التعسف في الولاية على مال القاصرفي الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري

ط. العيد براهامي/أ.د.داود يعبد القادر
كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية
جامعة وهران

ربّ لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك ولعظيم سلطانك، وأصلّي وأسلّم على خاتم الأنبياء والرّسل، محمّد بن عبد الله صلى الله عليه وسلم، أمّا بعد:

إنّ المجتمع الصّحيح المستقر هو الذي تجمع أفراده روابط متينة مبنية على الألفة والمحبّة والرّحمة والتّعاون.

والإسلام الذي يريد للمجتمع أن يكون سليما عني بأفراده عناية خاصّة، فقد أحاطهم بالرّعاية والحماية في جميع مراحل حياتهم، من هؤلاء الأفراد نجد القُصَّر من صغير، ومجنون، ومعتوه وسفيه.

فقد جعل لهم الإسلام وليّاً يرعاهم ويحميهم وينظّم أمورهم وفق أسس شرعيّة. لكن قد ينحرف الوليّ عن مساره الحقيقي الذي أسّس له من طرف الشّرع، فيصير أداة للظّلم والتّعسّف والقسوة والتّجبّر، بدل أن يكون أداة عدالة وإصلاح وإقامة لواجبه الشّرعيّ بوجه حسن يرضاه الجميع، ويغدو مسبّبا للفوضى في واجب قدّسته كلّ الشّرائع، بدل أن يساهم ويؤسّس لهذا العمل أساسا شرعيّاً، لذلك بات من الضّروري معرفة الضوابط والحدود التي ترتكز عليها الولاية في أفراد ضعفاء في المجتمع، وهم القُصّر من صبيّ ومجنون ومعتوه وسفيه في حفظ أموالهم، التي إن تعدّاها الوليّ يصبح متعسّفاً وظالماً. ولهذا السّبب، وقّف أساطين الفقه المدني في العصر الحديث حياتهم للبحث عن الأغراض والأهداف الحقيقيّة للولاية على أموال القُصّر، وقد أوصلهم بحثهم هذا إلى حقيقة مؤدّاها أنّه لا بدّ من وضع ضوابط وحدود موصوفة وصفاً دقيقاً تبيّن انتهاء ممارسة الوليّ لحقّ الولاية على أموال هذه الفئة الضعيفة من المجتمع أي أنّه إذا تعدّاها يعتبر متعسّفاً وظالماً. وتقترب هذه النّتيجة ممّا هو مقرّر في الفقه الإسلامي من أنّ بيان حدود الولاية على المال تبيّن تعسّف الوليّ وهي حماية لأموال هؤلاء الإفراد من هذا الظّلم.

فهل يتّفق الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري في تحديد مجال تعسّف الوليّ في ولايته على أموال القُصّر(صبيّ ومجنون ومعتوه وسفيه) ؟ وأيّهما أكثر فعالية في تحقيق العدالة في حماية أموال المولّى عليهم من تعسّف وليّهم ؟ وإجابة على هذه الإشكالات سنتطرق في هذا الموضوع إلى بعض الأسس المعتمَدة في كلّ من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري في تصنيف الوليّ واعتباره متعسّفا في ممارسته لحقّه في ولايته على اموال القصر.فاقول وبالله التوفيق:

المطلب الاول : تعريف التعسّـف

الفرع الأول: التعسف لغة

هو من الفعل عسف والمصدر العسف مرادفا للتعسف والاعتساف وله معان متعددة منها ما يلي [1]: – السير بغير هداية ولا علم ولا أثر والأخذ على غير الطريق ويقال له التعسيف.

– ركوب المفازة وقطعها بغير قصد ولا هداية ولا توخي صوب ولا طريق مسلوك يقال: إعتسف الطريق اعتسافا إذا قطعه دون صوب توخاه فأصابه. – ركوب الأمر بلا تدبير ولا روية، قال ذو الرمة: قد أعسف النازح المجهول معسفه ..... في ظل أغضف يدعوا هامه البوم

- الظلم: عسف فلان عسفا: ظلمه. وعسف السلطان يعسف واعتسف وتعسف: ظلم. ورجل عسوف إذا كان ظلوما. والعسيف: الأجير المستهان به. وقيل: العسيف المملوك المستهان به، قال نبيه بن الحجاج: أطعت النفس في الشهوات حتى ... أعادتني عسيفا عبد عبد.

الفرع الثاني: التعسف اصطلاحاً

أولا : في الفقه الإسلامي: لم يرد على لسان الأصوليين والفقهاء كلمة "إساءة" أو"تعسف في استعمال الحق" وإنما هو تعبير وافد من فقهاء القانون المحدثين في الغرب . وقد ورد في بعض الكتب كلمة "الاستعمال المذموم" تعبيراً عن التعسف أو الإساءة في استعمال الحق بالمعنى الذي نقصده اليوم, وقد وردت كلمة المضارة في الحقوق في كتاب الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية[3].

وقد نقل الدر يني كلام الإمام أبي زهرة الذي عرّف التعسف بأنّه "تصرّف الإنسان في حقّه تصرفا غير معتاد شرعاً" ويضيف: قرر الفقهاء –كما في الفقه الحنفي وغيره– أن للإنسان أن يتصرف في ملكه تصرفاً معتاداً ولا يسأل عما يترتب عليه من ضرر حينئذٍ, وإنما يسأل عن الضرر إذا كان التصرف في ملكه غير معتادٍ"[4]. ولقد بين ذلك ابن رجب الحنبلي قبل أبو زهرة بأن منع التصرف لا يقتصر على الاستعمال غير المعتاد للحق كما قال أبو زهرة– بل يشمل أيضاً الاستعمال المعتاد إذا ترتّب عليه ضرر بالغير[5] مستدلاً بقوله —صلى الله عليه وسلم–:(لاضَرر ولا ضرار) [6]. وبالنسبة للدكتور الدريني فقد عرّفه بقوله: "أن يمارس الشخص فعلاً مشروعاً في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له —بعوضٍ أو بغير عوض– أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً على وجه يلحق بغيره الإضرار أو يخالف حكمة المشروعية التي هي مقصد الشارع"[7].

ثانيا : في القانون المدني الجزائري : إن مصطلح التعسف الذي يطلق عليه الفرنسيون (la bus des droit) و البريطانيون الذين يعبرون عنه (the abus of right) تتضح نظريته العامة في هذا القانون من خلال المادة 41 من القانون المدني الجزائري والتي يقصد بها استعمال الشخص للسلطات التي يخولها له القانون استعمالاً يضر بالغير ويتحقق ذلك إذا لم يقصد الشخص من استعماله لحقه سوى الإضرار بالغير, أو كانت الفائدة التي يحصل عليها لا تتناسب مع ما يحدثه من أضرار بالنسبة للغير أو كانت المصالح التي يرمي إليها غير مشروعة [8]. حيث نصت المادة على الحالات التي يكون بصددها التعسف: يعتبر استعمال الحق تعسفياً في الأحوال التالية – إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة غير مشروعة.

ملاحظة: نلاحظ أن القانون المدني الجزائري في نظرته إلى التعسف ومن خلال المادة السالفة الذكر أخذ بالمعايير الثلاثة التي اعتمد عليها فقهاء القانون في تعريفهم للتعسف سواء المعيار الذاتي او الشخصي (subjectif) الذي اخذ به الفقيه البلجيكي (beudant) أو المعيار المادي او الموضوعي (objectif) الذي اخذ به الأستاذان (salielles,josserand) أو معيار انعدام المصلحة المشروعة الذي اخذ به فريق من الفقهاء منهم الأستاذان (berdessi,martin)[9] .

المطلب الثاني : تعريف القصر

الفرع الاول: تعريف القصر لغة

لغة[10]: مفردها قاصر ويطلق على عدّة معان.

- القاصِرُ: إسم فاعل من الفعل قَصَرَ يأتي بمعنى: – العاجِزُ: يقال: قَصَرْتُ عن الشّيء قُصوراً: عجزت عنه ولم أَبْلُغه. الحَبْسُ: تقول:هؤلاء ركبٌ قد قَصَرَ بهم اللّيل: أي حبَسهُم.

– عدم التّجاوز: يقال: قَصَرْتُ الشيءَ على كذا إذا لم تُجاوِز به غيرَه، ومنه قوله تعالى: ﴿وعندَهم قاصِراتُ الطّرفِ أترابٌ﴾ [ص52]. – البارِد: يقال ماءٌ قاصِر أي باردٌ. – البَعيدُ: يقال: ماءٌ قاصِرٌ أي البعيدُ عن الكلإ. – القريبُ: قال ابن السّكيت: ماءٌ قاصِرٌ أي إذا كان مرعاه قريباً. – من مصدره: القَصْرُ الذي معناه الغاية مثل قول أبي زيد: عِشْ ما بَدا لكَ قَصْرُكَ الموتُ..... لا مَعْقِلَ مِنه ولا فَوْتُ

ويقال أيضاً: قَصْرُكَ أن تفعل كذا أي حَسْبُك وكِفايتُك وغَايتُك. والقصر لفظ عام يشمل:

– *الصّغيرُ*: هو من الفعل صَغُرَ صَغَرًا وصُغرَاناً، جمعه صِغارٌ وصُغرَانٌ. يقال: صَغَّرَه وأَصْغَرَه: أي جعله صغيراً. – أرض مُصغِرة: أي نَبتُها صغير – الصّاغِرُ: الرّاضي بالذّلّ. – تَصاغَرَت إليه نفسُه: أي صَغُرَت. – صَغُرَت الشّمس: أي مالت للغروب.

أمّا *المجنون*: هو اسم المفعول من الفعل جَنَّ والمصدر الجنون. يقال جَنَّهُ اللّيلُ أو جَنَّ عليه اللّيلُ أي سَره. – جنون اللّيل: أي ظلمته واختلاط ظلامه. – قلب مُجَنَّهُ: أي أسقط الحياء وفعل ما شاء.

أمّا *المعتوه*: هو اسم المفعول من الفعل عَتُه والمصدر عُتْهاً وعَتَهاً وعُتاهاً. يقول: عُتِهَ شخصٌ: أي نَقَصَ عقله أو فُقِد أو دُهِش.– عُتِهَ في العلم:أي أولع به وحرص عليه.

وأمّا *السّفيه*: من الفعل تَسافَهَ وجمعه سُفهاء وسِفاه. يقال سَفّهَه تَسْفيهاً أي جعله سفيها.– تسفّهه عن ماله: أي خدعه عنه. – تسفّهت الرّيح الغصون: أي أمالتها وفيّأتها. – سافهه: أي شتمه.

– سافه الشّراب: أي أسرف فيه فشربه جزافاً. – سفهت نصيبي: أي نسيته.

الفرع الثاني: تعريف القصر اصطلاحا

أولا : في الفقه الإسلام ي: القاصر هو العاجز عن الإشراف على شؤونه الشّخصيّة من تعليم وتطبيب وتشغيل وتربية وحفظ وحضانة وتزويج ، وهو العاجز كذلك على تدبير شؤونه المالية من استثمار وتصرّف وحفظ وإنفاق فهو لا يقدر على إنشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها[11].

وكلمة قاصر لفظ عام يشمل جميع ما يصلح له من صغير ومجنون ومعتوه وسفيه، وسأتعرّض لمعنى كلّ واحد من هذه المفردات:

– *الصّغير*: هو الذي لم يبلغ الحلم ذكراً كان أم أنثى[12]، وهو لبنة ضعيفة تحتاج إلى رعاية، بحيث لا يستطيع تدبير أموره، وصيانة نفسه وماله، فهو عاجز عن كل هذا، وما وجدت الولاية إلاّ لسدّ هذا العجز[13]

فإذا مات أبوه وهو صغير، فهو يتيم أيضا، وإذا بلغ الحلم زال عنه وصف الصغر واليتم معا.

والصغير نوعان: مميز وغير مميز. أ–المميّز: هو الذي يعقل معنى العقد ويقصده، ويستطيع إلى حدّ ما أن يعرف الضّار من النّافع، والمصلحة من غيرها في الأمور العامة. ب– غير المميز: هو الذي لم يصل إلى سن التمييز الذي يدرك فيه ما أشرنا إليه[14].

– *المجنون*: هو من زال عقله. فإن استوعب جنونه جميع أوقاته فهو المجنون جنونا مطبقا أي مستمرّا ينال كلّ القوى الذهنية للشّخص، فهو لا يفيق من غيبوبته لمدّة مستمرة، إذ أنّ قواه الذّهنيّة معطّلة تماما [15]وتصرّفاته كلّها باطلة لانعدام صلاحيّته للأداء، فهو كالصّغير غير المميّز، وإن كان يجنّ تارة ويفيق أخرى، فهو المجنون جنونا متقطّعا أو دورياً أي يتّخذ صورة نوبات تفصل بينها فترات إفاقة يبدو المريض خلالها طبيعيّاً قادراً على الاستبصار لنفسه وسلوكه كما تنتابه حالات من الهوس

والاكتئاب[16].

يتميز المريض في الحالة الأولى بالسّعادة والمرح، فيغني بصوت عال، ويمكن أن يغنّي ويرقص ثمّ ينقلب مرحه وسعادته إلى اعتداء على الآخرين بالضّرب والشّتم[17]. أمّا في الحالة الثّانية فإنّ المريض يكون في حالة مناقضة تماماً لحالة الهوس إذ أنّه يشعر خلالها بالذّنب واليأس كما أنّه يبالغ بإلقاء اللّوم على نفسه ويسير مقوّس الظّهر، إضافة إلى أنّ كلامه يكون أقرب إلى الهوس وتكون أنفاسه مقطّعة وتصرّفاته حال جنونه باطلة وحال إفاقته صحيحة نافذة. وعلى العموم فإنّ كلّ ما قيل بخصوص المجنون سواء كان جنونه مطبقاً أو متقطعا غير قابل للحصر بأي شكل من الأشكال حتى أن أطباء العقل أنفسهم اعترفوا بصعوبة التشخيص [18]كما أن تعاريف الجنون جاءت عديدة ومتضاربة في بعض الأحيان لذلك لا بد من معرفة حقيقة الجنون.

حقيقة الجنون: يعرف الجنون بالمرض العقلي[19] بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً. هذا، ويترتّب على المصاب بالجنون فقدان العقل وانعدام الوعي والإدراك وقد حاول الكثير من علماء النفس وأطباء العقل إيراد تعريف له، وبذلك تعدّدت التعاريف قصد الوصول إلى تعريف جامع مانع [20]. ولقد ذهب أحد أساتذة علم النفس الاجتماعي إلى أن الجنون اختلال يحدث في القوى الذهنية فيؤدّي إلى انحراف نشاطها على النحو الطبيعي، ويظهر في صورة اختلال عنيف في القوى العقلية، واضطراب شديد في اللّغة والتّفكير وإدراك الواقع والحياة الانفعالية وعجز ظاهر في ضبط النفس. هذا وحاول أطبّاء الأمراض العقليّة تعريف الجنون فقال بعضهم: أنّه عارض نفساني يعكس ضعفا وفقدانا كليّا أو نهائيا للمواهب النفسية والذهنية والشعورية[21]. وذهب بعضهم إلى أن الجنون مرض عقلي يتصف بضعف في الحواس والذكاء والإرادة وعدم الارتباط بين الأفكار وغياب المبادرة الذهنية، ذلك أنّ المجنون عاجز عن إدراك الأشياء بصورة سليمة وإدراك ارتباطها ببعضها البعض والمقارنة بينها وتذكرها ممّا يجعل التفكير الصحيح عنده مستحيلا. كما يرى بعض الفقهاء أن الجنون يصحبه هياج واضطراب، فإنه لا يكون صاحبه مميِّزا إلاّ في لحات عقلية عارضة غير ثابتة ولذلك لا يعطي حكم المميّز أبداً عند تمييزه ما دام مريضاً[22].

– *المعتوه:* عرّفه الدكتور أنور سلطان من كان قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التّدبير، لكنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون وقد يكون بحالة لا يعقل فيها ألفاظ التصرفات وآثارها، فيكون كالصغير غير المميّز، أو يكون بحالة يعقل فيها ألفاظ التصرفات وآثارها، فيكون كالصغير المميّز [23].

أمّا الدكتور عبد الناصر توفيق العطار فقد ذهب إلى أن المعتوه هو من كان مختلّ العقل[24].

وذهب الدكتوران عبد الغفّار ومحمود الشّيخ إلى أنّ طبقة المعتوهين تعد أقلّ المتخلفين عقليا وذكاء، إذ أنّ درجة ذكاء المعتوه لا تتعدّى ذكاء طفل عادي سنه ثلاث سنوات، كما أنّ المعتوه لا يمكنه التّعبير عما يريد بسهولة أو لا يلفظ إلاّ بكلمات بسيطة وحيدة المقطع، ولا يستطيع تنظيف جسمه أو غسل وجهه أو تصفيف شعره أو ارتداء ملابسه دون مساعدة الآخرين، وفوق ذلك فإنه من الصعب تعليم المعتوه أو تدريبه على القيام بأي عمل نافع[25]. هذا، وهناك تعريفات كذلك للعَتَه تبيّن حقيقته.

حقيقة العته: عرّفه الأستاذ سلمي مذكور بأنّه نقصان العقل من غير جنون [26]. وذهب الدكتور رضا فرج إلى أنّ العته يتمثل في وقوف الملكات الذهنية في نموّها دون النّضج الطّبيعي [76]. وذهب الدّكتور لبيب شنب إلى أنّ العته اختلال في العقل يجعل فهم الشّخص قليلاً وكلامه مختلطاً وتدبيره فاسداً [28]. وعرّفه الإمام أبو زهرة بأنّه مرض يمنع العقل من إدراك الأمور إدراكاً صحيحاً ويتميزّ على الجنون بأن يصحبه هدوء [29]. وهناك من لا يفرّق بين العته والجنون، يقول ابن الأثير: المعتوه: المجنون المصاب بعقله[30].

-*السفيه*: هو من يسرف في إنفاق ماله ويضيعه على خلاف مقتضى العقل أو الشّرع فيما لا مصلحة له فيه، كأن يشتري الشيء التافه بالمال الكثير، أو يبيع السلعة الثمينة بالثمن القليل. والسفيه ليس كالمجنون والصغير، فالمجنون عقله مختلّ والصّغير أهليّته غير كاملة، أمّا السّفيه فإنّ لديه خفّة في عقله تعود إلى اختياره فهو لا يبذّر المال عليماً بذلك وراضياً به، يدفعه إلى ذلك غرور كاذب، وتصرّفات حمقاء، ولكنّه أهلاً للخطاب والتّكليف، محاسَب على أفعاله[31]

حقيقة السّفه: إنّ السّفه يعتبر عارضا من العوارض التي تصيب الإنسان فلا تسبّب خللاً بالعقل ولا تؤثّر فيه، بل تؤثّر في بعض ملكاته النّفسية بالنّقصان حيث يغلب على تصرّفاته التّبذير في المال على خلاف مقتضى الشّرع والعقل. فالذي على خلاف مقتضى الشّرع يتمثّل في الإدمان على فعل الميسر وشراء المحرّمات، أمّا الذي على خلاف العقل فإنّه يتجلّى في الإسراف في التبرّعات من غير نظر ولا تدبّر، فيقدم على فعل ذلك كلّه عن قصد ومكابرة واتّباع الهوى[32].

ثانيا : في قانون الاسرة الجزائري : لم يأت المشرّع الجزائري في قانون الأسرة بتعريف للقُصَّر، وإنّما اكتفى ببيان ضرورة وجود من ينوب عنهم قانوناً في تصرّفاتهم[33]، وذلك تطبيقاً لنصّ المادّة 81 من قانون الأسرة حيث تنصّ:"من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السنّ، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانوناً وليّ أو وصيّ أو مقدّم طبقاً لأحكام هذا القانون". كما أنّه اشترط في الوليّ أن يتصرّف في أموال القاصر تصرّف الرّجل الحريص[34] وذلك تطبيقاً لنصّ المادّة **1/88** من قانون الأسرة التي تنصّ:"على الوليّ أن يتصرّف في أموال القاصر تصرّف الرّجل الحريص ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام". وعلى هذا سأشير إليهم، كلّ واحد على حدا كالتّالي:

-*الصّغير*: يلاحظ أنّ المشرّع الجزائري لم يأت في قانون الأسرة بتعريف الصّغير كذلك، وإنّما اكتفى بالتّفريق بين الصّغير المميّز والصّغير غير المميّز، حيث اعتبر تصرّفات الأوّل منهما باطلة طبقاً لنصّ المادّة82 من قانون الأسرة حيث تنصّ: "من لم يبلغ سنّ التّمييز لصغر سنّه طبقاً للمادّة 42 من القانون المدني السالفة الذكر تعتبر جميع تصرفاته باطلة" [35]، أمّا تصرّفات الثّاني فاعتبرها نافذة في حالة النّفع وباطلة في حالة الضّرر وتتوقّف على إجازة وليّه تطبيقا لنصّ المادّة83 من قانون الأسرة حيث تنصّ على أنه: "من بلغ سنّ التّمييز طبقاً للمادّة 43 من القانون المدني السالفة الذكر تكون تصرّفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارّة به، وتتوقّف على إجازة الوليّ أو الوصيّ فيما إذا كانت متردّدة بين النّفع والضّرر، وفي حالة النّزاع يرفع الأمر إلى القضاء"[36]. كما بيّن المشرّع من له حقّ الولاية على الصّغار حيث نصّت المادّة 87 من قانون الأسرة على أنّه: "يكون الأب وليّاً على أولاده القصّر، وبعد وفاته تحلّ الأمّ محلّه قانوناً، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحلّ الأمّ محلّه في القيام بالأمور المستعجلة المتعلّقة بالأولاد، وفي حالة الطّلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

-*المجنون*: يلاحظ أنّ المشرّع الجزائريّ لم يأت في قانون الأسرة بتعريف المجنون، وإنّما اكتفى باعتبار التصرّفات الصّادرة عنه غير نافذة[37] وهذا ما نصّت عليه المادّة 85 من قانون الأسرة أنّه: "تعتبر تصرّفات المجنون والمعتوه والسّفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السّفه".

هذا، ولقد حاول أساتذة القانون إيراد تعريف الجنون فذهب الدّكتور عبد المنعم البدراوي إلى أنّ المجنون هو الشّخص الذي ذهب عقله وفقده لآفة أصابته، فالمجنون لا يستطيع بناء الأفكار قائمة على منطق سليم لأنّ التّفكير السّليم لا ينتج إلاّ عن عمليّة إدراك الأفكار التي تخزّنها أو تولّدها الخلايا الدّماغيّة فترتبط ببعضها البعض برباط ذهنيّ ينسجه الإنسان عبر الإدراك والإحساس والتصوّر

والتّذكّر من خلال عمل إرادي يمكّنه من التّحكّم في حركاته وأفكاره، في حين أنّ الجهاز العصبي الدّماغي للمجنون يجعل عمليّة الرّبط لديه غير صحيحة بحيث تتخلّلها حلقات فارغة تمنع توافر سياق منطقيّ وسليم بين المراحل العمليّة الذّهنيّة كالإدراك والاستذكار فيضطرب النّسق الفكري ويفقد تماسكه لتأتي أفكار المجنون دون رابط بينها أو إدراك لمضمونها وكأنّها فترات مبعثرة [38].

-*المعتوه*: إنّ المشرّع الجزائري لم يعرّف المعتوه في قانون الأسرة، ولكن اعتبر التصرّفات الصّادرة عن المعتوه غير نافذة، وذلك تطبيقاً لنص المادّة 85 من قانون الأسرة التي سبق ذكرها، وبصفة عامّة فإنّ العته غالباً ما ينتج عن التّخلّف في نمو الخلايا الدّماغيّة لدى المصاب، وتكمن أسبابه مبدئيّا في التّشوّه الوراثي بسبب تعاطي الأمّ الحامل بعض الأدوية أو تعرّضها للأشعة السينيّة، كما يمكن حدوثه بعد الميلاد بسبب بعض الأمراض كالتهاب الدّماغ.

-*السّفيه*: لم يأت المشرّع الجزائريّ في قانون الأسرة كذلك بتعريف للسّفيه، وإنّما اكتفى باعتبار التّصرّفات الصّادرة عنه غير نافذة وذلك تطبيقاً لنص المادّة 85 من قانون الأسرة التي سبق ذكرها.

هذا، وتجدر الإشارة إلى التناقض الموجود بين نصّ المادّة 85 من قانون الأسرة والمادّة 43 من القانون المدني الجزائري السّابقتي الذكر، ذلك أنّ الأولى جعلت السّفيه عديم الأهليّة وبالتّالي تكون تصرّفاته باطلة بطلاناً مطلقاً، أمّا الثّانية فجعلته ناقص الأهليّة، ومن ثمّ فإنّ تصرّفاته تكون قابلة للإبطال[39].

المطلب الثالث : تعسف الولي في ولايته على مال القاصر

الفرع الأول : تعسف الولي في ولايته على مال القاصر في الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء على أن تصرف الولي في مال القاصر بدون نظر واحتياط، وبما ليس فيه حظ له واغتباط يعتبر تعسف في استعمال حق ولايته على ماله، وظلم له وإلحاق الضرر به. وقد فرعوا على ذلك الحالات التي يعتبر فيها الولي متعسفا في ولايته على مال القاصر وهي كالأتي:

-الحالة الأولى: تصرف الولي في ما لاحظ للقاصر فيه ولا مصلحة واضحة كالهبة والعتق والمحاباة في المعاوضة، بحيث يلزمه ضمان ما تبرع به من هبة أو صدقة أو عتق أو حابى به أو ما زاد في النفقة على المعروف أو دفعه لغير أمين.

- الحالة الثانية: إتّجارُ الولي بمال القاصر ودفعه لغيره مضاربة بدون تعيين جزء شائع من ربحه، وإيداعه عند أي شخص بدون قيام حاجة إلى ذلك، وشراء عقار له بأكثر من قيمته بما ليس فيه مصلحته،كذلك بيع عقاره ومنقوله وإجارته للغير بثمن اقل من المثل أو بما ليس فيه حظ للمولى عليه،فكل هذا الإهمال وهنا الضرر الذي يلحقه الولي بمال القاصر يلزمه ضمان كل ذلك.[40]

- الحالة الثالثة : إقراض الولي مال القاصر، فقد اختلف الفقهاء فيه على النحو التالي:

أ- الحنفية: ذهبوا إلى إقراض الولي مال القاصر تعسف وظلم له، فلا يجوز له إقراضه للغير ولا اقتراضه لنفسه. ب- الحنابلة: قالوا بأنه يكون الولي متعسفا إذا أقرض مال القاصر بدون مصلحة تعود له، فلا بد من الاحتياط في هذه الأمور [41]. ج- الشافعية: يكون متعسفا إذ اقرض مال القاصر من غير الحاجة، كخوفه من نهب أو حريق أو غرق أو أراد سفرا وخاف عليه، وكذلك إذا اقرض المال لحاجة من غير ثقة وغير مليء، لأن الأول يجحد، والثاني لا يمكن أخذ البدل منه،وبالتالي يضيع مال القاصر.[42]

– الحالة الرابعة: كذلك يعتبر الولي متعسفا عند عدم مطالبته بحقوق المولى عليه، وادعائه بها، وإقامة البينات، وتحليف الخصم إن أنكرها، وعدم المصالحة بدفع بعض ما على المحجور من دين أو عين إذا كانت به بينة، وقبض بعض ما للمحجور إن لم يكن به بينة.

– الحالة الخامسة: شراء الولي مال القاصر لنفسه أو بيع ماله له، فقد اختلف الفقهاء فيه على النحو التالي: أ– المالكية: قالوا أنه لا يجوز للأب أن يشتري من نفسه لأبنه الصغير وان يشتري لنفسه من ماله إلا إذا كان نظرا للولد ،و إلا يعتبر فعله هذا تعسفا وظلما له[43]. ب– الشافعية: قالوا بأنه يعتبر هذا التصرف تعسفا إذا كان الولي غير الأب والجد، لأنه متهم في طلب الحظ له في بيع ماله من نفسه، فلم يجعل ذلك إليه، بينما الأب والجد لا يتهمان في ذلك لكمال شفقتهما [44]. ج– الحنابلة: فقالوا بانه يعتبر هذا التصرف تعسفا اذا كان الولي غير الأب، واخرجوا الجد من الاستثناء، لأنه مظنة التهمة،بينما الأب فالتهمة منتقية ،بينه وبين ولده ،اذ من طبعه الشفقة عليه والميل اليه، وترك حظ نفسه لحظه بخلاف غيره [45]. د– الحنفية: فقد فرقوا بين الأب، ووصيه، ووصي القاضي في هذا التصرف كالتالي:

* بالنسبة للأب يعتبر متعسفا عند شراء مال ولده لنفسه وبيع ماله لولده بأقل من قيمة المثل أو بأقل مما يتغابن الناس بمثله، أما إن كان هذا التصرف بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس بمثله فذلك جائز لا ظلم فيه للمولى عليه. * وكذلك وصي الأب يعتبر متعسفا عند بيعه مال نفسه لليتيم، أو شراء مال اليتيم لنفسه إن لم يكن فيه خير له، والخيرية في العقار أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير، ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر لنفسه من مال الصغير.

– الحالة السادسة: أكل الولي من مال القاصر، فقد اختلف الفقهاء فيه كذلك على النحو التالي:

أ– الشافعية والمالكية : قالوا بأنه يعتبر أكل الولي من مال القاصر تعسفا وظلما، إذا كان غنيا لقوله تعالى: ﴿ومن كان غنيا فليستعفف﴾ [النساء06] أما إذا كان فقيرا فيجوز له اخذ كفايته منه [46] لقوله تعالى ﴿ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف﴾ [النساء06] ب– الحنفية: قالوا بأنه إذا كان الولي على مال القاصر وصيا، واخذ أجرة مقابل عمله هذا وهو غير محتاج لذلك فهذا تعسف منه، لأنه إن كان كافيا فلا أجرة له.[47] ج– الحنابلة:قالوا بأنه إذا كان الولي على مال القاصر الحاكم وأمينه وأكلا شيئا منه، فهذا تعسف منهما، وذلك لاستغنائهما بما لهما في بيت المال، أما غير الحاكم وأمينة، فيكون أكله تعسفيا إذا كان بغير حاجة ماسة إليه .[48] ولقد اعتبر الجصاص من الحنفية أن أكل الولي من مال اليتيم أمرا تعسفيا مطلقا لقوله تعالى:﴿إن الذين ياكلون أموال اليتامى ظلما ﴾ [النساء09]، وحمل الأكل بالمعروف الوارد في حق الفقير في الآية السابقة على أكله من مال نفسه بالمعروف لئلا يحتاج إلى مال اليتيم [49] وقد اختلف الفقهاء المجيزون لولي الفقير بالأكل من ماله ويلزمه زد بدل ما أكل عند يساره.

* *القول الأول:* ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعي في قول إلى انه لا يلزمه، لأنه عوض عن عمله، فلم يلزمه رد بدله مطلقا كالأجير والمضارب وكالرزق الذي يأكله الأمام من بيت المال.

**القول الثاني:* قال أبو العالية وعبيدة السلماني والشافعي في قول آخره: يضمن عوضه في ذمته،لأنه مال لغيره وأجيز له أكله للحاجة ، فيجب عليه ضمانه كمن اضطر إلى مال غيره في مخمصة[50].

–الحالة السابعة: لا خلاف بين الفقهاء في أن إنفاق الولي على القاصر من ماله وعلى من تلزمه مؤونته بالإسراف والتبذير

والتقتير، تعسف و ظلم له وإلحاق للضرر به [51]،لقوله تعالى:﴿والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما﴾ [الفرقان67]

-الحالة الثامنة: قال الحنفية بان قضاء الوصي دين نفسه بمال اليتيم، تعسف في استعمال حق ولايته عليه وظلم له، بينما الأب فيجوز له ذلك، لأن الأب لو باع مال الصغير من نفسه بمثل القيمة جاز،والوصي لا يملك البيع من نفسه إلا أن يكون خيرا لليتيم[52].

- الحالة التاسعة: قال الحنفية و المالكية انه إذا قام الولي بتسلف أموال القاصر واتجر فيها لنفسه، فهذا تعسف منه وظلم للقاصر وتعد عليه ومجاوزة لحدود سلطة ولايته على ماله، وذلك لأن الأصل في تصرفات الولي في مال القاصر أنها مقيدة بمصلحته، مثل استثمار أمواله في التجارة وتنميتها وتثميرها، فهذا التصرف تعرض إليه الفقهاء واختلفوا في ذلك إلى ثلاثة أقوال:

أ- القول الأول: ذهب الحنابلة والمالكية والحنفية أن للولي مطلقا الاتجار بمال القاصر، وهو أولى من تركه، لأن ذلك أصلح له، إذ لا فائدة في إبقاء أمواله بدون استثمار [53]، لما روى ابن عمروا عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:« ألاَ من ولي يتيما له مال فليتجر فيه، ولايتركه حتى تأكله الصدقة»[54].

ب- القول الثاني: ذهب الشافعية إلى انه يجب على الولي تنمية مال القاصر بقدر النفقة والزكاة لا أكثر، وينبغي عليه أن يجتهد،و يفعل أي شيء يغلب على ظنه انه صالح للقاصر،والله تعالى يعينه حسب قصده،وهو يعلم المفسد من المصلح [55]حيث يقول تعالى﴿والله يعلم المفسد من المصلح..﴾ [البقرة220] ج-القول الثالث: ذهب الجصاص من الحنفية وابن تيمية إلى أن استثمار الولي مال القاصر وتنميتة مندوب وليس بواجب. واستدل الجصاص بقوله تعالى: ﴿ ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير﴾[البقرة220] قال: فدل على انه ليس بواجب عمليه التصرف في ماله بالتجارة، لأن ظاهر اللفظ يدل على أن مراده الندب و الإرشاد[56]. وبقول مالك، أنه بلغه، أن عمر بن الخطاب قال: (اتجروا في أموال اليتامى كيلا تأكلها الزكاة[57]

الفرع الثاني: تعسّف الوليّ في ولايته على مال القاصر في قانون الأسرة الجزائري:

لقد وافق المشرّع الجزائري في قانون الأسرة، فقهاء الشريعة، وحذا حذوهم في تحديده صلاحيات الوليّ، وضبط تصرفاته في ولايته على أموال القاصر، فإن تعدّى هذه الصّلاحيات أصبح متعسّفا، ويتبين هذا في الحالات التالية:

- الحالة الأولى: إذا لم يتصرف الوليّ في أموال القاصر تصرّف الرّجل الحريص، فيعتبر متعسّفا و ظالما له وملحقا الضرر به، ويكون مسؤولاً عن ذلك ، طبقا لأحكام المادة 1/88 التي تنصّ على أنّه: "على الوليّ أن يتصرّف في أموال القاصر تصرّف الرّجل الحريص، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام".

- الحالة الثانية: يعتبر الوليّ في ولايته على مال القاصر متعسّفا إذا لم يستأذن القاضي في تصرّفات بيع وقسمة ورهن الأموال المتعلّقة بحقوق المولّى عليه[58] طبقا لأحكام المادة 2/88 حيث تنصّ: "وعليه أن يستأذن القاضي في التّصرّفات التالية: بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة.

بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.استثمارأموال القاصر بالإقراض أوالاقتراض أوالمساهمة في الشّركة. إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تعتدّ لأكثر من سنة بعد بلوغه سنّ الرشد." فلا بدّ على الوليّ أن يستأذن العدالة في كل هذه التصرّفات التي حدّدتها المادة والتي لها علاقة بأموال القاصر، سواء في بيع عقاره أو تقسيمه أو إيجاره، أو في استثمار أمواله مضاربة أو شركة

أو أي عقد فيه مصلحة للمولّى عليه.

– الحالة الثالثة: كذلك يعتبر القاضي متعسّفا عند منحه الإذن للوليّ في التّصرّف في أموال القاصر بدون مراعاة مصلحة المولّى عليه، بحيث تنص المادة 89 من قانون الأسرة على ما يلي: "على القاضي أن يراعي الإذن: حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتمّ بيع العقار بالمزاد العلني".

– الحالة الرابعة: يعتبر الوليّ متعسّفا في ولايته على القاصر عند قيامه بخدمة مصالحة على حساب مصالح القاصر، وفي هذه الحالة يَحِقُّ للقاضي أن يعيّن متصرّفا خاصّاً تلقائيا، وهذا تطبيقا لأحكام المادة 90 من قانون الأسرة الجزائري حيث تنصّ: "إذا تعارضت مصالح الوليّ ومصالح القاصر يعيّن القاضي متصرّفا خاصّا تلقائيّا أو بناء على طلب من له مصلحة."

– الحالة الخامسة : وهي خاصّة بالوصيّ الذي بيّنت المادة 95 من قانون الأسرة الجزائري بأن له نفس سلطة الوليّ في التّصرّف وفقا لأحكام المواد (99 و89 و90) من هذا القانون.

ويعتبر الوصيّ متعسّفا في استعمال حقّ ولايته على مال القاصر إذا ثبت من تصرفاته ما يهدّد مصلحة القاصر، بحيث يجوز لمن له مصلحة أن يطلب من القاضي بأن ينهي مهمة الوصيّ بعزله طبقا لأحكام المادة 96 من قانون الأسرة الجزائري التي بيّنت الحالات التي تنتهي بها مهمة الوصيّ، الذي يكون مسؤولا عمّا يَلحَق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره [59] طبقا لأحكام المادة 98 من قانون الأسرة التي تنصّ على أنّه: "يكون الوصيّ مسؤولا عمّا يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره".

وفي الأخير من خلال دراستنا المتواضعة لهذا الموضوع الهام ، والمنصبّ على دراسة التعسّف في استعمال حقّ الولاية على القصّر في أموالهم وأنفسهم بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، اتّضحت لي بعض الاستنتاجات و الملاحظات على النحو التالي:

أوّلاً: التعسّف في استعمال حقّ الولاية على أموال القُصّر (صغير ومجنون ومعتوه وسفيه) أمر محرّم شرعاً وقانوناً.

ثانياً: لا يعني أنّ الولاية على مال القاصر، أن يتصرّف فيه كما يشاء، و إنّما يكون وفق ضوابط وضعتها الشريعة و القانون مما يحقق مصلحة المولى عليه في ماله.

ثالثا: إنّ المشرّع الجزائري قد نصّ صراحة في قانون الأسرة على بعض المسائل المتعلّقة بالتعسّف في استعمال حقّ الولاية، على أموال القُصّر، كما أنّه أغفل عن ذكر بعض المسائل الأخرى، لذلك أحالنا على أحكام الشريعة في المادة 222 من قانون الأسرة لسدّ الفراغ التشريعي الموجود فيه.

رابعاً:إنّ المشرّع الجزائري قد وافق فقهاء الشريعة وحذا حذوهم في تحديده صلاحيات الوليّ وضبط تصرّفاته في ولايته على أموال القاصر.

الهوامش

[1]–ابن منظور: لسان العرب, دار صادر، بيروت, ط1, 1997, ج3, ص335.

[2]. الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة, المطبعة الرحمانية, ج3, ص219.

[3]. ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية, تحقيق محمد حامد الفقى, مط السنة المحمدية, 1953, ص310.

[4]. فتحي الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده, مطبعة جامعة دمشق, ط1, 1967, ص311.

[5]. ابن رجب الحنبلي: جامع العلوم والحكم, دار الفكر للطباعة والنشر, 1992, ص305.

[6]. سنن ابن ماجة : كتاب: الأحكام, باب: من بنى في حقه ما يضر جاره, 2340، ج2، ص784/ مسند أحمد: ومن مسند بني هاشم, بداية مسند عبد الله بن عباس, 2719/ موطأ مالك, كتاب: الأقضية, باب: القضاء في المرفق, 1426، ص529.

[7]. الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق, مؤسسة الرسالة، ط2، 1998، بيروت، ص45.

[8]. عبد الودود يحي: المدخل لدراسة القانون, ط1969, ص149.

[9]. حسن كيرة: المدخل إلى القانون, منشأة المعارف, الإسكندرية, ص760

[10]. ابن منظور: المرجع السّابق، ج 5، ص 97–99–100.

[11]. الجرجاني(السيّد الشريف أبي الحسن علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني الحنفي): التعريفات،وضع حواشيه و فهارسه محمد باسل عيون السود،دار الكتب العلمية،بيروت لبنان، باب القاف،رقم 1423./ود وهبة الزحيلي:الفقه الإسلامي وأدلته،دارالفكرالمعاصر،دمشق،ط1997،4 ،ج 9، ص 6691/ / الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،مكتبة الحلبي،القاهرة،1958،ج3، ص154/ والبهوتي: كشاف القناع،مكتبة النشر،ج5 ص54/ وابن مطهر الحلي: تذكرة الفقهاء، ج2 ص600/ / والدردير: الشرح الكبير،دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة،ج2 ص206.

[12]. الدكتور نزيه حماد:نظرية الولاية في الشريعة الإسلامية ،دار القلم ،دمشق،ط1994،1، ص59.

[13]. الدكتور أحمد فراج حسين: أحكام الأسرة في الإسلام، (الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1998، ص213.

[14]. محمد أبو زهرة: الولاية على النفس، دار الرّائد العربي، بيروت، لم يذكر التاريخ، ص21.

[15]. الدكتور إسحاق إبراهيم منصور: الموجز في علم الإجرام والعقاب، ط2، سنة 1991م، ص44.

[16]. الدكتور عباس محمود عوض: في علم النفس الإجتماعي، سنة 1980م، ص193.:

[17]. الأستاذ لبنى مختار: وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، سنة 1984م، د.م.ج، ص89.

[18] **Docteur François Cloutier : la santé mentale, que sais-je? Paris 1997 page 8 et la suite.**

[19]. الدكتور محمد زكي أبوعامر: الدراسة في علم الإجرام والعقاب، الدار الجامعية، ط1 سنة 1982م، ص128 هامش رقم:2.

[20] **EL Hilla Abdelaziz : le problème de l'irresponsabilité civile du malade mental, mémoire pour le diplôme d'étude supérieurs en sciences juridiques, université Med 5 : Rabat .1985-1986. page77.**

[21]. الدكتور مصطفى العوجي: القانون الجنائي العام المسؤولية الجنائية، ج2، مؤسسة نوفل، ط1، سنة 1985م، ص242.

[22]. الدكتور نزيه حماد:المرجع السابق، ص60/ و الجرجاني:المرجع السابق،باب الميم قم 1767

[23]. الدكتور أنور سلطان: النظرية العامة للالتزام، ج1، ط2، سنة 1958م، ص71.

[24]. الدكتور عبد الناصر توفيق العطار: مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، سنة 1979م، بند165، ص845.

[25]. الدكتوران عبد الغفار ومحمود الشيخ: بسيكولوجية الطفل غير العادي والتربية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966م، ص49إلى67.

[26]. الأستاذ محمد سلمى مذكور: نظرية الحق، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1957م، ص99.

[27]. الدكتور رضا فرج: شرح قانون العقوبات الجزائري الأحكام العامّة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، ط2 سنة1976م.

[28]. الدكتور لبيب شنب: المدخل للدراسات القانونية النظرية العامة للالتزام، سنة 1980م، ص90.

[29]. محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية،دارالفكر،القاهرة ،ط3، 1957،ص445

[30]. ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث، ج3، المكتبة العلمية، بيروت، لم يذكر التاريخ، ص181.

[31]. أبو زهرة: المرجع السابق، ص447.

[32]. صالح جمعة حسن الجبوري: الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون (بحث مقارن) مؤسسة الرسالة، بغداد، ط 1، سنة 1396هـ-1976م، ص24.

[33]. الدكتور بلحاج العربي: شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1 ص122.

[34]. الدكتور بلحاج العربي: قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ص155.

[35]. تنص المادة 42 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السنّ أو عته أو جنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشر سنة" راجع القانون المدني لوزارة العدل، ص9.

[36]. تنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري على أنه: "كل من بلغ سنّ التمييز ولم يبلغ سنّ الرّشد وكلّ من بلغ سنّ الرّشد وكان سفيها أو معتوها يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون" راجع القانون المدني الجزائري لوزارة العدل ص9.

[37]. الدكتور بلحاج العربي: مبادئ الاجتهاد القضائي، ص155.

[38]. الدكتور عبد المنعم بدراوي: مصادر الالتزام سنة 1960م ص176.

[39]. الدكتور علي علي سليمان: حول قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية الصادرة بتاريخ 1986/06/01م، ص440.

[40]. ابن قدامة : المغني،دار الحديث ،القاهرة، 2004م،ج14،ص214 ./والشيرازي:المهذب ،مط الحلبي،القاهرة ،1958،ج2،ص335/./محي الدين بن شرف: المجموع،دار الفكر،بيروت، 2000م ،ج17،ص125/والغرياني:مدونة الفقه المالكي وادلته ،مؤسسة الريان ،بيروت ،ط 1،2002م ،ج 3،ص668./ والأسروشني: جامع احكام الصغار، مط النجوم الخضراء،بغداد، 1982م ،ج2،ص307/ / وابن عابدين:المرجع السابق ،ج4،ص340.

[41]. البهوتي:شرح منتهى الإرادات ،ج2،ص293/ابن قدامة : المرجع السابق،ج6،ص215

[42]. الشيرازي: المرجع السابق،ج1،ص336/./ ومحي الدين بن شرف: المجموع ،ج14،ص131و 133

[43]. الأزهري: جواهرالاكليل،دارالفكر،بيروت ،ج2، ص99و100.

[44]. البهوتي: المرجع السابق،ج 2، ص292/ ابن قدامة: المرجع السابق،ج 6،ص215 والقاري : مجلة أحكام الشرعية على مذهب احمد،ط تهامة بجدة ،سنة1401هـ، مادة1482.

[45]. الأسروشني: المرجع السابق ،ج 2،ص261-262-263-267-311 / قدري باشا: الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية،ط

الحديثة بالقاهرة سنة 1352هـ،مادة426–459.

(46).الشيرازي:المرجع السابق ج 1 ،ص 337./ ومحي الدين بن شرف:المرجع السابق، ج 14، ص 139،138./ والغرياني:المرجع السابق،ج3،ص667.

(47). قدري باشا: المرجع السابق،م469.

(48). البهوتي:المرجع السابق ،ج2،ص295./وابن قدامة: المرجع السابق،ج6،ص223./ والقاري:المرجع السابق،م1486.

(49). الجصاص: المرجع السابق، ج2، ص361.

(50). الشيرازي:المرجع السابق،ج 1،ص337./ومحي الدين بن شرف:المجموع،ج 14،ص138و139 ./ والغرياني: المرجع السابق،ج 2، ص295./ وابن قدامة: المرجع السابق، ج6، ص223 /وقدرى باشا: المرجع السابق،م469.

(51). البهوتي: شرح منتهى الإرادات ،ج 2و292./ والشيرازي: المرجع السابق، ج 1، ص337. / والأسروشني: المرجع السابق، ج 2، ص147/ وقدري باشا:المرجع السابق، م466./ والغرياني: المرجع السابق، ج3،ص667و668 ./ و الدكتور وهبة الزحلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص432.

(52). الأسروشني: المرجع السابق،ج2،ص305/ ج3، ص95و97

(53). البهوتي:شرح منتهى الإرادات، ج2،ص 292 / ابن مفلح: المبدع في شرح المقنع، ج4،ص338./والأسروشني: المرجع السابق، ج3، ص96و98.

(54). رواه مالك : كتاب الزكاة، باب أموال اليتامى و التجارة لهم فيها، 588، ص 167

(55). العز بن عبد السلام: في فتاواه، ص 122/ وابن السبكي: معيد النعم ومبيد النقم،دار الكتاب العربي مصر،1367،ص64.

(56). الجصاص: المرجع السابق ،ج2،ص13و14.

(57). رواه مالك : كتاب الزكاة، باب أموال اليتامى و التجارة لهم فيها، 588، ص 167

(58). د نصر الدين مبروك: قانون الاسرة بين النظرية و التطبيق،دار الهلال،الجزائر،2004م ص 71.

(59). الدكتور بلحاج العربي: مبادئ الاجتهاد القضائي، ص 158. / و د نصر الدين مبروك: المرجع السابق، ص 71 و72.