جامعة 20 أوت 1955- سكيكدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة بعنوان:

أحكام الأهلية في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في تخصص قانون الأسرة

من إعداد الطالبتين:
* أميرة شلية
* إكرام عبد اللوش

تحت إشراف الأستاذة:
د/ أمال رواق

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
د/ أمحمد بوصيدة	أستاذ محاضر أ	جامعة 20 أوت 1955- سكيكدة	رئيساً
د/ أمال رواق	أستاذ محاضر ب	جامعة 20 أوت 1955- سكيكدة	مشرفاً ومقرراً
د/ محمد يوب	أستاذ محاضر أ	جامعة 20 أوت 1955- سكيكدة	مناقشاً

السنة الجامعية: 2022 /2023

جامعة 20 أوت 1955- سكيكدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة بعنوان:

أحكام الأهلية في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في تخصص قانون الأسرة

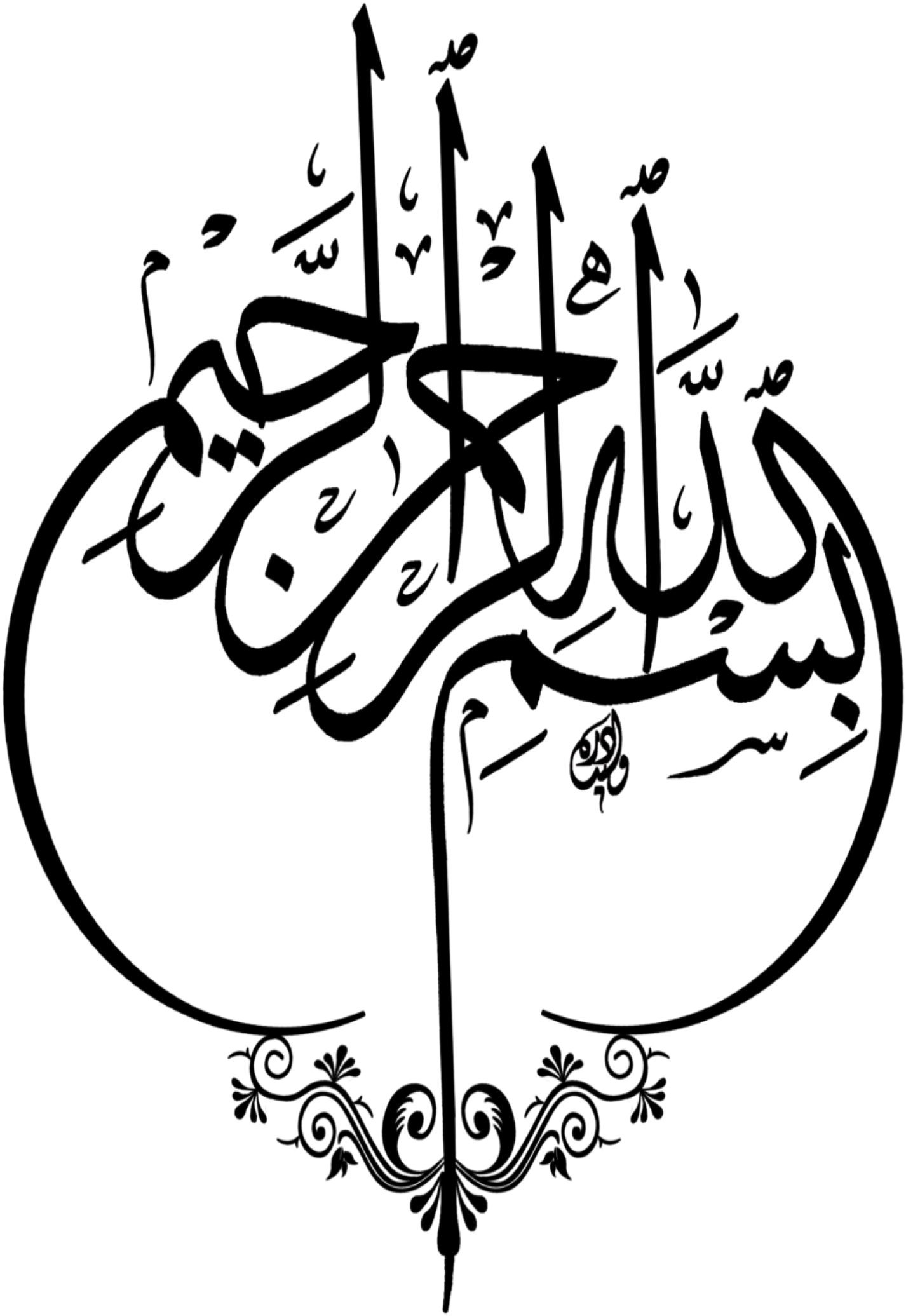
من إعداد الطالبتين:
* أميرة شلية
* إكرام عبد اللوش

تحت إشراف الأستاذة:
د/ أمال رواق

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
د/ أمحمد بوصيدة	أستاذ محاضر أ	جامعة 20 أوت 1955- سكيكدة	رئيساً
د/ أمال رواق	أستاذ محاضر ب	جامعة 20 أوت 1955- سكيكدة	مشرفاً ومقرراً
د/ محمد يوب	أستاذ محاضر أ	جامعة 20 أوت 1955- سكيكدة	مناقشاً

السنة الجامعية: 2022 /2023


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين وعلى إله وصحبه أجمعين

إن الحمد لله والشكر لله عز وجل الذي أعاننا على انجاز هذا البحث ويسر أمرنا وألهمنا بالصبر والعزيمة، والذي يسر لنا من عباده الأخيار ذوي الفضل والعلم والاعتبار، لإتمام هذا البحث.

فالشكر أولا ودائما وأبدا لله الواحد الأحد.

نتقدم بجزيل الشكر وعظيم التقدير للأستاذة المشرفة " **رواق أمال**" لتفضلها بالإشراف على هاته المذكرة وعلى كل النصائح والتوجيهات التي قدمتها لنا.

كل الشكر والتقدير والاحترام والامتنان لكل شخص ساعدنا وكان داعما لنا حتى ولو بالكلمة الطيبة والدعاء ونخص بالذكر عميدة الكلية "**عتيق نظيرة**"

هذا وما كان صوابا فمن الله، وما كان فيه الخطأ فمن أنفسنا ومن الشيطان.

وفي الأخير نتمنى التوفيق والسداد في هذا البحث.

إهداء

الحمد لله الذي وهبني نعمة العقل، وأمدني بالقوة والإرادة حتى أتممت هذا العمل، ومن ثم أهدي ثمرة جهدي وما جنيته من أتعاب، وما حصدته من خلال سنوات الدراسة:

الى من فاق حنانه غزارة الأمطار، وتحدى صبره مرارة الأقدار، وتلقى نجاحاتي دوما بالأحضان وتتبع خطواتي رغم مشاغل الأزمان إلى أن وافته المنية إلى مثلي الأعلى في هذه الحياة **أبي الحبيب** رحمه الله.

إلى من أحاطتني بحنانها وعطفها وسهرت وضحت براحتها، وشملتني واحتوتني إنا وإخوتي تحت جناحها وكانت سر نجاحي وقاسمتني المحن وتربعت على عرش قلبي، إلى التي لا تسعها كل عبارات الشكر والثناء والتقدير والاحترام **أمي الغالية** حفظها الله ورعاها.

إلى من بهم أكبر وعليهم أعتمد إلى من بوجودهم اكتسب قوة ومحبة لا حدود لها إلى من عرفت معهم معنى الحياة **أختي حبيبتي شيراز**، وإخوتي سندي **أمير** و**عياش**.

إلى **خالاتي** وابنتا خالتي التي لم تلدهن أمي **لينة ورشال وروميساء**.

إلى صديقاتي **داليا بعدونة، ريان رحيم، وفاء صيافة، خولة تومي**.

أتقدم بإهداء خاص إلى صديقي وصديق العائلة **مسيخ فتحي** الذي ساندني من بداية مشواري الجامعي.

إلى زميلي الذي لم يبخل علي بمعلوماته حول موضوع بحثي العلمي **جهيد**.

إلى كل من ساندني من قريب أو من بعيد في إنارة عقلي بالعلم النافع وشكرا.

إكرام

إهداء

إلى أمي الحبيبة التي لم تفارقني دعواتها الطيبة في كل حين

إلى أبي الغالي بارك الله له في عمره

إلى زوجي الفاضل وابني "تيم الله" حفظهما الله

إلى اخوتي وفقهم الله

وإلى كل قريب وبعيد ساهم في مساعدتي في اعداد هذه المذكرة.

الطالبة: أميرة

قائمة المختصرات

ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري

ق م ج: القانون المدني الجزائري

ج ر: الجريدة الرسمية

ج: الجزء

ط: الطبعة

ص: صفحة

مقدمة

تعتبر الأهلية أمرًا أساسياً وشرطاً ضرورياً في مختلف التصرفات القانونية، حيث يمنع كل من أصاب أهليته عارض أو مانع من التصرف المباشر في أمواله، حيث أن المشرع الجزائري قد نظم من أجل ذلك نظاما قائما بذاته وهو ما يعرف بالحجر والذي يتم توقيعه على ناقص الأهلية، بناءً على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة ومن النيابة العامة حسب المادة 102 قانون الأسرة الجزائري، وينص القانون الجزائري أيضًا على أن بعض الأشخاص يفقدون الأهلية في بعض الحالات، مثل الأشخاص الذين يحكم عليهم بالسجن لمدة تفوق الحد الأقصى المحدد في القانون، والأشخاص الذين يعانون من أمراض نفسية خطيرة ولا يستطيعون الاعتناء بأنفسهم.

كما يعد الالتزام بأحكام الأهلية في قانون الأسرة الجزائري أمرًا ضروريًا لتحقيق العدالة والمساواة في المجتمع، حيث يسمح للأشخاص الذين يستحقون الحقوق بالحصول عليها، بينما يمنع الأشخاص الذين لا يستوفون الشروط من الاستفادة منها، كل هذه مجتمعة كانت الدافع الأساسي وراء دراسة ومعرفة أحكام الأهلية في القانون الجزائري. لكن من جهة أخرى لم يفصل في أحكام الأهلية في كل المسائل التي يحتويها قانون الأسرة، ولم يتطرق إلى حالات نقص الأهلية فيها بصورة كافية فنجده سكت عن الكثير منها مما يلجأ ذلك إلى الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222. ومن خلال هذا نطرح الإشكالية:

إلى أي مدى نظّم المشرع أحكام الأهلية في قانون الأسرة الجزائري؟

ومن خلال طرحنا لهذه الإشكالية تفرعت عنها مجموعة من الأسئلة الفرعية وهي كالتالي:

- ما هي أحكام الأهلية وأثر تخلفها في مختلف مسائل قانون الأسرة الجزائري؟
- ما أثر تخلف الأهلية في الحقوق المقررة في الزواج والطلاق؟ وما الآثار المترتبة عنهما؟
- ما أثر تخلف الأهلية في عقود التبرعات والنيابة الشرعية؟

❖ دوافع اختيار الموضوع:

أ. أسباب ذاتية:

- الميول الشخصي والرغبة الكبيرة في طرح القضايا المتعلقة بحقوق بعض الأشخاص الموصوفين بناقصي الأهلية في المجتمع وفقاً لقانون الأسرة الجزائري.
- اهتمامنا الشخصي بموضوع أحكام الأهلية في القانون الجزائري بكل جوانبها، ومن خلال مذكرتنا هذه سنحاول إثراء معلوماتنا بما هو جديد في هذا الموضوع.

ب. أسباب موضوعية:

- قابلية الموضوع للدراسة والبحث والاستكشاف.
- اعتبار الموضوع من أهم المواضيع الحديثة الذي يفرض نفسه على الساحة العملية.
- علاقة الموضوع بتخصصنا ألا وهو تخصص قانون أسرة.
- إبراز القيمة العلمية لموضوع أحكام الأهلية في القانون الجزائري في المجتمع.

❖ أهمية الموضوع:

1/من حيث حداثة الموضوع:

- حداثة الموضوع حيث أن هذا الموضوع تناول أحكام الأهلية بطريقة شاملة؛ بحيث تطرق لجوانب عدّة لم يتم التطرق إليها،
- كما أن الدراسات السابقة تناولت أجزاء بطريقة منفصلة دون أن تعالجه بشكل أشمل مثلما فعلناه في موضوعنا، حيث حاولنا التطرق الى جميع جوانبه المختلفة مع التركيز على المعلومات التي تخدم موضوع مذكرتنا دون الخروج عن حقلنا الموضوعي.

2/من حيث الناحية العلمية للموضوع :

تكمن أهمية البحث من الناحية العلمية في إثراء وتغطية النقص التشريعي ومحاولة سد بعض الثغرات القانونية الموجودة في قانون الأسرة الجزائري والذي تتعلق بأحكام الأهلية.

3/من الناحية العملية:

تقديم بعض الاستشارات القانونية لكل من يبحث عن أحكام ناقصي الأهلية في مختلف المسائل التي تطرأ في الواقع والتي من شأنها طرح تساؤلات عديدة عن مصير هذه الفئة في المجتمع.

❖ أهداف البحث في الموضوع:

لا شك في أن البحث في مثل هذه المواضيع ذات القيمة والفائدة العملية له أهداف تتمثل فيما يأتي:

- المعرفة والتحكم في منهجية إعداد البحث العلمي القانوني بالطريقة الصحيحة وفقا لما تقرره المقاييس المنهجية وكذا التحصيل العلمي ومحاولة اكتساب مهارات جديدة.
- التحليل القانوني والنقد والمقارنة ومعرفة المواد التي نصت على أحكام الأهلية في قانون الأسرة الجزائري.
- وبيان النقص التشريعي الحاصل في قانون الأسرة الجزائري فيما يخص أحكام الأهلية وبالضبط أحكام ناقصي الأهلية.

❖ تحديد نطاق البحث:

تم حصر البحث في أحكام الأهلية وأثر تخلفها في الحقوق المقررة في الزواج والطلاق وآثارهما، والمتمثلة في النفقة وتربية الأبناء و الحضانة والنفقة على المحضون، وكذلك في التبرعات والنيابة الشرعية، وهذا بالتركيز على حالات ناقصي الأهلية، وهم: المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة والقاصر، والغائب والمفقود ضمن القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، مع الإنتقال إلى أحكام الشريعة الإسلامية من أجل معالجة الحالات السابقة وهذا في حالة عدم ورودها في قانون الأسرة الجزائري كما تحيل إلى ذلك المادة 222 من هذا القانون.

❖ مناهج البحث في الموضوع:

تم الاعتماد في معالجة اشكالية هذا البحث على مجموعة من المناهج، وهي كالتالي:

- **أسلوب المقارنة:** وتم استخدام هذا المنهج عن طريق المقارنة الضمنية باللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية، لتغطية النقص الحاصل في مسائل أحكام الأهلية في قانون الأسرة الجزائري.
- **المنهج التحليلي:** وتم استخدام هذا المنهج على مستوى تحليل المواد القانونية من خلال تفكيك النص إلى مجموعة من القضايا التي تتضمن أحكام الأهلية وتشخيص القضية التي توافق إشكالية البحث ثم محاولة تفسيرها.
- **المنهج الوصفي:** وتم استخدام هذا المنهج من خلال التعريف بمختلف المصطلحات وتحديد الصفات الخاصة بمختلف أصناف ناقصي الأهلية ومن ينوب عنه قانوناً.
- **المنهج الاستقرائي:** وذلك من خلال تتبع الحالات الجزئية في موضوع الأهلية من خلال الآراء الفقهية للوصول إلى أحكام عامة.

❖ صعوبات البحث:

ومن الصعوبات التي واجهتنا أثناء انجاز هذا البحث عدّة صعوبات يمكن إيجازها في النقاط التالية:

- عدم وجود دراسات علمية أكاديمية سابقة تحيط بالموضوع من جميع الجوانب.
- صعوبة الموضوع في حد ذاته نظرا لتشعبه.
- ضيق الوقت المخصص هذه المذكرة بالنظر الى توسع مجال البحث في موضوع أحكام الأهلية في قانون الأسرة الجزائري.

❖ تفصيل خطة البحث:

لتحقيق أهداف البحث المرجوّة جاءت الخطة مقسمة إلى مقدمة وفصلين وخاتمة كمايلي:

تضمن الفصل الأول الحديث عن الأهلية وأثر تخلفها في الحقوق المقررة في شؤون الأسرة مقسما إلى مبحثين؛ تناولنا في المبحث الأول الأهلية وأثر تخلفها في الزواج وآثاره

وتضمن هذا المبحث مطلبين؛ المطلب الأول الأهلية وأثر تخلفها في الخطبة وعقد الزواج، والمطلب الثاني الأهلية وأثر تخلفها في آثار الزواج، أما المبحث الثاني فتناولنا فيه الأهلية وأثر تخلفها في الطلاق وآثاره، والذي قسم بدوره إلى مطلبين؛ المطلب الأول ألأهلية وأثر تخلفها في الطلاق وصوره، المطلب الثاني الأهلية وأثر تخلفها في آثار الطلاق.

أما الفصل الثاني فجاء تحت عنوان الأهلية وأثر تخلفها في عقود التبرعات والنيابة الشرعية والذي قسمناه إلى مطلبين مبحثين؛ تناولنا في المبحث الأول الأهلية وأثر تخلفها في عقود التبرعات، والذي قسمناه بدوره إلى ثلاث مطالب؛ المطلب الأول الأهلية وأثر تخلفها في الوصية، والمطلب الثاني الأهلية وأثر تخلفها، والمطلب الثالث الأهلية وأثر تخلفها في الميراث، أما المبحث الثاني تطرقنا فيه إلى الأهلية وأثر تخلفها في النيابة الشرعية، والذي قسمناه إلى مطلبين؛ المطلب الأول الأهلية وأثر تخلفها في الولاية، المطلب الثاني الأهلية وأثر تخلفها في الوصاية.

الفصل الأول:

الأهلية وأثر تخلفها في الحقوق المقرّرة في الزواج والطلاق وآثارهما

الفصل الأول: الأهلية وأثر تخلفها في الحقوق المقرّرة في الزواج والطلاق وآثارهما

تمهيد:

في هذا الفصل سيتم تناول أحكام الأهلية فيما يخص الحقوق المقررة في الزواج والطلاق وآثارهما من حقوق مالية وغير مالية، تتمثل في كل من النفقة والحضانة، هذا بشكل عام. أما تفصيلاً؛ فسيتم التطرق في البداية إلى أحكام الأهلية وأثر تخلفها في الزواج، تأسيساً على ما هو متضمن في قانون الأسرة الجزائري، وتحديداً المادة 07، التي تشترط الأهلية كركن أساسي يجب توفره في كل من المرأة والرجل من أجل صحة عقد الزواج، وهو بلوغ سن 19 سنة كاملة، ويستثنى من ذلك القاصر الذي نظم أحكامه ذات القانون بمنحه الحق في طلب الترخيص بالزواج.

وسيتم التطرق أيضاً لأحكام الأهلية في آثار الزواج من نفقة وتربية أبناء وأثر تخلفها في كليهما، ثم التحدث عن انحلال الرابطة الزوجية في مختلف صورها، سواء بإرادة الزوج أو بغير إرادته، وهي الطلاق والتطليق والخلع، ومتى يكون الشخص-رجل أو امرأة-أهلاً للقيام بذلك، ثم مناقشة أحكام الأهلية في الآثار المالية وغير المالية التي يخلفها هذا الانحلال، والمتمثلة في النفقة والحضانة.

الفصل الأول: الأهلية وأثر تخلفها في الحقوق المقرّرة في الزواج والطلاق وآثارهما

المبحث الأول: الأهلية وأثر تخلفها في الحقوق المقرّرة في الزواج وآثاره

قبل الولوج في عرض أحكام الأهلية المتعلقة بالزواج وآثاره، سيكون من المستحسن من الناحيتين الوصفية والتصنيفية لمصطلحات البحث الأساسية التعريف بمصطلح الأهلية، وبيان أنواعها، فضلاً عن عوارضها وموانعها.

تعريف الأهلية لغةً:

يعرّف الشريف الجرجاني الأهلية على أنها: "صلاحية لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه"[1]. أمّا في المصباح المنير للفيومي فجاء فيه ما يدل على أن الأهلية تعني الصلاحية في قوله: "صالح للولاية؛ أي له أهلية القيام بها"[2].

تعريف الأهلية اصطلاحاً:

- **عند الأصوليين:**

تعني: "صلاحية الإنسان لاستحقاق الحقوق وأداء التصرفات، وهي نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء"[3].

وعرّفها أبو زهرة بأنّها: "صلاحية الشخص للإلزام والالتزام بمعنى أن يكون الشخص صالحاً لأن تلزمه حقوق لغيره، وتثبت له حقوق قِبَل غيره، وصالحاً لأن يلتزم بهذه الحقوق"[4].

---

[1] الشريف الجرجاني، **كتاب التعريفات**، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983، ص 40.

[2] أحمد بن محمد علي الفيومي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، ج.1، المكتبة العلمية، بيروت، د. س، ص 345.

[3] وهبة الزحيلي، **الوجيز في أصول الفقه**، طبعة معادة، دار الفكر المعاصر، بيروت، 1999، ص 156.

[4] محمد أبوزهرة، **أصول الفقه**، دار الفكر العربي، القاهرة، د. س، ص 329.

➢ **عند فقهاء القانون:**

من المعلوم أنّه في حالة عدم العثور على نص قانوني أو تشريعي يحدّد ماهية مصطلح من المصطلحات القانونية، مثل مصطلح الأهلية، فلا شك في وجود اجتهاد فقهي حيال ذلك. ومن بين الاجتهادات الفقهية التحديدية لهذا المصطلح، تلك التي تعرِّفها بأنَّها: "صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق، وتحمّل الالتزامات، وقدرته على مباشرة الأعمال القانونية بنفسه التي تكسبه حقاً أو تحمّله التزاما"[1].

ومن التعريفات القانونية التي تتفق على إطلاقها مع تعريفات علماء الشريعة الاسلامية للأهلية، تلك التي ترى أن هذه الاخيرة تعني: "صلاحية الشخص لصدور شيء معين عنه أو استحقاقه له"[2].

وعادةً ما يتحدث فقهاء القانون عن الأهلية في موضوعين رئيسيين: "الأول، يتضمن التعريف بالأهلية وتحديد نطاقها أو ما يسمى بالنظرية العامة في الاهلية. أما الثاني؛ المتعلق بأحكام الأهلية؛ فيتضمن الحديث عن تأثر الأهلية بالسن، وتدرجها بحسبه، أو تأثرها بعوامل أخرى غير السن، وهذا ما يسمى بعوارض الأهلية وموانعها"[3].

أنواع الأهلية:

قبل التعرض للحديث عن تأثر الأهلية بالسن وبمختلف العوامل الأخرى، وهي تارةً عوارض، وتارةً أخرى موانع، وجب الحديث عن أنواع الأهلية: وهما أهلية الوجوب وأهلية الأداء. "أما أهلية الوجوب؛ فهي صلاحية الانسان لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات دون

---

[1] ساعد سلامي، "مراحل الأهلية وأثر عوارضها على صحة التصرفات في التشريع الجزائري"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد.6، العدد. 2 (2022)، ص. 240. ناقلاً عن: عبد الله حجازي مدني، **التعبير عن الارادة عن طريق الانترنيت واثبات التعاقد الالكتروني: دراسة مقارنة**، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2010، ص 149.

[2] صالح بن سعود آل علي، **عوارض الاهلية المؤثرة في المسؤولية الجنائية**، ج.1، مكتبة العبيكان، الرياض، 2011، ص 90.

[3] محمد بن بلعيد أمنو البوطيبي، **الأوراق التجارية المعاصرة وطبيعتها القانونية وتكييفها الفقهي**، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، بيروت، 2006، ص 130.

توقف على إرادة صاحب الأهلية، أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لمباشرة التصرف القانوني الذي يكسبه حقاً ويحمّله التزاماً"[1].

وحسب البعض، "فقد تكون كلٌّ من أهلية الوجوب وأهلية الأداء ناقصة أو تامة، فأهلية الوجوب الناقصة تثبت للجنين في بطن أمه؛ لأنه تثبت له حقوق ولا تترتب عليه واجبات، ...وأهلية الوجوب الكاملة تثبت للإنسان منذ ولادته إلى وفاته ولا تفارقه بسبب الصبا أو الجنون أو نحو ذلك، ولكنه إذا لم يبلغ سن التمييز، أو بلغ ولكنه مجنون فلا ينضم إلى هذه الأهلية أهلية الأداء، وما عليه من واجبات يقوم وليه بأدائها من ماله، ... وأما أهلية الأداء الناقصة فهي تثبت للإنسان منذ بلوغه سن التمييز إلى البلوغ ولا تثبت للمجنون الذي لا يعقل، ولكنها تثبت لضعيف الإدراك ومن به تخلف عقلي"[2].

عوارض الأهلية وموانعها:

- **العوارض وحالاتها:**

العوارض هي: "الأمور التي تطرأ على الإنسان بعد كمال أهلية الأداء فتؤثر فيها بالإزالة أو النقصان، أو تغيير بعض الأحكام بالنسبة لمن عرضت له من غير تأثير في أهليته"[3].

وحسب عبد الوهاب خلاّف: "قد تعرض للأهلية عوارض، منها ما هو عارض سماوي لا كسب للإنسان فيه ولا اختيار، كالجنون والعته والنسيان، ومنها ما هو عارض كسبي يقع بكسب الإنسان، واختياره كالسكر والسفه والدين"[4].

وهذه العوارض هي كالتالي:

---

[1] المهدي قياس، **القاضي وحماية القاصر**، مجمع الاطرش للكتاب، تونس، 2015، ص 16.

[2] عياض السلمي، **أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله**، دار التدمرية، الرياض، 2005، ص 80.

[3] زكي الدين شعبان، **أصول الفقه الإسلامي**، دار نافع للطبع والنشر، عين شمس، 1975، ص 281.

[4] عبد الوهاب خلاف، **علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع المدني**، مطبعة المدني، المؤسسة السعودية بمصر، د. س، ص 130.

1/الجنـون: وهـو اخـتلال للعقل، مـانع مـن جريـان الأفعـال والأقـوال علـى نهجـه إلا نـادراً؛ لنقصان جُبِل عليه دماغه فلم يصلح لقبول ما أعد لقبوله من الفعل[1].

2/العتـه: ويـدل علـى: "اخـتلال فـي العقل، يجعل صـاحبه قليل الفهم مخـتلط الكـلام فاسد التدبير"[2]. ويعرّف أيضاً بأنه: "آفة ناشئة عن الذات توجب خللاً في العقل فيصير صاحبه مختلط العقل فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء وبعض كلامه كلام المجانين"[3].

3/السـفه: عرفـه الجرجـاني بأنـه: "خفة تعرض للإنسـان فـي الفرح والغضـب، فتحملـه علـى العمل بخلاف طور العقل وموجب الشرع"[4].

4/الغفلة: هي الغبن بسهولة في المعاملات بسبب نقص في تقدير الربح والخسارة فيها[5].

الموانع وحالاتها:

الموانـع هـي أمـور تطـرأ علـى الأهليـة فتعـدمها. أمـا حـالات الموانـع، فـيمكن اختصـارها فيما يلي:

1/المانع المادي:

المفقود: حسب المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري، المفقود هو: "الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم"[6].

الغائب: هو الشخص الذي يكون متصل الأخبار معلوم الحياة، أو تعلم زوجته مكانه[7].

---

[1] ابن أمير الحاج، **التقرير والتحبير**، ج.2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983، ص 173.

[2] عبد الكريم زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، ط.6، مؤسسة قرطبة للطباعة والنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، د.س، ص 104.

[3] الشريف الجرجاني، مرجع سابق ذكره، ص 123.

[4] المرجع السابق، ص 119.

[5] محمود أحمد عبيد، **الوسيط في شرح قانون التوثيق**، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2011، ص 85.

[6] المادة 109 من القانون 84-11، المؤرخ في 9 يونيو(جوان) 1984، يتضمن قانون الأسرة.

[7] رفيقة بو الكور، محاضرات في مادة النيابة الشرعية ملقاة على طلبة السنة الثانية ماستر، تخصص: قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، السنة الجامعية 2019-2020، ص 35.

2/المانع القانوني:

المحكوم بعقوبة جنائية: يمكن تعريفه من خلال المادة 9 مكرّر من قانون العقوبات الجزائري بأنه الشخص المحجور عليه حجراً قانونياً بعقوبة تبعية للعقوبة الجنائية الأصلية تحرمه من ممارسة حقوقه المالية[1].

المطلب الأول: الأهلية وأثر تخلفها في إبرام عقد الزواج

الفرع الأول: أحكام إبرام عقد زواج المجنون والمعتوه.

أولاً: أحكام تزويج ناقصي الأهلية لأنفسهم- المعتوه والمجنون:

يذهب عوض العوفي إلى أن: "عدم أهليَّة غير العاقل مجمع عليها، بل إنَّ عدم العقل هو الأصل في موانع الأهليَّة والتكليف، ...ويشمل من زال عقله بالجنون، سواء أكان جنونًا مُطْبِقًا أم مُتَقَطِّعاً، وسواء أكان أصليًّا أم طارئًا عليه بعد بلوغه..."[2] .

ومع أن هذا الكلام الذي ذكره العوفي جاء في سياق مناقشته لمسألة اشتراط العقل في ولي النكاح إلا أنه يصح بخصوص مسألة أهلية المجنون في تزويج نفسه؛ فتصير القاعدة: "من لا ولاية له على غيره لا ولاية على نفسه".

ومما تجب الاشارة إليه، القول بإجماع الفقهاء على جواز زواج المعاقين والمتخلفين عقلياً، ومنهم المجنون والمعتوه؛ فإن لهم -من الناحيتين الأخلاقية والانسانية- ما للعاقل من حقوق عضوية ونفسية، على أن هذا الحكم بالجواز مشروط بما يلي[3]:

1-الدراية بوضع وحالة الطرف الآخر درايةً تامةً؛ وذلك درءًا للغش والخيانة.
2- أن لا يكون كليهما مجنوناً ولا زائل العقل؛ لأن في ذلك جلب للضرر ودفع للمصلحة.
3- أن يتحقق الأمن البدني على سليم العقل من سقيم العقل.

---

[1] أنظر نص المادة 9 مكرّر من القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

[2] عوض بن رجاء العوفي، **الولاية في النكاح**، ج.1، مطابع الجامع الإسلامية، المدينة المنورة، 2002، ص 220.

[3] عبد الله بن محمد الطيّار وعبد الله بن محمد المطلق ومحمد بن إبراهيم الموسى، ج.11، **الفقه الميسَّر**، مدار الوطن للنشر، الرياض، 2011، ص ص 53، 54.

4- أن يكون أولياء المرأة راضيين بهذا الزواج؛ لإمكانية لحاق الضرر بهما.

ولا يفوتنا أن ننوّه إلى أن القوانين العربية، مثل القانون الأردني والسوري والكويتي والعراقي والمغربي ومشروع القانون الاماراتي والقانون العربي الموحّد، وان اختلفت مع جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية في نوعية الشروط إلا أنهم توافقوا في إيراد هذا الاستثناء المتعلق بزواج كل من المجنون والمعتوه، ومن هذه الشروط ما يلي: "اشتراط إذن القاضي بالزواج ووجود تقرير طبي من أهل الاختصاص يثبت تحقيق المصلحة في هذا الزواج، علاوة على رضا الطرف بهذا الزواج. كما أضاف القانون العربي والخليجي شرط كون مرض فاقد العقل لا ينتقل إلى نسله"[1].

ثانياً: أحكام تزويج ناقصي الأهلية من طرف غيرهم-المجنون والمعتوه:

انقسم الفقهاء في مسألة تزويج الولي للمجنون والمعتوه على المذاهب التالية[2]:

المذهب الأول: ذهب الحنفية(ابن نجيم و ابن عابدين) والحنابلة (ابن قدامة) إلى عدم اشتراط العقل لصحة الزواج؛ فيجوز للولي أن يزوج المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة؛ صغيرةً كانت أو كبيرة بكراً أو ثيّباً، وكذلك إذا كان الولي الحاكم فله تزويج الثيّب عند الحنفية والحنابلة إذا ظهرت منها شهوة للرجال، وذلك لأن بها حاجة إليه لدفع ضرر الشهوة عنها وصيانتها عن الفجور، وتحصيل المهر والنفقة والعفاف وصيانة العرض، ولا سبيل إلى إذنها فأبيح تزويجها كالثيب مع أبيها.

المذهب الثاني: ذهب الشافعية (الشربيني والرملي) إلى أنه يلزم الأب أو الجد مثلهما الحكم بتزويج المجنونة أو المجنونة إذا ظهرت حاجتها لذلك، أو يتوقع شفاؤها بالزواج لظهور المصلحة المترتبة على ذلك.

المذهب الثالث: ذهب المالكية(الخرشي والدردير) إلى أن للأب أو وصية، وكذلك الحاكم أن يجبر المجنون والمجنونة على الزواج إذا تبيّن أنه طريقه لصيانته من الزّنا والضياع.

---

[1] جميل فخري محمد حاتم، **مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون**، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص ص 203، 204.

[2] المرجع السابق، ص 203.

المذهب الرابع: ذهب الأزهري والخرشي والدردير وابن عابدين إلى أنه إذا بلغ عاقلاً ثم طرأ عليه الجنون فلا يملك أحد تزويجه.

مما سبق يتبين أن الفقهاء قد أجمعوا على جواز تزويج الولي للمجنون والمعتوه ذكراً كان أم أنثى، دفعاً لضرر الشهوة والصيانة من الفجور وتحقيق العفاف، بل إن المالكية منهم قالوا بجواز إجبار الولي له إذا كان الزواج بقصد الصيانة من الزِّنا والضياع.

الفرع الثاني: حكم إبرام عقد زواج السفيه وذو الغفلة:

أولاً: حكم إبرام عقد زواج السفيه وذو الغفلة عن طريق أنفسهما.

بالنسبة لأهلية السفيه وذو الغفلة في إبرام عقد الزواج؛ فقد أجمع الفقهاء على صحة زواجهما إذا أُبرِم بإذن وليهما، أمَّا إذا أبرم دون الولي؛ فمن الفقهاء من اعتبر إبرامهما لعقد زواجهما صحيحاً نافداً بغض النظر عن إجازة وليهما وهو قول الأحناف. أمّا المالكية فرأوا أن الزواج هنا موقوف على إيجازه؛ فإذا لم يجزه أعتبر ردّ الولي طلاقاً بائناً؛ فإن كان دخل بها أعطيت ربع دينار ذهباً، وإذا لم يدخل بها فلا شيء لها. أمّا الشافعية؛ فاعتبروه باطلاً ما لم تكن فيه مصلحة. أمّا الحنابلة فأجازوا للسفيه عقد نكاحه ما دام فيه مصلحة له؛ فإن لم يكن فيه مصلحه فهو موقوف على إجازة الولي[1].

ثانياً: حكم إبرام السفيه وذو الغفلة عقد زواجهم عن طريق الولي:

لقد قال الفقهاء بإجماعهم على عدم جواز إجبار الولي للسفيه وذي الغفلة في الزواج؛ لأنهما بالغين ومميزين، ولأن رضاهم معتبر في ذلك[2].

من خلال ما سبق أن القول بصحة زواج السفيه وذي الغفلة دون إذن من وليه أظهر، وذلك لأن الزواج من الحوائج الأصلية، وفيه مصلحة محضة للسفيه وذي الغفلة، وفيه

[1] خالد بوشمة والعربي التومي، "النقص التشريعي في أحكام زواج وطلاق المحجور عليهم في قانون الأسرة الجزائري: دراسة مقارنة مع مدونة الأسرة المغربية،" مجلة القانون والمجتمع، المجلد. 08، العدد. 02 (2020)، ص ص 127، 128.

[2] محمد توفيق قديري، "النيابة الشرعية بين الفقه الاسلامي والقانون الجزائري: دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية"، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص: العقود والمسؤولية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، 2018، ص 180.

صيانة لهما من تبذير أموالهما في الحرام، وليس للولي تدخل فيهما أو في اختياراتهما أو إجبارهما على الزواج لأنهما بالغين وعاقلين وأدرى بحالهما في هذا الشأن[1].

ومن الواضح أن الولاية على السفيه الذكر ثابتة عليه في المال وفي النكاح عكس الانثى السفيهة التي تثبت عليها الولاية في المال بسبب السفه، بينما ولاية النكاح لا يعتبر السفه وصفاً لثبوتها عليها وإنما هي ثابتة بسبب الأنوثة، وقد قال بذلك جمهور من المالكية والشافعية والحنابلة خلافاً للحنفية الذين لم يثبتوا عليها ولاية النكاح بسبب الأنوثة وقالوا إن النكاح يعقد بعبارتها، وكذلك لا يعتبر السفه عندهم سبباً للحجر عليها في أموالها[2].

المطلب الثاني: الأهلية وأثر تخلفها في آثار الزواج.

تعتبر النفقة أثر من آثار الزواج والتزام يقع على عاتق الزوج في حق زوجته وفي حق أولاده. ومما هو معلوم أن النفقة من مستلزمات القوامة، ومما يدخل في إطار القوامة أن يكون القائم بها أهلاً لذلك، ولا تعتري أهليته عارض أو مانع يحوله دون القيام بها. لكن الذي يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يتطرق لأهلية المنفق بصفته زوجاً أو أباً سوى أنه نظّم أحكاماً أخرى للنفقة، وسكت عن هذا الجانب. وأمام هذا السكوت وجب اللجوء الى قواعد الشريعة الإسلامية لاستنباط أحكام بعض حالات نقص الأهلية، مثل حالة المجنون والمعتوه والسفيه، وحالة انعدامها كالغائب والمفقود. وقبل التطرق الى المجنون والمعتوه في انفاقهما على الغير وجب التطرق أولاً الى حالة نفقه المجنون والمعتوه على أنفسهما.

[1] خالد بوشمه العربي التومي، المرجع السابق، ص 128.

[2] نضال محمد ابو سنينه، مرجع سابق ذكره، ص 297.

الفرع الأول: الأهلية وأثر تخلفها في النفقة على الزوجة والأولاد.

أولاً: أحكام نفقة المجنون والمعتوه والغائب على الزوجة

1-أحكام نفقة ناقص الأهلية المعتوه والمجنون على أنفسهما

يعتبر المجنون والمعتوه عديمي الأهلية؛ إذ لا يصح منهما التصرف في أموالهما سواء بالإنفاق على أنفسهما أو على الغير ممن تجب لهم نفقته عليهم. ومن ثم، فإنه وجب من يقوم مقامهما على إدارة تلك الأموال وحفظها من التبذير والإسراف إذ يجب على النائب الشرعي ولياً كان أو وصياً أو مقدماً أن يتصرف في أموالهما تصرف الرجل الحريص الأمين.

وتجدر الإشارة الى أنه يمكن للمجنون والمعتوه في حالة كانا قادرين على التكسب وكان لهما مال؛ فإن لهما التصرف في أموالهما متى أفاقا وزال عارض الجنون والعته عنهما؛ فصلاحيتهما في الانفاق مرتبطة بزوال العارض مؤقتاً أو أبداً؛ أي متى شفيا من ذلك. أما في حالة لم يكونا قادرين وليس لهما مال، وجب على من تجب نفقتهما عليه الانفاق عليهما[1].

2-أحكام النفقة على الزوجة المعتوهة والمجنونة:

قبل التطرق الى أحكام النفقة على الزوجة المعتوهة والمجنونة ينبغي تناول شروط استحقاق الزوجة العاقلة للنفقة التي يمكن من خلالها استنباط تلك الأحكام؛ فقد اشترط جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة أن تكون المرأة كبيرة أو مطيقة للوطء وأن تسلم نفسها للزوج متى طلبها إلا لمانع شرعي، وأن يكون العقد صحيحاً لا فاسداً؛ فمتى توافرت هذه الشروط في المرأة فإنها تستحق النفقة، حتى إن الجمهور لم يشترطوا في الزوج

[1] ثائر سمير رفاعي الروسان، أحكام المعتوه في الأحوال الشخصية، رسالة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الفقه وأصوله، تخصص: القضاء الشرعي، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، السنة الجامعية 2008-2009، ص 94.

أن يكون بالغاً، بل تجب النفقة على الصغير متى تحققت الشروط الواجب توافرها في الزوجة[1].

لقد اتفق الفقهاء في مسألة وجوب نفقه الزوج على زوجته، وعلّقوا ذلك بمدى إجابتها له إذا ما طلبها من المعاشرة، ومن ذلك قالوا بأنّه إذا ذهب عنها العته وطلبها حينئذ وأجابت فلها النفقة، ويسقط حقها في ذلك إذا أَبَتْ، وأجمعوا أيضاً في حالة المجنونة بأن النفقة تجب لها متى سلمت نفسها؛ فلا اعتبار حسبهم بذهاب عقلها أو فقدانها تمييزها[2].

من خلال ما سبق يمكن القول أن المعتوه والمجنون ينفقان على الزوجة متى مازال العارض أو عن طريق من يتولى إدارة أموالهما والتصرف فيها. وفي كلتا الحالتين؛ فنفقتهما تجب متى قامت الزوجة بواجبها الشرعي، وهو حق الزوج في المعاشرة.

3-أحكام نفقة الزوج الغائب:

تعتبر الغيبة والفقد من موانع الأهلية التي تحول دون تصرف كل من الغائب والمفقود في أموالهم، ومن ذلك النفقة على الزوجة والتي تعتبر أثرًا من آثار الزواج تجب على الزوج في حق زوجته ولا نجد في قانون الأسرة الجزائري أحكام لهذا الغائب والمفقود في جزئيه: النفقة على الزوجة بسبب الغيبة أو الفقد؛ فقد اقتصر المشرِّع الجزائري على تنظيم بعض أحكام تسيير أموال الغائب والمفقود فيما يخص حقهم في الميراث والتبرع من أموالهم دون حقوق أخرى، ولهذا وجب التفصيل في أحكام نفقة الغائب كمثال عن عديم الاهلية من الشريعة الاسلامية طبقاً للمادة **222**، والتي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الاسلامية في حال لم يرد النص على إحدى المسائل في هذا القانون كما سبق الإشارة إليها في المطلب الأول.

[1] المرجع السابق، ص 92.

[2] المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

لقد انقسم الفقهاء في أحكام نفقه الغائب والمفقود على الزوجة إلى أربعة مذاهب[1]:

أولاً: المذهب المالكي: فصّل المذهب المالكي أحكام الانفاق على الزوجة؛ بسبب غيبة الزوج في ثلاث حالات:

1/ الحالة الأولى: ثبوت عسر الزوج الغائب: وقالوا في ذلك بأن يمهله الحاكم مدة مناسبة، وإلاّ جاز له التطليق عليه بطلب من الزوجة في حال كان هذا الزوج قد دخل بها أم لم يدخل.

2/الحالة الثانية: إذا كان مكانه مجهول أو علم الحاكم مكانه وكان على بعد مسيرة عشرة أيام فإنّه في هذه الحالة يمهل الزوج الغائب.

3/الحالة الثالثة: فإن الحاكم يعذر إليه بأن يخيّره بين الإنفاق على زوجته وإلا يطلِّقها عليه؛ فإن حضر وأنفق أو أرسل النفقة فالزوجية باقيها، وإنَّ لم يحضر ولم يرسل النفقه فإن الحاكم يطلق عليه بناءً على طلب الزوجة.

ثانياً: المذهب الشافعي: انقسم المذهب إلى قولين متضادين:

القول الأوّل: لا تعتبر غيبة الزوج سبباً لثبوت حق المرأة في الفسخ، وحجتهم في ذلك أن سبب الفسخ إنما هو إعسار الزوج ولا سبيل للعلم بإعساره، وذلك بسبب غيبته وانتفاء العلم بحاله.

القول الثاني: غيبة الزوج سبب لثبوت حق المرأة في الفسخ، وحجتهم في ذلك أن العلة في جواز الفسخ بسبب الإعسار هي ذات العلة في الفسخ بسبب الغيبة وهي عدم الانفاق.

مذهب الحنابلة: اشترط الحنابلة في مسألة نفقة الزوج الغائب مجموعة من الشروط قبل الحكم للزوجة بجواز طلب الفسخ، وهي كالتالي:

- إذا لم يترك الزوجة الغائب نفقةً لزوجته ولم يرسل لها نفقة.

[1] عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الاسلامية**، ج.8، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1993، ص 485-486.

- في حال لم يعثر له على مال تنفق منه الزوجة.
- إذا لم تتمكن الزوجة من الاستدانة من أجل الانفاق على نفسها.
- إذا لم تتمكن الزوجة من أخذ نفقتها من وكيل الزوج إذا كان له وكيل.
- إذا لم يعلم القاضي مكانه.
- إذا علم مكانه وأرسل إليه ليحضر وينفق ولم يجب.

ثانياً: الأهلية في النفقة على الأبناء:

تنص المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"[1].

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري جعل نفقة الأب على الأولاد واجبة في حالة كان قادراً على ذلك، وقد علّقها في المادة 75 من نفس القانون بشروط معينة أوجب توافرها في الأولاد إناثاً كانوا أو ذكوراً. وقد فرّق بين الحالتين؛ فاشترط في الأنثى أن تكون غير متزوجة وغير مدخول بها بعد، أمّا في الذكر فقد اشترط أن يكون غير بالغ سن الرشد وأن يكون غير قادر على التكسب ولو بلغ سن الرشد وأن يكون عاجزًا بسبب آفة بدنية أو عقلية، وأن يكون مزاولاً للدراسة غير أننا نجده قد استثنى في المادة السالفة الذكر وهي المادة 76 حالة الأب العاجز.

ومما يلاحظ أنه لم يحدِّد نوع العجز الذي تسقط معه نفقة الأب ولهذا جاز لنا الإطلاق على افتراض قصد المشرع بالعجز البدني الذي يجعل الأب غير قادر على التكسب فيكون بذلك عديم الأهلية، كأن يكون مصاباً بعاهة مزدوجة: أصم أبكم؛ أصم أعمى؛ أبكم أصم؛ أبكم أعمى. وفي هذه الحالة فإنه ليس للأب مال لينفق منه فتحل الأم محله في الانفاق إذا كانت قادرةً على ذلك كما أوردت ذات المادة أو افتراض قصد المشرع بالعجز العقلي الذي يدخل ضمنه الجنون والعته والسفه والحجر بسبب عقوبة جنائية وكل ما من شأنه أن يخل بأهلية الأب. ولعل ما يؤكد هذه الفرضية نص المادة 75، والتي اعتبر فيها المشرع عجز الولد بسبب آفة عقلية أو بدنية سبب من أسباب وجوب الانفاق عليه؛ فيعتبر الأب حينئذ

[1] المادة 76 من القانون رقم 84 – 11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

ولياً على أبنائه. وبمفهوم المخالفة يمكن القول أنّه إذا كان الأب هو ذاته عاجزاً؛ فإنه يحتاج من يدير ويتولى أموره ويقوم مقامه في إدارة أمواله وحفظها من التبذير والإسراف، ومن ثم فلا يصح للأب–في هذه الحالة– أن يكون وليًا على أبنائه؛ لأنّ من لا ولاية له على نفسه لا ولاية له على غيره.

وخلاصة القول أن نفقة الأب على أولاده واجبةٌ متى كان ذا اهلية كاملة قادراً على التكسب، وتسقط عنه في حال عجزه بخلل في أهليته أو انتفاء قدرته على التكسب فتحل الأم محله قانوناً.

الفرع الثاني: الأهلية في تربية الأبناء:

من المعلوم أن القيام بالنيابة الشرعية بمختلف صورها يستلزم الأهلية الكاملة. وعلى اتساع هذا المفهوم؛ فإن من بين ما يضمُّه القدرة الجسدية والعقلية التي تخوِّل للنائب الشرعي صلاحية مباشرتها. ومن الذين تجب في حقهم هذه النيابة، المتمثلة في الولاية والوصاية والتقديم هم الأبناء، ولهذا وجب الحديث في البداية عن الأهلية في تربية الأبناء من ولاية على النفس وولاية على المال، وأثر تخلف هذه الأهلية على النائب الشرعي في حد ذاته.

وقبل التعرض لذكر مواطن الولاية على النفس وعلى المال في قانون الأسرة الجزائري وما أولاه المشرع لمسألة النيابة الشرعية من عناية سيكون من المنطقي أولاً الحديث عن مقصود كل منهما.

أولاً: الولاية على النفس:

يراد بالولاية على النفس: "الولاية التي تجعل لصاحبها القدرة على التصرف في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه من حفظ وتأديب وتزويج وسائر التصرفات المتعلقة بشخصه، أو هي القدره على إنشاء عقد الزواج نافداً من غير حاجة الى إجازة من أحد، والمحافظة على نفس القاصرين. ولما كان مدار ثبوتها عجز الولي عن إدراك وجه المصلحة فيما يحتاج إليه ثبت عن كل عاجز سواء كان صغيراً أو كبيراً أو مجنوناً أو معتوهاً؛ فتثبت على

الصغير حتى يبلغ عاقلاً، وعلى الصغيرة والكبيرة حتى تتزوج وتتقدم بها السن وتصبح مأمونة على نفسها بكراً كانت أم ثيباً، كما تثبت على المجانين والمعاتيه حتى تزول علّتهم"[1].

ثانياً: الولاية على المال:

هي سلطة يتمكن بموجبها النائب الشرعي من التصرف الشؤون المالية لناقص الأهلية، وتثبت على المجنون والسفيه والقاصر؛ فهي صلاحية التدبير والتسيير، وعلى القائم بها أن يتصرف في أموال من ينوبه تصرف الرجل الحريص، وذلك طبقاً للمادة 88 من قانون الأسرة الجزائري.

ومن أدلة الولاية على النفس في قانون الأسرة الجزائري المادة 87 من الأمر 05-02، والتي تنص على ما يلي: "الأب وليّ على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل محله الأم قانوناً، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"[2].

من خلال المادة الآنفة الذكر، يتبين أن الأصل في الولاية أنها للأب حينما ما يكون حيّاً وحاضراً، وذا أهلية كاملة تمنحه صلاحيته في القيام على شؤون أبنائه. وبمفهوم المخالفة يمكن القول أنه لا ولاية لناقص الأهلية، ولعل المشرع في استعماله لمصطلح مانع؛ فإنه يقصد كل ما يحول الأب عن قيامه بولايته، ومما يحوله عن ذلك نقص أهليته هو أساساً، بأن يكون مجنونا أو معتوهاً أو سفيهاً؛ فتحل الأم محله قانوناً بانتفاء أحد الشروط وهي: الحضور والحياة وكمال الأهلية. ومن أدلة الولاية على المال في الأسرة الجزائري

---

[1] محسن عبد فرحان الجميلي، "الولاية على السفيه في النكاح في الفقه الاسلامي،" مجلة مداد الآداب، المجلد.5، العدد.5، (2013)، ص 353. نقلاً عن: عثمان بن علي الزيلعي الحنفي وشهاب الدين أحمد بن يونس الشِّلْبِيُّ، **تبيين الحقائق تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ**، ط.1، ج.5، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ص 192.

[2] المادة 87 من الأمر 05-02 سابق ذكره.

المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على ما يلي: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون"[1].

وعليه؛ فالمشرّع يقصد بها الولاية على ناقص الأهلية في المال إذ أنه من مستلزمات الولاية أن يكون صاحبها حريصاً على حفظ وإدارة أموال من ينوبه شرعاً وأميناً عليها غير مبذرٍ ولا مسرف لها، ولكن إذا كان القائم بها هو ذاته غير أهل للتصرف في أمواله بأن يكون هو الآخر سفيهاً أو معتوهاً أو مجنوناً فهو من باب أولى غير مناسب ولا جدير بحفظ أموال غيره. ومن هذا المنطلق يمكن القول أنَّ القائم بتربية الأبناء أباً كان أم أماً وجب أن يكون أهلاً لذلك، بحيث لا تعتري أهليته عارض أو مانع، كأن يكون مجنوناً أو معتوهاً أو سفيهاً أو ذا غفلةٍ، ولا أن يكون قاصراً، بل إن من كانت أهليته كذلك وجب أن يلزم بالحجر عليه فيُنَصَّبُ عليه من ينوبه في تصرفاته وأمواله.

[1] المادة 88 من الأمر 05-02 سابق ذكره.

المبحث الثاني: الأهلية وأثر تخلفها في الطلاق وآثاره:

تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة وهو الخلع، وهذا حسب المادة 48 من الأمر 05-02 من قانون الأسرة الجزائري[1]. ولابد للزوج الذي يريد تطليق زوجته أن يكون أهلاً لذلك، قادراً على تحمل آثار هذا الطلاق، ولابد للزوجة المختلعة كذلك أن تكون أهلاً لهذا الخلع قادرةً هي الأخرى على تحمل تبعاته وآثاره. وعليه، سنحاول من خلال هذا المبحث الاجابة عن سؤال: متى يكون الزوج الذي يريد التطليق أو الزوجة التي تريد الخلع أهلاً لذلك؟، وسؤال: ما هي الأحكام المتعلقة بناقصي الأهلية كالمعتوه والمجنون والسفيه وذو الغفلة؟.

ومما ينبغي الإشارة إليه قبل الولوج إلى مطالب هذا المبحث هو أن المشرّع الجزائري، وبالرغم من تنظيمه أحكاماً كثيرةً للطلاق، إلاّ أنه سكت عن أحكام الأهلية في الطلاق، أو بالأحرى أغفل هذا الجانب. وأمام هذا النقص التشريعي وجب اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية من أجل إعطاء أمثلة عن بعض حالات نقص الأهلية.

المطلب الأول: الأهلية وأثر تخلفها في الطلاق وصوره

الفرع الأول: الأهلية وأثر تخلفها في الطلاق بإرادة الزوج.

أولاً: أحكام طلاق المجنون والمعتوه:

انقسم الفقهاء في تفصيل أحكام طلاق المجنون والمعتوه الى أربعة مذاهب [2]:

1/المذهب الحنفي: قال الحنفية بعدم وقوع طلاق المعتوه واستدلوا في ذلك بما يلي:

الحديث الغريب الذي روي عن النَّبيِّ ﷺ قوله: "كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه".[3] وأخذهم بنص هذا الحديث يستلزم أنه لا ينفذ ولا يقع طلاق المعتوه، فقد جمع الله

---

[1] المادة 48 من الأمر 05-02 السابق ذكره.

[2] ثائر سمير رفاعي الروسان، مرجع سابق ذكره، ص ص 120، 121.

[3] أنظر التعليق على رتبة الحديث في: جمال بن محمد الزيلعي، **نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي**، تحقيق: محمد عوامة، ج.3، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، 1997، ص 221.

عزّ وجلَّ بين المعتوه والصبي فيأخذ كلاهما نفس الحكم في عدم الجواز ومما استدلوا به أيضا أن الأهلية مدارها العقل المميز، يدور معها وجوداً وعدماً، لا سيما في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وما لا يحل إلا لانتفاء مصلحة ضده كالطلاق الذي يستلزم تمام العقل، فيتمكن به من التمييز بينما يصلح وما لا يصلح.

2/ المذهب المالكي: قالوا بعدم وقوع الطلاق معتبرين في ذلك الدهشة عذراً مانعاً من وقوع الطلاق لانهم جعلوه عند الكلام في حكم طلاق المكره وقد قالوا بعدم وقوع طلاق المكره الا ان يترك التورية مع معرفتها وعدم الدهشة.

3/ المذهب الشافعي: قالوا بعدم وقوع الطلاق تبعا للمالكية والأحناف واستدلوا بفساد عبارة المجنون والمعتوه بالحديث المروي عن الحسن: "أن عمر بن الخطاب أراد أن يرجم مجنونة، فقال له علي، ما لَكَ ذلك، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "رفع القلم عن ثلاثة، عن النائم حتى يستيقظ، وعن الطفل حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يبرأ أو يعقل"[1].

4/ المذهب الحنبلي: قالوا بعدم الطلاق، واستدلوا بالحديث الذي أورده الترمذي في سننه عن عطاء بن عجلان، عن عكرمة بن خالد المخزومي، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: "كل طلاق جائز، إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله". على أن: "العمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم: أن طلاق المعتوه المغلوب على عقله لا يجوز إلا أن يكون معتوها يفيق الأحيان فيطلق في حال إفاقته"[2].

ثانياً: أحكام تطليق ولي المجنون والمعتوه من زوجاتهم

اختلف الفقهاء في ذلك وانقسموا الى قولين[3]:

---

[1] أنظر الحديث 1183 (صحيح الاسناد) في: أحمد بن محمد بن حنبل، **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق: أحمد محمد شاكر، ج.2، دار الحديث، القاهرة، 1995، ص. 95.

[2] أنظر الحديث 1191(حديث ضعيف لضعف عطاء بن عجلان أو كما قال الترمذي) في: محمد بن عيسى الترمذي، **سنن الترمذي**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط.2، ج.3، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1975، ص. 488.

[3] ثائر سمير رفاعي الروسان، مرجع سابق ذكره، ص.124، 125.

القول الأول: ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة، والإمام مالك أنه ليس للولي أبا أو غيره أن يطلّق زوجة المجنون والمعتوه. استدلوا على ذلك بالحديث المروي عن عصمة بن مالك، قال: جاء مملوك إلى النّبيّ ﷺ فقال: إن مولاي زوجني وهو يريد أن يفرق بيني وبين امرأتي قال: فصعد النّبيّ ﷺ فقال :"يا أيها الناس إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"[1]. أي أن الطلاق لا يوقعه إلا من ملك المتعة وملك الساق، وهو محصور بالزوج لأنه لم يشترط العقل فيه؛ فهومن يملك ذلك، واستدل أيضاً أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: "إنما الطلاق بيد من تحل له الفرج"؛ أي أن الذي تحل له الفرج هنا هو الزوج، فهو من بيده الطلاق.

القول الثاني: ذهب إليه عطاء وقتاده من التابعين والمالكية خلافاً لمالك، وروايةً عند أحمد أن الأب يملك تطليق زوجة ابنه المجنون، وقد استدلوا في ذلك بما يلي: أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما طلّق زوجة ابنه المعتوه، وقال أنه يجوز للأب تطليق زوجة ابنه؛ لأنه لو لم يجز ذلك لما فعله عبد الله بن عمر رضي الله عنهما. وقال في المغني أن للولي أن يأذن له في التزويج في الحال التي للولي تزويجه فيها وهي حال الحاجه؛ لأنه من أهل النكاح فإنه عاقل مكلّف، ولذلك يملك الطلاق والخلع؛ فجاز أن يفوّض ذلك إليه ثم هو مخير بعد ذلك بين أن يعيّن له المرأة أو يأخذ له مطلقا[2].

ثالثاً: أحكام طلاق السفيه وذي الغفلة:

"اتفق الفقهاء أن طلاق السفيه ومثله ذو الغفلة صحيح نافذ ولو دون إذن؛ لأن الحجر عليه مناطه التصرفات المالية وليس الطلاق ضمن هذه التصرفات فالرشد ليس شرطاً في صحة الطلاق وبناء على ذلك فإن الطلاق الذي يوقعه الولي أو الوصي لا أثر له ولا يقبل لأن ذلك خارج عن نطاق ولايته" [3].

---

[1] أنظر الحديث 3993 في: أبو الحسن بن دينار الدارقطني، **سنن الدارقطني**، تحقيق وتعليق: شعيب الأرناؤوط وآخرون، ج.5، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2004، ص 68.

[2] ثائر سمير الرفاعي الرسان، المرجع السابق، ص ص 124، 125.

[3] خالد بوشمة، العربي تومي، مرجع سابق ذكره، ص 134.

رابعاً: أحكام طلاق المفقود:

انقسم الفقهاء حول أحكام طلاق المفقود إلى أربعة مذاهب[1]:

1/مذهب الحنفية: يعتبر الحنفية المفقود حياً في حق نفسه ميتاً في حق غيره؛ فتجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له، فلا يورث ماله ولا تطلق امرأته. ولا يعتبر الفقد سبباً للتفريق؛ أي لا يجوز للزوجة طلب الطلاق بسبب الفقد ذلك؛ لأن المفقود يحتمل حياته ويحتمل وفاته استناداً الى الأصل المعهود الثابت باليقين، إذ لا يزول بالشك، كما أن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك. ويجوز التفريق في حالة ثبوت وفاة الزوج المفقود أو طلاقه لزوجته إذا ما رجع.

من المنطقي عدم اعتبار المفقود حياً بصورة مطلقة، بل لا بد من تاريخ يعتبر فيه ميت وتقع الفرقة بينه وبين زوجته من ذلك التاريخ. وفي هذه الحالة قدَّر الحنفية بلوغه سن التسعين من عمره أو بموت أقرانه في أهل بلده، وتعتد زوجة المفقود من تاريخ الحكم بموته عدَّة الوفاة؛ فإن عاد زوجها بعد مضي العدة فهو أحق بها، وإن تزوجت فلا سبيل له عليها.

وقد استدل الحنفية بالحديث الذي رواه الدار قطني في سننه عن المغيرة بن شعبة، قال: قال رسول الله ﷺ: "امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها الخبر"[2]. ولا يصلح الاحتجاج بهذا الحديث لضعفه على قول أهل العلم[3].

2/المذهب الشافعي: قالوا بأن الفقد لا يعتبر سبباً للتفريق؛ فالفرقة إذا كانت فإنما تكون لسبب آخر كطلاق أو وفاة. وقد بيّن الفقيه الشيرازي قول الشافعية إذا فقدت المرأة زوجها وانقطع عنها خبره ففيه قولان: قول قديم وقول جديد، وله في كليهما حجته. أما الأول؛ وهو قوله في القديم يجوز لها فسخ النكاح لتعذر الوطء بالعنة، وتعذر النفقة بالإعسار. والثاني وهو قول الشافعي في الجديد وهو الصحيح، حيث قال أنه لا يجوز فسخ النكاح؛ لأنه إذا لم يجز الحكم بموته في قسمة ماله لم يجز الحكم بموته في نكاح زوجته، ويحكمون بموت

---

[1] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق ذكره، ص ص 443، 451.

[2] أنظر الحديث(3849) في: أبو الحسن بن دينار الدارقطني، المرجع السابق، ج.4، ص 483.

[3] رواه زكريا بن يحيى الواسطي كذلك عن سوار بن مصعب، وسوار ضعيف كما جاء في: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، **السنن الكبرى**، ج.15، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، القاهرة، 2011، ص 589.

المفقود بمضي مدة يعلم أو يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها، فيجتهد القاضي حينئذ ويحكم بموته.

3/مذهب الحنابلة: يفرّق الحنابلة بين حالتين:

الحالة الأولى: فقده في حالة ظاهرها الهلاك: كالذي يفقد بين أهله ليلاً أو نهاراً، أو يخرج إلى المسجد للصلاة فلا يرجع، أو يمضي إلى مكان قريب ليقضي حاجته ولا يرجع وينقطع خبره أو يفقد بين الصفين في الحرب وقد نشب القتال. وفي هذه الحالة تتربص زوجة المفقود أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام إذا كانت حرّة، ونصف المدة إذا كانت أمة، واستدلوا في ذلك بأن عمر رضي الله عنه قضى بذلك.

الحالة الثانية: إذا فقد في حالة ظاهرها السلامة مثل سفر التجارة وطلب العلم والسياحة فتتربص زوجته مدة يغلب فيها الظن على موته بعد مضيها وقد قدر ذلك ب 90 سنة من يوم ولد.

3/مذهب المالكية: لخص الفقيه الدسوقي مذهب المالكية في زوجة المفقود بقوله: "المفقود في بلاد الإسلام وحكمه أنه يؤجل أربع سنين بعد البحث عنه والعجز عن خبره ثم تعتد زوجته والمفقود بأرض الشرك كالأسير وحكمهما أن تبقى زوجتهما لانتهاء مدة التعمير ثم تعتد زوجته والمفقود في الفتن بين المسلمين وحكمه ان تعتد زوجته بعد انفصال الصفين والمفقود في الفتن بين المسلمين والكفار وحكمه أن يؤجل سنة بعد النظر والكشف عنه ثم تعتد زوجته".[1]

من خلال ما سبق نجده فرق بين أسباب الفقد فجعل اختلاف تاريخ بداية العدة للزوجة باختلاف سبب الفقد.

قول شيخ الاسلام ابن تيمية: "قال شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله في زوجة المفقود والصواب في امراة المفقود مذهب عمر بن الخطاب رضي الله عنه وغيره من الصحابة وهو

[1] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 451. وأنظر أكثر حاشية الدسوقي في: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج.2، دار الفكر، بيروت، د س، ص 473.

أنها تتربص أربع سنين ثم تعتد للوفاة ويجوز لها أن تتزوج بعد ذلك وهي زوجة الثاني ظاهراً أو باطناً، وعلى الأصح لا يعتبر الحاكم، فلو مضت المدة والعدة تزوجت بلا حاكم"[1].

خامساً: أحكام طلاق الغائب:

انقسم الفقهاء في أحكام طلاق الغائب إلى أربعة مذاهب[2]:

1/مذهب الحنابلة: قالوا بعدم جواز التفريق بسبب الغيبة إلا أن ينضم إلى الغيبة عسر الانفاق فيجوز التفريق حينئذ لسبب غير الغيبة. وقد قدّر أحمد بن حنبل لما سئل عن توقيت غياب الزوج بستة أشهر، وقال يكتب إليه من طرف الحاكم، فإن أبى أن يرجع فرّق الحاكم بينهما واستدل في ذلك بالحديث الذي رواه أبو حفص بإسناد عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه سأل ابنته حفصة فقال لها: "يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها فقالت سبحان الله مثلك يسأل مثلي عن هذا فقال لولا أني أريد النظر إلى المسلمين ما سألتك فقالت خمسه أشهر ستة أشهر"[3]. فوقّت للناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهراً ويقيمون أربعة، ويسيرون شهراً راجعين.

مما سبق، يمكن القول–حسب عبد الكريم زيدان– أن مسألة التفريق بين الزوجين بسبب الغيبة عند الحنابلة تتلخص فيما يلي: إذا غاب الزوج لعذر أكثر من ستة أشهر فان الحاكم يستدعيه للقدوم فإنّ قدم فيها وإن اعتذر عذراً مشروعا قبله الحاكم منه أما وإن اعتذر عذرا غير مشروع وطلبت الزوجة الفرقة حكم الحاكم لها بذلك.

2/**مذهب المالكية:** وقالوا اعلم أن الغائبين عن أزواجهم خمسة:

الأول: غائب لم يترك نفقة ولم يخلف مالاً وليس لزوجته عليه شرط في المغيب؛ بمعنى أن تطلق نفسها إذا غاب عنها فيجوز لها طلب الطلاق لعدم الانفاق.

---

[1] المرجع السابق، ص 452.

[2] المرجع نفسه، ص ص 460، 464.

[3] أنظر الحديث في: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، **روضة المحبين ونزهة المشتاقين**، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983، ص 210.

الثاني: غائب لم يترك نفقة ولزوجته عليه شرط في المغيب، فيجوز لها طلب التفريق بموجب شرطها.

الثالث: غائب خلَّف نفقة ولزوجته عليه شرط في المغيب؛ فهذه ليس لها أن تقوم إلا بالشرط خاصة.

وإلى هذا الحد من الأوجه، يشير الدكتور عبد الكريم زيدان إلى أنه لا يفرق في هذه الأوجه الثلاثة بين الغائب معلوم المكان ومجهول المكان إلا ان معلوم المكان يعذر إليه إن تمكن من ذلك.

الرابع: غائب خلف نفقة، ولا شرط لامرأته عليه في المغيب، وكان معلوم المكان، فيرسل إليه السلطان ويخيره بين قدومه أو أن تحمل امراته إليه أو أن يفارقها، وإلا يطلق الحاكم عليه.

الخامس: غائب خلّف نفقة، ولا شرط لامرأته عليه في المغيب، وكان غير معلوم المكان؛ فهذا هو المفقود.

وقد اشترط المالكية مجموعة من الشروط قبل الحكم بجواز التفريق بسبب الغيبة، وهي[1]:

- ✓ أن تكون مدة غيبة الزوج سنة فأكثر.
- ✓ أن تخشى الزوجة الزنا على نفسها وتصدق في خشيتها إذا طالت مدة الغيبة سنة فأكثر.
- ✓ الكتابة إلى الزوج الغائب إذا علم مكانه وأمكن الوصول إليه بأن يحضر أو يضم زوجته إليه أو يطلّق، وإلا طلّق عليه القاضي، وهذا كله إذا كانت نفقتها دائمة، وإلا طلق عليه القاضي حالاً لعدم النفقة.

3/مذهب الشافعية: قالوا أنّ غيبة الزوج لا تعتبر سبباً للتفريق، وإن طلبته الزوجة ولا تنكح حتى يأتيها خبر يقين بوفاته، وتعتد من يوم علمها يقيناً بوفاته.

4/مذهب الحنفية: لا يجوز التفريق بسبب فقد الزوج، وبالتالي فإن التفريق بسبب غيبة الزوج المعلوم مكانه لا يجوز من باب أولى.

[1] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 463.

الفرع الثاني: الأهلية وأثر تخلفها في الطلاق بغير إرادة الزوج

أولاً: أحكام خلع المعتوه والمجنون:

أجمع الفقهاء على أن من لا يصح طلاقه لا يصح خلعه فلا يقع خلع المجنون والمعتوه. أما بالنسبة للزوجة المختلعة فلا يقبل منها خلع وهي مجنونة أو معتوهة؛ لأن من شروط المختلعة أن تكون أهلاً للتبرع والمجنونة ليست أهلاً للتبرع[1].

ثانياً:أحكام الخلع الصادر من الولي (نيابة عن الزوجة أو الزوج):

1/خلع النائب الشرعي للزوج: وفيه قولان[2]:

القول الأول: الحنفية والقول المفتى به عند الحنابلة ليس للولي أبا كان أو غيره مخالعة زوجة من يتولى أمره.

القول الثاني: قالوا بالجواز وحصروا ولاية الخلع للولي المجبر عند المالكية والأب عند الحنابلة؛ فله أن يخالع زوجة من تحت ولايته معتبرين في ذلك ولايته في التزويج.

2/**خلع النائب الشرعي للزوجة:** وجاءت أحكامه على المذاهب التالية[3] :

المذهب المالكي: للأب وللولي المجبر مخالعة المجنونة ولو بكامل مهرها برضا الزوجة أو دونه. أما غير الأب والوصي فمخالعتهما موقوفة على رضاها.

المذهب الشافعي: ليس للولي أبا كان أو غيره أن يخالع المجنونة التي في ولايته، وليس له أن يتعهد للزوج بشيء من مالها، ولو فعل وقع الطلاق ورد المال للزوجة، وليس للزوج المطالبة بشيء ما لم يكن الولي قد ضمن للزوج العوض؛ فحينها يرجع الزوج على الولي بما تعهد له أو بمهر المثل، وفي ذلك خلاف في المذهب.

---

[1] خالد بوشمة والعربي تومي، مرجع سابق ذكره، ص 133.

[2] محمد توفيق قديري، مرجع سابق ذكره، ص 207.

[3] المرجع السابق، الصفحة نفسها.

المذهب الحنبلي: قالوا بعدم الجواز ونزلوا عن ذلك بأن حصروا صلاحية الولي في خلع من تحت ولايته وهي المجنونة أو المعتوهة بوجود المصلحة الظاهرة لها، كحمايتها من زوج سيء المعاملة مع اشتراط بدل عوض الخلع من ماله.

ثالثاً: أحكام خلع السفيه وذو الغفلة:

اتفق الفقهاء بالنسبة للزوج المخالع على صحة خلع السفيه لصحة طلاقه؛ فكل من صح طلاقه صح خلعه، ومن ملك الطلاق وهو اسقاط لا يجلب له فائدة فإن ملكه للخلع الذي يحصل به بدل مالي أولى، ولكن نظراً لأن السفيه محجور عليه في ماله فإن بدل الخلع لا يُسلَّم له وإنما يُسلَّم للولي[1].

المطلب الثاني: الأهلية وأثر تخلفها في آثار الطلاق

الفرع الأول: الأهلية وأثر تخلفها في الحضانة

تنص الفقرة الثالثة من **المادة 87 من الأمر 05-02** على أنه:" في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن اسندت له حضانة الأولاد"[2].

نلاحظ من خلال المادة أن المشرع الجزائري قد جعل مستحق الحضانة في حالة الطلاق هو نفسه مستحق الولاية. ومن المعلوم أنه لا يكون ولياً على غيره إلا من كان أهلاً لذلك؛ إذ من شروط الولي أن يكون عاقلاً لا تعتري أهليته أي خلل، سواء كان عارضاً أم مانعاً؛ لأنَّ الأصل في الحضانة أنها شرعت لحفظ المحضون من الضرر وكفِّه عما لا يقدر عليه وذلك لصغر سنه ونقص عقله، وبالتالي فإنَّ الحضانة تأخذ شروط الولاية، ولعل أهم شرط هو العقل الذي هو مناط التمييز والإدراك. وعليه؛ فإنه لا حضانة لمعتوه ولا مجنون ولا سفيه ولا ذي غفلة ولا لغيره ممن كانت أهليته قد أصابها خلل فأنقصها أو أعدمها.

[1] العربي تومي خالد بوشمة، المرجع السابق، ص 134.

[2] المادة 87 من الأمر 05-02 سابق ذكره.

ومن الجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد اشترط في **المادة 62** من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الثانية: أن يكون الحاضن أهلاً للقيام بدوره في الحضانة"؛[1] فنجده قد أكد على ضرورة توفر الأهلية لدى الحاضن وإن كان قد قصر في توضيح أبعاد هذه الشروط. ومن الباحثين من يرى أن: "استعماله لكلمة "أهلاً" يفتح المجال لشروط عدة يمكن أن تحتويها هذه الكلمة وأوّلها الأهلية وهي صلاحية الإلزام والالتزام، وثانيها شرط البلوغ فيشترط في الحاضن أن يكون بالغاً، فلا حضانة لقاصر؛ فقد قال الأستاذ فضيل سعد بأن البلوغ المشروط في الحاضن يعني أهلية الأداء"[2].

ولعل مما يدخل ضمن مستلزمات الحضانة الولاية على النفس والولاية على المال، وهذا ما تؤكده الفقرة الأولى من **المادة 62** من قانون الأسرة الجزائري: "الحضانة رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحةً وخلقاً"[3]. فما يدخل في الولاية على النفس كل ما من شانه أن يوفر الرعاية الصحية بعلاج المحضون عند المرض ووقايته قبله، والرعاية الخلقية والتي يقصد بها تنشئة المحضون على المبادئ السليمة الصحيحة التي تنتج فرداً حسن الأخلاق، ورعاية تعليمية تشمل كل ما يساهم في تعليمه من مدرسة ووسائل أخرى تكسبه من العلم ما يفيد وتنشئته فرداً متعلماً، وكذلك رعاية دينية بتنشئته على دين أبيه؛ أي على دين الإسلام. أما الولاية على المال فهي حفظ مال المحضون إذا كان ناقص الاهلية أو عديمها، كأن يكون قاصراً أو بلغ سن الرشد وأصابه عته أو جنون أوسفه أو غفلة.

وتماشياً مع ما تم ذكره يمكن القول أنه رغم انتقادات التي وجهت للمشرع الجزائري في مسألة جعل مستحقي الحضانة نساء ورجال وكذلك مستحقي الولاية وأنه قد خالف بذلك الشريعة الاسلامية في قاعدة الحضانة للنساء والولاية للرجال إلا أنه قد أصاب بأن جعل

---

[1] المادة 62 من القانون 84-11 سابق ذكره.

[2] حنان بن داوود ومحمد بن عمار، "الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02 (2019)، ص ص 232، 233.

[3] المادة 62 من القانون 84-11 سابق ذكرها.

شروط الحضانة هي نفسها شروط الولاية؛ لأن الحضانة ولاية وهذا الشرط محل اتفاق بين فقهاء المذاهب الإسلامية[1].

وبهذا يمكن القول بأنه لا حضانة لمن كانت أهليته يعتريها خلل بل يجب أن يكون الحاضن كامل الأهلية قادرا على القيام بهذا الدور في حدود حفظ مصلحة المحضون.

الفرع الثاني: الأهلية وأثر تخلفها في النفقة على المحضون

تنص **المادة 72 من الأمر 05-02** أنه: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحاضنة، وإن تعذر عليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت زوجها حتى تنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن"[2].

من خلال المادة يتضح أن المشرع الجزائري قد ألزم الأب في حالة الطلاق بتوفير مسكن ملائم للحضانة؛ فإن عجز عن ذلك فبدل الإيجار، وهذا ما يؤكد ضرورة الإنفاق على المحضون. ولعل مدة هذه النفقة تستمر باستمرار الحضانة؛ فتستمر بالنسبة للذكر إلى حين بلوغه 10 سنوات والأنثى إلى حين بلوغها سن الزواج كما يجوز للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكور إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية حسب **المادة 65** من قانون الأسرة الجزائري[3]. إلا أنه تبقى مصلحة المحضون هي الأساس الذي يقضي من خلاله القاضي كل ما يخص هذا المحضون.

وتجدر الاشارة إلى أن من مشتملات النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة وإن كانت هذه المادة لم تخص نفقة المحضون بالذات، إلا أنه حسب **المادة 62** من قانون الأسرة الجزائري نجد أنه من مستلزمات الحضانة الرعاية الصحية والرعاية التعليمية والتي تحتاج لتحقيقها مالاً لينفق منه الحاضن على المحضون، ومادام الأب هو الملزم بالإنفاق على المحضون وأن الإنفاق هو من التصرفات المالية التي توجب في صاحبها أن يكون أهلاً لإدارة أمواله لكي يتجنب الإسراف

[1] حنان بن داوود ومحمد بن عمار، المرجع السابق، ص 233.

[2] المادة 72 من الأمر 05-02 سابق ذكره.

[3] أنظر نص المادة 65 من القانون 84-11 سابق ذكره.

والتبذير، لكن يحدث أن يكون هذا الأب ناقص الأهلية أو عديمها كأن يكون مجنوناً أو معتوهاً أو سفيهاً. وفي هذا الصدد نجد أن المشرع الجزائري قد ألزم بالحجر على كل من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه إذ يقصد بالحجر: "منع الإنسان من التصرف في ماله لسبب شرعي"[1]، وذلك حفاظاً على أمواله من التلف والضياع ويكون هذا الأخير بناءً على طلب من أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة وذلك حسب المادة 102[2]، وهذا ما يؤكد ضرورة وجود نائب شرعي يتولى إدارة أموال هذا الأب فينفق من ماله على من تجب نفقته عليه.

ومما سبق يمكن القول أن نفقة المحضون واجبة على الأب سواء كان ذا أهلية كاملة أو أصاب أهليته خلل فينفق مباشرة إذا كان أهلا أو عن طريق من يتولى إدارة أمواله.

[1] محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، **مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرآن والسنة**، ط.11، دار أصداء المجتمع، المملكة العربية السعودية، 2010، ص 743.

[2] المادة 102 من القانون 84-11 السابق ذكره.

الفصل الثاني:

الأهلية وأثر تخلفها في عقود التبرعات والنيابة الشرعية

تمهيد

لقد شرع الإسلام عقود التبرعات كضمان اجتماعي مراعاة لمصالح الناس، ودعما لقيم التكافل والمودة في المجتمع لأنها عقود تنظم المعاملات المالية الإحسانية، التي يجريها المتبرع بإرادته الحرة تقربا إلى الله وهي عقود ملزمة، ومن العقود التي تدخل ضمن عقود التبرعات في قانون الأسرة الجزائري (الوصية، الوقف، الميراث)، والتي ستكون محل دراستنا في هذا الفصل.

كما يعتبر القاصر عاجزا عن ممارسة التصرفات القانونية بسبب انعدام أهليته أو لنقصها، وفي هذه الحالة لا يستطيع القاصر تمييز ما فيه مصلحته نظرا لعدم اكتمال عقله ورشده؛ وليس من العدل تركه يتصرف في أمواله بما يجعله عرضة لخسارتها وهدفا لأصحاب النفوس الضعيفة من أفراد المجتمع. لذا حدد المشرع الجزائري بعض النصوص والقوانين التي تبرز من ينوب عن القاصر سواء كانت بالولاية أو الوصاية.

ولتحديد أثر تخلف الأهلية في عقود التبرعات والنيابة، سنتطرق في هذا الفصل إلى مبحثين؛ تناولنا في المبحث الأول الأهلية وأثر تخلفها في عقود التبرعات، أما في المبحث الثاني فتطرقنا فيه إلى الأهلية وأثر تخلفها في النيابة الشرعية.

المبحث الأول: الأهلية وأثر تخلفها في عقود التبرعات

تعتبر التبرعات أداة هامة في المجتمعات، حيث يمكن من خلالها دعم الأعمال الخيرية والمؤسسات الاجتماعية والثقافية والتعليمية، كما تُعد عقود التبرعات من الآليات القانونية التي تسمح للأفراد بنقل ممتلكاتهم للغير دون مقابل مالي والتي تشمل كل من الهبة، الوصية، الميراث والوقف.

ومن أجل حماية حقوق جميع الأطراف المتورطة في عقود التبرعات، تنص القوانين على وجوب وجود الأهلية لدى الأطراف المتعاقدة في كل من الوصية، الوقف والميراث، وهذا ما سوف نتطرق له في هذا المبحث.

المطلب الأول: الأهلية وأثر تخلفها في الوصية

تعتبر الوصية من الآليات القانونية التي تتيح للأشخاص تنظيم توزيع ممتلكاتهم بعد وفاتهم وفقًا لرغباتهم الشخصية، ومع ذلك يجب على الأفراد الذين يرغبون في إصدار وصية ضمان أنهم مؤهلون قانونيًا للقيام بذلك، وتعتبر الأهلية شرطًا أساسيًا لصحة الوصية، وتشمل القدرة العقلية والقانونية والسن المناسبة.

لذا ومن خلال هذا المطلب سنتطرق إلى مفهوم الوصية (الفرع الأول)، ثم تناولنا الأهلية كشرط من الشروط لانعقاد الوصية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الوصية

سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى تعريف الوصية وأنواعها (أولا)، أحكام الوصية (ثانيا)، أركان الوصية (ثالثا).

أولا: تعريف الوصية:

اختلف الفقهاء في تعريف الوصية لذا سنقوم بتعريف الوصية من الجانب اللغوي، ثم من الجانب الاصطلاحي، والقانوني.

1. التعريف اللغوي:

الإيصال، مأخوذة من وصيت الشيء أصيه إذا وصلته، وسميت الوصية وصية، لأن الميت لما أوصى بها وصل ما كان فيه من أمر حياته بما بعده من أمر مماته[1].

والمعنى أن الوصية في اللغة، طلب فعل الشيء بعد موت الموصي، أو هي العهد بفعل الشيء بعد الموت، وهي مشتقة من الوصل وهي إيصال خير الدنيا بخير الآخرة[2].

2. التعريف الاصطلاحي:

هي عهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت، يوجب حقا في التركة لمجرد وفاة أو هي ما أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته أو في مرضه الذي مات فيه[3].

3. التعريف القانوني:

إن المشرع الجزائري لم ينظم الوصية ضمن ق. م وإنما في ق. أ. ج، فقد جاء تعريف الوصية في كل من المادتين 184 و190 من قانون الأسرة الجزائري، حيث جاء في المادة 184 تعريف الوصية على أنها: " الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"[4]، ونص في المادة 190 أن: للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة"[5].

والملاحظ هنا أن المادة 184 نصت على أن الوصية هي عملية تمليك متعلقة بما يأتي بعد وفاة الشخص، وذلك من خلال الإهداء أو التبرع بالممتلكات أو الأموال أو الحقوق إلى شخص آخر، أما المادة 190 فقد نصت على أنه يجوز للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها وتدخل في ملكه قبل وفاته، سواء كانت تلك الأموال عبارة عن مبالغ نقدية أو عقارات أو أصول أخرى.

---

[1] موسوعة النفسية الموضوعي للقرآن الكريم، الموقع الإلكتروني https://modoee.com، تاريخ الاطلاع 2023/05/24، ساعة الاطلاع 21:13.

[2] نفس المرجع.

[3] سيد سابق، **فقه السنة**، ط 1، المجلد 3، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2002، ص318.

[4] المادة 184 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[5] المادة 190 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة.

أي أن كلا المادتين لم تأتيا بتعريف دقيق للوصية ، وبناء على هذا تعرف الوصية على أنها إرادة صريحة يعبر عنها شخص (الموصي) قبل وفاته، بتحديد توزيع جزء من ممتلكاته لصالح شخص آخر (الموصي به) بعد وفاته، حيث تكون الوصية عقدًا قانونيًا وفقًا للضوابط المنصوص عليها في القانون، وتحكمها قواعد وشروط محددة لصحتها ونفاذها، تهدف الوصية إلى تنفيذ إرادة الموصي وتحقيق رغبته في توزيع جزء من ممتلكاته بعد وفاته وفقًا للأشخاص الذين يحددهم والنسب التي يحددها، كما أنه يجب أن تتوافر شروط قانونية محددة لصحة الوصية، وتكون قابلة للتنفيذ بعد وفاة الموصي به.

ثانيا: أحكام الوصية

وبالرجوع إلى ق. أ. ج، نجده نظم أحكام الوصية في الكتاب الرابع بعنوان التبرعات– الوصية– الهبة–الوقف، وقد خص الفصل الأول للوصية من المادة 184 إلى المادة 201، منها 10 مواد تناولت أحكام الوصية (192–201)، والتي من خلالها سنحاول استنباط أحكام الوصية، طبقا لما جاء في تلك المواد، التي سنحاول إيجازها في النقاط التالية:

– يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، حيث يكون الرجوع الصريح عن طريق وسائل إثبات محددة، بينما يكون الرجوع الضمني من خلال أي تصرف يمكن استنتاج الرجوع فيه **(حسب ما جاء في المادة 192 من ق. أ. ج).**

– لا تُلغى أو تُبطل إذا تم رهن الممتلكات أو الممتلكات المرتبطة به لأي سبب، وستظل الوصية سارية المفعول ويتم تنفيذها وفقًا للشروط والأحكام المحددة فيها **(حسب ما جاء في المادة 193 من ق. أ. ج).**

– عندما يتم توجيه وصية لشخص معين، ثم يتم إعطاء وصية أخرى لشخص آخر، فإن الشخص الثاني يصبح مشاركًا في الوصية وله حقوق والتزامات تتعلق بها **(حسب ما جاء في المادة 194 من ق. أ. ج).**

– إذا كانت الوصية موجهة لشخصين معينين دون تحديد المبلغ أو الحصة المستحقة لكل منهما، وتوفي أحدهما قبل الوفاة الموصي بها أو بعدها، فإن الوصية تعود بالأحكام للشخص الحي من بينهما **(حسب ما جاء في المادة 195 من ق. أ. ج).**

– أن الوصية التي تتضمن منفعة لفترة غير محدودة وتنتهي بوفاة الموصي بها، تُعتبر معمرة **(حسب ما جاء في المادة 196 من ق. أ. ج)**.

– أن قبول الوصية يكون صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي **(حسب ما جاء في المادة 197 من ق. أ. ج)**.

– إذا مات الموصي له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد **(حسب ما جاء في المادة 198 من ق. أ. ج)**.

– إذا وردت وصية مشروطة بشرط ينبغي للموصي له تحقيقه بعد وفاة الموصي له، وإذا تبين أن الشرط غير صحيح، فإن الوصية تبقى سارية المفعول ويُعتبر الشرط باطلاً **(حسب ما جاء في المادة 199 من ق. أ. ج)**.

– أن الوصية صحيحة وملزمة، حتى وإن كان هناك اختلاف في الدين بين الموصي وبين المستفيد من الوصية **(حسب ما جاء في المادة 200 من ق. أ. ج)**.

– أن الوصية تُبطل في حالة وفاة المستفيد الموصي له قبل وفاة الموصي، أو في حالة ردها من قبل المستفيد الموصي له **(حسب ما جاء في المادة 201 من ق. أ. ج)**.

ثالثا: أركان الوصية

وهي أربعة الموصي والموصى له، الموصى به، والصيغة:

1. الموصي: هو منشئ الوصية، وهو من يصدر منه الإيجاب حال الحياة حيث تعتمد الوصية أساسا عليه[1]، والذي تنشأ الوصية بإرادته المنفردة.

2. الموصى له: وهو الذي يوصى إليه بالشيء أو المال، حيث يشترط فيه أن يكون موجودا ومعلوما وأهلا للتملك والاستحقاق، وألا يكون جهة معصية ولا قاتلا للموصي أو وارثا له[2].

[1] محمد أحمد عقلة بني مصطفى، **الوصية الواجبة وأثر تطبيقاتها على الورثة في المحاكم الشرعية**، ط1، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص199.

[2] سفيان ذبيح، **إثبات الوصية وإجراءات تثبيت الملكية المكتسبة عن طريقها في التشريع الجزائري**، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، المجلد4، العدد1، مارس2022، ص85.

3. الموصى به: هو محل الوصية التي تظهر حكمها فيه[1].

4. الصيغة: وتعرف الصيغة على أنها العبارة اللفظية الصادرة من الموصي التي تدل على إرادته في إيصال شيء ما لشخص حسب نص المادة 60 من القانون المدني الجزائري "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا"[2].

الفرع الثاني: الأهلية كشرط من الشروط لانعقاد الوصية

أولا: أهلية الموصي

ويقصد بأهلية الموصي في ق. أ. ج، القدرة القانونية للشخص على إجراء وصية صحيحة وقانونية، وفقًا لقانون الأسرة الجزائري، يتم تحديد مجموعة من الشروط والمتطلبات التي يجب توفرها لأهلية الموصي، وقبل التطرق إلى تلك الشروط يجب تعريف الموصي.

1. تعريف الموصي:

هو من أنشأ الوصية، الذي يتمتع بحقوق خاصة فيما يتعلق بتوجيه المسار وإدارة الشؤون الشخصية للأفراد القاصرين أو الذين يعانون من عجز أو نقص في القدرات العقلية، وذلك بناءً على طلب أو اتفاق مع الوالدين أو الأولياء القانونيين لهؤلاء الأفراد.

2. الشروط التي يجب توافرها في الموصي (شروط الأهلية):

وتتمثل تلك الشروط فيما يلي:

أ. سلامة العقل:

[1] محمد مصطفى شلبي، **أحكام الوصية والأوقاف**، الدار الجامعية للطباعة والنشر، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982، ص86.

[2] المادة 66 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.

حيث جاء في نص المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري بأنه: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل"[1]، يعني أن الموصي يجب أن يكون عاقلاً، وذا قدرة عقلية صحية وسليمة لإجراء وصية صحيحة وقانونية، فإذا انعدم العقل والتمييز فلا وصية، وعلى هذا لا تصبح وصية المجنون ومن حكمه من المعتوه[2].

يهدف هذا الشرط إلى ضمان أن الموصي قادر على فهم طبيعة الوصية وتأثيراتها وأنه يتخذ قرارًا مستقلًا وناجحًا بشأن توزيع ممتلكاته بعد وفاته.

ب. بلوغ السن القانوني (النضج القانوني):

حيث نصت المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل"[3]، يعني أن الموصي يجب أن يكون قد بلغ سنًا معينًا حتى يكون مؤهلاً لإجراء وصية صحيحة وقانونية.

بموجب هذا الشرط، يتعين على الموصي أن يكون قد بلغ سن التاسعة عشرة عامًا ليكون لديه القدرة القانونية لإجراء وصية صحيحة وملزمة، قبل هذا العمر، يعتبر الشخص غير قادر على تصرف مستقل ولا يمكنه إصدار وصية قانونية.

يهدف هذا الشرط إلى ضمان أن الموصي لديه النضج الكافي والقدرة القانونية لفهم طبيعة الوصية وتأثيراتها، وأنه يتمتع بحقوق وواجبات البلوغ القانوني.

ج. **الرضا:**

لابد أن يتوفر عنصر الرضا في الوصية من طرف الموصي لأن المكره لا تصح وصيته، فقد نصت المادة 88 الفقرة الأولى من ق. م. ج على: " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق[4]"، فإذا

---

[1] المادة 196 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة.

[2] حمدي باشا عمر، **عقود التبرعات (الهبة، الوصية، الوقف)**، دار هومة، الجزائر، 2004، ص48.

[3] المادة 186 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة.

[4] القانون المدني الجزائري، نسخة إلكترونية، الكتاب الثاني الالتزامات والعقود، الباب الأول مصادر الالتزام، الفصل الثاني العقد، القسم الثاني شروط العقد، 2007، ص 15.

غاب شرط الرضا، يكون عقد الوصية في هذه الحالة باطل بطلانا مطلقا، كأن يمسك شخص شخصا آخر بالقوة ويجبره على التوقيع فهنا الإرادة لم تفسد وإنما أعدمت نهائيا.

3. أثر تخلف الأهلية في الوصية للموصي:

أثر تخلف الأهلية في الوصية للموصي يشير إلى التأثير القانوني الذي يحدث عندما يكون للموصي عدم الأهلية الكاملة لإصدار وصية صحيحة وملتزمة قانونًا. عندما يكون للموصي تخلف في الأهلية، فإن وصيته قد تُعتبر غير صالحة وغير ملزمة للطرفين، أي أنها لا تعتبر توجيهات قانونية قابلة للتنفيذ، وتتمثل مبطلات الوصية عند الموصي فيما يلي:

1. الجنون المطلق المتصل بالموت: يجوز للموصي الرجوع عن الوصية في أي وقت شاء، فإذا جن جنونا مطبقا متصلا بالموت فقد طرا عليه احتمال رجوعه عنها فتبطل[1].

2. ردة الموصي بعد الوصية: لأن ملكه موقوف على الأصح، فمن مات وهو على ردته أو قتل أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه فإن وصيته تبطل[2].

3. رجوع الموصي عن وصيته: يعني أن الموصي يتراجع عن المحتوى والتصرفات التي أوصى بها في وصيته السابقة، حيث يعتبر رجوع الموصي عن وصيته خطوة قانونية تلغي أو تبطل الوصية التي أصدرها الموصي، ويتم الرجوع في الوصية بحالتين هما:

أ. الرجوع الصريح: يكون الرجوع في الوصية صريحا إذا أفصح الموصي قيد حياته أنه رجع قي وصيته إذ خول المشرع للموصي ممارسة حقه في الرجوع مطلقا، إلا أنه قيده قي حالة ما إذا رجع قي وصيته صراحة بإتباع الإجراءات الواجب إتباعها أثناء إبرام الوصية و المتعلقة بشكلها[3]، وباعتبار الوصية تصرفا بالإرادة المنفردة للموصي لا يتوقف صحتها على قبول الموصي له، فإنه يحق للموصي ما دام على قيد الحياة أن يرجع في وصيته طبقا

---

[1] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص257.

[2] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص317.

[3] أشواق زهدور، **مبطلات الوصية في القانون الجزائري**، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 10، العدد 01، 2022، ص129.

للمادة 192 من ق. أ ج، حيث جاء فيها: " يجوز الرجوع في الوصية صراحة وضمنا، فالرجع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها[1].

ب. الرجوع الضمني: أما الرجوع الضمني فيكون بكل تصرف قانوني يقوم به الموصي بعد إبرام الوصية ويستخلص منه الرجوع فيها، كأن يقوم بالتصرف في العين الموصي بها بالبيع أو الهبة أو الوقف أو المبادلة .....الخ، أو كل تصرف آخر يمس موضوع الوصية بما في ذلك أن يوكل غيره لأجل بيع العين الموصي بها[2].

ثانيا: أهلية الموصى له:

ويقصد بأهلية الموصى له في الوصية تشير إلى الصفات والشروط التي يجب توفرها لدى الشخص المعين كموصي له في وصية معينة.

1. تعريف الموصى له:

يعرفه حمدي باشا عمر الموصى له بأن: " من صدر الإيجاب له من الموصي، وقد يكون شخصا معينا أو قد يكون شخصا اعتباريا كجمعية، أو مدرسة، أو مسجد، أو قد يكون جهة معينة كالفقراء والمساكين، وطلاب العلم[3].

الموصي له هو كل شخص موجود وقت الوصية واستمر وجوده إلى وفاة الموصي ما لم يكن وارثا، ويدخل الإيصاء للحمل عند استهلال المولود[4].

---

[1] المادة 192 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة.

[2] باديس ديابلي، **قانون الأسرة على ضوء الممارسات القضائية**، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2012، ص120.

[3] حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص62.

[4] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص256.

إذن، فالموصى له هو الشخص الذي يتم تعيينه من قبل المحكمة لإعطاء توصية أو تقرير في قضايا الأسرة والزواج والطلاق وحضانة الأطفال ومسائل أخرى ذات صلة، يتم اختيار الموصي له وتعيينه من قبل القاضي لمساعدته في فهم الحالة وتوفير مشورة مهنية وتقنية في المسألة المطروحة.

2. الشروط التي يجب توافرها في الموصي له (شروط الأهلية):

وهي الشروط أو المتطلبات التي يجب توفرها لدى الشخص المعين كموصي له في وصية معينة، هذه الشروط تحدد الصفات أو المؤهلات التي يجب أن يتوفر بها الموصي له لكي يكون مؤهلاً لتولي دور الموصي له في تنفيذ الوصية، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أ. يجب أن يكون الموصى له معلوما (معلومية الموصى له): أي أن يكون الموصى له معروفًا أو معلومًا للشخص الذي يصدر الوصية، وتعني أن الشخص الواصل للوصية يجب أن يكون على دراية بالموصى به وأن يكون لديه معرفة عنه، ولابد من أن يكون الموصى به معلوم بعد وفاة الموصي بالتعيين أو بالوصف[1].

ب. يجب أن يكون الموصى له موجودا: أي حين الوصية وحين موت الموصي، وسواء أكان وجوده حقيقة أو تقديرا كالحمل كما جاء في نص المادة 187 من ق. أ. ج: " تصبح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس".

ج. يجب أن يكون الموصى له أهلا للتملك: تكون الوصية صحيحة إذا كان الموصي له في حد ذاته من أهل التملك خاصة إذا كان لفظ الوصية لا يشتمل على شيء محرم يفيد صرفها إلى معصية[2].

د. يجب ألا يكون له جهة معصية: ولقد جاء في المادتين 97 و98 من القانون للمدني الجزائري ما يفيد هذا الشرط[3]"، حيث نصت المادة 97 من القانون المدني الجزائري على

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 257.

[2] نفس المرجع، ص ص259-260.

[3] نفس المرجع، ص 259.

أنه:" إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا"[1]، والمادة 97 من القانون المدني الجزائري: " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على ما يخالف ذلك".

هـ. يجب ألا يكون الموصى له وارثا: كما جاء في المادة 189 من ق. أ. ج: " لا وصية لوارد إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الوصي"، فالأصل في الوصية للوارث المنع لكن قد تصح بإجازة الورثة إذا كانت مبنية على أسباب مشروعة يقدرها القاضي في حالة النزاع، ويجب ألا تتجاوز الثلث لأن نص المادة 185 من ق. أ. س جاء فيها: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة " [2].

و. يجب ألا يكون الموصى له قاتلا للموصي: وهذا ما نصت عليه المادة 188من قانون الأسرة الجزائري: " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا [3]"، يعني أنه في حالة قتل الميراث أو الموصي عن عمد، فإن الشخص المرتكب لهذه الجريمة لن يكون مستحقًا لأي تصرفات أو وصايا تتعلق بالميراث. وصية هنا تشير إلى التصرفات التي يقوم بها الشخص قبل وفاته بخصوص توزيع ممتلكاته وأمواله بعد وفاته.

3. أثر تخلف الأهلية في الوصية للموصى له:

إن تخلف الأهلية للموصى له يشير إلى عدم وجود الأهلية القانونية لشخص معين لكي يكون موصى به في وصية، في حالة تخلف الأهلية يكون لهذا الشخص تأثير على صحة الوصية ويعتبر غير مستحق للتلقي الأموال أو الممتلكات المذكورة في الوصية.

تتنوع الأسباب التي تؤدي إلى تخلف الأهلية وفقًا للتشريعات القانونية المعمول بها في الجزائر. وتشمل ما يلي:

---

[1] مادة 97 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.

[2] عمار نكاع، **عقود التبرع**، محاضرات موجهة لطلبة سنة ثانية ماستر، تخصص: قانون عقاري/توثيق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة1، 2020-2021، ص60.

[3] مادة 188 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة.

– موت الموصي له قبل موت الموصي.

– قتل الموصي له عمدا بدون عذر قانوني، ودون عذر شرعي.

– تبطل الوصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وهذا ما نصت عليه المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري.

– قتل الموصي له الموصي عمدا وعدوانا وبدون وجه شرعي ولا عذر قانوني سواء كان ذلك قبل انعقاد الوصية أو بعدها[1].

المطلب الثاني: الأهلية وأثر تخلفها في الوقف

يستخدم الوقف للإشارة إلى نوعٍ من التبرعات الخيرية في العالم الإسلامي، ويعود أصل الوقف إلى الإسلام، حيث أنه يعتبر أحد أهم المؤسسات الاجتماعية والاقتصادية في العالم الإسلامي. يتم تحقيق الوقف عن طريق تحويل ملكية الممتلكات من الفرد أو الجهة إلى الله، وذلك بتحديد الغرض والشروط التي يجب أن يستخدم بها ريع الممتلكات الموقوفة.

من خلال هذا المطلب سنتطرق إلى مفهوم الوقف (الفرع الأول)، أثر تخلف الأهلية في الوقف (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الوقف

سنقوم في هذا الفرع بتعريف الوقف (أولا)، وخصائصه (ثانيا)، ثم قمنا بذكر أركان وشروط الوقف (ثالثا).

أولا: تعريف الوقف:

سنقوم بتعريف الوقف من الجانب اللغوي، والاصطلاحي، ثم القانوني.

[1] فرحات صحراوي، **الوصية بين الفقه والقانون**، مذكرة مكملة لنيل درجة الماستر في الحقوق، تخصص: أحوال شخصية، جامعة قسنطينة1، 2014–2015، ص49.

1. التعريف اللغوي: الوقف في اللغة الحبس والمنع، وهو ثلاثي من الباب الثاني، يقال وقَف يقِف وقفاً، ولا يأتي رباعيًا إلا في لغة رديئة، ويُشتهر استعمال المصدر باسم المفعول، فيقال: هذه الدار وقف، أي موقوفة، ولهذا فإنه يثنى ويجمع عندئذ، فيقال: وقفان وأوقاف، ويأتي بمعنى السكون، يقال وقفت الدابة إذا سكنت[1].

2. التعريف الاصطلاحي: هو قطع التصرف في رقبة العين التي يدوم الانتفاع بها وصرف المنفعة لجهة الغير.[2]

3. التعريف القانوني: إن المشرع الجزائري قد أورد تعريف الوقف في عدة قوانين، وأول تعريف للوقف كان في المادة 213 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة والي نصت على " الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق"[3].

وقد عرف القانون 90-25 المؤرخ في 1990/11/18 والمتضمن التوجيه العقاري[4] في المادة 31 منه الوقف على أنه: "الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بما دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء أكان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور"[5].

وأيضا نجد تعريف القانون 91-10 للمؤرخ في 1991/04/27 والمتضمن قانون الأوقاف[6] في المادة 03 منه والتي نصت على ما يلي: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير".

---

[1] أحمد الحجي الكردي، **تعريف الوقف لغة واصطلاحا**، الموقع الالكتروني http://ishrakat.com، تاريخ الاطلاع 2023/05/26، ساعة الاطلاع 17:46.

[2] محمد أبو زهرة، **محاضرات في الوقف**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1972، ص 7.

[3] مادة213 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة.

[4] القانون 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري، ج ر، العدد 49، المؤرخة سنة 1990.

[5] مادة 31 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، المتضمن التوجيه العقاري.

[6] القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991، المتضمن قانون الأوقاف، ج ر، العدد 21، المؤرخة سنة 1991.

ثانيا: خصائص الوقف:

وتنقسم خصائص الوقف، إلى خصائص شرعية وأخرى قانونية والتي يمكن تفصيلها كالآتي:

1. الخصائص الشرعية: ويمكن تلخيصها في النقاط التالية: [1]

أ. الوقف يشمل المنفعة العامة: حيث تعود منفعة الوقف وريعه على جميع أفراد اجتمع فهو لا يقتصر على أشخاص معينين بل توجد أوقاف عامة تشمل كل الأفراد كما أنه لا يقتصر على المسلمين فقط بل ينتفع منه الجميع.

ب. الاستقلالية: وهو أن يكون مستقلاً عن أي شخص ويدخل في إطار الأوقاف العامة، ويوجب ربعه إلى وجوه البر والخير والتي هي كثيرة.

ج. الوقف لا يقف عند الحدود الإقليمية لأي بلد: حيث أنه يتجاوز كل الحدود ويمكن لأي شخص ومن أي دولة أن يقف ملكا في دولة أحرى شريطة تحقيق مقصد الوقف وغاياته، فالجزائريون مثلاً كانوا يوقفون أموالهم على الحرمين الشريفين "مؤسسة الحرمين الشريفين" وذلك أيام الحكم العثماني في الجزائر.

2. الخصائص القانونية: وتتمثل هذه الخصائص في: [2]

أ. الوقف عقد شكلي:

وهذا يعني أنه لابد على الواقف إفراغ وقفه في ورقة رمية لدى الموثق طبقا للمادة 41 من قانون الأوقاف وزيادة على ذلك يجب تسجيله وشهره لدى مصلحة الشهر العقاري وذلك وفقا للنموذج المحدد من طرف المديرية العامة للأملاك الوطنية.

---

[1] حمدي محمد باشا، المرجع السابق، ص. 126.

[2] بن مشرن خير الدين، **إدارة الوقف في القانون الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: قانون الإدارة المحلية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص18.

ب. الوقف غير قابل للحجز عليه:

وقد ضّمنت المادة 636 من قانون الإجراءات المدنية هذا المبدأ والحجز على أموال الدين يكون عند عدم وفائه بالدين بعد صدور حكم أو قرار قضائي واجب التنفيذ وذلك بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لكن الوقف ويحكم طبيعته المبنية على عدم تملكه من أي شخص وباكتسابه الشخصية المعنوية التي تجعله غير خاضع للحجز، ذلك أن الحجز ناقل للملكية للطرف الآخر وهو ما يتنافى وطبيعة الوقف إلى لا تجيز ملكه من أي شخص كان.

ج. الوقف عقد من عقود التبرع:

لقد وضع المشرع الجزائري الوقف ضمن عقود التبرعات كونه ناقل لحق عيني بدون عوض إذ أنه عقد تبرعي من نوع خاص، وتنص المادة 04 من قانون 91-10 على: " الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة ".

وما يميز الوقف هو خروج المال الموقوف من ملكية الواقف ولا ينتقل لملكية أحد من العباد حيث ينتقل حق الانتفاع بالعين الموقوفة من الواقف إل الموقوف عليه دون أن يتملكها، والتبرع في هذه الحالة من حيث أثره القانوني يفيد خروج المال الموقوف من ملكية المتبرع ".

وهذا ما أكدته المادة 17 من قانون الأوقاف 91-10 والتي نصت على: " إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف...".

ولا تنتقل الملكية بذلك إلى الموقوف عليه بل إن محل التبرع يكون في المنفعة فقط حسب المادة 03 من قانون الأوقاف التي جاء فيها: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة..."، ولهذا أعتبر الوقف عقد تبرع من نوع خاص.

د. الوقف يتمتع بالشخصية المعنوية:

لقد أضفى المشرع الجزائري صفة الشخصية المعنوية على الوقف[1]، وهذا ما نصت عنه المادة 05 من قانون الأوقاف: " الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين ويتمتع بالشخصية المعنوية..."

ونص المشرع الجزائري أيضا على ذلك ف المادة 49 من القانون المدني الجزائري بقوله:" الأشخاص الاعتبارية هي: الدولة والولاية والبلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، الشركات المدنية والتجارية، الجمعيات والمؤسسات، الوقف وهو كل مجموعة من الأموال والأشخاص يمنحها القانون الشخصية المعنوية".

وباعتراف المشرع الجزائري بالشخصية المعنوية للوقف يترتب على هذا الإضفاء نتائج قانونية منها ":

- **الذمة المالية:** ومن خلال نص المادة 50 ق. م. ج فإنما تتحقق في الشخصية الاعتبارية التي يمنحها لها القانون وذلك بتوفر الشروط التالية: "الجماعة من الأشخاص المكونين لها ومجموعة الأموال المرصودة لغرض معين".

- **الأهلية القانونية:** وتكون من خلال اكتسابه للحقوق وتحمله للالتزامات على أن تكون مستقلة عن الشخص الذي يديره " الناظر"[2].

- **حق التقاضي:** ويباشر هذا الحق مسير الوقف وهو الناظر، والذي يمنحه القانون حق التقاضي ليرفع دعوى ضد جهة أخرى سواء شخص طبيعي أو معنوي، ويكون ممثلا أيضا إذا رفعت الدعوى ضده.

هـ. الوقف يخضع للحماية القانونية:

وذلك من خلال الحماية الدستورية للوقف حيث نصت المادة 52 من التعديل الدستوري لسنة 1996 على:" أن الأملاك الوقفية وأملاك الجمعيات الخيرية معترف بها ويحمي

---

[1] خالد رامول، **الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر**، دار هومة، 2004، ص 51.

[2] علاء الدين عيشي، **الشخصية القانونية للوقف في التشريع الجزائري**، مجلة الفقه والقانون، العدد1، 2012، ص7.

القانون تخصيصها"، والحماية المدنية، ونذكر منها: عدم اكتساب العقارات الموقوفة بالتقادم[1]، والأملاك الوقفية غير قابلة للتصرف فيها.

و. الوقف غير خاضع لنزع الملكية من أجل المنفعة العامة:

الأصل أن الوقف العام لا ينزع بذريعة المنفعة العمومية ولكن المادة 24 من قانون الأوقاف أوردت ثلاث حالات خروجا عن هذه القاعدة وهي حالة توسعة مسجد أو توسيع مقبرة أو توسيع طريق عام وقد اشترط المشرع في هذه الحالات ضمانات تتمثل في تعويض الملك يملك مماثل له.

ي. الوقف عقد مؤبد:

وقد أقر المشرع الجزائري وبالرجوع لقانون الأوقاف 91-10 في المادة 37 منه والتي تنص على: "تؤول الأموال العقارية والمنقولة الموقوفة إلى السلطة المكلفة بالأوقاف العامة عند حل الجمعيات أو انتهاء المهمة التي أنشأت من أجلها إذا لم يعين الواقف الجهة التي يؤول إليها وقفه وذلك وفق إجراءات تحدد عن طريق التنظيم"، وبذلك فإن الوقف يظل قائما حيث يؤول إلى الجهة المكلفة بالأوقاف إذا كان على المؤسسات الخيرية التي تم حلها أو يستبدل في حالة انتهاء المنفعة منه 3 وهذا يكون المشرع الجزائري قد منع تأقيت الوقف[2].

ثالثا: أركان الوقف وشروطه:

1. الواقف: وهو المحبس أو المتبرع، وشرطه أهلية التصرف في المال[3]، أي أن يكون ممتن يصح تبرعه بأن يكون كامل الأهلية من العقل والبلوغ والحرية والاختيار، وألا يكون محجورا

[1] حمدي محمد باشا، المرجع السابق، ص120.

[2] نفس المرجع، ص126.

[3] شهاب الدين القرافي، **الذخيرة**، تح: سعيد أعراب كتاب الوقف، ط 1، ج 5، دار الغرب الإسلامي، 1994، ص301.

عليه لسفه أو غفلة أو محجورا علبه لدين، وألا يكون الوقف في مرض الموت فيما زاد عن الثلث[1].

2. المال الموقوف: وهو كل عين مملوكة ملكا يقبل النقل، يحصل منها فائدة أو منفعة تستأجر لها[2]، كما يشترط فيه أن يكون مالا مملوكا في ذاته معلوما وقت الوقف، وأن يكون مالا ثابتا[3]، ويبنى على هذا الشرط أنَ الغاصب لو وقف الأرض المغصوبة ثم اشتراها من مالكها، ودفع له المن أو صالحه على مال دفعه إليه لم تصر وفقا[4].

3. الموقوف عليه: ويقصد به مصرف الوقف، أي الجهة التي يؤول إليها ريع وثمر المال الموقوف[5]، ويشترط أن يكون الموقوف عليه جهة من جهات البر والإحسان غير منقطعة، مما يصح ملكها أو التملك لها[6] كما لا يشترط في صحة الموقوف عليه قبوله إذا كان غير معيّن، كدور العبادة أو المنشآت الاجتماعية المختلفة[7].

4. الصيغة: وهي العبارة التي التي يؤدى بها الوقف[8] ويشترط فيه أن تكون منجزة، مؤبدة، محددة المصرف وألا يكون في صيغة الوقف شرط يؤثر في أصل الوقف، وينافي مقتضاه[9].

الفرع الثاني: أثر تخلف الأهلية في الوقف

---

[1] محمد بن أحمد بن صالح، **الوقف في الشريعة الإسلامية وأثره في تنمية المجتمع**، ط 1، د د ن، الرياض، 2001، ص61.

[2] الإمام النووي، **رياض الصالحين وعمدة المفتين**، كتاب الوقف، ط 3، ج 5، المكتب الإسلامي، دمشق، سوريا، 1991، ص314.

[3] مصطفى أحمد الزرقا، **أحكام الوقف**، ط 2، دار عمار، عمان، الأردن، 1998، ص ص57-58.

[4] محمد زيد الأبياني بك، **مباحث الوقف**، ط 2، مطبعة علي سكر حميص، 1912، ص ص13-14.

[5] أحمد أمين حسان، فتحي عبد الهادي، **موسوعة الأوقاف**، ج3، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص12.

[6] محمد بن أحمد بن صالح، مرجع سابق، ص67.

[7] أحمد أمين حسان، فتحي عبد الهادي، المرجع السابق، ص12.

[8] أحمد محمود الشافعي، **الوصية والوقف في الفقه الإسلامي**، ط 1، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، مصر، 1994، ص217.

[9] سعيد عكرمة صبري، **الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق**، ط 2، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2011، ص171.

يتطلب من أجل توافر الأهلية اللازمة لتحرير عقد الوقف وهي بلوغ المتعاقدين سن الرشد، فعلى الموثق الاطلاع على البطاقة الشخصية للمتعاقدين أو أي وثيقة تبين هويتهم، أي يجب أن يتم العقد بتراضي دون إكراه بدني أو معنوي على أحد دون تدخل الموثق بتبديل إرادتهم، لأن العقد يتم بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما أي يجب أن يكون هناك تطابق بين القبول والإيجاب بين طرفي العقد[1].

وعليه نستنتج أنه في حالة وجود عارض من عوارض الأهلية فإن عقد الوقف يمكن أن يبطل.

المطلب الثالث: الأهلية وأثر تخلفها في الميراث

من خلال هذا المطلب سنتطرق إلى مفهوم الميراث (الفرع الأول)، وأثر تخلف الأهلية في الميراث (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الميراث

سنتناول في هذا الفرع تعريف الميراث (أولا)، وأركان الميراث (ثانيا)، ثم شروط الميراث (ثالثا).

أولا: تعريف الميراث:

هو "علم الحساب الموصل إلى معرفة ما يخص كل ذي حق من التركة"[2]، ويعرف كذلك بأنه "علم يعرف به من يرث ومن لا يرث ومقدار ما لكل وارث من التركة وموضوعه

[1] إيمان معمري، **عوارض الأهلية وأثرها في عقود التبرعات على ضوء قانون الأسرة الجزائري**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، فرع حقوق، تخصص القانون الخاص، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2019– 2020، ص 218.

[2] محمد بن عبد الله بن أحمد باسودان، **تقرير المباحث في أحكام إرث الوارث**، مطبعة الفيضية، مبدر أباد المحمية، الهند 1328هـ، ص2.

التركات[1]"، وهو علم مستمد من الكتاب والسنة والإجماع واجتهادات الصحابة[2]، وغايته إعطاء كل ذي حق حقه من التركة.

كما نصت المادة 126 من قانون الأسرة الجزائري على أن:" أسباب الإرث: القرابة والزوجية". فمن ناحية الصياغة اللغوية الصحيحة يجب أن يعبر بصيغة المثنى لا الجمع فيقال: "سببي الإرث: القرابة والزوجية".

إذن فالميراث هو جملة القواعد التي تحدد مقدار التركة لكل وارث والحقوق الواردة عليها مما يتيح إعطاء لكل وارث ذي حق حقه من التركة.

ثانيا: أركان الميراث:

وهي ثلاثة أركان مكملة لبعضها، إذا غاب أحدهما لا يتحقق الآخر وهي:

1. المورث: وهو الشخص الذي مات حقيقة أو حكماء وترك إرثا وراءه[3]، وهذا ما بينته المادة 127 من قانون الأسرة الجزائري " يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحم القاضي[4] ".

2. الوارث: وهو الشخص الذي يستحق نصيبا من التركة، لتوفر فيه سببا من أسباب الميراث الزوجية والقرابة"، لكن يجب أن يكون حيا وقت وفاة مورثه، ذكرا أو أنثى أو حملا[5]، وهذا ما نصت عليه المادة 128 من قانون الأسرة الجزائري: "يشترط لاستحقاق الإرث أن

---

[1] أبي البركات أحمد بن محمد الدردير، **الشرح الصغير**، ج4، دار المعارف، القاهرة، مصر، د س، ص615.

[2] راجع في ذلك كل من: سعيد بريزري، **أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري**، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2007، ص12-14، محمد علي الصابوني، **المواريث قي الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة**، دار الكتب العلمية، 1388هـ، ص33.

[3] فشار عطا الله، **أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري**، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص17.

[4] المادة 127 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، **المتضمن قانون الأسرة**.

[5] العربي بلحاج، **أحكام التركات والمواريث في التشريع الجزائري وقانون الأسرة الجزائري**، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص59.

يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعم وجود مانع من الإرث"[1].

3. الموروث: ويسمى أيضا إرثا أو تركة، وهو الشيء الذي يتركه الميت للورثة سواء كانت أموالا منقولة أو عقارية.

ثالثا: شروط الميراث:

❖ التحقق من موت المورث: لقوله تعالى: ﴿إِنِ اِمْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ﴾[2]، والتحقق من موته حقيقة يكون بالمشاهدة أو بشهادة عدلين أو حكما أي إلحاقه بالأموات حكما كالمفقود الذي انتهت مدة الانتظار فيه وحكم القاضي بموته وغيرها.

❖ التحقق من حياة الوارث: والتحقق من حياة الوارث عند موت مورثه ولو للحظة، ويتم التحقق من حياته حقيقة أو تقديرا، العلم بالجهة المقتضية للإرث وتعيين جهة القرابة ودرجتها[3].

الفرع الثاني: أثر تخلف الأهلية في الميراث

بالرجوع إلى نصوص قانون الميراث يمكن لشخص مع محدودية عقلية تطورية أن يكون وريثا لشخص متوفى، أي بوفاة الشخص تنتقل ممتلكاته إلى ورثته. هذه الممتلكات، المسماة تركة، هي ميراث المتوفى، كما أنه في حالة أن المتوفى ترك وصية، تقسم التركة على ورثته وفقا لتعليمات وصيته، وفي حالة عدم ترك المتوفى وصية، تقسم التركة وفقا لقواعد الميراث الشرعي المنصوص عليها في ق. م.

المبحث الثاني: الأهلية وأثر تخلفها في النيابة الشرعية

[1] المادة 128 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، **المتضمن قانون الأسرة**.

[2] سورة النساء، الآية 176.

[3] محمد فتح الله اسطيري، **محاضرات في لمحات مضيئة في علم الميراث**، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، 2018-2019، ص14.

بسبب انعدام أو نقص الأهلية عند القاصر يكون عاجزا عن ممارسة التصرفات القانونية بنفسه، إذ لا يستطيع القاصر تمييز ما في مصلحته، نظرا لعدم اكتمال عقله ورشده، فليس من العدل تركه يتصرف في أمواله لذا لابد من ضوابط تحد من تصرفاته المالية، وذلك بفرض النيابة الشرعية عليه حتى يقوم النائب بحفظ أموال القاصر بإرادته.

إذ نقسم هذا المبحث إلى مطلبين؛ في المطلب الأول نتناول الأهلية وأثرها في الولاية، أما المطلب الثاني نخصصه للأهلية وأثرها في الوصاية.

المطلب الأول: الأهلية وأثر تخلفها في الولاية

سنتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم الولاية (الفرع الأول)، أهلية الولي (الفرع الثاني)، وأخيرا أهلية المولى عنه (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم الولاية

سنقوم في هذا الفرع بتعريف الولاية (أولا)، وذكر أنواعها (ثانيا).

أولا: تعريف الولاية

تعرف الولاية بأنها نيابة قانونية مباشرة تستند مباشرة إلى نصوص قانونية تنشئها وتنظمها، وقد أدرجت مختلف التشريعات على الأخذ بهذه النيابة وعلى تعيين نائب قانوني لناقص الأهلية[1].

ثانيا: أنواع الولاية

وتنقسم الولاية من الناحية القانونية إلى ولاية قاصرة وولاية متعدية:

1. ولاية القاصرة:

وتعرف ولاية القاصر بأنها ولاية الإنسان على نفسه وماله، وهذا النوع من الولاية يوجب في الشخص البالغ العاقل الحر، ويخول لصاحبه الحق في جميع التصرفات سواء أكانت مالية أو غير مالية فتقع كلها نافذة ملزمة فيجب على الشخص الذي يتوفر فيه هذه الولاية

[1] محمد صبري السعدي، **النيابة في التصرفات القانونية، دراسة في التشريعات والفقه الإسلامي من منظور موازن**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص54.

الوفاء بالعقود التي يبرمها ويلتزم بها، ما لم يترتب على تنفيذها ضرر بالغير، وإذا ترتب فإن العقد يكون موقوفا على إجازة المتضرر[1].

2. **ولاية متعدية.**

ومعنى هذا ولاية الشخص على غيره وتنقسم الى قسمين: الولاية على النفس والولاية على المال.

أ. **الولاية على النفس:** وتكون في الأمور المتعلقة بشخص الولي عليه، كولاية ضم الصغير بعد بلوغه، ولاية الحضانة وهذا النوع من الولاية يتولى فيه الأقرب من العصابات، لتوفر الحنان فيهم.

ب. **الولاية على المال:** وهي القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال ومن فيها وتنفيذها، بمعنى آخر هي التي تجعل للولي حق التصرف في مال المولى عليه ويكون تصرفه نافذا من وقت تصرفه دون احتياجه إلى إجازة أحد، وينقسم هذا النوع بدوره إلى قسمين:

- ولاية أصلية: حيث تثبت الولاية الأصلية للإنسان سبب أبوته للصغير مثل ولاية الأب والجد الصحيح، فإنها تثبت لها سبب ولادة الصغير وهذا النوع هو ولاية التزامية إجبارية حيث لا يملك الولي فيها عزل نفسه منها.
- ولاية نيابية: وتثبت الولاية النيابية للإنسان عن طريق استمدادها من شخص آخر كولاية الموصي، وولاية الوكيل فإنها مستمدة من الموكل، وولاية القاضي والإمام فإنها مستمدة من المسلمين، إذ كل منها يعتبر نائبا عنهم[2].

الفرع الثاني: أهلية الولي

ويقصد بأهلية المولى الشروط القانونية التي يحددها قانون الأسرة الجزائري التي يجب توافرها في الولي حتى يكون أهلا للولاية.

---

[1] رمضان علي الشرنباصي، **النظريات العامة في الفقه الإسلامي (نظرية العقد، الملك، الحق، العقوبة، الحسبة)**، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2003، ص ص90-91.

[2] رمضان علي الشرنباصي، المرجع السابق،
ص ص91-92.

لذلك سنتطرق إلى شروط أهلية الولي (أولا)، ثم وقف الولاية عن الولي (ثانيا)، وفي الأخير انقضاء الولاية (ثالثا).

أولا: شروط أهلية الولي: وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1. سلامة العقل: يشترط في الولي أن يكون عاقلا متمتعا بأهلية أداء كاملة، فالقاصر لا ولاية له على نفسه، فلا تكون له ولاية على غيره[1]، وذلك طبقا للمادة 93 من قانون الأسرة الجزائري الذي ينص على ما يلي: **" يشرط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغا قادرا أمينا حسن التصرف، وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط** المذكورة"[2].

2. **البلوغ:** وهي مرحلة كمال الأهلية وذلك بظهور مجموعة من العلامات الطبيعية التي لم يأخذ بها المشرع الجزائري، ويكون الشخص كامل الأهلية لبلوغه سن الرشد وهو سن 19 سنة في القانون الجزائري وذلك طبقا للمادة 40 من القانون المدني الجزائري الذي ينص على ما يلي: **" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشر سنة (19) كاملة[3]."**

3. صلة القرابة: وهي صلة الرحم التي تربط بين الأفراد فلا يمكن منح الولاية على مال أو نفس القاصر لشخص غريب عنه لا يعلم بحالته ولا تربطه به أية صلة، لذا فأقرب الناس إليه هم الأولى برعاية شؤونه وحفظ أمواله لأنهم الأدرى بحال القاصر وهم أكثر حرصا على سلامته وحسن رعايته[4].

4. العدل وصون الأمانة: ومعناه هدم الخروج عن حدود الصلاحيات والسلطة التي يمنحه له القانون، ويستوجب النزاهة والعدل في العمل.

---

[1] آيت وعلي سميحة، **تصرفات ناقص الأهلية دراسة مقارنة ين القانون والفقه الإسلامي**، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص: القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014-2015، ص33.

[2] المادة 93 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة.

[3] المادة 40 من القانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

[4] زوبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص45.

5. الإسلام: يشترط في الولي أن يكون متحدا في الدين مع القاصر، فلا يكون إثبات الولاية لغير المسلم على المسلم طبقا لقوله تعالى في سورة النساء: " **وَلَن يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا "**[1].

6. حسن التصرف: فلا تثبت الوصاية على شخص مشكوك فيه بطمعه لمال القاصر، فيجب أن تكون له نية حسنة تجاه القاصر وأمواله، لذلك فعلى الولي أن يتصرف في أموال القاصر بالمعروف.

ثانيا: وقف الولاية على الولي

أما بالحديث عن حالات وقف الولاية للولي فسنوجزها في النقاط التالية:

– غياب الولي: طبقا للمادة 110 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على ما يلي: "**الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود**"[2]، وفي هذه الحالة على المحكمة أن تتولى تعيين مقدما يتولى تسيير أموال القاصر ويكون من الأقارب أو من غيرهم[3].

– تعارض مصالح الولي مع مصالح القاصر: وذلك طبقا للمادة 90 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على: " **إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي، متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة**"[4]، وفي هذه الحالة يستوجب تدخل القاضي لتحديد التعارض وتعيين متصرف خاص.

– الحكم على الولي بعقوبة قضائية: وهذا حسب المادة 9 مكرر من قانون العقوبات الجزائية التي تنص على أنه: **" في حالة الحكم بعقوبة جنائية تأمر المحكمة وجوبا الحجر القانوني**

---

[1] سورة النساء: الآية 141.

[2] المادة 110 من القانون رقم 84–11المؤرخ في09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة.

[3] صورية غربي، **حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014، ص 180.

[4] المادة 90 من القانون رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

الذي يتمثل في حرمان المحكوم أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية تتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي"[1].

ثالثا: انقضاء الولاية:

تنقضي الولاية على الولي في حالتين إما طبيعيا أم قانونيا.

- طبيعيا: إما بموت القاصر أو موت الولي.
- موت القاصر لأن وفاته يؤدي إلى زوال سبب وجود الولاية حيث أنه كل الأموال التي فيها ملك للقاصر تعد من الشركة فتقسم على ورثته وذلك بعد أن يعرض الولي أمر الوفاة إلى قاضي شؤون الأسرة الذي يتخذ الإجراءات المناسبة لأن هذه الأموال تخضع دائما لرقابته، وبالتالي هو الذي يقرر انتهاء الولاية[2].
- موت الولي موتا طبيعيا، وهذا طبقا للمادة 91 الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري ونصها: "تنتهي وظيفة الولي بموته".
- قانونيا: إما بفقدان الولي أو عجزه عن القيام بأعباء الولاية وبلوغ القاصر سن الرشد.
- فقدان الولي حيث يحكم على الولي الذي مر عن فقدان مدة 4 سنوات بموت حكمي، وهذا يفقده الولاية لاستحالة القيام بمستلزمات الولاية أثناء الحكم عليه بالفقدان وبالتالي تنتقل الولاية إلى شخص آخر[3].
- عجز الولي طبقا للمادة 91 الفقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري التي تقضي بما يلي: " تنتهي وظيفة الولي بعجزه"[4].
- بلوغ القاصر سن الرشد لقوله تعالى: "فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا"[5]، والمادة 40 من القانون المدني الجزائري ونصه: "كل

---

[1] الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جويلية 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

[2] منصف نواري، **الوصاية على القاصر في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص: قانون الأسرة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015، ص69.

[3] صورية غربي، المرجع السابق، ص171.

[4] المادة 91 من القانون رقم 84-11المؤرخ في09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة.

[5] سورة النساء: الآية 06.

شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواعد العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة[1].

الفرع الثالث: أهلية المولى عليه

سنتطرق إلى تعريف القاصر (أولا)، ثم مراحل أهلية القاصر (ثانيا)، عوارض الأهلية (ثالثا).

أولا: تعريف القاصر" ناقص الأهلية":

ويقصد بالمولى عليه القاصر الذي تجاوز سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد القانوني 19 سنة، ويطلق عليه ناقص الأهلية، على الذي لا يستطيع أن يباشر التصرفات القانونية الخاصة به ولا يصلح لمباشرة بعضها، لهذا أخضع القانون هذا الشخص لسلطة أشخاص آخرين لهم السلطة في مباشرة التصرفات نيابة عنه ولحسابه وهذا ما يعرف بالولاية.

ثانيا: مراحل أهلية القاصر:

- **مرحلة الصبي غير المميز:**

وفقا لأحكام المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على: " لا يكون أهلا بمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز بصغر السن، ويعتبر غير المميز من لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة"[2]، ويقصد بها الفترة الممتدة من ولادة الإنسان حيا حتى اكتماله سن الثالثة عشر (13) سنة.

- **مرحلة الصبيّ المميز:**

وتنحصر هذه المرحلة ببلوغ سن التمييز، وعدم بلوغ سن الرشد في التشريعات الوضعية ويسمى الشخص ناقص الأهلية .أي أ ن له أهلية أداء قاصرة لأنه يحق له القيام ببعض التصرفات القانونية دون غيرها .ويعتبر الصبي مميزا طبقا للقانون المدني الجزائري من وقت

[1] المادة 40 من القانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

[2] المادة 42 من الأمر 42-11 يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02.

بلوغه سن التمييز وهي الثالثة عشر من عمره حتى وقت الرشد وهي 19 سنة، وفقا لما نصت عليه المادة 40 سالفة الذكر.

- **مرحلة البالغ الرّشيد:**

إذا بلغ الشخص سن الرشد هي 47 سنة كاملة متمتعا بقواه العقلية استكمل التمييز وبالتالي تمام الأهلية وارتفعت عنه الولّية والوصاية وهذا ما نصت عليه المادة 13 من القانون المدني الجزائري[1].

ثالثا: عوارض الأهلية: ونوجزها في النقاط التالية:

❖ **الجنون والعته:**

طبقا لما تنص عليه المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري: " تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدت في حالة الجنون أو العته أو السفه"[2].

❖ **الغفلة والسفه:**

وقد جعل المشرع الجزائري السفيه ناقص الأهلية في نص المادة 49 قانون 05-10 يظهر أنه اعتبر السفيه في حكم الصبي المميز، بحيث لً يعتبره عديم الأهلية بل ناقصها وأخضعه إلى أنظمة الولّية والوصاية والقوامة على غرار بقية العوارض حسب نص المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثاني: الأهلية وأثر تخلفها في الوصاية

من المعلوم أنه ليس كل شخص يمكن أن يكون وصيا، وهذا ما ثبت بنصوص قانونية باعتبارها نصوص منظمة محكمة توضح لنا من يصلح أن يكون وصيا فالوصي كل شخص ليس أبا أو جدا، تثبت له سلطة على مال القاصر.

---

[1] بوكرزازة أحمد، **المسؤولية المدنية للقاصر**، أطروحة دكتوراه علوم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، الجزائر، ص35.

[2] بوكرزازة أحمد، المرجع السابق، ص43.

لذا سنتطرق في هذا المطلب إلى أهلية الوصي (الفرع الأول)، أهلية الموصى عنه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أهلية الوصي

قبل التطرق إلى الشروط التي يجب توافرها في الوصي، والأحوال التي لا يجوز فيها أن يكون وصيا يجب قبل كل ذلك توضيح معنى الوصية، حيث عرفه مجمع اللغة العربية بأنه: " المأمور بالتصرف بعد الموت "، كما عرفه الأستاذ السباعي والصابوني بأنه: " من أقيم مقام غيره للنظر في شؤون التركة وأمور أولاده الصغار بعد وفاته".

فالوصي هو الشخص الذي أقامه غيره ليتصرف في تركته وفاته أو إقامة القاضي إذا كانت داعية فيؤخذ من هذا التعريف أن الوصي ينقسم إلى قسمين الأول من أقامه الشخص حال حياته والثاني من أقامه القاضي. فالأول يسمى وصيا مختارا والثاني وصي القاضي[1].

أما عن الشروط التي يجب توافرها في الوصي حتى يكون أهلا للوصاية ما يلي:

1. **العقل:** وذلك أيضا شرط في سائر التصرفات فإن المجنون لا يهتدي إلى التصرف النافع بحق نفسه، فكيف يوكل إليه التصرف في شؤون غيره[2].
2. **الإسلام:** وذلك بالنسبة للمسلم فحسب، فلابد من أن يكون مسلما لأن الإيصاء كالولاية يجب أن يكون الخلف من حسن السلف أما غير المسلم فيجوز أن يوصي إلى غير المسلم أيضا إذا توافرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون[3].

فالقانون الجزائري يشترط أن يكون متحدا في الدين الوصي مع من له الوصاية عليك، وما يلاحظ هنا أن الدين أشمل من المذهب، إذ ينقسم الدين إلى مذاهب والمذهب أشمل من

---

[1] محمد زيد الأبياني، **شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية**، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، د ت، ص 621.

[2] الغوثة بن مالحة، **شرح قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008، ص209.

[3] نبيل صقر، **قانون الأسرة نصا وفقها وقضاء**، دار الهدى للنشر والطباعة والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، د ت، ص296.

الطائفة وقد ينقسم المذهب إلى طوائف لذلك جعل المشرع الأولوية للوصي الذي ينتمي إلى دين القاصر[1].

3. **البلوغ:** وذلك شرط في سائر التصرفات فإن غير البالغ قاصر النظر لا يهتدي إلى وجوه المنفعة فكيف يوكل إليه أمر النظر في شؤون اليتامى وتنمية أموالهم وحفظها والإشراف على إيقافها[2].
4. **العدالة:** لا تصح الوصاية لفاسق بالاتفاق، وتكفي هنا العدالة الظاهرة فتصبح الوصاية لمستور الحال، فإذا طرا الفسق على الوصي انعزل به عند الشافعية وقال الحنفية والمالكية أنه يجب على القاضي عزله[3].

وأصل اشتراطها في الشهادة لقوله تعالى: **"وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ**[4] "، ثم اشترطت في كثير من العقود والتصرفات لأن الشهادة ولاية فلابد فيها من وجود الصدق والاستقامة حتى تكون الولاية خالصة النفع بعيدة عن الشك في ذمته وأمانته وقد اختلف الفقه.

وهناك بعض الشروط التي هي في محل اختلاف نذكر منها:

1. صحة وصية الأعمى: قال الجمهور تصح الوصاية إلى الأعمى واستلوا بأن الوصاية تحتاج إلى الخبرة فحسن التصرف والعمى لا ينفي ذلك فكم من أعمى أحسن تصرفا وأبعد نظرا من كثير من المبصرين وبأن الأعمى من أهل الشهادة والولاية في النكاح والولاية على أولاده الصغار فصح أن يوصي إليه كالبصر وقال بعض أصحاب الشافعي: لا تصح الوصاية إلى الأعمى لأنه لا يصح بيعه ولا شراؤه عندهم، فكيف يوصي إليه بما لا يملكه لنفسه؟

---

[1] أحمد نصر الجندي، **التعليق على قانون الولاية على المال**، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص70.

[2] نبيل صقر، المرجع السابق، ص296.

[3] باسل محمود الحافي، **فقه الطفولة**، ط 1، دار النوادر، دمشق، سوريا، 2008، ص60.

[4] سورة الطلاق: الآية 2.

هذا باطل لأن الجمهور على صحة بيع الأعمى وشراؤه، ولو فرضنا عدم صحة ذلك منهك فمن الممكن أن يوكل إليه بالبيع والشراء، وأيضا فالأعمى تصح منه الشهادة وله الولاية في النكاح وعلى أولاده الصغار كالبصر، فكيف لا يصح الإيصاء إليه[1].

2. هل يشترط أن يكون الوصي ذكرا: لا يشترط في الوصي أن يكون ذكرا إذ ليست الذكورة لازما في الوصي بل يجوز أن تكون المرأة وصية وليس في هذا خلاف بين علماء الشريعة الإسلامية التي هي المصدر الأساسي للقانون، وقد عللوا ذلك بأن المرأة من أهل الشهادة فجاز الإيصاء إليها لما في كذلك من معنى الولاية[2].

فالذكورة إذا ليست شرطا في الوصي، فالأنثى تصلح للقيام بأعمال الوصاية ولذلك يجوز تعيينها وصية إذ توافرت لها الشروط التي يتطلبها القانون من عدالة وكفاية وأهلية كاملة[3].

كما أنه يمكن القول بأنه يصح الإيصاء للمرأة في رأي الأكثرية من العلماء لأن عمر رضي الله عنه أوصى إلى ابنته حفصة أم المؤمنين ولأنه تصح شهادتها وتصرفاتها المالية كالرجل، فإذن تجوز وصايتها[4].

أما عن الحالات التي لا يجوز أم يكون وصيا على الوصاية نلخصها في النقاط التالية:

- ✓ المحكوم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو التي تمس بالشرف أو النزاهة[5].
- ✓ من حكم عليه بجريمة كانت تقتضي قانونا سلب وصايته على القاصر لو أنه كان في وصايته[6].

---

[1] نبيل صفر، المرجع السابق، ص298.

[2] معوض عبد التواب، **الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية**، ج3، ط6، د د ن، 2001، ص358.

[3] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص103.

[4] رمضان علي السيد الشرنباطي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار الجامعية للطباعة والنشر، ص218.

[5] ماجدة مصطفى شبانة، **النيابة القانونية**، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004، ص18.

[6] معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص622.

تنتهي مهمة الوصي في الحالات التالية:

- ✓ موت القاصر، أو زوال أهلية القاصر أو موته
- ✓ بلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه.
- ✓ انتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها.
- ✓ قبول عذره في التخلي عن مهمته.
- ✓ عزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر[1].

الفرع الثاني: أهلية الموصى عنه

ويقصد بالموصي عنه أو عليه القاصر ومن أوكلت عليه الوصاية، والموصي عنه هو كل إنسان لم يستكمل أهليته إما لصغر سنه فيشمل الجنين والصغير أو لعارض من العوارض فيشمل المجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة، فالقاصر منذ ولادته وقبل بلوغ سن التمييز يسمى صغيرا غير غير مميز، أما بعد بلوغه سن التمييز فيسمى بالصغير المميز، وهنا أساس تحديد مفهوم القاصر هي الأهلية، ومعها البلوغ والرشد -

وهناك نوع من الاختلاف بين التعريف الشرعي والتعريف القانوني للقاصر ونجد في:

1. تعريف القاصر شرعا: حددت الشريعة الإسلامية مفهوم القاصر بتناولها للقاصر على أنه ضمن مفهوم اليتيم[2]، والدليل على ذلك في الآية الكريمة لقوله تعالى: " **وَأَمَّا الجِدَارُ فَكَانَ لِغُلَامَيْنِ يَتِيمَيْنِ فِي المَدِينَةِ وَكَانَ تَحْتَهُ كَنزٌ لَّهُمَا وَكَانَ أَبُوهُمَا صَالِحًا فَأَرَادَ رَبُّكَ أَن يَبْلُغَا أَشُدَّهُمَا وَيَسْتَخْرِجَا كَنْزَهُمَا رَحْمَةً مِّن رَّبِّكَ** "[3].

واليتيم في المعنى الشرعي من مات أبوه وهو صغير ولم يبلغ الحلم، فمن مات أبوه قبل بلوغه يسمى يتيم، واليتيم عادة ملازم للضعف والفقر، فالصغير ضعيف لا يملك شيء ولا

[1] متاح على الموقع الإلكتروني https://www.mjustice.dz، تاريخ الاطلاع 2023/05/08، ساعة الاطلاع 13:09.

[2] نواري منصف، **الوصاية على القاصر**، دار الوفاء والنشر والتوزيع، ط1، عمان، الأردن، 2009، ص9.

[3] سورة الكهف: الآية 82.

يحسن التصرف، ومتى بلغ الرشد وهو حسن التصرف في المال فيجب إقامة من ينوب عنه كالوصي.

2. تعريف القاصر قانونا: لم يعرف المشرع الجزائري القاصر إذ لا يوجد نص صريح يحدد المقصود بمصطلح القاصر أو الأشخاص الذين يدخلون في حكمه فنجد أن المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري: " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم لأحكام هذا القانون[1]".

وربط المشرع مفهوم القاصر بالأهلية، وذلك أيضًا في نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم حجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة[2]".

وعليه المشرع الجزائري حدد في مواده الأحكام التي تحكم القاصر الذي يكون سبب الوصاية عليه لصغر سنه أما في حالة الجنون والعته أو السفه فهنا وجب تعيين مقدم ينوب عليه في إدارة شؤونه.

على عكس ما سارت إليه أغلب القوانين العربية الذين ألحقوا مصطلح القاصر على الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد سواء كان مميزا أو غير مميز فهو قاصر في الحالتين وألحقوا بحكمه فئة خاصة من الأشخاص يأخذون صفة القاصر لإصابتهم بأحد العوارض التي تصيب العقل فتؤدي إلى انعدام أهليتهم أو نقصها، فلا يمكنهم ممارسة حقوقهم القانونية حتى ولو بلغوا سن الرشد قانونا، لأنهم غير قادرين على التصرف كالأشخاص العاديين وذلك بسبب هذا المانع[3].

---

[1] المادة 81 من الأمر رقم 05-02 المعدل والمتمم للقانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة.

[2] المادة 40 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم..

[3] قوادري وسام، **حماية أموال القاصر على ضوء التقنين المدني والأسرة**، مذكرة لنيل شهادة ماستر، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة ألي محند أولحاج البويرة، 2013، ص11.

وفي الحديث عن الشروط التي يجب أن تتوفر في الموصي عنه، فنجد أنه لم يتطرق الفقهاء لشروط يجب توفرها في الموصي عليه، إنما اقتصر كلامهم على تحديد وصف الشخص الموصي عليه، وذلك على النحو الآتي:

- قد اتفق المالكية، والشافعية. وبعض الحنفية، والحنابلة ث على أن الوصاية تكون على التنصر المحجور عليه صغيرا أو كبيرا أو مجنونا أو سفيها أو معتوها لعدم قدرته على القيام بشؤونه بما يصلحها، فيحتاج إلى من يقوم لشؤونه وأموره الشخصية والمالية.
- بينما ذهب أبو حنيفة إلى القول بأنه لا يُحجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جائز، وذلك بعد بلوغه سن الخامسة والعشرين وحتى وإن كان مبذرًا مفسدًا تلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة[1]، ولا تكون الوصاية على البالغ الراشد اتفاقا بين الفقهاء.

[1] عبد الله محمد ربابعة، **الوصاية في الفقه الإسلامي– دراسة فقهية قانونية مقارنة**، ط 1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص122.

الخاتمة

من خلال بحثنا لموضوع "أحكام الأهلية في قانون الأسرة الجزائري"، توصلنا إلى جملة من النتائج التي يمكن أن نلخصها في العناصر التالية:

1. المشرع الجزائري لم ينص في أي مادة من القانون عن أحكام الأهلية المتعلقة بالخطبة، لكونها ليست أمرا مفصولا عن الزواج وإنما مقدمة له، ومنه فلا لزام لاشتراط الأهلية في حدوثها، كما أنه لم يتطرق لأهلية المنفق بصفته زوجا وأبا سوى أنه نظم أحكاما أخرى للنفقة وسكت عن هذا الجانب.
2. سكوت المشرع الجزائري عن أحكام الأهلية في الطلاق، وما هو ما يستدعي اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية من أجل إعطاء أمثلة عن بعض حالات نقص الأهلية.
3. مقاربة المشرع للصواب بجعله شروط الحضانة هي نفسها شروط الولاية على الرغم من مخالفته للقاعدة الفقهية التي تقضي بمنح الحضانة للنساء والولاية للرجال
4. رغم تناول المشرع الجزائري لعقود التبرعات في قانون الأسرة، إلا أنه لم يوله الأهمية التي يستحقها، ولم يتناول باقي عقود التبرعات، رغم أن الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه، قد تناوله وأفرد له أحكاما كثيرة وحظي بعناية خاصة.
5. تنظيم المشرّع الجزائري لبعض عقود التبرعات كالوقف ضمن حكام قانون الأسرة، مخالفا بذلك جل القوانين العربية التي عالجت هذه الأحكام ضمن قوانين خاصة.

- **مقترحات:**

1. تركيز الباحثين في مجال الشريعة والقانون على دراسة أحكام الأهلية وذلك لأهميتها وتعلقها بإصلاح شأن الإنسان واعتبار تصرفاته.

2. استدراك المشرع الجزائري للنقص التشريعي الحاصل في تنظيم احكام الأهلية بما في ذلك حالات ناقصي الأهلية.

3. معالجة الاختلاف القائم بين أحكام عوارض الأهلية الواردة في القانون المدني والبعض منها والمنصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري، وبهذا فإن قانون الأسرة بحاجة لتعديل تبعاً لحاجة الأفراد والمجتمع، على أن يكون التعديل استنادا إلى الأحكام الشرعية.

قائمة المصادر والمراجع

❖ **القرآن الكريم برواية ورش.**

أولاً: الكتب

أبو زهرة، محمد، **أصول الفقه**، دار الفكر العربي، القاهرة، د. س.

أبي البركات أحمد بن محمد الدردير، **الشرح الصغير**، ج4، دار المعارف، القاهرة، مصر، دس.

أحمد أمين حسان، فتحي عبد الهادي، **موسوعة الأوقاف**، ج3، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.

أحمد عبيد، محمود، **الوسيط في شرح قانون التوثيق**، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2011.

أحمد محمود الشافعي، **الوصية والوقف في الفقه الإسلامي**، ط 1، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، مصر، 1994.

أحمد نصر الجندي، **التعليق على قانون الولاية على المال**، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

الإمام النووي، **رياض الصالحين وعمدة المفتين**، كتاب الوقف، ط 3، ج 5، المكتب الإسلامي، دمشق، سوريا، 1991.

باسل محمود الحافي، **فقه الطفولة**، ط 1، دار النوادر، دمشق، سوريا، 2008.

بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، محمد، **مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرآن والسنة**، ط.11، دار أصداء المجتمع، المملكة العربية السعودية، 2010.

بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، محمد، **روضة المحبين ونزهة المشتاقين**، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983،

بن أحمد بن عرفة الدسوقي، محمد ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج.2، دار الفكر، بيروت، د س.

بن دينار الدارقطني، أبو الحسن، **سنن الدارقطني**، تحقيق وتعليق: شعيب الارنؤوط وآخرون، ج.5، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2004.

بن الحسين بن علي البيهقي، أبو بكر أحمد، **السنن الكبرى**، ج.15، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، القاهرة، 2011

بن محمد بن حنبل، أحمد، **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق: أحمد محمد شاكر، ج.2، دار الحديث، القاهرة، 1995.

بن محمد الطيّار، عبد الله، وبن محمد المطلق، عبد الله، وبن إبراهيم الموسى، محمد، ج.11، **الفقه الميسَّر**، مدار الوطن للنشر، الرياض، 2011.

بن سعود آل علي، صالح، **عوارض الأهلية المؤثرة في المسؤولية الجنائية**، ج.1، مكتبة العبيكان، الرياض، 2011.

بن عيسى الترمذي، محمد، **سنن الترمذي**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط.2، ج.3، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1975.

بن رجاء العوفي، عوض، **الولاية في النكاح**، ج.1، مطابع الجامع الإسلامية، المدينة المنورة، 2002.

الحاج، ابن أمير، **التقرير والتحبير**، ج.2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983.

حمدي باشا عمر، **عقود التبرعات (الهبة، الوصية، الوقف)**، دار هومة، الجزائر، 2004.

خالد رامول، **الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر**، دار هومة، 2004.

خلاف، عبد الوهاب، **علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع المدني**، مطبعة المدني، المؤسسة السعودية بمصر، د. س.

ديابلي، باديس، **قانون الأسرة على ضوء الممارسات القضائية**، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2012.

رمضان علي السيد الشرنباطي، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية**، دار الجامعية للطباعة والنشر.

رمضان علي الشرنباصي، **النظريات العامة في الفقه الإسلامي (نظرية العقد، الملك، الحق، العقوبة، الحسبة)**، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2003.

الزحيلي، وهبة، **الوجيز في أصول الفقه**، طبعة معادة، دار الفكر المعاصر، بيروت، 1999.

زيدان، عبد الكريم، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الاسلامية**، ج.8، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت،1993.

زيدان، عبد الكريم، **الوجيز في أصول الفقه**، ط.6، مؤسسة قرطبة للطباعة والنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، د.س.

سعيد بريزري، **أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري**، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2007.

سعيد عكرمة صبري، **الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق**، ط 2، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2011.

السلمي، عياض، **أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله**، دار التدمرية، الرياض، 2005.

سيد سابق، **فقه السنة**، ط 1، المجلد 3، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2002.

شعبان، زكي الدين، **أصول الفقه الإسلامي**، دار نافع للطبع والنشر، عين شمس، 1975.

شهاب الدين القرافي، **الذخيرة**، تح: سعيد أعراب كتاب الوقف، ط 1، ج 5، دار الغرب الإسلامي، 1994.

عبد الله محمد ربابعة، **الوصاية في الفقه الإسلامي– دراسة فقهية قانونية مقارنة**، ط 1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

العربي بلحاج، **أحكام التركات والمواريث في التشريع الجزائري وقانون الأسرة الجزائري**، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

الغوثة بن مالحة، **شرح قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008.

فشار عطا الله، **أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري**، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

قياس، المهدي، القاضي وحماية القاصر، مجمع الاطرش للكتاب، تونس، 2015.

ماجدة مصطفى شبانة، **النيابة القانونية**، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004.

محمد أبو زهرة، **محاضرات في الوقف**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1972.

محمد أحمد عقلة بني مصطفى، **الوصية الواجبة وأثر تطبيقاتها على الورثة في المحاكم الشرعية**، ط1، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، 2014.

محمد بن أحمد بن صالح، **الوقف في الشريعة الإسلامية وأثره في تنمية المجتمع**، ط 1، د د ن، الرياض، 2001.

محمد بن بلعيد أمنو البوطيبي، **الأوراق التجارية المعاصرة وطبيعتها القانونية وتكييفها الفقهي**، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، بيروت، 2006، ص. 130.

محمد بن عبد الله بن أحمد باسودان، **تقرير المباحث في أحكام إرث الوارث**، مطبعة الفيضية، مبدر أباد المحمية، الهند 1328هـ.

محمد حاتم، جميل فخري، **مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون**، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

محمد زيد الأبياني بك، **مباحث الوقف**، ط 2، مطبعة علي سكر حميص، 1912.

محمد زيد الأبياني، **شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية**، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، د ت.

محمد صبري السعدي، **النيابة في التصرفات القانونية، دراسة في التشريعات والفقه الإسلامي من منظور موازن**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.

محمد علي الصابوني، **المواريث قي الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة**، دار الكتب العلمية، 1388هـ.

محمد فتح الله اسطيري، **محاضرات في لمحات مضيئة في علم الميراث**، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، 2018-2019.

محمد مصطفى شلبي، **أحكام الوصية والأوقاف**، الدار الجامعية للطباعة والنشر، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982.

مصطفى أحمد الزرقا، **أحكام الوقف**، ط 2، دار عمار، عمان، الأردن، 1998.

معوض عبد التواب، **الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية**، ج3، ط6، د د ن، 2001.

نبيل صقر، **قانون الأسرة نصا وفقها وقضاء**، دار الهدى للنشر والطباعة والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، د ت.

نواري منصف، **الوصاية على القاصر**، دار الوفاء والنشر والتوزيع، ط1، عمان، الأردن، 2009.

ثانيا: الرسائل والمذكرات

- **أطروحات الدكتوراه:**

إيمان معمري، **عوارض الأهلية وأثرها في عقود التبرعات على ضوء قانون الأسرة الجزائري**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، فرع حقوق، تخصص القانون الخاص، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2019- 2020.

بوكرزازة أحمد، **المسؤولية المدنية للقاصر**، أطروحة دكتوراه علوم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، الجزائر.

قديري، محمد توفيق، "**النيابة الشرعيه بين الفقه الاسلامي والقانون الجزائري: دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية**"، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص: العقود والمسؤولية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، 2018.

- **رسائل الماجستير:**

بن مشرن خير الدين، **إدارة الوقف في القانون الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: قانون الإدارة المحلية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011.

رفاعي الروسان، ثائر، أحكام المعتوه في الأحوال الشخصية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير تخصص القضاء الشرعي، قسم الفقه وأصوله، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت 2008-2009.

صورية غربي، **حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014.

- **مذكرات الماستر:**

آيت وعلي، سميحة، **تصرفات ناقص الأهلية دراسة مقارنة ين القانون والفقه الإسلامي**، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص: القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014-2015.

صحراوي، فرحات، **الوصية بين الفقه والقانون**، مذكرة مكملة لنيل درجة الماستر في الحقوق، تخصص: أحوال شخصية، جامعة قسنطينة1، 2014-2015.

قوادري، وسام، **حماية أموال القاصر على ضوء التقنين المدني والأسرة**، مذكرة لنيل شهادة ماستر، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة ألي محند أولحاج البويرة، 2013.

نكاع، عمار، **عقود التبرع**، محاضرات موجهة لطلبة سنة ثانية ماستر، تخصص: قانون عقاري/توثيق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة1، 2020-2021.

نواري، منصف، **الوصاية على القاصر في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2014-2015.

ثالثا: مقالات في مجلات محكمة

زهدور، أشواق، **مبطلات الوصية في القانون الجزائري**، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 10، العدد 01، 2022.

بن داوود حنان، وبن عمار، محمد، "**الحضانة في قانون الأسرة الجزائري**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02 (2019).

بوشمة خالد، والتومي العربي، "**النقص التشريعي في أحكام زواج وطلاق المحجور عليهم في قانون الأسرة الجزائري: دراسة مقارنة مع مدونة الأسرة المغربية**،مجلة القانون والمجتمع، المجلد 08، العدد 02، 2020.

سفيان ذبيح، **إثبات الوصية وإجراءات تثبيت الملكية المكتسبة عن طريقها في التشريع الجزائري**، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، المجلد4، العدد1، مارس2022.

سلامي، ساعد، "**مراحل الأهلية وأثر عوارضها على صحة التصرفات في التشريع الجزائري**"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد.6، العدد. 2، 2022.

علاء الدين عيشي، **الشخصية القانونية للوقف في التشريع الجزائري**، مجلة الفقه والقانون، العدد1، 2012.

فرحان الجميلي، محمد عبد، "**الولاية على السفيه في النكاح في الفقه الاسلامي**، مجلة الآداب، العدد.5، 2011.

رابعا: المعاجم اللغوية

الجرجاني، الشريف، **كتاب التعريفات**، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983، ص. 40.

الفيومي، أحمد بن محمد علي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، ج1، المكتبة العلمية، بيروت، دس.

خامسا: النصوص القانونية

- **القوانين:**

القانون 84-11، المؤرخ في 9 يونيو1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر، المؤرخة سنة 1984.

القانون 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري، ج ر، العدد 49، المؤرخة سنة 1990.

القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991، المتضمن قانون الأوقاف، ج ر، العدد 21، المؤرخة سنة 1991.

- **الأوامر:**

الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 يونيو 1984، ج ر، العدد 15، المؤرخة في 27 فيفري 2005.

سادساً: محاضرات:

بوالكور، رفيقة، محاضرات في مادة النيابة الشرعية ملقاة على طلبة السنة الثانية ماستر، تخصص: قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، السنة الجامعية 2019-2020.

سابعاً: المواقع الالكترونية:

موسوعة النفسية الموضوعي للقرآن الكريم، الموقع الإلكتروني https://modoee.com، تاريخ الاطلاع 2023/05/24، ساعة الاطلاع 21:13.

أحمد الحجي الكردي، **تعريف الوقف لغة واصطلاحا**، الموقع الالكترونيhttp://ishrakat.com، تاريخ الاطلاع 2023/05/26، ساعة الاطلاع 17:46.

متاح على الموقع الإلكترونيhttps://www.mjustice.dz، تاريخ الاطلاع 2023/05/08، ساعة الاطلاع 13:09.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

العنوان	رقم الصفحة
شكر وتقدير	
إهداء	
قائمة الاختصارات	
مقدمة	
الفصل الأول: الأهلية وأثر تخلفها في الحقوق المقررة في الزواج والطلاق وآثارهما	
تمهيد	2
المبحث الأول: الأهلية وأثر تخلفها في الحقوق المقرّرة الزواج وآثاره	3
المطلب الأول: الأهلية وأثر تخلفها في إبرام عقد الزواج	7
الفرع الأول: أحكام إبرام عقد زواج المجنون والمعتوه	7
أولاً: أحكام تزويج ناقصي الأهلية لأنفسهم- المعتوه والمجنون	7
ثانياً: أحكام تزويج ناقصي الأهلية من طرف غيرهم- المجنون والمعتوه	8
الفرع الثاني: حكم إبرام عقد زواج السفيه وذو الغفلة	9
أولاً: حكم إبرام عقد زواج السفيه وذو الغفلة عن طريق أنفسهما	9
ثانياً: حكم إبرام السفيه وذو الغفلة عقد زواجهم عن طريق الولي	9
المطلب الثاني: الأهلية وأثر تخلفها في آثار الزواج.	10
الفرع الأول: الأهلية وأثر تخلفها في النفقة على الزوجة والأولاد	11
أولاً: أحكام نفقة المجنون والمعتوه والغائب على الزوجة	11
1. أحكام نفقة ناقص الأهلية المعتوه والمجنون على أنفسهما	11
2. أحكام النفقة على الزوجة المعتوهة والمجنونة	11
3. أحكام نفقة الزوج الغائب	12
ثانياً: الأهلية في النفقة على الأبناء	14
الفرع الثاني: الأهلية في تربية الأبناء	15
أولا: الولاية على النفس	15

ثانيا: الولاية على المال	16
المبحث الثاني: الأهلية وأثر تخلفها في الطلاق وآثاره	18
المطلب الأول: الأهلية وأثر تخلفها في الطلاق وصوره	18
الفرع الأول: الأهلية وأثر تخلفها في الطلاق بإرادة الزوج	18
أولاً: أحكام طلاق المجنون والمعتوه	18
ثانياً: أحكام تطليق ولي المجنون والمعتوه من زوجاتهم	19
ثالثاً: أحكام طلاق السفيه وذي الغفلة	20
رابعاً: أحكام طلاق المفقود	21
خامساً: أحكام طلاق الغائب	23
الفرع الثاني: الأهلية وأثر تخلفها في الطلاق بغير إرادة الزوج	25
أولاً: أحكام خلع المعتوه والمجنون	25
ثانياً: أحكام الخلع الصادر من الولي نيابة عن الزوجة أو الزوج	27
ثالثاً: أحكام خلع السفيه وذو الغفلة	26
المطلب الثاني: الأهلية وأثر تخلفها في آثار الطلاق	26
الفرع الأول: الأهلية وأثر تخلفها في الحضانة	26
الفرع الثاني: الأهلية وأثر تخلفها في النفقة على المحضون	28
الفصل الثاني: الأهلية وأثر تخلفها في عقود التبرعات والنيابة الشرعية	
تمهيد	30
المبحث الأول: الأهلية وأثر تخلفها في عقود التبرعات	31
المطلب الأول: الأهلية وأثر تخلفها في الوصية	31
الفرع الأول: مفهوم الوصية	31
أولا: تعريف الوصية	31
1. التعريف اللغوي	32
2. التعريف الاصطلاحي	32

3. التعريف القانوني	32
ثانيا: أحكام الوصية	33
ثالثا: أركان الوصية	34
الفرع الثاني: أهلية كشرط من الشروط لانعقاد الوصية	35
أولا: أهلية الموصي	35
1. تعريف الموصي	35
2. الشروط التي يجب توفرها في الموصي	35
3. أثر تخلف الأهلية في الوصية للموصي	37
ثانيا: أهلية الموصى له	38
1. تعريف الموصى له	38
2. الشروط التي يجب توافرها في الموصى له	39
3. أثر تخلف الأهلية في الوصية للموصى له	41
المطلب الثاني: الأهلية وأثر تخلفها في الوقف	41
الفرع الأول: مفهوم الوقف	42
أولا: تعريف الوقف	42
1. التعريف اللغوي	42
2. التعريف الاصطلاحي	42
3. التعريف القانوني	42
ثانيا: خصائص الوقف	43
1. الخصائص الشرعية	43
2. الخصائص القانونية	44
ثالثا: أركان الوقف وشروطه	47
1. الواقف	47
2. المال الموقوف	47

3. الموقوف عليه	47
4. الصيغة	48
الفرع الثاني: أثر تخلف الأهلية في الوقف	48
المطلب الثالث: الأهلية وأثر تخلفها في الميراث	48
الفرع الأول: مفهوم الميراث	48
أولا: تعريف الميراث	49
ثانيا: أركان الميراث	49
1. المورث	49
2. الوارث	50
3. الموروث	50
ثالثا: شروط الميراث	50
الفرع الثاني: أثر تخلف الأهلية في الميراث	50
المبحث الثاني: الأهلية وأثر تخلفها في النيابة الشرعية	51
المطلب الأول: الأهلية وأثر تخلفها في الولاية	51
الفرع الأول: مفهوم الولاية	51
أولا: تعريف الولاية	51
ثانيا: أنواع الولاية	51
1. ولاية قاصرة	52
2. ولاية متعدية	52
الفرع الثاني: أهلية الولي	53
أولا: شروط أهلية الولي	53
1. سلامة العقل	53
2. البلوغ	53
3. صلة القرابة	54

4. العدل وصون الأمانة	54
5. الإسلام	54
6. حسن التصرف	54
ثانيا: وقف الولاية على الولي	54
ثالثا: انقضاء الولاية	55
الفرع الثالث: أهلية المولى عنه	56
أولا: تعريف القاصر "ناقص الأهلية"	56
ثانيا: مراحل أهلية القاصر	56
ثالثا: عوارض الأهلية	57
المطلب الثاني: الأهلية وأثر تخلفها في الوصاية	58
الفرع الأول: أهلية الوصي	58
الفرع الثاني: أهلية الموصى عنه	61
الخاتمة	64
قائمة المصادر والمراجع	67
فهرس المحتويات	76