مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي والعشرون–آيار ٢٠٢٣–شوال ١٤٤٤
ISSN-2536-0027

عقوبة القاصر بين الشريعة والقانون العراقي

عبد الخالق عبد الحميد طوبان
جامعة الفراهيدي/ كلية القانون
toban_٢٠١٥@yahoo.com

ملخص البحث:
إن موضوع القاصر من المواضيع المهمة التييج على طالب الفقه أن يكون على علم بها، والإسلام اهتم اهتماماً بالغاً بالقاصر من حيث تربيته ورعايته ومعاملته معاملة طيبة وضمان حياة كريمة له، حتى يكون عضواً نافعاً في المجتمع.
جاء التركيز في هذا البحث على على مفهوم عقوبة القاصر في الشريعة والقانون العراقي، ثم تناول البحث الأحكام الشرعية على نفس القاصر وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية والقانون الوضعي، وذلك للعمل على علاج المشاكل المتوقعة، ولتفعيل هذه الاجراءات يتعين تخصيص نصوص شرعية وقانونية تتعلق بالقاصر وتقوم على رعايته ووضعه في أيدي أمينة لتحفظه.
ملخص البحث باللغة الإنكليزية:

The issue of the minor is one of the important topics that the student of jurisprudence must be aware of, and Islam has taken great care of the minor in terms of his upbringing, caring for him, treating him well and ensuring a decent life for him, so that he can be a useful member of society.
The focus in this research was on the concept of punishment for a minor in Sharia and Iraqi law, then the research dealt with Sharia rulings on the same minor and their applications in Sharia courts and positive law, in order to work on the treatment of expected problems. And put it in safe hands to keep it.

المبحث الأول
مفهوم العقوبة في الشريعة والقانون

- المطلب الأول: مفهوم العقوبة.
أولاً: تعريف العقوبة لغة.
العقوبة مصدر للفعل (عقب): يقال: (العِقابُ والمُعاقَبة أن تَجْزي الرجلَ بما فَعل سُوءًا، والاسمُ العُقُوبة، وعاقَبه بذنبه مُعاقَبة وعِقَاباً أخَذَه به) [١].
ثانياً: تعريف العقوبة اصطلاحاً.
هي: (جزاء بالضرب أو القطع أو الرجم أو القتل، سمي بها؛ لأنها تتلو الذنب، من تعقبه) [٢].

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي والعشرون–آيار ٢٠٢٣–شوال ١٤٤٤
ISSN-2536-0027

وهي: جزاء فعل محظور أو ترك مأمور[٣]. وهي في حد ذاتها أذى لمن وقع عليه العقاب، وفي الوقت ذاته مصلحة في حق غيره، وإنما يستحق الجاني العقوبة لأنه بفعله المحظور، أو بتركه المأمور يكون مصدر إزعاج وأذى للأمة، فإذا لم ينزل به العقاب تمادى في غيّه، فأكثر في البلاد الفساد، فاستحق العقاب[٤].

والعقوبات الشرعية (كلها ليست مطلوبة لكونها مفاسد بل لكونها المقصودة من شرعها، كقطع السارق، وقطع الطريق، وقتل الجناة، ورجم الزناة وجلدهم وتغريبهم، وكذلك التعزيرات، كل هذه مفاسد أوجبها الشرع لتحصيل ما رتب عليها من المصالح الحقيقة)[٥].

والحدود (زواجر وضعها الله تعالى للردع عن ارتكاب ما حظر، وترك ما أمر به لما في الطمع من مغالبة الشهوات الملهية عن وعيد الآخرة بعاجل اللذة، فجعل الله تعالى من زواجر الحدود ما يردع به ذا الجهالة حذرا من ألم العقوبة، وخيفة من نكال الفضيحة؛ ليكون ما حظر من محارمه ممنوعا، وما أمر به من فروضه متبوعا، فتكون المصلحة أعم والتكليف أتم) [٦].

فالعقوبة تعتبر أداة تهديد، وأما بعد وقوع الجريمة، فتعتبر أداة زجر لعموم الناس، وتأديب لمن وقعت منه الجريمة.

وجاءت كلمة العقوبة في القرآن الكريم مرادفة لكلمة العقاب، قال تعالى: **{أَنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ}** [٧]، وهذا (خبر يتضمن الوعيد. والعقاب مأخوذ من العقِبِ، كأن المعاقب يمشي بالمجازاة له في آثار عَقِبِهِ)[٨].

وقال تعالى: **{ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ }** [٩]، (المراد منه التهديد والوعيد، يعني اتقوا الله ولا تستحلوا شيئاً من محارمه إن الله شديد العقاب، لا يطيق أحد عقابه) [١٠].

ثالثاً: تعريف العقوبة في القانون العراقي.

عرّف أغلب علماء القانون الجنائي **العقوبة في العصر الحديث** بأنها الجزاء الذي يوقع على مرتكب الجريمة لمصلحة المجتمع.

وهي: (النتيجة القانونية المترتبة كجزاء على مخالفة النصوص التجريمية والتي تطبق بإتباع الإجراءات الخاصة بالدعوى الجنائية وبواسطة السلطة القضائية على من ثبتت مسؤوليته عن الجريمة) [١١].

أما في القانون العراقي: (العقوبة هي جزاء وارد بقانون العقوبات، ويوقع على من ارتكب فعلاً أو امتناعاً يعتبره الشارع جريمة من الناحية الجنائية.

والغاية من العقاب: هو حماية مصالح المجتمع من المجرم ومن غيره ممن ينزعون إلى الشر) [١٢].

- المطلب الثاني: أدلة مشروعية العقوبة والحكمة منها.

لقد حرصت الشريعة الإسلامية على مصالح المسلمين، واستقرار أحوالهم، ولذلك كان من الطبيعي أن تشتمل الشريعة على عقوبات تزجر وتردع بها من يرتكبون الجرائم في حق المجتمع ويتسببون في اضطرابه والإضرار به، ولقد تضافرت الأدلة التي تؤكد مشروعية العقوبات في الإسلام سواء في كتاب الله أو في سنّة رسول الله ﷺ، على النحو التالي:

أولاً الأدلة من القرآن الكريم:

١- قال تعالى: **{الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ}**[١٣]، ففي هذه الآية عقوبة كل من الزانية والزاني الغير محصنين الجلد، لما صنع وأتى من معصية الله [١٤].

٢- قال تعالى: **{ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ}** [١٥]، أي: (ومن سرق من رجل أو امرأة فاقطعوا يا ولاة الأمور والقضاة والحكام يده من الكف إلى

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي والعشرون–آيار ٢٠٢٣–شوال ١٤٤٤
ISSN-2536-0027

الرّسغ، لأن السرقة تحصل بالكف مباشرة، والساعد والعضد يحملان الكف كما يحملهما معهما البدن، والتي تقطع أولا هي اليمنى لأن التناول غالبا يكون بها) (١٦).

٣- قال تعالى: **{وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ}** (١٧)، أي: (أن من قذف محصناً أو محصنة بالزنا فقال له: يا زاني أو يا زانية أو زنيت فيجب عليه جلد ثمانين إن كان القاذف حراً وإن كان عبداً يجلد أربعين وإن كان المقذوف غير محصن فعلى القاذف التعزير) (١٨).

فهذا العقاب المترتب على قذف النساء العفيفات الطاهرات، وهو الجلد ثمانين جلدة ، وعدم قبول شهادتهم ، ووصفهم بالفاسقين لهو دليل على شرعية العقوبات، وأنها ما وضعت إلا علاجاً ناجعاً للمخالفين العصاة.

ثانياً: الأدلة على مشروعية العقوبة من السنّة.

١- عن جابر ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: **«كُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ إِنَّ عَلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ عَهْدًا لِمَنْ يَشْرَبُ الْمُسْكِرَ أَنْ يَسْقِيَهُ مِنْ طِينَةِ الْخَبَالِ»**. قالوا يا رسول الله وما طينة الخبال؟، قال ﷺ: **«عَرَقُ أَهْلِ النَّارِ أَوْ عُصَارَةُ أَهْلِ النَّارِ»**(١٩). والحديث واضح في إثبات العقوبة ومشروعيتها في حق من يعتدون على الحرمات.

٢- عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: **«لَعَنَ اللَّهُ السَّارِقَ، يَسْرِقُ الْبَيْضَةَ فَتُقْطَعُ يَدُهُ، وَيَسْرِقُ الْحَبْلَ فَتُقْطَعُ يَدُهُ»**(٢٠). وهنا أيضاً رتب الشارع الحكيم عقوبة السرقة وهي قطع اليد، وهذا يثبت أنه لا عقوبة إلا بعد اقتراف ذنب، مما يؤكد شرعية العقوبة من السنّة الكريمة.

٢- عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال لماعز بن مالك: **(« أَحَقٌّ مَا بَلَغَنِي عَنْكَ »**، قال وما بلغك عني ؟ قال ﷺ: **«بَلَغَنِي أَنَّكَ وَقَعْتَ بِجَارِيَةِ آلِ فُلَانٍ »**، قال: نعم، قال: فشهد أربع شهادات ثم أمر به فرُجِم)(٢١).

ثالثاً: مشروعية العقوبة من المعقول.

فمن حكمته ﷻ أن شرّع العقوبات في الجنايات الواقعة على النفس والأبدان والأموال والأعراض بين الناس بعضهم مع بعض، فأحكم الله تعالى وجوه الزجر الرادعة على هذه الجنايات، وشرعها على أكمل الوجوه المتضمنة لمصلحة الردع والزجر، مع عدم مجاوزة الحد لما يستحقه الجاني(٢٢).

رابعاً: الحكمة من العقوبة:

خلق الله تعالى الإنسان، وزوده بكثير من الشهوات، ووجوه من الطبائع والانفعالات، وركّب فيه أنواعاً من الغرائز والميول والرغبات، ثم أعطاه القدرة والاختيار، وركب فيه العقل، فجاء هذا الإنسان بطبعه مجبولاً على الخير والشر، ورتّب الثواب على الطاعات، والأعمال الصالحات، ورتّب العقاب على من ارتكب المعاصي والمخالفات، قال تعالى: **{أَمْ حَسِبَ الَّذِينَ اجْتَرَحُوا السَّيِّئَاتِ أَنْ نَجْعَلَهُمْ كَالَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ سَوَاءً مَحْيَاهُمْ وَمَمَاتُهُمْ سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ}** (٢٣).

كما جاء عدم التسوية بين المحسن والمسيء في العمل فلا يستويان في الثواب، فكان من الطبيعي أن يجعل الله للمفسدين والمعتدين على حقوق الغير عقاباً عاجلاً في الدنيا لكبح هذه النفوس، صيانة للجماعة من شيوع الفساد، وتفشي الإجرام.

وأما في الآخرة فالعذاب لما مات على عصيانه أشد وأكبر، والنكال به أتم وأعظم، وما ظلمهم الله ولكن كانوا أنفسهم يظلمون(٢٤).

وخلاصة القول: بأن تشريع العقوبات لمن لم ينتفع بالوسائل التربوية والخلقية وبالعبادات، ولم يمنعه إيمانه من الإفساد في الأرض، وظلم العباد، فيلزم عقلاً وشرعاً الوقوف بوجه الفساد حتى يسلم من آثار تلك

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي والعشرون–آيار ٢٠٢٣–شوال ١٤٤٤
ISSN-2536-0027

الجرائم كل العباد. فشرع الله العقوبات رحمة للناس أجمعين، وما هي إلا تهذيب للنفوس وتصفيتها من الشر وإصلاح المعتدين، وتطهير لهم، ونهيهم عن الاقتراب من المحرمات.

****

المبحث الثاني

مفهوم القاصر في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي

- المطلب الأول: مفهوم القاصر.

أولاً: تعريف القاصر لغة.

القاصر من مصدر فعل (قصر)، (القَصْرُ والقِصَرُ في كل شيء خلافُ الطُّول، وقَصَرْتُ عن الشيء قصوراً: عجزت عنه ولم أَبْلُغْهُ) [٢٥]، وقيل: (قَصَّر عنه تَقْصيراً: تَرَكَهُ وهو لا يَقْدِر عليه، وأَقْصَرَ: تَرَكَهُ وكفَّ عنه وهو يَقْدِرُ عَلَيْه)[٢٦].

ثانياً: تعريف القاصر اصطلاحاً.

القاصر هو: كل شخص لم يبلغ الحلم، كما يطلق عليه تسميات أخرى كالصبي أو الصغير أو الطفل، وذلك لقوله تعالى: **{وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ}**[٢٧].

وهو (القاصر عن التصرف السليم)[٢٨].

وعرّفت بأنها: (من لم يستكمل أهلية الأداء، سواء أكان فاقداً لها كغير المميز أم ناقصها كالمميز) [٢٩].

ثالثاً: تعريف القاصر في القانون العراقي.

المشرع العراقي لم يعرّف مصطلح القاصر في القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م، رغم تناوله الولاية والوصاية والأهلية وحكم التصرفات القانونية للصغير في نصوصه، وقد سلك نفس المسلك في قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠م)، إذ خلا نصوصه من أي تعريف للقاصر، كل ما في الأمر ذكر المشرع الأشخاص الذي يسري عليهم القانون الأخير في المادة (٣/أولا)، وفي الفقرة (٣/ثانياً) عدّد الأشخاص الذين يعتبرون قصّر. إذ جاء في المادة (٣):

(أولاً: يسري هذا القانون على:

أ- الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد.

ب- الجنين.

ج- المحجور الذي تقرر المحكمة أ،ه ناقص الأهلية أو فاقدها.

د- الغائب المفقود.

ثانياً: يقصد بالقاصر لأغراض هذا القانون الصغير والجنين ومن تقرر المحكمة أنه ناقص الأهلية أو فاقدها والغائب والمفقود، إلا إذا دلّت القرينة على خلاف ذلك).

ومن خلال قراءة نص المادة أعلاه يفهم بأن القاصر هو: كل إنسان لم يستكمل أهليته لعارض من عوارض الأهلية، أو كان فاقداً للأهلية أصلاً، إذ أن مصطلح القاصر وفق هذه المادة لا يقصد به الصغير فقط، بل يشمل الجنين، أو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو ذي الغفلة، كما أن مصطلح القاصر يشمل كلاً من المفقود والغائب[٣٠]، ليس لوجود قصور في أهليتهما، وإنما مجازاً[٣١]، ولعجزهم عن الدفاع عن مصالحهم بسبب غيابهم[٣٢].

وبموجب المادة (٣/أولاً/أ) من قانون رعاية القاصرين التي سبق وأن أُشير إليها، فإن الصغير هو الشخص الذي لم يبلغ سن الرشد، وحسب الفقرة نفسها وكذلك المادة (١٠٦) من القانون المدني فإن سن الرشد هي

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي والعشرون–آيار ٢٠٢٣–شوال ١٤٤٤
ISSN-2536-0027

تمام الثامنة عشرة من العمر، وبتعبير القانون المدني هي ثماني عشرة سنة كاملة. أي أن البلوغ وسن الرشد هو نفسه لدى المشرع العراقي الذي هو إكمال الثامنة عشرة من العمر. وعليه، فإن المشرع العراقي لا يعتمد على علامات البلوغ التي يعتمد عليها الفقه الإسلامي.

- المطلب الثاني: أهلية القاصر ومن في حكمه.

دُرست الأهلية في علم أصول الفقه، وأفرد لها الحنفية مكانها المناسب فيه، باعتبارها عِمادَ بابِ المكلف أو المحكوم عليه شرعاً [٣٣]. وقد توسَّع الحنفية في كلامهم فخصّوها ببيان أحكامها وما تفرع عن كل قسم.

فنظروا في حديث رسول الله ﷺ: «**رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنْ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنْ الصَّغِيرِ حَتَّى يَكْبُرَ، وَعَنْ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ، أَوْ يُفِيقَ**»[٣٤]. واستنبطوا منه أحوال انعدام الأهلية للخطاب الشرعي[٣٥].

وقد عني الأحناف ببيان أحكام الأهلية في فروع الفقه جميعاً من عبادات ومعاملات وعقوبات. وبحثوا في أهلية الحد والقصاص، وميّزوها عن أهلية الضمان وغيره[٣٦]. و«الأهلية صلاحية الشخص لثبوت الحق له أو عليه، وكما تختلف الحقوق في أنواعها، تختلف الصلاحية لكل نوع منها، فتتعدد الأهليات بتعدد أنواع الحقوق المتعلقة بها» [٣٧].

وتثبت الحقوق جميعاً بمقتضى الأحكام الشرعية، والحكم الشرعي، في اصطلاح الأصوليين، «هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلّفين طلباً (بمعنى ما اقتضى الشرع فعله أو تركه) أو تخييراً (بين الفعل والترك) أو وضعاً (فيتضمن الفرض، المندوب المحرم المكروه المباح)»[٣٨]. فهو بهذا المعنى يشبه القاعدة القانونية مع بعض الإختلاف.

وإذا ما تمّت المسألة بين أهلية الوجوب شرعاً وقانوناً.

١- **من حيث الماهية**، تبيّن لنا:

أ- **في الشريعة الإسلامية**: يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن معنى أهلية الوجوب: صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه[٣٩].

ب- **في القانون** الأهلية هي: صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات.[٤٠]

ممّا تقدّم يتبين لنا أنّه لا خلاف بين فقهاء الشريعة والقانون في مفهوم أهلية الوجوب. ومن الجدير بالذكر أن نقول إن القانون سار على نهج الشريعة في مفهوم أهلية الوجوب.

٢- **من حيث المناط[٤١]:**

أ- في الشريعة الإسلامية: يرى فقهاء الشريعة أنّ مناط أهلية الوجوب هو الحياة، فأثبتوها لكل إنسان حي، إلا أنّهم اختلفوا في مسألة التفريق بين أهلية الوجوب والذمة[٤٢].

ب- **في القانون:** يرى فقهاء القانون أن مناط أهلية الوجوب هو الحياة، وبالتالي اتفق القانون مع الشريعة في مفهوم مناط أهلية الوجوب[٤٣].

ولكن اختلفوا في مسألة التفريق بين الشخصية القانونية وأهلية الوجوب والراجح أنهما أمر واحد.

٣- من حيث التقسيم:

أ- **في الفقه الإسلامي**: يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن أهلية الوجوب تنقسم إلى قسمين: أهلية وجوب ناقصة، وأهلية وجوب كاملة، ولكل قسم أحكام تتعلق به[٤٤].

ب- **في القوانين الوضعية:** إتّفق علماء القانون مع فقهاء الشريعة على ذلك[٤٥].

المسألة الثانية: المقارنة بين أهلية الأداء شرعاً وقانوناً:

١- من حيث الماهية:

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي والعشرون–آيار ٢٠٢٣–شوال ١٤٤٤
ISSN-2536-0027

أ- **في الشريعة الإسلامية:** عرّف فقهاء الشريعة أهلية الأداء بأنّها: صلاحيّة الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يُعتَد به شرعاً[٤٦].

ويرى علماء القانون أن مناط أهلية الأداء هو(التمييز العقلي)[٤٧].

وعند المقارنة بين رؤية فقهاء الشريعة وعلماء القانون لمفهوم أهلية الأداء، ومناطها، يظهر أنّهم مُتفقون في هاتين المسألتين[٤٨].

٢- من حيث التقسيم:

أ- **في الشريعة الإسلامية:** قسّم فقهاء الشريعة الإسلامية أهلية الأداء إلى قسمين: أهلية أداء قاصرة، وأهلية أداء كاملة، ولكل قسم من هذين القسمين أحكام، وآثار تتعلق به[٤٩].

ب- **في القانون:** قسّم فقهاء القانون أهلية الأداء إلى ثلاثة أقسام: أهلية أداء معدومة، وأهلية أداء قاصرة، وأهلية أداء كاملة. فأثبتوا للمجنون أهلية الأداء المعدومة، وأثبتوا للصبي المميز أهلية الأداء القاصرة، وأثبتوا للبالغ الراشد أهلية الأداء الكاملة[٥٠].

وما يلاحظ أنّ التقسيم الذي ذهب إليه فقهاء الشريعة هو الأولى بالقبول إذ لا حاجة لإحداث التقسيم الأول الذي أطلقوا عليه أهلية الأداء المعدومة، والتي أثبتوها للمجنون، طالما أنّهم اعتبروا أنّ مناط أهلية الأداء هو (التمييز العقلي) والمجنون لا يمتلك أدنى مقومات التمييز[٥١].

أولاً: أهلية الأداء وأحكامها.

أهلية الأداء: فتختص بالعبادات والحقوق الواجبة كالصلاة والزكاة والنفقة على الزوجة والأولاد وغير ذلك ويجوز له التبرّع حيث تدعو الحاجة. وإذا جنى على غيره في نفس أو مال أو عرض أُخِذَ بجنايته وعوقب عليها. فأهليّة الأدّاء مسؤوليته عن فعله وأساسها التمييز بالعقل. لذلك فالمجنون والصغير فاقدٌ لهذه الأهلية[٥٢].

وهذه الأهليه تكون ناقصة أو كاملة.

١- أهلية الأداء الناقصة:

وهذه مرحلة التمييز أو ما يسمى بالصغير المميز من السابعة حتى البلوغ. ومرحلة عدم التمييز أو ما يسمى بالصغير غير المميز.

٢- أهلية الأداء الكاملة:

وتثبت للشخص اعتباراً من بلوغه وتستمر معه إلى الوفاة، إلا إذا طرأ عليه عارضٌ يفقده عقله، أو اختلال جزء منه. [٥٣]

فنّ فقدان الأهلية يُعدّ نقصاً في العقل وهو عارض في حياة (الصغير والمجنون والمعتوه)[٥٤].

فما هي عوارض الأهلية؟

أ - **في اللغة**: العوارض جمع عارض بمعنى المانع[٥٥].

ب - **في الاصطلاح**: عوارض الأهليّة: هي: (خصالٌ أو آفات لها تأثير في الأحكام بالتغيير أو الإعدام)[٥٦].

٢- أنواع عوارض الأهليّة: تقسم عوارض الأهليّة إلى قسمين هما:

أ- العوارض السّماويّة: وهي ما ليس للعبد فيها اختيار واكتساب [٥٧]، وعرّفها بعضهم بأنّها: هي التي تثبت من قبل صاحب الشرع بدون اختيار الإنسان، وسبب نسبتها للسماء: لأنّ الإنسان لا دور له في مسائل الجنون، والعته[٥٨]، والمرض، والإغماء .

ب- العوارض المكتسبة: وهي التي تكون لكسب العبد مدخل فيها بمباشرة الأسباب كالسّكر والتدخين واالخوف، الإدمان وغيرها[٥٩].

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي والعشرون–آيار ٢٠٢٣–شوال ١٤٤٤
ISSN-2536-0027

«حصر الفقهاء العوارض السّماويّة بما يأتي:
الجنون، والصغر، والعته، والنسيان، والنوم، والإغماء، والمرض» [٦٠]
والعوارض السّماويّة تؤثر على الأهليّة فتعدمها أو تُنقِصُها، وليس لها تأثير على أهليّة الوجوب سوى الموت الذي تنتهي به أهليّة الوجوب، أمّا أهليّة الأدّاء فتؤثر عليها هذه العوارض السّماويّة[٦١].
أما عن المشرع العراقي فقد نص في المادة (٩٣) من القانون المدني على: (كل شخص أهل للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته أو يحدّ منها)، بمعنى أن كل شخص بلغ سن الرشد يكون كامل أهلية الأداء، إلا إذا اعتبره القانون عديم الأهلية كالمجنون المصاب بالجنون المطبق أو الصغير غير المميز، أو ناقص (محدود) الأهلية كالسفيه أو الصغير المميز، وهذا ما تناوله المشرع في المادة (٩٤): (الصغير، والمجنون، والمعتوه، محجورون لذاتهم)، وجعل المشرع أحكام الأهلية في المادة (١٣٠/٢) من القانون المدني من النظام لا يجوز مخالفتها.

ثانياً: أهلية السفيه وذي الغفلة.

تعريف السفه لغة: السَّفَهُ وَالسَّفَاهُ وَالسَّفَاهَةُ: ضِدُّ الحِلْمِ، وهي مصادر سَفِهَ يَسْفَهُ، مِنْ بابِ تَعِبَ، وهو نَقْصٌ فِي الْعَقْلِ أَصْلُهُ الْخِفَّةُ وَالْحَرَكَةُ. قال تعالى: **{كَمَا آمَنَ السُّفَهَاءُ}**[٦٢] أي (أهل الجهل) [٦٣].

تعريف السفه اصطلاحاً:

يعرّف السفه بأنه: (عبارة عن خفة تعرض للإنسان من الفرح والغضب فتحمله على العمل، بخلاف طور العقل، وموجب الشرع) [٦٤].
- ويعرّف عند فقهاء الحنفية: (تبذير المال وتضييعه على خلاف الشرع) [٦٥].
- وعند المالكية: السّفيه هو الذي يتلف ماله[٦٦].
- وعند الشافعية: (السّفيه هو المبذر لماله) [٦٧].
- وعند الحنابلة: المضيع والمبذر لماله[٦٨].

ومن خلال هذه التعريفات، يتضح أن هناك وجه شبه لتعريف السفه عند فقاء المذاهب الأربعة وهو: عدم القدرة على المحافظة على المال وضياعه من قبل شخص ما، وهذا ما يطلق عليه مصطلح السفه أو السفيه.

الأحكام المتعلقة بالسفه:

١- أحوال السفه:

وللسفه حالتان:

الأولى: استمرار السفه بعد بلوغ الإنسان أو إفاقته من الجنون.

الثانية: طروءه بعد البلوغ والرشد.

ففي الأولى: ذهب جمهور الفقهاء إلى استمرار الحجر[٦٩] على السفيه بمنعه من التصرف في ماله، إذ الحجر على الصبي والمجنون متفق عليه، فإن بلغ الصبي أو أفاق المجنون وهما مبذران لمالهما استمر الحجر عليهما ومنعا من التصرف[٧٠].

قال أبو حنيفة: لا يحجر عليه بعد البلوغ، ولو بلغ غير رشيد إلا أنه يمنع وليه من دفع ماله إليه، ولا يمنعه من أن يتصرف بماله ببيع أو عتق أو نحوهما، ولا يدفع إليه ماله إلا أن يبلغ عمره خمسا وعشرين سنة، فإذا بلغها دفع إليه ماله سفه أو رشد[٧١].

والقائلون بالحجر على السفيه بالسفه المستمر بعد بلوغ الصبي وإفاقة المجنون، أو الذي حصل بعد بلوغه وإفاقته رشيداً، استدلوا بقوله تعالى: **{وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا**

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي والعشرون–آيار ٢٠٢٣–شوال ١٤٤٤
ISSN-2536-0027

إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ }[٧٢] ، ووجه الاستدلال بها أن الله تعالى أمرنا بدفع أموال اليتامى بعد البلوغ مع إيناس الرشد، لا في غير هذه الحال.

الاستدلال بها أن الله تعالى (أمر باختبار اليتامى في حفظ أموالهم، بأن يدفع لهم شيء من أموالهم، لمعرفة خبرتهم في التصرفات، فإن آنس منهم الرشد قبل البلوغ، سلموا أموالهم، فدل النص على منع دفع أموالهم إليهم، قبل الرشد، وحجرهم عنها، حتى لا يتصرفوا فيها[٧٣].

وبقوله تعالى: **{وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا}** [٧٤]. ووجه الاستدلال بها: أن الله ينهى عن إيتاء المال السفهاء ولم يرخص للأولياء إلا برزقهم منها أكلا ولبساً. ويدل على أن إضافة المال إلى الأولياء ليس المراد به مال الولي بل مال السفيه، قال تعالى: **{ وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ }**[٧٥] لأنه لا يرزق ولا يكسى إلا من ماله[٧٦].

وأما الثانية: فهي أن يبلغ الصبي أو يفيق المجنون رشيدين، ثم يطرأ السفه عليهما بعد ذلك، فهل يحجر عليهما؟ ذهب جمهور الفقهاء إلى لزوم الحجر بالسفه الطارئ، في الأمور التي يبطلها الهزل لا الأمور التي لا يبطلها الهزل؛ لأن السفيه في معنى الهازل يخرج كلامه عن نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله، فكذلك السفيه [٧٧]، وذهب أبو حنيفة إلى عدم جواز الحجر عليه ومنعه من ماله[٧٨].

أهلية ذي الغفلة:

الغفلة في اللغة:

الغَفْلَةُ هي (غَيْبَةُ الشَّيء عن بال الإنسان، وعدم تذكُّرِهِ له) [٧٩]، (ورجلٌ مُغَفَّلٌ على لفظ اسم المفعول مِن التَّغْفِيل، وهو الَّذي لا فِطْنَة له)[٨٠].

الغفلة في الاصطلاح:

الغفلة هي: من لا يهتدي صاحبها إلى التصرفات الرابحة أو بقبوله، فاحش الغبن في تصرفات [٨١]، بسبب البساطة وسلامة القلب مما يؤدي إلى غبنه في المعاملات المالية[٨٢].

وذو الغفلة: (هو الذي لا يهتدي إلى التصرفات النافعة ويغبن في البياعات لضعف إدراكه فيأخذ حكم السفيه) [٨٣].

ومن خلال التعريفات السابقة، فالسفيه هو المفسد لماله بالقصد والاختيار لتغلب الشهوات الفاسدة عليه واتباعه الغي والهوى، أما ذو الغفلة فهو لا يفسد ماله قصداً ولا ينقاد لشهواته، ولكنه يخدع بسهولة فيستطيع الناس أن يغبنوه في ماله.

الأحكام المتعلقة بذي الغفلة:

اختلف الفقهاء في الحجر على ذي الغفلة على أقوال: فمنهم من ذهب إلى الحجر عليه لغفلته، ومنهم من ذهب إلى عدم الحجر عليه مطلقاً، ومنهم من ذهب إلى عدم الحجر عليه ما لم يصل في غفلته إلى حد السفه[٨٤].

اتفق الفقهاء في الجملة على أنه يشترط في قبول الشهادة: الحفظ والضبط. فالمغفل أي من لا يستعمل القوة المنبهة مع وجودها لا تقبل شهادته، كما لا تقبل شهادة من كان معروفاً بكثرة الغلط والنسيان؛ لأن الثقة لا تحصل بقوله؛ لاحتمال أن تكون شهادته مما غلط فيه. واستثنى المالكية من هذا الحكم ما لا يختلط فيه من البديهيات، كرأيت هذا يقطع يد هذا، أو يأخذ مال هذا[٨٥].

ثالثاً: الأهلية في القانون العراقي.

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي والعشرون–آيار ٢٠٢٣–شوال ١٤٤٤
ISSN-2536-0027

يفرق في الحكم لتحديد القانون الواجب، التطبيق بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، فالأولى القانون الواجب التطبيق فيها يكون بحسب طبيعة العلاقة التي يكون الشخص طرف فيها، فأهلية الوارث في الميراث تمنح إلى القانون الشخصي للمورث، وأهلية الموصي له في المال الموصى به تخضع للقانون الشخصي للموصي، بينما أهلية الأجنبي في تملك عقار في دولة ما يخضع لقانون تلك الدولة وأهلية مباشرة، حق التقاضي تخضع لقانون المحكمة المقام أمامها الدعوى، وهكذا تجد القانون الذي يحكم أهلية الوجوب ليس واحد، إنما متعدد بحسب طبيعة العلاقة، كما أن هذا القانون يسري وبأثر فوري ومباشرة وقت التصرف أو وجوب الحق، وتلحق بأهلية الوجوب أهلية بعض الأشخاص الممنوعين من التصرف لصفة في الموضوع محل التصرف، أو للشخص المتصرف، مثال ذلك: منع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها فتخضع هنا أهليتهم لقانون المحكمة المقام أمامها النزاع، ومنع الطبيب من تلقي تبرع من مريضه مرض الموت فتخضع أهليته لقانون المتبرع، كما تخضع أهليه القاصر والمحجور عليه من في حكمهم لقانون من تجب حمايته لا لقانون دولة المحكمة، أما اجراءات تنصيب وصي عليه فتخضع لقانون المحكمة التي يطلب منها تلك الإجراءات، وقد أشارت إلى هذا الحكم المادة (٢٠) من القانون المدني العراقي ضمنا بدلالة المادة (٢٨) مدني ومقابل ذلك تخضع أهلية الأداء إلى قانون واحد وهو القانون الشخصي للشخص.

وهذا القانون اعتمدته جميع التشريعات العربية بوصفة القانون الواجب التطبيق في أهلية الأداء ونذكر على سبيل المثال المادة (١/١١) من القانون المدني المصري، والمادة (١١) من القانون المدني الليبي، وهكذا بالنسبة لقانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم (٥ لسنة ١٩٦١)، كما كان ذلك موقف القانون المدني العراقي في المادة (١/١٨) التي تنص على (أن يسري على الأهلية قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته) ويعتد بهذا القانون وقت وجوب الحق أو إجراء التصرف إذا كانت الأهلية شرط من شروط إجراء التصرفات، أما إذا كانت صفة في الشخص فتخضع لقانون محل إجراء التصرف فتأخذ الأهلية في الوضع الأخير حكم أهلية الوجوب.

وتختلف القوانين حول سن البلوغ فبعض القوانين تحدد سن (٢١ سنة) مثل فرنسا ومصر والكويت، والبعض الآخر يحدد سن (٢٥) مثل المكسيك، في حين يكون سن الرشد في العراق في المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي هو ثماني عشرة سنة كاملة.

وفيما يتعلق بموقف المشرع العراقي من **أهلية الوجوب**، نلاحظ من قراءة نصوص القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية، وكذلك قانون رعاية القاصرين أنه لم ينص بعبارة صريحة على تمتع الشخص بأهلية الوجوب الكاملة لكون ذلك من المسائل البديهية التي لا خلاف فيها بين الفقهاء والمشرعين والباحثين، لكنه في الوقت نفسه نص على الوقت الذي يبدأ وينتهي فيه شخصية الإنسان والذي يكون الشخص فيه كامل أهلية الوجوب، إذ نص المشرع العراقي في المادة (٣٤/١)، من القانون المدني على: (تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته وتنتهي بموته)، ويرى البعض أن أهلية الوجوب للإنسان لا تنتهي بوفاته وإنما يكون بعد مراسيم الدفن ودفع ديونه ومن ثم تصفية تركته، وهذا ما يوافق موقف المشرع العراقي إذ ورد في المادة (٨٧) من قانون الأحوال الشخصية على: (الحقوق التي تتعلق بالتركة بعد وفاة المورث أربعة مقدم بعضها على بعض هي: تجهيز المتوفي على الوجه الشرعي، قضاء ديونه وتخرج من جميع ماله، تنفيذ وصاياه وتخرج من ثلث ما بقي من ماله، إعطاء الباقي إلى المستحقين)، وعليه، فرغم وفاة الشخص إلا أن ذمته المالية (أهلية الوجوب) باقية ويجب الوفاء بحقوقه والتزاماته.

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي والعشرون–آيار ٢٠٢٣–شوال ١٤٤٤
ISSN-2536-0027

أما بالنسبة لأهلية الأداء، فعن موقف المشرع العراقي فقد نص في المادة (٩٣) من القانون المدني على: (كل شخص أهل للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته، أو يحدّ منها)، بمعنى أن كل شخص بلغ سن الرشد يكون كامل أهلية الأداء إلا إذا اعتبره القانون عديم الأهلية كالمجنون المصاب بالجنون المطبق أو الصغير غير المميز، أو ناقص (محدود) الأهلية كالسفيه أو الصغير المميز، وهذا ما تناوله المشرع في المادة (٩٤): (الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم)، وغيرها، كما أن المشرع جعل أحكام الأهلية في المادة (١٣٠/٢) من القانون المدني من النظام العام لا يجوز مخالفتها.

الخاتمة

توصلت الدراسة إلى أهم النائج التالية:

١- العقوبة في الشريعة الإسلامية هي المؤاخذة والجزاء المستحق على ارتكاب فعل محرم أو ترك واجب، وهي متنوعة بحسب جسامة الجرم وخطورته.

٢- ليس المقصود من العقوبة في التشريع الإسلامي الإيلام والإيذاء المجردين، وإنما الحفاظ على نظام الحياة الذي يسير عليه المجتمع عند التعدّي، وردع المجرم وزجره من التفكير في تكرار الجريمة والإقدام عليها.

٣- تطبيق العقوبة فيه امتثال لأمر الله والنزول عند طاعته سبحانه، وفي هذا كفاية لحماية المجتمع من العقاب الإلهي.

٤- من خلال تعريف القاصر اصطلاحاً، تبيّن بأنه في الأصل يقصد به الصغير، لكن فيما بعد شمل غيره أيضاً كالمجنون.

٥- يتفق القانون مع الشريعة الإسلامية أن رعاية القاصر هي قيام مسؤولية متولي الرعاية بحفظ نفس ومال القاصر وتولي مسؤولياته المدنية والجنائية.

١- عدم التهاون في تطبيق العقوبة بالإلغاء أو المحاباة، حتى لا تفقد معناها والهدف الذي من أجله شرعت.

٢- الإحتكام إلى الدولة والقانون عند وقوع الجريمة.

٣- حماية القاصر ضرورة شرعية وقانونية يتولى القيام بها كل من تتوفر فيهم الشروط الضرورية ويقع على عاتق القضاة المختصين القيام بالإشراف والرقابة على النواب الشرعيين خصوصا في التصرفات التي تستوجب الإذن.

---

(١) ابن منظور، محمد بن مكرم، أبو الفضل (ت٧١١هـ)، **لسان العرب**، بيروت: دار صادر، ط١، د. ت، مادة (عقب)، ٦١٩/١٨.

(٢) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر (ت ١٢٥٢هـ)، **رد المحتار على الدر المختار**، بيروت: دار الفكر، ط٢، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، ٣/٤.

(٣) ينظر: عودة، عبد القادر، **التشريع الجنائي مقارناً بالقانون الوضعي**، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١٤، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م، ٦٠٩/١.

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي والعشرون–آيار ٢٠٢٣–شوال ١٤٤٤
ISSN-2536-0027

[٤] ينظر: أبو زهرة، محمد، **العقوبة في الفقه الإسلامي**، بيروت: دار الفكر العربي، د. ط، د. ت، ص ٨-١١.

[٥]ابن عبد السلام، عبد العزيز بن عبد السلام (ت٦٦٠هـ)، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، طبعة: جديدة مضبوطة منقحة، ١٤١٤ هـ - ١٩٩١ م، ١٤/١.

[٦] الماوردي، علي بن محمد حبيب، أبو الحسن (ت٤٥٠)، **الأحكام السلطانية**، القاهرة: دار الحديث، د.ط، د.ت، ص٣٢٥.

[٧] سورة البقرة، الآية ١٩٦.

[٨] القرطبي، محمد بن أحمد، أبو عبدالله (ت٦٧١هـ)، **الجامع لأحكام القرآن** (تفسير القرطبي)، تحقيق أحمد البردوني، وإبراهيم أطفيش، القاهرة: دار الكتب المصرية، ط٢، ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤م.

[٩] سورة المائدة، الآية ٢.

[١٠] الفخر الرازي، محمد بن عمر، أبو عبد الله (ت٦٠٦هـ)، **تفسير الرازي = مفاتيح الغيب**، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط٣، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م، ٢٨٣/١١.

[١١] سلامة، مأمون محمد، **قانون العقوبات (القسم العام)**، بيروت: دار الفكر العربي، ط٤، د. ت، ص٦١٥.

[١٢] كامل، مصطفى، **شرح قانون العقوبات العراقي القسم العام في الجريمة والعقاب**، بغداد: مطبعة المعارف، ط١، ١٩٤٩م، ص٢٥٣-٢٥٤-٢٥٥.

[١٣] سورة النور، الآية ٢.

[١٤] ينظر: الطبري، محمد بن جرير، أبو جعفر (ت٣١٠هـ)، **جامع البيان في تأويل القرآن**، تحقيق: أحمد محمد شاكر، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م، ٩٠/١٩.

[١٥] سورة المائدة، الآية ٣٨.

[١٦] المراغي، أحمد بن مصطفى، (ت١٣٧١هـ)، **التفسير**، مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده، د. ط، د. ت، ١١٢/٦-١١٣.

[١٧] سورة انور، الآية ٤.

[١٨] الخازن، علاء الدين علي ابن محمد، أبو الحسن (ت٧٤١هـ)، **تفسير الخازن المسمى لباب التأويل في معاني**

التنزيل، بيروت: دار الفكر، د. ط، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، ٤٩/٥.

[١٩] مسلم بن الحجاج، أبو الحسين (ت٢٦١هـ)، **صحيح مسلم** (المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، د. ط، د. ت، كتاب الأشربة، باب بيان أن كل مسكر خمر وأن كل خمر حرام، ١٥٨٧/٣، حديث (٢٠٠٢).

[٢٠] البخاري، محمد بن إسماعيل، أبو عبد الله (ت٢٥٦هـ)، **صحيح البخاري** (الجامع الصحيح)، تحقيق: مصطفى البغا، بيروت: دار ابن كثير، اليمامة، ط٣، ١٤٠٧هـ –١٩٨٧م، كتاب الحدود، باب لعن السارق إذا لم يسم، ٢٤٨٩/٦، حديث (٦٤٠١).

[٢١] مسلم، **الجامع الصحيح**، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، ١٣٢٠/٣، حديث (١٦٩٣).

[٢٢] ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، (ت٧٥١هـ)، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١،١٤١١هـ- ١٩٩١م، ٧٣/٢، بتصرف.

[٢٣] سورة الجاثية، الآية ٢١.

[٢٤] ينظر: الحصري، أحمد **السياسة الجزائية في فقه العقوبات المقارن**، بيروت: دار الجيل، ط١، ١٤١١هـ-١٩٩١م، ٢٥٥/٣.

[٢٥] ابن منظور، **لسان العرب**، ٩٥/٥، مادة (قصر).

[٢٦] مرتضى الزبيدي، محمد بن محمد، أبو الفيض (ت١٢٠٥هـ)، **تاج العروس من جواهر القاموس**، تحقيق: مجموعة من المحققين، بيروت: دار الهداية، د. ط، د. ت، ٤٢٥/١٣، مادة (ق ص ر).

[٢٧] سورة النور، الآية ٥٩.

[٢٨] قلعجي، محمد رواس، وقنيبي حامد صادق، **معجم لغة الفقهاء**، بيروت: دار النفائس، ط٢، ١٤٠٨هـ- ١٩٨٨م، ص٣٥٤.

[٢٩] الزحيلي، وهبه بن مصطفى، **الفقه الإسلامي وأدلته**، دمشق: دار الفكر، ط٤، د. ت، ١٠ /٦٨.

[٣٠] ينظر: النعمان، ضحى محمد سعيد النعمان، عمر رياض أحمد، **حفظ أموال القاصر وفقاً لأحكام القانون العراقي والفقه الإسلامي**، المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية، المجلد (١)، العدد (١)، ٢٠١٧م، ص٧٨-١٠٠.

[٣١] ينظر: آل ربيعة، ساهرة حسين كاظم، **الأولياء في القانون العراقي**، موقع المرجع الألكتروني للمعلوماتية،

ISSN-2536-0027

تاريخ ٢٠١٩/٦/١٠، ١١:٢٢م.

[٣٢] ينظر: تترخان، عبد الرحمن حسن، نائب رئيس محكمة استئناف منطقة دهوك سابقاً، مراسلة، دهوك، ٢٠١٩/١١/٢٨.

[٣٣] ينظر: البخاري، عبد العزيز بن أحمد، (ت٧٣٠هـ)، **كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**، بيروت: دار الكتاب الإسلامي، د. ط، د. ت، ٢٦٤/٤، و ابن الهمام، محمد بن عبد الواجد (ت٨٦١هـ). **فتح القدير**. بيروت: دار الكفر، د. ط، د. ت، ٣٦٤/٢.

[٣٤] ابن ماجه، محمد بن يزيد أبو عبد الله (ت٢٧٥هـ). **سنن ابن ماجه**. تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، فيصل عيسى البابي الحلبي: دار إحياء الكتب العربية، د.ط، د.ت، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، ١/ ٦٥٨، حديث (٢٠٤١)، والحاكم، محمد بن عبد الله، أبو عبد الله، (ت٤٠٥هـ). **المستدرك على الصحيحين**. تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١١هـ- ١٩٩٠م، كتاب البيوع، باب أحاديث معمر بن راشد، ٦٧/٢، حديث (٢٣٥٠). قال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه». واللفظ لابن ماجه والنسائي.

[٣٥] ينظر: الكاساني، أبو بكر بن مسعود (ت٥٨٧ه). **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**. بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢. ١٤٠٦ه-١٩٨٦م، ٧/ ٦٢.

[٣٦] ينظر: الكاساني. **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**. ٧/ ٦٧، و ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد، أبو العباس (ت٩٧٤هـ). **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**. روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، مصر: المكتبة التجارية الكبرى، د. ط، ١٣٥٧هـ-١٩٨٣م، ٢٤٢/٥.

[٣٧] مرقص، سليمان. **المدخل للعلوم القانونية**. الإمارات: دار الكتب القانونية، ط١، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م، ص٣٠٩.

[٣٨] خلاف، عبد الوهاب (ت ١٣٧٥هـ)، **علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع**، مصر: مطبعة المدني، د. ط، د. ت، ص٩٤.

[٣٩] ينظر: التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر (ت٧٩٣هـ). **شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه**. تحقيق: زكريا عميرات. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٦ه- ١٩٩٦م، ٣٣٠/٢ وما بعدها، وأمير حاج، محمّد بن محمّد، أبو عبدالله (ت ٨٧٩هـ). **التقرير والتحبير**. ط٢. بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٣هـ -

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي والعشرون–آيار ٢٠٢٣–شوال ١٤٤٤
ISSN-2536-0027

١٩٨٣م،٢٠٨/٣ وما بعدها.

(٤٠) ينظر: السنهوري، عبد الرزاق. **الوسيط في شرح القانون المدني**. بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط٢، ١٣٩٢ه- ١٩٧٣م، ١/ ٢٨٢ وما بعدها.

(٤١) **الأهليّة:** بمعناها المتقدّم مناطها أي محلّها الإنسان، من حيث الأطوار الّتي يمرّ بها، فإنّه في البداية يكون جنيناً في بطن أمّه، فتثبت له أحكام الأهليّة الخاصّة بالجنين، وبعد الولادة إلى سنّ التّمييز يكون طفلاً، فتثبت له أحكام الأهليّة الخاصّة بالطّفل، وبعد التّمييز تثبت له أحكام الأهليّة الخاصّة بالمميّز إلى أن يصل به الأمر إلى سنّ البلوغ، فتثبت له الأهليّة الكاملة، ما لم يمنع من ذلك مانع، كطروء عارض يمنع ثبوت تلك الأهليّة الكاملة له. ينظر: خلاف. **علم أصول الفقه**. ص١٣٠.

(٤٢) ينظر: السرخسي، محمد بن أحمد (ت٤٨٣ه). **أصول السرخسي**. بيروت: دار المعرفة، د. ط، د. ت، ٢ /٣٣٣، والبخاري. **كشف الأسرار عن أصول البزدوي**. ٤/ ٢٣٧.

(٤٣) ينظر: أبو السعود، رمضان محمد أحمد. **الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني**. بيروت: الدار الجامعية للطباعة، ١٤٠١ه- ١٩٨١م، ١/ ٩٢.

(٤٤) ينظر: البخاري. **كشف الأسرار**. ٤/ ٢٣٨. وخلاف. **علم أصول الفقه**. ص١٣٦.

(٤٥) ينظر: أبو السعود. **الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني**. ١/ ٤٨.

(٤٦) ينظر: التفتازاني. **شرح التلويح على التوضيح**. ٢ /٣٣٧.

(٤٧) ينظر: الجمال، مصطفى محمد، والجمال، عبد الحميد محمد. **النظرية العامة للقانون**. بيروت: الدار الجامعية، د. ط، ١٤١٩ه-١٩٩٨م، ص١٩٠.

(٤٨) ينظر: الجمال. **النظرية العامة للقانون**. ص١٩٠.

(٤٩) ينظر: البخاري. **كشف الأسرار**. ٤ /٢٣٧، والزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**٤ /٢٩٦٥.

(٥٠) ينظر: عبد الودود يحيى ونعمان جمعة. **دروس في مبادئ القانون**. جامعة القاهرة، ط١، ١٤١٢٥ه-١٩٩٥م، ص٢٧٨.

(٥١) ينظر: البخاري. **كشف الأسرار**. ٤ /٢٤٩، وابن أمير حاج، **التقرير والتحبير**، ٢ /١٧٣.

(٥٢) ينظر: الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ٢٣٧/٤.

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي والعشرون–آيار ٢٠٢٣–شوال ١٤٤٤
ISSN-2536-0027

[٥٣] ينظر: التفتازاني، **شرح التلويح على التوضيح**، ٣٤٢/٢، والزحيلي، محمد، **الوجيز في أصول الفقه الإسلامي**، دمشق: دار الخير، ط٢، ١٤٢٧هـ- ٢٠٠٦م، ٤٩٣/١.

[٥٤] ينظر: البخاري، عبد العزيز بن أحمد، (ت٧٣٠هـ)، **كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**، بيروت: دار الكتاب الإسلامي، د. ط، د. ت، ٢٦٤/٤. وخلاف، **علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع**، ص١٢٩.

[٥٥] ينظر: الفيومي، أحمد بن محمد، أبو العباس (ت نحو ٧٧٠ هـ)، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، بيروت: المكتبة العلمية، د. ط، د. ت، ٤٠٢/٢، مادة (عرض)، والفيروزآبادي، **القاموس المحيط**، ص٦٤٦، مادة (عرض).

[٥٦] أمير حاج، **التقرير والتحبير**، ٢/ ١٧٢.

[٥٧] ينظر: التفتازاني. **شرح التلويح على التوضيح**. ٣٤٨/٢. وابن أمير حاج. **التقرير والتحبير**. ٣٦/١.

[٥٨] العته لغةً: نقص العقل. ينظر: ابن سيده. **المحكم والمحيط الأعظم**. ص١٢٢ والجرجاني. **التعريفات**. ص ١٩٠. واصطلاحاً هو: (اختلال في العقل، بحيث يختلط كلامه فيشبه مرةً كلام العقلاء ومرةً كلام المجانين). الجرجاني. **التعريفات**. ص ١٤٧، والبركتي، محمد عميم الإحسان المجددي. **التعريفات الفقهية**. بيروت: دار الكتب العلمية (إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م)، ط١، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ص ١٤٣.

[٥٩] ينظر: التفتازاني. **شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه**. ٣٧٧/٢.

[٦٠] البخاري، **كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**، ٢٦٣/٤.

[٦١] ينظر: أمير بادشاه، محمد أمين بن محمود (ت٩٧٢ه)، **تيسير التحرير**، مصر: مصطفى البابي الحلبي، د. ط، ١٣٥١ه- ١٩٣٢م، ٢٥٨/٢.

[٦٢] سورة البقرة، الآية ١٣.

[٦٣] الطبري، **جامع البيان في تأويل القرآن**، ٢٩٣/١.

[٦٤] الجرجاني، **التعريفات**، ص١١٩.

[٦٥] ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، ١٤٧/٦.

[٦٦] الباجي، سليمان بن خلف أبو الوليد (ت ٤٧٤هـ)، **المنتقى شرح الموطأ**، مصر: مطبعة السعادة ط١، ١٣٣٢ هـ-

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي والعشرون–آيار ٢٠٢٣–شوال ١٤٤٤
ISSN-2536-0027

١٩١٣م، ١٥٥/٦.

(٦٧) الخطيب الشربيني، محمد بن أحمد (ت ٩٧٧هـ)، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، التحقيق: مكتب البحوث والدراسات، بيروت: دار الفكر، د. ط، د. ت، ٣٠٠/٢.

(٦٨) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، أبو محمد (ت٦٢٠هـ)، **المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني**، بيروت: دار الفكر ، ط١ ، ١٤٠٥هـ-١٩٨٤، ٥٥١/٤.

(٦٩) **الحجر في اللغة**: مصدر الفعل (حجر) وهو المنع والحرام، وسمي العقل حجراً لأنه يمنع من القبائح، قال تعالى: ﴿ هَلْ فِي ذَٰلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ ﴾ [سورة الفجر] أي: (لذي عقل). البغوي، الحسين بن مسعود، أبو محمد (ت٥١٠هـ)، معالم التنزيل في تفسير القرآن = تفسير البغوي، تحقيق: عبد الله النمر وآخرون، السعودية: دار طيبة، ط٤، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م، ٤١٧/٨، والخازن، لباب التأويل في معاني التنزيل، ٤٢٤/٤.

الحجر في الاصطلاح: عند الحنفية: (هو منع عن التصرف قولاً لا فعلاً بصِغَرٍ ورقٍّ)، لأن الفعل بعد وقوعه لا يمكن رده، نقول: الكلام في منع حكمه لا منع ذاته، ومثله: القول، لا يمكن رده بذاته بعد وقوعه بل رد حكمه. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (٩٧٠هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، بيروت: دار الكتاب الإسلامي، ط٢، ٨٨/٨، وينظر: ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، ١٤٢/٦.

وعرّفه المالكية: (صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه في الزائد على قوته أو تبرعه بماله). الصاوي، أحمد بن محمد، أبو العباس (١٢٤١ه)، **بلغة السالك لأقرب المسالك = حاشية الصاوي على الشرح الصغير**، بيروت: دار المعارف، د. ط، د. ت، ٣٨١/٣.

وعرّفه الشافعية والحنابلة: المنع من التصرف في المال، سواء أكان المنع قد شرع لمصلحة الغير كالحجر على المفلس للغرماء وعلى الراهن في المرهون لمصلحة المرتهن، وعلى المريض مرض الموت لحق الورثة في ثلثي ماله وغيرها، أم شرع لمصلحة المحجور عليه كالحجر على المجنون، والصغير، والسفيه. ينظر: الخطيب الشربيني، محمد بن أحمد (ت٩٧٧هـ)، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، بيروت: دار العلمية، ط١، ١٤١٥هـ- ١٩٩٤م، ١٣٠/٣، والبهوتي، منصور بن يونس (ت١٠٥١ه)، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، تحقيق: هلال مصيلحي ومصطفى هلال، بيروت: دار الفكر، د. ط،١٤٠٢ه-١٩٨٢م، ٤١٦/٣.

(٧٠) ينظر: ابن مودود الموصلي، عبد الله بن محمود، أبو الفضل (ت ٦٨٣هـ)، **الاختيار لتعليل المختار**، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة (من علماء الحنفية ومدرس بكلية أصول الدين سابقا)، القاهرة: مطبعة الحلبي،

د.ط، ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧م، ٩٦/٢، وابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد، أبو الوليد (ت٥٩٥هـ)، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، القاهرة: دار الحديث، د.ط، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤ م، ٦٣/٤-٦٥، والبُجَيْرَمِيّ، سليمان بن محمد (ت ١٢٢١هـ)، **تحفة الحبيب على شرح الخطيب = حاشية البجيرمي على الخطيب**، بيروت: دار الفكر، د.ط، د. ت، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م، ٨٢/٣، وابن مفلح، إبراهيم بن محمد ، أبو إسحاق (ت٨٨٤هـ)، **المبدع في شرح المقنع**، بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧م، ١٤٧/٨.

(٧١) ينظر: ابن مودود الموصلي، **الاختيار لتعليل المختار**، ٩٥/٢ -٩٦، والصاوي، **بلغة السالك لأقرب المسالك**، ٣٨٣/٣، والخطيب الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، ١٤٠/٣، وابن مفلح، **المبدع في شرح المقنع**، ٣١٣/٤-٣١٤، وأمير بادشاه، **تيسير التحرير**، ٣٠٠/٢.

(٧٢) سورة النساء، الآية ٦.

(٧٣) الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ٢٨٠/٦.

(٧٤) سورة النساء، الآية ٥.

(٧٥) سورة النساء، الآية ٥.

(٧٦) ينظر: الطبري، **جامع البيان**، ٤٠٠/٦.

(٧٧) ينظر: البخاري، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي**، ٥١٩/٤، بتصرف. وينظر: ابن أمير الحاج، **التقرير والتحبير**، ٢٠١/٢.

(٧٨) ينظر: بدر الدين العيني، محمود بن أحمد، أبو محمد، (ت٨٥٥هـ)، **البناية شرح الهداية**، بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م، ٩١/١١.

(٧٩) الفيومي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، ٤٤٩/٢.

(٨٠) المُطَرِّزِيّ، ناصر بن عبد السيد، أبو الفتح (ت ٦١٠هـ)، **المُغرب في ترتيب المعرب**، بيروت: دار الكتاب العربي، د. ط، د. ت، ص٣٣٩.

(٨١) ينظر: زيدان، عبد الكريم، **نظرات في الشريعة الإسلامية**، ص٣٧٨-٣٧٩.

(٨٢) ينظر: مدكور، محمد سلام، **المدخل للفقه الإسلامي**، ص٤٥٧.

(٨٣) شلبي، محمد مصطفى، **أحكام الأسرة في الإسلام**، ص٨٠٣.

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي والعشرون–آيار ٢٠٢٣–شوال ١٤٤٤
ISSN-2536-0027

(٨٤) ينظر: ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، ١٤٧/٦-١٤٨، والقرافي، أحمد بن إدريس، أبو العباس (ت٦٨٤هـ)، **الذخيرة**، تحقيق: محمد بو خبزة، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٤١٥هـ ١٩٩٤م، ٢٠١/١٠، الزيلعي، عثمان بن علي (ت٧٤٣هـ)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ**، القاهرة، المطبعة الكبرى الأميرية، ط١، ١٣١٣هـ -١٨٩٥م، ١٩٢/٥، وابن مفلح، **المبدع في شرح المقنع**، ٣٠٤/٨،

(٨٥) ينظر: ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، ٤٧٧/٥، وابن عرفة، محمد بن أحمد (ت١٢٣٠هـ)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، بيروت: دار الفكر، د. ط، د. ت، ١٦٨/٤، والنووي، **المجموع شرح المهذب**، ٢٢٦/٢٠، والبهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، ٤١٨/٦.