

تأصيل أحكام النيابة الشرعية

AUTHENTICATION DISPOSITIONS OF PRESENTATION LEGAL

هاشمي مصطفى¹

¹ كلية الحقوق جامعة غليزان (الجزائر)، mustapha.hachemi@univ-relizane.dz

تاريخ النشر: جوان/2022

تاريخ القبول: 2022/04/11

تاريخ الإرسال: 2021/06/06

الملخص:

تعد المنازعات الأسرية من أكثر ما يعرض على المحاكم الجزائرية، ومن ذلك الإشكالات المتعلقة بالنيابة الشرعية، المرتبطة بالولاية والوصاية على أموال ناقصي وعديمي الأهلية.

يعرض البحث لأشخاص النيابة الشرعية من حيث تعدادهم وترتيبهم، ومحل النيابة الشرعية من حيث التصرفات والأعمال موضوعها، باحثا عن مصدر ما ورد في قانون الأسرة، وذلك بالرجوع إلى فقه الشريعة الإسلامية مقارنا ما ورد في النصوص القانونية مع ما ذهب إليه أصحاب المذاهب الأربعة، محاولا الكشف عن معيار تبني الأحكام، الأمر الذي يسهل فهم وتطبيق النصوص القانونية من جهة، ويمنح القاضي والفقيه آلية الرجوع إلى الشريعة في المسائل التي لم يرد النص على أحكامها من جهة أخرى.

الكلمات المفتاحية: النيابة الشرعية، الولاية، الوصاية.

Abstract:

Family litigation are most frequently brought before algerian courts, including those relating related to the presentation legal, which is linked to the guardianship and the testament over the assets of incapable, and the search is made for the presentation legal of their enumeration and order , and for the subject for the presentation legal of the actions and act, research the source of what is mentioned in the family law .

Key words: The presentation legal; the guardianship; the testament.

مقدمة:

تضمن قانون الأسرة أحكام النيابة الشرعية، وهي نيابة تتعلق بالأشخاص ناقصي أو عديمي الأهلية، حيث يكلف القانون نائباً عنهم، تكون له صفة الولي أو الوصي أو المقدم، وتضمن قانون الأسرة أحكاماً خاصة بكل نوع من أنواع النيابة، كشف تطبيقها على أرض الواقع عن وجود ثغرات وتناقض فيما بينها من جهة، وتعارض مع النصوص الواردة في القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية من جهة أخرى، الأمر الذي يدفعنا إلى البحث عن المصدر المادي لأحكام النيابة الشرعية الواردة في قانون الأسرة، وذلك بتأصيلها، أي الكشف عن المذهب الفقهي المستقاة منه، على اعتبار أن واضع هذه الأحكام لم يعتمد المذهب المالكي - وهو المذهب الغالب في الجزائر - كمصدر وحيد، ولم يضع تقنية محددة أو ضابطاً شرعياً يعتمد عليه القاضي عند وجود إشكال في النزاع المعروض عليه، مما يجعل هذا البحث محاولة للكشف عن معيار ما اعتمده واضع التشريع، يمكن أن يسهل عملية إزالة الثغرات ورفع التناقض في أحكام النيابة الشرعية.

ورغم أن قانون الأسرة لم يفصل ولم يميز بشكل صريح بين الولاية على النفس والولاية على المال، إلا أنه من الواضح أن النيابة الشرعية تتعلق بالولاية على المال، على اعتبار أنه أفرد لها كتاباً مستقلاً هو الكتاب الثاني، فيما وردت أحكام الولاية على النفس ضمن أحكام الزواج، في كتاب مستقل، وبقصد بها القيام على الأولاد بما يلزمهم من تربية ورعاية وتوجيه وإطعام وباقي ضروريات الحياة¹. فيما يقصد بالولاية على المال، الإشراف على أموال ناقص الأهلية أو عديمها من حيث حفظها وتمييزها واستثمارها والقيام بالتصرفات المالية ذات المنفعة²، وهو أمر يشكل أهمية كبيرة سواء في الشريعة الغراء أو القانون الوضعي، فحفظ المال من أبرز مقاصد الشريعة الإسلامية، خاصة إذا تعلق الأمر بشخص ناقص الأهلية أو عديمها، فهو عاجز عن حفظ أمواله ورعايتها، ومحتاج لمن يكسبه خبرة التعامل واستثمار أمواله، قال الله تعالى: {وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم}³.

يعتمد البحث أسلوب المقاربة الأفقية، وذلك بتحليل ما ورد في النصوص القانونية في قسم مستقل والتعرض لأقوال فقهاء الشريعة الإسلامية في قسم ثان، ثم عقد مقارنة للخروج بالنتيجة، وفق خطة ثنائية، يختص المبحث الأول منها بأحكام الولي، والمبحث الثاني بأحكام الوصي.

وتلحق أحكام المقدم بالوصي على اعتبار أن المادة 100 ق. 4⁴ تنص على أنه (يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام)، مع الاستعانة بالاجتهادات القضائية باعتبار القضاء الهيئة المخولة بتفسير النصوص القانونية وإيجاد حلول لما لم يتم النص عليه.

المبحث الأول: تأصيل أحكام الولاية

أبرز محاور أحكام الولاية يتعلق بأصحاب الولاية، أي النطاق الشخصي للولاية (المطلب الأول)

ويمحل الولاية، أي نطاقها الموضوعي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: النطاق الشخصي للولاية

يتحدد النطاق الشخصي للولاية بتبيان الولاية المنصوص عليهم في قانون الأسرة من جهة (الفرع الأول) وما يقابلهم في الفقه الإسلامي من جهة ثانية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الولاية في قانون الأسرة

لم يعرف القانون الولاية وتعرض لها في قانون الأسرة تحت عنوان النيابة الشرعية، والنيابة هي "حلول إرادة النائب محل إرادة المناب عنه، إما بحكم القانون أو بحكم القضاء، مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل"⁵.

وحدد نص المادة 81 ق. أ الأشخاص المولى عليهم كما يلي: (من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه)، أي أن محل الولاية يشمل القاصر والمجنون والمعتوه والسفيه، فيما حدد نص المادة 42 ق. م⁶ عديمي الأهلية، على أنهم غير المميز والمعتوه والمجنون، وجعل نص المادة 43 ق. م ناقصي الأهلية هم السفيه وذا الغفلة، وبالتالي أغفل قانون الأسرة ذكر ذا الغفلة بخلاف القانون المدني.

ويلحظ أن نص المادة 43 ق. م جعل السفيه وذا الغفلة البالغين سن الرشد ناقصي أهلية، فيما نص المادة 85 ق. أ جعل تصرفات السفيه غير نافذة، وهو يقصد بها باطلة، بدليل أنه استعمل مصطلح (nuls) في النص المقابل باللغة الأجنبية، فالحكم تناقض بين القانونين .

وتتص المادة 87 ق. أ على أنه (يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا. وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد. وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد).

فالنص حدد صراحة الأب ثم الأم كمؤهلين للولاية، وقرر منحها لمن تتول له الحضانة في حال الطلاق، وبالتالي ترتيب الولاية في قانون الأسرة هو كما يلي:

1- الولاية الأصلية: تثبت ابتداء للأب بقوة القانون.

2- الولاية الاستثنائية: تثبت للأم في حياة الأب إن غاب أو حاصل مانع له، وذلك بالنسبة للأمور المستعجلة فحسب، أي أن ولاية الأم ولاية محدودة ومؤقتة⁷، لكنها تنتقل إليها وتصير كاملة إذا مات الأب.⁸

وكرس الاجتهاد القضائي الترتيب الوارد في المادة 87 ق. أ ومن ذلك قرار المحكمة العليا الذي أبطل قرار قضاة الموضوع معللا ذلك بما يلي: (حيث أن ولاية الأم ولاية منحها لها القانون لا تنتقل لغيرها إلا إذا ثبت تعارض مصلحتها مع مصلحة أولادها القصر طبقا لما نصت عليه المادة 90 ق. أ، ولما لم يثبت تعارض المصلحتين في قضية الحال، فإن القضاء بمنح الولاية لغيرها أو تعيين متصرف خاص تلقائيا يعتبر مخالفا للقانون - المادتين 87 و 90 ق. أ - فقاضي الموضوع حين قضى بتعيين المطعون

ضده كوصي وقيم على أحفاده القصر.. فإن قضاءهم جاء مخالفا للقانون.. الأمر الذي يتعين معه نقض وإبطال القرار المطعون فيه⁹.

وفي قضية أخرى قام الجد بكفالة حفيده بعد وفاة الوالد، بمحرر أمام الموثق وافقت بموجبه الأم على التنازل عن ابنها لجدّه والتزمت بعدم الرجوع في ذلك، بيد أنها عند بلوغ ابنها سن التمييز رفعت دعوى ضد الجد تطالبه بإرجاع ابنها إلى ولايتها، فصدر الحكم برفض طلبها لعدم التأسيس، وعند الاستئناف قرر المجلس إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإبطال الكفالة وإلزام الجد أن يسلم الأم ولدها، وبعد الطعن بالنقض تم تأييد قرار المجلس على أساس أنه (بمراجعة المواد 116، 124 ق. أ والإطلاع على تصريحات المكفول البالغ سن التمييز والذي عبر عن رغبته في العيش والعودة إلى أمه، التي يعود لها ذلك طبقا لقانون الأسرة، وهو ما يجعل قرار المجلس خاليا من أي قصور أو تناقض..)¹⁰.

3- ولاية الحاضن: بالرجوع إلى أحكام الحضانة نجد المادة 64 ق. أ تنص على أن (الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك)، وفسر الاجتهاد القضائي عبارة (مع مراعاة مصلحة المحضون) الواردة في النص بأن (العامل الذي يؤخذ بنظر الاعتبار في مثل هذه الدعوى، هو مراعاة مصلحة المحضون أولا وأخيرا.. وبإمكان قضاة الموضوع الاستعانة بمرشدة اجتماعية في هذا الموضوع)¹²، وبالتالي يذهب الاجتهاد القضائي إلى عدم الاعتداد بالترتيب الوارد في نص المادة، بل العبرة بمصلحة القاصر، وهو ما أكدته قرارات قضائية أخرى، ومنها قرار المحكمة العليا الذي استند فيه الطاعن إلى وجه مأخوذ من مخالفة القانون فكتب: (المادة 64 ق. أ جعلت الأب في المرتبة الثانية بعد الأم فيما يخص إسناد الحضانة)، فردت المحكمة على الوجه بأنه (.. يراعى في إسناد الحضانة في كل الأحوال مصلحة المحضون، ولما تبين من القرار المطعون أنه اسند حضانة الأبناء...دون تبيان المعايير التي اعتمد عليها وأين تكمن مصلحتهم، يكون قضاة الموضوع بفصلهم هذا لم يعطوا لقضائهم الأساس القانوني، مما يعرض قضاءهم للنقض)¹³، فالقرار جعل العبرة بمصلحة المحضون بغض النظر عن الترتيب الوارد في المادة، وألزم قضاة الموضوع بتبيان المعايير التي اعتمدها في ذلك، ف(متى أسس قضاة الموضوع قضاءهم على الترتيب الوارد بالمادة 64 ق. أ دون البحث في من هو الأجدر وأين تكمن مصلحة البنّتين يكونون قد قصرُوا في قضائهم)¹⁴، والتفسير القضائي لنص المادة 64 يكشف أن صياغتها خاطئة مادام ورد فيها حرف (ثم) وهو يفيد الترتيب مع التراخي، وكان الأولى استعمال حرف (أو) لأنه يفيد الاختيار. وبالتالي جعل القانون الولاية الأصلية للأب وبعده، بسبب وفاة الأب أو الطلاق، للأم، ثم للحاضن، والعبرة في الحاضن هي مصلحة القاصر.

وبطرح التساؤل بخصوص الجد: نص المادة لم يذكر الجد، فهل يدل ذلك أن الجد لا تجوز له الولاية؟ الإجابة تعرض لاحقا في المبحث الثاني.

ولم يورد قانون الأسرة شروط الولي، وبالتالي تطبق القواعد العامة، وفي مقدمتها شرط الأهلية،

والملاحظ أن المادة 91 ق. أ تنص على أنه (تنتهي وظيفة الولي: بعجزه، بموته، بالحجر عليه، بإسقاط الولاية عنه)، وباستثناء حالة الوفاة التي تنتقل فيها الولاية بقوة القانون إلى الأم، لم ينص قانون الأسرة على مآل الولاية في حالة عجز الأب أو الحجر عليه أو إسقاط الولاية عنه، فانتهالها إلى الأم إبان حياته قاصر - حسب المادة 2/87 ق. أ - على (الأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد)، أي أن قانون الأسرة أغفل ذكر الحل في هذه الحالة، ورغم أن القاضي يلجأ حينها إلى تطبيق نص المادة 222 ق. أ، أي الرجوع إلى الفقه الإسلامي، والذي فصل في هذه المسألة، إلا أنه كان من الأولى النص على حكم هذه الحالة درءا لاختلاف الاجتهادات.¹⁵

كما قرر الاجتهاد القضائي - استنادا إلى الشريعة الإسلامية - شرط القدرة، ومن ذلك قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه (من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون..ولما كان الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشئون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال، حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية)¹⁶.

وكشف الاجتهاد القضائي أن الإسلام ليس شرطا في الولي، فيمكن للأُم الكافرة التي تنتقل إليها الولاية باعتبارها حاضنة، أن تكون ولية على ابنها المسلم، حيث جاء في تعليل قرار صادر عن المحكمة العليا: (حيث أن الحضانة للأُم حسب المادة 64 ق. أ وكذلك حسب الشريعة الإسلامية، كما جاء في قول الشيخ خليل ج2 ص 486 وحضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى يدخل بها الزوج) و(من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه.. ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية)¹⁷، فهل فعلا يرى خليل والمالكية عموما بولاية الكافر على المسلم؟ الإجابة في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: الولاية في الفقه الإسلامي

عرف فقهاء الشريعة الغراء الولاية على أنها "تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى"¹⁸، وهي "سلطة شرعية يتمكن بها صاحبها من إنشاء العقود والتصرفات"¹⁹، واتفق فقهاء الشريعة على أن القاصر والمجنون والمعتوه هم محل الولاية، واختلفوا بخصوص السفه وذي الغفلة.²⁰

واختلفت المذاهب الفقهية في أشخاص الولاية وترتيبهم كما يلي:

1- بالنسبة للمذهب الحنفي: تثبت الولاية للأب ثم لوصي الأب²¹، ثم وصي وصي الأب، ثم الجد لأب، ثم لوصي الجد، ثم من ينصبه القاضي.²²

أما الأم والأخ والعم فيرى الحنفية أن لا ولاية في المال لهم، معتلين رأيهم بأن (العم والأخ قاصرا الشفقة.. والأم وإن كانت لها وفور الشفقة لكن ليس لها كمال الرأي)²³.

2- بالنسبة للمذهب الشافعي: الولي هو الأب ثم الجد الصحيح عند انعدام الأب، ثم وصي من تأخر موته منهما (لأنه نائب عن الأب والجد يقدم على غيره)²⁴، ثم القاضي أو الحاكم، وليس للأُم ولاية على

- القاصر (لأنها ولاية تثبت بالشرع فلم تثبت للأم كولاية النكاح)^{25. 26}
- فيمكن أن يكون القاضي أو الحاكم وليا للقاصر، وذلك إذا لم يكن له أحد من الأقارب، فيتصرف بنفسه، أو يعين نائبا له، في أموال القاصر بما يحقق مصلحته.²⁷
- وخالف أبو سعيد الإصطخري، وهو من الشافعية، مذهبه وقال بأنه يجوز تولية المرأة على ابنها بعد الأب والجدة (لأنها أحد الأبوين) و (لزيادة شفقتها).²⁸
- 3- بالنسبة للمذهب المالكي: أبوه ثم الوصي ثم وصيه ثم الحاكم،²⁹ (ولا ولاية لجدة ولا غيره)³⁰، ويشترط المالكية في الولي البلوغ والعقل والإسلام والعدالة والذكورة، فلا تثبت الولاية للأنثى، أي لا تثبت الولاية للأم وإنما لها الحضانة،³¹ وكتب الشيخ سحنون: (وصية المرأة بمال ولدها لا تجوز وهذا عندنا أعدل).³²
- 4- بالنسبة للمذهب الحنبلي: الأب هو صاحب الولاية الأصلي، فإن لم يكن للمولى عليه أب فوصيه، ثم الحاكم لأنه ولي من لا ولي له،³³ أما الجدة والأم وسائر العصبات فلا ولاية لهم إلا بالوصية.³⁴
- ويشترط الحنابلة في الولي العقل والبلوغ والإسلام و الذكورية والعدالة ولو ظاهرا.³⁵
- وعليه: اتفق الفقهاء على ولاية الأب، واختلفوا فيمن يليه، فالجمهور، الحنفية والمالكية والحنابلة، اتبعوه بوصي الأب، بعكس الشافعي الذي يرى بالجدة.
- ولا ولاية للجدة على القاصر عند المالكية والحنابلة (لأنه لا يدلي بنفسه وإنما يدلي بالأب فهو كالأخ)³⁶، وبالأولى الوصية، وإنما يمكن أن يعينه القاضي، بخلاف الشافعية الذين يرون أن الجدة يحل محل الأب عند عدم وجوده، فيما يجعله الحنفية في المرتبة الثالثة.
- واتفق الفقهاء على أنه لا ولاية للأم ولا لسائر العصبة غير الأب والجدة على المال، لأن (ولاية المال لا تبني على الشفقة وحدها، وإنما مدارها على كمال النظر والقوة والخبرة في شئون المال).³⁷
- وبالنسبة للحضانة، اتفق الفقهاء على أن الحضانة الأصلية تكون للأم، مستثنين في ذلك إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: { أنت أحق به ما لم تنكحي }³⁸، واتفق الفقهاء على أنه إذا لم تكن الأم أهلا للحضانة تنقل إلى أم الأم، واختلفوا فيمن يلي الجدة للأم.³⁹
- وبخصوص شروط الولي، اتفقت المذاهب الأربعة على أنه يشترط في الولي:
- 1- الإسلام: لا ولاية لكافر على مسلم ولو كان أباً، واستند فقهاء الشريعة الغراء في ذلك إلى قوله تعالى {ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا}⁴⁰، وهي صيغة حصر فلا يتولى المسلم غير المسلم.⁴¹
- وبالتالي ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي، عند تفسيره النص القانوني، من جواز ولاية الكافر على المسلم يخالف إجماع فقهاء الشريعة الغراء، واستدلال القرار بالشرعية غير صحيح ونقل قول خليل تحريف ويحمل مغالطة، لأن خليل رحمه الله أثبت الحضانة للأم بشرط الإسلام، ونقل الشيخ سحنون قول الإمام مالك يرحمه الله: (النصراني غير عدل).⁴²
- 2- العقل والبلوغ: يجب أن يكون الولي رشيدا فلا تثبت الولاية للمجنون ولا للصغير⁴³، وهو ما يقابل الأهلية الكاملة وخلوها من العوارض في القانون الوضعي.

3- القدرة على الرعاية: ويقصد بها القدرة البدنية، فلا تسند الولاية لشخص عاجز عن القيام بأمور المولى عليه بسبب ضعف قوته أو قلة خبرته و ممارسته، فالعبرة بالقدرة على القيام بما يتعلق بالمولى عليه ولو كان الولي أعمى.⁴⁴

4- العدالة: اشترط المالكية والشافعية والمشهور عند الحنابلة وفي رواية عن الحنفية، العدالة في الولي،⁴⁵ وبالنسبة للشافعية (قال العراقيون لابد من العدالة الظاهرة، وفي اشتراط العدالة الباطنة وجهان: قال النووي ينبغي أن يكون أرجحهما عدم الوجوب)⁴⁶، فمن كان فاسقا أو خائنا أو متهما بما يخل بالأمانة لا ولاية له، والمراد بالعدالة لدى المالكية الستر وليس هي الصفة المشتركة في الشهادة، لأنهم يرون أن الفقر تضعف معه الأمانة وتقوى معه تهمة خيانة المال،⁴⁷ ويكفي ظاهر العدالة عند الحنابلة⁴⁸.

المطلب الثاني: النطاق الموضوعي للولاية

المقصود بالنطاق الموضوعي الأعمال المادية والقانونية محل الولاية، وبالمنهجية نفسها نعرض لتصرفات الولي في قانون الأسرة (الفرع الأول) ثم لتصرفاته في الفقه الإسلامي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تصرفات الولي في قانون الأسرة

تنص المادة 88 ق. أ: (على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسئولا طبقا لمقتضيات القانون العام. وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:...)، مما يجعل تصرفات الولي لا تخرج عن أحد نوعين:

1- أعمال تخضع لإذن القضاء:

أوردتها نص المادة 88 ق. أ على سبيل الحصر وهي: (1- بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة. 2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة. 3- استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة 4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد)، وصدر حكم عن محكمة سعيدة أيده المجلس، قضى بالمصادقة على تقرير الخبير المتضمن تقسيم عقار من بين ملاكه قصر، دون أن يسبق طلب قسمة العقار الحصول على إذن من القاضي بذلك، وعند الطعن أمام المحكمة العليا، صدر قرارها بنقض القرار على أساس أن (الطاعنة لم تطلب الإذن من المحكمة لتقييم الدعوى ضد المطعون ضدهم، كما أنها قامت بقسمة العقار دون أن تأخذ إذنا من المحكمة لذلك فإن الإجراءات التي قامت بها كلها باطلة، وأن الخبرة التي قام بها الخبير باطلة، وعليه يجب أن تستأنف الإجراءات من جديد بعد أن تحصل الأم على الإذن الواجب من المحكمة)⁴⁹.

وتفرض المادة 89 ق. أ على القاضي (أن يراعي في الإذن: حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني).

ويلحظ أن نص المادة 89 باللغة الوطنية جاء مخالفا لمقابله باللغة الأجنبية، حيث قصر النص البيع بالمزاد العلني على العقار، فيما النص المقابل جعل البيع بالمزاد عاما وليس خاصا بالعقار وحده (la vent ait lieu aux enchères publique)، والواقع العملي يكشف أن النص باللغة الأجنبية هو

الصحيح على اعتبار أن المنقولات ذات القيمة، مثل السيارات، يخضع بيعها لإذن القضاء والذي يفرض إجراء مزادا بذلك.

وبالتالي سمح القانون للولي استثمار أموال القاصر والتصرف فيه بالبيع والإيجار والإقراض، بشرط الحصول على إذن القضاء.

2- أعمال تقديرية: بما أن الأعمال التي يشترط القانون فيها على الولي الحصول على إذن، جاءت على سبيل الحصر، فإنه بمفهوم المخالفة كل ما سواها يمكن للولي القيام به لا يقيد في ذلك سوى معيار الرجل الحريص، أي أن الأصل في أعمال الولي، المنصبة على أموال المولى عليه، هو السلطة التقديرية للولي.

ويلاحظ اختلافا في استعمال المصطلحات بين النص باللغة العربية والنص المقابل باللغة الأجنبية في المادة 88 ق. أ، حيث استعمل الأول مصطلح (يتصرف) فيما قابله مصطلح (gérer) أي يدير، فمن الأصح ؟

الراجح أن المصطلح الوارد في النص باللغة الأجنبية هو الأصح لأن (الأصل في الولي أنه لا يتصرف في أموال المولى عليه، وإنما يقوم بإدارتها) لمصلحته، ويؤكد ذلك استعمال مصطلح (إدارة في النصوص الإجرائية الخاصة بإدارة أموال المولى عليهم)⁵⁰.

ومن الأعمال التقديرية، سلطة إجازة تصرفات المولى عليه القاصر، والتي تدور بين النفع والضرر، حسبما تنص عليه المادة 83 ق. أ، ويلاحظ بخصوص هذه المادة أنها نصت على التصرف الموقوف، وهو نوع غير معروف في القانون المدني وتختلف أحكامه عن التصرف القابل للإبطال، فرغم أن كليهما تقع عليه الإجازة، إلا أن التصرف الموقوف لا يرتب آثاره إلى حين إجازته بعكس التصرف القابل للإبطال الذي هو تصرف صحيح مرتب لآثاره ويقتصر دور الإجازة على تأكيد صحته وإزالة خطر إبطاله.

وبالنسبة للنفقة تنص المادة 74 ق. أ على أنه (تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال)، أما استعمال أو استغلال الولي من مال المولى عليه لنفسه، فلم يرد نص خاص بحكمه في قانون الأسرة وبالتالي يطبق الحكم العام الوارد في نص المادة 77: (تجب نفقة الأصول على الفروع، والفروع على الأصول، حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث)، كما يمكن تطبيق النصوص المنظمة لحق الانتفاع وخصوصا نص المادة 1/847 ق. م التي توجب (على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها وبحسب ما أعد له وأن يديره إدارة حسنة).

وقيد نص المادة 90 ق. أ تصرفات الولي بشرط عدم تعارض مصالحه مع مصالح القاصر، وفي حالة التعارض (يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة).

الفرع الثاني: تصرفات الولي في الفقه الإسلامي

أجاز فقهاء الشريعة الغراء للولي استثمار أموال القاصر بالتجارة، بهدف تنمية أمواله، مستثنين

في ذلك إلى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: {ألا من ولي يتيما له مال فليتجر فيه ولا يتركه حتى تأكله الصدقة}^{51، 52} ويرى الشافعية أن تصرفات الولي في أموال القاصر تقوم على (النظر والاحتياط، ولا يتصرف إلا فيما فيه حظ واغتباط)⁵³، أي تقتصر على ما فيه مصلحته وإلا لا يصح مثل الهبة والمحابة، ويجوز للولي أن يتاجر بأموال القاصر لأن (الولي مندوب إلى أن يثمر ماله من يلي عليه، والتجارة من أقوى الأسباب في تمييز المال فكان الولي بها أولى)⁵⁴، ولا يبيع عقار القاصر إلا في حالتي (الحاجة والغبطة)⁵⁵، أي حالة (أن يفتقر إلى النفقة وليس له مال غيره ولا يجد من يقرضه)⁵⁶، وحالة أن يكون في بيعه منفعة بحيث يباع بأكثر من ثمنه ويشترى ببعض الثمن مثله.⁵⁷

ولا يجوز، عند الشافعية، للولي أن يبتاع مال المولى لنفسه إلا الأب والجد (لأنهما لا يتهمان في ذلك لكمال شفقتهم)، ولا يجوز للولي الأكل من مال اليتيم إلا إذا كان فقيرا.⁵⁸

ويربط المالكية تصرفات الولي في أموال المولى عليه بما (تقتضيه المصلحة) (يكون له الإجازة والرد في التصرفات المالية التي خرجت عن عوض، وأما التبرعات فيتعين عليه ردها)⁵⁹، ويرى المالكية أنه إذا كان (الولي الأب وله البيع مطلقا، وإن لم يذكر سببه)⁶⁰، أي (كان عقارا أو غيره)⁶¹، (ولو باع من نفسه.. ولا اعتراض فيه للابن إذا رشد)⁶²، أما بيع العقار من الولي غير الأب (قال مالك لهذا وجوه أما الدار التي لا يكون في غلتها ما يحملهم وليس لهم مال ينفق عليهم منه فتباع ولا أرى بذلك بأسا أو يرغب فيها فيعطى الثمن الذي يرى أن ذلك له غبطة مثل الملك يجاوره فيحتاج إليه فيثمنه وما أشبه ذلك فلا أرى بذلك بأسا، وأما على غير ذلك فلا أرى ذلك)⁶³، ولا يجيز المالكية للولي الأكل من مال المولى عليه إلا إذا كان الولي فقيرا وذلك بـ(أجرة مثله)⁶⁴.

ويرى الحنابلة أن يتصرف الولي في أموال القاصر (بالأحظ)⁶⁵ أي على وجه الحفظ والمصلحة، مثل احتياج المولى عليه أو أن يخاف هلاك عقاره، فالعقار خصوصا لا يمكن بيعه إلا لغبطة⁶⁶ أو لضرورة كالاحتياج إلى (نفقة أو قضاء دين أو ما لا بد منه)، ويمكن بيع باقي أمواله بشرط أن يكون بثمن المثل، ويمكنه التجارة بمال القاصر ويكون الربح كله للقاصر، أما إن تبرع أو حابى بأن اشترى بزيادة أو باع بنقصان أو زاد على النفقة اعتبر مفرطا فيضمن.⁶⁷

ولا يجوز في المشهور عند الحنابلة للولي أن يأكل من مال القاصر إلا (مع فقره وحاجته)⁶⁸، باستثناء الأب الذي (يجوز له الأكل مع الحاجة وعدمها في الحكم، ولا يلزمه العوض)⁶⁹، ولا يصح للولي - غير الأب - أن يشتري لنفسه من مال القاصر أو يبيع له.⁷⁰

ويشترط الحنفية في تصرفات الولي أن لا تكون من التصرفات الضارة بالمولى عليه، مستثنين في ذلك إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: {لا ضرر ولا ضرار}⁷¹، فلا تجوز فيها الهبة ولا الصدقة ولا الوصية ولا حتى القرض.⁷²

ويذهب الحنفية إلى أن (الأب أو الجد إذا اشترى مال الصغير لنفسه أو باع مال نفسه من الصغير بمثل قيمته أو بأقل جاز)، وخالفهم زفر الذي يرى (بأنه لا يجوز ذلك، لأن حقوق العقد تتعلق

بالعاقدين فلا يجوز أن يتعلق به حكمان متضادان، ولأنه لا يجوز أن يكون موجبا وقابل في عقد واحد).⁷³ ويذهب الحنفية إلى عدم جواز بيع عقار المولى عليه (إلا إذا كان خيرا للصغير، بأن باع بضعة قيمته).⁷⁴

وبخصوص النفقة، يرى الحنفية أنه يجب على الابن أن ينفق على أبيه في حالة واحدة وهي أن يكون فقيرا ولا يقدر على الكسب، أما إن كان فقيرا وسليما فلا تجب النفقة عليه (لأنه يمكنه السعي للكسب والنفقة على نفسه).⁷⁵

وبالتالي اتفقت أحكام قانون الأسرة مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من ربط التصرفات محل الولاية بمصلحة المولى عليه.

المبحث الثاني: تأصيل أحكام الوصاية

بالمناهجية نفسها نعرض للنطاق الشخصي للوصاية (المطلب الأول) ثم لنطاقها الموضوعي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: النطاق الشخصي للوصاية

نعرض للأوصياء في قانون الأسرة (الفرع الأول) ثم للأوصياء في الفقه الإسلامي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأوصياء في قانون الأسرة

الولاية أقوى من الوصاية على اعتبار أن الأولى تقوم بقوة القانون وتثبت للوالدين وللعصبات، بخلاف الثانية التي يستمد فيها الوصي سلطته من الأب والجد أو القاضي، والولي الأقرب يحجب الأبعد بينما يجوز تعدد الأوصياء، كما أن الولي لا يعزل إلا بسبب شرعي فيما الوصي يمكن للولي أو القاضي عزله، وبالتالي الولاية أعم وأقوى من الوصاية.⁷⁶

ويقصد بالوصاية "العهد إلى من يقوم على من بعده"⁷⁷، فالوصي الشخص الموصى إليه وهو "المأمور بالتصرف بعد الموت"⁷⁸، و الوصاية هي "إثبات تصرف مضاف إلى ما بعد الموت"⁷⁹، وهي خلاف الوصية التي مؤداها (تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع)⁸⁰، فمقتضى الوصاية (التفويض للموصى إليه أن ينوب عن الموصي في التصرف عنه بعد موته، والثاني مقتضاه تمليك الموصى له ما تبرع به الموصي من مال بعد الموت).⁷⁹

وتنص المادة 92 ق. أ على أنه (يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون).

وفي اجتهاد قضائي أيدت المحكمة العليا تفسير قضاة الموضوع لنص المادة 92 ق. أ فقررت أنه: (بمفهوم المادة 92 من قانون الأسرة.. الولد القاصر -الذي- ليس له أم ولا أب وبحكم القانون يصبح الجد هو الوصي بحكم المادة المذكورة)⁸¹، وهذه قراءة خاطئة من المحكمة العليا لنص المادة 92، فالمادة نصت صراحة على أنه (يجوز للأب أو الجد تعيين)، فهي خولتهم صلاحية التعيين ولم تعينهما بحد

ذاتهما كوصي.

ومنحت المادة 92 ق. أ سلطة اختيار الوصي للقاضي عند تعدد الأوصياء، وهذا يكشف أن الموصي يمكن أن يوصي لأكثر من شخص، وبالتالي القاضي هو من يحدد الأصلح منهم. وحدد نص المادة 93 ق. أ شروط الوصي، فأوجب (أن يكون مسلماً، عاقلاً، بالغاً، قادراً، أميناً، حسن التصرف).

وبلاحظ أن قانون الأسرة لم ينص على أهلية الجد للولاية، بعكس الوصاية، فهل يعني ذلك أن الجد يمكن أن يكون ولياً رغم عدم النص عليه صراحة على اعتبار أن الوصاية تثبت لمن له الولاية؟ قد يكون هذا الاستنباط صحيحاً، إلا أنني أرجح أن قانون الأسرة لم يثبت للجد الولاية رغم إثبات الوصاية له، وقد يكون أسقطه دون عمد، إلا أن تعداده للولاية أصالة، وهما الأب ثم الأم، وللولاية في حالة الحضانة يدل على استبعاده الجد، والأكد أن ذلك منتقد.⁸²

الفرع الثاني: الأوصياء في الفقه الإسلامي

بما أن الوصاية هي تفويض للوصي، اختلفت المذاهب الفقهية في ترتيب من له سلطة تعيين الوصي كما يلي:

- 1- بالنسبة للمذهب الحنفي: الأب هو الأحق باختيار الوصي بعد وفاته، ثم وصي الأب لـ (أن وصي الأب بمنزلة الأب في التصرف)، ثم الجد، ثم وصي الجد، فإن لم يكن فالقاضي ثم وصي القاضي.⁸³
 - 2- بالنسبة للمذهب الشافعي: الأب ثم الجد، على اعتبار أن الجد يقوم مقام الأب حياً أو ميتاً (ولا يجوز نصب وصي والجد حي بصفة الولاية)⁸⁴ لأن ولاية الجد مستحقة بالشرع فلا يجوز نقلها عنه بالوصية⁸⁵، ثم لوصي الباقي منهما، ثم القاضي أو من يقيمه.⁸⁶
 - 3- بالنسبة للمذهب المالكي: الأب ثم وصيه، ثم القاضي أو من يقيمه القاضي، وأجاز أصحاب المذهب تولية الأم وصياً على أولادها إذا توافرت ثلاثة شروط:
 - أن يكون المال الموصى فيه قليل حسب العرف،
 - وأن لا يكون للولد وصي من السابق ذكرهم،
 - وأن يكون مال الأولاد موروثة عن الأم.⁸⁷
 - 4- بالنسبة للمذهب الحنبلي: الأب ثم وصيه، ثم القاضي أو من يقيمه القاضي،⁸⁸ هذا هو الراجح عند الحنابلة، إلا أنه توجد رواية ترى أن الأم تلي ولاية ولدها بعد الأب والجد.⁸⁹
- وبالتالي اتفق فقهاء الشريعة الغراء على أن الأب هو الأولي بتعيين الوصي باعتباره صاحب الولاية الأصلية على أولاده، واختلفوا فيمن يلي الأب، وانفرد المالكية بالقول بجواز تولية الأم تعيين وصي على أولادها، لكن بشروط.

أما بخصوص الجد، فإن المالكية والحنابلة لا يرون أن الجد يوصي على ولد ولده لأنهم لا يرون له الولاية،⁹⁰ بعكس الشافعية والحنفية الذين يثبتون له الإيصاء، لأن (له ولادة وتعصياً فأشبه الأب).⁹¹

وبمقارنة ما ورد في قانون الأسرة مع آراء فقهاء الشريعة الغراء نجد أن ترتيب المادة 92 أقرب إلى المذهب الشافعي، بحكم أنهما يثبتان الإيصاء للأب والجد ويشتركان في إبعاد الأم من سلطة تعيين الوصي.

وفي حالة تعدد الأوصياء، يرى الفقهاء أن الأمر لا يخرج عن أحد ثلاث حالات:

- أن يوصى باجتماعهم، يجب في هذه الحالة إجماعهم على التصرف ويبطل التصرف الانفرادي لأي منهم.⁹²

- أن يوصى لكل منهم بالتصرف على انفراد، في هذه الحالة يجوز لكل منهم التصرف على حدة دون اشتراط موافقة الباقيين.⁹³

- أن يوصى لهم على الإطلاق، واختلف العلماء حول هذه الحالة، حيث ذهب الجمهور إلى أنه لا يصح التصرف الانفرادي من أي وصي إلا في الحالات الخاصة⁹⁴، ويرى الحنابلة أنه إذا أوصى إلى اثنين (ومات أحدهما أو جن أو وجد ما يوجب عزله، أقام الحاكم مقامه أمينا لأن الموصي لم يرض بنظر هذا الباقي منهما وحده)⁹⁵، وخالف أبو يوسف مذهبه ورأى أن (فعل أحد الوصيين جائز، كقولهما جميعا)⁹⁶.

ويرى أبوحنيفة يرحمه الله، أنه إذا كانت الوصاية لرجلين وقبلها أحدهما ولم يقبل الآخر، أو مات أحدهما قبل موت الموصي ولم يقبل الآخر، أو مات أحدهما قبل موت الموصي وقبل الآخر، لا ينفرد القابل بالتصرف،⁹⁷ ويرى أنه (لو أوصى ببعض ولده وميراثهم إلى رجل وبقية ولده وميراثهم إلى آخر فهما وصيان في جميع المال والولد)⁹⁸.

ويرى الإمام مالك يرحمه الله، في حالة كان الوصية لاثنتين (لم يجز فعل أحدهما في بيع ولا شراء...حتى يحضر معه صاحبه إلا أن يوكله.. ولا يجوز لهما أن يقتسما المال)⁹⁹، فيما يرى أشهب - وهو من المالكية- أنهما يقتسمانه بالسواء إذا كانا ثقتين، ويرى الشافعية الرأي نفسه لمالك (إذا وصى إلى اثنين مجتمعين لم يكن لأحدهما التفرد)¹⁰⁰، فيما يرى أبو حنيفة أنه (لو أوصى إلى رجلين: فإن أحدهما لا ينفرد بتصرف يحتاج فيه إلى رأي)¹⁰¹ فيما يرى أبو يوسف أنه ينفرد.

المطلب الثاني: النطاق الموضوعي للوصاية

نعرض لأحكام الوصي في قانون الأسرة (الفرع الأول) ثم لأحكام الوصي في الفقه الإسلامي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أحكام الوصي في قانون الأسرة

تنص المادة 95 ق. أ على أنه (للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد 88 و 89 و 90 من هذا القانون)، وحددت المادة 96 ق. أ أسباب انتهاء الوصاية.

وباعتبار الوصاية نيابة شرعية فرض نص المادة 97 ق. أ على الوصي (الذي انتهت مهمته أن

يسلم الأموال التي في عهده ويقدم حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته. وأن يقدم صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء. وفي حالة وفاة الوصي أو لفقه فعلى ورثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر)، ورتبت المادة 98 ق. أ مسئولية الوصي (عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره). وفي دعوى قضائية، طالبت المدعية أختها الذي كان وصيا عليها بعد وفاة الأب، تسليم أموالها التي بعهدته وتقديم حسابا بالمستندات، على أساس أنها بلغت سن الرشد، فدفع أخوها أنه كان فعلا وصيا على أخته إلا أنه اكتسب ملكية أرضها بالتقادم المكتسب، فأقر له قضاة الموضوع بذلك، فطعن المعنية بالنقض وصدر قرار المحكمة العليا الذي ورد في تعليقه: (التقادم في الشريعة الإسلامية لا يسري على حقوق الميراث خاصة أن وضع اليد لم يكن بنية الحيازة وإنما باعتباره وصيا على أخته، وعليه فإن قضاة الموضوع قد خرخوا القانون ومبادئ الشريعة الإسلامية مما يتعين معه نقض القرار المطعون فيه)¹⁰².

الفرع الثاني: أحكام الوصي في الفقه الإسلامي

الوصاية في الفقه الإسلامي هي تصرف قانوني يتم بالإيجاب والقبول، أي أنها عقد، بحيث يصدر من الشخص لفظ يدل على المقصود كقوله: أوصيت إليك بالنظر إلى أولادي، أو فوضت إليك النظر فيهم، أو أقمناك مقامي، ولابد من إضافة عبارة بعد موتي، إلا إذا قال له: أوصيت إليك أو أنت وصي فيهم.¹⁰³

ويجب أن يقتزن هذا الإيجاب بقبول يدل على رضا من وجه إليه، ويكون صريحا أو ضمنيا، أي بالقول أو الفعل، واتفق فقهاء الشريعة على أنه يجوز قبول الوصاية بعد وفاة الموصي، لأنها (نوع وصية فصح قبولها بعد الموت كالوصية له)¹⁰⁴، أما خلال حياة الموصي يرى الجمهور - وهم الحنفية والمالكية والحنابلة وقول لدى الشافعية - بصحته على اعتبار أنه لو لم يصح في حياة الموصي لفات الغرض وهو الوصي الذي اختاره، (ربما لا يقبل، فلا يحصل غرضه، وهو الموصي الذي اختاره)¹⁰⁵، فيما يذهب الشافعية إلى أن القبول لا يصح في حياة الموصي لأنه لم يدخل وقت التصرف فالوصاية لها الحكم نفسه للوصية.¹⁰⁶

ولم يحصر فقهاء الشريعة الغراء تصرفات الوصي، بل صنفوها إلى ثلاثة أقسام، فإذا كان التصرف ضارا ضررا محضا كالتبرع بجزء من مال الموصي به يقع باطلا، أما إذا كان نافعا نفعا محضا كقبول الهبة يقع صحيحا، أما إذا كان دائرا بين النفع والضرر كالتجارة بماله، فالعبرة بمصلحة الموصي به، وبالتالي لم يميز فقهاء الشريعة بين تصرفات الولي والوصي عموما باستثناء حالات معينة تتمثل فيما يلي:

- أجاز الفقهاء شراء الأب الولي لنفسه من مال المولى عليه، واختلفوا في الوصي، فالحنفية والمشهور عن أبي يوسف، أنه يجوز للوصي ذلك بشرط أن يكون للمولى عليه فيه (منفعة ظاهرة)¹⁰⁷، واختلفوا في تقدير الحظ، فقليل نقصان النصف في البيع، والشراء بزيادة نصف الثمن، أما الشافعي وابن حنبل ذهبا

إلى أنه لا يجوز للوصي أن يشتري من مال الموصى عليه لنفسه،¹⁰⁸ وهو ما ذهب إليه الإمام مالك الذي أفتى بأن الوصي (لا يشتري لنفسه ولا يشتري له وكيل ولا يدس من يشتري له)¹⁰⁹.

- للأب أن يبيع عقار المولى عليه، بينما لا يجوز للوصي أن يبيع عقار الموصى عليه إلا (لسبب أو بينة)¹¹⁰ مثل (الدين أو خوف هلاكه)¹¹¹ أو (جيران سوء أو لإرادة شريكه بيعا ولا مال له)¹¹²، هذا ما قال به المالكية والحنفية، لأن العقار (محفوظ لا يخشى عليه التلف، ومن أراد تحصين ماله وحفظه صرفه في شراء العقار)،¹¹³ فيما لم يفرق الشافعي بين الولي والوصي، وذهب الحنابلة إلى أنه لا يجوز بيع عقاره لغير حاجة (لأننا نأمره بالشراء لما فيه من الحظ فيكون بيعه تقويتا للحظ فإن احتيج إلى بيعه جاز).¹¹⁴

- إذا ادعى المولى عليه بعد البلوغ أن الولي باع ماله من غير مصلحة، يصدق الولي باليمين وعلى المولى عليه تقديم البينة، أما إن كان ادعاؤه في مواجهة الوصي فالعكس، أي هو المصدق باليمين وعلى الوصي البينة.¹¹⁵

ويطرح التساؤل: هل يمكن للولي أو الوصي طلب مقابل عن مهمته ؟

اتفق العلماء على أن الأب والأم والجد يمكنهم أخذ مقابل عن عملهم لمصلحة الولي أو الوصي، أما إذا كان الولي هو الحاكم فلا يستحق شيئا لأن ذلك مما يقتضيه عمله، أما وصي الميت أو من يعينه القاضي إذا اشترط مقابلا لمهمته فله ذلك على أن لا يتجاوز أجره المثل، واختلف الفقهاء حول من يقبل الوصاية دون أن يفرض له شيء، فأغلب الفقه ومنهم الشافعي وأحمد يذهبون إلى أنه يجوز له أخذ أقل الأمرين من أجرته أو قدر كفايته بشرط أن يكون محتاجا، فيما يرى الإمام مالك أنه يجوز للوصي الانتفاع فقط، أي الأكل من غير أعيان الأموال وأصولها، كشرب لبن الدابة وأكل الثمرة، ورأي ثالث للأحناف يذهب إلى أنه لا يجوز للوصي الأخذ من مال الموصى عليه مقابل عمله مطلقا غنيا كان أو فقيرا ولا يفرض غيره مستدلين بحديث الرسول عليه الصلاة والسلام الذي جعل أكل مال اليتيم من السبع الموبقات (ولم يخصص فيه حالا من غيرها)، فيما يرى الحنفكي، وهو من الأحناف، أن (للوصي الأكل والركوب قدر الحاجة).¹¹⁶

الخاتمة:

من خلال البحث نصل إلى عدة نتائج أبرزها ما يلي:

- اتفقت آراء فقهاء الشريعة الغراء على أن الولاية على المال تكون أصالة للأب، وهو ما تبناه قانون الأسرة، بيد أنهم اختلفوا في ترتيب الولي بعد الأب لكنهم أجمعوا على أن الأم لا تدخل في من يتولى عديم أو ناقص الأهلية، وهو ما خالفهم فيه قانون الأسرة الذي جعل الأم في المرتبة الثانية بعد الأب.
- قانون الأسرة وإن منح الولاية للأم بعد الأب، إلا أنه لم يساوي بينهما في ذلك، لأنه اشترط لانتقال الولاية للأم وفاة الأب أو طلاقه وإسناد القضاء الحضانة للأم، أما حال حياته فحتى إن غاب فإن نطاق ولاية الأم لا يتعد الحالات الاستعجالية.
- ناقض قانون الأسرة نفسه عندما نقل الولاية للأم كاملة حال الطلاق، رغم أنه نص سابقا أن ولايتها

- حال حياة الأب تكون مؤقتة ومحدودة بالأمور الاستعجالية.
- وجد رأي شاذ للاصطخري وهو من الشافعية، وقول لدى الحنابلة يجيز ولاية الأم، ولا يتصور أن واضع تقنين الأسرة اقتنع بهذا الرأي الشاذ وخالف ما أجمع عليه الفقه الشرعي، الأمر الذي جعل كثيرا من الباحثين يرجحون أن ما أملى عليه إسناد الولاية للأم عامل آخر، يتمثل في تأثير الجمعيات النسوية التحررية والمعاهدات الدولية التي انضمت إليها الجزائر¹¹⁷.
- لم يثبت قانون الأسرة الولاية للجد، وهو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة، لكن قانون الأسرة أثبت له الوصاية بخلاف المالكية والحنابلة، وبالتالي لا يمكن القول أنه أسقط عن الجد الولاية تأصيلا للمسألة عن المذهبين المالكي والحنبلي، لأن المذهبين يقران بأن الولاية أولى من الوصاية، فمن لم تثبت له الولاية فمن باب أولى الوصاية.
- أغفل قانون الأسرة ذكر الحكم في حالة فقد الأب أهليته بالحجر عليه أو عجزه أو بإسقاط الولاية عنه، ورغم أن الحل المذكور لدى الفقه الإسلامي، فكان الأولى النص عليه.
- أغفل قانون الأسرة ذكر شروط الولي وأورد شروط الوصي، رغم أن الولاية أقوى من الوصاية، وهذا أمر منتقد، ومن آثاره صدور اجتهادات قضائية قررت أنه يمكن لغير المسلم أن يكون وليا على المسلم! وهذا يخالف إجماع فقهاء الشريعة الإسلامية.
- مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وبالتالي الولاية، وليس الترتيب الوارد في نص المادة 64 ق. أ، فهو مجرد تعداد وليس على سبيل الإلزام، وبالتالي خالف قانون الأسرة ما أجمع عليه الفقه الإسلامي من ترتيب أصحاب الحضانة بدءا بالأم ثم الجدة لأم وهلم جرا..
- وجود اختلاف بين ما ورد في نصوص قانون الأسرة باللغة الوطنية وما يقابلها باللغة الأجنبية، ومن ذلك المواد 88 و 89 و 91.
- وجود أحكام متناقضة بين قانون الأسرة والقانون المدني، ومن ذلك المادتان 43 ق. م و 85 ق. أ والمادتان 42 ق. م و 81 ق. أ.
- قيد فقهاء الشريعة الغراء تصرفات الولي في أموال المولى عليه بما فيه مصلحته، وهو ما أخذ به قانون الأسرة.
- وبالمحصلة:** تأصيل النصوص المنظمة للنيابة الشرعية في قانون الأسرة تكشف أنه لم يعتمد واضعوها على مذهب معين استقوا منه أحكامها، ولم يتم اللجوء إلى معيار محدد لتبني أحكام النيابة الشرعية، مما يدل على أن نصوص قانون الأسرة المنظمة للنيابة الشرعية أخذ بعضها من الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه، وتم الاجتهاد في الباقي من طرف واضعي التشريع، دون التقيد بضابط شرعي أو معيار محدد، أي أنهم خرجوا عن دائرة المذاهب الفقهية كلها، والأجدر - مادام أن قانون الأسرة ينسب إلى الشريعة الغراء - أن يكون اجتهادهم ضمن حدودها، يقول المثل العربي: كن يهوديا صرفا أو لا تلعب بالتوراة.

الهوامش:

1. عبد العزيز مرابط. اعتبار شرط الأخلاق في الولي على القاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري. مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية . المجلد 12 العدد 3. 2018. ص 400.
2. عبد العزيز مرابط. المرجع السابق. ص 400.
3. الآية 6 من سورة النساء.
4. ق. أ اختصار لـ قانون الأسرة، وهو القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 1984/06/09 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27.
- ولن نعرض للحجر وحالة المفقود والغائب والكفالة رغم أنهم يندرجون ضمن النيابة الشرعية على اعتبار أن أحكامهم هي نفسها والاختلاف في شروط قيام الحالة فحسب.
5. وارتى غنية. ولاية المرأة على أموال القصر في ضوء قانون الأسرة. مجلة بحوث. العدد 11- الجزء الأول. ص 29.
6. ق. م اختصار لـ القانون المدني، وهو القانون الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق 1975/09/26 المعدل والمتمم.
7. وارتى غنية. المرجع السابق. ص 38.
8. ملف رقم 187692 قرار بتاريخ 1997/12/23. المجلة القضائية العدد 01 السنة 1997. ص 53.
9. ملف رقم 184712 قرار بتاريخ 1998/03/17. المجلة القضائية العدد 2 السنة 1998. ص 89.
10. ملف رقم 364850 قرار بتاريخ 2006/05/17. مجلة المحكمة العليا العدد 02 السنة 2007. ص 437.
11. ملف رقم 424292 قرار بتاريخ 2008/02/13. مجلة المحكمة العليا العدد 01 السنة 2008. ص 267.
12. ملف رقم 497457 قرار بتاريخ 2009/05/13. مجلة المحكمة العليا العدد 01 السنة 2009. ص 297.
13. جاء في نص المادة 91 باللغة الوطنية (3- بالحجر عليه)، وجاء في النص المقابل باللغة الأجنبية (par son interdiction judiciaire ou légale).
15. ملف رقم 33921 قرار بتاريخ 1984/07/09. المجلة القضائية العدد 04 السنة 1989. ص 76.
16. ملف رقم 52221 قرار بتاريخ 1989/03/13. المجلة القضائية العدد الأول السنة 1993. ص 48.
17. شمس الدين محمد بن عبد الله بن تمرناش الحنفي. تنوير الأبصار وجامع البحار. المكتبة النبوية مصر. الطبعة الأولى 1332 هـ. ص 58.
18. وهبة الزحيلي. الفقه الحنبلي الميسر بأدلته وتطبيقاته المعاصرة. الجزء الثاني. دار القلم دمشق. الطبعة الأولى 1418. ص 384.
19. أبو بكر الرازي الجصاص. شرح مختصر الطحاوي. المجلد الثالث. دار البشائر الإسلامية. بيروت. الطبعة الأولى 2010. ص 184 وما يليها، و محمد عرفة الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. الجزء الثالث. دار إحياء الكتب العربية. ص 292.
20. يقصد بوصي الأب: من يعينه الأب.
21. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. الجزء السادس. دار

- الكتب العلمية بيروت. الطبعة الثانية 2003. ص 589، وعبد الرحمن الجزيري. الفقه على المذاهب الأربعة. الجزء الثاني. دار الكتب العلمية بيروت. الطبعة الثانية 2003. ص 317، ومحمد النمي. الولاية على المال. مطبعة الملك فهد. الرياض. الطبعة الأولى 1433. ص 64.
22. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي. المصدر السابق. ص 590.
23. أبو إسحاق الشيرازي. المذهب في فقه الإمام الشافعي. الجزء الثالث. دار القلم دمشق. الطبعة الأولى 1996. ص 272.
24. أبو القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني. المحرر في فقه الإمام الشافعي. المجلد الأول. دار السلام القاهرة. الطبعة الأولى 2013. ص 598.
25. أبو القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني. المصدر السابق. ص 598، ووهبة الزحيلي. الفقه الشافعي الميسر. الجزء الأول. دار الفكر دمشق. 2008. ص 575 و 576.
26. وهبة الزحيلي. الفقه المالكي الميسر. الجزء الثالث. دار الكلم الطيب دمشق. 2010. ص 299.
27. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. الجزء الثالث. دار المعرفة بيروت. الطبعة الأولى 1997. ص 98، وأبو إسحاق الشيرازي. المصدر السابق. ص 272، وأبو القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني. المصدر السابق. ص 598، وحافظ محمد أنور. ولاية المرأة في الفقه الإسلامي. دار بلنسية الرياض. الطبعة الأولى 1420. ص 651.
28. خليل بن إسحاق المالكي. مختصر العلامة خليل. دار الحديث القاهرة. طبعة 2005. ص 172، وأبو بكر بن حسن الكشناوي. أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك. المجلد الثالث. دار الفكر بيروت. الطبعة الثانية. ص 3.
29. خليل بن إسحاق الجندي المالكي. التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب. المجلد الخامس. دار ابن حزم بيروت. الطبعة الأولى 2012. ص 19.
30. محمد عرفة الدسوقي. المصدر السابق. ص 292، ووهبة الزحيلي. الفقه المالكي. المرجع السابق. ص 298.
31. سحنون بن سعيد التتوخي. المدونة الكبرى. المجلد الخامس عشر. إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف المملكة العربية السعودية. ص 17.
32. منصور بن يونس البهوتي. كشف القناع عن متن الإقناع. الجزء الثالث. عالم الكتب بيروت. طبعة 1983. ص 446، وعلي بن سليمان المرزبادي. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف. الجزء الأول. بين الأفكار الدولية لبنان. 2004. ص 920، و أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي. المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل. مكتبة السوادي جدة. الطبعة الأولى 2000. ص 189، وموسى بن أحمد الحجاوي. زاد المستتقع في اختصار المقنع. دار ابن الجوزي الدمام. الطبعة الثانية 1428هـ. ص 224، و وهبة الزحيلي. الفقه الحنبلي. المرجع السابق. ص 385.
33. أبو محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة. المغني. الجزء السابع. دار الكتاب العربي. ص 346، ووهبة الزحيلي. الفقه الحنبلي. المرجع نفسه. ص 385 و 386.
34. أبو محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة. المغني. المصدر السابق. ص 355، ومنصور بن يونس البهوتي.

- المصدر السابق. ص 446 و 447، و وهبة الزحيلي. الفقه الحنبلي. المرجع نفسه. ص 385.
35. منصور بن يونس البهوتي. المصدر نفسه. ص 447.
36. منصور بن يونس البهوتي. المصدر نفسه. ص 447، ومحمد النمي. المرجع السابق. ص 67.
37. رواه أبو داود في سننه: حدثنا محمود بن خالد السلمي، حدثنا الوليد، عن أبي عمرو - يعني الأوزاعي - حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو، أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: {أنت أحق به مالم تتكحي}. أبو داود سليمان الأشعث السجستاني. سنن أبي داود. الجزء الثالث. دار الرسالة العالمية. بيروت. طبعة 2009. ص 588.
38. أبو بكر الرازي الجصاص. المصدر السابق. المجلد الخامس. ص 322، ومحمد أمين الشهير بابن عابدين. رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار. الجزء الخامس. دار عالم الكتب الرياض. طبعة 2003. ص 253، وعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي. المصدر السابق. ص 205 و 206، وأبو عبد الله محمد الخرشي. شرح المختصر الجليل للإمام خليل. الجزء الرابع. المطبعة الكبرى الأميرية. بولاق مصر. الطبعة الثانية 1317هـ. ص 208 و 209، وعبد العزيز مرابط. المرجع السابق. ص 402 و 403.
38. الآية 141 من سورة النساء.
39. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني. المصدر نفسه. ص 585، ومنصور بن يونس البهوتي. المصدر نفسه. ص 447، وشمس الدين السرخسي. المبسوط. الجزء الثامن والعشرين. دار المعرفة بيروت. ص 25، وأبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي. الإقناع في فقه الشافعي. دار إحسان للنشر والتوزيع طهران. الطبعة الأولى 1420هـ. ص 133، وأبو إسحاق الشيرازي. المصدر السابق. ص 753، ووارتي غنية. المرجع السابق. ص 36، ووهبة الزحيلي. الفقه المالكي الميسر. المرجع السابق. ص 326.
40. سحنون بن سعيد التتوخي. المصدر السابق. ص 19.
41. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي. المصدر السابق. ص 584 و 585، ومنصور بن يونس البهوتي. المصدر السابق. ص 446، وأبو إسحاق الشيرازي. المصدر نفسه. ص 753.
42. أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني. الجزء الثاني. دار الكتب العلمية بيروت. الطبعة الأولى 1997. ص 222، ووارتي غنية. المرجع السابق. ص 37.
43. سحنون بن سعيد التتوخي. المصدر نفسه. ص 18، أبو إسحاق الشيرازي. المصدر نفسه. ص 753، وعبد العزيز مرابط. المرجع السابق. ص 409 و 410.
44. أبو بكر بن محمد الحسيني الحصني الدمشقي. كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار. دار الخير بيروت. الطبعة الأولى 1991. ص 258.
45. واري غنية. المرجع نفسه. ص 37.
46. منصور بن يونس البهوتي. المصدر نفسه. ص 446.
47. ملف رقم 51282 قرار بتاريخ 19/12/1988. المجلة القضائية العدد الثاني 1991. ص 63.
48. واري غنية. المرجع السابق. ص 39.

49. رواه الترمذي: أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي. الجامع الكبير. المجلد الثاني. دار الغرب الإسلامي بيروت. الطبعة الأولى 1996. ص 25.
50. أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة. المغني. المصدر السابق. الجزء الرابع. ص 293، وأبو إسحاق الشيرازي. المصدر السابق. ص 273، و علي بن سليمان المردادي. المصدر السابق. ص 920.
51. أبو إسحاق الشيرازي. المصدر نفسه. ص 272، وأبو القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني. المصدر السابق. ص 598.
52. أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي. الحاوي الكبير. الجزء الخامس. دار الكتب العلمية بيروت. الطبعة الأولى 1994. ص 362.
53. أبو القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني. المصدر نفسه. ص 598، وأبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي. الحاوي الكبير. المصدر السابق. ص 366.
54. أبو إسحاق الشيرازي. المصدر السابق. ص 273.
55. أبو إسحاق الشيرازي. المصدر نفسه. ص 273، ووهبة الزحيلي. الفقه الشافعي. المرجع السابق. ص 576.
56. أبو إسحاق الشيرازي. المصدر نفسه. ص 277 و 278، وأبو بكر بن حسن الكشناوي. المصدر السابق. ص 7.
57. أبو عبد الله الخطاب الرعيني. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل. الجزء السادس. دار عالم الكتب. ص 636، و أبو بكر بن حسن الكشناوي. المصدر نفسه. ص 7.
58. خليل بن اسحاق المالكي. المصدر السابق. ص 172، وأحمد بن محمد بن أحمد الددير. أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك. مكتبة أيوب. كانوا. طبعة 2000. ص 105، وعبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري. شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل. الجزء الخامس. دار الكتب العلمية بيروت. الطبعة الأولى 2002. ص 534.
59. محمد عرفة الدسوقي. المصدر السابق. ص 299.
60. فيما يرى مطرف وعبد الملك بن الماجشون أن (ما باع الأب أو رهن من متاع ولده لنفسه فهو مردود). أبو عبد الله الخطاب الرعيني. المصدر السابق. ص 649.
61. سحنون بن سعيد التتوخي. المصدر السابق. ص 20.
62. أبو بكر بن حسن الكشناوي. المصدر نفسه. ص 7.
63. موسى بن أحمد الحجاوي. المصدر السابق ص 225، ومنصور بن يونس البهوتي. المصدر السابق. ص 447.
64. قدرها بعض الحنابلة بأن يزداد في ثمن العقار بمقدار الثلث فصاعدا، فيما لم يقيده آخرون بالثلث ولا غيره. يراجع: علي بن سليمان المردادي. المصدر السابق. ص 923 وأبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي. المصدر السابق. ص 190.
65. منصور بن يونس البهوتي. المصدر نفسه. ص 451، و علي بن سليمان المردادي. المصدر نفسه. ص 923، وأبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي. المصدر نفسه. ص 189، ووهبة الزحيلي.

- الفقه الحنبلي. المرجع السابق. ص 387 إلى 389.
66. علي بن سليمان المرادي. المصدر نفسه. ص 925، وأبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي. المصدر نفسه. ص 190، وموسى بن أحمد الحجاوي. المصدر نفسه. ص 225.
67. علي بن سليمان المرادي. المصدر السابق. ص 926.
68. علي بن سليمان المرادي. المصدر نفسه. ص 920، ومنصور بن يونس البهوتي. المصدر السابق. ص 450، وأبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي. المصدر السابق. ص 189.
69. رواه ابن ماجه: أبو عبدالله بن محمد يزيد القزويني. سنن ابن ماجه. الجزء الثاني. دار إحياء الكتب العربية. ص 784.
70. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي. المصدر السابق. ص 585.
71. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي. المصدر نفسه. ص 587 و 588، ومحمد بن علي الحصفكي. الدر المختار في شرح تنوير الأبصار وجامع البحار. دار الكتب العلمية بيروت. الطبعة الأولى 2002. ص 747، ونظام حسن بن منصور الأوزجندي. الفتاوى العالمية المعروفة بالفتاوى الهندية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة. الجزء الثالث. المطبعة الأميرية بولاق. الطبعة الثانية 1310هـ. ص 173 و 174، وأبو المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازه البخاري. المحيط البرهاني. المجلد الثالث والعشرون. المجلس العلمي جوهانسبورج. الطبعة الأولى 2004. ص 20 و 21.
72. أبو المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازه البخاري. المصدر السابق. ص 23.
73. أبو بكر الرازي الجصاص. المصدر السابق. المجلد الثالث. ص 309.
74. فراس وائل طلب أبو شرح. الولاية على المال في الفقه الإسلامي. رسالة ماجستير كلية الدراسات العليا جامعة الخليل. 2008. ص 80.
75. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني. المصدر السابق. ص 52.
76. محمد النمي. المرجع السابق. ص 124. ويطلق لغة مصطلح الوصي على الموصي والموصى له، فهو مصطلح من الأضداد. نقلا عن لسان العرب. المرجع نفسه.
77. محمد النمي. المرجع نفسه. ص 110.
78. تعريف المادة 184 ق. أ، وهو تعريف منتقد من الفقه على أساس أن استعمال عبارة (تمليك) خاطئ، حيث بعض أنواع الوصية لا ينطبق عليها هذا مصطلح مثل الإبراء أو التبرع بأحد أعضاء جسم الإنسان.
79. ملف رقم 363794 قرار بتاريخ 2006/05/17. مجلة المحكمة العليا العدد الثاني 2006. ص 461.
80. لم أجد اجتهادا قضائيا أثبت الولاية للجد، بعكس الوصاية.
81. علاء الدين السمرقندي. تحفة الفقهاء. الجزء الثالث. دار الكتب العلمية بيروت. الطبعة الأولى 1984. ص 220، وأبو بكر الرازي الجصاص. المصدر السابق. المجلد الرابع. ص 195. ونظام حسن بن منصور الأوزجندي. المصدر السابق. ص 177، وعبد العزيز مرابط. المرجع السابق. ص 407.
82. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني. المصدر السابق. ص 100.
83. أبو إسحاق الشيرازي. المصدر السابق. ص 704.

84. عبد العزيز مرابط. المرجع نفسه. ص 407 و 408.
85. أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي. المصدر السابق. ص 222، و خليل بن إسحاق الجندي المالكي. التوضيح شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب. المجلد الثامن. مركز نجيبويه بيروت. طبعة 2008. ص 552.
86. عبد العزيز مرابط. المرجع نفسه. ص 407 و 408.
87. حافظ محمد أنور. المرجع السابق. ص 661.
88. أبو عبدالله الحطاب الرعيني. المصدر السابق. ص 649. وكتب الشيخ سحنون: (.لم يجز ذلك ألا ترى أنه لا ينكح الأبكار من بنات ابنه حتى يبلغن ويرضين ولا يلزم الجد نفقة أحد من ولد ابنه ذكرًا كان أو أنثى ولا يلزم ذلك الولد نفقة جدهم، فإذا كان لا يملك بعضهم بعضًا صغارًا كانوا أو كبارًا فليس له أن يوصي بهم إلى أحد وإن كانوا هم وراثته). سحنون بن سعيد التنوخي. المصدر السابق. ص 17، و خليل بن إسحاق الجندي المالكي. التوضيح. الجزء الخامس. المصدر السابق. ص 552.
89. أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة. المغني. المصدر السابق. الجزء السادس. ص 574. ص 597، وعلاء الدين السمرقندي. المصدر السابق. ص 220.
90. أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي. مجمع الضمانات. دار السلام القاهرة. الطبعة الأولى 1999. ص 834، و أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر النمري القرطبي. الكافي في فقه أهل المدينة المالكي. مكتبة الرياض الحديثة الرياض. الطبعة الأولى 1978. ص 1031، و محمد عرفة الدسوقي. المصدر السابق. ص 453، و أبو إسحاق الشيرازي. المصدر السابق. ص 755.
91. سحنون بن سعيد التنوخي. المصدر السابق. ص 18، و محمد بن علي الحصفكي. المصدر السابق. ص 746.
92. وهي حالات يضر فيها التأخير، ك شراء كفن الميت أو قبول الهبة، وبيع ما يخشى عليه التلف، و شراء ما لا بد من للصغار من الطعام والكسوة، ورد الودائع: أبو بكر الرازي الجصاص. المصدر السابق. المجلد الرابع. ص 186، وأبو المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازة البخاري. المصدر السابق. ص 73، و خليل بن إسحاق الجندي المالكي. التوضيح الجزء الخامس. المصدر السابق. ص 559، و محمد النمي. المرجع السابق. ص 135.
93. أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة. المصدر السابق. الجزء السادس. ص 575.
94. أبو بكر الرازي الجصاص. المصدر نفسه. المجلد الرابع. ص 187.
95. أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي. المصدر السابق. ص 844 و 845.
96. شمس الدين السرخسي. المصدر السابق. ص 28.
97. سحنون بن سعيد التنوخي. المصدر نفسه. ص 19، وأبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي. المصدر السابق. ص 1031.
98. أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي. الإقناع. المصدر السابق. ص 133، وأبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي. المصدر نفسه. ص 1032، وأبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة. المصدر نفسه. الجزء السادس. ص 576، و جمال الدين عبد الرحيم الأسنوي. المهمات في شرح الروضة

- والرافعي. الجزء السادس. دار ابن حزم بيروت. الطبعة الأولى 2009. ص 387. ومحمد النمي. المرجع السابق. ص 137.
99. علاء الدين السمرقندي. المصدر السابق. ص 219.
100. ملف رقم 85520 قرار بتاريخ 1996/11/24. المجلة القضائية العدد 02 السنة 1996. ص 65.
101. أبو إسحاق الشيرازي. المصدر السابق. ص 757، و شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني. المصدر السابق. ص 101، ومحمد النمي. المرجع السابق. ص 115.
102. أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة. المغني. المصدر السابق. الجزء السادس. ص 574.
103. علاء الدين السمرقندي. المصدر السابق. ص 217.
104. أبو بكر الرازي الجصاص. المصدر السابق. المجلد الرابع. ص 191، وشمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني. المصدر السابق. ص 102، وأبو إسحاق الشيرازي. المصدر السابق. ص 758، ومحمد النمي. المرجع السابق. ص 116.
105. أبو المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازة البخاري. المصدر السابق. ص 59.
106. أبو إسحاق الشيرازي. المصدر نفسه. ص 278، وعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي. المصدر السابق. ص 588.
107. وأبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي. المصدر السابق. ص 847، وأحمد بن محمد بن أحمد الدردير. المصدر السابق. ص 105، ومحمد النمي. المرجع نفسه. ص 154.
108. سحنون بن سعيد التتوخي. المصدر السابق. ص 20.
109. أحمد بن محمد بن أحمد الدردير. المصدر السابق. ص 105.
110. محمد بن علي الحصفكي. المصدر السابق. ص 748.
111. أبو عبد الله الحطاب الرعيني. المصدر السابق. ص 658.
112. محمد عرفة الدسوقي. المصدر السابق. ص 299 و 300، و أبو بكر الرازي الجصاص. المصدر نفسه. المجلد الرابع. ص 196، وأبو عبد الله الحطاب الرعيني. المصدر السابق. ص 654، و نظام حسن بن منصور الأوزجندي. المصدر السابق. ص 177.
113. أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة. المغني. المصدر السابق. الجزء الرابع. ص 294، وأبو المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازة البخاري. المصدر السابق. ص 50، ومحمد النمي. المرجع السابق. ص 155.
114. أبو بكر الرازي الجصاص. المصدر السابق. المجلد الرابع. ص 201 إلى 203، وأبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي. المصدر السابق. ص 832، ومحمد بن علي الحصفكي. المصدر السابق. ص 748 إلى 750، و محمد النمي. المرجع السابق. ص 173 إلى 184.
115. وارتني غنية. المرجع السابق. ص 36.

