة تكون توطئة، ومرحلة انتقالية للوصول إلى مرحلة الرشد الكامل لدى الفرد. وقد فرق شراح القانون الروماني بين المرحلة القريبة جداً من مرحلة انعدام التمييز، والمرحلة القريبة من البلوغ.

فعندما يكون في المرحلة الأولى القريبة من انعدام التمييز يكون الصغير غير مسؤول عن أعماله وجرائمه يعتبر كالصغير غير المميز على سواء. أما عندما يكون الصغير قريباً من المرحلة الثانية وهي المرحلة القريبة من البلوغ، فيُسال فيها الصغير عن أعماله مسؤولية تامة. وهذه التفرقة لم تعد لها أهمية بعد صدور قوانين جستنيان وألغت هذه التفرقة .

فقد أصبح للصغير المميز إجراء التصرفات النافعة نفعاً محضاً، لأن العبرة بصحة التصرف القانوني تتم بتحصيل المنفعة للصغير ومدى تحققها. أما التصرفات التي تلحق به ضرراً فتكون باطلة حتى لو أجازها الولي .

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فقد مرت في مرحلتين :

المرحلة الأولى: كانت في ظل القانون الروماني القديم، وكانت تقوم على أساس المنفعة. حيث يعتبر التصرف صحيحاً إذا حقق المنفعة للصغير، أما إذا لم يحقق منفعة للصغير يكون التصرف باطلاً.

المرحلة الثانية : كانت في ظل الإمبراطورية السفلى حيث دعت الحاجة للتدخل لتحقيق التوازن في المعاملات في المجتمع. وذلك ليس بالنظر لمنفعة الصغير المميز وحده بل أيضاً بالنظر لمصلحة الطرف الآخر الذي يتم التعامل معه، وذلك لعدم تحقق قاعدة الإثراء على حساب الغير بلا سبب قانوني^(٩٥). حتى وصل الأمر إلى صحة التصرفات الصادرة من الصغير غير المميز إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، لكن إذا أجازها الوصي.

إلى أن أصبح إذن الوصي للقصر ضرورياً في بعض الأحوال، وغير لازم في بعض الأمور. فعلى سبيل المثال: إذا وضع شخص وديعة لدى القاصر فلا داعي لإذن الوصي. إنما يجب على القاصر الحصول على الإذن إذا هو ألزم نفسه بشيء. حيث إن القاعدة أن يقوم الصغير بالتصرفات التي تعود عليه بالنفع، من غير إذن

(١) عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابع، صفحة ٢٥٧ .

وصيّه، ولا يحق للصغير أن يقوم بعمل يضره دون الحصول على إذن، لهذا فإن المعاملات التي يقوم بها الصغير دون إذن لا يكون هناك أي التزام على الصغير بها. ولا يوجد فرق في القانون الروماني بين الذكر والأنثى. لذلك لا يمكن للصغير ان يتصرف في شيء دون إذن وصيه. فعلى سبيل المثال: إذا سلم الصغير مبلغاً من النقود دون إذن وصيّه لأحد على سبيل القرض. فإن هذا التسليم لا يرتب عليه التزاماً حيث إن النقود لم تسلم بعقد قرض صحيح، فلا تصبح ملكاً لمن قبضها. لذلك يجب إعادتها إلى أصحابها ان كانت لا تزال قائمة.

خلاصة الرأي إن النظام القانوني الروماني جعل جميع معاملات الصغير المميز تقع صحيحة شريطة تدخل وصيه في كل الأحوال التي يكون فيها إذنه ضرورياً. وهذه الأحوال هي التي يرتب العقد فيها عليه التزاماً. أما الأحوال التي يرتب فيها العقد للصغير المميز التزاماً ضد الغير فلا حاجة فيها إلى إذن وصيه^(٩٦).

ثانياً: الصغير المأذون له في النظام القانوني الإسلامي والمتمثل بمجلة الأحكام

العديّة

وقد أخذت مجلة الأحكام العديّة في صلاحية الولي أن يمنح الصغير المميز إذناً لممارسة أهلية الأداء على جزء من ماله، ونصت أحكام المجلة على هذا النظام

بشكل مفصل كالتالي :

(١) صوفي أبو طالب، الوجيز، مرجع سابق، صفحة ٢٥٨ .

جاء النص بالمادة (٩٦٨): " للولي أن يسلم الصغير المميز مقداراً من ماله، ويأذن له بالتجارة لأجل التجربة، فإذا تحقق رشده دفع وسلم إليه باقي أمواله ".
والمادة (٩٦٩): " العقود المكررة التي تدل على أنه قصد منها الربح هي إذن بالأخذ والإعطاء. مثلاً لو قال الولي للصغير بع واشتر، أو قال له بع واشتر مالاً من الجنس الفلاني، فهو إذن بالبيع والشراء. وأما أمر الولي للصبي بإجراء عقد واحد فقط، كقوله له اذهب إلى السوق واشتر الشيء الفلاني أو بعه، فليس بإذن بالبيع والشراء، بل إنما يعد من قبيل استخدام الصغير توكيلاً على ما هو المتعارف والمعتاد ". وجاء بالمجلة العديد من الأحكام نذكر منها؛ إن الإذن يجب أن يصدر من ولي الصغير، وكذلك يبطل الإذن بوفاة الولي، أو بسحب الولي لهذا الإذن، وإن تصرفات الصغير المميز التي تصدر منه بموجب الإذن هي كتصرفات البالغ المعتمدة. وإن الإذن يكون صراحة أو دلالة، وإن الإذن لا يتقيد ويتخصص بزمان ومكان، ويمكن للحاكم منح الإذن للصغير شريطة امتناع الولي عن ذلك أولاً^(٩٧).
نلاحظ أن المجلة قدمت نموذجاً رائعاً من الأحكام القانونية الخاصة بالإذن للصغير المميز. وإن المجلة لم تحدد سناً معينة لحصول الإذن بل اشترطت وصول الشخص إلى مرحلة التمييز، وذلك لأن مجلة الأحكام العدلية لم تحدد سناً للتمييز كما مر معنا سابقاً، وذلك بخلاف كثير من الأنظمة القانونية التي حددت سناً معينة للتمييز وسناً معينة للحصول على الإذن كما سوف نرى ذلك لاحقاً.

(٢) مجلة الأحكام العدلية، (٩٦٧-٩٧٧).

ثالثاً : الصغير المأذون في القانون الحديث

في القانون المصري، نرى في المادة (٤٧) منه "يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقاً للقواعد المقدرة في القانون" (٩٨) .

وكذلك المادة (١١٢) من القانون المدني المصري " إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له في تسلّم أمواله لإدارتها ، أو تسلّمها بحكم القانون كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون" (٩٩).

يتضح أن المادة الأولى أحوالت موضوع الإذن لقانون خاص بأحكام الولاية وهو القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ويسمى قانون الولاية على المال (١٠٠).

أما المادة الثانية فجعلت الإذن للمميز الذي يبلغ الثامنة عشرة من عمره، أما أقل من ذلك ليس له إذن.

وبالرجوع إلى قانون الولاية، نجد انه يبين كيفية الحصول على الإذن، ونجد انه يحدد التصرفات التي يجوز للصغير المأذون القيام بها.

في المادة (٥٤) من القانون المصري المتضمن الولاية على المال " للولي ان يأذن للناصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلّم أمواله كلها او بعضها لإدارتها " .

(١) القانون المدني المصري.

(٢) تطابق المادة ١٢٢ من القانون المدني الليبي. وتطابق المادة (١١٢) من القانون المدني السوري وكذلك

المادة (٨٧) من القانون المدني الكويتي.

(٣) قانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية المصري.

المادة (٥٥) " يجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصي أن تأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضي سنة من تاريخ صدور القرار".

المادة (٥٧) " لا يجوز للقاصر سواء أكان مشمولاً بالولاية أو بالوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة في ذلك إذناً مطلقاً أو مقيداً ".
ونلاحظ أنه يمكن أن يصدر الإذن من الولي مباشرة، إلى الصغير المميز، ولكن هذا الإذن يكون بشروط وهي أولاً : يكون الإذن بأعمال الإدارة فقط. والثاني أن يكون الصغير أكمل ثماني عشرة سنة من عمره.

وكذلك في حالة انعدام الولي يجوز للمحكمة أن تمنح الصغير المميز الإذن.
أما أعمال التجارة فنلاحظ أن القانون اشترط أن يكون الصغير أكمل الثامنة عشرة، وأن يكون حصل على إذن من المحكمة لممارسة أعمال التجارة.

أما القانون المدني الأردني المادة (١١٩) " للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة مقداراً من ماله ويأذن له في التجارة تجربة له. ويكون الإذن مطلقاً أو مقيداً "^(١٠١). وهذا النص يطابق المادة ٩٨/فقرة (١) من القانون المدني العراقي .

نلاحظ أن القانون المدني الأردني أجاز حصول الصغير المميز على الإذن لممارسة أهلية الأداء في بعض التصرفات . فكان ذلك بشروط.

(١) القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .

أولاً : أن يصدر الإذن من الولي بشكل مباشر.

وثانياً : أن يكون الإذن بموافقة المحكمة.

وثالثاً : أن يكون الصغير المميز أكمل خمس عشرة سنة من عمره.

ونجد ان المادة (١٢٣) حددت من هو ولي الصغير " ولي الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبته المحكمة" (١٠٢).

القانون المدني اليمني المادة (٦٢) نصت على أن الصبي المميز يختبر في رشده قبل بلوغه بان يأذن له وليه أو وصيه بإدارة شيء من أمواله، وتختلف باختلاف الأحوال، فولد التاجر بالبيع والشراء، والمحترف بما يتعلق بحرفته، وولد المزارع بالمزراعة، والصبية بتدبير شؤون بيتها وذلك لمعرفة الأمور في الاختبار" (١٠٣).

ونلاحظ أن النظام القانوني اليمني جعل فترة الاختبار تبدأ من بعد التمييز حتى بلوغ سن الرشد.

وكنا قد رأينا أن سن التمييز في القانون اليمني هي عشر سنوات كاملة عندما بحثنا مرحلة سن التمييز. وسوف نرى أن سن الرشد في القانون اليمني هي خمس عشرة سنة فقط .

أما قانون المعاملات المدنية الإماراتي المادة (١٦٠) :

(١) القانون المدني الأردني .

(٢) القانون المدني اليمني الصادر سنة ١٩٩٢ .

١- "لولي أن يأذن للقاصر الذي أتم الثماني عشرة سنة هجرية في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها .

٢- ويجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصي أن تأذن للقاصر الذي أتم الثماني عشرة سنة هجرية في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها" (١٠٤).

نلاحظ أن الإذن يصدر من الولي الشرعي، ويجب ان يكون الإذن موثقاً لدى المحكمة. وأن يكون الصغير قد أتم ثماني عشرة سنة هجرية.

ونلاحظ أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي أقتصر في الإذن على أعمال الإدارة وحدها.

أما أعمال التجارة فلم يتطرق لها لذلك نجد أن قانون المعاملات التجارية الإماراتي الصادر بتاريخ ١٩٩٣ حيث تنص المادة (١٨) الفقرة الثانية " ٢- ومع ذلك يجوز للقاصر - سواء أكان مشمولاً بالولاية أم الوصاية - أن يتجر إذا ما أتم ثماني عشرة سنة ميلادية من عمره وأذنته المحكمة في ذلك إذناً مطلقاً او مقيداً " .

نلاحظ أن هناك اختلافاً بين النص الوارد في قانون المعاملات المدنية الذي حدد الإذن بثمانية عشرة سنة هجرية وبأعمال الإدارة فقط؛ وبين قانون المعاملات التجارية الذي حدد الإذن بثمانية عشرة سنة ميلادية وبأعمال التجارة فقط. ولكن حيث إن القاعدة القانونية أن الخاص يقيد العام، لذلك هناك تناقض ولكن الأولى في التطبيق هو النص الخاص.

(٣) قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

خلاصة الحديث أن الصغير المأذون له، بالنظام القانوني الحديث يجب أن يكون قد دخل مرحلة التمييز أولاً.

وحيث إن سن التمييز يختلف من نظام لآخر نجد أن هناك اختلافاً بين الأنظمة في تحديد بداية السن التي يعطى بها الصغير الإذن. وذلك كالتالي :

١- **القانون المدني الأردني** : حدد السن التي يؤذن فيها للصغير المميز ببلوغ الخامسة عشرة سنة من عمره، أما قبل بلوغ الخامسة عشرة فلا يؤذن له^(١٠٥). وكذلك الأمر بالنظام القانوني العراقي، حيث يسلم الصغير المميز إذا اكمل الخامسة عشرة مقدارا من ماله ويأذن له في التجارة تجرية له^(١٠٦)، ويكون الإذن في كلا النظامين مطلقاً أو مقيداً .

٢- **القانون المدني المصري** :

نلاحظ أن الوقت الذي يعطى به الصغير المميز الإذن لإدارة أمواله كلها أو جزءاً منها هو عندما يبلغ الثماني عشرة سنة، أما قبل بلوغ الثامنة عشرة فلا يعطى الإذن، إلا فيما يحتاج به إلى نفقه. حيث يستطيع أن يتخذ له حرفة أو يقوم بإبرام عقد عمل من أجل أن يجد لنفسه وللمن هو مسؤول عنه دخلاً حتى يتمكن من الصرف على نفسه وأهله. ونجد أن النظام القانوني المصري يطابق النظام القانوني السوري والليبي والكويتي.

(١) منذر الفضيل، المدخل، مرجع سابق، صفحة ٧٢٥ .

(١) عوارض الأهلية، شامل الشبخلي، مرجع سابق، صفحة ١٠٠ .

٣- القانون المدني اليمني :

نجد أن القانون اليمني لم يحدد سناً معينة حتى يُعطي الصغير الإذن، وإنما جعلها تبدأ من بداية مرحلة التمييز لدى الصغير، وأن سن التمييز في النظام القانوني اليمني هو عشر سنوات فالمفهوم ضمناً أن الإذن يعطى للصغير بعد بلوغه سن العشر سنوات.

٤- القانون الإماراتي

نجد أن بداية فترة الاختبار للصغير هي بان يُعطي الإذن لممارسة المعاملات المدنية عندما يبلغ ثماني عشرة سنة هجرية. أما أعمال التجارة عندما يبلغ ثماني عشرة سنة ميلادية.

مما سبق نجد أن هناك اختلافات كثيرة بين الأنظمة القانونية المطبقة في البلاد العربية في مسألة منح الصغير الإذن، البعض جعل الإذن عند بلوغ العشر سنوات كاليمن، والبعض الآخر عند بلوغ الخامسة عشرة سنة كالأردن والعراق، والبعض الآخر عندما يبلغ ثماني عشرة سنة كالمصري والسوري والليبي.

ويرى الباحث أن مسألة الإذن يجب أن لا تنقيد بسن معينة لأن الإنسان تختلف القدرات لديه من فرد لآخر، ومن بلد لآخر لان الثقافة الاجتماعية لدى الفرد تنعكس على سلوكيات حياته، وذلك من حيث إن الصغير الذي يعيش في بيئة اجتماعية معينة فإنه يستطيع أن يمارس طقوس هذه البيئة دون الاعتبار للسن، فعلى سبيل المثال: إن الصغير إذا كان أبوه تاجراً وهو يرافق أباه في حرفته فإنه يستطيع القيام

بأعمال التجارة أكثر من شخص بالغ وذلك بسبب الممارسة والخبرة اليومية التي انعكست عليه وجعلته يتقن هذه الحرفة .

لذلك فإن العبرة ليست للسن وإنما للشخص ذاته، وإذا أردنا أن نجعل هناك ضابطاً يحكم بداية مرحلة الاختبار . لابد أن نجعل بداية الإذن ترتبط بمرحلة التمييز أي يكون المعيار لمنح الإذن هو بلوغ الصغير مرحلة التمييز، وقدرته على ممارسة أعمال التصرف بحكمة.

الفصل الرابع : مرحلة البلوغ والرشد

من أهم المراحل الطبيعية التي يمر بها الإنسان، هي مرحلة البلوغ، حيث ينتقل فيها من مرحلة الصغر إلى طور الكبر، وبالتالي يصبح الإنسان في مرحلة البلوغ مكلفاً، ويلقى على عاتقه نظير ما يحتمله الإنسان الكبير المكلف شرعاً. ويتفاوت الأشخاص في الوصول إلى النصاب الكافي من القدرة الجسمية والعقلية تفاوتاً طبيعياً بدرجات الذكاء، والمواهب الفطرية التي لا يتساوى فيها اثنان من الناس، وهذا التفاوت لا قيمة له، حيث لا يمنع عدم تساوي الجميع في القدرة على فهم التكاليف، وحمل المسؤوليات بعد توافر النصاب اللازم من مؤهلاتها لديه وقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الإنسان بالبلوغ يتوجب عليه القيام بالتكاليف الموجهة إليه من الشارع. وحيث إن البلوغ الطبيعي هو بلوغ الرشد في الفقه الإسلامي. وذلك بخلاف الأنظمة القانونية الحديثة التي اعتبرت السن القانونية هو المعيار حتى يصبح الشخص لديه القدرة على ممارسة أهلية الأداء، ويسمى ببلوغ سن الرشد القانوني.

لذلك اعتبر البعض أن بلوغ سن الرشد يتعلق بالولاية على المال، في حين أن البلوغ يتعلق بالولاية على النفس، ففي مرحلة البلوغ لا يملك أهلية الأداء إلا على نفسه أما عندما يبلغ سن الرشد المقرر قانوناً، فإنه يصبح يملك أهلية الأداء على نفسه وعلى ماله.

وسوف نبحت موضوع البلوغ والرشد من خلال مبحثين هما:

المبحث الأول: مرحلة البلوغ والرشد في الفقه الإسلامي. المبحث الثاني: مرحلة

البلوغ والرشد وأثرهما في القانون المدني

المبحث الأول: مرحلة البلوغ والرشد في الفقه الإسلامي

يقصد بالبلوغ لغة : الانتهاء، والوصول، ويبلغ بلوغاً وبلاغاً: وصل وانتهى وبلغ

الصبي الإدراك^(١٠٧)، ووصل حد الرجولة، وحد انتهاء مرحلة الصغر.

والبلوغ في الاصطلاح : هو انتهاء حد الصغر^(١٠٨).

وتعتبر مرحلة البلوغ مرحلة قوة لدى الشخص، حيث يخرج بها من حال الطفولة

والصغر إلى حالة أخرى وهي الأهلية لممارسة الولاية على نفسه وماله.

وهذه القوة التي تحول الفرد لا يستطيع أحد أن يعرفها، لذلك جعل الشارع لها

علامات يستدل بها على حصولها.

وكذلك تكون ملكاته العقلية تنامت، واكتملت إلى حد أن الفقهاء اعتبروا البلوغ مظنة

العقل لأنه يختلف من إنسان لآخر، وذلك لاختلاف عقول الناس^(١٠٩)، ويرتب الفقه

الإسلامي الأثر الكبير على هذه المرحلة، وذلك إن البلوغ هو مخاطبة الفرد

بالتكليفات، ومؤخذته عن أقواله وأفعاله، وتكون بداية مرحلة الرجولة لدى الفرد

(١) ابن منظور، لسان العرب، ج ٤، صفحة ٤٥ .

(٢) الكبيسي، محمود مجيد بن سعود، الصغير بين أهلية الجوب والأداء، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، صفحة ٣٨ .

(٣) مثلاً خسروا ، مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول، مطبعة عامر، استانبول ١٩٨٥، صفحة ٣٢٣ .

ومرحلة الأمومة لدى الأنثى وتبدأ رسالة الفرد في المجتمع الإسلامي من لحظة بداية مرحلة البلوغ، بحيث يصبح لكل فرد ذكراً أو أنثى رسالة يجب أن يقوم بها على أكمل وجه وهي أولاً : العبودية لله عز وجل بعمل الطاعات. وثانياً : السعي لإعمار الأرض لأن العمل هو بحد ذاته نوع من العبادة لله .

أما الرشد : فهو مرحلة اكتمال العقل وتمامه، وبثبوت العقل يكتمل التكليف لدى الفرد وعادة يكتمل العقل باكتمال نمو الجسم. ومن المعلوم لدى الفقه الإسلامي "أن العقل مناط التكليف"، وإذا اكتملت القدرات العقلية لدى الشخص يكون قادراً على مواجهة التكليفات الشرعية، والقيام بها وكذلك تسيير أمور حياته بجميع نواحيها، وتكون تصرفاته صحيحة، ومنتجة أثرها، ويكون مسؤولاً عن أعماله مباشرة، وهو ما يطلق عليه أهلية الأداء لدى الفرد، لذلك لا بد أن يكون البالغ عاقلاً حتى يصبح مكافئاً شرعاً وقادراً على ممارسة أهلية الأداء المقترنة بالرشد لدى الإنسان. وجد معياران للحكم على بلوغ الشخص، في الفقه الإسلامي وهما:

أولاً: العلامات والإمارات الطبيعية التي استند عليها الفقهاء لتحديد البلوغ والرشد بالفقه الإسلامي.

ثانياً: تحديد البلوغ بسن معينة في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول : الأسس المعيارية للبلوغ والرشد في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: الإمارات الطبيعية لبلوغ الرشد في الفقه الإسلامي

اعتبر جانب من الفقه الإسلامي أن أساس التكليف لدى الفرد يبدأ بظهور علامات البلوغ، وإذا ظهرت علامة واحدة من علامات البلوغ أُعتبر الفرد راشداً ومكلفاً شرعاً ويصبح الفرد مسؤولاً عن جميع تصرفاته، أي أن أهلية الأداء تصبح كاملة لدى الفرد حتى وإن كان سنه صغيرة، لأن العبرة هي بظهور العلامات أو الإمارات الطبيعية للبلوغ وليس للسن وهذا يشكل إجماعاً لدى غالبية الفقهاء بالشرع الإسلامي^(١١٠). وكذلك يوجد إجماع على الإمارات التي دليها من القران والسنة وهي : الاحتلام، والحيض، والحمل^(١١١).

١ - الأدلة التي يستند إليها الفقهاء من القران الكريم هي :

" وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما أستاذن الذين من قبلهم " ^(١١٢)

وهذه الآية الكريمة تدل وبشكل واضح أن الطفل عندما يبدأ مرحلة الاحتلام يصبح ملزماً كالرجال أن يطلب الاستئذان بالدخول. وتحض هذه الآية على اختبار اليتامى بأموالهم حتى إذا بلغوا سن النكاح وهو بلوغ الحلم الذي يصلحون عنده للنكاح.

(١) كشاف القناع للبهلولي، ج ١، صفحة ٢٠٢، وج ٢، ص ٣٦٠ .

والمهذب في فقه الإمام الشافعي للإمام أبي إسحاق بن علي الشيرازي، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة ج ١، صفحة ٣٣ .

(٢) علي بن فهد الدغيمان، حد البلوغ في الفقه الإسلامي، منشورات جامعة الملك سعود، ١٩٩٥ صفحة ٢٢٦ .

(٣) سورة النور، الآية رقم (٥٩) .

٢ - الأدلة من السنة النبوية :

من ذلك حديث الرسول صلى الله عليه وسلم مع أسماء بنت أبي بكر عندما دخلت على الرسول صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب رفاق فأعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: " يا أسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لا يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا وأشار إلى وجهه وكفه " (١١٣) .

وكذلك من الأدلة الحديث الذي رواه البخاري ومسلم من حديث عائشة رضي الله عنها أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وقال: " وعن المعتوه حتى يعقل ؟، وزاد: " وعن المبتلى حتى يبرأ " (١١٤) .

نجد أن الحديث الشريف جعل التكليف لا يثبت على من لم يبلغ الحلم، حيث من المعلوم لدى كل شخص مسلم أن لديه ملائكة تسجل كل ما يقوم به الإنسان من أعمال، أو تصرفات، أو كلام، حيث لا يبدأ التسجيل على الإنسان إلا بعد بلوغه الحلم، حيث يصبح الشخص مسؤولاً عن أفعاله لأن الولد عندما يبلغ مبلغ الرجال، والفتاة كذلك تبلغ مبلغ النساء. وهذا الحديث يؤكد على العلامات الطبيعية وهي البلوغ أي الحلم.

(٤) رواه أبو داود في كتاب اللباس، ج ٢، ص ٢٨٣ .

(١) رواه البخاري في كتاب الطلاق، فتح الباري لابن حجر العسقلاني، مرجع سابق ج ٩، ص ٣٠٥ وج

٦، ص ٥٧ والدارمي في كتاب الحدود، ج ٢، ص (٧)، مرجع سابق .

٣- الإجماع لدى الفقه الإسلامي :

أجمع العلماء أن الاحتلام في الرجال والنساء يلزم به العبادات وسائر الأحكام، وأجمع الفقه أن الاحتلام والحيض والحمل، دليل على بلوغ الشخص سن الرشد، وبذلك تجب الفرائض على المحتلم العاقل^(١١٥).

هذه الأدلة السابقة من القرآن الكريم، والسنة النبوية والإجماع الفقهي توضح لنا إن البلوغ لدى الشخص يكون بظهور الإشارات الطبيعية على الجسم، سواء أكانت هذه الإشارات مجتمعة أم واحدة منها وهي دليل على بلوغ الشخص سن الرشد بالشرع الإسلامي حيث يصبح مكلفاً بجميع التكاليف الشرعية وكذلك العبادات والمعاملات، وبذلك يصبح مسؤولاً عن جميع تصرفاته العقدية وغيرها، ويصبح ملزماً بها، وبذلك يستطيع قبض ما يستحق من أمواله ومن عوائد مالية له.

وبذلك يكون ظهور العلامات الدالة على البلوغ نهاية مرحلة بناء القوة لدى جسم الإنسان فالعلامات الدالة على البلوغ تكون دلالة على أن الشخص اكتمل لديه النمو العقلي وأصبح قادراً على ممارسة الأداء وتحمل ما ينتج عن هذه التصرفات.

المطلب الثاني : تحديد البلوغ بسن معينة بالفقه الإسلامي

يرتبط بلوغ السن بجانب كبير من الفقه الإسلامي، حيث يلاحظ أن جميع مذاهب الفقه الإسلامي جعلت وصول الفرد إلى سن معينة بالغاً شرعاً، وبموجب وصوله لهذه السن ينتقل الإنسان من مرحلة الطفولة إلى مرحلة الرجولة والتكليف، ولكن هذا

(٢) فتح الباري، لابن حجر العسقلاني، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٠ .

الأمر هو محل إجماع ومحل اختلاف من حيث إن جميع المذاهب أخذت بمبدأ اعتبار السن الشرعية، ولكن تختلف المذاهب فيما بينها في محل السن المعتبرة لدى كل مذهب حتى يكون الفرد كامل الأهلية الشرعية. وهناك محل خلاف بين الفقهاء من حيث الجنس، فبعض المذاهب تقوم على التفريق بين الذكر والأنثى في السن المعتبرة لكل منهما على النحو التالي:

أولاً: السن المعتبر للبلوغ بالفقه الإسلامي مع التفريق بين الجنسين في البلوغ.

ثانياً: السن المعتبر للبلوغ بالفقه الإسلامي دون التفريق بين الجنسين.

١- السن المعتبرة للبلوغ في الفقه الإسلامي مع التفريق بين الذكر والأنثى

اختلفت الآراء الفقهية في تحديد السن المعتبرة للبلوغ مع التفريق بين الذكر والأنثى، وتقع في عدة آراء فقهية على النحو التالي:

الرأي الأول: يكون البلوغ للأنثى بتسع سنوات والذكر بعشر سنوات فنلاحظ أن الإجماع في المذهب الشيعي أن الأنثى تبلغ الرشد إذا وصلت سن التاسعة وهو المشهور لدى أصحاب المذاهب.

أما الأدلة لديهم فهي على النحو التالي:

١. ورد عن الإمامية عن أبي جعفر الباقر انه قال: (ان الجارية ليست مثل الغلام إذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم، ودفع إليها مالها، وجاز أمرها في الشراء والبيع، وأقيمت عليها الحدود التامة، وأخذ لها وبها)^(١).

٢. إذا بلغ الذكر عشر سنوات ورد في إحدى الروايات أنه يفهم إذا بلغ عشرًا، وكان بصيرًا، أو بلغ خمسة أشبار، جازت وصيته، واقتص منه، وأقيمت عليه الحدود الكاملة، والأنثى بتسع)^(٢). **الرأي الثاني:** يكون البلوغ للأنثى بتسع سنوات والذكر بثلاث عشرة سنة وهذا الرأي يقوم على أن بلوغ الأنثى يكون بسن التاسعة، وهو كما مر سابقاً ان الإجماع المعتمد لدى غالبية المذهب الشيعي أن بلوغ الأنثى بتسع سنوات، والأدلة الواردة هي الأدلة السابقة في الرأي الأول، أما بلوغ الذكر يكون عند وصوله سن الثالثة عشرة أما الأدلة:

ما ورد في كتاب الجواهر للنجفي (إذا بلغ الغلام ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنه وكتبت عليه السيئة، وعوقب) وكذلك قال في معرض جوابه عن: متى توجب الصلاة على الغلام؟ (إذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة، فإن احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم)^(٣).

الرأي الثالث: يكون البلوغ للأنثى بتسع سنوات والذكر بأربع عشرة سنة.

(١) محمد بن يعقوب الكيني، الكافي، بيروت، دار الاضواء، ١٩٨٥، ج٧، صفحة ٩٨، محمد حسن بن باقر النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، تحقيق: عباس القوجاني، بيروت، دار احياء التراث العربي، ١٩٨٠م، ج٢٦، صفحة ٢٥.

(٢) جعفر بن الحسن الحلبي، شرائع الإسلام، بيروت، دار مكتبة الحياة، ١٩٧٨، صفحة ٢٠٤.

(٣) محمد حسن بن باقر النجفي، مرجع سابق، صفحة ٣٤، ٣٥.

يقوم هذا الرأي كما هو مجمع عليه: أن الأنثى تصل إلى البلوغ عندما تصل سن التاسعة أما الذكر عندما يصل سن الرابعة عشرة ويلاحظ أن هذا الرأي يقوم على سن التاسعة وارد بالإجماع أما الرابعة عشرة ورد بشكل غير ثابت لدى العلماء، وإنما ورد بالأثر عند بقية الأئمة وطعن بهذا الرأي أكثر الأئمة لديهم.⁽¹⁾

الرأي الرابع: يكون البلوغ للأنثى بتسع سنوات والذكر بخمس عشرة سنة وهذا الرأي يقوم على أن بلوغ الأنثى يكون بسن التاسعة كما هو في الآراء الفقهية السابقة، أما الذكر فيكون في سن الخامسة عشرة، أما الأدلة الفقهية والشرعية هي أنه ينعقد الإجماع بالمذهب الشيعي أن سن البلوغ للذكر هو وصول سن الخامسة عشرة والدليل لديهم من القرآن الكريم قال تعالى: { وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ }⁽²⁾ وقال تعالى: { وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ }⁽³⁾ صدق الله العظيم.

فيبدو أن الاحتلام وبلوغ النكاح هو ما يترتب عليها الاستئذان، وإن هذا الأمر يتحقق بين سن العاشرة والسادسة عشرة أي الاحتلام والنكاح الأمر الذي جعل سن الخامسة عشرة هو المجمع عليه للبلوغ عندهم.⁽⁴⁾، كونه السن الوسط بين ذلك.

(1) محمد النجفي، مرجع سابق، صفحة ٣٤.

(2) القرآن الكريم، سورة النساء، الآية ٦

(3) القرآن الكريم، سورة الاسراء، الآية ٣٤.

(4) محمد النجفي، المرجع السابق، صفحة ١٨.

الرأي الخامس: ويقوم هذا الرأي على ان البلوغ للأنثى هو وصولها سن السابعة عشرة والذكر وصوله إلى سن الثامنة عشرة.

وهذا الرأي الراجع عند الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، حيث يرى أن البلوغ يحصل عند الأنثى بتمام السابعة عشرة من عمرها، وأن الذكر يبلغ بتمام الثامنة عشرة من عمره، وهذا الرأي يجعل السن في حال عدم ظهور العلامات الدالة على البلوغ قبل ذلك، أي أن السن المعتبرة هذه تكون في حالة عدم ظهور أي علامة دالة على البلوغ سواء أكان عند الذكر أم الأنثى.

أما الأدلة الشرعية لهذا المذهب فهي:

قوله تعالى: { تَمَّ نُخْرَجُكُمْ طِفْلاً ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ }⁽¹⁾ وقوله تعالى: { وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ }⁽²⁾ واستند الإمام أبو حنيفة في تفسير أشده هي أن يبلغ الإنسان مرحلة يعتبر فيها مكتمل القدرة الكاملة وهي تسمى مرحلة الأشد وتقدر بالسنين بثمانى عشرة سنة، وتكون هذه المرحلة نهاية قوة الشباب واكتماله⁽³⁾.

أما الأنثى فيتقدم بلوغها بنسبة ترفق هذا المذهب لنشوء الانثى وسرعة إدراكها لذلك ينقص بلوغها سنة عن الذكر ويمكن أن تحيض الأنثى قبل ذلك بكثير.

(1) القرآن الكريم، سورة الحج، الآية ٥.

(2) القرآن الكريم، سورة الانعام، الآية ١٥٢.

(3) علي بن بكر المرغيناني، هداية المغربي شرح بداية المبتدى، المكتبة الإسلامية، ج٣، صفحة ٢٨٤، بيروت.

ومن الأدلة التي استند إليها المذهب الحنفي القياس في قوله تعالى: { وَاللَّائِي يَبْسُرْنَ
مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ }⁽⁴⁾ ووجه
القياس والاستدلال هو أن المرأة التي كبرت وأصبحت يائسة لا تحيض يتوجب عليها
العدة والانتظار من انتهاء فترة العدة وهي ثلاثة أشهر، وإن الله عز وجل قد وضع
مدة الثلاثة أشهر لعدم الانتظار أكثر من ذلك سواء أكانت المرأة في بداية عمرها
وتحريض، أم كانت لا تحيض بسبب تقدم السن كما هو معروف، وبذلك جرى القياس
على التكليف بالبلوغ وذلك حيث لا بد من وجود ضابط معين في حال عدم وجود
الحكم. وفي هذه الحالة إذا تأخرت علامات البلوغ لدى الذكر أو الأنثى، يجب أن لا
يترك الأمر دون تحديد الأمر، الذي جعل الفقه الحنفي يحدده بهذه السن، وهو ثماني
عشرة سنة للذكر وسبع عشرة للأنثى⁽¹⁾.

٢- السن المعتمدة للبلوغ في الفقه الإسلامي دون التفريق بين الذكر والأنثى

ويقوم هذا الرأي الفقهي على أن التكليف الشرعي يكون عند بلوغ المسلم السن
المعتمدة فقهاً دون التفريق بين الذكر والأنثى، على اعتبارات أن الخطاب الشرعي
يوجه للمسلم دون التفريق بين أن يكون المسلم ذكراً أو أنثى، فالتكاليف الشرعية
واجبة التطبيق لكلا الجنسين، واختلفوا في تحديد هذه السن المعتمدة على عدة آراء
فقهاء وهي على النحو التالي:

⁽⁴⁾ القرآن الكريم / سورة الطلاق / الآية ٤.

⁽¹⁾ علاء الدين أبو بكر مسعود الكاساني / مرجع سابق / ج ٩ / صفحة ٩٤٧١.

الرأي الأول: إن سن البلوغ للذكر والأنثى يكون في السن الخامسة عشرة

وهذا الرأي الفقهي وارد في جميع المذاهب، ويستند في هذا الأمر إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم الوارد عن عبد الله بن عمر (ان رسول الله . صلى الله عليه وسلم . عرضه يوم أحد وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني، ثم عرضني يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة فأجازني)⁽²⁾ والحديث الآخر الذي ورد عن انس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ما له وما عليه، وأقيمت عليه الحدود)⁽³⁾.

وهذا الرأي أخذ به البعض من أتباع أبي حنيفة لأن الأصل بالمذهب الحنفي هو بلوغ السابعة عشرة للأنثى والثامنة عشرة للذكر حيث إن الإمام أبا حنيفة رحمه الله لا يرى البلوغ بمرور خمس عشرة سنة مع عدم الاحتلام أو الإنبات.

أما المذهب المالكي يقوم على هذا الرأي، وكذلك أن تقبل شهادة من بلغ سن الخامسة عشرة وان لم يحتلم أو تحيض.⁽¹⁾

وكذلك المذهب الشافعي يعتبر أن البلوغ بسن الخامسة عشرة للذكر والأنثى سواء أكان هناك احتلام أم حيض أو لم يكن من ذلك شيء، فبمجرد وصول سن الخامسة عشرة يصبح بالغاً، إلا أن المذهب أجاز البلوغ بالاحتلام أو الحيض قبل هذا السن

⁽²⁾ محمد بن إسماعيل البخاري / الجامع الصحيح مع شرحه / فتح الباري، لابن حجر العسقلاني ج ٥ صفحة ٢٧٦ / الرياض.

⁽³⁾ المرجع السابق صفحة ٢٧٦.

⁽¹⁾ محمد بن يعقوب الكليني / مرجع سابق / الكافي ج ١ ص ٣٣٣.

أي بظهور الإمارات الدالة إذا كانت أولاً، وإذا لم تحصل هذه الإمارات الدالة على البلوغ يكون بالسن وهو خمس عشرة سنة. الدليل قوله تعالى: { وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ }⁽²⁾.

وأخذ المذهب الشافعي على أن بلوغ النكاح في الآية الكريمة هي السن المعتبرة هي خمس عشرة سنة، وذلك إذا تأخرت علامات البلوغ الأخرى الدالة. وأوجب المذهب الشافعي الجهاد على من بلغ سن الخامسة عشرة، وكذلك الحج فمن حج قبل الخامسة عشرة لا يسقط عنه الفرض.⁽³⁾

أما المذهب الحنبلي، الوارد بشكل عام هو أن المذهب الحنبلي لم يأخذ السن كمعيار للبلوغ وذلك حتى لا يحرم المسلم من الأمور المباحة له بعد البلوغ كالزواج، فالعبرة في المذاهب هو وجود الإمارات الدالة على البلوغ، هذا المبدأ العام إلا أنه وبشكل خاص جداً أخذ بالسن في هذا المذهب وذلك على اعتبار أن سن البلوغ هو الخامسة عشرة للذكر والأنثى.⁽¹⁾

مما سبق نلاحظ أن مذاهب الفقه الإسلامي أخذت جميعها باعتبار سن الخامسة عشرة هي سن البلوغ للذكر والأنثى باستثناء المذهب الحنفي.

⁽²⁾ القرآن الكريم / سورة النساء / الآية ٦

⁽³⁾ محمد بن إدريس الشافعي / احكام القرآن / جمع : أحمد بن الحسين البيهقي / بيروت / دار الكتب العلمية ١٩٨٠ ج ٢ صفحة ١١١.

⁽¹⁾ عبد الرحمن بن محمد بن قرامة / الشرح الكبير مع المفتي، لابن قدامة / بيروت / دار الكتاب العربي ١٩٧٢ ج ٤ / صفحة ٥١٢.

الرأي الثاني: أن البلوغ يكون بسن الثامنة عشرة للذكر والأنثى حيث يميل الكثير من الفقهاء إلى اعتبار أن سن الثامنة عشرة هي السن الأقرب للدقة لتحديد سن البلوغ، ذلك سواء أكان ذلك للذكر، أم الأنثى.

ويلاحظ هذا الرأي عند المتأخرين من الفقهاء أو كما يسميهم البعض الفقهاء الجدد، أو المحدثين، وهم من أتباع المذاهب الإسلامية المختلفة.

ففي المذهب الحنفي كما رأينا سابقاً أنه يتبنى فكرة اعتبار سن الثامنة عشرة للذكر دون الأنثى، وذلك في حال تأخر علامات البلوغ الطبيعية الدالة عليه.⁽²⁾

أما المذهب المالكي لا يقبل سماع الشهادة إلا ممن أتم سن الثامنة عشرة على اعتبار انه هو سن البلوغ، وهذا الرأي عند المتأخرين من المالكية وعندهم أن سن الثامنة عشرة يعتبر بلوغاً في حق كل من الذكر والأنثى.⁽³⁾

وخلاصة القول إنه في حال عدم ظهور العلامات الدالة على البلوغ، فهناك سن معينة لكن اختلف في تقديرها من مذهب لآخر.

⁽²⁾ محمد بن أحمد السرخسي / شرح السيد الكبير / الجزء الخامس / تحقيق عبد العزيز أحمد / القاهرة مفهوم المخطوطات / ج ٢٤ / ص ١٦٢.

⁽³⁾ محمد بن عبد الله الخريشي / الشرح على مختصر خليل / بيروت / دار صادر سنة ١٣١٨ هـ / ج ٥ / ص ٢٩١.

المبحث الثاني : مرحلة البلوغ والرشد وأثرهما في القانون المدني

إن مرحلة البلوغ هي مرحلة انتقال الفرد من الطفولة إلى الرجولة، وأن الفقه الإسلامي اعتبر أن التكاليف الشرعية تبدأ للإنسان من مرحلة البلوغ. فعندما يصل الفرد مرحلة البلوغ يصبح مكلفاً شرعاً بالقيام بالواجبات الشرعية والالتزام بالأوامر والنواهي، والفقه الإسلامي ركز على البلوغ من حيث الإمارات الطبيعية للبلوغ، ومن حيث السن المعتمدة شرعاً لوصول مرحلة البلوغ وفي هذا الجزء من البحث سوف نرى هل اشترطت القوانين بلوغ الشخص بلوغاً طبيعياً حتى يكون راشداً، وما أثر ذلك على أهلية الأداء للشخص في القوانين المدنية.

لا شك أن القوانين المختلفة وخاصة التشريعات المطبقة بالدول الإسلامية تتأثر بالفقه الإسلامي، بل إن الشريعة الإسلامية تعتبر من مصادر الأنظمة القانونية الإسلامية حيث يعتبر الفقه الإسلامي مصدراً من مصادر التشريع الوضعي ويجب الرجوع إليه في حال تعذر على القضاء إيجاد الحل اللازم في القوانين الوضعية.

ومع ذلك نجد أن التشريعات القانونية الإسلامية وغير الإسلامية قد جعلت مرحلة انتقال الفرد من الصغر إلى الكبر تبدأ بسن معينة، وقامت هذه الأنظمة بربط السن القانونية بالناحية العقلية، وأطلق عليها مرحلة الرشد بالقانون دون النظر إلى اعتبارات البلوغ المختلفة الواردة في الفقه الإسلامي، وذلك بخلاف الفقه الإسلامي الذي ربط وصول الشخص إلى هذه المرحلة بالبلوغ والعقل. وهذا الاختلاف بالشكل

لا يعني عدم الترابط بين القوانين والفقهاء الإسلامي لأن البلوغ الطبيعي للفرد يعني النضوج والوعي والإدراك وإن اختلف السن بين القوانين الوضعية والفقهاء الإسلامي في بعض التشريعات. لذلك لابد من دراسة عناصر أهلية الأداء بالأنظمة القانونية وهذه العناصر تقوم على الرشد والعقل.

ومرحلة الرشد تعتبر من المراحل المهمة في حياة الإنسان، فالإنسان يبدأ حياته غير مسؤول عن أعماله إلى أن يصل إلى مرحلة تجعله مسؤولاً عن جميع تصرفاته، وكما بحثنا سابقاً الأطوار التي يمر بها الفرد من مرحلة الصغير عديم التمييز حتى يصبح مميزاً إلى أن يصل إلى مرحلة الرشد. فالإنسان مع مروره في هذه المراحل تكتمل لديه القدرة والتكوين الجسدي والعقلي كلما تقدمت به السن، وينمو إلى أن يصل إلى حد يطلق عليه الرشد. وكما بحثنا سابقاً أن الفقهاء الإسلامي يبدأ مرحلة التكليف للفرد ويصبح قادراً على ممارسة أهلية الأداء لديه، ويصبح ملزماً بممارسة العبادة عندما يصل إلى مرحلة البلوغ، والتي ارتبطت أيضاً بالعقل والرشد حكماً، على الرغم من وجود العلامات الدالة على البلوغ، إلا أن الرشد يختلف بأنه لا يقترن بعلامات دالة، بل يكون بالحكم على التصرفات الصادرة من الإنسان بمجملها. وهناك فرق بين البلوغ والرشد بالفقهاء الإسلامي، حيث إنه عندما يصل الفرد لمرحلة البلوغ تثبت له الولاية على النفس فقط، وعندما يثبت رشد الفرد تصبح له الولاية الكاملة على المال والنفس ذلك من حيث الولاية، أما من حيث أهلية الأداء وقدرة

الفرد على ممارسة الأداء وتحقيق الأثرين فإن الفقه الإسلامي يرتب على البلوغ الآثار المتعلقة بالتكليفات الشرعية ومسؤوليته عن أقواله أو أفعاله أما التصرفات المالية فلا يستطيع الفرد القيام بها إلا عندما يكون راشداً وذلك بإجماع الفقه.⁽¹⁾ ولا بد لنا من البحث في موضوع الرشد في الفقه الإسلامي أولاً، وبعدها نبحت ذلك بالنظام القانوني.

المطلب الأول: مرحلة الرشد في الفقه الإسلامي

الرشد لغة نقيض الضلال، ويصبح الشخص راشداً إذا أصاب المرء الطريق، وأصاب الهدايات والدلالات⁽¹⁾.

وفي الاصطلاح الشرعي: هو التدبير وحسن التصرف بالمال.

أما بالنسبة للآراء الفقهية الواردة بالفقه الإسلامي فهي على النحو التالي: المذهب الحنفي "هو الصلاح في المال"⁽²⁾ وكذلك الأمر بالمذهب المالكي هو: (حسن النظر في المال ووضع الأمور في نصابها)⁽³⁾. هذان المذهبان يحددان الرشد بالحكم على الإنسان من خلال قدرته على التصرف بأمواله.

(1) علي رمضان اربيدة، مرجع سابق، صفحة ١٠٤.

(2) ابن منظور مرجع سابق ص ٧٤.

(3) الفتاوى الهندية ج٧، ص ٤٤ مرجع سابق.

(3) أحمد بك الصاوي المالكي، لغة المالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، الطبعة الأخيرة، مطبعة الحلبي، مصر، ١٩٥٢، ص ٣٠٤.

أما المذهب الحنبلي "الصلاح والعقل في المال".⁽⁴⁾ جمع هذا المذهب ما بين القدرة العقلية والقدرة المالية على حسن التصرف بالأموال.

أما المذهب الشافعي فيختلف عن المذاهب السابقة "الصلاح في الدين والمال"⁽⁵⁾ ونلاحظ أن المذهب الشافعي جمع ما بين صلاح الفرد في دينه وماله، ويرى الباحث أن هذا المذهب أخذ بعين الاعتبار أن الفرد ينظر إليه من جوانب الشخصية الكاملة للفرد من خلال قدرته على التصرف بأمواله وبأمور دينه معاً، وعلى سبيل المثال لو أن شخصاً يبذر أمواله في طرق الحرام، فإن هذا الشخص لا يكون كامل الصلاحية في ممارسة رشده، ولكن هذا الرأي يؤخذ به على حذر من حيث إننا لا نستطيع إطلاق الحكم عليه بعدم الصلاحية لممارسة رشده، لامتناعه عن ممارسة واجباته الدينية بل نعتبره عيباً ظاهراً من العيوب التي يمكن أن تؤخذ عليه بحيث لا يصل إلى مرحلة كمال الرشد وتكون تصرفاته بحكم تصرفات الفاسق.

أما الظاهرية فقالوا بخلاف ما سبق حيث قالوا: إن الشخص الراشد هو الشخص الذي يجمع العقل والدين معاً. ولم يتشدد أهل الرأي من الظاهرية بأمر الدين بل يكفي أن يكون الشخص مسلماً عاقلاً. (حيث إن الشخص إذا بلغ العقل وكان مسلماً - حتى لو لم يرقم بالواجبات الدينية المفروضة عليه - يعتبر راشداً، واستنادهم إلى

⁽⁴⁾ موفق الدين بن قدامة، المغني مطبعة المنار، الطبعة الثانية، ١٣٤٧ هـ، القاهرة، صفحة ١٠٣.

⁽⁵⁾ أبو اسحق الشيرازي، المهذب، مطبعة الحلبي، ١٣٤٣ هـ، ج ١، ص ٣٣٢.

أن القرآن الكريم حث على الرشد بطريق العقل والدين، وليس استغلال المال وإصلاحه في استغلال ماله⁽¹⁾.

مما سبق يلاحظ الباحث أن الفقه الإسلامي استند في تفسيره لمرحلة الرشد للإنسان على عدة جوانب وهي أن يكون راشداً. في حالة أن الشخص يختبر في أمواله عندما يستلمها هل يستطيع أن يستثمرها ويستغلها بالطرق السليمة، وذلك أن يستغل أمواله بالوجه المخصص لها، مع وجود القدرة الكاملة عنده لإدارة هذه الأموال. والأمر الآخر هو الصلاح في الدين ومرد ذلك إلى إسلام الشخص أولاً والتزامه بالنواهي ثانياً، ويكون الحكم على رشده من خلال مدى التزامه بالواجبات الدينية وذلك دليل على بلوغه مرحلة الرشد كونه يعرف حقوق الله أولاً وحقوق نفسه والعباد ثانياً.

والأمر الآخر هو العقل: أي قدرة الشخص العقلية على ممارسة حياته اليومية ويكون ذلك بالحكم عليه بمقارنته بالشخص المعتاد. هل يتصرف بأمور حياته المختلفة بتعقل وحكمة كما هو الحال المعتاد لدى الغير.

ونجد أن الفقه الإسلامي لم يحدد سناً معتبرة للرشد كما هو عليه الحال بالنظام القانوني وإنما وضع المعيار والضابط للرشد من خلال الحكم على صلاح الفرد سواء أكان صلاحه بماله أم بدينه مع ارتباط ذلك بالعقل.

(1) أبو اسحق الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ص ٣٣٣.

المطلب الثاني: مرحلة الرشد في النظام القانوني وارتباطها بأهلية الأداء

إن مرحلة الرشد تعتبر من المراحل المهمة في حياة الفرد في النظام القانوني، والسبب في ذلك تحول الفرد من مرحلة عدم القدرة على التصرف، وهي ما يطلق عليها نقص أو انعدام أهلية الأداء، إلى أهلية الأداء الكاملة.

وتعتبر مسألة الرشد من المسائل المعقدة بالنظام القانوني لأنها تقوم على محاور مهمة في حياة الإنسان وهي :

عندما ينتقل الفرد من مرحلة عدم الأهلية أو الأهلية الناقصة إلى الأهلية الكاملة، فإن ذلك يحتاج إلى ضوابط. وهي كما رأينا سابقاً أن جميع الأنظمة القانونية قامت على ربط الرشد بالسن، وجعل السن القانونية هي الضابط الرئيس للوصول إلى مرحلة الرشد. ولكن يرتبط السن القانونية بضوابط أخرى وهي العقل، وعدم الحجر على الفرد.

رأينا سابقاً أن الفقه الإسلامي لم يحدد سناً معينة للرشد وجعل البلوغ للشخص هو انتقاله من مرحلة أهلية الأداء القاصرة إلى أهلية الأداء الكاملة. أما في النظام القانوني فالأمر يختلف من نظام لآخر ونستعرض ذلك من خلال البحث في الأنظمة المختلفة على النحو التالي:

أولاً : النظام القانوني الروماني: هناك مرحلتان مر بهما هذا النظام، وهما:

المرحلة الأولى: يعتبر الشخص البالغ كامل الأهلية إذا أتم الرابعة عشرة من عمره

إن كان ذكراً، وإذا أتمت الأنثى البالغة اثنتي عشرة سنة كاملة.

وهذه المرحلة كانت في ظل القانون الروماني القديم لأن التصرفات القانونية كانت

قليلة في ذلك العهد من جانب، ومن جانب آخر كانت التصرفات القانونية تتطلب

إجراء الشكليات اللازمة لإتمامها لذلك كان يصعب أن يقع الفرد في الغش أو

الخداع.

المرحلة الثانية: وكما هو وارد انه نظراً لصعوبة الحياة وتطورها وكثرة التعقيدات،

اقتضى الأمر التخفيف من حدة الشكليات التي كانت متبعة، الأمر الذي أدى بالمشرع

الروماني إلى رفع سن الرشد إلى خمس وعشرين سنة. حيث جاء في مدونة القانون

الروماني: "الشباب البالغون والشابات المطيقات للرجال يكون لهم قوام إلى أن يتموا

الخامسة والعشرين من عمرهم. لأنهم وإن كانوا بالغين فإنهم لا يزالون في غبوض

من السن لا يميز لهم معها الدفاع عن مصالح أنفسهم"^(١١٦).

حيث إن كل فرد لم يصل إلى سن الخامسة والعشرين سواء أكان ذكراً أم أنثى، لا

يعتبر راشداً، ولا يستطيع التصرف، وتعتبر تصرفاته باطلة إلا إذا كانت نافعة نفعاً

محضاً.

(١) محمود سلام زناتي، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ١٠٧.

إلا أن هذا النظام أصبح مرهقاً لأفراد المجتمع آنذاك، لأن الفرد قد يكون راشداً ولكن يحتاج أن يصل إلى السن المطلوبة لإدارة أمواله، لذلك ظهر نظام فك الحجر الناشئ عن السن ووضع له عدة شروط هي :

١- أن يبلغ الذكر عشرين سنة كاملة والأنثى ثماني عشرة سنة.

٢- أن يثبت قدرته على إدارة أمواله وحسن تدبيره لها.

٣- أن يتقدم بطلب إلى القاضي للحصول على فك الحجر الناشئ عن

السن (١١٧).

خلاصة القول إن النظام القانوني الروماني جعل الرشد يرتبط بالسن المطلوبة لذلك، وإن السن يختلف عندهم في مرحلتين: الأولى وهي أربع عشرة سنة للذكر، واثنى عشرة للأنثى.

والمرحلة الثانية جعلت السن خمساً وعشرين سنة مع ابتداء نظام يخفف من هذه السن، وهو فك الحجر الناشئ عن السن، إلا أنه من الملاحظ أنه جعل هذا النظام يرتبط بشرط السن مرة أخرى.

ثانياً : النظام القانوني في عصر الخلافة الإسلامية :

يذكر أهل الفقه القانوني أن سن الرشد تم تحديدها ولأول مرة في الخلافة الإسلامية سنة ١٢٨٥ هـ حيث صدر بذلك مرسوم سلطاني وحدد سن الرشد بعشرين سنة (١١٨).

(٢) صوفي أبو طالب، مرجع سابق، ص ٢٥٧.

(١) مصطفى السباعي، الأهلية والحجر، مطبعة جامعة دمشق، الطبعة الرابعة، ١٩٦١م، ص ٣٥.

أما مجلة الأحكام العدلية فالأمر يختلف حيث إن النصوص القانونية الواردة بها حددت أولاً: سن البلوغ هو خمس عشرة سنة المادة (٩٨٦-٩٨٧)^(١١٩)، وهذا بخلاف التشريعات الحديثة حيث لم تتطرق لسن البلوغ وإنما اكتفت بتحديد سن الرشد على اعتباره مصدر امتلاك الشخص لأهلية الأداء والتصرف، ولا عجب في ذلك لان مجلة الأحكام العدلية هي صياغة لمبادئ الفقه الإسلامي الذي جعل أهلية الأداء مرتبطة بالبلوغ.

والأمر الآخر الوارد بالمجلة بخلاف التشريعات هو أن المجلة وضعت شرطاً ليتمكن الشخص من رفع الدعوى ليثبت البلوغ ويشترط أن يبلغ الذكر الثانية عشرة من عمره والأنثى التاسعة. إلا أن هذا النص عدل وأصبح الشرط لسماع دعوى البلوغ هو أن يتم الفرد خمس عشرة سنة.

أما بالنسبة للرشد فنلاحظ أن مجلة الأحكام العدلية لم تحدد سناً معينة حتى يصبح الشخص راشداً، إلا أنها وبخلاف الأنظمة الأخرى قامت على تعريف الشخص الراشد بالمادة (٩٤٧) "الرشيد هو الذي يتقيد بمحافظته ماله ويتوقى من السفه والتبذير"^(١٢٠)، ونلاحظ نص المادة (٩٨٢) "إذا بلغ الصبي غير الرشيد فلا تدفع إليه أمواله ما لم يتحقق رشده، ويمنع من التصرف".

(١) صبحي محمصاني، مرجع سابق، ص ٣١٥.

(٢) مجلة الأحكام العدلية.

ومما سبق إن المجلة اعتبرت الأهلية للشخص بمجرد البلوغ وسأيرت الفقه الإسلامي باعتبار الرشد كضابط لتسليم الفرد أمواله، وهذا يعني أن الفرد يمكن أن يصل إلى مرحلة أهلية الأداء الكاملة بالبلوغ، إلا انه من الممكن أن لا يعتبر راشداً ولا يسلم أمواله للتصرف بها على الرغم من أهليته. ويتضح أن الأمر في تقدير الشخص راشداً يكون للوصي أو الولي هو الذي يمنح الفرد حق التصرف في أمواله إذا تبين له انه أصبح راشداً. وذلك شريطة ان يتم بعد سن البلوغ. من ذلك إن أهلية الأداء يكتسبها الفرد بالبلوغ ويمنح حق التصرف بالمال من الولي أو الوصي، وبخلاف ذلك يستطيع اللجوء للقضاء للحصول على حق التصرف إذا رأى انه يمكنه ذلك، لكن شريطة وصوله إلى سن البلوغ.

ثالثاً : الأنظمة القانونية الحديثة

لابد في بداية الأمر من الوقوف على الظروف الاجتماعية الداعية لإصدار الأنظمة والتشريعات الحديثة كون القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي، حيث إن العالم شهد تطورات هائلة أدت إلى ظهور الدول الحديثة ونشوء دول متعددة ولكل دولة كيانها السياسي المستقل عن الآخر، وتطور الحياة الاجتماعية الهائل، اثر كثيراً على النظام القانوني المنظم لأهلية الشخص، وقدرته على الأداء، والتصرف، وطبيعة الإنسانية تلزم على الفرد العيش ضمن الجماعة، حيث أن كل إنسان يحتاج إلى الآخر حتى يتم تبادل المصالح والمنافع بين أفراد المجتمع الواحد، بل تعدى النطاق

الداخلي للدولة بل إلى العالم كله نظراً لتطور الحياة وتطور طرق الاتصال والمواصلات. كل ذلك جعل من الضرورة على الأنظمة القانونية المختلفة وضع الضوابط والمعايير اللازمة لضمان وصول الفرد إلى مرحلة النضج، وكان ذلك بوضع ضابط السن كمعيار لخروج الإنسان من مرحلة عدم القدرة على العمل والتصرف، لينطلق في الحياة ويمارس أعماله، ويتحمل المسؤولية عن تصرفاته ويكون بذلك يملك كامل الأهلية القانونية للتصرف، وهو ما يطلق عليه أهلية الأداء القانونية، وذلك لحماية الفرد، وحماية حقوق الآخرين لذلك سوف نلاحظ أن المعيار هو السن والعقل. لذلك نجد أن جميع الأنظمة القانونية جعلت بداية مرحلة الرشد لدى الفرد هي: وصوله إلى سن معينة، وإن اختلفت في تقدير الزمن المطلوب للوصول إلى هذه المرحلة لذلك نرى أن المبدأ المتفق عليه هو اعتبار السن والعقل وذلك لحماية الغير الذي يبرم التصرفات القانونية معه لعدم الاعتماد على المظهر وحده، ولكن هذا المبدأ يختلف من حيث المدة الزمنية إلى عدة اتجاهات:

الاتجاه الأول: بعض الأنظمة القانونية تجعل أهلية الأداء الكاملة ببلوغ تمام

الخامسة عشرة سنة

ويصبح راشداً في أمواله وتصرفاته عندما يبلغ خمس عشرة سنة قمرية من عمره

وهذا الوارد بالمادة (٥١) من القانون المدني اليمني وهذا المبدأ متأثر بالفقه الإسلامي^(١٢١). ويرى الباحث أن هذه الفترة الزمنية لا تكفي لاعتبار الشخص كامل أهلية الأداء.

الاتجاه الثاني: الأنظمة القانونية التي تستلزم إتمام الفرد ثماني عشرة سنة

وهذا المعيار يقوم على اعتبار الفرد كامل الأهلية، ويتمتع بأهلية الأداء الكاملة إذا بلغ سن الثامنة عشرة سنة شمسية، وسوف نلاحظ أغلبية التشريعات أخذت بهذا المعيار وهي على النحو التالي :

١- القانون المدني الأردني المادة (٤٣).

أ- "كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية".

ب- "وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة شمسية كاملة"^(١٢٢).

٢- قانون الموجبات والعقود اللبناني المادة (٢١٥). "كل شخص أتم الثامنة عشرة من عمره هو أهل للالتزام، ما لم يصرح بعدم أهليته في نص قانوني"^(١٢٣).

٣- القانون المدني السوري المادة (٤٦) "سن الرشد بتمام ثماني عشرة سنة شمسية كاملة وان كل شخص متى أتمها وهو متمتع بقواه العقلية، ولم يحجر عليه حجراً قضائياً، فإنه يصبح كامل الأهلية لممارسة حقوقه المدنية"^(١٢٤).

(١) القانون المدني اليمني.

(٢) القانون المدني الأردني.

(٣) صبحي، مرجع سابق، ص ٢٤.

هذه النصوص القانونية الواردة في بعض الدول، ولعدم الإطالة سوف نستعرض الدول التي أخذت بهذا المعيار، وهو اعتبار كل من يبلغ الثامنة عشرة من عمره يكون شخصاً كامل الأهلية القانونية، وهي القانون المدني العراقي، والقانون البريطاني، والقانون الأمريكي، وألمانيا الغربية^(١٢٥).

مما سبق يلاحظ أن الكثير من الدول أخذت سن الثامنة عشرة ليصبح الإنسان يمتلك الصلاحية القانونية الكاملة ويوجد عدد من الملاحظات حول ما سبق:

١- يتضح لنا أن القوانين والتشريعات السابقة استندت إلى الفترة الزمنية للوصول إلى سن الرشد وحددت هذه الفترة بثماني عشرة سنة.

٢- إن شرط الزمن وحده لا يكفي، بل اشترطت بالإضافة إلى اكتمال السن التمتع بالقوة العقلية، والأهلية للتصرف، وعدم الحجر عليه.

٣- إن الإنسان سواء أكان ذكراً أم أنثى يملك هذه الأهلية.

٤- إن الفرد لا يحتاج إلى إصدار أمر قضائي لممارسة رشده، فعندما يصل الفرد لهذه السن فإنه يحصل على الأهلية الكاملة مباشرة بقوة القانون.

٥- إن الدخول في سن الثامنة عشرة لا يكفي بل يجب إتمام هذه السنوات، أي تكون السنة الثامنة عشرة كاملة غير منقوصة حتى ليوم واحد.

(١) القانون المدني السوري الصادر سنة ١٩٤٩.

(٢) علي رمضان أزبيده، مرجع سابق، ص ١٠٥.

٦- إن جميع الأنظمة أخذت بالتقويم الميلادي واستندت إلى حساب السنة الشمسية علماً أن هناك التقويم الهجري الإسلامي والسنة القمرية، وأن السنة الهجرية تنقص عن السنة الميلادية بحوالي عشرة أيام.

٧- هناك بعض المصادر بالفقه الإسلامي تتوافق مع هذا السن لذلك يمكن اعتبار الفقه الإسلامي مصدراً لهذا السن خاصة في القوانين المستمدة منه.

الاتجاه الثالث: الأنظمة القانونية التي تستلزم إكمال الحادية والعشرين

١- القانون المدني المصري، المادة (٤٤).

أ- " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية".

ب- "وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة"^(١٢٦).

وهذه تطابق القانون المدني الليبي المادة (٤٤).

٢- ومن القوانين الأخرى التي حددت سن الرشد بتمام الحادية والعشرين هو القانون

المدني الفرنسي المادة (٤٤٨)، والقانون الإيطالي المادة (٣٢٣)^(١٢٧).

نلاحظ أن هذا المبدأ أخذ به الكثير من الأنظمة والتشريعات، حيث لم يكتفِ بأقل من تمام الحادي والعشرين عاماً لاعتبار الشخص كامل الأهلية.

(١) القانون المدني المصري، سنة ١٩٤٨، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٤.

(٢) صبحي المحمصاني، مرجع سابق، الهامش ص ٢٤.

وبلاحظ الباحث :

١- إن هذا النظام لم يفرق بين الذكر والأنثى، بل كان النص شاملاً لكلا الجنسين.

٢- إن السن هو المعيار المعتمد والأساسي بالإضافة إلى القدرة العقلية وعدم الحجر.

٣- إن الشخص يتمتع بأهلية الأداء الكاملة بتمامه لهذا السن دون الحاجة إلى إصدار أمر بذلك.

٤- إن هذه الفترة الزمنية طويلة نسبياً في عصرنا الحاضر.

٥- لا يوجد مصدر ديني أو تاريخي لهذا السن سواء أكان ذلك بالدول الإسلامية أم غيرها.

الاتجاه الرابع: الأنظمة الأخرى

نجد أن هناك أنظمة قانونية أخرى مختلفة عما سبق من حيث تحديد سن الرشد لدى الإنسان، منها القانون المدني الجزائري الذي حدد سن الرشد تسع عشرة سنة وذلك في المادة (٤) ^(١٢٨). ونلاحظ القانون الدنماركي الذي اعتبر أن الشخص كامل الأهلية إذا بلغ سن الرشد وهو الخامسة والعشرون وكذلك الأمر في القانون المكسيكي ^(١٢٩).

(١) قانون الأسرة الجزائري، الصادر سنة ١٩٧٤، رقم ١١/٨٤.

(٢) علي رمضان أزبيدة، مرجع سابق، ص ١٠٦.

مما سبق نجد أن جميع التشريعات الوضعية في الأنظمة القانونية المختلفة اعتمدت على معيار السن، وهو الفترة الزمنية لامتلاك الإنسان أهلية الأداء الكاملة، أو أهلية التصرف، وذلك على الرغم من الاختلاف في مدى هذه الفترة، ولكن إذا بلغ الشخص سن الرشد المقدر قانوناً اكتملت له عناصر التمييز بموجب القانون، وأصبح بذلك كامل الأهلية ويملك القيام بجميع الأعمال القانونية، ونلاحظ انه لا يكفي بلوغ الشخص سن الرشد وحده، بل يجب أن يكون قد بلغ السن المقدرة وهو متمتع بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، وبذلك تنتهي عليه الولاية، أو الوصاية وذلك بقوة القانون.

ونلاحظ أنه بالمفهوم المخالف لذلك أن الشخص إذا وصل إلى سن الرشد وهو غير متمتع بقوته العقلية يجب أن تتخذ بحقه إجراءات الحجر ويكون ذلك بإصدار حكم قضائي بذلك، يفهم من ذلك أن الأصل العام كقاعدة عامة وفي جميع التشريعات أن الفرد يصبح كامل الأهلية بمجرد وصوله إلى السن المطلوبة والاستثناء هو طلب الحجر عليه وهو ما يطلق عليه عوارض الأهلية القانونية.

يرى الباحث مما سبق أن هناك توافقاً واختلافاً في النظام القانوني المطبق لاعتبار الإنسان راشداً ويملك أهلية الأداء الكاملة. والتوافق بين التشريعات، هو :

١- الاعتماد على معيار الفترة الزمنية للوصول إلى الرشد، وهو السن المطلوبة، أي ان مصدر الاتفاق هو عنصر الزمن.

٢- إن التشريعات جميعها تستلزم شروطاً إضافية غير السن، وهي العقل، وعدم الحجر على الإنسان.

مع أننا نرى أن هذه الشروط الإضافية لا حاجة لها والسبب في ذلك أن العقل يجب أن يخضع للإثبات أي يجب أن يثبت أصحاب الشأن عدم قدرة الشخص العقلية الأمر الذي يستلزم اللجوء للقضاء لإصدار حكم بذلك وكذلك الأمر فإن الحجر يستلزم اللجوء للقضاء لإصدار قرار بذلك وسوف نرى لاحقاً في باب عوارض الأهلية أن العقل والحجر يدخل في باب عوارض الأهلية.

٣- إن التشريعات جميعها لم تفرق في السن المطلوبة بين الذكر والأنثى.

٤- إن الشخص يصبح راشداً كأصل عام دون حاجة إلى أمر من الحاكم أو القاضي بل يصبح كذلك بقوة القانون.

٥- إن التقويم المعتمد هو التقويم الميلادي وبالسنة الشمسية.

أما أوجه الاختلاف فهي :

١- إن الفترة المطلوبة للرشد القانوني تختلف بين الدول فهناك من يجعلها خمس عشرة سنة، والبعض ثمانى عشرة سنة، والبعض تسع عشرة سنة، والبعض إحدى وعشرين سنة، والبعض خمساً وعشرين سنة.

٢- بعض التشريعات تتطلب العقل، وعدم الحجر، والبعض الآخر يضيف لها أهلية الشخص للتعامل.

المطلب الثالث : النظام القانوني المقترح لتحديد سن الرشد

مما سبق نلاحظ أن القوانين والتشريعات تتفاوت في تحديد الفترة الزمنية المعتمدة لضبط مرحلة الرشد، وإن كل نظام أخذ بما يتناسب مع مجتمعه، وذلك لان الأصل العام بالقواعد القانونية، أن تعكس الحياة الاجتماعية بشكل منظم، وذلك بصياغتها بنصوص قانونية آمرة أو مكملة من أجل الحفاظ على المصالح العامة للمجتمعات أولاً، والمصالح الخاصة بالأفراد ثانياً، ويكون بإصدار قواعد عامة ومجردة وتكون قواعد سلوكية بالدرجة الأولى لذلك نحن نحترم جميع التشريعات بكل مآخذها كمبدأ عام، إلا أننا نجتهد وقد نصيب أو نخطئ، لذلك يرى الباحث أن الفترة الزمنية كمعيار عام يجب أن تحترم ويستمر العمل بها ولكن دون التهاون بها أو التشدد بها على اعتبارها من القواعد القانونية الآمرة.

لذلك فإن فترة خمس عشرة سنة هي فترة زمنية قليلة نسبياً ولا يمكن أن يصبح الشخص قادراً على تحمل المسؤوليات كافة، مع أن الإنسان قد يكون راشداً بأمور كثيرة في هذه الفترة، مثل العبادات والقيام بالأعمال، إلا أنه لا يمكن أن يكون مدركاً تماماً، بل يكون لديه بعض التهور والتسرع في كثير من الأمور.

وبذلك يصبح القانون سبباً في تدهور الإضرار بهذا الشخص لأنه منحه حقاً لا يتناسب مع مرحلته العمرية.

أما التشريعات التي جعلت سن الرشد يكون بتمام الخامسة والعشرين أو الحادية والعشرين، نرى أنها تتبالغ في هذه السن المطلوبة، وتصبح بذلك متشددة على الأفراد، لأنها تحرم الإنسان من أن يمتلك زمام الأمور بنفسه لفترة طويلة نسبياً، في حين أن الإنسان قد يصبح كامل الرشد فعلياً قبل تمام هذه السن، إلا أن القانون يحرمه من هذا الحق، وبذلك تصبح التشريعات سبباً لإخفاء الشخص لأهليته حتى يتمكن من التصرف، وهذا يتنافى مع مبادئ القانون التي وضعت لحماية وخدمة الإنسان بالدرجة الأولى.

أما التشريعات التي أخذت بتمام الثامنة عشرة، وهي ما نميل إليه فإنها أخذت بالحل الوسط الذي لا يُعجل الرشد ولا يؤخره وإن الوسطية هي معيار الاعتدال بين الناس.

أما المعيار القانوني المقترح لتحديد سن الرشد هو:

نأخذ مثلاً من النصوص القانونية المطبقة الواردة في القانون المدني الأردني والمصري.

١- المادة (٤٣) من القانون المدني الأردني:

أ- "كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية".

ب- "وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة شمسية كاملة".

٢- المادة (٤٤) من القانون المدني المصري:

أ- "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية".

ب- "وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة"

المقترح

المادة

١- " كل شخص يبلغ السن المطلوبة قانوناً للرشد يكون كامل الأهلية القانونية لمباشرة حقوقه المدنية".

٢- "وسن الرشد هو ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة".

وبهذا نكون قد أسقطنا شرط التمتع بالقوة العقلية وشرط عدم الحجر من بند رقم (١) وذلك لان مكانهما هو عوارض الأهلية والأخذ بهما يحتاج إلى طلب من ذي الشأن ويحتاج إلى أمر قضائي يقيد المبدأ العام لمنح الشخص الأهلية الكاملة للأداء. وإضافة عبارة (السن المطلوبة قانوناً) لان شرط السن وارد بالقانون وبشكل قاعدة أمره. أما البند رقم (٢) يبقي على سن الثامنة عشرة.

لأن سن الثامنة عشرة هو الأقرب إلى الوسطية بين التشريعات ولان المعتاد أن الفرد يكمل الدراسة في مرحلة المدرسة وهو بسن الثامنة عشرة من عمره، وبذلك يخرج إلى

الحياة العامة ويحتاج بذلك إلى أن يملك زمام الأمور بنفسه، ويحتاج إلى الحصول على مكتسباته والتصرف بها حتى يستطيع إكمال حياته.

الباب الثاني : أحكام أهلية الأداء المرتبطة بالحالة العقلية

ويتضمن هذا الباب ما يلي:

مبحث تمهيدي : القدرة العقلية للإنسان وارتباطها بأهلية الأداء

الفصل الأول : عوارض الأهلية

الفصل الثاني : موانع الأهلية

مبحث تمهيدي: القدرة العقلية للإنسان وارتباطها بأهلية الأداء

مما سبق نجد أن جميع التشريعات القانونية جعلت أن سن الرشد يرتبط بالعقل، وهذا يعني أن الرشد يدور وجوداً وعدمًا مع العقل، فإذا لم يكن الإنسان يعقل فلا يستطيع أن يكون راشداً، وإذا كان عاقلاً يكون راشداً.

وهذا بخلاف المراحل السابقة التي يمر بها الإنسان في مراحل الأهلية القانونية المختلفة، ولا تقتصر الأهلية في مرحلة الرشد على الإدراك أو التمييز، بل يجب أن تتوافر لدى الإنسان القدرة العقلية. لذلك نلاحظ الاتفاق بين التشريعات على أنه بدون عقل لا يمكن القول بتوافر الرشد القانوني، وهو ما يعني الأهلية الكاملة للتصرف.

المطلب الأول: العقل وارتباطه بالإنسان

أولاً: تعريف العقل

يطلق في اللغة على الحصر، والربط، والقيود، وله عدة معانٍ باللغة، تطلق على كل شخص ذي فضل على آخر، أو يطلق على كل شخص سديد الحكم، والرأي، وكذلك قيل باللغة إنه يطلق العقل على المنع، وذلك أن الإنسان الذي لديه عقل يمتنع عن الأفعال غير المألوفة^(١٣٠).

١- وقال عنه ارسطو "انه تلك القوة التي يستعين بها المرء على الوصول بطريقة مباشرة إلى نتيجة يقينية يستتبطها من بعض المقدمات و القضايا العامة

(١) شامل رشيد ياسين الشيعي، مرجع سابق، ص ١٠٦.

الضرورية"^(١٣١)، أما في الفقه الإسلامي فقد اهتم المسلمون بهذا الموضوع وتمت دراسته وتحليله بشكل مفصل. وقال عنه المعتزلة والأشاعرة أن العقل في أصل الخلق واحد لا يتفاوت باختلاف البشر ولكن الاختلاف في الحس والمشاهدة يؤديان إلى انتفاء هذه الوحدة. فالنفوس تكون متفاوتة في غريزة العقل، ومعنى ذلك اختلاف الناس في قوة استعدادهم للإدراك^(١٣٢).

وأجمع الفقهاء على تعريف العقل : "جسم لطيف مضيء محله الرأس وأثره يقع على القلب، فيصير القلب مدركاً بنور العقل الأشياء، كالعين تبصر مدركة بنور الشمس وبنور السراج الأشياء، فإذا قلّ النور أو ضعف وقل الإدراك أو ضعف، وإذا انعدم النور انعدم الإدراك"^(١٣٣).

وهذا يوضح أن الفقه الإسلامي ركز على أمرين، الأول: الناحية الشكلية للعقل، والثاني: الناحية العملية للعقل.

ومن خلال ذلك نجد الناحية الشكلية، وهي وصف مكان وجود العقل في جسم الإنسان ومكان الوجود هو الرأس، ويكون في أعلى الرأس دلالة على أن الله عز وجل كرمّ العقل وحفظه في أعلى مكان في الإنسان وخصه بالرأس.

(١) حسين النوري، مرجع سابق، ص ٧٦.

(٢) الغزالي، معارج القدس في معرفة النفس، مطبعة السعادة، مصر، ١٣١٧هـ، ص ٢٠.

(٣) شامل رشيد ياسين، مرجع سابق، ص ١٠٧.

الناحية الثانية: وهي آلية عمل العقل، واعتبره الفقهاء النور الذي يهتدي به الإنسان، وهو بمثابة الضابط المحرك للإنسان للقيام بجميع أعماله، فهو عنوان الاتزان وحسن التدبير في الأمور كافة، وهو ما يجعل الإنسان يفرق بين الخير والشر.

المطلب الثاني : أثر العقل على النظام القانوني

إن فكرة الوضعية القانونية هي، ضرورة لتنظيم الحياة الاجتماعية والسياسية وتقوم على تصور عقلي لتحقيق العدل والمساواة بين أفراد المجتمع، وهذه الوضعية لا بد ان تصدر وفق تشريعات وأنظمة ملزمة لأفراد المجتمع، من ذلك يمكن وصف التشريعات الوضعية أنها هي العقل المدبر لتسيير شؤون الدول الحديثة.

وباستعراض تطور فكرة الدولة مرت بعدة مراحل وتمثلت في عصر الصيد والرعي وصولاً إلى الزراعة والاستقرار، الأمر الذي بدأ يكون فكرة الدولة المتطورة وكانت أولها المدينة الإغريقية ثم الجمهورية والإمبراطورية الرومانية، ثم ظهرت ملكية العصور الوسطى، ثم الملكية المقيدة بموجب الدساتير، وصولاً إلى الأنظمة السياسية المعاصرة. وهذا التطور للدولة أدى إلى تطور الحريات الفردية التي أصدرت التشريعات المنظمة لمبدأ حرية الإرادات، أو سلطان الإرادة، الأمر الذي جعل الفرد يتمسك بالدولة ويحافظ على الارتباط بها. فنلاحظ أن الدولة تتجه لتنظيم الكون

وبوجود الدولة يتحقق العقل. ومن هنا جاءت فكرة تدوين القوانين، وأهمها القوانين المدنية التي تهتم بأفراد المجتمع لكل دولة^(١٣٤).

مما سبق نجد أن العقل يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالدولة وبالأفراد، ففكرة التشريع الوضعي تقوم على العقل بشكل أساسي. وإذا ما قمنا بتطبيق ذلك على الواقع التشريعي، نجد أن جميع القواعد القانونية تخاطب الإنسان العاقل. ونجد أن نقطة التحول في الحقوق والالتزامات المعتبرة والملزمة للأفراد تبدأ بعد اكتمال النمو العقلي للفرد، وجعل هذه المرحلة مرتبطة بضوابط عامة لجميع الأفراد وهذه الضوابط تقوم على عدة مبادئ وهي :

- ١- إن القواعد القانونية الوضعية المنظمة لأهلية الأداء القانونية هي قواعد عامة ومجردة، ومقتضى ذلك إنها توجه إلى كافة أفراد المجتمع دون استثناء وبتجرد دون تمييز بين فئات المجتمع الواحد، ولا تفريق بين الجنس البشري.
- ٢- إن القواعد الوضعية القانونية لأهلية الأداء، قواعد مرتبطة بفكرة النظام العام للدولة، وهي بذلك لا يمكن أن تصدر إلا من السلطات العليا للدولة، ولا يجوز للأفراد ولا بأي حال من الأحوال الاتفاق على مخالفة هذه القاعدة لارتباطها بالمصلحة العامة للدولة.

(١) حسن عبد الرحمن قدوس، الأصول الفلسفية للوضعية القانونية، مكتبة الجلاء مصر، ١٩٩٧، ص ٤٥٥.

٣- إن جوهر القواعد المنظمة لأهلية الأداء يقوم على العقل الأمر الذي يجعل جميع التشريعات تتطلب وجود العقل للأفراد، حتى يمتلك هذه الصلاحية لممارسة الأهلية القانونية لممارسة أعماله.

٤- إن ارتباط العقل بسن الرشد المعتبر قانوناً هو دلالة أهمية وجود العقل لدى الفرد.

٥- نجد أن النظام القانوني لم يكتفِ بارتباط أهلية الأداء بالسن والعقل، بل تعدى ذلك بأن ساوى في الحكم القانوني ما بين أهلية الأداء والعقل، وذلك يتضح من خلال أن أهلية الأداء تُمنح للشخص حكماً بقوة القانون فيصبح له قدرة على التصرف واشتراط بلوغه السن المعتبرة مع توافر العقل وجعل من عارض أهلية الأداء الجنون والعتة وهي تصيب العقل عادةً وسوف نرى أنه اعتبر المجنون والمعتوه وصغير السن محجورين لذاتهم بقوة القانون.

الفصل الأول : عوارض أهلية الأداء

بعد أن تم البحث في أهلية الأداء مع اختلاف المراحل التي مرت بها إلى وصول الفرد الذي يملك الأهلية الكاملة لممارسة أهلية الأداء بقوة القانون، ولا يستطيع أحد أن يحرمه من هذه الأهلية كأصل عام إلا أنه يوجد نظام آخر يقطع حق الشخص في ممارسته لأهلية الأداء، وهو ما يطلق عليه بعوارض أهلية الأداء. وهذا النظام يؤدي إلى اعتراض حق الشخص بممارسة أهلية الأداء لوجود عارض أصابه أدى إلى حدوث خلل لديه إما بالفعل وهو مناط القدرة على الأداء ويتمثل بالجنون والعتة، وإما لعارض أصاب حسن التدبير عند الفرد وهو السفه والغفلة، وإما عارض قانوني ألزم إصدار أمر بالحجر عليه لمنعه من التصرف.

العوارض هي، جمع عارض كالطوارئ جمع طارئ، وتعني باللغة ما يوجد في مواجهة الشيء، ويعترضه، ويصدده ومثاله نقول : تعارض الدليلان أن كل منهما يعترض طريق الآخر ويمنع تنفيذه على الواقعة المراد إثباتها.

وتنقسم العوارض إلى عدة تقسيمات، حسب ما ورد بالفقه الإسلامي^(١٣٥)، وهي على

النحو التالي :

(١) حسين النوري، مرجع سابق، ص ٩٣، والشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، حققه: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب، بيروت، ٢٠٠٠م، ص ٥٠٦. وزين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح الدقائق، دار المعرفة، بيروت، ط ٢، ج ٣، ص ٨٤، ووهبة الزحيلي، أصول الفقه، دار المعرفة، بيروت، ج ٢، ص ١٦٩.

١- عوارض الأهلية الخلقية، والتي لا يكون للإنسان دورٌ في حدوثها، وإنما هي قدر على الإنسان من قبل الخالق عز وجل وهي: الموت، والجنون، والعتة، والإغماء والرق، المرض، والحيض، والنفاس.....
والقسم الآخر، هو العوارض المكتسبة من الفرد وهذه الفئة تكون طارئة للإنسان، ولكن بسبب إرادته وهي: السفه، والسفر، والسكر، والهزل، والجهل، والخطأ، وبسبب إرادة الغير، من خلال الإكراه.

٢- عوارض الأهلية التي لا بد أن يتعرض لها كل إنسان، وهي: النوم والنسيان. وعوارض الأهلية التي قد تحدث للإنسان، وقد لا تحدث وهي: السفه، والجنون.

٣- عوارض الأهلية تنقسم هنا من حيث الأثر، وهي عدة أنواع :

أولاً : عوارض الأهلية التي تجعل الإنسان يفقد أهلية الأداء، وهي: الجنون.

ثانياً : عوارض الأهلية التي تنقص أهلية الإنسان، وهي: العته والسفه^(١٣٦).

هناك خلاف بين فقهاء الشرع الإسلامي على تقسيمات عوارض الأهلية، ولكن هذا الخلاف يمكن أن يزول إذا تم الوقوف على الطبيعة الشرعية لعوارض الأهلية، فكما مر معنا سابقاً أن العارض هو الأمر الطارئ الذي يعترض قيام الشيء، فإذا يجب أن تكون عوارض الأهلية أموراً طارئة، وغير متوقعة للإنسان الطبيعي. وحيث إن أهلية الأداء هي : هي صلاحية الشخص لأن يقوم بمباشرة حقوقه المكلف بها شرعاً

(1) عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص ٢٣.

وممارسة سلطة المباشرة على أعماله وتصرفاته. وكنا قد تحدثنا أن أهلية الأداء تدور وجوداً وعدمًا مع الإدراك والتمييز. وإن مظاهر الإدراك لدى الفرد هي العقل والرشد والبلوغ.

ولابد من معرفة طبيعة الأهلية في ذاتها، حيث أجمع الفقهاء على أن الأهلية هي "صفة لاصقة بالشخص تجعله صالحاً لأن يباشر بنفسه تصرفاته على وجه يعتبره شرعاً، نظراً لكمال تمييزه عن عقل أو عن عقل ورشد" (١٣٧).

لذلك لابد أن يكون هناك أمر طارئ يعطل الطبيعة الشرعية للأهلية، ويكون ذلك العارض إما باعتراض العقل، وإما باعتراض الرشد حتى يؤدي هذا العارض إلى أهلية الأداء الناقصة أو القاصرة، وإما أن يؤدي هذا العارض إلى انعدام أهلية الأداء.

لذلك لابد من دراسة عوارض الأهلية السابقة جميعها وذلك بدراسة مدى ارتباط العوارض السابقة بطبيعة أهلية الأداء. وسوف يتم البحث بذكر العوارض الواردة بالفقه الإسلامي ومقارنتها مع النظام القانوني.

(٢) حسين النوري، مرجع سابق، ص ٩٤.

المبحث الأول: الجنون كعارض من عوارض أهلية الأداء

يعتبر الجنون من عوارض الأهلية، وكما مر معنا سابقاً أن مناط أهلية الأداء هو العقل، وكذلك أن التكاليف الشرعية لا تكون ملزمة إلا للإنسان العاقل، فالعقل هو أساس أهلية الأداء لدى الإنسان، والجنون يعتبر من الأمراض المؤثرة على العقل، لذلك اعتبره الفقه الإسلامي من عوارض الأهلية.

الجنون باللغة : هو أن الشخص المجنون عكس الإنسان العاقل، ولذلك فيقال جن عليه الليل، أي أحاط به الظلام. والمجنون هو الشخص الذي اختل عقله^(١٣٨). أما التعريف الفقهي فهو "ان المجنون هو الشخص الذي أصيب في عقله، بحيث لم يعد يميز بين الأمور الحسنة والقبیحة"^(١٣٩).

وطبيعة الإنسان الخلقية أن الله عز وجل قد كرم بني آدم وأحسن خلقه، جعل فيه من الخصائص والأوصاف ما يجعله قادراً على ممارسة حياته، لذلك اوجد الخالق الحواس الكاملة للإنسان وهذه الحواس إما أن تكون ظاهرة مثل حاسة النظر والتذوق والسمع والشم. وهناك حواس خفية لا تكون ظاهرة، وهي القدرة العقلية، والقدرة على الحفظ وقدرة الاختيار. ومع ذلك إن الله عز وجل خلق الناس، وأنعم عليهم بهذه القدرات، إلا أنه احتفظ لنفسه عز وجل بالحق بإعطاء هذه النعمة وأخذها لأنه هو القادر على كل شيء، فالإنسان قد يولد كامل الحواس الظاهرة والباطنة، وقد يولد

(١) الغزالي، معارج القدس في معرفة النفس، مطبعة السعادة، القاهرة، ص ١٧٣.

(٢) عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص ٢٥.

فاقداً لبعض الحواس الظاهرة، وكامل الحواس الباطنة، وقد يولد كامل الحواس الظاهرة وفاقداً لبعض الحواس الباطنة، لذلك نجد إنساناً يولد فاقد البصر، ونجد إنساناً يولد مبصراً وبعد ذلك يفقد بصره. وكذلك الأمر قد نجد إنساناً يولد عاقلاً وبعد فترة من الزمن نجده يفقد عقله. فإله عز وجل هو المعطي الوهاب للإنسان وهو على كل شيء قدير.

لذلك نجد أن التكاليف الشرعية مستندة إلى قدرة الإنسان، فعندما يولد إنسان فاقد العقل فلا يكون ملزماً بالتكاليف الشرعية، وعندما يولد الإنسان عاقلاً يبقى ملزماً بها إلى أن يصبح فاقداً لعقله، فلا يكون ملزماً بها فإذا أخذ الله عز وجل ما أوهب للعبد سقط عنه ما أوجب عليه^(١٤٠).

لذلك لا يوجد للإنسان فاقد العقل أهلية أداء، ويعتبر الإنسان المجنون عديم الأهلية كونه ليس لديه تمييز، وليس لديه وعي وإدراك لما يقوم به من تصرفات. واعتبر الفقه أن فاقد الأهلية بالجنون يسقط عنه العقوبة البدنية فالقاتل المجنون لا يقوم عليه الحد. وتعتبر تصرفاته باطلة بطلاناً تاماً وتكون تصرفاته بحكم تصرفات الصغير غير المميز.

وقد أجمع الفقهاء على تقسيم الجنون إلى نوعين: مطبق، ومتقطع.

النوع الأول : الجنون المطبق: ويكون ذلك في حالتين الأولى: عندما يولد الإنسان فاقداً لعقله، يكون الجنون لدى الإنسان في هذه الحالة موجوداً أصلاً، بذلك يولد

(١) عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص ٢٥.

مختلاً، ولا يبرأ من اختلال عقله مع أنه يولد كامل الجسم إلا أن عقله لا ينمو، ويبقى غير واعٍ، ولا يدرك ولا يميز، وتكون أفعاله دالة على حالته من خلال حالته التي يولد عليها، ويبقى كذلك إلى أن يتوفى. الحالة الثانية: إصابته بالجنون ويستمر معه فترة من الزمن، بحيث تكون سمة ظاهرة عند الشخص. وتكون حالة شائعة يعرف ويوصف بها الشخص بحيث تنعكس على شخصه ويعرف من خلالها أن هذا الشخص لديه حالة من عدم الاتزان في التصرفات جراء إصابته بالجنون.

النوع الثاني : الجنون المتقطع، وفي حالة هذا الجنون يولد الإنسان كامل الخلق وصحيح العقل، إلا انه يفقد عقله في فترة من الزمن إلى الأبد أو بشكل متقطع على فترات، وهنا يولد الإنسان ومعه أصل العقل، ولكن يحدث له أمر طارئ يفقده عقله، وبذلك يكون هذا العارض جزئياً، وليس كلياً.

واعتمد الفقه على معيار الزمن للتفريق بين الجنون المطبق والمتقطع، فعندما يستمر لمدة شهر فأكثر وهو في حالة الجنون يكون الجنون مطبقاً كلياً، أما إذا استمر أقل من شهر فيكون في حالة جنون متقطع^(٤١).

المطلب الأول: الجنون كعارض لأهلية الأداء في مجلة الأحكام العدلية

نجد أن مجلة الأحكام العدلية نصت على الجنون في الكتاب التاسع، في باب الحجر والإكراه. واعتبرت أن الجنون من عوارض أهلية الأداء للشخص، وجاءت النصوص القانونية كالتالي : المادة (٩٤٤) "المجنون على قسمين أحدهما المطبق، وهو الذي

(٤١) أبو زهرة، مرجع سابق، ص ٤٧٣.

يستوعب جنونه جميع أوقاته، والثاني المجنون غير المطبق الذي يكون في بعض الأوقات مجنوناً ويفيق في بعضها الآخر". وجاء نص المادة (٩٥١) "الصغير والمجنون والمعتوه محجوران أصلاً"^(١٤٢).

إن المجلة قد وضعت حالة الشخص المجنون في قسمين: المطبق، وغير المطبق. أما من حيث حكم التصرفات الصادرة عن الشخص وهو في حالة الجنون، نلاحظ النصوص القانونية من المجلة المادة (٩٧٩) "المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز"، والمادة (٩٨٠) "تصرفات المجنون غير المطبق في حال إفاقته كتصرفات العاقل".

نجد أن المجلة قامت على التفريق بالحكم على التصرفات الصادرة من المجنون المطبق، وغير المطبق. فعندما يكون الشخص في حالة جنون مطبق تكون تصرفاته باطلة كونه في حكم الصغير غير المميز. وكما نعلم أن الصغير غير المميز، لا يتمتع بأهلية أداء وتكون جميع تصرفاته القانونية باطلة.

أما المجنون المتقطع فاعتبرت أنه في حالة الإفاقة تكون تصرفاته صحيحة، وبمثابة التصرفات الصادرة عن شخص عاقل، وعندما تنتابه حالة الجنون تكون تصرفاته باطلة. وهنا يرى الباحث أن هذا المعيار غير واضح وغير دقيق فعندما نجد أن نصوص المجلة اعتبرت المجنون كأصل عام محجوراً عليه بذاته، فما الوسيلة التي تستطيع أن تتعامل بها مع هذا المجنون فتحكم عليه أنه في حالة إفاقة أم جنون؟

(١٤٢) مجلة الأحكام العدلية، الناشر مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٩٩٩.

المطلب الثاني: الجنون كعارض من عوارض الأهلية في النظام القانوني المصري

لابد لنا من استعراض نصوص القانون المدني المصري للوقوف على حالة الجنون لاعتبارها من عوارض الأهلية.

المادة (٤٥) : " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون".

المادة (١١٣) : " المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة، وترفع الحجر عنهم، وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون"

وهذه المادة تطابق المادة (١١٣) من القانون المدني الليبي، والمادة (١١٥) من القانون المدني السوري.

المادة (١١٤):

١- "يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر"

٢- "أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد. أو كان الطرف الآخر على بينة منها^(١٤٣)".

(١٤٣) القانون المدني المصري، سنة ١٩٤٨.

نجد أن النظام القانوني المصري اعتبر الجنون من عوارض الأهلية، وتكون تصرفات المجنون كتصرفات الصغير فاقد التمييز، وهي حالة الصغير غير المميز. لذلك تكون تصرفات المجنون باطلة لعدم أهليته القانونية لممارسة الأداء. ويلاحظ أن المشرع لم يضع تعريفاً لحالة الجنون، بل ترك الأمر لتقدير المحكمة، والمحكمة بدورها سوف تحيل الأمر إلى الأطباء أصحاب الاختصاص. وعدم وجود تعريف هو الأفضل من الناحية القانونية، لأن وجود التعريفات هي من اختصاص الفقه وليس القواعد القانونية.

ومن خلال النصوص السابقة نلاحظ أنها وضعت ضوابط وقيوداً لاعتبار الفرد لا يملك أهلية الأداء الكاملة بسبب حالة الجنون لديه. ويجب أن تكون هذه الضوابط مجتمعة لحرمان الشخص من الأهلية وهي :

١- أن يكون الفرد في حالة من الجنون.

٢- يجب أن يصدر قرارٌ بالحجر على الشخص المجنون، بحيث تكون جميع تصرفاته باطلة بعد الحجر عليه.

مما سبق نجد أن النظام القانوني المصري قريب من النظام القانوني الفرنسي، وذلك من حيث اشتراط صدور قرار الحجر ولكن هنا تثار عدة تساؤلات وهي: ما مدى أهلية المجنون قبل وبعد صدور قرار الحجر عليه؟ وكذلك ما مدى أهلية المجنون إذا لم يقع عليه قرار بالحجر؟

أولاً: مدى أهلية الأداء للشخص المجنون قبل الحجر عليه في القانون المصري

إن الحجر على الشخص المجنون يتطلب إصدار قراراً بذلك، لاعتبار الشخص غير قادر على ممارسة الأهلية القانونية، والقواعد القانونية تقتضي أن يصدر القرار القضائي منتجاً لأثره من تاريخ صدوره، إلا أننا هنا أمام وضع قانوني يسمح للقضاء بالتدخل وإصدار القرار بإبطال التصرفات السابقة للشخص المجنون، وذلك من خلال نص المادة (١١٤) فقرة (٢) "أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد. أو كان الطرف الآخر على بينة منها".

وبهذا النص تقوم السلطة للقضاء بتقرير البطلان للتصرفات السابقة، وذلك على سبيل الاستثناء وبحالات هي:

١- أن يستطيع الطرف الآخر إثبات حالة الجنون لدى الشخص وقت التصرف.
ويجب أن يكون الشخص وقتها في حالة جنون شائعة، أي يكون في حالة جنون عام وملاحظ لدى الناس.

٢- أن تكون حالة الجنون معروفة للطرف الآخر.

وهنا يثار الخلاف إذا لم تكن حالة الجنون ظاهرة للطرف الآخر؟

يرى شراح القانون المصري أن التصرف الصادر عن المجنون في هذه الحالة يكون

صحيحاً وذلك استناداً لنظرية الإرادة الظاهرة، واستناداً إلى نظرية الثقة^(١٤٤).

إلا أن هناك جانباً من الفقه القانوني المصري خالف الرأي السابق، وذلك باعتبار أن

المشرع المصري سهل الأمر لبطلان التصرف إذا ثبت أن هناك حالة من الجنون

لدى الشخص، ولأن الإرادة هي ركن من أركان التصرف القانوني الذي يستلزم خلوها

من أي عارض يعيق صحتها وقت التصرف وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار صعوبة

إثبات ذلك^(١٤٥).

ثانياً : مدى أهلية الأداء للشخص المجنون بعد الحجر عليه في النظام القانوني

المصري

إذا صدر قرار الحجر على الشخص المجنون تكون تصرفاته الصادرة بعد قرار

الحجر باطلة، وذلك من المادة (١١٤) فقرة (١) "يقع باطلاً تصرف المجنون

والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر".

من ذلك أن الشخص الذي يصدر بحقه قرار الحجر تكون جميع تصرفاته باطلة،

ويكون بحكم الشخص عديم التمييز، ويكتسب القرار بالحجر حجية الأمر المقضي

به لعدة أسباب وهي :

^(١٤٤) السنهوري، مرجع سابق، ص ٢٥٠.

^(١٤٥) عباس النوري، مرجع سابق، ص ١٣٤.

١- إن قرار الحجر صادر عن سلطة قضائية.

٢- إنه لا يمكن الاعتذار بالجهل بقرار المحكمة.

٣- إن قواعد الأهلية من النظام العام، ومن القواعد القانونية الملزمة التي لا

يمكن إثبات عكسها^(١٤٦).

ثالثاً : مدى أهلية الأداء للشخص المجنون إذا لم يقع عليه قرار الحجر في النظام

القانوني المصري

مما سبق نجد أن القانون المصري اشترط إصدار القرار بالحجر على الشخص

المجنون لاعتراض أهلية الأداء لديه. ويمكن تقرير بطلان تصرفات المجنون إذا

توافرت الشروط المنصوص عليها بالمادة (٢/١١٤) من القانون المصري حيث جاء

النص "أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت

حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها".

وهذه الحالة تتطلب عدة شروط كونه لا يوجد قرار بالحجر على الشخص وهي :

١- إثبات جنون الشخص وقت التصرف.

٢- إثبات شيوع الجنون.

٣- يقع عبء إثبات الجنون على مدعي البطلان، ويجب أن يكون الإثبات على

وقوع الجنون لحظة التصرف، سواء أكان يعلم به أم لا يعلم به.

^(١٤٦) شفيق شحاته، مرجع سابق، ص ٨٥.

المطلب الثالث: الجنون كعارض من عوارض أهلية الأداء في القانون المدني الأردني

نصت المادة (٤٤) من القانون المدني الأردني على: ١. "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون"، المادة (١٢٧) - ١ "الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم"^(١٤٧) - وهذه المادة تطابق المادة (٩٤) من القانون المدني العراقي - المادة (١٢٨) - (٢) "المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز. أما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حال إفاقته كتصرف العاقل".

لم يضع المشرع الأردني تعريفاً للجنون وإنما ترك مسألة تحديد الجنون للقضاء، الذي بدوره يحيل الموضوع لأهل الاختصاص من الأطباء، لأن وضع التعريف من اختصاص الفقه وليس من اختصاص القانون.

ونجد أن القانون الأردني قد ساوى بين تصرفات المجنون والصغير فاقد التمييز، حيث تعتبر جميع التصرفات الصادرة عنهما باطلة بطلاناً مطلقاً بسبب إنعدام الأهلية القانونية لممارسة الأداء.

واعتبر المشرع الأردني أن المجنون محجورٌ عليه لذاته، دون حاجة لإصدار قرار بالحجر عليه وتكون جميع تصرفاته باطلة. وقد تأثر القانون الأردني بمجلة الأحكام

(١٤٧) القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١، أعد المكتب الفني، نقابة المحامين، عمان، المحامي طارق شفيق نبيل.

العدلية، حيث فرّق ما بين حالة الجنون المطبق والجنون غير المطبق. وبذلك يتفق

مع مجلة الأحكام العدلية، ويطابق بذلك قانون الموجبات اللبناني⁽¹⁾.

في ضوء هذه التقسيمات فإن أهلية الأداء للمجنون تنقسم إلى قسمين:

الأول: أهلية الأداء المعدومة: وتكون في حالة المجنون جنوناً مطبقاً أي أن الشخص

في حالة جنون عام، ولا يفيق من جنونه فتكون تصرفاته بحكم الصغير غير المميز،

وتكون بذلك باطلة.

الثاني: أهلية الأداء القانونية: في حالة الشخص المجنون جنوناً متقطعاً، في فترة

إفاقته من جنونه له الأهلية القانونية وبذلك تعتبر تصرفاته نافذة وصحيحة كتصرفات

الشخص العاقل.

ولا يوجد معيار قانوني لتحديد ممارسة الشخص للتصرف أهو في حالة الإفاقة؟ أم

في حالة الجنون؟ وإنما ترك الأمر لتقدير المحكمة للنظر بظروف المسألة

المعروضة أمامها من خلال ظروف الحالة وبذلك مسألة إثبات من أطراف الدعوى،

ورغم صحة تصرفات المجنون وقت إفاقته إلا أنه يجب أن يكون الشخص المجنون

قد بلغ سن الرشد حتى تكون تصرفاته صحيحة ونافذة. وبخلاف ذلك فإنه ينظر إلى

معيار السن أولاً، بحيث يجب أن يصدر عنه التصرف وهو بالغ السن القانونية، أما

إذا صدر التصرف من الشخص المجنون وقت أفاقته وهو لم يبلغ سن الرشد فتخضع

أهلية الأداء لديه إلى الفترة الزمنية التي بلغها من عمره، فإن كان بلغ سن التمييز

(1) صبجي محمضاني، مرجع سابق، ٣٧١

فتكون تصرفاته موقوفه وتأخذ حكم تصرفات الصغير المميز، أما إذا لم يبلغ سن التمييز فتكون تصرفاته باطلة حتى وإن كان قد أفاق من جنونه" (١٤٨).

أن الجنون يرتبط بأهلية الأداء، ويعتبر من العوارض الرئيسية التي تمنع تمام أهلية الشخص للتصرف، لذلك نجد أن النظام القانوني بشكل عام يطابق الفقه الإسلامي من حيث اعتبار الجنون من عوارض الأهلية القانونية. والجنون بمفهوم النظام القانوني يتسع في دلالاته القانونية للأمراض العقلية التي تصيب الإنسان، وذلك لأن الجنون متروك الرأي به لرأي الأطباء لتقدير هل الشخص في حالة جنون؟ أم لا؟ ويتساوى الحكم في حالة الجنون التام (المطبق)، والجنون الناقص (المتقطع). وقد استقر القضاء على: "أن الخبرة في كشف الجنون أو العته في شخص البائع لا تتحقق إلا بالمعاينة الطبية وعليه فإن رفض المحكمة لإجراء الخبرة في كشف الجنون على البائع بسبب وفاته متفق والقانون" (١٤٩).

وبما أن الطب هو صاحب القول الفصل في حالة الجنون لا بد من استعراض الجنون من وجهة نظر الأطباء وهي:

(١٤٨) عباس الصراف وجورج حزبون، مرجع سابق، ص ١٥٧.

(٢) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ١٩٨٦/٧٧١، تاريخ ١٩/١١/١٩٨٦، المنشور على الصفحة ٣٠٤ مجلة نقابة المحامين، لسنة ١٩٨٧م.

يرى الأطباء أن مصطلح الجنون هو: "عدم قدرة الشخص على التوفيق بين افكاره وشعوره، وبين ما يحيط به لأسباب عقلية"⁽¹⁾ وبذلك يطلق الجنون على جميع الأمراض المؤدية إلى اختلال العقل، ويعتبر العقل (المخ) هو المركز المسيطر للإنسان، وهو مصدر العقل والجنون على حد سواء. ولذلك تتسع دلالة الجنون إلى الأمراض التي تصيب عقل الإنسان سواء أكانت أمراض خلقية أم عرضية، وذلك بضم الجنون للأمراض العصبية التي تجعل الشخص لا يدرك كنه ما يفعل ومثالها: الصرع، والهستيريا وازدواج الشخصية.

(1) السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، الطبقة الثانية ١٩٥٣، مكتبة النهضة، مصر، ص ٤٥٦.

المبحث الثاني : العته كعارض من عوارض أهلية الأداء

العته باللغة: يقصد به نقص العقل، وكذلك يطلق مصطلح العته باللغة على الشخص المدهوش دون أن يكون به جنون، ويطلق العته على الشخص ناقص العقل.⁽¹⁾

أما في الفقه: فهناك الكثير من التعريفات أهمها، "ضعف في العقل يعدمه الإدراك ويصحبه هدوء"⁽²⁾، وبتعريف آخر هو: "قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير"⁽³⁾. وآخر هو "آفة توجب خللاً في العقل فيصير صاحبه مختلط الكلام يشبه بعض كلامه كلام العقلاء، وبعضه كلام المجانين، وكذلك سائر أموره. فكما أن الجنون يشبه أول أحوال الصبا في عدم العقل، يشبه العته آخر أحوال الصبا في وجود أصل العقل مع تمكن خلل فيه. فكما ألحق الصبا بأول أحوال الصغير في الأحكام ألحق العته بآخر أحوال الصبا في جميع الأحكام"⁽⁴⁾.

والفقه الإسلامي أنقسم إلى قسمين في العته فاعتبر أن حالة العته عندما تصيب الإنسان تكون بإحدى حالتين:

(1) ابن منظور، مرجع سابق، ص ٢٥٥.

(2) أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٦٩٧.

(3) الزميلي، التبيين، مرجع سابق، ص ١٩١.

(4) علي بن محمد البرزوي، كشف الأسراء، مطبعة الحلبي، مصر، ١٩٥٠، ج ٣، ص ١٣٩٤.

القسم الأول: حالة المعتوه الذي لا يستطيع أن يدرك ويعقل شيئاً، ويكون بحالة هدوء تام، وهذه الحالة تأخذ حكم المجنون، وحكم الصغير غير المميز لذلك اعتبروا أن المعتوه في هذه الحالة يكون معدوم العقل ومعدوم الإدراك.

القسم الثاني: حالة المعتوه: عندما يقع الإنسان في حالة الخطأ في تقدير الأمور، وهو بذلك لا يحسن الإدراك أو الفهم أو التمييز، ويكون بذات الوقت لديه القدرة على شيء من التمييز، لذلك يأخذ حكم الصغير المميز في التصرفات الصادرة عنه، كونه يدرك الأشياء ولا يحسن التصرف في ممارسة الأداء.⁽¹⁾ إلا أنه يوجد شبه إجماع لدى المذاهب كافة والآراء الفقهية على أن العته يعرف: "أن العته يطلق على الشخص قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير"⁽²⁾.

المطلب الأول: الفرق ما بين العته والجنون في الفقه الإسلامي

اعتمد الفقه الإسلامي عدة ضوابط للتفريق ما بين العته والجنون على النحو التالي:⁽³⁾

١. إن العته هو من مراتب مرحلة الجنون لذلك اعتبروا أن العته نوع من درجات الجنون، ولا تصل إلى حد الجنون الكامل للشخص، وإنهما يختلفان بالدرجة إلا أنهما ينتقان من حيث النتيجة، وهي زهاب العقل والإدراك.

(1) الزبيدة، مرجع سابق، ص ١٤٤.

(2) مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، ١٩٦٨، القاهرة، ج٢، ص ٨٠.

(3) علي بن محمد البزدوي، مرجع سابق، ص ١٣٩٥.

٢. من حيث الظاهر يختلف العته عن الجنون، فالشخص المعتوه لا يظهر على تصرفاته الاضطراب والهيجان، بل يبقى الشخص في حالة هدوء، وذلك بخلاف الجنون الذي يظهر على تصرفات الفرد، وذلك أن الشخص المجنون يقوم بتصرفات مضطربة ويرفقها حالة من الهيجان تظهر عليه.

٣. من تأثير الحالة على الشخص إن الجنون يفقد العقل كلياً، وينعكس ذلك على تصرفاته بينما العته ينقص العقل، ويضعفه، ولا يصل إلى مرحلة فقدان العقل.

٤. من حيث الحجر: يرى الفقه أن هناك فرقاً بين العته والجنون من حيث أن الشخص المعتوه لا يحجر عليه وهذا الرأي الراجح عند المذهب الحنفي^(١)، بخلاف الشخص المجنون الذي يتم الحجر عليه بسبب حالة الجنون المصاب بها، ولعدم قدرته على الإدراك والتمييز.

٥. إن المعتوه إما أن يكون مميزاً أو غير مميز بخلاف الجنون، يعتبر الشخص دائماً في حالة الجنون فاقداً للتمييز.

المطلب الثاني: العته كعارض من عوارض الأهلية في النظام القانوني

أولاً: في القانون الروماني

في بداية الأمر لم يتعرض القانون الروماني إلى العوارض التي تصيب عقل الإنسان، إلا الجنون باعتباره من أهم عوارض الأهلية التي تؤثر في أهلية الأداء للشخص ولم يرد في قانون الألواح الاثني عشر إلا الجنون. وفي عهد الإمبراطور

(١) المبسوط، ج ٢٤، ص ١٥٦، مرجع سابق.

جستتيان ورد بالمدونة حالات الضعف العقلي العته والغفلة. وبالمادة (٢٣) من المدونة "المجانين والسفهاء وإن تجاوزوا الخامسة والعشرين يكونوا أيضاً تحت قوامة عصبتهم بمقتضى شريعة الألواح الأثني عشر ... جميع المعتوهين والصم والبكم يجب تعيين قوأم لهم، لعدم قدرتهم على النظر في شؤون أنفسهم".

لذلك اعتبر النظام القانون الروماني أن الشخص المعتوه لا يكون لديه القدرة على ممارسة أعماله بذاته، ولذا لا بد من وجود قيمٍ للحفاظ عليه لعدم ضياع أمواله، ولحماية الغير من تصرفاته⁽²⁾. وتكون تصرفات المعتوه باطلة، ولا يمكن أن تلحقها الإجازة من القيم. ووجد كذلك إلى جانب قوامة العصبية، القوامة القضائية وبجميع الأحوال يجب موافقة الحاكم على القوامة، سواء أكانت قوامة من عصبته، أم قوامة قضائية من الغير.⁽¹⁾

ثانياً : العته كعارض من عوارض الأهلية في القانون الفرنسي

اعتبر النظام القانوني الفرنسي أن حالة الشخص المعتوه تكون من الأسباب المؤدية إلى عوارض الأهلية القانونية. وقد ألحقها من حيث الحكم بالجنون واعتبر شراح القانون الفرنسي أن البله⁽²⁾: هو ضعف في الملكة العقلية وأن العته والجنون يؤديان إلى فقدان العقل بالكامل. واعتبروا أنه لا يوجد فرق بين هذه العوارض لأنها جميعها

⁽²⁾ عمر ممدوح مصطفى / الفقه عند الرومان / مجلة الحقوق للبحث القانونية والاقتصادية / السنة الثامنة / العدد الثالث / سبتمبر ١٩٤٨.

⁽¹⁾ بدر والبدراوي / مرجع سابق / ١٣٤.

⁽²⁾ عباس النوري / مرجع سابق ص ١٢١.

تصيب العقل. وجميعها تؤدي إلى الحجر على الشخص، وتقدير الحالة يكون من صلاحية القضاء هو صاحب الاختصاص في تقدير حالة الشخص، هل لديه مشكلة عقلية تمنعه من التصرف، لذلك اعتبروا أن تقسيم الأمراض العقلية ليس له فائدة من الناحية القانونية. ومع ذلك فإنه يوجد فروق بسيطة بين هذه العوارض، وذلك من حيث الحجر على النحو التالي:

إن الحجر على الشخص المعتوه والأبله يأخذ نفس الحكم الوارد بالحجر على الشخص المجنون، فهم لا يكونون محجورين لذاتهم، بل لابد من إصدار قرار بالحجر عليهم، وقرار الحجر هو القرينة القاطعة الدالة على نقص الأهلية القانونية للشخص.

والاختلاف هو من له الحق بطلب الحجر على الشخص الأبله أو المعتوه، فليس للنيابة العامة الحق بطلب الحجر على الشخص الأبله أو المعتوه من ذاتها بل لابد من طلب من أقارب الشخص أو الزوج أو الزوجة، وهذا بخلاف حالة الجنون، التي يكون للنيابة الحق في طلب الحجر على الشخص المجنون حتى وإن لم يطلب ذلك أحد من أقاربه، وهذا هو الفرق الوحيد بين هذه العوارض أما الأحكام الأخرى فهي واحدة في جميع العوارض.⁽¹⁾

(1) عباس النوري، المرجع السابق، ص ١٢٢.

ثالثاً : العته كعارض من عوارض الأهلية في النظام القانوني الإسلامي

لقد ورد العته كعارض من عوارض الأهلية في مجلة الأحكام العدلية حيث جاءت النصوص على النحو التالي:

المادة (٩٤٥) - (١): "المعتوه هو الذي اختل شعوره بأن كان فهمه قليلاً، وكلامه مختلطاً، وتدبيره فاسداً"، والمادة (٩٥٧): "الصغير والمجنون والمعتوه محجورون أصلاً". والمادة (٩٧٨) - (١): "المعتوه في حكم الصغير المميز"^(٢).

نلاحظ أن مجلة الأحكام العدلية قد جاءت على تعريف حالة الشخص المعتوه، ومع أننا نتحفظ على ورود التعريفات داخل النصوص القانونية لأن ذلك من اختصاص الفقه، وليست من اختصاص القانون واعتبرت أن المعتوه يأخذ حكم المجنون من حيث الحجر، ولا يأخذ الحكم نفسه من حيث الأثر القانوني للتصرف، وذلك أن المجنون والمعتوه محجور عليهما لذاتهما ولا يوجد حاجة لإصدار قرار بالحجر عليهما. أما الخلاف بأثر التصرف، فاعتبرت أن تصرفات المجنون معدومة وباطلة كونها ألحقتها بتصرفات الصغير غير المميز حكماً.

أما تصرفات المعتوه فلا تكون معدومة وباطلة، بل تأخذ حكم تصرفات الصغير المميز، وبذلك تكون تصرفاته صحيحة إذا كان بها نفع له، وباطلة إذا لم يكن بها نفع له وتكون موقوفة إذا كانت دائرة بين النفع والضرر^(٣).

^(٢) مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق.

^(٣) صبحي محمصاني، مرجع سابق، ص ٣٧٢.

وبذلك اعتبروا المعتوه أنه ناقص العقل وليس عديم العقل كالمجنون.

رابعاً : العته بالنظام القانوني المصري وما يماثله، كعارض لأهلية الأداء

لم يفرق القانون المدني المصري بين الجنون والعته في الحكم القانوني للتصرفات وجاءت النصوص القانونية على التالي:

المادة (٤٥) . (١): "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون" والمادة - (١١٣) "المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة....."، والمادة (١١٤) . (١) "يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر"، (٢) "أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها".^(١)

هذه النصوص القانونية اعتبرت أن حالة الشخص المعتوه مطابقة لحالة الشخص المجنون إلا أن شراح القانون المصري جعلوا هناك بعض الفروق التي عمدوا إلى ذكرها وذلك من حيث إن حالة الشخص المجنون يكون في حالة هيجان، وحالة الشخص المعتوه يكون بحالة هدوء. وكذلك هناك فرق في الحالة قبل صدور الحكم بالحجر على الشخص المعتوه، إذا لم يكن في حالة شائعة من العته وهي المفهوم المخالف لنص المادة (١١٤،٢) وهنا يفرق الفقه بين حالة المعتوه المميز والمعتوه غير المميز قبل صدور قرار الحجر. فالمعتوه غير المميز يلحق بالحكم بتصرفات

^(١) القانون المدني المصري.

الصغير غير المميز، والمعتوه المميز يلحق بالحكم بتصرفات الصغير المميز، وذلك لاعتبار أن الشخص المعتوه غير المحجور عليه لا يعتبر عديم الأهلية القانونية. ولا يمكن الطعن بالتصرفات القانونية الصادرة منه إلا وفقاً للقواعد العامة القانونية المنظمة للتصرف، فإذا كان الشخص المعتوه في سن الصغير غير المميز قبل الحجر عليه فيأخذ حكم تصرفات الصغير غير المميز ولا تكون له أهلية أداء للتصرف، بل يكون عديم الأهلية القانونية للتصرف وذلك لانهايار ركن من أركان التصرف، وتكون جميع التصرفات الصادرة منه باطلة. أما التصرفات الصادرة عن الشخص المعتوه المميز قبل الحجر ولم يكن في حالة شائعة فلا يمكن اعتبارها تصرفات صادرة عن شخص لديه عارض من عوارض الأهلية، لأن عوارض الأهلية يجب النص عليها قانوناً والقانون المصري لم ينص على حالة المعتوه المميز غير المحجور عليه، وبالتالي يكون هذا التصرف صحيحاً. وما دام لم ينص عليها يتم الرجوع في حكم هذه الحالة إلى الشريعة الإسلامية التي تشكل مصدراً من مصادر القانون المصري وبذلك يتم إلحاق تصرفات المميز غير المحجور عليه بتصرفات الصغير المميز من حيث الحكم.⁽¹⁾

إلا أن هناك فريقاً من شراح القانون المصري يقول غير ذلك، لا يوجد فرق في تصرفات الشخص المعتوه سواء أكان ذلك التصرف قبل قرار الحجر أم بعده، فتقع جميعها باطلة، وذلك استناداً لظاهر النصوص القانونية السابقة التي جاء بها لفظ

(1) السنهوري / الوسيط / مرجع سابق / ص ٢٨٠ وسليمان مرقس / المدخل للقانون / ص ٣٩٥.

"المعتوه" و"العته" باللفظ العام للمصطلح، لم يحدد أو يفرق بين المعتوه المميز والمعتوه غير المميز. لذلك تأخذ تصرفات المعتوه الحكم الوارد بها بموجب النصوص القانونية⁽²⁾.

ويرى الباحث أن الرأي الثاني هو الأقرب للصواب وذلك استناداً لظاهر النصوص القانونية، ولعدم جواز التوسع في تفسير النصوص القانونية الأمر الذي يؤدي إلى التناقض بالأحكام، وعدم استقرارها، ولذلك فإن الحكم العام أن النظام القانوني المصري وما شابهه من الأنظمة القانونية، مثل القانون السوري والليبي قد ألحق حالة الشخص المعتوه بحالة الشخص المجنون حكماً، واعتبرت التصرفات الصادرة بحكم التصرفات الصادرة عن الصغير غير المميز، وبذلك لا تكون للشخص المعتوه أهلية أداء، بل يكون لديه عارض يمنعه من ممارسة الأداء وهو العته. وبذلك نحيل الأحكام الأخرى للمعتوه للأحكام التي سبق توضيحها في حالة الجنون سابقاً من هذا البحث.

خامساً : العته كعارض من عوارض الأهلية بالقانون الأردني

لم يضع القانون المدني الأردني تعريفاً للشخص المعتوه وكذلك القانون المدني العراقي، وهذا يتوافق مع القواعد القانونية العامة التي تحيل التعريفات إلى الفقه. وبذلك جعل الأمر في تقدير حالة العته إلى القضاء الذي بدوره يترك الأمر لتقديرات

⁽²⁾ عباس النوري / مرجع سابق ١٢٦.

أهل الخبرة والاختصاص من الأطباء وعلماء النفس فيكون الحكم لهم في تقدير حالة الشخص هل هو معتوه أم لا؟.

ولا بد من استعراض النصوص القانونية: المادة (٤٤) من القانون المدني الأردني (١) "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون".

المادة (١٢٧) - (١): "الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم" وهذه المادة تطابق مجلة الأحكام العدلية، وقانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني العراقي المادة (٩٤).

تنص المادة (١٢٨) - ١ من القانون المدني الأردني "المعتوه هو في حكم الصغير المميز"^(١). مما سبق نلاحظ أن النظام القانوني الأردني والعراقي واللبناني اعتبروا أن المعتوه محجور عليه لذاته، ولا يحتاج إلى إصدار قرار بالحجر عليه بخلاف القانون المدني المصري والسوري الذي استلزم إصدار قرار بالحجر عليه.

ويؤخذ على النظام القانوني الأردني أنه قد ساوى بين حالة الجنون وحالة المعتوه، إلا أن حالة الجنون في الغالب تكون ظاهرة على الشخص، أما حالة الشخص المعتوه تكون في الغالب غير ظاهرة كونه يكون في حالة من الهدوء، لذلك يصعب على الطرف الآخر معرفة أن قبيله في حالة من العته، لذلك يفضل أن لا يكون المعتوه

(١) القانون المدني الأردني.

مجبوراً عليه لذاته بل لا بد أن يرتبط اعتبار الشخص معتوهاً بقرار يصدر من المحكمة يحجر عليه بسبب العته.⁽¹⁾

ونلاحظ أن المشرع الأردني وقع في حالة من عدم الانسجام، والتوافق التشريعي، ففي المادة (٤٤) اعتبر أن المعتوه غير أهل للتصرف ووضعه في حكم المجنون، والصغير عديم التمييز، في حين أنه وفي المادة (١٢٨) وضع نص خاص وقال أن المعتوه يأخذ حكم الصغير المميز...، وهذا التناقض يؤدي إلى اختلاف الحكم بشأن التصرفات الصادرة عن الشخص المعتوه وذلك لاختلاف الأثر المترتب على تصرفات الصغير غير المميز، والتي تأخذ حكم البطلان وتصرفات الصغير المميز التي تأخذ حكم الصحة بالتصرفات النافعة، وتأخذ حكم البطلان في التصرفات الضارة، وتأخذ حكم التصرف الموقوف على الإجازة من الولي والوصي، إذا كانت دائرة بين النفع والضرر.

ويرى الباحث أن نص المادة (٤٤) قد ورد في الباب التمهيدي من القانون المدني الأردني، وهذا الباب في جميع القوانين يحتوي على مبادئ عامة للقانون، بحيث تكون النصوص واردة على سبيل القواعد العامة، وأن نص المادة (١٢٨) ورد بالأحكام الخاصة المنظمة للعقد بشكل خاص وللتصرف بشكل عام. لذلك فإن القاعدة القانونية تقتضي أن النص القانوني الخاص يُقيد النص القانوني العام. ولهذا يكون الحكم هو ما ورد بالمادة (١٢٨) والتي تعتبر المعتوه في حكم الصغير المميز،

⁽¹⁾ عبد القادر الفار / المدخل لدراسة العلوم القانونية / مبادئ القانون / دار الثقافة / عمان / ص ١٨٢.

وهذا يتوافق مع نص المادة (٩٧٨) من مجلة الأحكام العدلية التي تعتبر من مصادر القانون المدني الأردني.

ويلاحظ أن التشريعات المختلفة لم توضح المعيار العام، والضابط الدقيق للعتة من حيث المعنى المعتبر للعتة، ولم تقدم الحكم الواضح على حالة المعتوه وبذلك اختلفت التشريعات في إعطاء الحكم على تصرفات الشخص المعتوه.^(١)

^(١) محمد المحاسنة / مرجع سابق / ص ١٣٥.

المبحث الثالث : النوم والإغماء كعارض لأهلية الأداء

ونبحث هل يعتبر النوم أو الإغماء، عارضاً من عوارض أهلية الأداء؟ سوف يتم بحث ذلك في عدة أوجه: في الفقه الإسلامي وبالنظام القانوني، والحالات العرضية التي ترافق النوم، وفي الإغماء كعارض من عوارض أهلية الأداء، وفي النسيان كعارض لأهلية الأداء.

المطلب الأول : النوم والإغماء كعارض من عوارض الأهلية في الفقه الإسلامي

إلا أن الفقه الإسلامي اعتبر النائم ملزماً بالضمان المالي لما يتلفه وهو نائم، فإذا انقلب النائم على شخص آخر وقتله، فليس عليه عقوبة ولكن يلزم بالضمان وهو الدية، ويكون الفعل صدر عن عدم القصد، وصدور بسبب الثقل وليس القصد^(١٥٠). ويعلل الفقه وجوب الدية، لأن النفس معصومة الدم، وقتلها هنا بغير حق، ويكون جزاء القتل القصاص أو الدية، وبسبب انعدام القصد لانعدام العقل بسبب النوم، لا يكون القصاص وتكون الدية، ويقع على الشخص واجب الكفارة، لأن الإنسان الذي يريد النوم يتوجب عليه أخذ الاحتياطات اللازمة لعدم إضرار الغير. والكفارة والدية لا توجب على النائم إلا بعد أن يستيقظ من نومه^(١٥١). واعتبر الشخص النائم لديه أهلية الوجوب التي تحفظ له ذمته المالية وتحفظ له سلامته في نومه، أما أهلية الأداء لدى النائم، فيلاحظ أن الفقه الإسلامي اعتبر النوم من عوارض أهلية الأداء،

(١٥٠) أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٣٧٦.

(١٥١) المرجع السابق، ص ٣٧٧.

وذلك أن الإنسان عندما يدخل في حالة من النوم تتعطل لديه القدرة على ممارسة الأداء، وتتعطل عنه التكاليفات الشرعية لحين يستيقظ من النوم، وإن الفقه اعتبر حالة الشخص النائم كالشخص عديم التمييز، لأن النوم يكون سبباً في تعطيل العقل لديه فتكون جميع التصرفات الصادرة عنه باطلة، إلا أن الفقه أوجب الضمان المالي على الشخص النائم، وذلك حماية للغير وتشديداً على الشخص النائم حتى يأخذ الاحتياطات اللازمة عندما يريد النوم حتى لا يكون النوم وسيلة للإضرار بالغير لعدم ضمان الفعل الصادر في هذه الحالة.

المطلب الثاني: النوم كعارض من عوارض الأهلية في القانون الأردني

لا يوجد في النظام القانوني المدني نصوص توضح أن النوم يعتبر من عوارض الأهلية القانونية التي تعترض أداء الشخص، وذلك كأصل عام إلا أن المعيار العام لاكتساب الأهلية القانونية لممارسة الأداء تستلزم: الرشد والقدرة على التمييز، وأن التشريعات جعلت التمييز لدى الإنسان يرتبط بسن معينة، وهي: السبع السنوات غالباً، كما بحثنا ذلك سابقاً، وبما أن شروط الأداء والتصرف هي: الرشد والتمييز للوصول إلى الأهلية القانونية من أجل شرعية التصرف، لذلك فإن هذين الشرطين لا يتحققان إذا كان الإنسان في حالة النوم، فالإنسان عندما يخلد إلى النوم ويدخل في حالة من النوم فإنه يصبح عديم الإدراك والتمييز. لذلك لا تكون أية صحة للتصرفات التي تصدر عنه، لأنها تصدر من شخص لديه تعطيل في الإدراك

والتمييز ولكن يثار هنا السؤال التالي: ما هو حكم الحركات أو الكلام التي تصدر عن النائمة؟ ويجب عن هذا أهل الطب: إن النائمة يقوم بتحريك أعضائه وهو في حالة تامة من النوم بناء على أوامر فسيولوجية عضوية خاصة بطبيعة الحياة الإنسانية، ومثل ذلك بقاء النائمة يحافظ على حركة العضلات مثل القلب والعينين دون إدراك منه، والسبب الآخر أن مركز التحكم بالإنسان هو العقل، الذي يقسم إلى: العقل الظاهر مصدر الإدراك، والتمييز، والعقل الباطن: المستودع العام المحافظ على الإنسان وهو المركز لعدم الشعور والإدراك للإنسان^(١٥٢).

ويرى الباحث: أن الإنسان في مرحلة النوم ليس له أهلية للأداء فهو في حالة يكون معها منعدم الأهلية القانونية لممارسة الأداء، ولذلك لم تنص عليها القوانين الوضعية. وبما أن الإنسان النائمة يعتبر منعدم الأهلية للأداء، فلا يمكن أن يطلق عليه وهو نائم أن به عارضاً من عوارض الأهلية، فالعارض يقطع الأمر المعتاد، وهنا المعتاد هو العدم فكيف نوصف العدم بالعارض.

أما التصرفات التي تصدر عن النائمة فيرى الباحث أن الله سبحانه قد خلق الإنسان، وأحسن خلقه، وكرم الإنسان، وجعل له العقل ليتميز به عن باقي المخلوقات، وأن الخالق عز وجل اختص لنفسه القدرة على الموت، والحياة، فالآية القرآنية في قوله تعالى: "الله يتوفى الأنفس حين موتها والتي لم تمت في منامها فيمسك التي قضى

^(١٥٢) عياش محمود زيتون، مدخل إلى بيولوجيا الإنسان، جمعية عمال المطابع التعاونية، ص ١٠٣، عمان، ١٩٨٣.

عليها الموت ويرسل الأخرى إلى أجل مسمى". تثبت أن الإنسان في حالة النوم يكون بحكم الإنسان الميت، والميت ليست له أهلية قانونية، وكذلك أن الله عز وجل هو من يحفظ البشر من سوء، وهو القادر على كل شيء، ولا بد من الإشارة إلى أن الله عز وجل اختص لنفسه الروح، فلا يستطيع البشر معرفة ذات الروح البشرية، لأنها أمر خاص بالخالق جل جلاله، وحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاثة، عن النائم حتى يستيقظ". ويرى الباحث أن من حسن التدبير أن التشريعات القانونية الحديثة لم تتعرض لحالة النوم لاعتبارها من عوارض الأهلية وهي بذلك تترك الأمر للقواعد القانونية العامة التي لا تعطي النائم الأهلية القانونية للتصرف.

المطلب الثالث : الحالات العرضية التي ترافق النوم:

وهناك حالات قد ترافق حالة النوم بالإنسان، وهي: أما أن تكون حالات طبيعية مثل المشي، وحالات صناعية، مثل: التنويم المغناطيسي، ولا بد من بحث هذه الحالات للتعرف على مدى أهلية الشخص للتصرف في ضوء هذه الحالات:

أولاً: الحالات الطبيعية المرافقة للنوم

ويطلق عليها العلماء حالة اليقظة النومية، ومن أبرز هذه الحالات هي المشي أثناء النوم، وهي أن الإنسان قد يقوم بممارسة المشي والكلام والتصرف، وهو نائم وعندما يستيقظ لا يتذكر منها شيئاً.

ويرجع العلماء سبب هذه الحالة إلى أعراض مرضية عند الإنسان ناتجة عن علة في المخ، ناتجة عن كبت نفسي، أو عن مرض يسمى الصرع الليلي. وهذا يكون بسبب اختلاف الإشارات الدماغية للإنسان، حيث أنه قد ترسل الإشارات الخاصة بالمشي دون غيرها من الدماغ، فيقوم الإنسان ويستجيب لهذه الإشارات، ويمارس المشي مع تعطيل باقي الإشارات الدماغية الأخرى، لذلك لا يكون الإنسان في حالة من الوعي والإدراك. لذلك يرى العلماء أن هذه الأعمال غير إرادية من الإنسان لأنها تصدر عنه دون وعي^(١٥٣). ويرى الباحث ما دامت هذه الأعراض تصدر عن الإنسان وهو في حالة فقدان الوعي والإدراك والتمييز، فإن الإنسان يكون بحالة معدوم الأهلية القانونية للتصرف خلالها، لأن مناط الأهلية هو الإدراك والوعي والتمييز، لذلك تأخذ حكم النوم الطبيعي السابق توضيحه.

ثانياً: حالة النوم الصناعي

ومن أهم هذه الحالات حالة النوم المغناطيسي، وهي: أن شخص يكون بحكم المنوم يقوم بإصدار إشارات وحركات إلى شخص آخر يصبح بحكم الشخص النائم، وعندما يصل إلى هذه المرحلة يسيطر المنوم عليه بحيث يستجيب لكل طلبات الشخص المنوم، ويقوم النائم بتنفيذ طلبات وأوامر المنوم بشكل تلقائي، بحيث لا يشعر بالتصرفات التي يقوم بها وهو في مرحلة النوم، وعندما يفيق لا يذكر منها شيئاً ولم

(١٥٣) نظام أبو حجلة، مرجع سابق، ص ٥٨.

يتطرق العلم إلى الطرق التي تستخدم للقيام بهذه العملية، وإنما يقوم بها أشخاص ذوو قدرات ومهارات خاصة.

واعتبر الفقه الإسلامي حكم تصرفات الشخص النائم بهذه الطريقة بحكم التصرفات الصادرة عن المكره، وبهذا أخذ شرّاح القانون^(١٥٤).

إلا أن الباحث يرى خلاف ذلك، فلا يعتبر الشخص النائم نوماً صناعياً مكرهاً على ذلك بل يأخذ حكم النائم الطبيعي وذلك للأسباب التالية:

١. إن التصرفات الصادرة عن الشخص النائم صناعياً تكون صادرة عن شخص فاقده الوعي والإدراك والتمييز، وهذه تختلف عن التصرفات الصادرة عن الشخص المكره الذي يكون لديه الوعي والإدراك والتمييز إلا أنه بسبب قوة خارجية عن إرادته قام بالتصرف.

٢. أن التنويم الصناعي حالة خاصة تجعل الشخص يدخل في حالة من النوم بسبب تأثيرات معينة من المنوم تصدر مخاطبة العقل البشري وحده، بخلاف الإكراه الذي لا يتحدد بمخاطبة العقل وحده.

٣. الإكراه يكون للوصول إلى نتيجة معينة، وهي القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، أما النوم الصناعي يكون الهدف منه السيطرة الكاملة على الشخص النائم، ليصل إلى مرحلة تجعله يفقد الشعور والإدراك.

(١٥٤) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، مرجع سابق، ص ٥٩١.

لهذه الأسباب فإن حالة الشخص النائم صناعياً تأخذ حكم الشخص النائم طبيعياً، وبذلك تكون جميع التصرفات الصادرة عنه باطلة لانعدام أهلية الأداء لديه.

المطلب الرابع : الإغماء كعارض من عوارض أهلية الأداء:

وهي حالة تصيب الإنسان أحياناً تجعله لا يستطيع القدرة على استعمال قوته العقلية، أو البدنية، وهذه الحالة تكون لوجود عارض صحي يصيب الإنسان سواء أكان عارضاً عصبياً أم معنوياً، وعرفه الفقه الإسلامي "مرض يضعف القوى المميزة ولا يزيل العقل وهو سالب للاختيار"، وكذلك "حالة من المرض تمنع الإنسان عن فهم الخطاب"^(١٥٥)، وإن دخول الشخص في حالة الإغماء لا تسقط عنه الواجبات والتكاليف الشرعية، والسبب إن الإغماء لا يزيل العقل فعلاً ولكن يمنع استعمال العقل، لذلك إذا وجبت على الشخص فريضة، وهو مغمى عليه فلا تسقط بل تبقى واجبة، إلا أنه بسبب الإغماء أصبح العقل عاجزاً عن الاستعمال لذلك يجب أن يؤديها بعد إفاقته.

وإن الإغماء حالة وقتية قصيرة، وتزول عادة، وإن الإنسان ليس لديه اختيار في حصولها، لهذا اعتبرها الفقه من العوارض السماوية، وهي تأخذ حكم النائم في المعاملات، وعلى الرغم من أن هناك بعض الاختلاف بينهما، وهي: أن النوم أمر طبيعي لا بد أن يعرض لكل إنسان بخلاف الإغماء الذي لا يعتبر أمراً طبيعياً، وإنما هو أمر عرضي وممكن أن يقع للفرد، أو لا يقع طيلة حياته.

(١٥٥) أحمد إبراهيم، الأهلية وعوارضها، مرجع سابق، ص ٣٧٧.

إلا أنهما يتفقان بأن كليهما يعطل العقل البشري عن ممارسة أعماله على الرغم من وجوده. ولذلك فإن الإغماء يعطل العقل فيصبح الإنسان من غير إدراك أو وعي أو تمييز. لذلك تكون تصرفاته جميعها باطلة^(١٥٦).

المطلب الخامس : الإغماء كعارض من عوارض الأهلية بالنظام القانوني :

لا يوجد في النظام القانوني الإغماء بذاته كعارض من العوارض التي تعترض أهلية الأداء للشخص.

ويرى الباحث: أن حالة الإغماء لها أهمية خاصة تختلف عن النوم، وهذا أمر يخالف الفقه الإسلامي فالفقه الإسلامي: اعتبر أن الإغماء كالنوم. إلا أن الباحث يرى خلاف ذلك لعدة أسباب وهي:

١. إن النوم أمر طبيعي يمر به كل إنسان، بخلاف الإغماء الذي قد يحصل للإنسان، أو لا يحصل.

٢. إن الإنسان عندما يدخل في مرحلة النوم، يدخل في حالة من التعطيل الكامل للحواس والقدرات العامة، أما الإغماء فلا يدخل بحالة تعطيل تامة، بل قد يستطيع استخدام بعض قواه مثل: الإشارة. وكذلك قد يكون يدرك ما حوله من أفعال وأمور لكنه يبقى في حالة سكون وهدوء.

٣. إن مرحلة الإغماء هي في الغالب آنية، أي فترة قليلة نسبياً بخلاف النوم الذي يستغرق ساعات.

(١٥٦) أحمد إبراهيم، المرجع السابق.

٤. إن النوم، هو: وظيفة لصالح الجسد والعقل أوجدها الخالق عز وجل لراحة الإنسان حتى يستطيع القيام بأعماله، أما الإغماء فهو حالة مرضية تجعل الإنسان يتألم، وبالتالي يفقد السيطرة على نفسه ليصل إلى مرحلة الإغماء.

٥. إن أكثر حالات الإغماء تجعل الإنسان في حالة لا يستطيع الحركة معها دون ذهاب العقل.

٦. إن حالات الإغماء وفي كثير من الأحيان، هي: حالات غير صحيحة بل يلجأ إليها الشخص للهروب من واقع معين، إما للظهور بمظهر الشخص المتأثر من واقع معين، وإما لعدم قدرته على مواجهة المواقف.

مما سبق يرى الباحث: ولعدم وجود النصوص القانونية التي تعتبر الإغماء من عوارض الأهلية أن الإغماء يختلف عن النوم، ففي حالة النوم تنعدم الأهلية القانونية لممارسة الأداء، أما هنا فلا تنعدم أهلية الأداء لوجود العقل في أغلب الأحيان رغم عدم قدرة الشخص على الحركة. لذلك لا بد أن تأخذ أهليته حكم الصغير المميز لوجود الإدراك العقلي حتى لو كان هذا الإدراك بسيطاً كونه لا يكفي لمنحه أهلية الأداء.

المطلب السادس : النسيان كعارض من عوارض أهلية الأداء

وهذه الحالة تجعل الإنسان لا يتذكر بعض المعلومات، وهي حالة طارئة لا تصل إلى مرحلة فقدان الذاكرة بالكامل، فالنسيان هو: ((زوال بعض معلومات الإنسان من ذاكرته زوالاً وقتياً))⁽¹⁾. وعرفه البعض ((عدم تذكر الشيء وقت حاجته إليه))⁽²⁾. وعند الفقه الإسلامي أن النسيان والسهو لفظان لمعنى واحد، ويأخذ حكم العارض الذي يدخل على أهلية الفرد فيعتبر من عوارض الأداء، إلا أنه لا يؤدي إلى انعدام أهلية الأداء، كون الإنسان في حالة النسيان يبقى مكلفاً بالعبادات، ويكون أهلاً للخطاب الشرعي، لذلك نجد أن الفقه الإسلامي اعتبر أن النسيان والسهو من الأعذار التي لا تفسد العبادات، وأهم ذلك هو النسيان للصائم، فعندما يكون الشخص صائماً ويأكل ناسياً، فلا يفسد النسيان صيامه، وكذلك الصلاة إذا نسي أمراً معيناً بالصلاة فلا يفسدها النسيان.

والملاحظ أن الفقه الإسلامي لا يعتبر النسيان عارضاً من عوارض الأهلية في المعاملات، فلا يجوز أن يحتج الشخص أنه كان ناسياً عند إجراء التصرف، أو كان ناسياً وطلق زوجته وهو كذلك، أو ألحق الضرر بالغير وهو كذلك.

إنما النسيان المعتبر في الفقه الإسلامي، هو: ما يتعلق بالعبادات فقط ويكون النسيان كعارض لمنع إيقاع العقوبة بالعبادات فقط، أما الأعمال الدنيوية الأخرى

(1) عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق ص ٢٨.

(2) زين العابدين، مرجع سابق ص ٣٠٢.

غير المتصلة بالعبادات فلا يكون النسيان فيها معتبراً، كون هذه الحالة أمراً خفياً لدى الشخص لا يستطيع الغير معرفته والتحقق منه. بل تبقى مسألة يعلمها الله وحده عز وجل إن كان ناسياً فعلاً أم لا.⁽¹⁾

أما بالنسبة للنظام القانوني فلا نجد أن القوانين السائدة تأخذ بالنسيان كعارض من عوارض الأهلية، ويرى الباحث: أنه من الصواب عدم اعتباره كعارض من عوارض الأهلية كون النسيان والسهو أمراً متروكاً لضمير الشخص ذاته، وكذلك إذا فتح المجال لذلك نجد أن كل شخص يقوم بإجراء تصرف لا يعجبه يسعى إلى إثبات أنه كان في حالة النسيان.

المبحث الرابع : السفه كعارض من عوارض أهلية الأداء

يرتبط مصطلح السفه باللغة بعدة معانٍ. وهذه المعاني تطلق جميعها على السفه، وهي: الضعف، والخفه، والشخص الجاهل، والشخص الأحمق، ويطلق على الكافر، ويطلق على الشخص سيء اللسان، ويطلق على الشخص الطائش.⁽¹⁾

ويعرف باللغة أنه: ((خفه وطيش يعتريان الإنسان فيصير مسرفاً سيء التصرف في أمواله يضيعها فيما لا يرضاه عقل ولا شرع))⁽²⁾.

(1) عبد الوهاب خلاط، مرجع سابق ص ٢٩.

(1) أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٦٦.

(2) عباس النوري، مرجع سابق، ص ٧٤.

أما بالاصطلاح الفقهي يعرف السفه: ((خفه تعترى الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل حقيقة))⁽³⁾.

مما سبق نجد أن السفه يختلف عما سبقه من عوارض الأهلية من حيث إن هذا العارض يحدث للشخص عندما يتصرف بأمواله دون وجه حق، مع أنه يتمتع بالعقل والرشد، إلا أن تصرفاته بأمواله الخاصة تدل أنه غير أهل للتصرف.

المطلب الأول : الأدلة الشرعية في الفقه الإسلامي على السفه

ورد في القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَأَتَىٰ ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ وَالْمِسْكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَلَا تَبْذُرْ تَبْذِيرًا (٢٦) إِنَّ الْمُبْذِرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا (٢٧) وَإِمَّا تُعْرِضَنَّ عَنْهُمُ ابْتِغَاءَ رَحْمَةٍ مِّن رَّبِّكَ تَرْجُوهَا فَقُل لَّهُمْ قَوْلًا مَّيْسُورًا﴾⁽⁴⁾.

وتفسير الآيات أنه على الإنسان أن يعطي كل من له قرابة حقه، ولا ينفق أمواله في غير طاعة الله، وبخلاف ذلك يكون مبذراً، والتبذير: هو الإنفاق في غير حق، ويقول المفسرون: إن الإنسان لو أنفق ماله كله في الحق لا يكون مبذراً، ولو أنفق درهماً في غير حق كان مبذراً، ويرد التبذير في حالة الإنفاق في معصية الله عز وجل، وفي غير الحق، وفي الفساد، وأن الإنسان المبذر، مثل: الشيطان وهذا تشبيهه على الإفساد في الأرض، لأنهم ينفقون الأموال بالباطل، وفي الشر، وفي المعصية،

⁽³⁾ أبو زهرة، مرجع سابق، ص ٣٢٥.

⁽⁴⁾ القرآن الكريم، سورة الإسراء، الآيات (٢٦، ٢٧، ٢٨).

وهذا يؤدي إلى الكفران بالنعمة التي أنعم الله بها على الإنسان، وهي نعمة الأموال، لأنهم لا يؤدون هذه النعمة حقها⁽¹⁾.

وحق نعمة المال على الإنسان هو أن ينفقها في طاعة الله، وتأدية حقوق العباد من غير تجاوز، أو تبذير.

وهناك خلاف بين الفقهاء الإسلامي على معيار التبذير بالإنفاق: جانب يرى أنه لا يتحقق هذا الأمر إلا إذا كان الإنفاق في الأمور المحرمة والمعاصي، وصرف هذا المال في ملاهي الحياة المفسدة للعبادات، وإذا كان الإنفاق في وجوه الخير لا يعتبر تبذيراً وإسرافاً.

والرأي الآخر: يرى إن الإنفاق بالمطلق يدخل الشخص في حالة التبذير، حتى لو كان الإنفاق على وجه الخير، إذا كان هذا الإنفاق مبالغاً به بحيث يصل إلى مرحلة لا يرضاها العقل⁽²⁾. إن الدين الإسلامي الحنيف هو: دين الوسطية والاعتدال في جميع الأمور ليس بالإنفاق فقط، لذلك لا يكون من المنطق الفقهي الإسلامي أن يقوم الإنسان بإنفاق جميع أمواله في وجوه البر والإحسان وبعدها لا يستطيع العيش، ويبدأ بسؤال الناس هذا على الجانب الفردي، أما على الجانب الاجتماعي، فإن الدين يمنع على الشخص التبرع بجميع أمواله لوجوه الخير دون أن يترك لأبنائه ما يكفيهم من العيش الكريم، وكذلك الأمر في جميع الأمور المباحة فمن الممكن أن ينقلب

(1) تفسير ابن كثير.

(2) تفسير القرطبي.

الأمر المباح شرعاً إلى أمر محرم شرعاً، مثال ذلك: الشخص المريض بمرض السكري فلا يجوز له أن يأكل كمية كبيرة من السكر، لأنها تؤدي إلى الهلاك، والشرع يوجب على الإنسان المحافظة على نفسه، وأن لا يقوم بإلقاء نفسه في التهلكة، لذلك فإن أنفاق المال إذا وصل لمرحلة التبذير يصبح من الأمور المحرمة حتى ولو كان الإنفاق في وجوه الخير، فلا يعقل أن يقوم شخص بالتبرع لبناء مسجد يُكلفه جميع أمواله، أما إذا كان الأمر غير ذلك فإنه جائز شرعاً، وحتى أن الدين الإسلامي، لا يكلف الفرد فوق طاقته. فمن المعلوم أن الحج ركن من أركان الدين الإسلامي إلا أن الله عز وجل أوجبه على من استطاع إليه سبيلاً. فالاستطاعة هنا ما يكفي للسفر وما يكفي لسد احتياجات أهل الشخص عند غيابه عنهم.

المطلب الثاني : الحكم الشرعي لأهلية أداء السفه في الفقه الإسلامي

يوجد إجماع في الفقه الإسلامي على أن الشخص الذي يمر بحالة من السفه يحرم من التصرف بأمواله، وأنه على الرغم من ذلك يبقى يتمتع بالأهلية الشرعية لممارسة العبادات، ولا يُرفع عنه التكليف الشرعي لعدم زوال العقل، فيكون الفرد ملزماً بالفرائض، والعبادات، باستثناء الزكاة تكون واجبة عليه ولكن لا يؤديها بنفسه بل يؤديها وصيه نيابة عنه^(١٥٧).

مع وجود الإجماع على اعتبار أن السفه من عوارض أهلية الأداء في الفقه الإسلامي، إلا أنه يوجد خلاف على الفترة التي يبدأ بها الحجر على الشخص

(١٥٧) عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص ٧٤.

السفيه. فالإجماع في الفقه الإسلامي أن الشخص الراشد هو: من كان عنده الصلاح للإنفاق، والسفه يخالف معنى الصلاح في المال، لذلك اشترط الغالبية من الفقهاء أن لا يسلم الفرد ماله حتى يتحقق له شرطان وهما: أن يتم البلوغ، وأن يتم الرشد^(١٥٨). وبالمفهوم المخالف لذلك أن الشخص الذي لديه البلوغ ولا يوجد لديه الرشد يكون ممنوعاً من تسلم أمواله، وكذلك الرشد وحده دون البلوغ، لذلك إذا بلغ الشخص وهو رشيد وأصبح بعد ذلك سفيهاً فيمنع عنه ماله حتى يعود إليه رشده. أما المذهب الحنفي أخذ رأياً مخالفاً للإجماع فاشترط لمنع السفيه من تسلم أمواله شرطين:

١. أن يكون السفه امتداداً للبلوغ، وذلك أن يصل الشخص الى مرحلة البلوغ وهو في حالة من السفه.

٢. أن لا يمنع الشخص من ماله إذا أتم خمسة وعشرين عاماً، وقبل ذلك يمنع على اعتبار ان وصول الفرد لسن الخمسة والعشرين عاماً نهاية البلوغ^(١٥٩).

أما الأدلة الفقهية التي استند إليها الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه فهي:

١. إن الشخص عندما يصل الى مرحلة البلوغ ولا يوجد به شيء من السفه فهو مكلف شرعاً، وعندما يتعرض للسفه بعد البلوغ، فإن هذا السفه لا يفقده التكليف، ويكون ملزماً بالعبادات، وأن منعه من التصرف بماله هو على سبيل التأديب

(١٥٨) محمد أبو زهرة، أصول الفقه، مرجع سابق، ص ١٠٣.

(١٥٩) البزروي، مرجع سابق، ج ٤، ص ٣٧٠.

والعقاب، وليس لسبب الإخلال بالرشد والبلوغ، وأن كان السفه متصلاً بالرشد بأن يصل الفرد مرحلة البلوغ، والرشد وهو سفيه يؤخذ الأمر على أنه من عوارض الأهلية ليس بسبب السفه بل لأن السفه هنا مصدره عدم الرشد فيكون بذلك غير راشد ولا يعطى الأهلية للتصرف، لأن مناط الأهلية هو العقل.

٢. إن الشخص عندما يصل لمرحلة من العمر، وهي خمسة وعشرون عاماً يكون لديه الوعي الكامل والقدرة على ممارسة التصرفات، ويزول عنه كل آثار الصغر. وأخذ الرأي بالقياس على البلوغ فعندما يصبح الفرد بسن الثانية عشرة والنصف من عمره من الممكن أن تكون له القدرة على الإنجاب، فيكون أباً وأن ابنه عندما يبلغ الثانية عشرة والنصف من عمره يكون هو أب كذلك، وبذلك من الممكن أن يكون الإنسان جداً لأحفاده، ولا يمكن أن يكون الإنسان جداً وهو غير عاقل^(١٦٠).

ويرى الباحث: أن رأي الإجماع الفقهي هو الأقرب للصواب بخلاف المذهب الحنفي وذلك لأن السفه وإن كان لا يعدم الأهلية الشرعية، بحيث يبقى الإنسان مكلفاً إلا أن الدين الإسلامي الحنيف أهتم بالمصلحة الخاصة للفرد والمصلحة العامة للمجتمع، وهنا من مصلحة الفرد السفيه أن يمنع من أمواله لعدم إهدارها وتبذيرها، ومن مصلحة المجتمع الحجر على السفيه لعدم شيوع الفساد والمعاصي من جانب، ومن جانب آخر للحفاظ على أموال الورثة والأبناء، لأنهم هم مكونات المجتمع الإسلامي

(١٦٠) حسين النوري، مرجع سابق، ص ١٤١.

ووجود المال الكافي لهم يؤمن لهم العيش الكريم، وعدم اللجوء إلى طرق محرمة لجلب المال.

وكذلك إن الفقه الإسلامي أوجد الحجر على السفية لوجود علة السفه في ذات الإنسان وليس لاعتبارات السن، فلو أن الشخص بلغ خمسة وعشرين عاماً وهو بحالة تجعله غير قادر على ممارسة حياته بأن كان مختلاً عقلياً، أو لديه حالة من العته، فهل يملك كامل الأهلية والصلاحية لممارسة الأداء؟ طبعاً لا، وذلك لأن العبرة بالفقه الإسلامي هي بالعلة ذاتها وليس للسن.

المطلب الثالث : الحجر على السفية في الفقه الإسلامي

يوجد خلاف بين الفقه الإسلامي حول الحجر على السفية، من حيث: وجوب الحجر على السفية، وعدم وجوبه، ولمن يثبت حق الحجر، وذلك على النحو التالي:

المذهب الحنفي: لا يأخذ بالحجر على السفية كأصل عام لأنه ملزم بالعبادات والتكاليف الشرعية، ويوجد الحجر على السفية كاستثناء في حالة أن يصل الإنسان إلى مرحلة البلوغ وهو بحالة من السفه، ولا يكون الحجر بسبب السفه بذاته وإنما بسبب ارتباط السفه بالرشد والبلوغ، وعندما يكمل سن الخامسة والعشرين يرفع عنه الحجر، ويسلم إليه ماله حتى وأن بقي بحالة من السفه، وذلك لأنه عندما يصل هذه المرحلة يكون وصل إلى مرحلة الجد ولديه كامل القدرة وانتهت عنه مرحلة الصبا

كلياً، ويعتبر المذهب أن الحجر على السفه إذا توافرت شروطه هو من صلاحيات الحاكم^(١٦١).

المذهب الشافعي والحنبلي: يأخذ المذهبان بلزوم الحجر على السفه، واعتبار أن السفه يجعل الشخص غير قادر على ممارسة الأداء، ولا بد من الحجر عليه، ويفرقان بين حالتين من السفه:

الحالة الأولى: عندما يصل الإنسان إلى مرحلة البلوغ والرشد ويكون سفهياً، فيبقى الإنسان في حالة من الحجر الذاتي عليه، بمعنى: أنه يستمر في حالة نقص في أهلية الأداء، ويبقى محجوراً عليه لذاته، ولا يشترط إصدار حكماً قضائياً بسفهه، ويبقى ممنوعاً عنه ماله، وتكون الولاية على ماله قبل البلوغ لمن هو في ولايته سواء أكان في ولاية أبيه أم كان تحت وصاية غيره.

الحالة الثانية: عندما يصل الإنسان إلى مرحلة البلوغ والرشد وليس به خلل وبعد ذلك يدخل في حالة من السفه، لا بد هنا من إصدار حكم قضائي يمنعه من التصرف بماله، وتكون الولاية عليه للقاضي فقط، وذلك على اعتبار أن بلوغ الصبي ورشده أدى إلى انقطاع ولاية من هو في ولايته وزالت عنه الولاية، لذلك لا تكون الولاية إلا للقضاء وحده^(١٦٢).

(١٦١) الفتاوي الهندية، مرجع سابق، ص ٥٩.

(١٦٢) محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص ١٧٨.

المذهب المالكي: يوجب الحجر على الإنسان الذي يكون في حالة من السفه كأصل عام إلا أنه يفرق بين حالتين وهي:

الحالة الأولى: إذا وصل الإنسان إلى مرحلة البلوغ والرشد وهو سفيه، ويلحق بها إذا أصبح سفيهاً بعد فترة قصيرة من البلوغ وقدرها عام، فلا يتطلب الأمر إصدار حكم الحجر عليه، ويعتبر في حكم الصبي بحيث يبقى الحجر عليه من صلاحية الأب أو الوصي.

الحالة الثانية: أما إذا أصاب الإنسان حالة من السفه بعد البلوغ بفترة أكثر من عام، يكون الحجر عليه من صلاحية الحاكم وهو صاحب الصلاحية بتحديد الوصي عليه^(١٦٣).

المطلب الرابع : السفه كعارض من عوارض الأهلية في النظام القانوني

أولاً : في النظام القانوني الروماني

اعتبر القانون الروماني أن السفه عارض من عوارض أهلية الأداء، ومر هذا العارض بالنظام القانوني الروماني بمرحلتين، الأولى: اعتبرت أن السفه كالمجنون عديم الأهلية، والثانية: اعتبرته كالصغير ناقص الأهلية وذلك كالتالي:

في القانون الروماني القديم كان السفه يأخذ حكم المجنون بالتصرفات الصادرة منه، لأن الهدف هو: حماية أموال العائلة، وكان يأخذ بنظام التفريق بين الأموال التي ينفقها الشخص من حيث أصل المال، فإذا كانت الأموال التي يقوم الفرد بتبذيرها

(١٦٣) أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٦٩.

عائدة له عن طريق الإرث من الآباء والأجداد فإنه يقع عليه الحجر، أما الأموال التي يملكها الفرد بطريق آخر غير الإرث فله أن يتصرف بها كيفما شاء، دون أن يقع عليه الحجر. وعندما دخل عصر الإمبراطورية اختلف الهدف من الحماية القانونية فتحول من حماية أموال العائلة إلى حماية الشخص الذي لا يكون كامل الأهلية، فأصبح الحجر يقع على تبذير الأموال على اختلاف مصادر تملكها^(١٦٤).

ولذلك تغير الحكم القانوني للسفيه من شخص عديم الأهلية القانونية كالمجنون إلى شخص ناقص الأهلية كالصغير المميز، وأصبح السفيه بخلاف المجنون، لا بد من إصدار حكم من المحكمة للحجر عليه، ويرفع عنه بقرار من المحكمة، ولا يكون الحجر على السفيه بقوة القانون بل بحماية القانون له بإصدار حكم قضائي بذلك، وكان الحجر يصدر لصالح القيم الذي يبقى هو صاحب القوامة على السفيه^(١٦٥).

ثانياً : في النظام القانوني الإسلامي

لقد ورد السفه كعارض للأداء في التنظيم القانوني الإسلامي وذلك من خلال مجلة الأحكام العدلية، ونلاحظ النصوص القانونية على النحو التالي: المادة (٩٤٦) من مجلة الأحكام العدلية نصت على تعريف السفيه: "السفيه هو الذي يصرف ماله في غير موضعه، ويبذر في مصروفاته ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف. والذين لا

(١٦٤) متولي عبد المؤمن محمد/ نظام الوصاية على؟؟؟ في القانون الروماني/ رسالة دكتوراة مقدمة لجامعة المنصورة/ ١٩٩٩/ صفحة ٤١-٤٥.

(١٦٥) صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، مكتبة سيد عبد الله وهبه، القاهرة، ١٩٦٣، ص ٦٣.

يزالون يغفلون في أخذهم وإعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بحسب بلاهتهم وخلو قلوبهم يعدون أيضاً من السفهاء^(١٦٦).

نلاحظ أن التعريف السابق وضع المعيار العام لحالة السفية، وهذا المعيار هو صرف المال وتبذيره، وان المفهوم المخالف لذلك يعني: ان الصلاح بالمال مع وجود الفسق ما دام أنه لا يبذر أمواله، ولا يسرفها بشكل يجعله يدخل في مرحلة السفه، وهذا ما نصت عليه المادة (٩٦٣) من مجلة الأحكام العدلية: "لا يحجر على الفاسق بمجرد فسقه ما لم يبذر ويسرف في ماله"^(١٦٧)، ونجد أن العبرة هي لعدم صلاحية الشخص للإنفاق، وأن المعيار هو مالي فقط.

ونلاحظ ان السفية لا يحجر عليه أصلاً لذاته وإنما يجب أن يصدر قرار الحجر عليه من الحاكم وفق المادة (٩٥٨) - "للحاكم أن يحجر على السفية"^(١٦٨)، ويتضح أن النص جاء على سبيل التخيير للحاكم وليس على سبيل الإلزام، بمعنى أن الأمر يبقى مسألة قناعة للحاكم. والمقصود بالحاكم هنا القضاء، ويجب أن تكون قناعة الحاكم مبنية على سبب قوي ومقنع لاتخاذ قرار بالحجر على السفية، بل إن الأمر أشد من ذلك حين أوجبت عليه النصوص إشهار الأسباب التي دفعت الحاكم لاتخاذ

(١٦٦) مجلة الأحكام العدلية.

(١٦٧) مجلة الأحكام العدلية.

(١٦٨) مجلة الأحكام العدلية.

هذا القرار وعلى ذلك جاء نص المادة (٩٦١): إذا حجر على السفينة والمدين من قبل الحاكم يبين سببه للناس ويشهر عليه ويعلن^(١٦٩).

ويرى الباحث أن هذا النص جاء ليحقق أمرين، الأول: حتى يتحرى الحاكم الدقة في الحكم على الشخص السفينة، والثاني: حتى يتحقق أمر الرقابة الاجتماعية على قرار الحاكم، وبالتالي يكون الحكم حجة على الغير، لأن الإنسان بطبيعته ميال لحب الإنفاق، لذلك لابد من احترام هذه النصوص التي تأخذ بعين الاعتبار رأي المجتمع بالأحكام القضائية كون الأسباب موجّهة للناس كافة. ونتمنى على المشرع في القوانين الوضعية أن يأخذ بمثل هذه النصوص.

إن مجلة الأحكام العدلية تلحق السفينة من حيث الحكم، بالصغير المميز، وعلى ذلك جاء النص بالمادة (٩٩٠): "السفينة المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز وولي السفينة الحاكم فقط، وليس لأبيه وجده وأوصيائه حق الولاية عليه"^(١٧٠). يتضح أن صاحب الولاية على السفينة هو الحاكم فقط دون غيره من الناس، وهذا يعني أن هذه الحالة من السفينة لا تكون إلا للشخص البالغ، لأن وصول الشخص إلى مرحلة البلوغ ينهي بذلك مرحلة الولاية ويدخل الشخص بالولاية الذاتية على نفسه، لذلك جاء النص بإعطاء الحاكم وحده حق الولاية على السفينة

(١٦٩) مجلة الأحكام العدلية.

(١٧٠) مجلة الأحكام العدلية.

وذلك يتوافق مع نص المادة (٩٨٤): "إذا أعطي إلى الصغير ماله عند بلوغه ثم تحقق كونه سفياً يحجر عليه من قبل الحاكم"^(١٧١).

ويبقى قرار الحجر على السفية ما لم يرفع عنه بأمر الحاكم الذي هو صاحب الصلاحية في إيقاعه وفي رفعه وذلك نص المادة (٩٩٧): "عند صلاح حال المحجور عليه يفك حجره من قبل الحاكم"^(١٧٢).

مما سبق يلاحظ الباحث أن النظام القانوني الإسلامي والمتمثل بمجلة الأحكام العدلية وضع حالة الشخص السفية من عوارض الأهلية الأداء، ولم يعتبر أن الشخص السفية محجوراً لذاته بل لأبد من إصدار قرار بالحجر عليه، وأعطى الولاية للحاكم وحده على الشخص المحجور عليه لحالة السفه.

ثالثاً : مدى قدرة السفية على ممارسة الأداء في النظام القانوني الإسلامي

الأصل أن الإنسان البالغ الراشد يملك كامل الأهلية والصلاحية لممارسة أهلية الأداء، وإن المجلة اعتبرت حالة السفه من عوارض هذه الأهلية، واستلزم الأمر أن يصبح الفرد يملك أهلية أداء ناقصة تأخذ حكم تصرفات الصغير المميز كأصل عام، لكن أوجب هذا النظام إصدار قرار بالحجر على الشخص السفية واعتبر أن تصرفات الشخص السفية القولية قبل إصدار قرار الحجر عليه صحيحة ومعتبرة وجاء ذلك من نص المادة (٩٩١) "تصرفات السفية القولية بعد الحجر في

(١٧١) مجلة الأحكام العدلية.

(١٧٢) مجلة الأحكام العدلية.

المعاملات غير صحيحة ولكن تصرفاته قبل الحجر نافذة كتصرفات سائر الناس^(١٧٣). من ذلك فإن العبرة بصحة التصرف الصادر عن الشخص السفية هو: صدور قرار الحجر، فقبل القرار تكون صحيحة ونافذة وله كامل الصلاحية في ممارسة الأداء، وبعد إصدار قرار الحجر تكون له الأهلية الناقصة فيكون الأمر نافذاً إن كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطلة إن كانت ضارة به، وموقوفة على إجازة الولي إن كانت دائرة بين النفع والضرر.

ولابد من الإشارة أن مجلة الأحكام العدلية لم تشترط حضور المحجور عليه لقرار الحجر وإنما العبرة بتاريخ تبليغ المحجور عليه لقرار الحجر، وذلك من خلال نص المادة (٩٦٢) "لا يشترط حضور من أراد الحاكم حجره، ويصبح حجره غائباً أيضاً ولكن يشترط وصول خبر الحجر إلى ذلك المحجور ولا يُحجر ما لم يصل إليه خبر الحجر وتكون عقوده وتقاريره معتبرة إلى ذلك الوقت"^(١٧٤).

رابعاً : السفه كعارض من عوارض الأهلية في النظام القانوني الحديث

يوجد توافق بين القوانين المدنية في البلاد العربية على اعتبار أن حالة الشخص السفية تجعل الإنسان يدخل في مرحلة يكون ناقص أهلية الأداء بها، وذلك على الرغم من عدم النص صراحة على اعتبار أن السفه عارض من عوارض الأهلية، إلا أنها تتفق على اعتباره سبباً من الأسباب المؤدية لحالة نقص الأهلية الكاملة للأداء.

(١٧٣) مجلة الأحكام العدلية.

(١٧٤) (١، ٢، ٣، ٤، ٥) مجلة الأحكام العدلية.

ويوجد إجماع على إلحاق تصرفات الإنسان السفية من حيث الحكم بتصرفات الصغير المميز^(١٧٥)، ولم نجد بالقانون المصري والأردني والليبي تعريفاً للسفه. وإنما ترك ذلك لشرّاح القانون وهو ما يفضله فقهاء القانون، لأن التعريفات ليس من اختصاص النظام القانوني. وإنما هي مسألة فقهية. ولكن نجد أن بعض القوانين العربية وضعت تعريفاً للسفيه وذلك من خلال نص المادة (٩٤٦) من القانون المدني السوري "السفيه هو الذي يصرف ماله في غير مواضعه ويتلفه بالإسراف"^(١٧٦)، وكذلك الأمر في القانون المدني اليمني المادة (٦٤) "السفه تبذير على خلاف العقل والشرع"^(١٧٧).

المطلب الخامس: الحكم القانوني لحالة السفه

تتفق التشريعات السابقة على الأحكام العامة لتنظيم حالة السفه على اعتبار أن الإنسان السفية يدخل في مرحلة تؤدي إلى نقص الأهلية لديه، وجاءت النصوص متطابقة في كثير من الأحكام.

أولاً: من حيث الحكم العام، إن الشخص السفية إذا بلغ سن الرشد فله أهلية الأداء الكاملة

الأصل أن الإنسان عندما يبلغ سن الرشد، يكون لديه أهلية كاملة للأداء، أما إذا أصابه عارض من السفه، فلا بد من تقييد تصرفات هذا الشخص وذلك بالحجر

^(١٧٥) محمد المحاسنة، مرجع سابق، ص ١٣٦. بهامش صفحة ٤٩ من هذا البحث.

^(١٧٦) القانون المدني السوري.

^(١٧٧) القانون المدني اليمني.

عليه، ومعنى ذلك أن السفينة لا يكون محجوراً عليه لذاته بقوة القانون، وإنما لابد من إصدار حكم قضائي بالحجر عليه لحماية القانون له إذا فالمبدأ هو الحماية القانونية المستمدة من قرار الحجر! وليس من السفينة ذاته، وهذا يؤخذ من المعنى المخالف للنصوص القانونية حيث إن لم يصدر قرار بالحجر على السفينة تكون أعماله صحيحة ومعتبره. لذلك جاءت النصوص القانونية المادة (١١٣) من القانون المدني المصري "المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفينة تحجر عليهم المحكمة، وترفع الحجر عنهم، وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون"^(١٧٨). وهذا يطابق النص الوارد بالقوانين التالية المادة (٢/١٢٧) من القانون المدني الأردني، والمادة (٩٥) من القانون المدني العراقي، والمادة ١١٣ من القانون المدني الليبي، وكذلك الحال بالقانون المدني السوري واللبناني.

مما سبق نجد أن الشرط الأساسي لاعتبار السفينة ناقص الأهلية القانونية هو أن يصدر قراراً بالحجر عليه من المحكمة المختصة لاعتباره غير قادر على ممارسة الأداء لوجود حالة السفينة لديه.

ثانياً: من حيث الوصف القانوني لحالة السفينة بالشكل القانوني العام:

إن الوصف القانوني العام لحالة السفينة، هو: أن حالة السفينة تلحق بحالة الصغير المميز، وذلك لوجود: الوعي والإدراك لدى السفينة كأصل عام. إلا أنه بحالة لا تجعله قادراً على التصرف لذلك استوجب النظام القانوني حمايته من شر أعماله،

(١٧٨) القانون المدني المصري.

وتصرفاته، وعليه نجد ان جميع القوانين تتفق على أن صدور الحكم بالحجر على السفیه يجعله بحكم الصغير المميز، لذلك جاءت النصوص القانونية على النحو التالي: المادة (١١٥) من القانون المدني المصري (١): "إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفیه بعد تسجيل قرار الحجر، سرى على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام"^(١٧٩). وتطابق المادة (١١٦) من القانون المدني السوري، المادة (١١٠) من القانون المدني العراقي، والمادة (١١٥) من القانون المدني الليبي، أما القانون المدني الأردني فينطبق عليه ما سبق من حكم وإن زاد على ذلك في الحديث عن ولي السفیه، وجاء النص بالمادة (١٢٩) - (١): "يسري على تصرفات المحجور عليه للغفلة أو السفه ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام، ولكن ولي السفیه فالمحكمة أو من تعينه للوصاية عليه وليس لأبيه أو جده أو وصيهما حق الولاية عليه"^(١٨٠).

ثالثاً: من حيث الحكم القانوني لحالة السفیه بالشكل الخاص:

كما رأينا سابقاً أن السفیه يأخذ حكم الصغير المميز من حيث الوصف العام، إلا أن القوانين خرجت عن الوصف العام لحالة الصغير المميز، فأجازت للسفیه - وعلى سبيل الاستثناء - الحق بإجراء بعض التصرفات القانونية، وذلك من خلال نصوص القانون كما هو وارد، واقتصر هذا الحق على أمرين هما:

(١٧٩) القانون المدني المصري.

(١٨٠) القانون المدني الأردني.

أولاً: تصرف السفية المحجور عليه بالوقف والوصية

نلاحظ نص القانون المادة (١١٦) - (١) من القانون المدني المصري تقول: "يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً، متى أذنته المحكمة في ذلك"^(١٨١)، وتطابق المادة (١١٦) - (٢) من القانون المدني السوري، وتطابق المادة (١/١٣٠) من القانون المدني الأردني، والقانون المدني الليبي. وهذا يعني أن الشخص السفية له أهلية أداء خاصة به، بخلاف الصغير المميز. ولا بد من استعراض الأحكام القانونية لتصرفات الصغير المميز بالوقف والإيضاء.

١- حكم تصرف الصغير المميز ومن في حكمه بالوصية: أن عملية الإيضاء يكون تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت لذلك لا بد من معرفة هل هذا التصرف يضر بالصغير المميز حتى يكون باطلاً؟ الأصل العام أنه لا يضر به، لأنه موقوف النفاذ لما بعد الموت، وبعد أن يموت الإنسان ينقطع عن الدنيا. ولكن هذا التصرف من الممكن أن يلحق الضرر بالورثة. إلا أن القانون وضع القواعد العامة المنظمة للإيضاء والمستندة لقواعد الشريعة. وهي صاحبة الصلاحية في تقرير صحة التصرف، وكذلك إن اشتراط الإذن من المحكمة يجعل المحكمة هي صاحبة الصلاحية في تقدير هل الإيضاء يضر بالموصي وبالورثة أم لا؟

٢- تصرف الصغير المميز ومن في حكمه بالوقف: الأصل العام أن هذا التصرف يضر بالمتصرف فيكون باطلاً، لكن ما دام أن الأمر مرتبطاً بالإذن من المحكمة

(١٨١) القانون المدني المصري.

فهي صاحبة الصلاحية بتقدير صحة التصرف، مع أنه يمكن - وعلى سبيل الاستثناء - اعتبار الوقف عملاً نافعاً إذا أخذنا بعين الاعتبار الجانب الديني، فهو يحقق منفعة في حياتهم الأخرى بعد الموت من حيث الأجر من الله تعالى.

خلاصة الرأي أنه ما دام السفية يتم الحجر عليه من قبل المحكمة، فالأفضل أن تبقى حالة الحكم على التصرف من صلاحية المحكمة بجميع التصرفات دون استثناء، أي لا يقتصر الأمر على الإيضاء والوقف فقط، لذلك لا حاجة لنص على هذا حسب رأي الباحث.

ثانياً: ممارسة السفية لأعمال الإدارة :

للسفيه أن يمارس أعمال الإدارة في بعض أو كل أمواله التي أذن له بها، وهذا الاستثناء، وارد بجميع القوانين المدنية، وإن كان باختلاف بعض الصيغ، إلا أنه متطابق من حيث الجوهر والمضمون. حيث نلاحظ أن القانون المدني المصري المادة (١١٦) (٢) - "وتكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليهم لسفه المأذون لهم بتسلم أموالهم صحيحة في الحدود التي رسمها القانون"^(١٨٢). وهذا النص يتفق مع القانون الأردني والسوري والليبي واللبناني. وهذه الحالة تأخذ حكم حالة الصغير المأذون له، حيث تكون هذه الأعمال صحيحة متى تمت ضمن الحدود التي رسمتها له الجهة التي منحت هذا الأذن.

(١٨٢) القانون المدني المصري.

ونجد أن جميع القوانين تعتبر تصرفات السفية قبل صدور القرار بالحجر عليه صحيحة ومعتبرة، ولا تكون صحيحة إلا بعد إصدار قرار الحجر عليه، وجاءت النصوص متوافقة، المادة (١١٥) - (٢) من القانون المدني المصري "أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للبطلان، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ"، ونلاحظ المادة (١٢٩) - (٢) من القانون المدني الأردني: "أما تصرفاته قبل الحجر فمعتبرة، إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ". والمعنى المقصود من الاستغلال: "أن يقوم الطرف الآخر الذي يتعامل مع الشخص السفية بالتعامل مع السفية وهو يعلم أنه بحالة من السفه، فيدفع السفية إلى التصرف حتى يستغله بها للحصول منه على أمواله أو مكاسب تفوق المعقول، فالمقصود بالاستغلال: هنا هو الطرف الآخر سيء النية^(١٨٣).

أما التواطؤ: المقصود منه الطرفان الشخص السفية والطرف الآخر الذي يتعامل معه وذلك بأن يتفق الطرفان على إبرام التصرف قبل صدور قرار الحجر، وذلك للتهرب من أثر قرار الحجر وهذه الحالة تفترض علم الطرفين بأنه سوف يتم إصدار قرار بالحجر^(١٨٤).

(١٨٣) عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٤، صفحة ٤٦١.

(١٨٤) أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، الطبعة ٤، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٣، ص ٢٣٧.

المبحث الخامس : الغفلة كعارض من عوارض أهلية الأداء

الغفلة باللغة: الترك، ويقال فلان غفل الشيء: أي ترك الشيء عن سهو، ويقال أن الغفلة باللغة: هي عكس الذكاء، وأن الغافل هو الشخص غير الكامل^(١٨٥)، وأن الشخص الذكي هو الشخص الكامل، بمعنى سريع الفهم لمعاني الكلام بحيث يستطيع أن يمتلك أكبر قدر من المعرفة في أقصر وقت، وبذلك يقوم بالانتفاع بالمعرفة المكتسبة لحل ما يواجهه من مشاكل بالحياة. ويعرف الفقه الغفلة، بقوله: "هي عدم الاهتمام إلى التصرفات الرباحة بسبب البساطة وسلامة القلب، الأمر الذي يؤدي إلى الغبن في المعاملات المالية"^(١٨٦). وتعريف آخر: "هو الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرباحة لسذاجته وسلامة قلبه"^(١٨٧). وسوف يتم البحث بهذا العارض بالفقه الإسلامي أولاً وبالنظام القانوني ثانياً.

المطلب الأول: الغفلة كعارض لأهلية الأداء بالفقه الإسلامي

يلحق الفقه الإسلامي الحكم على الشخص ذي الغفلة بالحكم على السفیه، ونجد أن هناك إجماعاً بالفقه الإسلامي أن الأحكام الواردة على السفه هي ذاتها الأحكام الواردة على ذي الغفلة، ولدى جميع الفقه الإسلامي نجد العبارة التالية: "ومثل السفیه

^(١٨٥) القاموس المحيط، الجزء الرابع، ص ٢٦.

^(١٨٦) نظام أبو حجلة، ص ١٣٩.

^(١٨٧) عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص ٤٠.

في الحكم والآراء فيه، وفي الحجر عليه ذو الغفلة وهو من يغبن في المبايعات ولا يهتدي إلى الرابح من التصرفات لقلة خبرته ولسلامة قلبه^(١٨٨).

يرى الباحث أن الفقه الإسلامي اكتفى بتعريف ذي الغفلة واعتبر الحكم عليه يأخذ الحكم نفسه الصادر على حالة السفية، إلا أنه من الملاحظ من خلال التعريفات السابقة أن الغفلة بالفقه الإسلامي مقترنة بحالة الغين، والغين يعتبر بحد ذاته عيباً من عيوب الإرادة بالتصرف ولا مجال للحديث عنها هنا.

أما الأدلة الشرعية للحجر على ذي الغفلة بالفقه الإسلامي الوارد بإجماع الفقه الإسلامي أن الإنسان ذا الغفلة يحجر عليه كالسفيه، ويعتبر الإنسان في هذه الحالة لا يحسن التصرف، ويقع في الغبن جميع التصرفات الصادرة عنه، واستند الفقه الإسلامي إلى الحديث الذي ورد عن النبي (صلى الله عليه وسلم) وهو: "ورد عن طريق ابن عمر ان حبان بن منقذ كان يخدع في البيوع، فقال له الرسول (صلى الله عليه وسلم) إذا بايعت فقل لا خلاية"^(١٨٩). والمقصود بلا خلاية: لا خديعة ولا غبن.

والذي رواه ابن عمر، "أن رجلاً كان في عهد النبي يبتاع وكان فيه عقدة (في عقله ضعف)، فأتى أهله إلى النبي (صلى الله عليه وسلم)، فقالوا: يا رسول الله أحجر على فلان، فإنه يبتاع، وفي عقده ضعف، فدعاه النبي (صلى الله عليه وسلم)،

(١٨٨) عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص ٧٧.

(١٨٩) صحيح البخاري، ج ٤، ص ٨٦.

ونهاه عن البيع، فقال يا رسول الله إني لا أصبر على غبن البيع، فقال له (صلى الله عليه وسلم): إن كنت غير تارك البيع فقل هاء وهاء، ولا خلاية^(١٩٠).

وهذان الحديثان الشريفان يدلان على وجوب الحجر على ذي الغفلة، وطلب الحجر من أهل الشخص المغفل يدل على وجود الحجر آنذاك من هذه الحالة، وتشترب بعض المذاهب في الفقه الإسلامي أن تكون الغفلة حالة عامة للإنسان في جميع تصرفاته، حتى يمكن الحجر عليه وهذا الوارد في المذهب الشافعي، فلا يجوز إطلاق الحكم على الإنسان لتصرف واحد بل تكون الغفلة سمة بارزة في جميع تصرفاته.

المطلب الثاني: الغفلة كعارض لأهلية الأداء في النظام القانوني

يوجد إجماع بين القوانين على اعتبار حالة الغفلة من الحالات التي تعترض أهلية الأداء للشخص، فإذا وجد الشخص في حالة يطلق عليها ذو غفلة لا بد من اعتراض تصرفاته، وذلك بالحجر عليه، ونجد أن أغلب التشريعات تلحق حالة الغفلة من حيث الحكم القانوني بحالة السفه وأغلب التشريعات اعتبرت أن كلا منهما مستقل عن الآخر من حيث الطبيعة، إلا أنهم يأخذان الحكم نفسه، ولا بد من بحث هذا العارض في بعض التشريعات وعلى النحو التالي:

(١٩٠) عبد السلام بن تيمية، المنتقى في أخبار المصطفى، الحديث رقم ٢٨٧٦، دار الفكر الإسلامي، الرياض.

أولاً : الغفلة كعارض للأداء بالنظام القانوني الإسلامي

النظام القانوني الإسلامي لا يجعل الغفلة أمراً مستقلاً عن حالة السفه، بل اعتبر أن حالة الغفلة هي حالة من السفه، وذلك لاتحادهما بالعلة المؤدية لاعتبارهما عارضاً للأداء، وأن العلة واحدة، وهي: إهدار المال، وإتلافه بطريقة تؤدي إلى ضياعه^(١٩١).

ونلاحظ النص الوارد في مجلة الأحكام العدلية المادة (٩٤) ورد النص في تعريف السفه وذكر حالة الغفلة ضمن تعداده لحالة السفه، والنص هو: "السفيه هو الذي يصرف ماله في غير موضعه ويبذر في مصروفاته، ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف والذين لا يزالون يغفلون في أخذهم وإعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بحب بلاهتهم وخلو قلوبهم يعدون أيضاً من السفهاء"^(١٩٢).

إن النص السابق الوارد في مجلة الأحكام العدلية وأن اعتبر أن ذا الغفلة حالة من حالات السفه، إلا أنه توسع في تعريفه لذي الغفلة وألحقه بالأبله عندما قال: (بحب بلاهتهم).

وكذلك نلاحظ: أن التعريف الوارد بالمجلة لم يقيد الأمر بالمال وحده، بل جاء النص إلى أن الغفلة تكون بالأخذ والإعطاء! والإعطاء هنا يتفق مع مفهوم تبذير المال وإسرافه لكن الأخذ كيف يكون مبدداً للمال؟ لأنه قد يقوم الشخص بالأخذ دون أن

(١٩١) محمد المحاسنة، مرجع سابق، ص ١٣٧.

(١٩٢) مجلة الأحكام العدلية.

يكون عليه واجب بالإعطاء؟ ومن جانب آخر: قد يتحقق الأخذ أو الإعطاء بالأمر الأخرى غير المالية، قد يكون بالأشياء غير المنقولة وقد يكون بالأشياء العينية.

وكذلك تطرق التعريف للأمر التجارية دون تحديد الوضعية الفعلية للتصرف وذلك هل الخلل التجاري، خلل بالعمل التجاري ذاته، أم خلل بالشخص التاجر ذاته؟

ويلاحظ أيضاً مصطلح (خلو قلوبهم) ويرى الباحث في هذا المصطلح، أن القلب ورد هنا على سبيل المجاز للدلالة على العقل، والسبب في ذلك أن مجلة الأحكام العدلية جاءت بأحكام شرعية دينية مصاغة بنصوص قانونية، وإن المعروف بالعقيدة، أن هناك ارتباطاً ما بين العقل والقلب فعندما نعرف العقيدة نقول هي: ما وقر بالقلب، وصدقه العقل، وهنا القلب له وظيفة تختلف عن العقل كأصل عام، وكذلك من الناحية العضوية، إلا أن القلب يعتبر هو المصدر للقوة البشرية، فهو الذي يزود العقل (الدماغ) بالطاقة (الدم)، حتى يتمكن من العمل، لذلك أن العقل هو وحده مصدر: الإدراك، والوعي والتمييز، على هذا المقتضى. ومع الفرض بصحة هذا التحليل نجد أن المجلة جعلت الشخص ذا الغفلة كامل العقل! لذلك نجد أن واضع النصوص جانب الصواب بهذا النص من عدة نواح: إنه اعتبر المغفل من حالات السفه، وأنه اعتبره بذات الوقت من عديمي العقل، والحكم لكلا الحالتين مختلف، فالسفيه لا بد من إصدار قرار بالحجر عليه، أما المجنون محجورٌ عليه لذاته.

وأن هذا الخلط، والتناقض، (حسب رأي الباحث) كان نتيجة لإفحام المشرع نفسه بالتعريفات الاصطلاحية لهذه الحالات.

ثانياً : الغفلة كعارض للأداء بالتشريعات الحديثة

إن بعض التشريعات القانونية لم تتطرق لحالة الغفلة كعارض من عوارض أهلية الأداء ولم تذكر هذه الحالة بأي نص منها.

ومن هذه التشريعات القانون المدني اليمني، والقانون المدني المغربي^(١٩٣)، ونجد أن الغالبية العظمى من التشريعات القانونية اعتبرت أن حالة الغفلة تعترض أهلية الأداء، وأنها تأخذ الحكم القانوني لحالة السفه، وأن جميع النصوص بها تقرر بين حالة السفه والغفلة بالأحكام، والنصوص القانونية ومنها: القانون المدني المصري، والقانون المدني الأردني، والقانون المدني الليبي والقانون المدني السوري، والقانون المدني العراقي، ونجد أن النظام القانوني اللبناني جاء مختلفاً بحيث إنه يطابق ما جاء بالنظام القانوني الإسلامي الوارد بمجلة الأحكام العدلية حيث اعتبر أن ذا الغفلة من حالات السفه^(١٩٤).

أما التعريف القانوني لحالة ذي الغفلة هو: الشخص الذي لا يستطيع معرفة التصرف النافع له، أو الضار به، ويصيبه الغبن بالتعامل، ويكون لديه حالة من الطيبة، وحسن النية بحيث يندفع بسهولة. واعتبره الفقه القانوني عارضاً للأداء كالسفه،

^(١٩٣) أحمد حسن البرعي، نظرية الالتزام في القانون المغربي، دار الثقافة المغربية، ١٩٨١، ص ٩٥.

^(١٩٤) صبحي محمصاني، مرجع سابق.

واعتبر أن هذا العارض ليس بسبب قلة العقل أو ضعفه، بل بسبب عدم حسن التصرف، وعدم التدبير الذي يفسده تصرفه ويؤثر على تمييز الشخص، بحيث لا يعدم التمييز بل يبقى الشخص مدركاً ومميزاً إلا أنه بسبب عدم تدبيره يكون ناقص الأهلية القانونية لممارسة الأداء^(١٩٥)، وذلك للحفاظ على الشخص ذاته وللحفاظ على الغير حسن النية.

ولابد من استعراض النصوص القانونية وهي على النحو التالي:

نص المادة (٤٥) من القانون المدني الأردني "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون"^(١٩٦).

ونجد هذا النص مطابقاً تماماً لنص القانون المصري، والسوري، والعراقي، والليبي. أن القوانين السابقة جاءت متفقة على اعتبار حالة ذي الغفلة التي تصيب الشخص عارضاً من عوارض الأهلية، ولذلك يكون الشخص والحالة هذه ناقص الأهلية القانونية، ونجد أن النظام القانوني أخذ باعتبار هذا العارض في مراحل العمر المختلفة للإنسان، وذلك من خلال اعتبار الغفلة والسفه من عوارض أهلية الأداء للصغير المميز، واعتباره عارضاً للأداء للشخص البالغ سن الرشد.

(١٩٥) محمد المحاسنة، مرجع سابق، ص ١٣٧.

(١٩٦) القانون المدني الأردني.

أما الحكم القانوني لحالة الغفلة فهو مطابق للحكم الوارد عن حالة السفه في جميع القوانين السابقة، واعتباره كحالة الصغير المميز، وهذه الحالة سبق أن تم توضيحها في حالة السفه.

ومنعاً للتكرار، فإننا نحيل ما يتعلق بالحكم القانوني على حالة ذي الغفلة الى المبحث السابق الذي تناول حالة السفه.

المبحث السادس : حالة السكر كعارض من عوارض الأهلية

تُعد حالة السكر من العوارض المكتسبة للإنسان فهي لا تتحقق لجميع الناس، بل لابد أن يسعى الإنسان للدخول بهذه الحالة كأصل عام، وذلك باستثناء حالات خاصة جداً، وهي أن يصبح الإنسان بحالة سكر دون علمه عندما يقوم شخص آخر بدس هذه المادة له، وحالة السكر ليست مقتصرة على تناول المواد المخمورة، بل يدخل من ضمنها أي مادة تؤثر على العقل كالمخدرات، وسوف يتم بحث هذا الموضوع بالفقه الإسلامي أولاً، وثانياً: بالنظام القانوني الوضعي.

المطلب الأول : السكر وما في حكمه كعارض لأهلية الأداء في الفقه الإسلامي

في الدين الإسلامي الحنيف وكقاعدة عامة لا يوجد عليها خلاف هي: إن تناول المواد المسكرة حرام، ولا يجوز للمسلم تناول هذه المادة، وهذا التحريم جاء مطلقاً سواء أدى تناول هذه المواد إلى حالة السكر، أو لم يؤد إلى ذلك، واعتبرها الشرع من

الكبائر ويجمع أهل الفقه على إقامة الحد على من يرتكب هذا الفعل، وحدها
الجلد^(١٩٧).

والعلة في التحريم هنا: أن تناول المسكرات تؤدي إلى ذهاب العقل، بل قد تؤدي
بالعقل إلى العدم وبما أن الإنسان كرمه الله تعالى بالعقل فيجب عليه الحفاظ على
هذا التكريم، وذلك بالامتناع عن الأعمال التي تؤثر عليه.

وإن السكر عادة يرتبط بتناول الخمر إلا أن الفقه يلحق بهذه الحالة حكماً أي مواد
مخدرة مثل الحشيش والأفيون والهيروين، وهذه المواد تأخذ حكم السكر من حيث:
التحريم، والأثر المعتبر للتصرف، إلا أنه يفرق بينهما من حيث العقوبة، فتناول
الخمر والسكر، عقوبتهما الحد، لورود الحكم الشرعي على هذه الحالة، وعقوبة الحد
عقوبة مقدره من الله عز وجل لا يجوز تقديرها، على الأفعال الأخرى بالقياس، ولذلك
يجمع أهل الفقه على أن تناول المواد الأخرى هي عقوبة تعزيرية^(١٩٨).

تعريف السكر: "هو فتور يعرض لعقل الإنسان ولبعض أعضاء جسمه من تناول
خمر، أو مخدر، أو أية مادة فيها خاصة الإسكار، وهو في الغالب يصحبه اختلاط
في الكلام، واضطراب في التمييز ونوع من الهذيان"^(١٩٩).

يعرفه البعض: "غيبية العقل من تناول خمر، أو ما يشبه الخمر"^(٢٠٠).

^(١٩٧) بدائع الصنائع للكاساني، مرجع سابق، ص ١١٢.

^(١٩٨) عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص ٥٨٢.

^(١٩٩) عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص ٧٠.

^(٢٠٠) عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص ٥٨٢.

ويعرفه البعض: "السكران من اختلط جده بهزله فلا يستقر على شيء".

ويلاحظ أن الفقه الإسلامي أورد التعريفات الكثيرة ولكن كلها تتركز على أمرين:

الأول: تناول المواد المؤثرة على العقل.

والثاني: وصول العقل لحالة من التعطيل.

المطلب الثاني : أثر السكر على أهلية الأداء بالفقه الإسلامي:

اعتبر الفقه الإسلامي أن وجود الشخص في حالة السكر، لا يكون بمقتضاها كامل

الأهلية الشرعية لممارسة الأداء، واعتبر أن السكر من عوارض الأهلية الشرعية،

وهذا كأصل عام، إلا أنه يلاحظ أن الفقه الإسلامي قد ميّز بين حالتين من السكر

وهما:

أولاً: حالة السكر المباح، وثانياً حالة السكر المحظور.

أولاً: حالة السكر المباح:

وهذه الحالة من السكر تكون عندما يتناول الإنسان المادة المسكرة كالخمرة مثلاً

مكرهاً، أو مضطراً أو بطريق الخطأ، ويعطي الفقه مثلاً لذلك: عندما يصاب شخص

بغصة ما ولا يكون لديه ماء فيتناول مادة مسكرة للخروج من حالة الغصة هذه،

ويقول البعض: عند الحاجة للتداوي بالمواد المسكرة.

ويوجد إجماع بين الفقهاء على هذه الحالات التي يكون فيها السكر مباحاً لحالة الضرورة حيث إن الضرورات تبيح المحظورات لكن بشروط معتبرة، وخاصة جداً، ولا يجوز التوسع بها^(٢٠١).

ويجمع الفقه الإسلامي على أن السكر المباح يشكل عارضاً لأهلية الأداء لدى الشخص. ويجعل الشخص في هذه الحالة منعدم أهلية الأداء، والسبب في ذلك أن السكر أدى إلى انعدام التمييز لديه، وانعدام التمييز يؤدي إلى انعدام الأهلية الشرعية للتكاليف وإلى بطلان جميع الأعمال والتصرفات الصادرة عنه^(٢٠٢).
ولكن يبقى ملزماً بالمسؤولية المدنية تجاه الغير إذا أحدث ضرراً للغير، كون الفقه الإسلامي يبقى الضمان على الشخص حتى لو كان غير مميز.

ثانياً: حالة السكر المحظور:

وهذه الحالة: من السكر يقمّ الإنسان عليها بتناول المواد المسكرة، وهو عالمٌ بحرمتها، وقاصدٌ لارتكاب هذه الحرمة، وإن قيامه بهذا الفعل يؤدي إلى شيوع الرذيلة بالمجتمع الإسلامي. ولا يوجد خلاف حول ماهية المادة المتناولة، سواء أكانت من الخمر أم المواد المخدرة الأخرى فالعبرة هنا ليس بالنوع، وإنما بالآثار المترتبة على

^(٢٠١) محمد أبو زهرة، أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٣٢٩.

^(٢٠٢) المرجع السابق، ص ٣٣٠.

تناول هذه المادة فإذا كان الإنسان يعلم أن تناوله لهذه المادة، سيؤدي إلى زوال عقله فهي محرمة عليه حتى لو كان أثرها وقتياً لمدة بسيطة^(٢٠٣).

أما مدى تأثير هذه الحالة على أهلية الأداء لدى الإنسان، فهناك خلاف بين الفقهاء حولها على النحو التالي:

١. **المذهب الشافعي:** يرى فقهاء المذهب الشافعي أن الإنسان عندما يقدم على عمل، ويعلم أنه محرم ومع ذلك يقوم بارتكابه وهو بكامل وعيه وإدراكه لحظة إقدامه على الفعل فإنه من الواجب عليه أن يتحمل نتيجة هذا التصرف، وبذلك فإن الإنسان الذي يقدم على السكر المحرم يبقى مكلفاً وهو سكران، لأنه يرتكب معصية وعقوبة هذه المعصية لا تزيل عنه التكليف ويبقى مكلفاً كالشخص الذي لا يكون في حالة السكر. وهذا عقاب له ويتشدد البعض من فقهاء المذهب: بأن يلزم بأية تكاليف شرعية مفروضة عليه، تصح جميع التصرفات الصادرة عنه التي تكون ملزمة له، ولا تصح التصرفات النافعة له، وذلك كله عقوبة له على ارتكابه لهذه المعصية، ولعدم التساهل بالمحرمات، وعدم شيوع الرذيلة بالمجتمع الإسلامي^(٢٠٤).

٢. **المذهب الحنفي:** يعتبر هذا المذهب أن الإنسان السكران لديه عارض يمنعه من الأداء، وأن الفعل الصادر عن السكران يبقى موقوفاً لحين صحوته من حالة السكر، فعندما يفيق من السكر إما أن يجيز التصرف وإما أن يبطله. وحثهم في ذلك: إن

^(٢٠٣) عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص ٥٨٣.

^(٢٠٤) أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، المجموع، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٨٥، ج ٩، ص ١٩٣.

حالة الصحو للإنسان ليست من شروط انعقاد التصرف، وإنما هي من شروط صحة نفاذ التصرف، مثال ذلك: عقد البيع: فالإنسان السكران عندما يبرم عقداً للبيع وهو في حالة السكر يكون العقد صحيحاً من حيث الإجراء، ولكن يبقى هذا العقد موقوفاً لحين زوال عيب الرضا فيه وهو عارض السكر^(٢٠٥).

٣. **المذهب الحنبلي:** يعتبر هذا المذهب أن حالة السكر تؤدي إلى ذهاب العقل، وذهاب العقل بعدم القدرة على التمييز، لذلك لا تعتبر تصرفات السكران صحيحة، وتكون باطلة كونها تصدر عن إنسان عديم العقل^(٢٠٦).

٤. **المذهب المالكي:** يفرق بين حالتين للسكران ففي الحالة الأولى: عندما يكون الإنسان بحالة سكر تصل إلى مرحلة تجعله يفقد عقله بها، وتكون هذه الحالة كحالة الصغير عديم التمييز بأن جميع التصرفات الصادرة عنه باطلة ويكون كالمجنون حكماً.

الحالة الثانية: عندما يكون الإنسان بحالة من السكر ولا تجعله يفقد عقله، بأن يكون السكران لديه قدرة على التمييز لذلك يكون تصرفه موقوف النفاذ لحين إفاقة كلياً من حالة السكر عندها له أن يجيز التصرف أو يبطله^(٢٠٧).

(٢٠٥) الكاساني، مرجع سابق، ص ..

(٢٠٦) أبو زكريا النوويين مرجع سابق، ص ٢١٧.

(٢٠٧) المرجع السابق.

من خلال استعراض المذاهب الفقهية يرى الباحث: أنها تنقسم الى جانب يرى: انعدام أهلية الأداء لدى السكران، والجانب الآخر يرى: أن له أهلية أداء ويلزمه التصرف عقاباً له عند البعض، ونفاذه موقوف عند البعض.

ويرى الباحث أن الفقه الإسلامي كان موقفاً عندما اعتبر أن حالة السكر تشكل عارضاً من عوارض أهلية الأداء كأصل عام، وان وجد خلاف حول الحكم على التصرفات الصادرة من السكران إلا أنه يوجد إجماع على اعتباره من عوارض الأهلية.

أما بالنسبة للحكم على تصرفات السكران ومن في حكمه، فيرى الباحث الأخذ بالرأي القائل بعدم جواز صحة التصرفات الصادرة عن السكران، وتأخذ حكم التصرفات الصادرة عن الصغير غير المميز، واعتبار أن من يتناول المواد المؤثرة على عقله ليس له أي نوع من الأداء. وذلك للأسباب التالية:

١. إن الوعي والإدراك يدوران وجوداً وعدماً مع التمييز وأن تناول المواد المؤثرة على العقل تجعل الشخص يفقد الوعي والإدراك مما يؤدي إلى فقدان التمييز.

٢. إن تصرفات السكران ومن هو في حكمه قد تلحق ضرراً بالغير، وهم أولاده ومن لهم الحق عليه وان إقدامه على السكر يبين أنه إنسان غير سوي به خلل وصاحبه غير عاقل بمجرد البدء بعملية الشرب لذلك يجب علينا حماية من يعيلهم وتكون جميع التصرفات الصادرة عنه باطلة وتأخذ حكم الصغير غير المميز.

٣. ليس من العدل أن يعاقب الشخص على فعلته مرتين فالسكران عليه عقوبة شرعية جنائية، وهي: الحد عند تناول الخمر، والتعزير عند تناول المخدرات، والقول بصحة تصرفاته عقاباً له فإن هذا الرأي لا يتوافق مع قواعد العدالة.

٤. إن اعتبار تصرفات الإنسان صحيحة وهو في حالة السكر يؤدي إلى استغلال هذه الحالة لدى ضعاف النفوس، وكل إنسان يحمل غيره على السكر برضاه أو بغير رضاه للحصول منه على ميزات والحصول منه على التصرف بأمور لا يقوم بها وهو في حالة الصحة.

المطلب الثالث : السكر كعارض لأهلية الأداء في النظام القانوني وما في حكمه:

أولاً : التعريف بهذه الحالة

إن الإنسان قد يقدم على تناول مشروبات ومواد تحدث تأثيراً على تكويناته الطبيعية، وقد يقدم الإنسان على ذلك بإرادة منه، وقد يقدم عليها مكرهاً، وقد يقدم عليها مغبوناً، ويندرج تحت هذه المواد المسكرات، والمخدرات، والعقاقير الطبية، ولا بد من معرفة هذه الأشياء ومعرفة الحكم القانوني المترتب عليها.

المُسكرات: "هي المواد التي تؤثر في عقل الإنسان عندما يتناولها، وتؤثر على العقل، وعلى تقدير المرء للأمور وهي تختلف وفقاً لأنواعها ولقدرة الشخص الذي يتناولها على التأثر وعدم التأثر بها"^(٢٠٨).

(٢٠٨) حسن صادق المرصفاوي، قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، منشورات معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، ١٩٧٢.

المخدرات: "كل شراب يورث الفتور والخدر في الأعضاء البشرية باختلاف أنواعه وأوصافه وتسمياته"^(٢٠٩).

ويمكن تعريف المخدرات: هي المواد المصنعة أو غير المصنعة التي تؤثر على قدرة الإنسان العقلية، والتي يتم تناولها بالأخذ أو التعاطي أو الحقن، والتي تحول الإنسان من إنسان مدرك مميز إلى إنسان عديم الإدراك والتمييز.

العقاقير الطبية: هي الأدوية المصنعة أو غير المصنعة التي عندما يتناولها الإنسان تجعله في حالة من الاسترخاء وعدم السيطرة وتصل بالإنسان إلى حالة عدم الوعي والإغماء.

من خلال التعريفات السابقة نجد أن هذه المسميات تختلف عن بعضها من حيث التسمية فقط، أما من حيث العمل والآثار، فإنها جميعاً تعمل على إدخال الشخص في حالة من عدم الوعي والإدراك، وأن طبيعة عملها هو: التأثير على مصدر التحكم بجسم الإنسان، وهو العقل (الدماغ)، وأن هذه المواد تدخل إلى جسم الإنسان بطرق مختلفة، إما عن طريق الشرب كشرب الخمر، أو عن طريق المضغ كالمخدر، أو عن طريق الحقن كالبنج، أو عن طريق الشم كالأفيون، أو عن طريق التدخين كالحشيش.

(٢٠٩) محمد عبد الجواد محمد، الخمر والمخدرات في الشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، ١٩٧٤، العدد الثالث، السنة الرابعة والأربعون، ص ٤٢٩.

وإن اختلفت التسميات والطرق التي يتم تناول بها إلا أنها تتحد جميعاً أنها تتركز في دم الإنسان الذي بدوره يقوم بنقلها إلى العقل مما يؤدي إلى تعطيل خلايا الدماغ عن العمل لفترة محددة من الزمن، ويختلف تأثير هذه المواد من إنسان لآخر حسب البنية والقدرة على التحمل، ويختلف تأثيرها على الإنسان بحسب الكمية المتناولة من هذه المواد، حيث قد يؤدي تناول كمية كبيرة من هذه المواد إلى وفاة الإنسان، حيث تؤدي إلى تسمم الدم الذي بدوره يفسد العقل ويجعل الإنسان يفارق الحياة.

ثانياً : السكر وما في حكمه في النظام القانوني

إن التشريعات الجزائية قد عملت على تنظيم هذه الحالة بنصوص قوانين العقوبات وتطرقت إلى الحكم القانوني لها وكذلك الحال قوانين الأحوال الشخصية، وحيث إن موضوع هذا البحث هو النظام القانوني لأهلية الأداء، فإن القانون الجنائي وقانون الأحوال الشخصية لا يندرج في بحثنا لذلك نترك البحث بها لبحث آخر وهنا لابد من بحث هذا الموضوع في القوانين المدنية.

من الرجوع إلى أحكام القوانين المدنية الأجنبية والعربية والتي تمكن الباحث من الوصول إليها لم نجد هذه القوانين تنص على حالة السكر، حيث إن هذه القوانين لا تعتبر حالة السكر وما في حكمها من عوارض أهلية الأداء. ويرد بهذا الأمر "هل يكفي انعدام التمييز دون تقرير حالة الجنون ووجودها كمرض حتى يحجر على هذا الشخص؟ الجواب بالتأكيد سيكون بالنفي لأن الحكم ورد خاصاً بالمجنون ولم يذكر

عدم التمييز بعد سن الرشد دون اقترانه بالجنون وبناء عليه هل يحجر القضاء على من فقد التمييز بعد سن الرشد رغم أنه ليس مجنوناً أو معتوهاً، ومثال ذلك حالة السكر الشديد أو الإدمان على المخدرات، فإذا ثبت بأن التمييز ينعدم في مثل هذه الحالات أو ما يشابهها فما هو المبرر في الإبقاء على التمسك بضرورة كون الشخص مجنوناً حتى ينطبق حكم القانون على تصرفاته؟ وأين العدالة في إقرار التصرف الذي انعدم تمييز صاحبه عندما لا يكون مجنوناً أو معتوهاً^(٢١٠)؟.

وكذلك ورد بهذا الخصوص: "وزيادة في التحوط وحتى لا يقال بأن ذلك قد يكون مدعاة لسيء النية من المتعاقدين لأن يتعاطى المسكرات ثم يذهب لإبرام عقده ليطعن مستقبلاً بأنه عديم الأهلية إن وجد بأنها غير مناسبة له، ولكن خطة القانون الجنائي مع السكر تخلصنا من مثل هذا الفرض بحيث نعتبر من يسكر بإرادته على نية الذهاب للتعاقدات فهو يعلم أن السكر يؤثر على ملكاته ولكنه قبل وبالتالي لا نعتد إلا بالسكر الذي ليست لإرادة المتعاقد دور في إحداث حالته بتناول المسكرات"^(٢١١).

ويرى جانب من أهل الفقه القانوني أن النظام القانوني لم يعتبر أن حالة السكر من عوارض أهلية الأداء، وإنما جعلها تخضع للأحكام العامة للقانون ولذلك تتدرج من حيث الوصف القانوني أنها من عيوب الرضا، فالسكران ومن في حكمه عندما يبرم

(٢١٠) محمد المحاسنة، المرجع السابق، ص ١٣٤.

(٢١١) المرجع السابق، ص ١٤٣.

عقداً يكون عديم الإدراك، والتميز لطبيعة هذا التصرف، وبذلك يكون فاقد القدرة على إصدار الإرادة لإتمام التصرف لذلك لا يكون لديه أهلية أداء صحيحة، وتكون تصرفاته باطلة لأن مبدأ الرضائية بالعقود والتصرفات من شروط الصحة ولذلك يكون السكان عديم الأهلية القانونية لممارسة الأداء وإن مارس الأداء وقام بإجراء التصرف يكون ذلك باطلاً كونه عديم الإرادة، وعديم القصد الباعث للتصرف، وعديم الاختيار^(٢١٢).

يرى الباحث: أن النظام القانوني لأهلية الأداء بحاجة إلى إعادة الصياغة، وذلك نظراً لتطور الحياة الاجتماعية بجميع جوانبها وأن عدم اعتبار حالة السكر من عوارض أهلية الأداء امر لا يتوافق مع مقتضيات العصر نظراً لشيوع هذه الحالة بين أفراد المجتمعات، وشيوع الأنواع الكثيرة من هذه المواد وشيوع الكثير من الطرق لاستخدامها مع إيماننا بحرمة هذه الحالة شرعاً إلا أننا ننظر للحالة من الناحية الفعلية على أرض الواقع لعدم استغلال هذه الحالة.

ويتفق الباحث مع رأي أستاذنا الدكتور محمد المحاسنة والوارد اقتباسه سابقاً وذلك بضرورة وضع معايير أكثر ملاءمة لاحتواء حالات أكثر من عوارض الأهلية.

ويرى الباحث: أن هناك عدة أسباب تجعلنا نطالب بوضع هذه الحالة ضمن العوارض التي تعترض أهلية الأداء وهي:

(٢١٢) ثروت حبيب، المصادر الإرادية للالتزام، دار الكتاب بيروت، ص ٨٢.

١. إن الطبيعة القانونية لحماية التصرفات الصادرة ممن لديه عارض أداء ألزم التشريعات القانونية لوضع نصوص خاصة بعوارض الأهلية وتنظيمها، وذلك نظراً لخطورة هذه الحالات على العلاقات القانونية، ونجد أن حالة السكر وما في حكمها ليست أقل خطراً من العوارض الواردة بالقوانين.

٢. إن وجود نظام الحجر على من به عارض من عوارض الأهلية هو لحماية الشخص المعترض على أهليته، ولحماية الغير الذي يتعامل مع ذلك الشخص، ولحماية من هم في رعايته وولايته، وذلك بعدم إضاعة الأموال التي لهم حق فيها، وهذه تتوافق مع حماية اعتراض أهلية الشخص المدمن على تناول المواد المسكرة ومن في حكمه.

٣. إن ترك النظام القانوني لحالة السكر وما في حكمها بعدم وضعها من ضمن العوارض التي تعترض الأداء يجعلها تحتكم للقواعد العامة للقانون، وهذا يؤدي إلى عدم الحزم والشدة في هذه الحالة لعدم وجود نص خاص بها.

٤. إن إحالة الحكم بها إلى القواعد القانونية العامة يجعلنا نكون أمام حالة غير معيارية بل تكون مسألة تقديرية للقضاء، وكما هو معلوم أن حالة السكر وما في حكمها هي حالة آنية، حيث إنها لا تستمر لفترة طويلة بل تزول بعد وقت قصير، الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة إثبات هذه الحالة بعد فوات الوقت، مما يؤدي إلى

الإضرار بأطراف العلاقة القانونية وهم الشخص السكران ذاته، وغير الحسن النية،
ومن هم في ولاية السكران.

٥. إن عدم وجود النص القانوني الخاص بها أمر لا يشكل رادعاً للإنسان، لذلك من
الممكن أن يلجأ إلى هذه الحالة حتى يتصرف بأمور، ولا تكون ملزمة له عندما
يصحو من حالته.

٦. إن الإنسان قد يصيبه عارض السكر دون إرادة منه، كالإنسان الذي يخدع غيره
ويدس له هذه المادة.

لكل ذلك من الأفضل أن يوضع المعيار القانوني العام الذي يشكل رادعاً لكل إنسان
يريد الإقدام على هذا الفعل، وكذلك يكون عنوان الصحة للتصرف أو عدم الصحة
من خلال إصدار قرار الحجر عليه وذلك لحماية غير حسن النية ولحماية من هم
في ولايته من أبناء.

المبحث السابع : المقارنة بين عوارض أهلية الأداء في الفقه الإسلامي والنظام القانوني

المطلب الأول : أوجه الاتفاق والاختلاف بين الفقه الإسلامي والنظام القانوني

إن النظام القانوني اعتبر أن الأساس الذي تقوم عليه أهلية الأداء للإنسان، هو: التمييز والوعي والإدراك، وأن أي خلل منها لدى الإنسان يشكل عارضاً من عوارض أهلية الأداء، وبما أن مناط الأهلية هو: الوعي والإدراك، والتمييز لدى الإنسان فإن هذا الحكم يكون مطبقاً بجميع الأنظمة القانونية ولا خلاف بينها على ذلك، إلا أن بعض الخلاف يكون من حيث التعداد لذلك كان البحث يقتضي أن تقارن هذه العوارض في الفقه الإسلامي حيث اعتنى الفقه الإسلامي بأهلية الأداء ونظم الكثير من أحكامها وعوارضها.

وحيث إن النهج الذي تم عليه بحث هذا الموضوع كان على سبيل المقارنة في كل موضوع من مواضيع هذا البحث ولذلك منعاً للتكرار سوف يقتصر الأمر على ذكر بعض النقاط المتوافقة بين الفقه الإسلامي والنظام القانوني أولاً، وذكر بعض النقاط المختلفة بين الفقه الإسلامي والنظام القانوني ثانياً.

أولاً: أوجه الاتفاق بين الفقه الإسلامي والنظام القانوني.

إن الفقه الإسلامي يتوافق مع النظام القانوني من حيث تعريفهما لعوارض الأهلية، وهو: أن عوارض الأهلية تشكل الواقعة المؤثرة في قدرة الإنسان على التصرف، كونها تؤثر على أهلية الأداء لديه بالعدم أو النقصان، وهي بذلك تؤثر على الرشد والبلوغ. أما من حيث تعداد العوارض، التي تؤثر على أهلية الإنسان فنجد أن الفقه الإسلامي يتفق مع النظام القانوني بتعداد بعض العوارض بل إن عوارض الأهلية الواردة بالنظام القانوني جميعها واردة في الفقه الإسلامي الذي يضيف عوارض أكثر منها تعداداً.

أما العوارض المتوافقة بين الفقه الإسلامي والنظام القانوني فهي:

أولاً: الجنون، فكما مر معنا في هذا البحث أن الفقه الإسلامي اعتبره من عوارض الأهلية ولا يوجد خلاف بين النظامين من حيث، تعريف الجنون على أنه المرض الذي يؤثر على عقل الإنسان فيؤدي إلى ضعف القوة المميزة للإنسان مما يؤدي إلى انعدام الأهلية للإنسان ولا يوجد خلاف بين النظامين من حيث الحكم على حالة الجنون.

ثانياً: العته، وهذه الحالة تعتبر من عوارض الأهلية في الفقه الإسلامي والنظام القانوني، من حيث ماهيته والتعريف به ومن حيث الحكم على هذه الحالة، ونحيل كل ذلك إلى ما تم بحثه سابقاً.

ثالثاً: السفه والغفلة: واعتبرهما الفقه الإسلامي والنظام القانوني من عوارض أهلية الأداء، إلا أن الفقه الإسلامي اعتبر الغفلة حالة من حالات السفه ولكن تعريف كل منهما ليس واحداً والحكم واحد.

ثانياً: أوجه الاختلاف بين الفقه الإسلامي والنظام القانوني

نجد أن الفقه الإسلامي توسع في تعداد عوارض أهلية الأداء، بخلاف النظام القانوني الذي لم يورد سوى: الجنون والعتة والسفه والغفلة وتنظيم أحكام مرض الموت، والحجر على المدين المعسر. ونجد أن الفقه الإسلامي وضع تقسيمين للعوارض وهما: العوارض السماوية وتشمل الجنون والعتة والإغماء والمرض والحيز والنفاس، والعوارض المكتسبة وتشمل: السكر، والدين، والسفه، والنسيان، الجهل، الهزل والخطأ.

إن مصدر الاختلاف ليس بعدد العوارض فقط وإنما في أهمية بعض العوارض التي وردت في الفقه الإسلامي ولم ترد في النظام القانوني ومنها الجنون حيث تطرق الفقه الإسلامي إلى حالات تلحق بالجنون، كاليقظة النومية، والتنويم المغناطيسي، وحالة السكر التي نجد أن النظام القانوني لم يتطرق إليها، بل أنه لم يضع لها وسيلة لمنع وسكت عن تنظيم أحكام هذا العارض الذي يصيب قدرة الشخص على الأداء.

المطلب الثاني: مدى كفاية النظام القانوني لعوارض الأهلية :

من خلال استعراض عوارض أهلية الأداء بالنظام القانوني يتضح للباحث أن القوانين مجتمعة اعتبرت أن عوارض أهلية الأداء، هي: عوارض خاصة ومحددة بحالات منصوص عليها بالقانون وهي الجنون والعتة والسفه وذو الغفلة، وأن بعض التشريعات أضافت البله كالقانون المدني الفرنسي.

ونجد أن نظام عوارض أهلية الأداء ثابت ومستقر في جميع القوانين، ولم يجد الباحث أيّاً من القوانين تعتمد على معيار موضوعي بحيث يكون هذا المعيار متسعاً لعوارض أخرى تؤدي إلى عدم قدرة الشخص على حسن الأداء.

ونجد أن عوارض الأهلية ترتبط مع مناط الأهلية وجوداً وعدمياً، وذلك من حيث إن مناط أهلية الأداء هو العقل الذي يؤدي إلى حصول التمييز لدى الإنسان وأن التمييز يدور وجوداً وعدمياً مع الوعي والإدراك، وبحثنا سابقاً أن بداية أهلية الإنسان تكون عند وصوله إلى سن التمييز، وبعد وصوله إلى مرحلة الرشد والبلوغ يصبح كامل الأهلية القانونية لممارسة الأداء، وحيث إن أهلية الأداء الكاملة لا تكون إلا بعد وصول السن المعتبرة في القانون. ونلاحظ أن العوارض استندت إلى أصل الأهلية القانونية وهو العقل ولم تأخذ بعين الاعتبار، وصف الأهلية القانونية والتي يمكن القول عنها الشكالية القانونية لاعتبار الإنسان كامل أهلية الأداء هذه الشكالية

رأينا أنها تتمثل بالسن القانوني، ورأينا أن وضع المعيار العام في الشكلية القانونية للأداء هو السن.

والأمر يختلف بالنظام القانوني لعوارض أهلية الأداء فلا نجد معياراً عاماً أو معياراً، وإنما وردت العوارض بالنص عليها فعلى سبيل المثال: لا يوجد سن قانوني عندما يصل إليه الإنسان يصبح عارضاً من عوارض الأداء، وكذلك إن عدم وجود وصف قانوني معياري لعوارض الأداء يؤدي إلى خروج الكثير من الحالات عن هذا الوصف ويقول بذلك أستاذنا الدكتور محمد المحاسنة "المعيار الانتقائي بعد سن الرشد بذكر أمراض بعينها أدى إلى غموض المعيار وقصور الحالات عن تغطية جميع حالات عدم التمييز أو فساد التدبير"^(٢١٣)

ويرى الباحث: أنه من الواجب على رجال القانون والقضاء أن يعكفوا على أخراج نظام قانوني معياري لعوارض أهلية الأداء وذلك لأهمية هذا النظام الذي لا يستطيع أي شخص أن يمارس حقوقه المشروعة من غير أن تكتمل لديه الشروط القانونية لممارسة هذا الأداء، وأن يكون هناك معيار قانوني يواكب التطورات التي حصلت في مجالات الحياة المختلفة.

(٢١٣) محمد المحاسنة، مرجع سابق، ص ١٤٦.

ويجد الباحث أن من أفضل المعايير المقترحة لنظام عوارض أهلية الأداء ما أورده أستاذنا الدكتور محمد المحاسنة وهو^(٢١٤): نصوص القانون الأردني المعمول بها حالياً:

المادة (٤٣):

١. "كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية".
٢. "وسن الرشد هو ثماني عشرة سنة شمسية كاملة".

المادة (٤٤):

١. "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز في السن أو العته أو الجنون".
٢. "وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز".

المادة (٤٥):

١. "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون".

(٢١٤) محمد المحاسنة، مرجع سابق، ص ١٤٧، مع الإشارة أنه تم اقتباس هذا الجزء كما هو وارد في المرجع، وأنه تم وضع نصوص القانون المدني الأردني كمثال يحتذى به.

المادة (١٢٧):

١. "الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم".
٢. أما السفیه وذو الغفلة فتحجر عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهم وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون.

النظام المعیاري المقترح

المادة (٤٣): مقترح،

١. كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.
٢. وسن الرشد هو ثماني عشرة سنة شمسية كاملة.

المادة (٤٤) مقترح:

١. "لا يكون أهلاً لممارسة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر السن أو أي عارض يؤدي إلى فقد التمييز بعد بلوغ سن الرشد".
٢. وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز.

المادة (٤٥) مقترح:

- "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكذلك من بلغ سن الرشد وكان فاسد التدبير لأي عارض، يكون ناقص الأهلية".

المادة (١٢٧) مقترح:

"عديم التمييز لأي سبب غير الصغر وفساد التدبير لأي سبب كان، تحجر عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهم وفقاً للقواعد وللإجراءات المقررة في القانون".

مادة إضافية مقترحة: "في كل الأحوال لا يعتد بأي عارض التمييز أو بفساد التدبير إذا كان الشخص سيء النية وقصد الوصول بنفسه إلى انعدام التمييز أو فساد التدبير".

الفصل الثاني : موانع الأهلية

ويتضمن المباحث التالية :

ماهية موانع الأهلية

المبحث الأول: الحجر على المدين المعسر كمانع من موانع الأهلية

المبحث الثاني: الحكم بالعقوبة الجنائية كمانع لأهلية الأداء

المبحث الثالث: موانع الأهلية الطبيعية

المبحث الرابع: موانع الأهلية المادية

وهذا الفصل من الدراسة يتحدث عن جانب مهم من جوانب الأهلية القانونية للفرد ويسمى بموانع الأهلية القانونية، ويعني أن الفرد لديه كامل الأهلية القانونية للتصرف لكن يوجد حائل ومانع يجعله غير قادر على ممارسة الأداء، وذلك ليس بسبب عارض يعترض ذات الأهلية، وإنما لوجود مانع ويمكن أن نطلق عليه معوقات عن ممارسة الأداء، وهذه الموانع والمعوقات لا تمس مناط الأهلية القانونية للأداء، حيث إن الفرد يكون كامل الأهلية من حيث وجود الوعي والإدراك والتمييز الكامل، وحتى الرشد مع تمام الأركان السابقة لمناط الأهلية، لكن وجد ظرف ومعوقات تمنعه من ممارسة الأداء بنفسه أو بشكل منفرد بل لابد من وجود شخص آخر يطلق عليه مصطلح المساعد القضائي مهمة مساعدة الشخص على ممارسة الأداء^(٢١٥)، وفي بعض الظروف يتصرف المساعد لوحدة دون وجود الشخص الممنوع من التصرف^(٢١٦).

ويقسم الفقه القانوني موانع الأهلية إلى عدة أقسام وهي :

١- موانع الأهلية القانونية وتتمثل في :

أولاً : المنع من ممارسة أهلية الأداء بموجب نص بالقانون يلزم الشخص بالإمتناع عن التصرف، ومنها الشخص المريض، والأشخاص الممنوعون من التصرف بموجب النصوص القانونية مثل القضاة والمحامين الممنوعين من ممارسة الاداء

(٢١٥) عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق، ص ٣٠٥.

(٢١٦) عوض الزعبي، المدخل إلى علم القانون / دار وائل للنشر / ط٢ / ٢٠٠٣ عمان / ص ٤٥٤،

وتوفيق حسن فرج/ المدخل للعلوم القانونية / منشأة المعارف - الإسكندرية/ ط٢/ ١٩٨١، ص ٦٥٧.

بشراء الحقوق الموكل لهم الدفاع عنها والنظر بها. والشخص المدِين المعسر الذي يمنع من التصرف في أمواله.

ثانياً : الحكم على الشخص بعقوبة مُقيدة للحرية تتمثل بالحبس، سوف نجد أن القوانين المنظمة لهذه العقوبة تمنع الشخص من ممارسة أهلية الأداء.

٢- موانع الأهلية الطبيعية وتتمثل في :

أولاً: العاهة المزوجة التي تصيب جسم الإنسان بحيث لا يستطيع أن يمارس الحياة اليومية دون وجود مساعد له.

ثانياً: حالة العجز التام الذي يصيب جسم الانسان بحيث لا يستطيع الحركة دون مساعدة الآخرين.

٣- موانع الأهلية المادية وتتمثل في :

- حالة الشخص الغائب والمفقود.

وسوف نبحث في هذا الفصل هذه الموانع وذلك من خلال الفقه الإسلامي والنظام القانوني.

المبحث الأول: الحجر على المدين المعسر كمانع من موانع الأهلية

ويتم البحث في موقف الفقه الإسلامي من الحجر على المدين المعسر هل يعتبر من عوارض الأهلية التي تعترض ممارسة الأداء أم من موانع الأهلية. وكذلك الأمر يتم بحثه بالنظام القانوني هل يعتبر من عوارض أهلية الأداء أم من موانعها.

المطلب الأول : الحجر على المدين المعسر كعارض لأهلية الأداء بالفقه الإسلامي

تعريف الحجر لغة هو: المنع من التصرف، والزل عن أصل الشيء، وإحاطة الشيء من جميع جوانبه^(٢١٧). ويعرف الحجر اصطلاحاً: المنع من التصرف قولاً لشخص مخصوص وهو المستحق للجزاء بأي سبب كان.^(٢١٨) أما الحجر على المدين المعسر، يعرف اصطلاحاً: الحجر بسبب الدين أن يتحمل الرجل ديون تستغرق أمواله أو تزيد على أمواله، فطلب الغرماء من القاضي أن يحجز عليه حتى لا يهب ماله، ولا يتصرف به، ولا يقربه لغريم آخر، فالقاضي يحجز عليه حتى لا تصح هبته، ولا صدقته بعد ذلك.^(٢١٩) لقد وجد نظام الحجر على المدين المعسر في الشريعة الإسلامية واعتبره البعض من عوارض أهلية الأداء وذلك لارتباطه بأهلية التعاقد المقدرة للمدين المحجور عليه إذ اعتبر الإنسان المدين بحالة لا يملك بها أهلية الأداء الكاملة لممارسة التصرفات.

وجانب من الفقه الإسلامي لم يعتبره من عوارض الأهلية، وإنما من وسائل الحماية المقدرة للدائنين للحفاظ على الأموال التي لهم حق بها على الرغم أنها لا تزال بيد المدين، وأنها ليس من عوارض الأداء على اعتبار، أن المدين المحجور عليه يبقى مكفأً شرعاً بالواجبات والعبادات ويصح منه الزواج والطلاق. إلا أنه يكون بحالة لا يستطيع بها التصرف بأمواله ليس لفقدانه الأهلية وإنما حماية للدائنين^(٤).

(٢١٧) المعجم الوسيط، ص ١٥٧، مرجع سابق.

(٢١٨) الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ص ٩٨.

(٢١٩) المرجع السابق، ص ٧٧.

(٤) المبسوط، مرجع سابق، ص ٢٤، ص ١٦٥.

ومع وجود الخلاف حول الوصف الشرعي لحالة الحجر على المدين إلا أنه نظام موجود بالفقه الإسلامي، ويؤدي إلى نتيجة واحدة وهي وقوع الحجر على الشخص المدين، ويلاحظ أن هذا النظام وضع لحماية جانب واحد من أطراف العلاقات المدنية وهو: الطرف الدائن وذلك من حيث حقه بطلب إيقاع الحجر على المدين لمنعه من التصرف في أمواله بطريقة تلحق بهم الضرر وأن هذا المنع لا يستند إلى مناط الأهلية وإنما لحماية الغير من الدائنين لذلك يصنف على أنه من موانع الأهلية.

ونجد أن المذاهب الفقهية الإسلامية اتجهت إلى اتجاهين وهما:

الاتجاه الأول: يأخذ بنظام الحجر على المدين المعسر، ويعتبر المدين بهذه الحالة من الممكن أن يقوم بالتصرفات التي تلحق ضرراً بالدائنين، وذلك بأن يتصرف بأمواله بحيث ينقل ملكية هذه الأموال إلى أطراف خارج العلاقة التعاقدية مع الدائنين، وبذلك يمنع الدائنين من مطالبة هذه الأطراف، وكذلك قد يقوم بتهديب هذه الأموال إلى الورثة، أو إلى الغير دون مقابل. لذلك من حق الدائنين الحفاظ على أصول الأموال التي تشكل ضماناً لديونهم لأن الشخص المعسر يكون بحالة توصف أن ديونه المترتبة عليه للغير أكثر من أمواله، وللحفاظ على اقتسام الدائنين لأموال

المدين يجب إلقاء الحجر عليه لمنعه من التصرف. وأصحاب هذا الاتجاه هم المذهب الشافعي، والمالكي، والحنبلي. (٢٢٠)

الاتجاه الثاني: يقوم على عدم جواز الحجر على المدين المعسر. ولا يحق للدائنين طلب الحجر على المدين المعسر، وهذا الرأي عند الإمام أبي حنيفة واستند بذلك أن الحجر على المدين المعسر يؤدي إلى مصادرة الأهلية الشرعية للمدين ويصبح الإنسان بذلك مجرداً من أهليته (كالبهائم). وإن إقرار هذا النظام يلحق الضرر الكبير بالإنسان، وإن حماية المصلحة العامة أولى من حماية المصلحة الخاصة، والمصلحة العامة هنا هي: حماية الإنسان ذاته بالمحافظة على تمام أهليته، والمصلحة الخاصة هي حقوق الدائنين، وأن القاعدة الشرعية تقوم على درء المفساد أولى من جلب المصالح، وإقرار نظام الحجر على المدين يؤدي إلى فساد الشخص بالكامل الأمر الذي لا يتعادل مع مصلحة الدائنين وهي المال فقط. (٢٢١)

المطلب الثاني: ارتباط أهلية الأداء بالحجر على المدين المعسر وفقاً للفقهاء الإسلامي

إن الفقه الإسلامي وإن أخذ بنظام الحجر على المدين المعسر واعتبر أن الإنسان يكون في حالة الحجر لا يملك أهلية الأداء الكاملة للتصرف، وذلك بسبب أنه يتصرف بأمور تعلق بها حق للغير وهم الدائنون، واعتبر الفقه أن الحجر على

(٢٢٠) عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الإرشاد للطباعة والنشر، القاهرة، ج ٢، ص ٣٠٥.

(٢٢١) الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ص ٨٠.

المدين بهذه الحالة لا يمكن أن يكون حجراً مطلقاً كما هو الحال في حالات الحجر الأخرى، مثل الحجر على المجنون يكون حجراً مطلقاً على جميع أعماله وتصرفاته. واتفق الفقه الإسلامي أن لا يكون الحجر مطلقاً وإنما مقيد بهذه الحالة التي يصبح بها الإنسان محجوراً عليه في التصرفات المالية.^(٢٢٢)

وهناك خلاف بين الفقه حول الأثر المترتب على المنع من التصرفات المالية على النحو التالي:

المذهب الحنفي: الرأي الذي قال به الإمام أبو حنيفة (رحمه الله تعالى) عدم القول والأخذ بالحجر على المدين، بسبب الدين حتى لو طلبه الدائنون للاعتبارات التي أوردها الإمام أبو حنيفة وهي: أن الحجر على المدين يؤدي إلى إهدار الأهلية الشرعية للإنسان، وهذه تؤدي إلى نتيجة أن الإنسان يصبح بلا أهلية شرعية، وبذلك يصبح (كالبهائم). وهذه الاعتبارات إذا لم تؤخذ بعين الاعتبار وتم الحجر على المدين المعسر، فإن ذلك الحجر يؤدي إلى الإضرار بالإنسان.

ومع ذلك الرأي إلا أن بعض تلاميذ الأمام أبي حنيفة، مثل: زفر، والصاحبين، قالوا: بخلاف ذلك فيرون أنه يجوز إيقاع الحجر على المدين المعسر، ولكن ضمن قيود وفي حالة محددة وهي: أن يلحق بالمدين دين مستغرق أو حالة من الديون التي تزيد على أمواله، وأن يطلب الدائنون الحجر على المدين من القضاء.^(٢٢٣)

(٢٢٢) صبحي المحمصاني، مرجع سابق، ص ٤٠٥.

(٢٢٣) الفتاوى الهندي، مرجع سابق، ص ٣٥٦.

ولا يكون الحجر إلا على بعض التصرفات المالية، وذلك أن الحجر لا ينصرف إلى جميع التصرفات المالية الصادرة عن المدين وإنما يكون الحجر معتبراً بالتصرفات المالية التي تلحق ضرراً بالدائنين، مثل الوصية والتبرع والهبة، والتعاقد مع الغير بمقابل شريطة أن يكون المقابل أقل من الثمن الحقيقي. وبخلاف ذلك يصح له التعاقد بثمن المثل، ويصح له التصرفات التي تثري أمواله كقبول الهدية. وأن العبرة لقيمة أموال المدين، هي: الأموال المملوكة له وقت الحجر عليه.^(٢٢٤)

المذهب الحنبلي: أخذ بنظام الحجر على المدين المعسر، واعتبر أن الحجر على المدين المعسر لا يكون إلا بالحجر على تصرفاته المالية جميعها. وأنه عندما يقرر الحاكم الحجر على المدين المعسر لا تنفذ تصرفاته في أمواله، فلا يصح البيع منه سواء أكان ذلك البيع بثمن المثل أم أقل منه، ولا تنفذ الوصية بالمال، ولا تنفذ الهبة بالمال^(٢٢٥).

المذهب الشافعي: أوجب المذهب الحجر على المدين المعسر، وأخذ بهذا النظام، وأن الحجر على المدين المعسر لا يقع إلا على التصرفات المالية جميعها، سواء أكانت بمقابل أم بدون مقابل^(٢٢٦).

^(٢٢٤) المرجع السابق.

^(٢٢٥) موفق الدين أبي عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني على مختصر الخرفي، ج٤، طبعه وصححه عبد السلام شاهين، دار الكتب الجامعية، بيروت، ص ٤٦٣.

^(٢٢٦) محمد بن إدريس الشافعي، الأم، اشرف على طبعة محمد زهدي النجار، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ج٣، صفحة ٢١٠.

يرى الباحث

أن الفقه الإسلامي أجمع على الأخذ بنظام الحجر على المدين المعسر باستثناء الأمام أبي حنيفة، الذي خالفه بذلك تلاميذه، وأن الفقه الإسلامي اعتبر الحجر على المدين المعسر يؤثر على تصرفات المدين المالية ويبقيها موقوفة النفاذ على إجازة الدائنين لها، وأن أجازها الدائنون تنفذ بحقهم وبحق الغير، ومن هنا نلاحظ أن اعتبار التصرف موقوفاً ليس لعيب بأهلية الأداء لدى الشخص المدين، وإنما للحفاظ على أموال الدائنين، وهذا يعني أن الشرع اعتبر الحجر على المدين وسيلة لحماية الدائنين، وهذا يختلف عن الهدف الذي من أجله شرعت عوارض الأهلية، وهو: حماية الشخص المعترض على أهليته نفسه وحماية الورثة والغير من الدائنين، والمتصرف إليهم، لذلك وإن توافق نظام الحجر على المدين المعسر مع عوارض الأهلية من حيث النتيجة إلا أنه اختلف معها من حيث الهدف الذي شرع من أجله لذلك لا يؤيد الباحث إيراده من ضمن عوارض الأهلية وإنما يصنف على أنه من موانع الأهلية.

المطلب الثالث : الحجر على المدين كمانع لأهلية الأداء في النظام القانوني

ونبحث ذلك من خلال مدى الأخذ بنظام الحجر على المدين المعسر بالنظام القانوني، وهل يعتبر من عوارض أهلية الأداء أم أنه من موانع الأهلية؟ وذلك بالنظام القانوني الإسلامي المتمثل بمجلة الأحكام العدلية وبالقوانين الأخرى.

أولاً : الحجر على المدين المعسر بمجلة الأحكام العدلية.

لقد عمدت مجلة الأحكام العدلية إلى تعريف الحجر بالمادة (٩٤١) "الحجر هو منع شخص من تصرفه القولي ويقال لذلك الشخص بعد الحجر محجور"^(٢٢٧) ونجد أن المجلة أخذت بنظام الحجر على المدين وذلك من خلال نص المادة (٩٥٩) "بحجز المدين أيضاً من طرف الحاكم بطلب الغرماء" ويلاحظ أن النص بهذه الحالة جاء عاماً فلم يحدد إذا كان المدين معسراً أم غير معسر وإنما ورد الحجر على المدين. ويرى الباحث: أن كلمة الغرماء هنا جاءت مطلقة ولم يتقيد الأمر بالدائنين، ويرى الباحث: أن هناك فرقاً بين مصطلح الغرماء والدائنين وذلك من حيث:

١. إن الغرماء مصطلح أوسع نطاقاً من مصطلح الدائنين، وهذا يعطي الحق للأشخاص الآخرين غير الدائنين بطلب الحجر.

٢. إن من يلحقه مغرم من تصرفات المدين قد تشمل الدائنين، والورثة، لوجود حق مستقبلي لهم في تركة مورثهم، والغير. والمقصود بالغير هنا من يلحقه ضرر من تصرفات المدين، ومثالها: الشخص الذي له حق التعويض عن الأضرار التي لحقت به من تصرفات المدين وبعبارة أدق الالتزامات المترتبة على المدين جراء أقوله: كالضرر المعنوي، وأفعاله كالضرر المادي وإياً كان مصدر المسؤولية عقدياً أو تقصيراً.

(٢٢٧) مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق.

٣. إن مصطلح الدائنين يطلق عادة على من له حق مالي على آخر نتيجة لتبادل المنافع بين الدائن والمدين، وهنا مصطلح الغرماء قد يكون الحق للغريم دون وجود تبادل المنفعة.

ويرى الباحث: أن مجلة الأحكام العدلية اعتبرت أن الحجر على المدين من عوارض الأهلية القانونية التي تعترض الأداء، وأن لم تنص على ذلك صراحة ويبدو ذلك من خلال:

أن نظام الحجر على المدين جاء ضمن الباب الأول تحت عنوان (أصناف المحجورين)، من الكتاب التاسع تحت عنوان (الحجر والإكراه والشفعة)، وأصناف المحجورين بالمجلة تضمنت الحديث عن عوارض الأهلية القانونية بسبب الحجر، وهي الصغر والجنون والعتة، ذلك سواء أكان الحجر ذاتياً أم عن طريق الحاكم.

ولا يلاحظ أن القيد الوارد على تصرفات المدين المحجور عليه، هو: منع مقيد وليس مطلقاً وذلك أن هذا المنع من ممارسة الأداء لا يكون إلا في حالات معينة وهي:

١. حالة المماثلة من المدين ولو لم يكن معسراً، حيث يكون الحق للغرماء طلب الحجر على المدين المماثل. (المادة ٩٩٨).

٢. حالة إفلاس المدين يحق للغرماء طلب الحجر على المدين المفلس، ونجد أن المجلة توسعت بمفهوم الإفلاس، فالإفلاس لا يكون إلا في حالة إن كانت ديون الشخص مستغرقة لأمواله، ولكن المجلة اعتبرت أن الإفلاس قائم حتى لو كانت

الديون مساوية لأموال المدين. حيث أعطت الحق للغرماء طلب الحجر على المدين بهذه الحالة. المادة (٩٩٩).

٣. لا يقع الحجر على المدين على أمواله التي يمتلكها بعد الحجر عليه، وينحصر الحجر بالأموال التي يملكها وقت طلب الحجر عليه.

٤. يقع الحجر على جميع التصرفات التي تلحق ضرراً بالغرماء، سواء أكان ذلك بالهبة، أم الوصية، أو التبرع والصدقة، والبيع بأقل من الثمن الحقيقي.

مما سبق يلاحظ أن مجلة الأحكام العدلية اعتبرت أن الحجر على المدين من عوارض أهلية الأداء التي تعترض أداء الشخص ويتضح ذلك من خلال أن المجلة لم تضع نصوصاً قانونية صريحة بوجود لفظ عوارض الأهلية، وإنما أوردت حالات العوارض جميعها تحت باب الحجر واعتبرت أن الأصل العام لعوارض الأهلية، هو الحجر على الشخص سواء أكان ذلك الحجر عن طريق الطلب من الحاكم بإيقاعه، أم كان الشخص محجوراً عليه لذاته.

ثانياً : الحجر على المدين في النظام القانوني

لقد ورد نظام الحجر على المدين في جميع القوانين المدنية المعمول بها، إلا أنه ورد بحالة واحدة وهي الحجر على المدين بحالة إيساره، وهذه الحالة: عندما تكون ديون الشخص مستغرقة لأمواله، بحيث يكون ما عليه من ديون أكثر من الأموال المملوكة له. ونجد أن القوانين لم تورد نظام الحجر على المدين المعسر من ضمن عوارض

الأهلية القانونية، وإنما ورد الحجر وفي أغلب التشريعات تحت باب أحكام الالتزام ضمن فرع الوسائل المشروعة لحماية الدائنين وحماية التنفيذ.

وهذا يعني أن الحجر على المدين المعسر لا يقع كونه عارضاً من عوارض أهلية الأداء وإنما يقع لحماية أصحاب الحقوق، وأن الشخص المدين يكون له كامل الأهلية القانونية لممارسة الأداء، لكنه يدخل في حالة من المنع من التصرف الأمر الذي يجعلنا نصنف هذه الحالة تحت عنوان موانع الأهلية القانونية.

ورغم أن الحجر على المدين ليس من عوارض الأداء، إلا أنه يؤدي إلى نتيجة تشبه النتيجة المترتبة على عوارض الأداء، وهي: بطلان بعض التصرفات بحق الدائنين لذلك لا بد من استعراض الأحكام القانونية له وذلك من خلال المقارنة بين القانون المدني الأردني والمصري والعراقي من خلال أثر ذلك على أهلية الأداء.

المطلب الرابع : الحجر على المدين في القانون المدني الأردني

القانون المدني الأردني أخذ بنظام الحجر على المدين المعسر، ونظم أحكامه بالمواد (٣٧٥ - ٣٨٦) ونظم أحكام المدين الذي أحاط الدين بماله بالمواد (٣٧٠ - ٣٧٤) ونجد أن القانون ميز في حكم التصرفات الصادرة بين الحالتين على النحو التالي:

حالة المدين الذي يحيط الدين بماله: المواد (٣٧٠ - ٣٧٤)^(٢٢٨) من القانون المدني

الأردني وهذه الحالة: أن الشخص يكون عليه ديون حالة ومؤجلة مساوية أو أكثر

من ماله وهذه الحالة تجعل المدين ممنوعاً من التصرف وفقاً للأحكام التالية:

١. إذا وجد الشخص المدين بحالة يكون فيها مجموع الديون المستحقة الأداء والديون

المؤجلة مساوية أو أكثر من أمواله فيمنع من التصرف بها على سبيل التبرع غير

الملزم به.

٢. وإذا توافرت الحالة السابقة يكون الحق للدائنين الحكم بعدم نفاذ التصرف بحقهم.

٣. إذا وجد الشخص المدين بحالة إحاطة الدين بماله وقام الدائنون بمطالبة المدين

بديونهم، فيصبح الشخص المدين بحالة تجعله لا يحق له التبرع بأمواله ولا التصرف

فيها معاوضة ولو بغير محاباة، وإذا تصرف يكون للدائنين الحق بطلب الحكم بعدم

نفاذ تصرفاته الصادرة من المدين بحقهم.

يرى الباحث: أن الأحكام السابقة وهي عبارة عن توضيح للأحكام الواردة بالقانون

المدني الأردني أنها تجعل الشخص الذي تكون ديونه الحالة والمؤجلة بحالة قانونية

تمنعه من بعض ممارسة الأداء لديه، وتصل في حالات إلى المنع الكامل لحقه في

التصرف، لكن السؤال الذي يطرح هل المنع من التصرف هنا لوجود عارض من

عوارض أهلية الأداء لديه؟

(٢٢٨) القانون المدني الأردني.

نقول إن القانون المدني الأردني لم يعتبر أن المدين المحاط بديونه لا يملك الأهلية القانونية الكاملة، وإنما وضع هذه الأحكام لحماية الدائنين من ضياع حقوقهم وذلك أن المدين بهذه الحالة يملك الأهلية القانونية الكاملة لممارسة الأداء ولكنه ممنوع من ممارسة هذا الأداء وذلك للأسباب التالية:

١. المشرع لم يعط الحق للدائنين طلب الحجر على المدين المحاط بديونه، وإنما جعل لهم الحق بدعوى عدم نفاذ التصرفات ومعنى ذلك أنه له كامل أهلية الأداء.

٢. إن المشرع أوجد نظاماً لحماية الدائنين بأن جعل لهم الحق بطلب عدم نفاذ التصرفات الصادرة من المدين بحقهم، ومعنى ذلك أن الهدف من هذا القيد، هو الحفاظ على حقوق الدائنين فقط، وهذا لا يطابق الهدف من عوارض الأهلية القانونية المتمثل بحماية الشخص المعترض على أدائه ذاته والحفاظ على أمواله من الضياع لأنها تشكل مصدر كفاية للعيش الكريم له ولأسرته وللورثة من بعده، وكذلك حماية المتصرف ناقص الأهلية من تحمله الالتزامات بسبب استغلال حالته.

٣. نجد أن المشرع وبالمادة (٣٧٤) من القانون المدني الأردني أوجد مدة تقادم خاص لدعوى عدم نفاذ التصرفات حيث جاء النص "لا تسمع دعوى عدم نفاذ التصرف بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، ولا تسمع في جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من وقت

صدور التصرف^(٢٢٩)، من ذلك يتضح أن هذا المنع ليس بسبب نقص الأهلية القانونية لأن عوارض الأهلية القانونية لا تخضع التصرفات الصادرة بحالتها للتقادم، وكذلك معنى ذلك أن المدين بعد انقضاء مدة التقادم تكون تصرفاته صحيحة بحكم القانون.

٤. أن حالة المدين المحاط بديونه أوردتها المشرع تحت عنوان الوسائل المشروعة لحماية التنفيذ ومعنى ذلك أن الوصف القانوني لها من باب الحماية القانونية، وليس من باب التعرض لأهلية الشخص القانونية.

المطلب الخامس : حالة الحجر على المدين المعسر

لقد نظم القانون المدني الأحكام القانونية لحالة الحجر على المدين المعسر بالمواد (٣٧٥ - ٣٨٦) وبداية لا بد أن نشير إلى أن القانون المدني الأردني أورد النصوص المنظمة لهذه الحالة تحت عنوان الحجر على المدين المفلس، ويرى الباحث أن كلمة (المفلس) لا يطيب المقام بها هنا وكان الأجدر أن ترد كلمة المعسر بدلاً منها، ويبدو أنها وردت على سبيل الاقتباس من مجلة الأحكام العدلية.

والمدين المفلس: هو ما يتعلق بالشخص التاجر، ويخضع لأحكام القانون التجاري تحت باب الإفلاس. أما المدين المعسر: هو ما يتعلق بالشخص غير التاجر والنظامان يتفقان من ناحية:

(٢٢٩) القانون المدني الأردني.

١. غل يد المدين عن التصرف.

٢. منع أحد الدائنين من الانتفاع دون باقي الدائنين.

ويختلفان عن بعضهما، أن نظام الحجر على المدين المعسر لا يوجد به نظام التصفية الجماعية لأموال المدين والتي يقوم بها وكيل التفليسة.^(٢٣٠)

ونجد أن القانون المدني لم يورد تعريفاً لحالة الحجر على المدين المعسر خلافاً لما ذهب إليه في تعريف مرض الموت، وخلافاً لمجلة الأحكام العدلية المادة (٩٩٩)، وترك الأمر لفقهاء القانون.

ويمكن تعريف الحجر على المدين المعسر: هو وجود الشخص المدين بحالة تكون فيها ديونه المستحقة الأداء أكثر من أمواله مما يجعله لا يستطيع التصرف بماله الذي أحاط به الدين المستحق.

ويجب أن يكون الحجر على المدين المعسر بحكم تصدره المحكمة المختصة بناء على طلب أحد الدائنين أو المدين نفسه (المادة ٣٧٦).

ويترتب على الحجر عدم حرية المدين المعسر في التصرف بأمواله وذلك من حيث عدم نفاذ تصرفاته بحق الدائنين ويلاحظ أن نص المادة (٣٨١) ورد على النحو التالي: "يترتب على الحكم بالحجر على المدين ألا ينفذ في حق دائنيه جميعاً تصرفه

(٢٣٠) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج ٢، فقرة

في ماله الموجود والذي لم يوجد بعد، وإقراره بدين لأخر وذلك منذ تسجيل الاستدعاء^(٢٣١).

ويلاحظ على النص ما يلي:

أن مصطلح التصرفات جاء مطلقاً (عدم نفاذ تصرفاته)، وهذا يعني أن الحكم يشمل جميع التصرفات الصادرة من المدين المحجور عليه سواء أكانت هذه التصرفات بمقابل أم بدون مقابل، أي سواء تصرفات معاوضات، مثل: عقود البيع والتمليك والمنفعة، أو بدون عوض: كالهبة والتصرف. ويرى الباحث: أن وجود الحكم على التصرفات بالمطلق لا يحقق الغرض الذي من أجله شرع نظام الحجر.

فعلى سبيل المثال لو أن المدين تصرف بتصرف نافع نفعاً محضاً فإن ذلك سوف يؤدي إلى زيادة أمواله وليس نقصها.

ويرى الباحث: أنه بالرجوع للقواعد العامة في القانون المدني الأردني والمتعلقة بعيوب الرضا نجد أن المشرع أورد نص المادة (١٤٧) وتحت عنوان التغيرير والغبن بالنص التالي: "إذا أصاب الغبن ولو كان يسيراً مال المحجور عليه للدين أو المريض مرض الموت وكان دينهما مستغرقاً لما لهما كان العقد موقوفاً على رفع الغبن أو إجازته من الدائنين وإلا بطل"^(٢٣٢)، والذي يفهم بالمعنى المخالف لهذا النص أنه إذا كان تصرف المدين المحجور عليه بغبن يسير لا ينفذ بحق الدائنين

(٢٣١) القانون المدني الأردني.

(٢٣٢) القانون المدني الأردني.

وأن جميع التصرفات النافعة له صحيحة ومعتبرة، وأن المعاوضات بثمن المثل صحيحة ونافذة في حق الدائنين.

٢. يرى الباحث: أنه هناك عدم انسجام وتوافق للنص الوارد حين ورد عجز النص بشكل لا يتوافق مع صدره من حيث: في بداية النص القانوني ورد التالي (يترتب على الحكم بالحجر) وفي نهاية النص (وذلك منذ تسجيل الاستدعاء).

وهنا يفهم في بداية النص أن تصرفات المدين لا تكون نافذة بحق الدائنين إلا بعد صدور الحكم بالحجر، وفي النهاية اعتبر أن التصرفات لا تكون نافذة منذ تاريخ تسجيل الاستدعاء ويعني ذلك قبل صدور الحكم لأن عملية التسجيل للاستدعاء لا تشكل حكماً قضائياً وإنما هي: طلب لإصدار حكم قضائي وهذا يخالف نص المادة (٣٧٦) "يكون الحجر بحكم تصدره المحكمة".

المطلب السادس : مدى ارتباط الحجر على المدين المعسر بعوارض الأهلية القانونية

المفهوم العام لحالة الشخص الذي يدخل بحالة توصف بأنه مدين معسر وحسب النصوص القانونية السابقة توحى بأن الشخص يبقى يتمتع بكامل الأهلية القانونية لممارسة الأداء كأصل عام. إلا أنه وخوفاً على مصالح وحقوق الدائنين أوجد القانون نظام الحجر على المدين المعسر. وليس من باب عوارض الأهلية وإنما من باب حماية حقوق الدائنين.

ويرى الباحث: أن القانون المدني الأردني أحسن صنفاً بعدم اعتبار الحجر على المدين المعسر من عوارض أهلية الأداء، لأن هذه الحالة وضعت لحماية فئة محددة وهم مجموعة الدائنين وأن عوارض الأهلية خلاف ذلك، وضعت لحماية الشخص نفسه، وحماية من يعولهم والورثة والدائنين، وكذلك لا يعتبر من عوارض الأهلية للأسباب التي أوردها الباحث في حالة المدين المحاط بديونه.

المطلب السابع : الحجر على المدين المعسر في النظام القانوني المصري

اختلف القانون المدني المصري عن القانون المدني الأردني من حيث الألفاظ، حيث أطلق القانون المدني الأردني الحجر على المدين المعسر، بينما أطلق القانون المدني المصري مصطلح حالة إعسار المدين. ونجد أن القانون المدني المصري قد نظم حالة الإعسار في باب ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان في الفصل الثالث، تحت عنوان: وسائل التنفيذ في المواد (٣٢٥ - ٣٤٣). ويطلق الفقه على هذه الوسيلة الدعوى البولصية^(٢٣٣) التي تقابل دعوى عدم نفاذ التصرفات في القانون المدني الأردني، ونظم القانون المدني المصري في الفصل الثالث وتحت عنوان: وسائل الضمان حالة إشهار إعسار المدين بالمواد (٢٤٩ - ٢٦٤). ولا بد من دراسة أثر هذه الحالة على أهلية الأداء للشخص وفق أحكام القانون المدني المصري. وكذلك لا بد من الإشارة أن القانون المدني المصري وإن كان يتفق من

(٢٣٣) يطلق هذا المصطلح نسبة إلى الإمبراطور الروماني بولص أول من أدخلها في القانون الروماني القديم، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، بند ٥٦٧.

حيث النتيجة مع عوارض الأهلية إلا أنه لم يعتبر حالة الإعسار من عوارض أهلية الأداء، وإنما أوجد لها أحكاماً خاصة بها كما أشرنا إلى المواد السابقة الأمر الذي يجعلنا نصنفها تحت عنوان موانع الأهلية القانونية.

أولاً : موقف القانون المصري من عدم نفاذ تصرفات المدين بشكل عام

أوجد القانون المصري وسيلة لحماية الدائنين كما هو الحال في أغلب التشريعات، وهي: اعتبار تصرفات المدين غير نافذة بحق الدائنين وفق أحكام خاصة وهي:

ما ورد بالمادة (٢٣٧) "لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء، وصدر من مدينة تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عليه إعسار المدين أو الزيادة في الإعسار، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية"^(٢٣٤).

وهذا النص يوضح لنا الحالة التي تكون فيها التصرفات الصادرة عن المدين هي تصرفات غير نافذة بحق الدائنين هي:

١. وجود الشخص بحالة يكون فيها مديناً بدين مستحق الأداء.
 ٢. أن يتصرف المدين تصرفات تلحق ضرراً بالدائنين من خلال انتقاص الذمة المالية للمدين، أو زيادة الالتزامات المفروضة على المدين.
- أما من حيث أنواع التصرفات، لقد ميز القانون المدني المصري في الحكم بعدم النفاذ باختلاف نوع التصرف الصادر من المدين على النحو التالي:

(٢٣٤) القانون المدني المصري

١. في التصرفات بالمعاوضات حتى يكون التصرف غير نافذ بحق الدائنين يجب أن يكون التصرف الصادر من المدين منطوياً على غش منه، ويعلمه الطرف الآخر، واعتبر القانون أن الغش يتحقق بمجرد وجود المدين بحالة الإعسار. ورغم ذلك يتصرف، مع علم من صدر التصرف له أن المدين في حالة إعسار. والمراد بالغش هنا: أن المدين قد قصد التصرف ليتخلص من الوفاء بالتزاماته تجاه الدائنين. ولا يكون المرء بهذه الحالة إلا إذا أدى التصرف إلى إنقاص الضمان العام للدائنين، وهي: أمواله أو تحميله لنفسه التزامات مالية أخرى لإضعاف حق الدائنين بأمواله^(٢٣٥). ولم يكتفِ القانون المصري بغش المدين، وإنما اشترط أيضاً بالمعاوضات علم المتصرف إليه بغش المدين للدائنين وذلك بالتصرف الذي أجراه وأقام القرينة القانونية على ذلك، وهي: أن يثبت الدائنون علم من صدر له التصرف أن هذا التصرف يؤدي إلى إعسار المدين أو يزيد في إعساره (المادة ١/٢٣٨).

٢. في التصرف الصادر من المدين بالتبرع، لا ينفذ التصرف بحق الدائنين إذا كان تصرف المدين على سبيل التبرع حتى لو كان المتبرع له حسن النية ولم يكن هناك غش. (المادة ٢/٢٣٨).

(٢٣٥) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، فقرة ٥٩١.

ثانياً : موقف القانون المصري من عدم نفاذ تصرفات المدين المعسر

إن القانون المدني المصري لم يأخذ بنظام الحجر على المدين المعسر كما هو الحال في القانون المدني الأردني الذي مصدره الفقه الإسلامي، وإنما أخذ القانون المدني المصري بنظام آخر وهو نظام شهر حالة الإعسار مستنداً لفقه القانون الغربي بذلك. ولا نجد خلافاً بين النظامين من حيث المضمون والأحكام وإنما جاء الاختلاف، من حيث المصطلحات. لأن الوصف القانوني لحالة المدين مطابق لكليهما والأثر القانوني مطابق لكليهما أيضاً. وحالة الإعسار هي ما ورد بنص المادة (٢٤٩) " يجوز أن يشهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء"^(٢٣٦) وتطابق المادة (٢٥٠) مدني سوري.

وحتى يكون المدين في حالة الإعسار لا بد من صدور حكم قضائي بذلك (المادة ٢٥٠) ونجد أن القانون جعل الحكم في مسألة إعسار المدين مسألة تقدرها المحكمة (المادة ٢٥١).

المطلب الثامن : الأثر القانوني لحالة الإعسار على أهلية الأداء

الأصل العام أن الشخص الذي يتم إشهار إعساره تبقى له كامل الأهلية القانونية للتصرف وتكون جميع تصرفاته نافذة ومعتبرة، إلا أن القانون المدني المصري جعل بعض القيود على هذه التصرفات لحماية الدائنين وذلك بما يلي:

(٢٣٦) القانون المدني المصري.

١. التصرفات الصادرة من المدين الذي تم إشهار إعساره بالمعاوضات يجب أن تكون بثمن المثل.

حيث جاء نص المادة (٢٥٨) ١. "يجوز للمدين أن يتصرف في ماله. ولو بغير رضا الدائنين على أن يكون ذلك بثمن المثل، وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن في خزانة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع"، ٢. "فإذا كان الثمن الذي بيع به المال أقل من ثمن المثل كان التصرف غير سار في حق الدائنين، إلا إذا أودع المشتري فرق الثمن الذي اشترى به ما نقص من ثمن المثل". (٢٣٧)

ويرى الباحث: أن هناك تشدداً بالحكم الصادر بموجب النصوص القانونية على تصرفات المدين الذي أشهر إعساره، بخلاف القانون المدني الأردني فكما مر معنا سابقاً أن القانون المدني الأردني وبالمادة (١٤٧) اعتبر التصرف بهذه الحالة نافذاً بحق الدائنين ما لم يلحقه غبن وفي حالة الغبن ينفذ إذا رفع الغبن أو أجازه الدائنون. أما القانون المصري اعتبر أن التصرف غير سارٍ بحق الدائنين إلا إذا كان بغير ثمن المثل ويسري إذا أودع المشتري نقص ثمن المثل.

ووجه التشدد: أن النص القانوني الوارد بالقانون المصري أعلاه اشترط شرطاً إضافياً لصحة التصرف بثمن المثل وهو أن يودع المدين المتصرف الثمن الذي تصرف به لدى خزانة المحكمة أي أن القانون منع الشخص من حقه بأخذ الثمن، لأن إيداعه بخزانة المحكمة أدى إلى انتقال ملكية الثمن للدائنين مباشرة وهذا يؤدي إلى حرمان

(٣٧) القانون المدني المصري

الشخص من أهم حقوقه القانونية وهي: حق التملك. ونجد أن الحرمان ليس سببه عدم الأهلية القانونية وإنما حماية الدائنين وهذا تشدد لا نتفق معه.

ويرى الباحث: أن التصرفات الصادرة من المدين المعسر أو كما يسميه القانون المدني المصري (المدين المشهر إعساره) هي بالأصل تصرفات صحيحة وذلك لتوافر أركان الانعقاد، وشروط الانعقاد، وصحة الأوصاف، ولكن تخلف عن هذا التصرف أحد شروط النفاذ كونه صدر ممن ليس له ولاية على المتصرف به لتعلق حقٍ للغير به وهم مجموعة الدائنين، وبذلك فأن التصرف إذا تم من المدين وهو بهذه الحالة يكون التصرف بحكم التصرف التام إلا أنه موقوف النفاذ لذلك لا ينتج الأثر القانوني لهذا التصرف إلا بعد أن تلحقه الإجازة من الدائنين وبعد صدور الإجازة من الدائنين أو إتمام التصرف إلى الحد المطلوب قانوناً وهو رفع الغبن بالقانون الأردني وإكمال ثمن المثل بالقانون المصري ويصبح العقد نافذاً ويأخذ حكم التصرف الصحيح مستنداً بحكم الصحة عليه من تاريخ صدوره وليس من تاريخ الإجازة أو إكمال الثمن المثلي له.

لذلك يرى الباحث أن من الصواب اعتبار هذا التصرف بهذه الحالة بحكم التصرفات الموقوفة والتي تتدرج تحت نظام نظرية العقد الموقوف. لذلك نميل إلى الاستعاضة بمصطلح غير نافذ الوارد في القانون الأردني، ومصطلح غير سارٍ الوارد بالقانون المصري، بمصطلح (موقوف النفاذ).

٢. التصرف الصادر من المدين الذي تم إشهار إعساره بغير المعاوضات.

أورد المشرع المصري الحكم على هذه الحالة بالمادة (٢٥٧) "متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار فلا يسري في حق الدائنين أي تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته، كما لا يسري في حقهم أي وفاء يقوم به المدين"^(٢٣٨).

ومن ذلك أن التصرفات التي لا تندرج تحت باب المعاوضات تكون عادة التصرف بأمر يؤدي إلى إنقاص ذمة المتصرف لذلك فإن هذه التصرفات تلحق ضرراً بالدائنين لذلك لا تسري بحقهم، وكذلك الحال تصرف المدين بزيادة التزاماته يلحق ضرراً بالدائنين ولدخول دائنين جدد ينافسونهم بأموال المدين. وكذلك الحال عندما يوفي المدين بالتزامات عليه فإنه يقوم بانتقاص أمواله التي تشكل ضماناً للدائنين، لذلك هذه التصرفات جميعها لا تسري وتكون موقوفة النفاذ. ويلاحظ الباحث أن الأثر المعترف للقيد على تصرفات المدين المعسر يبدأ من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى وهذا يؤدي للتناقض نفسه الوارد في القانون المدني الأردني والذي سبق التعليق عليه، لذلك نحيل هذه الملاحظة إلى ما ورد سابقاً.

(٢٣٨) القانون المدني المصري.

المبحث الثاني : الحكم بالعقوبة الجنائية كمانع لأهلية الأداء

الجنائية : هي إسم باللغة لما يجنيه الإنسان ويكسبه ويقال جنى الثمر، أي أن الإنسان حصل على الثمر من الشجرة وأصبح بحوزته، وهو المعنى الخاص، أما المعنى العام فهو مصدر لما يجني الشخص جراء عملة سواء أكان خيراً أم شراً، ويطلق على ما يجني الشخص جراء العمل الشرير عادة.

وتعرف الجنائية اصطلاحاً : " اسم لفعل محرم شرعاً سواء وقع الفعل على نفس أو مال أو غير ذلك " (٢٣٩). وهي النتيجة الطبيعية للفعل فإذا ما أقدم الإنسان على ارتكاب الفعل الذي يشكل جريمة فإن الفطرة السليمة تستوجب العقاب على هذه الفعل، وهذه العقوبة تسمى العقوبة الجنائية وسوف يتم البحث في أثر العقوبة الجنائية على أهلية الأداء ويكون ذلك من خلال الفقه الإسلامي، والنظام القانوني الوضعي.

المطلب الأول : العقوبة الجنائية كمانع لأهلية الأداء في الفقه الإسلامي

الفقه الإسلامي جاء بقواعد تقتضي العدل والإحسان بين الناس، وجاءت الشريعة الإسلامية تخاطب العقل والمنطق السليم، لذلك جاءت بدستور عام للبشرية وهو القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة وهذا الدستور يحدد المنهاج والطريق السليم لكل فرد ومن تخلف عنه فإن عليه عقوبة يجنيها لمخالفته هذه القواعد.

(٢٣٩) ابن نجيم / البحر الرائق شرح كنز الرقائق / ط ١ / المطبعة الأزهرية/ مصر / ١٢٨٩ هـ ، ج ٨ / ص ٢٨٦ .

ونجد أن الفقه الإسلامي يصنف الأحكام الشرعية إلى طائفتين هما :

أولاً : الحكم الشرعي الوضعي ، وثانياً : الحكم الشرعي التكليفي .

وسوف نبحث فيهما ومدى أثر هذه الأحكام على أهلية الشخص للأداء .

أولاً : الحكم الشرعي الوضعي^(٢٤٠) :

ويطلق هذا الحكم على الأحكام الشرعية التي تتطلب شروطاً، ومسببات وموانع

لتحقيقها وتطبيقها وهي على النحو التالي:

١- الأحكام الشرعية التي تتطلب شروطاً لتطبيقها مثالها جريمة الزنا تتطلب أربعة شهود لإثباتها. قال تعالى: " لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء، فإذا لم يأتوا بالشهداء، فأولئك عند الله هم الكاذبون "^(٢٤١).

٢- أما الأسباب التي يتطلبها الحكم الشرعي فهي ما يؤدي إلى العقوبة من أفعال مسببة لها ومثالها، قال تعالى: " الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة "^(٢٤٢) فالزنا أدى إلى الجلد.

٣- الأحكام الشرعية التي تؤدي إلى المنع ومثالها من يقتل مورثة حتى يستعجل بالميراث منه فقال عنه الرسول عليه الصلاة والسلام " لا ميراث لقاتل "^(٢٤٣).

(٢٤٠) عبد الوهاب خلاق / أصول الفقه / مطبعة صبيح / مصر / ١٩٧٠ / ط٢ / ص ٧٤ .

(٢٤١) القرآن الكريم / سورة النور / الآية ١٣ .

(٢٤٢) القرآن الكريم / سورة النور / الآية ٣ .

(٢٤٣) صحيح البخاري / الطبعة الثانية / المطابع الخيرية/ مصر / ١٩٦٣ / ص ٣١٤ .

ثانياً : الحكم الشرعي التكليفي :

ويتطلب هذا الحكم إما الأمر بفعل، أو النهي عن فعل، أو الأمر بالتخيير بين الفعل، أو الكف عنه، وأمثلتها الشرعية:

١- الأمر بفعل مثل أداء الأمانة لقوله تعالى: " إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها"^(٢٤٤).

٢- الأمر بالنهي عن فعل كقوله تعالى: " ولا تقربوا الزنا "^(٢٤٥).

٣- الحكم على سبيل التخيير كقوله تعالى: " ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً "^(٢٤٦).

المطلب الثاني : العقوبة الجنائية كمانع لأهلية الأداء في النظام القانوني

من خلال استعراض التشريعات القانونية نجد أن معظم التشريعات تتدخل لمنع المحكوم عليه بعقوبة جنائية من التصرف بأمواله، وذلك كون العقوبة الجنائية تؤدي إلى الحبس الذي يقيد حرية الانسان، وفي حالات أخرى تؤدي إلى الإعدام، وهو قرب انتهاء الأجل للشخص المحكوم عليه مما يؤدي إلى تصرف المحكوم عليه بأمواله بشكل يلحق ضرراً بالورثة والغير من الدائنين.

(٢٤٤) القرآن الكريم / سورة النساء / الآية ٥٨ .

(٢٤٥) القرآن الكريم / سورة الإسراء / الآية ٣٢ .

(٢٤٦) القرآن الكريم / سورة الإسراء / الآية ٣٣ .

وهذا النوع من موانع الأهلية - يطبق بموجب القوانين الجنائية والجزائية المعمول بها في الدول ولم يجد الباحث نصوصاً قانونية تنظم هذا المانع ضمن نصوص القوانين المدنية المطبقة.

ونلاحظ نص المادة (٢٥) من قانون العقوبات المصري " كل من حكم عليه بعقوبة يستلزم حتماً حرمانه مدة اعتقاله من مباشرة أعمال الإدارة الخاصة بأملكه وتعين المحكمة قيماً يساعده ^(٢٤٧). وكذلك الحال في قانون العقوبات اللبناني " كل عمل إدارة أو تصرف يقوم به المحكوم عليه يعتبر باطلاً ^(٢٤٨).

ونلاحظ المادة (٣٧) من قانون العقوبات الليبي " يفقد أهليته القانونية طول مدة سجنه كل شخص يحكم عليه بالسجن المؤبد أو بالسجن لمدة لا تقل عن خمس سنوات وعلى المحكوم عليه أن يعين قيماً لإدارة أمواله تقره المحكمة ^(٢٤٩). وهذا النص يقابل المادة ٥٠ من قانون العقوبات السوري.

أما القانون الأردني لم يرد به نص على هذه الحالة، ومن الضرورة أن ينتبه المشرع الأردني لها والنص عليها.

إن النظام القانوني السوري والليبي قد تشددا بالحكم باعتبار الشخص المحكوم عليه بعقوبة جنائية فاقداً للأهلية القانونية، وحيث إن هذه الحالة لا تجعل الشخص يفقد أهلية الأداء إنما له كامل الأهلية لممارسة الأداء إلا أنه لوجود ظروف قانونية أدت

(٢٤٧) قانون العقوبات المصري.

(٢٤٨) قانون العقوبات اللبناني .

(٢٤٩) علي رمضان أزييدة / مرجع سابق / ص ١٧٥ .

الى منعه من ممارسة هذا الأداء، وبزوال هذا الظرف يستطيع الشخص أن يمارس كامل الأداء والتصرف دون قيد أو مانع، وذلك كون الشخص يكون كامل الوعي والإدراك والتمييز وهي مناط الأهلية القانونية، إلا أنه ممنوع من ممارسة الأداء لعدم إلحاق الضرر بأطراف التصرف، وهم: الشخص الممنوع ذاته، والورثة، والغير من الدائنين. ويعتبر البعض أن المنع من التصرف بهذه الحالة هو: نوع من العقاب التأديبي للجاني، وهي عقوبة تابعة للعقوبة الجنائية المقيدة لحرية الشخص^(٢٥٠).

والسؤال الذي يطرح هو كيف يمارس الشخص المحكوم عليه الأداء ؟
يكون ذلك من خلال أن يختار شخصاً يعينه قيماً على أمواله وتوافقه المحكمة عليه، وإما أن تعينه المحكمة من خلال طلب أصحاب الحقوق والذمم ويجب أن يتم تعيين القيم بقرار من المحكمة في كلتا الحالتين^(٢٥١).

المبحث الثالث : موانع الأهلية الطبيعية

وهذا النوع من الموانع يصيب الإنسان بسبب طبيعي ويكون ذلك دون إرادة من الشخص ولكن قدر الله على هذا الشخص، وتتمثل هذه الموانع في العاهة المزدوجة والعجز التام وسوف يتم البحث بهما بالفقه الإسلامي أولاً والنظام القانوني ثانياً.

(٢٥٠) عبد المنعم الصدة / أصول القانون / منشأة المعارف / الإسكندرية ١٩٩٤ / ص ١٧٩ .
(٢٥١) المرجع السابق.

المطلب الأول : العاهة كمانع لأهلية الأداء في الفقه الإسلامي

والمقصود بالعاهة: هي حالة صحية في الإنسان نتج عنها عدم قيام الإنسان بتسيير أموره في الحياة دون مساعدة الغير، وهذه الحالات مثل: الصمم، العمى، البكم وقد تكون حالة واحدة، أو مزدوجة بحالتين. وكنا قد بحثنا أن هذه الحالة لا تؤثر على أهلية الأداء وإنما هؤلاء الأشخاص لا يستطيعون أن يمارسوا هذا الأداء دون مساعدة الغير. وعندما يصاب الإنسان بحالة العجز التام فإن ذلك يحتم عليه اللجوء للغير لمساعدته على التصرف بإدارة أمواله.

أما موقف الفقه الإسلامي، فيستند إلى آية المداينة الواردة بسورة البقرة من القرآن الكريم وفي قوله تعالى: "فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يُمَل هو فليمل وليه بالعدل"^(٢٥٢).

وقال المفسرون: إن الذي لا يستطيع الإملاء بنفسه، هو: الشخص الذي يكون عليلاً أي مريض، أو أخرس، أو أبكم، أو أصم، وكذلك الإنسان العجمي الذي لا يفهم اللغة، وكل هؤلاء لا يستطيعون الكتابة، ولا بد من وجود ولي أو وكيل بالعدل يساعدهم على الكتابة نيابة عنهم، وإن الولاية هنا ولاية وكالة ونيابة عن الكتابة في الدين فقط وتختلف عن الولاية على الصغير، والمجنون والسفيه إنما هي نوع من المساعدة في تصرف معين^(٢٥٣)، وهي تقابل المساعدة القضائية بالقانون.

(٢٥٢) القرآن الكريم.

(٢٥٣) محمد علي الصابوني/ صفوة التفسير / مرجع سابق / ص ١٤٦ .

ونجد أن الفقه الاسلامي يجمع على أن العاهة التي يصاب بها الإنسان نتيجة لعمى أو بكم أو صمم وحتى العجز التام لا تسلب الانسان الأهلية الشرعية لممارسة الأداء على أفعاله وتصرفاته، ولكن المطلوب هو الحصول على مساعدة الغير من أجل القدرة على إتمام هذه التصرفات. وإن البيع والشراء يصحان من المصمت الذي لا يستطيع الكلام لمرض، أو عجز، ويصح من الأخرس الذي يجمع ما بين عدم القدرة على الكلام وعدم القدرة على السمع وكذلك الأعجم الذي لا يفهم اللغة وتصبح البيوع والشراء منهما جميعاً بالإشارة لأن ذلك يتم منهما بالوصف بدلاً عن النظر^(٢٥٤). أما بالنسبة لمجلة الأحكام العدلية فقد وردت عدة نصوص قانونية توضح أن العاهة التي تصيب الإنسان لعمى، أو صمم، أو بكم لا تؤثر على أهلية الأداء لديه وإنما له كامل القدرة على التصرف ونستعرض هذه النصوص :

المادة (٧٠) "الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان"^(٢٥٥) وكذلك المادة (١٧٤) "ينعقد البيع بالإشارة المعروفة للأخرس"^(٢٥٦). وكذلك المادة (٣٢٩) " بيع الأعمى وشراؤه صحيح إلا أنه يخير في المال الذي يشتريه بدون أنه يعلم وصفه، مثلاً لو اشترى داراً لا يعلم وصفها كان مخيراً فمتى علم وصفها إن شاء أخذها وإن شاء ردها ". وكذلك المادة (٣٣١) "الأعمى يسقط خياره بلمس الأشياء .. إذا لمس وشم وذاق هذه الأشياء ثم اشتراها كان شراؤه صحيحاً لازماً".

(٢٥٤) الشيرازي / المهذب / مرجع سابق / ج ١ / ص ٢٦٤ .

(٢٥٥) مجلة الأحكام العدلية / مرجع سابق .

(٢٥٦) المرجع السابق .

المطلب الثاني : العاهة الجسمانية كمانع لأهلية الأداء في النظام القانوني

نصوص القانون جاءت متوافقة من حيث المبدأ ولا بد من استعراضها ومقارنتها.

١- النصوص القانونية بالقانون المدني المصري وما يطبقها.

المادة: ١١٧

١- "إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب

ذلك التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في

التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك".

٢- "ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية

فيها، حتى إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونة

المساعد، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة".

وهذا النص يقابل المادة ١٨٨ من القانون المدني السوري والمادة ١١٧ من القانون

المدني الليبي^(٢٥٧).

٢- النصوص القانونية في القانون المدني الأردني.

المادة (١٣٢) "إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر

عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له وصياً يعاونه في

التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك"^(٢٥٨).

(٢٥٧) القانون المدني المصري / سنة ١٩٤٨م والقانون المدني السوري سنة ١٩٥٢م والقانون المدني الليبي

سنة ١٩٧١م .

٣- القانون اليمني المدني.

المادة (٥٥) "يجوز لمحكمة موطن الأخرس أو من كان ذا عاهة تعيقه عن مباشرة حقوقه بطريقة طبيعية أن تعين المحكمة له بناءً على طلبه مساعداً يعاونه في ذلك ويوقع على ما يصدر منه ولا يجوز للمساعد أن يباشر بمفرده شيئاً خاصاً بمن يساعده"^(٢٥٩).

ويرى الباحث أن النصوص القانونية جاءت متوافقة من حيث المبدأ العام وهو وجوب تعيين المساعد القضائي للشخص المصاب بعاهتين أو حالة العجز إلا أن هناك اختلافاً بين هذه النصوص من حيث مدى قدرة الشخص المساعد على ممارسة أهلية الأداء من حيث :

١- إن النظام القانوني المصري وما يطابقه من الأنظمة السوري والليبي فرض القيود على تصرفات المصاب بعاهة بعد صدور القرار بتعيين مساعداً من حيث؛ لا يستطيع التصرف بإرادته المنفردة دون وجود المساعد القضائي وبخلاف ذلك تكون قابلة للإبطال وهذا الوصف القانوني يشابه الوصف القانوني لحالة الشخص الذي يصاب بعارض من عوارض الأداء، خاصة الحكم المطبق على تصرفات السفهه وذو الغفلة، ونحن هنا أمام حالة تختلف عن العوارض كون الشخص لم يصب بعارض، ولم تجرح أهلية الأداء لدية في مناطقها وهما الوعي والإدراك والتمييز، وإنما

(٢٥٨) القانون المدني الأردني سنة ١٩٧٦ م .

(٢٥٩) القانون المدني اليمني سنة ١٩٩٢ م .

نحن هنا أمام حالة عجز جسماني طبيعي الأمر الذي أدى لإقرار نظام المساعدة له، ليس من أجل تقييد الأداء وإنما من أجل مساعدته على ممارسة الأداء.

٢- نجد أن النظام القانوني الأردني واليميني لم يتطرق للتصرفات الصادرة من الذي تقرر مساعدته قبل أو بعد القرار على تعيين مساعداً له، وهذا يعني أن الشخص المصاب يتمتع بكامل الأهلية القانونية لممارسة الأداء، ويستطيع أن يتصرف بمفرده أو من خلال المساعد إلا أن القانون المدني الأردني نص على كلمة الوصي بدلاً من كلمة مساعداً أو معاوناً، وكان الأقرب للصواب هي كلمة مساعداً أو معاوناً كون الوصاية لا تتقرر إلا بسبب الموت.

المبحث الرابع : موانع الأهلية المادية

وهذه الموانع تنشأ من خلال ظروف مادية على أرض الواقع بأن يصبح الفعل أمر واقع، لذلك تسمى موانع مادية وهي تشتمل نوعين: الغائب، والمفقود، وهذان الأمران يجعلان واقعاً يحول بين الإنسان الكامل الأهلية القانونية وبين أن يمارس هذه التصرفات بنفسه، من هذا المنطلق يجب أن يتولى ممارسة هذه التصرفات شخص آخر ينوب عنه^(٢٦٠).

وإن حالة الغائب والمفقود لا يتعلقان بالأهلية ولا يتصلان بها، وإنما من حيث الظاهر يتصلان بها من حيث: مظاهر إقامة النائب، وإعلان الحجر على الغائب، والمفقود، وأن إعلان الحجر هي من مظاهر الأهلية القانونية، لكن هنا الحجر ليس لعدم الأهلية القانونية، وإنما للضرورة من أجل أن لا تتضرر مصالح الغائب والغير^(٢٦١).

والشخص المفقود: " هو الشخص الذي غاب عن موطنه ومحل إقامته، وانقطعت أخباره ولا تعرف حياته أو مماته"^(٢٦٢). وهذه الحالة لا يُعرف عن حياة الشخص شيء هل هو على قيد الحياة أم أنه ميت.

(٢٦٠) توفيق حسن فرج / مرجع سابق / ص ٦٥٧ .

(٢٦١) السنهوري / الوسيط / مرجع سابق / ص ٣٠٥ .

(٢٦٢) عوض الزعبي / المدخل الى علم القانون / مرجع سابق / ص ٤٥٤ .

والشخص الغائب: "هو الشخص الذي غاب عن موطنه أو محل إقامته، ولكن حياته محققة لا يحوم حولها الشك سواء أكان موطنه أم محل إقامته في الخارج معلوماً أو غير معلوم^(٢٦٣)."

وإن الحالة الثانية وهي الغائب تشمل حالة المفقود حيث إن المفقود من لحظة خروجه الى الحكم بأنه مفقود تأخذ حكم الغائب لذلك سوف يقتصر البحث على حالة الغائب.

المطلب الأول : الغيبة كمانع لأهلية الأداء في الفقه الإسلامي

الفقه الإسلامي يجمع على أن الرجل الغائب الذي لا يُعرف له مكان، ولا يُعلم أحي هو أم ميت فهو مفقود، فعلى القاضي أن ينصب عنه نائباً يحفظ ماله، ويقوم عليه لعدم إضاعته، وذلك لأن القضاء صاحب الصلاحية بتتصيب ناظراً لكل شخص لا يستطيع ممارسة أعماله بنفسه، لعجز أو علة، ويأخذ المفقود حكم العاجز عن ممارسة أعماله^(٢٦٤).

لكن يختلف الفقه الإسلامي في متى يحكم بموت الغائب من حيث:

المذهب الحنفي: لا يحكم بوفاة الغائب إلا بعد وفاة جميع أقرانه^(٢٦٥). أما المذهب الحنبلي فرق ما بين حالتين.

(٢٦٣) عوض الزعبي، المرجع السابق.

(٢٦٤) ابن الهمام، فتح القدير، مطبعة مصطفى البابي، القاهرة، ١٣٥٤هـ، ج، ص ٤٠٤.

(٢٦٥) الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ص ٩٥١.

الأولى: إذا خرج الغائب لأمر وغلب عليه الهلاك كالحرب مثلاً، فهنا يحكم بموته بعد مرور أربع سنوات. الثانية: إن خرج الغائب لأمر لا يغلب عليه الهلاك، كالسفر للتجارة ففي هذه الحالة يتحرى القاضي مكان وجوده، وإن لم يحصل على معلومات تفيد هل هو حي أم ميت يستطيع القاضي هنا الحكم بموته^(٢٦٦).

أما المذهب المالكي: يرى أن الحكم للقاضي بوفاة الغائب بعد مرور أربع سنوات من انقطاع أخباره^(٢٦٧).

يرى الباحث: أن الفقه الإسلامي يقرر الولاية على أموال الغائب ليس لنقص في أهلية الأداء وإنما لمصلحة الشخص الغائب أولاً للحفاظ على أمواله وللمصلحة العامة ثانياً للحفاظ على حقوق الغير من الدائنين.

المطلب الثاني : الغيبة كمانع لأهلية الأداء في النظام القانوني

الغيبة تجعل الإنسان ممنوعاً من ممارسة الأداء ليس لوجود عيب في أهلية الأداء وإنما لكون الغيبة تشكل مانعاً مادياً يجعل الشخص غير قادر على ممارسة الأداء على أمواله وبزوال الغيبة يزول المانع فإن المصلحة العامة تقتضي أن يكون هناك شخص آخر يتولى الأداء عن الشخص الغائب^(٢٦٨).

^(٢٦٦) المهذب، مرجع سابق، ج ٣، ص ٧٥٣.

^(٢٦٧) سيف الدين أبي الحسن الأفدي، الأحكام في أصول الأحكام، مطبعة دار الكتب، القاهرة، ط ٣، ص ٥٢٣، ١٩٧١م.

^(٢٦٨) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٣٠٥.

أما في النظام القانوني فقد ورد في القانون المدني الأردني في المادة (٣٢) :

١- "من غاب بحيث لا يعلم أحي هو أم ميت يحكم بكونه مفقود بناء على طلب

كل ذي شأن".

٢- "وأحكام المفقود والغائب تخضع للأحكام المقررة في القوانين الخاصة فإن لم

توجد فأحكام الشريعة الإسلامية"^(٢٦٩).

وكذلك نلاحظ المادة (٣٢) من القانون المدني المصري "يسري في شأن المفقود

والغائب الأحكام المقررة في قوانين خاصة فإن لم توجد فأحكام الشريعة

الإسلامية"^(٢٧٠).

يرى الباحث أن النظام القانوني أحال الحكم في حالة المفقود والغائب إلى القوانين

الخاصة والشريعة الإسلامية وذلك من أجل تحديد الشروط العامة لهذه الحالة.

وعندما تتحقق حالة الغيبة فإن المحكمة تقوم بتعيين وكيلاً عنه لمباشرة الحقوق التي

له أو عليه وذلك لعدم تعطيل مصالح الغائب والغير من الدائنين على الرغم من أن

الغائب كامل الأهلية القانونية إلا أنه لا يستطيع أن يتولى شؤونه بنفسه أو حتى أن

يشرف على من ينيبه في إدارة أمواله.

^(٢٦٩) القانون المدني الأردني.

^(٢٧٠) القانون المدني المصري.

النتائج والتوصيات

النتائج

من خلال البحث في موضوع مدى كفاية النظام القانوني لأهلية الأداء يتضح لنا النتائج التالية :

١- إن النظام القانوني لم يتطرق إلى أهلية الوجوب الناقصة بنصوص قانونية محددة، وإنما ترك الأمر بها إلى قواعد الشريعة الإسلامية، وذلك من خلال إحالة الوصية، والوقف، والميراث إلى قواعد الشريعة الإسلامية، وهذه الحقوق تعطي الإنسان الحق بأهلية الوجوب الناقصة عندما يكون جنيناً في رحم أمه.

٢- إن النظام القانوني للأهلية، يرتبط بالنظام العام لكل كيان قانوني، وإن أهلية الأداء المدنية (العامة للفرد) تدور وجوداً أو عدماً مع التمييز والإدراك للفرد، أما أهلية الأداء الخاصة (السياسية) فتدور وجوداً وعدماً مع المصلحة الوطنية العليا للدولة.

٣- إن النظام القانوني للأهلية ينقسم إلى أهلية الوجوب التي مناطها ولادة الإنسان حياً، وأهلية الأداء والتي مناطها: العقل، والإدراك، والتمييز، وإن أهلية الأداء ترتبط بعامل السن، وتندرج مع تدرج الإنسان في السن.

٤- إن أهلية الأداء للصغير غير المميز مرتبطة بالسن القانونية كأصل عام دون الأخذ بعين الاعتبار لقدرة الفرد ذاته.

٥- إن أغلب التشريعات والأنظمة جعلت بداية مرحلة التمييز للفرد هي: سن السابعة، وهذا يتوافق مع رأي العلم الحديث الذي يؤكد امتلاك الفرد للكثير من الخصائص الجسمانية، والانفعالية، والتعليمية، والاجتماعية، التي تشكل الحد الأدنى للقدر على التصرف عندما يبلغ هذا السن.

٦- إن هناك اختلافات كثيرة بين الأنظمة القانونية في مسألة منح الصغير الإذن، حيث بعض الأنظمة لم تحدد سناً معينة لبداية منح الإذن كما هو الحال في مجلة الأحكام العدلية، والبعض الآخر جعل الإذن عند بلوغ العشر سنوات كاليمن، والبعض الآخر عند بلوغ الخامسة عشرة سنة كالأردن والعراق، والبعض الآخر عندما يبلغ ثماني عشرة سنة كالمصري والسوري والليبي.

٧- إن النظام القانوني لأهلية الأداء يتفق بالمجمل على ارتباط أهلية الأداء بالعقل والرشد بخلاف الفقه الإسلامي الذي يربط ذلك بالبلوغ والرشد. ورغم التوافق بين الأنظمة عن ارتباط أهلية الأداء بالعقل والرشد والأخذ بمعيار السن القانوني لاعتبار الشخص راشداً، إلا أن هناك خلافاً بين الأنظمة

القانونية على السن المطلوبة لتحديد سن الرشد فالقانون الأردني ثمانى عشرة سنة شمسية، والقانون المصري إحدى وعشرون سنة.

٨- إن النظام القانوني لأهلية الأداء يتفق مع الفقه الإسلامي بالنص على العوارض التي تجعل الإنسان غير قادر على ممارسة الأداء ومع ذلك نجد أن النظام القانوني أورد عوارض أهلية الأداء بالنص عليها صراحة وهي الجنون والعتة والسفه وذو الغفلة ونظم أحكام بعض العوارض الواردة بالفقه الإسلامي وهي حالة المدين المعسر ليس على اعتبارها من عوارض الأهلية كما هو الحال في الفقه الإسلامي وإنما النظام القانوني جعلها من موانع التصرف التي لا تؤثر على أهلية الأداء وإنما يكون ممنوع من ممارسة الأداء لسبب آخر.

ونجد أن النظام القانوني لأهلية الأداء لم ينص على الكثير من العوارض التي نص عليها الفقه الإسلامي مثل حالة السكر التي تؤدي بالإنسان إلى عدم قدرته على ممارسة الأداء بالشكل المعتاد.

التوصيات

من خلال النتائج السابقة فإن الباحث يوصي :

١- يوصي الباحث باعتماد أسس معيارية أكثر مرونة للحكم على قدرة الصغير على ممارسة الأداء وذلك بعدم ربط أهلية الأداء بالسن وحده، بل يضاف له إعطاء قدرًا من الصلاحية للقضاء للحكم على حالة الصغير إن كان أهلاً للتصرف أم لا. وأن لا يركن إلى معيار السن وحده. وذلك نظراً لتطور الحياة ووجود أجيال أكثر وعياً وإدراكاً من الأجيال السابقة، وذلك للخروج من معضلة القيد الوارد على أهلية الأداء والمتمثل بالسن وحده.

٢- إن النظام القانوني لأهلية الأداء الناقصة اهتم بالجانب الخاص بالصغير المميز وحده وذلك بإجازته التصرفات النافعة له ولم يأخذ بعين الاعتبار مصلحة الطرف الآخر المتصرف إليه من قبل الصغير المميز. وهذا يتناقض مع طبيعة العدل والمساواة التي وجد القانون من أجلها لذلك يوصي الباحث أن يؤخذ بعين الاعتبار حماية الجانب الآخر من أطراف العلاقة في حال تصرف الصغير المميز، ونجد أن القانون اهتم بهذا الجانب في نطاق المعاملات الدولية من حيث تنازع القوانين وغلب الظاهر على القانون لذلك الأمر بتطبيق هذا النظام على كافة المعاملات وكافة الأشخاص داخل

وخارج إقليم الدولة الواحدة وذلك لضمان حماية أطراف العلاقات القانونية كافة.

٣- يوصي الباحث بتوحيد القواعد القانونية الخاصة بمنح الإذن للصغير المميز في البلاد العربية واعتباره من صلاحية الولي والقضاء إذا لزم الأمر.

٤- يوصي الباحث أن السعي للوصول إلى نظام يوحد الأهلية القانونية من حيث المطالبة بتوحيد السن المطلوبة قانوناً لاعتبار الشخص راشداً والأخذ بمعيار الوسطية الذي أخذ به القانون المدني وهو تمام الثامنة عشرة سنة شمسية.

٥- يوصي الباحث بإعادة النظر بالنظام القانوني المنظم لعوارض أهلية الأداء وذلك بوضع أسس معيارية عامة بحيث تشمل عوارض الأداء جميعها دون التقيد بعوارض محددة وذلك نظراً لوجود عوارض كثيرة تعترض أهلية الأداء ولا تعتبر منها ولم ينظمها القانون المدني مثل عارض السكر.

٦- يوصي الباحث أن يهتم رجال القانون والقضاء بالنظام القانوني للأهلية وذلك من حيث إن نظام الأهلية القانونية وهو نظام من صنعة المشرع القانوني ومادام كذلك فإن هذه الصنعة لا بد أن تتطور لتواكب التطورات الهائلة في كل مجالات الحياة المختلفة وخاصة أن موضوع الأهلية هو من المواضيع القديمة الجديدة في الوقت ذاته ولا يمكن الاستغناء عنها لأنها تشكل الركيزة الأساسية لنظام الدولة الحديثة المعاصرة.

المراجع

المراجع في أصول الفقة الإسلامي:

١. الإمام أبي البركات عبدالله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، شرح المصنف على المنار في الأصول مع شرح نور الأنوار على المنار، للإمام حافظ أحمد المعروف بملاجيون بن أبي سعيد عبدالله، وبهامش العلامة عبد الحلیم بن مولانا محمد أمين القمار على نور الأنوار شرح المنار، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية، القاهرة، ١٣١٦هـ.
٢. الإمام سعد الدين التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، مطبعة صبيح القاهرة، ١٩٥٥م.
٣. الإمام علي بن محمد البرزوي، كشف الأسرار، مطبعة الحلبي، مصر، ١٩٥٠م.
٤. الشيخ عز الدين عبدالله، سلم الوصول لعلم الأصول، دار المعارف، مصر، الطبعة الثانية، ١٩٧٦م.
٥. محمد إميل المعروف شاه، تيسير التحديد في أصول الفقة، دار الفكر، دمشق، ١٩٦٦م.
٦. منالا خسروا، مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول، مطبعة عامر، استنبول، ١٩٨٥م.

مذاهب الفقه الإسلامي:

١- الفقه الحنفي:

١. أبي بكر محمد السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٦م.
٢. الإمام أبي البركات عبدالله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار في الأصول، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية، القاهرة، ١٣١٦هـ.
٣. الإمام علاء الدين أبي بكر مسعود الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٦، الطبعة الثانية.
٤. الشيخ برهان الدين علي بن أبي بكر الميرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، المكتبة الإسلامية، بيروت، الطبعة الأخيرة.
٥. الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، حققه: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب، بيروت، ٢٠٠٠م.
٦. العلامة منصور بن يونس إدريس البهوتي، كشف القناع، حققه هلال مصلي مصطفى هلال، دار الفرع، القاهرة، ١٤٠٢هـ .
٧. موفق الدين أبي عبدالله بن قدامة، المغني علي مختصر الخرفي، طبعة د. محمد خليل هداس، وحققه د. عبدالله بن عبد المحسن التركي، مطبعة هجر، القاهرة، ومطبعة عالم الكتب، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٩٨٩م.

٢ - الفقة الشافعي:

١. الإمام أبي اسحق بن علي الشيرازي، المهذب في فقة الامام الشافعي، مطبعة

عيسى البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٤٢هـ.

٢. الإمام أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري، دار الفكر

العربي، بيروت.

٣. الإمام أبي عبدالله محمد بن إدريس، الأم، أشرف على طبعة محمد زهدي

النجار، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.

٤. الإمام محمد بن ادريس الشافعي، أحكام القرآن، جمع وتصحيح أحمد بن

الحسن البيهقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٠م.

٥. الإمام محمد بن محمد أبي حامد الغزالي، معارج القدس، دار الآفاق، بيروت،

١٣١٧هـ.

٦. الإمام محي الدين أبو زكريا النووي، المجموع في شرح المهذب، مطبعة

العاصمة بإشراف زكريا يوسف، مصر، ١٩٥٧م.

٧. محمد بن أحمد الخطيب الشربتي، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ

المنهاج، مطبعة الحلبي، القاهرة، ١٩٥١م.

٣- الفقة المالكي:

١. الإمام أبي البركات سيدي أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الكبير، مطبعة احياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه، مصر، ١٩٨٤م.
٢. الإمام أبي عبدالله محمد بن محمد المغربي الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٣م.
٣. الإمام أحمد بك الصاوي المالكي، لغة المسالك لأقرب المسالك الى مذهب الإمام مالك، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الأخيرة، ١٩٥٢م.
٤. الإمام محمد بن عبدالله الخرشبي، شرح الخرشبيء على مختصر سيدي خليل، دار صادر، بيروت، ١٣١٨هـ.

٤- الفقة الحنبلي:

١. الإمام موفق الدين أبي عبدالله محمد بن أحمد بن قدامة، المغني، مطبعة المنار، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٤٧هـ.
٢. الإمام موفق الدين أبي عبدالله محمد بن أحمد بن قدامة، الشرح الكبير مع المغني، صححة عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٢م.
٣. محمد بن يعقوب الكيني، الكافي في الفقه، دار الأضواء، بيروت، ١٩٨٥م.

مراجع الفقه الشيعي:

١. جعفر بن الحسن الحلبي، شرائع الإسلام، دار مكتبة الحياة، بيروت،

١٩٧٨م.

٢. محمد حسن باقر النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، تحقيق

عباس القوجاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٨٠م.

مراجع الفقة الظاهرية:

١. الإمام ابن حزم الظاهري، المُحلى، تحقيق الشيخ أحمد شاكر، مطبعة المكتب

التجاري للطباعة والنشر، بيروت.

مراجع الفقة الإباضية:

١. الشيخ أبي بكر أحمد بن عبدالله بن موسى الكندي السمدي النزوي، المصنف،

منشورات وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، ١٩٩٠م.

المراجع في شرح السنة النبوية والحديث:

١. ابن مفتاح، شرح الأزهار، مطبعة المعارض، القاهرة، ١٣٤٠هـ.
٢. أبو عبدالله بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق د. محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٥٢م .
٣. أبو عبدالله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن بردزبه البخاري، صحيح البخاري، دار الفكر، دمشق، ١٩٥٥م.
٤. أبي عيسى محمد بن سورة، الجامع الصحيح، سنن الترمذي، تحقيق الحلبي وأولاده، مطبوعات الحلبي، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٣٧م.
٥. الإمام سليمان بن الأشعث بن اسحق بن بشير الأزدي الجستاني، سنن أبي داود، راجعه الشيخ محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة مصطفى محمد، القاهرة.
٦. الامام محمد علي الشوكاني، نيل الأوطار من حديث سيد الأخبار، دار العلم، بيروت، الطبعة الأولى، ١٣٥٧هـ .
٧. الحافظ بن علي مجد العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٧٥م .
٨. شعيب الأرنؤوط تحقيق لشرح السنة للنفوي، دار المكتب الاسلامي، دمشق، ١٩٦٣م.

مراجع الفقة الإسلامي الحديث:

١. أحمد أبو الفتوح، المعاملات في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، بلا دار نشر .
٢. الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مطبعة السعادة، مصر، الطبعة الثالثة، ١٩٥٣م.
٣. الإمام محمد أبو زهرة، الولاية على المال، مطبعة السعادة، مصر، ١٩٥٠م.
٤. د. علي الخفيف، التركة والحقوق المتعلقة بها، مطبعة البرلمان، القاهرة، ١٩٥٣م.
٥. د. محمد سلام مذكور، الإباحة عند الأصوليين، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٦٣م .
٦. د. محمد سلام مذكور، الوصاية في الفقة الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠م.
٧. الدكتور محمد مجيد سعود الكبيسي، الصغير بين أهلية الوجوب والأداء، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، ١٩٨٩م.
٨. الدكتور مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، القاهرة، ١٩٦٨م.
٩. الدكتور مصطفى السباعي، أحكام الأهلية والوصية، مطبعة جامعة دمشق، الطبعة الرابعة، ١٩٦٣م.

١٠. الدكتور مصطفى السباعي، الأصلية والحجر، مطبعة جامعة دمشق، الطبعة الرابعة، ١٩٦١م.

١١. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الإرشاد للطباعة والنشر، القاهرة.

١٢. عبد السلام بن تيمية، المنتقى في أخبار المصطفى، دار الفكر الإسلامي، الرياض.

١٣. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مؤسسة الرسالة للطباعة، بيروت، الطبعة الرابعة عشر، ١٩٩٨م.

١٤. عبد الوهاب خلاف، الأهلية وعوارضها في الشريعة الإسلامية، مطبعة النصر، القاهرة، ١٩٥٥م.

١٥. علي بن فهد الدغيمان، حد البلوغ في الفقه الإسلامي، منشورات جامعة الملك سعود، ١٩٩٥م، الرياض.

١٦. محمد بن أحمد السرخسي، شرح السيد الكبير، تحقيق عبد العزيز أحمد، دار المخطوطات، القاهرة، ١٩٦٠م.

١٧. محمد سلام مذكور، مدخل الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦١م.

١٨. محمد عبد المجيد المغربي، أحكام العقد بالشرعية الإسلامية دراسة مقارنة، المكتبة الحديثة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٨ م .

١٩. محمود بلال مهران، نظرية الحق في الفقه الإسلامي، مطبعة النسر الذهبي، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٨ م .

٢٠. محمود شمس الدين أمير الخزاعي، ضوابط البلوغ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٧٣ م.

مراجع القانون:

١. د. أحمد الحابش، المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهما القاصرين، دار مكتبة المعارف، الرباط، ١٩٨٧ م، المغرب.

٢. د. أحمد حسن البرعي، نظرية الإلتزام في القانون المغربي، دار الثقافة المغربية، ١٩٨١ م، المغرب.

٣. د. أحمد فرج، الملكية ونظرية العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٠.

٤. د. السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، مكتبة النهضة، مصر، الطبعة الثانية، ١٩٨٠.

٥. د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٩٩٠ م.

٦. د. أنور سلطان، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨م.
٧. د. بدر والبدراوي، مبادئ القانون الروماني، تاريخه ونظمة، دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٦٥م.
٨. د. ثروت حبيب، المصادر الإدارية للإلتزام، دار الكتاب، بيروت، بدون تاريخ.
٩. د. ثروت حبيب، المصادر الإدارية للإلتزام، دار الكتاب، بيروت، ١٩٧٧م.
١٠. د. جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، الهيئة العامة للمطابع الأميرية، القاهرة، ١٩٦٩م.
١١. د. جميل الشرقاوي، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨٠م.
١٢. د. حسن صادق المرصفاوي، قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، منشورات معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، ١٩٧٢م.
١٣. د. حسن عبد الرحمن قدوس، الأصول الفلسفية للوضعية القانونية، مكتبة الجلاء، مصر، ١٩٩٧م.
١٤. د. حسين توفيق رضا، أهلية العقوبة، مطابع الشعبي، القاهرة، ١٩٧٨م.
١٥. د. حشمت أبو ستيت، نظرية الإلتزام، مطبعة مصر، ١٩٥٤م.

١٦. د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة،
١٩٧٩م.

١٧. د. شفيق شحاته، النظرية العامة للحق، المطبعة العالمية، القاهرة.

١٨. د. شفيق شحاته، تاريخ القانون الخاص في مصر، المطبعة العالمية،
القاهرة، ١٩٥٣م.

١٩. د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، مكتبة سيد عبدالله وهبه،
القاهرة، ١٩٦٣م.

٢٠. د. صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة
العربية، القاهرة، ١٩٩٥م.

٢١. د. عباس الصراف، و د. جورج ضريون، المدخل لعلوم القانون، منشورات
الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٨٥م.

٢٢. د. عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، الطبعة الثانية،
مطابع روز اليوسف، مصر، ١٩٩٧م .

٢٣. د. عبد الفتاح عبد الباقي، المسؤولية على حوادث السيارات وغيرها من
الأشياء الخطرة، كتاب غير منشور، يدرس محاضرات قسم الدراسات العليا،
جامعة القاهرة.

٢٤.د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية الحق، مطبعة المعهد الفرنسي، القاهرة،
١٩٧٣م.

٢٥.د. عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، دار
الثقافة، عمان، الأردن، ١٩٩٥م.

٢٦.د. عبد المنعم البدرابي، مبادئ القانون، دار النهضة، القاهرة، ١٩٨٥م.

٢٧.د. عبد المنعم فرج الصرة، أصول القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية،
١٩٩٤م.

٢٨.د. محمد سلام زياتي، القانون الروماني، دار النهضة، القاهرة، ١٩٧٤م.

٢٩.د. محمد كامل مرسي، تصرفات المريض مرض الموت، دار النهضة،
القاهرة، ١٩٢٨م.

٣٠.د. محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، عقد البيع في القانون المدني
الأردني، الطبعة الأولى، ١٩٩٣م.

٣١.د. محمود السقا، تاريخ القانون المصري، دار النهضة، القاهرة، ١٩٧٤م.

٣٢.د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص العراقي، بغداد،
الطبعة الثانية.

٣٣.د. منذر الفضل، المدخل، دار الثقافة، ١٩٩٤.

٣٤.د. نعمان جمعة ، دروس في نظرية الحق، دار النهضة العربية، القاهرة،
بلا سنة نشر.

٣٥.د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار الفكر العربي، بيروت، ١٩٨٩.

٣٦.رستم الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية، بدون دار نشر ولا تاريخ.

٣٧.شامل رشيد الشخلي، عوارض الأهلية بين الشريعة والقانون، مطبعة
العاني، بغداد، ١٩٧٦م.

٣٨.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، دار الحلبي، بيروت، الطبعة الثالثة،
٢٠٠٠م.

٣٩.علي رمضان أزييدة، النظرية العامة للأهلية، المنشأة العامة للنشر،
طرابلس، الطبعة الأولى، ١٩٨٤م.

الرسائل السابقة:

١. بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير

في العقود، جامعة الجزائر، ١٩٨٦م.

٢. د. حسين النوري، الأهلية وعوارضها، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، ١٩٥٣،

محفوظات، جامعة القاهرة.

٣. د. عيسى محمد عبد القادر المومني، العقد الموقوف في القانون المدني

الأردني، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، مصر، محفوظات مركز الرسائل

القانونية، جامعة عين شمس.

٤. د. متولي عبد المؤمن محمد، نظام الوصاية على القصر في القانون

الروماني، رسالة دكتوراة مقدمة لجامعة المنصورة، ١٩٩٩، محفوظات قسم

الرسائل القانونية، جامعة القاهرة.

٥. محمود شمس الدين أمير الخزاعي، ضوابط البلوغ عند الفقهاء، رسالة

ماجستير مقدمة لجامعة بغداد، كلية العلوم الإسلامية، ٢٠٠١م، منشورات

دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢م.

الأبحاث:

١. د. محمد العربي الهاشم، مقالة حول مفهوم النظام العام، منشورات المجلة

المصرية، الصادرة عن كلية الحقوق جامعة المنصورة، العدد الأول،

١٩٧٥م.

٢. د. محمد يحيى المحاسنة، (مدى كفاية النظام القانوني لعوارض الأهلية،

دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي)، منشورات جامعة مؤتة للبحوث والدراسات،

المجلد العاشر، العدد الأول، آذار ١٩٩٥م.

٣. الشيخ أحمد ابراهيم، بحث الأهلية وعوارضها، منشورات مجلة القانون والإقتصاد، جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص ١٧٦.

٤. فاطمة محمد الوزني، سلوك الأطفال، محاضرات غير منشورة، جامعة البلقاء التطبيقية، الأردن، ١٩٩٩.

٥. محمد عبد الجواد محمد، الخمر والمخدرات في الشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة القانون والإقتصاد، العدد الثالث، السنة الرابعة والأربعون، ١٩٧٤م.

القوانين:

١. قانون إستقلال القضاء الأردني، رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢م.
٢. قانون الأحزاب بالمملكة الأردنية الهاشمية، رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٢م.
٣. قانون الأحوال الشخصية الأردني، رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦.
٤. قانون الأسرة الجزائري، رقم ٨٤ لسنة ١٩٧٤م.
٥. قانون الأمن العام، بالمملكة الأردنية الهاشمية، رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٥م.
٦. قانون البلديات بالمملكة الأردنية الهاشمية، رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٥م.
٧. قانون السير بالمملكة الأردنية الهاشمية، رقم ١٤ لسنة ١٩٨٤م.
٨. قانون المخاتير بالمملكة الأردنية الهاشمية، رقم ٥٢ لسنة ١٩٥٨م.
٩. القانون المدني الأردني، رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

١٠. القانون المدني السوري، رقم ٨٤ تاريخ ١٨/٦/١٩٤٩م.
١١. القانون المدني العراقي، رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠م.
١٢. القانون المدني الكويتي، رقم ٧٤.
١٣. القانون المدني المصري، أسامة أحمد شتات، دار الكتب القانونية، مصر،
٢٠٠٤.
١٤. القانون المدني اليمني، رقم ٩١ لسنة ١٩٩٢م.
١٥. قانون المعاملات المدنية الإماراتي، رقم ٥ لسنة ١٩٨٥م.
١٦. قانون الولاية المصري، رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢م.
١٧. قانون نقابة المحامين النظامين، بالمملكة الأردنية الهاشمية، لسنة ١٩٧٢م.
١٨. مجلة الأحكام العدلية، الناشر دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩، الطبعة الأولى.
١٩. نظام التشكيلات الإدارية بالمملكة الأردنية الهاشمية، رقم ٣٧ لسنة
١٩٩٧م.

المراجع المتفرقة

- ١- د. راضي الوقفي، مقدمات في صعوبة التعلم، منشورات كلية الأميرة
ثروت، الأردن، ط٢، ١٩٩٨.
- ٢- د. سبع أبو لبدة، سيكولوجية النمو، عمان، ط٦، ١٩٩٦.
- ٣- د. شحدة فارح، علم النفس العصبي، عمان، ط٢، دار الفكر.

٤ - المراجع الأجنبية :

1. DIAMOND CORNISH, Sutton Shann on contracts, Butterworth's, 1970.
2. EWAN MCUENDRCK, contract law text, cases and materials, oxford university press, 2003.
3. GFRLOMAN, the law of contract, Creswell limited, 1976.
4. GVENTER TRELTEL, the law of contracts, sweet Maxwell, 2003.
5. JOSEPH CHITTY, Chitty on contracts, sweet Maxwell, 2002.
6. MICHAEL FURMSTON, law of contracts, butter worth's, 2001.