



كلية العلوم
الإنسانية والاجتماعية
FACULTY OF HUMANITIES
AND SOCIAL SCIENCES

جامعة محمد بوضياف - المسيلة
كلية العلوم الانسانية والاجتماعية
قسم العلوم الاسلامية



الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الجزائري "باب النيابة الشرعية أنموذجا"

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الاسلامية

تخصص: شريعة وقانون

تحت إشراف الدكتور:

- بوجمعة حمد

إعداد الطالبتين:

- مهني شيماء

- بن يطو إيمان

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
سويسي ليلي	محمد بوضياف - المسيلة	رئيسا
بوجمعة حمد	محمد بوضياف - المسيلة	مشرفا ومقررا
بوهالي محمد	محمد بوضياف - المسيلة	مناقشا

السنة الجامعية: 2024-2023

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى:

﴿وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا﴾

سورة الإسراء، الآية 85.

شكر وتقدير

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (من وضع إليكم معروفا فكافئوه، فإن لم تجدوا ما تكافئونه فادعوا له حتى تروا أنكم قد كافأتموه) رواه أبو داود.

وعملا بهذا الحديث واعترافا بالجميل نحمد الله عز وجل ونشكره على أن وفقنا لإتمام هذا العمل المتواضع.

ونتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ الدكتور "بوجمعة حمد" حفظه الله ورعاه، الذي كان له الفضل في اختيارنا لموضوع البحث، وعلى قبوله الإشراف على إنجاز هذا العمل. كما نتوجه بشكرنا الجزيل وخالص الامتنان إلى أساتذة الكلية ونخص بالذكر الدكتور "محمد توفيق قديري".

كما لا ننسى أن نتقدم بشكرنا الخالص إلى السادة الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مراجعة هذا العمل وتصويبه.

كما نشكر كل من مد لنا العون من قريب أو بعيد.

إهداء

إلى هؤلاء

إلى من عمل بكد وجهد في سبيلي وعلمني معنى الكفاح وأوصلني إلى ما أنا عليه الآن

إلى أبي العزيز أدامه الله لي.

إلى من ربنتني وأنارت لي طريقي ودربي أعانتني بالصلوات والدعوات

إلى أعلى إنسانة في هذا الكون أُمي الغالية أدامها الله لنا بخير.

إلى الذين هم ملاذي وفخري واعتزازي فأنامهم وهم مني خوتي سيف وأسماء وقصي.

إلى جميع أقاربي بالذكر الخاص للجد وجدتي أطال الله في عمرهم إن شاء الله.

إلى صديقات الدرب وضحكات القلب.

أهدي لكم عملي هذا بخالص الحب.

شياء

إهداء

إلى منبع الحنان الذي لا ينضب أُمي الغالية.

إلى كتف الأمان أبي.

إلى من جعلها الله زينة حياتي الدنيا ابنتي " ملك " أسأل الله أن يوفقني لإنارة قلبك ودربك

بالعلم والإيمان، فتكوني لي زينة حياتي الآخرة.

إلى السند المتين زوجي.

إلى جدي وجدتي.

إلى إخوتي: عبد الله، أميرة، وعبد الرحيم.

إلى أم زوجي ووالده وأخوته.

إلى عائلتي الكبيرة بن يطو وسحنون وصحراوي

وإلى كتاكيتها وتين وفرح ورهف.

إلى الصديقات اللواتي كن الابتسامة التي لا تفارق وجهي إليكم جميعا اهدي جهدي

وتعبي هذا بخالص الحب.

إيمان

قائمة المختصرات

د. ط	دون طبعة
ط	الطبعة
ص	الصفحة
ج	الجزء
د. م. ن	دون مكان نشر
د. ت. ن	: دون تاريخ نشر
د. ن	: دون ناشر
مج	مجلد
هـ	هجري
م	مادة - ميلادي
ق. أ. ج	قانون الأسرة الجزائري
ق. م. ج	القانون المدني الجزائري
ق. إ. م. إ	قانون الإجراءات المدينة والإدارية

مقدمتہ



مقدمة

الحمد لله الذي جعل لنا من العلم نورا نهتدي به الحمد لله الذي بصرنا سبل الحمد، الحمد لله المستحق للثناء والصلاة والسلام على رسوله الكريم وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

نظرا لكون الأسرة هي اللبنة الأساسية للمجتمع، حيث تحظى باهتمام واسع من جميع الشرائع الدينية والوضعية لأهمية دورها في تكوين المجتمع، يسعى أفرادها لتحقيق الترابط والتكافل فيما بينهم، فقد كان من باب أولى السعي إلى تعزيز كل ما يدعو إلى حفظ حقوقها وضمان استقرارها عن طريق دراسة مقومات القوانين والتشريعات التي تساعد في تفعيل روابطها وتعزيز قبولها وهذا اعتماد على المرجعية الفقهية.

وتماشيا مع هذا يعتبر قانون الأسرة في الجزائر من أهم القوانين التي تنظم العلاقات الأسرية، حيث يختلف في مضمونه عن باقي الأحكام القانونية، لكونه يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية.

ومن أهم المواضيع التي أخذت حظها في التشريع الجزائري موضوع النيابة الشرعية التي تهدف إلى حماية أموال القاصرين وتنظيم شؤونهم القانونية، والتي استمدت أحكامها من الفقه الإسلامي كأصل عام من غير تحديد لمذهب معين، حيث نظم المشرع أحكامها ضمن مواد خاصة من م 81 إلى م 125 من قانون الأسرة، إلا أنه لم يستوفي بعض من جوانبها لوجود تعارض فيما بينها من جهة، وتعارض مع نصوص القانون المدني من جهة أخرى، وهذا الأمر الذي دفعنا لتقصي المصدر المادي لأحكام النيابة الشرعية الواردة في قانون الأسرة، وذلك عن طريق البحث عن اختيار المشرع الجزائري للمذاهب الفقهية التي استقى منها هذه الأحكام، وذلك لعدم وجود مذكرة إيضاحية لقانون الأسرة نستطيع من خلالها معرفة المذاهب التي رجع إليها المشرع الجزائري في تعويد نصوص أحكام النيابة الشرعية، وبالنظر إلى أنه لم يأخذ بالمذهب المالكي المعتمد في الجزائر كمصدر وحيد، لهذا جاء موضوعنا



ليسلط الضوء على هذه الجزئية المتعلقة بالاختيارات الفقهية لقانون الأسرة في موضوع النيابة الشرعية.

1- أهمية وأهداف البحث

تظهر أهمية وأهداف الموضوع في النقاط التالية:

- دراسة موضوع لم يشبع بالدراسات الأكاديمية خاصة في طور الماستر حيث يعتبر موضوعنا كأول دراسة.
- تبيين أهم المذاهب الفقهية التي استخدمها المشرع الجزائري في أحكام النيابة الشرعية وهو ما يسهل على شراح القانون سد الثغرات الواردة في نصوصه.
- تسهيل فهم وتطبيق النصوص القانونية، بالإضافة الى منح القاضي والفقيه آلية الرجوع إلى الشريعة الإسلامية في مسائل التي لم يرد النص على أحكامها.
- سد النقص الوارد في أحكام النيابة الشرعية والإشكالات المتعلقة بها.

2- أسباب اختيار موضوع البحث

- الرغبة في ابراز أهمية هذا الموضوع الذي يطرح نفسه بشدة في حياتنا وكيف يتناوله الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.
- بما أن تخصصنا الدراسي في الشريعة والقانون أردنا أن نتعرف إلى أي مدى أخذ قانون الأسرة الجزائري بما جاء في الفقه الإسلامي.
- معرفة اختيارات المشرع الفقهية التي اعتمدها في باب النيابة الشرعية ضمن مواد قانون الأسرة
- قلة الدراسات المتخصصة في هذا الموضوع فغالباً ما يدرس كجزء من مواضيع أخرى ولم يحض كثيرا بدراسة مستقلة.

3- إشكالية موضوع البحث:

من خلال طبيعة هذا الموضوع نطرح الإشكالية التالية:

ما هي الاختيارات الفقهية للمشرع الجزائري في باب النيابة الشرعية؟



وللإجابة على هذه الإشكالية ينبغي دراسة الأحكام المتعلقة بالنيابة الشرعية في القانون الجزائري ومقارنتها بالأحكام الواردة في الفقه الإسلامي، باعتبارها المصدر الأساسي لنصوص قانون الأسرة الجزائري.

4- المنهج المعتمد للبحث:

اعتمدنا في دراستنا لهذا البحث على ثلاث مناهج رئيسية وهم: المنهج الوصفي: لقد استعملنا هذا المنهج والذي يتناسب مع كل الدراسات الفقهية والقانونية، وذلك من خلال توضيح بعض المفاهيم والتعريفات الخاصة بالنيابة الشرعية وعرض أقوال الفقهاء وأدلتهم.

المنهج الاستقرائي: هذا المنهج مهم في دراستنا حيث هو المنهج الأساس الذي اعتمدنا عليه وذلك من خلال البحث والكشف عن اختيارات المشرع الجزائري من المذاهب الفقهية. المنهج المقارن: استعملنا هذا المنهج في المقارنة بين احكام النيابة الشرعية في التشريع الجزائري وفي الفقه الإسلامي.

5- الدراسات السابقة:

إن أغلب الدراسات التي تناولت موضوع النيابة الشرعية لم تتطرق إلى تحديد الاختيارات الفقهية التي اعتمدها المشرع الجزائري في هذا الباب، لهذا يمكن القول أنّ الدراسات الأكاديمية المختصة في هذا الموضوع كانت نادرة، ولا أدعى السبق الأصيل في طرح شتى جوانب هذا الموضوع، فقد وردت بعض الدراسات التي عبادت السبيل إلى إنجازه ولعل أهمها:

دراسة محمد توفيق قديري بعنوان النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري -دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية -أطروحة دكتوراه في جامعة محمد خيضر، بسكرة لسنة 2017-2018.

حيث تطرق لدراسة موضوعه ضمن إشكالية كفاية الأحكام الواردة في النصوص القانونية المتعلقة بالنيابة الشرعية في القانون الجزائري لتوفير الحماية اللازمة للأشخاص



الخاضعين للنيابة الشرعية بالمقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي وما جاءت به القوانين العربية، معتمدا في ذلك على منهج الوصفي التحليلي المقارن، حيث توصل من خلال بحثه إلى نتائج أهمها قصور القانون الجزائري من معالجة المحكمة لنظام النيابة الشرعية وعدم كفاية النصوص القانونية، بالإضافة إلى عدم الانسجام والتضارب بين المواد والنصوص القانونية وأن اختيارات المشرع الجزائري تعددت بحيث لم ينضبط على مذهب معين.

وتختلف دراستنا عن هذه الدراسة في أننا تطرقنا إلى توضيح اختيارات المشرع الجزائري في باب النيابة الشرعية في كل مادة من مواد قانون الأسرة وخصصنا لها إشكالية البحث الرئيسية، إلا أنه تطرق لها في تساؤل فرعي ضمن إشكاليته، وعرض اختيار المشرع الجزائري في بعض المواضيع فقط ولم يعطه اهتمام كبيرا خلال بحثه.

6-الصعوبات والعوائق:

- نقص في شرح مسائل النيابة الشرعية في مراجع قانون الأسرة.
- ندرة المصادر المختصة في هذا الموضوع.

7-خطة الدراسة:

ولدراسة هذا الموضوع قسمنا بحثنا هذا إلى فصلين، حيث احتوى كل فصل على ثلاث مباحث:

الفصل الأول: الأشخاص الخاضعون للنيابة الشرعية

المبحث الأول: فاقدوا الأهلية

المبحث الثاني: ناقصوا الأهلية

المبحث الثالث: الغائب المفقود

الفصل الثاني: الأشخاص القائمون بالنيابة الشرعية

المبحث الأول: الولاية

المبحث الثاني: الوصاية والتقديم

المبحث الثالث: الكفالة

الفصل الأول

الأشخاص الخاضعون للنياية الشرعية

ويحتوي على ثلاث مباحث:

المبحث الأول: فاقدوا الأهلية

المبحث الثاني: ناقصوا الأهلية

المبحث الثالث: الغائب المفقود

باعتبار الأهلية صفة مكتسبة تثبت للإنسان بمجرد ولادته حيا إلى حين وفاته والتي تنقسم إلى أهليه وجوب وأهلية أداء سواء كان لاعتبارات شرعية أو قانونية، وبهذا يتها الشخص أولا لثبوت الحقوق له ثم لثبوت الحقوق عليه، إذ تكون كاملة ببلوغه مرحلة الرشد إلا أنها تتأثر إما بسن الإنسان أو أحد عوارض الأهلية، التي بدورها تؤدي إلى فقدها أو نقصانها، وهو ما يوجب عليه الحجر مما يستدعي قيام النياية الشرعية عليه، وتسري نفس هذه الأحكام على الغائب والمفقود الذي يعجز عن مباشرة شؤونه بنفسه.

لهذا قسمنا هذا الفصل إلى ثلاث مباحث، في المبحث الأول تناولنا فاقدوا الأهلية أما المبحث الثاني خصصناه لناقصوا الأهلية، والمبحث الثالث للمفقود والغائب.

المبحث الأول: فاقدوا الأهلية

تتأثر أهلية الإنسان بعدة عوامل تؤدي إلى فقدانها أحيانا، وهي إما بسبب السن أو العوارض فقد نصت المادة 42 من القانون المدني الجزائري على أن: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر السن أو عته أو جنون..."¹ وبهذا تكون هذه المادة قد حددت فاقدوا الأهلية على أنهم غير المميز والمعتوه والمجنون، وهذا ما يتم تناوله من خلال مطلبين الأول فاقدوا الأهلية بسبب السن، والثاني فاقدوا الأهلية بسبب العوارض.

المطلب الأول: فاقدوا الأهلية بسبب صغر السن

سندرس في هذا المطلب أحكام الصبي غير المميز في القانون الجزائري وما يقابلها من أحكام في الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: الصبي غير المميز في التشريع الجزائري

يطلق هذا المعنى على الصبي من يوم ولادته حيا، إلى أن يصبح مميزا، فتصبح لديه أهلية وجوب كاملة خلال هذه المرحلة، وتبدأ هذه الأخيرة في القانون الجزائري منذ الولادة حتى بلوغ الصبي سن الثالثة عشر، فيطلق على الصغير في هذه المرحلة مسمى غير المميز، أي أنه فاقد ومنعدم الأهلية.²

وهذا ما نصت عليه المادة 42 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة".

ومعنى انعدام أهلية الصغير الذي لم يبلغ الثالثة عشر سنة، بطلان كل تصرفاته القانونية، ولو كان التصرف نافعا له كقبول أي تبرع مالي.³

¹ القانون المدني الجزائري صدر بموجب الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عم 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية 1975، العدد 78.

² محمد التوفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017/2018م، ص 94.

³ محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون، نظرية الحق)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، (دط) 2000م، ص 150-151.

كما تعتبر العقود التي تم إبرامها باطلة بطلانا مطلقا ولا يصح الإجازة فيها لأن إرادته ليس لها أي أثر.¹

والولاية في هذه المرحلة على الصغير حسب م 81 من ق أ ج حيث نصت على أنه: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون"² وبهذا يكون لولي الصغير غير المميز أو وصيه مباشرة تصرفاته نيابة عنه قانونا، لأن تصرفاته محكوم عليها بالبطلان المطلق ولو كانت نافعة نفعا محضا لانعدام الإدراك والتمييز³، هذا ما ورد أيضا في المادة 82 من ق أ ج: "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة".

أما في حالة إحداث الصغير غير المميز ضررا للغير فإنه يتضح من نص المادة 125 ق م ج التي نصت على أنه "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهماله أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا" أن أهلية المسؤولية التقصيرية ربطت بالتمييز، ومن ثم فلا مسؤولية على الصبي غير المميز، طبقا للقانون المدني الجزائري لمن هو دون الثالثة عشر.⁴

الفرع الثاني: الصبي غير المميز في الفقه الإسلامي

ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أن الصغير إذا ولد حيا أصبح كامل الإنسانية وله أهلية وجوب كاملة تأمله لاكتساب حقوق وتحمل واجبات، لكن لا تثبت له أهلية أداء، لأن مناطها العقل والتمييز والإدراك، فهو بهذا منعدم الأهلية فاقد للتمييز.⁵

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (د ن)، (د ط)، 2008م، ج1، ص225.

² المادة 81 من القانون رقم 11/84 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق لـ 1984م والمتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ فبراير سنة 2005، جريدة الرسمية، العدد 15 الصادرة في 27 فبراير 2005.

³ شيماء شني، الحماية القانونية لذوي عارض الأهلية في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأسرة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2021-2022، ص 7.

⁴ محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، (د ط)، (د ت ن)، ص 41.

⁵ محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، دار القلم، دمشق، دار الشامية، بيروت، ط1، 1993م، ص 139.

تبدأ هذه المرحلة من الميلاد إلى سن السابعة، وقد استدلت الفقهاء في ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم "مرو أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر".¹

وحكم تصرفاته في هذه المرحلة باطلة فلا تصح العقود والتصرفات منه مطلقا، ولا يمكنه استعمال الحقوق والواجبات فيها، وإن صدرت منه قولا كالبيع والإجارة، إلا أنه يجوز لوليه أداؤها بالنياية عنه، كما لو أنه كلف ببعض الواجبات المالية فإن الخطاب موجه لوليه أو وصيه، وبما أن أهلية الأداء هي مناط التكليف فإن الصبي لا يكلف شيئا من العبادات المشروعة أو الخطاب فيها، كالكفارات مثلا.²

من خلال ما سبق ذكره في أحكام الصبي غير المميز في التشريع الجزائري والفقهاء الإسلامي نلاحظ أن المشرع الجزائري اتفق مع فقهاء الشريعة الإسلامية من حيث أن الصبي غير المميز يتمتع بأهلية وجوب كما يعتبر فاقدا للأهلية.

إلا أنه خالف الفقهاء الإسلامي من حيث المدة والمرحلة التي يكون فيها الصبي فاقدا للتمييز، فالمشرع الجزائري اعتبر هذه مرحلة من ولادة الصبي حيا إلى غاية سن الثالثة عشر، أما في الفقهاء الإسلامي اعتبرها من الولادة إلى سن السابعة.

كما نلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري في المادة 81 و82 من ق أ ج أخذ بما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية من خلال اعتباره تصرفات الصبي غير المميز باطلة بطلان مطلقا، وأن لوليه أو وصيه مباشرة تصرفاته نيابة عنه.

المطلب الثاني: فاقدوا الأهلية بسبب العوارض

يعتبر فاقدوا الأهلية بسبب العوارض هم الذين لا يملكون القدرة لإجراء التصرفات القانونية بأنفسهم بسبب حالات معينة كالجنون والعتة، وهذا ما سنتناوله في كل من التشريع الجزائري والفقهاء الإسلامي على النحو التالي:

¹ أخرجه أبو داود في السنن، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، ج6، ص8.

² محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، (د م ن)، (د ط)، (د ت ن)، ص 333-334.

الفرع الأول: المجنون والمعتوه في التشريع الجزائري

يدرس هذا الفرع تعريف كل من المجنون والمعتوه أولاً، ثم حكم تصرفاتهما، وأخيراً أثر الحجر على تصرفاتهما.

أولاً: تعريف الجنون والعتة

لم يعرف المشرع الجزائري الجنون والعتة، لا في قانون الأسرة ولا في القانون المدني، وترك ذلك للفقه، لأنه تعرض فقط للأحكام المتعلقة بهما، ضمن المواد 81، 85 و101 و107 من قانون الأسرة والمواد 42، 43 و44 من القانون المدني.¹

إذ تنص المادة 81 من ق أ ج على أن "كل من كان فاقداً للأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون" وتنص المادة 101 من نفس القانون "من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه" يظهر من هذه النصوص أن الجنون والعتة يعدمان الأهلية، لأن من بلغ سن الرشد ثم أصيب بهما، تنعدم أهليته، أي تكن له أهلية وجوب فقط، وهو بهذا يأخذ حكم فاقداً للتمييز.²

وهذا ما أكدته المادة 42 من ق م ج حيث جاء فيها: "لا يكون اهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون..." كما يتضح لنا أيضاً أن المشرع الجزائري من خلال هذه المواد جعل كل من الجنون والعتة سببين من أسباب الحجر، كما لم يفرق بينهما ولم يميز بين الجنون الدائم والجنون المتقطع، والعتة المعدم للأهلية والعتة المنقص للأهلية، وهو ما استحسنه شرع القانون، لأن التفرقة بين الجنون والعتة دقيق جداً، خصوصاً أن العته نوع من الجنون إلا أنه هادئ.³

¹ أولحسن بعليد، الحجر شرعاً وقانوناً، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2020-2021، ص 30.

² الهادي معفي، أحكام الحجر على القاصر في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، جامعة العربي التبسي، تبسة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2020-2021، ص 36.

³ سارة مقدم، الأهلية وأثر تخلفها في قضايا شؤون الأسرة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة الغربية، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأسرة، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016، ص 29.

بالإضافة إلى الحجر على الشخص المصاب بهما سواء وجدت حالة الجنون أو العته منذ ولادته واستمرت إلى غاية بلوغه سن الرشد أو طرأت عليه بعد بلوغه هذه السن.¹ تطرقت بعض القوانين العربية إلى تعريف كل من الجنون والعتة، كالقانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين حيث عرف المعتوه في م2منه "المعتوه قليل الفهم، مختلط الكلام سيء التدبير" وعرفت بعض التشريعات العربية الجنون بأنه: "فاقد العقل بصورة مطبقة أو غير مطبقة".²

ثانيا: حكم تصرفات المجنون والمعتوه

نصت المادة 1/42 من قانون المدني الجزائري بأنه "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر السن، أو عته، أو جنون..." يتضح من خلال هذه المادة أنها تسوي في الحكم بين المجنون والمعتوه، إذ اعتبرت كل منهما عديم أهلية. وعليه، فإنه يحجر عليهما بحكم من المحكمة طبقا للقانون³، وقد نصت المادة 101 ق أ ج على هذا المعنى فقضت بأن "من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه...، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

ومعنى الحجر هو منع الشخص من التصرف في أمواله وإدارتها لآفة في عقله، أو ضعف في ملكته النفسية⁴، إذ يكون الحجر طبقا لنص المادة 102 ق أ ج أنه "يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة، أو النيابة العامة" فيتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري خول مهمة رفع دعوى الحجر، أي طلب الحجر، للأقارب، أو ممن له مصلحة وكذلك النيابة العامة.

¹ سارة مقدم، المرجع السابق، ص 30.

² المادة الأولى من القانون رقم 40 لسنة 2004 المتعلق بالولاية على أموال القاصرين القطري وهو ما جاء في القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين م 212.

³ محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، دار هومة، الجزائر، ط2، 2014م، ج2، ص532.

⁴ بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، مطبعة المنار، سطيف، ط1، 2011م، ص85.

لكن المشرع الجزائري لم يحدد بدقة معنى التقارب، فقد وردت العبارة عامة¹. أما المقصود بالمصلحة هنا هي المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء²، كما نجد أيضا أن المشرع الجزائري خول هذه المهمة أيضا للنيابة العامة بموجب القانون، فنخلص إلى أن المصلحة هي مناط دعوى الحجر، الهدف منها حماية أموال المحجور عليه وحماية مصلحته، فهو بمثابة طلب شخصي ليضيق بإنسان على قيد الحياة من أجل حماية المحجور عليه من نفسه أو حمايته من الغير وذلك بغرض القوامة عليه³. كما نجد أن المادة 103 ق أ ج أمرت الاستعانة بأهل الخبرة من المختصين في تحديد مدى إصابة الشخص بالجنون أو العته، حيث نصت على أنه "يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر". ونجد أيضا من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد منح السلطة التقديرية في اللجوء إلى الخبرة لإثبات أسباب الحجر، ويكون ذلك الحكم تحضيري قبل الفصل في الموضوع أو بأمر على عريضة عند الاقتضاء⁴. ووفقا للمادة 105 من التقنين ذاته "يجب أن يمكن الشخص الذي يراد التحجير عليه من الدفاع عن حقوقه، وللمحكمة أن تعين له مساعدا إذا رأت في ذلك مصلحة"، من خلال هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري كفل للمراد الحجر عليه عناية خاصة، نظرا لكون هذا الشخص ضعيف في نظر القانون، إلا أنه لم يبين الطريقة التي تمكنه من الدفاع عن حقوقه⁵.

¹ شيكر ريمة، الحجر في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2013-2014، ص 39.

² برابرة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار البغدادي للطباعة والنشر، الجزائر، ط2، 2009، ص38-39.

³ حسن حسن منصور، الموسوعة القضائية في مسائل الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، (د ط)، (د ت ن)، ص 76.

⁴ الهادي معيفي، "الحجر على المعوق ذهنيا دراسة مقارنة على ضوء التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة العربي التبسي، تبسة، الجزائر، العدد 17 جانفي 2018، ص 662.

⁵ شكر ريمة، المرجع السابق، ص 51.

ويتم تسجيل القرار الصادر بالحجر لإعلام الناس بما حدث من تغيير في أهلية من صدر القرار بالحجر عليه، وهذا ما يستفاد من نص المادة 106 ق أ ج الذي تنص على أن "الحكم بالحجر قابل لكل طرق الطعن، ويجب نشره للإعلام" كما يفهم من هذا النص أيضا أن نشر الحكم بالحجر إلزامي، وذلك لتمكين الغير من العلم به لمنع الادعاء مستقبلا للجهر بالحجر إن هم تعاملوا مع المحجور عليه.¹

ولا يرى هذا الحجر في حق الغير إلا من وقت نشر الحكم حسب ما جاء في م 106 ق أ ج، فلا يستطيع الغير أن يحتج بعدم علمه بالحجر متى كان هذا الحكم قد تم نشره.² وبما أن الحجر لا يثبت إلا بحكم القاضي كما سبق بيانه، فإنه أيضا لا يرفع إلا بحكم منه، وهذا ما تقتضيه المادة 108 ق أ ج التي تنص على أنه: "لا يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه".

ثالثا: آثار الحجر على تصرفات المجنون والمعتوه

تضمنتها المادة 107 ق أ ج بنصها "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورهما" ومع ذلك يتضح أن المشرع بموجب هذا النص رتب آثارا على تصرفات المصاب بهذه العوارض قبل توقيع الحجر عليه وأخرى بعده كما يلي:

أ- تصرفات المجنون والمعتوه قبل توقيع الحجر عليهما

الأصل أن المجنون أو المعتوه، قبل تسجيل قرار الحجر عليه، يعتبر كامل الأهلية، لذا تكون التصرفات التي يبرمها المجنون أو المعتوه لا تقع باطلة رغم تخلف الإرادة، إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة بين الناس، ومعلومة من المتعاقد الأمر الذي تصرف فيه المجنون أو المعتوه.³

¹ مقراني وردة، موهوبي سعاد، النيابة الشرعية في التشريع الجزائري (الولاية، الوصاية، التقديم، الحجر)، مذكرة ماستر، تخصص القانون الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015، ص 70.

² محمد السعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي، دار هومة، الجزائر، (د ط)، (د ت ن)، ص 66.

³ بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص 112.

فمتى توفرت هاتين الحالتين أخذت تصرفات المجنون والمعتوه حكم تصرفاتهما التي صدرت بعد الحكم عليهما بالحجر، فتكون باطلة وهو ما يفهم مما ورد في نص المادتين 42 ق أ ج و 107 ق أ ج.¹

وبالرجوع إلى المادة 85 ق أ ج والتي تنص على أن "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه" فنجدتها تعرضت للعديد من الانتقادات من بينها مايلي:

لم يكن هذا النص صائبا حيث اعتبر السفيه عديم الأهلية بأن ألحقه بالمجنون والمعتوه في الحكم، في حين اعتبره نص مادة 43 ق م ج ناقص الأهلية فقط²، كما اعتبرت هذه المادة تصرفات كل من المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة، أي موقوفة التصرف، ولم ينتبه المشرع أن التصرف الموقوف هو تصرف صحيح، لكنه لا يرتب آثاره قبل إجازته من صاحب الحق في الإجازة، ولا يعقل أن يكون تصرف المجنون صحيحا غير نافذ، لذلك وجب على المشرع الجزائري الدقة في اختيار المصطلحات المناسبة وتغيير كلمة "غير نافذة" وتعويضها بكلمة "باطلة".³

ب- تصرفات المجنون والمعتوه بعد توقيع الحجر عليهما

تنص المادة 107 ق أ ج أن تصرفات المحجور عليهم بعد الحكم باطلة، أي أن تصرفات المجنون والمعتوه تكون باطلة بطلانا مطلقا بعد حكم الحجر مثلها مثل تصرفات الصبي غير المميز، باطلة سواء كانت نافعة نفعاً محضاً أو ضارة ضرراً محضاً أو دائرة بين النفع والضرر⁴، وهذا ما أكدته المادة 42 ق م ج التي تنص "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون" حيث اعتبرت هذه المادة المجنون و المعتوه عديمي أهلية وغير مميزين، وألحقت حكم تصرفاتهم بالصبي غير المميز الذي تعتبر تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا.

¹ محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 537.

² محمد سعيد جعفرور، التصرف الدائر بين النفع والضرر، المرجع السابق، ص 27-28.

³ محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 538.

⁴ شيكر ريمة، المرجع السابق، ص 70.

الفرع الثاني: المجنون والمعتوه في الفقه الإسلامي

سنتطرق في هذا الفرع إلى أحكام المجنون في الفقه الإسلامي أولاً، ثم إلى أحكام المعتوه في الفقه الإسلامي ثانياً.

أولاً: المجنون في الفقه الإسلامي

1- تعريف المجنون

في اللغة: "زوال العقل أو فساده"¹

في الاصطلاح: "هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً"²، وقيل "الجنون اختلال القوة المميزة بين الأشياء الحسنة والقبیحة المدركة للعواقب بأن لا تظهر آثارها، وألا تتعطل أفعالها"³.

كما عرفه وهبة الزحيلي "هو من زال عقله، فإن استمر جنونه في جميع الأوقات كان جنوناً مطلقاً، وإذا ذهب عقله في وقت وأفاق في وقت كان جنوناً متقطعاً"⁴.

2- أنواع الجنون: قسم الفقهاء الجنون وفق اعتبارين الأول هو الاستمرار والطرء:

أ- الجنون المطلق: وهو الذي يفقد فيه صاحبه عقله فقداناً تاماً يستوجب كل الأوقات أي أنه الجنون الكلي المستمر الذي لا يفيق صاحبه منه.

ب- الجنون المتقطع: هو الجنون الغير مستمر، فهو يصيب عقل صاحبه تارة ويرتفع عنه تارة أخرى.

¹ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، ط2، 2004، ص 141.

² الجرجاني، محمد السيد الشريف، معجم التعريفات، تحقيق محمد الصديق المنشاوي، دار الفصيحة للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، (د ط)، (د ت ن)، ص 71.

³ الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، (د م ن)، ط2، 1404-1407هـ، ج16، ص 99.

⁴ وهبة زحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط2، 1985، ج5، ص404.

والاعتبار الثاني لتقسيم الجنون هو الأصالة والعروض، فإن بلغ الشخص مجنونا فهذا يسمى بالجنون الأصلي، أما إذا بلغ عاقلا ثم طرأ عليه الجنون بعد البلوغ فهذا ما يسمى بالجنون الطارئ¹.

3- الحجر على المجنون

من المتفق عليه بين الفقهاء هو أن المجنون يحجر عليه لحق نفسه إلا أنهم اختلفوا في متى يبدأ الحجر على المجنون ومتى ينتهي وهل يحتاج إلى حكم حاكم في ذلك؟ وفي هذه المسألة نجد الفقهاء على قولين:

القول الأول: أن الحجر على المجنون يثبت بمجرد ظهور علامات الجنون عليه وانتشارها بين الناس دون الحاجة إلى حكم حاكم بالحجر عليه، وهو قول كل من الحنفية والشافعية والحنابلة، رغم أن الحنفية لم يذكروا ذلك صراحة إلا أن هذا ما يفهم من كتاباتهم².

وكذلك هو الأمر بالنسبة لفك الحجر عن المجنون، نجد جمهور الفقهاء من حنفية وشافعية وحنابلة، يقولون بانتهاء الحجر على المجنون بزوال جنونه أي بمجرد افاقته ينفك الحجر عنه دون الحاجة إلى حكم حاكم³.

القول الثاني: ذهب المالكية إلى القول بأن المجنون محجور عليه سواء كان الجنون مطبقا أو متقطعا، كما فرقوا بين من جن قبل رشده، وبين من جن بعد رشده، فأما الذي جنَّ صبيا غير رشيد فيحجر عليه وليه أو وصيه، وأما الذي جنَّ بعد بلوغه فيحجر عليه بحكم من القاضي أو الحاكم⁴.

¹ حسام سهيل النوري، أثر الجنون في التصرفات القولية والفعلية في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، فقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، 2013م، ص 34.

² عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1993م، ج10، ص292.

³ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني (ت: 977هـ)، مغني المحتاج على معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق علي محمد عوض، دار الكتب العلمية، ط1، 1994م، ج3، ص216. عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج10، ص292.

⁴ الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، ط1، 2002م، ج3، ص653-654.

وفيما يخص فك الحجر عن المجنون فإنه إذا أفاق وشفى من جنونه قبل البلوغ، أما إذا أفاق من جنونه بعد الرشد فإن الحجر ينفك عنه دون حكم من القاضي لأنه ثبت رشده قبل جنونه.¹

4- أثر الحجر على تصرفات المجنون

يربط فقهاء الشريعة الإسلامية تصرفات الصبي غير المميز بتصرفات المجنون لأنهما يشتركان في علة عدم التمييز، وبهذا سنتطرق لعرض أقوال الفقهاء فيما يخص تصرفات المجنون:

قول الحنفية: أن المجنون لا تصح منه التصرفات القولية كلها، فلا يجوز طلاقه وعتاقه وإقراره، ولا ينعقد بيعه وشراءه حتى لا تلحقه الإجازة، ولا يصح منه قبول الهبة ولا الصدقة والوصية

وكذلك الصبي الذي لا يعقل، لأن الأهلية شرط جواز التصرف وانعقاده، ولا أهلية بدون عقل.²

قول المالكية: أنه لا يجوز تصرف المجنون ولو أجازة الولي، وإن كان يجن تارة ويفيق تارة فهو في حال أفاقته كالعاقل في تصرفاته.³

قول الشافعية: أنه بالجنون تنسلب الولايات واعتبار القول له وعليه في الدين والدنيا كالإسلام والمعاملات لعدم قصده.⁴

قول الحنابلة: أن المجنون لا تصح تصرفاته في أمواله ولا في ذممه، لأن تصحيح تصرفه يؤدي إلى ضياع أمواله وفيه ضرر عليه.⁵

¹ المرجع نفسه، ص 654.

² علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 2003م، ج10، ص 87-88.

³ محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، دار الفكر، (د م ن)، (د ط)، (د ت ن)، ج3، ص292.

⁴ الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج2، ص 215.

⁵ منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، مكتبة النصر الحديثة، الرياض، (د ط)، (د ت ن)، ج3، ص442.

ثانياً: المعتوه في الفقه الإسلامي

1-تعريف العته

في اللغة: هو نقص العقل، وقيل العته الدهش.¹

اصطلاحاً: عرفه محمد أبو زهرة "مرض يمنع العقل من إدراك الأمور إدراك صحيح ويتميز على الجنون بأنه يصحبه هدوء".²

وذهب ابن عابدين في حاشيته رد المختار إلى أن المعتوه من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون³. وهو بهذا المعنى لا يختلف عن المجنون فهو فاقد لعقله ساقط عن التكليف.

فالفرق إذاً بين العته والجنون أن المعتوه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون، فطبعه الهدوء على خلاف المجنون فإنه مضطرب الحال، كما أن العته يكون نتيجة ضعف في العقل وليس انعدام العقل لذا نشأ عنه ضعف في الوعي والإدراك، أما الجنون فهو اختلال في العقل ينشأ عنه اضطراب وهيجان.⁴

ونجد كل فقهاء المذاهب الأربعة ميزوا بين المجنون والمعتوه، فقد جاء في حاشية الدسوقي على شرح الكبير للدردير (...صغر وعته ضعف عقل وأولى جنون...) والمراد بهذا عند المالكية هو التفريق بين المعتوه والمجنون من حيث شدة ضعف عقله، فالمجنون أشد فقد لعقله مغلوب على أمره أكثر من المعتوه، واعتبروا أخذ الولاية منه أولى مقارنة مع المعتوه⁵، وهو كذلك بالنسبة لفقهاء الشافعية والحنبلية في حديثهم عن موانع الولاية في النكاح.

¹ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط8، 2005، ص 1249.

² محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 445.

³ ابن عابدين محمد أمين بن عمر، رد المحتار الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط2 1966، ج 6، ص 144.

⁴ حسام سهيل النوري، المرجع السابق، ص 38.

⁵ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير للدردير، تحقيق سيدي الشيخ محمد عليش، دار الأعياد للكتب العربية، بيروت، لبنان، (د ط)، (د ت ن)، ج2، ص 230.

2- الحجر على المعتوه

المعتوه محجور عليه لذاته، فهو من هذه الجهة كالمجنون إلا أنه يختلف معه في ظهور اضطرابه، لذلك فهو بحاجة إلى حكم قضائي لإثبات الحجر عليه، فتكون مهمة القاضي هنا تبين حالة الوقوف على حقيقة العته وإثباته، وبما أنه لا يثبت إلا بحكم قضائي فإنه لا ينفك أيضا إلا بحكم قضائي.¹

3- أثر العته على الأهلية

اتفق أكثر الفقهاء أن العته نوعان: عته يذهب العقل لا يبقى معه إدراك ولا تمييز، فيكون صاحبه كالمجنون، وعته لا يفقد التمييز والإدراك ولكن ليس كإدراك العقلاء وتمييزهم، وفي هذا النوع من العته يكون الإنسان البالغ كالصبي المميز في الأحكام، أي تثبت لصاحبه أهلية أداء ناقصة، أما الوجوب فتبقى له كاملة، ولهذا لا يجب عليه العبادات ولكن يصح منه أداؤها، ولا يثبت في حقه العقوبات وتجب عليه حقوق العباد التي تمس ذممهم المالية فيتم ضمان متلفاته من قبل الولي، أما تصرفاته فتكون صحيحة نافذة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً، وباطلة إذا كانت ضارة له ضرراً محضاً، وتكون موقوفة على إجازة الولي إذا كانت دائرة بين النفع والضرر.²

مما سبق نلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ رأياً مخالفاً لفقهاء الشريعة الإسلامية بعدم تفريقه بين الجنون والعته، كما لم يوافقهم أيضاً في تفريقهم بين نوعي الجنون المتقطع والدائم، وحكم التصرفات التي يباشرها المجنون في حالة جنونه أو إفاقته، بل اعتبره درجة واحدة.

إلا أنه أخذ برأي جمهور الفقهاء في حكم تصرفات المجنون جنوناً دائماً فقط، التي جعلها كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري كتصرفات الصبي المميز باطلة بطلاناً مطلقاً.

¹ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة، المرجع السابق، ج10، ص 295.

² عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة للنشر، بيروت، (د ط)، 1987م، ص 104.

وأخذ كذلك برأي المالكية الذي جعل المجنون لا يحجر عليه إلا بحكم من القاضي كما لا ينفك عنه إلا بحكم منه أيضا.

أما في حالة العته نجد المشرع الجزائري قد خالف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم تصرفات المعتوه، لأنهم جعلوا تصرف هذا الأخير كتصرف الصبي المميز إذا صدرت منه في حالة العته الذي لا يفقد التمييز والإدراك، وتكون كتصرفات المجنون إذا صدرت منه في حالة العته الذي يفقد التمييز، وهذا مالا نجده عند المشرع الجزائري الذي اعتبر تصرفات المعتوه كتصرفات المجنون والصبي غير المميز كلها باطلة.

أما بالنسبة للحجر على المعتوه فنجد أن المشرع الجزائري وافقهم في الرأي بأن جعل العته لا يثبت إلا بحكم قضائي ولا ينفك إلا به.

والملاحظ أيضا بخصوص إجراءات رفع دعوى الحجر التي نص عليها المشرع الجزائري في كل من المواد 102، 103، 104، 105 و 106 ق أ ج لا نجدها عند فقهاء الشريعة الإسلامية، لأنها إجراءات شكلية لم يتطرقوا إليها، بل تطرقوا مباشرة إلى الآثار التي تقع بعد الحجر، التي ينتج عنها تعيين ولي أو وصي لسير أمور المحجور عليهم، كما حددوا شروط الولي وحدود تصرفاته وكيفية انتهاء الولاية أو الوصاية والتي سنتطرق إليهما في الفصل الثاني من هذا البحث.

المبحث الثاني: ناقصوا الأهلية

اعتنى كل من المشرع الجزائري والفقهاء الإسلاميين بأحكام الأهلية بوجه عام، وناقصوا الأهلية بوجه خاص، فقد نصت المادة 43 من القانون المدني الجزائري على أن "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون" وبهذا تكون هذه المادة حددت ناقصوا الأهلية بأنهم الصبي المميز والسفيه وذو الغفلة، وهو ما سنتناوله خلال مطلبين، الأول ناقصوا الأهلية بسبب السن، والثاني ناقصوا الأهلية بسبب العوارض.

المطلب الأول: ناقصوا الأهلية بسبب صغر السن

باعتبار أنّ أشخاص هذه الفئة العمرية يمتلكون أهلية محدودة للقيام ببعض التصرفات القانونية، لذا سنتعرف في هذا المطلب على أحكام الصبي المميز في كل من التشريع الجزائري وفي الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: الصبي المميز في التشريع الجزائري

يتناول هذا الفرع تعريف الصبي المميز وتصرفاته في التشريع الجزائري

أولاً: تعريف الصبي المميز

عرف الصبي المميز في القانون بأنه الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني، لأن الحياة تنقسم قانوناً إلى مرحلتين، فالمرحلة التي يكون فيها قاصراً والثانية يكون فيها راشداً، إلا أنه بوجه عام القدرة على الفهم والإدراك.¹

تنص المادة 43 من ق م ج على أنه: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون" وتنص المادة 2/40 من ق م ج على أن "سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة" من هذا يعتبر الإنسان صبياً مميزاً بين الثالثة عشر والتاسعة عشر فيكون في هذه المرحلة ناقص

¹ آيت وعلي سميحة، تصرفات ناقص الأهلية، دراسة مقارنة بين القانون والفقه الإسلامي، مذكرة ماستر، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015، ص 05.

الأهلية، ولا يراد بنعته مميّزا أنه قد اكتمل تمييزه، لأن هذا يقتضي بلوغه الرشد، وإنما يراد به أن الصغير توفر له قدر من التمييز.¹

ثانيا: تصرفات الصبي المميز

نص المشرع الجزائري في المادة 43 من ق م ج على أن: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص أهلية وفقا لما يقرره القانون" فهذه المادة أثبتت للقاصر أهلية أداء ناقصة، إلا أن القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري لم يتطرق بالتفصيل إلى تصرفات الصبي المميز بل اقتصروا على إشارة مختصرة. إلا أن تصرفات القاصر في هذه المرحلة لا تخرج عن إحدى هذه الحالات الثلاث:

أ-التصرفات النافعة نفعا محضا

التصرفات النافعة نفعا محضا هي التصرفات التي تؤدي لتمليك القاصر مالا أو حيازة منفعة دون عوض أو تكليف كالهبة والوصية، فهي صحيحة يعتمدها القانون، فالصبي المميز يتمتع بأهلية أداء كاملة بالنسبة لهذا النوع من التصرفات²، حسب المادة 83 ق أ ج "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء".

ب-التصرفات الضارة ضررا محضا

هي التصرفات التي تؤدي إلى خروج المال من ذمة الصبي بمقابل أو عوض كالهبة والوقف والصدقة فحكم هذه التصرفات أنها تقع باطلة ولو أجازها ولي الصغير³ حسب نص المادة 83 سالفة الذكر.

¹ رابح بن عريب، محاضرات في النيابة الشرعية، أقيمت على طلبة الأولى ماستر قانون أسرة، سنة 2015-2016،

جامعة جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، ص 14.

² مقراني وردة، المرجع السابق، ص 07.

³ بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص 52.

وللمحكمة أن تقضي ببطلان هذه التصرفات من تلقاء نفسها إذا عرض عليها أمر هذا التصرف.¹

ج-التصرفات الدائرة بين النفع والضرر

وهي التصرفات التي يكون النفع والضرر غير محقق الوقوع أي أنها إما تحتل الربح أو الخسارة كالشراء أو التصرف بالبيع أو المشاركة، أو الإجارة، وحكمها القانوني يكون موقوفا على إجازة الولي أو الوصي أو القاضي إذا كان غير مأذون له فيها، أما إذا كان مأذون له فيها من قبل وصيه أو وليه، فإن هذه التصرفات تقع صحيحة²، تأسيا لمصلحة القاصر المادة 83 من ق أ ج.

كما أورد نص المادة 84 من ق أ ج استثناء للصبي المميز في أن يباشر بعض التصرفات بعد أن يسمح له القاضي بذلك على وجه الاستثناء³، إذ تنص المادة 84 من ق أ ج على ما يلي "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبزر ذلك" يتضح لنا من خلال استقراء هذه المادة أن المشرع الجزائري يسمح للقاضي أن يأذن للقاصر الذي بلغ سن التمييز (13 سنة) على وجه الاستثناء في أن يباشر بعض التصرفات بناء على طلب من له مصلحة، وغالبا ما يكون الولي أو الوصي⁴، وهذا معناه أن القاصر غير المميز لا يمكن ترشيده، وهو عين الصواب لأن الترشيح يتطلب قدرا من الإدراك والعقل وهو مالا يتحقق عند الصبي غير المميز، بل وبالرغم من ذلك فإن الصبي المميز لا يكون على قدر من الخبرة الكافية لترشيده⁵، كما قد يشكل الترشيح عليه خطرا لأنه ينقله من مرحلة

¹ زلماطي سميرة، أحكام الحجر بين الفقه والقانون، مذكرة ماستر، تخصص قانون أسرة، جامعة سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017-2018، ص 52.

² بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص 52.

³ محمد بوعمره، أموال القصر في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2012-2013، ص 63.

⁴ مقدم سارة، المرجع السابق، ص 24.

⁵ إيمان حيدوسي، أحكام النيابة الشرعية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون أسرة، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 1، كلية الحقوق، 2022م، ص 47.

التميز التي وجدت من أجل اكتسابه الخبرة وتكوين لديه المقومات اللازمة للتصرف بأمواله إلى مرحلة المرشد مباشرة، مما يجعله عرضة لنفسه بسوء تصرفه وطيشه أو عرضة للغير فيستولون على أمواله، ولذلك اقترح واستحسن البعض توحيد سن الترشيد في هذا المقام بالسنة المحددة للترشيد التجاري وهي ثمانية عشر سنة.¹

كما يمكن للقاضي للرجوع في الإذن أو الغاءه إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك.

الفرع الثاني: الصبي المميز في الفقه الإسلامي

تطرقنا في هذا الفرع إلى تعريف الصبي المميز أولاً ثم تصرفاته ثانياً

أولاً: تعريف الصبي المميز

عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية بأنه "هو الذي يعرف أن البيع يسلب ملكية المبيع من البائع والشراء يدخل المبيع في ملك المشتري، بمعنى أن المبيع سالب الملك والشراء جالب له ويعلم الغبن الفاحش واليسير".²

ولقد حدد فقهاء الشريعة الإسلامية بداية هذا الطور بسن تمام السابعة من العمر في الحالة الطبيعية السليمة، هو الوقت الذي يعد فيه الصبي مميزاً، مستندياً في ذلك إلى قول النبي صلى الله عليه وسلم "مروا أبناءكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين"³ ففهموا من ذلك أن بداية سن التمييز في نظر المشرع هو تمام السابعة، إذ هي السن التي تصح من الصبي الصلاة فيها، فمن بلغها كان ناقصاً لأهلية الأداء، يقول وهبة الزحيلي: "فأهلية الأداء الناقصة: هي صلاحية الشخص لصدور بعض التصرفات منه دون بعض آخر...، هذه الأهلية تثبت للشخص في طور التمييز بعد تمام سن السابعة إلى البلوغ".⁴

فقد جعل فقهاء الشريعة الإسلامية سن التمييز قريبة من طور الطفولة وغير بعيدة عن أوائل مرحلة البلوغ الجسمي.

¹ سناء الشيخ، "الضوابط القانونية لإدارة أموال القصر والتصرف فيه"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 01، 2014م، ص 259-260.

² محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، (د ط)، 1996م، ص 281.

³ تم تخريجه من قبل ص 11.

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج4، ص 121.

ثانياً: تصرفات الصبي المميز

تثبت أهلية الأداء للصبي المميز، لأن له عقل يدرك به، إلا أن هذا العقل ناقص، لذا تثبت له أهلية أداء ناقصة غير كاملة، ومن هذا المنطلق يصح أن يكون له أداء الحقوق وإنشاء التصرفات ولكن لا تصح مطلقاً وإنما مقيدة بما هو نافع نفعاً محضاً.¹

ونظراً لأن هذه الأهلية ناقصة فإنه لا يكلف صاحبها بالتكاليف الشرعية من صلاة، صوم، وحج على جهة الوجوب، وإنما يطلب منه ذلك للندب والتأديب والتهديب والتعلم. كما قسم فقهاء الشريعة الإسلامية التصرفات المالية للصبي المميز إلى ثلاث أنواع، النافعة نفعاً محضاً مثل الهبة، والضارة ضرراً محضاً مثل الصدقة والوقف، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فقد اختلف الفقهاء فيها كالتالي:

الفريق الأول: وهو رأي الحنفية والمالكية والحنابلة ذهبوا إلى أن تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر، كالبيع، والشراء، موقوفة على إذن الولي أو الوصي وإجازته لها فإذا أجازها الولي فتصح حينئذٍ لأنه بهذا يكون قد ضم رأيه إلى رأي الصبي المميز لما فيه من مصلحة له.²

الفريق الثاني: الشافعية ذهبوا إلى أن تصرفات الصبي المميز لا تصح مهما كانت نافعة له إلا بالبلوغ، لأنه غير مكلف فأشبهه غير المميز، سواء أذن له الولي أو الوصي أو لم يأذن.³ هذه كانت أهم ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يخص تصرفات الصبي المميز، إلا أنه أورد استثناء على هذه التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وهي حالة الصبي المأذون، فقد استحسّن فقهاء الشريعة الإسلامية للولي أن يدفع إلى الصبي المميز شيئاً من أمواله ويأذن له بالتجارة، وذلك قصد اختباره والنظر في رشده وحسن تدبيره وتأهيله، وهذا ما نجده في قوله تعالى: "وَابْتَلُوا الْيَتِيمَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا

¹ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، المرجع السابق، ص 334.

² فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، (د ط)، 1313هـ، ج5، ص 191.

³ محي الدين بن شرف النووي، كتاب المجموع شرح المهذب، تحقيق محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، (د ط)، (د ت ن)، ج9، ص 182.

إِيَهُمْ أَمُولَهُمْ " [سورة النساء، الآية:6] التي تحت على اختبار اليتامى، حتى إذا بلغوا وتبين منهم الصلاح والحفظ لأموالهم، فتدفع إليهم ويرفع عنهم الحجر .

من خلال ما تم ذكره بخصوص أحكام الصبي المميز في التشريع الجزائري وفي الفقه الإسلامي نلاحظ أن المشرع الجزائري خالف الفقه الإسلامي من حيث بداية سن التمييز الصغير، التي حددها الفقه الإسلامي بسبع سنوات أما المشرع الجزائري جعلها 13 سنة ضمن المادة 42 ق م ج، وهو سن بعيد عما حدده الفقه الإسلامي، كما نجده وافقه بخصوص تقسيم التصرفات القانونية للصبي المميز إلى ثلاثة أقسام: نافعة نفقا محضا، ضارة ضررا محضا، وتصرفات دائرة من النفع والضرر .

وأخذ رأي جمهور الفقهاء في نص المادة 83 من ق أ ج بأن جعل حكم تصرفات الصبي النافعة نفعا محضا صحيحة يعتد بها، والضارة ضررا محضا باطلة، أما بخصوص تصرفات الصبي الدائرة بين النفع والضرر فنجده أخذ برأي الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة دون الشافعية، بأن جعلوها موقوفة على إذن وليه ووصيه .

أما بخصوص الاستثناء الوارد على هذه التصرفات وهو حالة ترشيد القاصر، نلاحظ أن المشرع الجزائري وتحديدا في نص المادة 84 ق أ ج أخذ برأي فقهاء الشريعة الإسلامية من خلال إمكانية منح الصبي الإذن بالتصرف في أمواله، إلا أنه لم يقتدي به في حدود الإذن الممنوح، بتضييقه واختباره قبل تسليمه أمواله .

المطلب الثاني: ناقصوا الأهلية بسبب العوارض

يتناول هذا المطلب الأشخاص الذين تنقص أهليتهم نتيجة لظروف معينة تؤثر على قدرتهم في التمييز والإدراك، لذا سنخصص هذا المطلب لذكر أحكام كل من السفهية وذي الغفة في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي .

الفرع الأول: السفهية وذا الغفلة في التشريع الجزائري

يتناول هذا الفرع التعريف القانوني للسفهية والمغفل وآثار الحجر على تصرفاتهما

أولاً: تعريف السفه والمغفل

لم يتعرض المشرع الجزائري إلى تعريف كل من السفه والغفلة، إنما تعرض لأحكامهما في مواد كل من قانون الأسرة والقانون المدني، إلا أنه اعتبر الغفلة من السفه وهو ما نصت عليه المادة 43 ق م ج بعد تعديلها، حيث استبدل كلمة (معتوه) بكلمة ذا غفلة¹، حيث جاء فيها: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص أهلية وفقاً لما يقرره القانون" فاعتبر كل من السفه وذي غفلة ناقصي أهلية كالطفل المميز، إلا أن قانون الأسرة لم يذكر ذا الغفلة إلى جانب السفه، ولم يذكر الغفلة أصلاً، مع أن السفه والغفلة، والسفه والمغفل مقترنان في الشريعة الإسلامية، وفي التقنيات المدنية.²

وإذا بلغ الشخص سن الرشد سفيهاً أو ذا غفلة يحجر عليه، ويتوقف الحجر على حكم القاضي³، طبقاً لما يفهم من النصوص القانونية صراحة، وهذا ما نستشعره أيضاً من مفهوم المخالفة لنص المادة 40 من التقنين المدني الذي يقضي بأن: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل أهلية لمباشرة حقوقه المدنية..."، وذلك أيضاً ما يتضح جلياً من نصي المادتين 101 و103 من قانون الأسرة اللتان تقضيان بـ:

المادة 101: "من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

المادة 103: "يجب أن يكون الحجر بحكم، وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات الحجر".

والملاحظ أيضاً من نص المادة 101 ق أ ج السالفة الذكر، أن المشرع الجزائري أدرج السفه كحالة من الحالات التي تستدعي توقيع الحجر وأسقط ذي الغفلة، كما جعل لكل منهما، ولي أو وصي أو مقدم ينوب عنهما⁴ طبقاً للمادة 81 ق أ ج.

¹ الهادي معيفي، أحكام الحجر، المرجع السابق، ص 54.

² محمد سعيد جعفرور، التصرف الدائر بين النفع والضرر، المرجع السابق، ق 28.

³ بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص 100.

⁴ سارة مقدم، المرجع السابق، ص 34، 35.

ثانياً: أثر الحجر على تصرفات السفية والمغفل

السفيه وذو الغفلة يخضعان لحكم واحد وهما لا يعتبران عديماً أهلية كالمجنون والمعتوه، بل متى حُجر عليهما بسبب السفه أو الغفلة، أُعتبروا ناقصي أهلية¹، وهذا ما تنص عليه المادة 43 ق م ج التي ورد بها أن "...كل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقصاً الأهلية وفقاً لما يقرره القانون" وليبيان حكم كل من السفية وذو الغفلة، ينبغي التمييز بين تصرفاتهما قبل الحكم بالحجر عليهما وبعد الحكم عليهما، كالآتي:

1- تصرفات السفية والمغفل قبل توقيع الحجر عليهما

دائماً حسب الأصل المقرر لموجب المادة 107 أن تصرفات المحجور عليهم قبل صدور حكم الحجر صحيحة، وهذا ما ينطبق على السفية وذو الغفلة، إلا أن الاستثناءات التي جاءت بها، والمتمثلة في كون سبب الحجر ظاهر وشائع للغير، فإنه لا يمكن تصوره بالنسبة لهما، لأن الغالب ما يكون عارض السفه والغفلة غير بادياً، ومع ذلك وبالرجوع للقاعدة العامة نجد بعض الاستثناءات التي ترد على هذا الأصل العام والتي تتلاءم مع حالة السفه والغفلة²، فيترتب عنها ما يلي:

- إمكانية إبطال وليس بطلان تصرفات السفية وذو الغفلة إذا صدرت عنهما قبل حكم الحجر وكانت نتيجة استغلال الغير أو المتعاقد لحالة السفه والغفلة، إذا توفرت شروطه طبقاً للقاعدة العامة من القانون المدني.³

- وكذا إبطال التصرفات التي كانت نتيجة تواطئ بين السفية أو ذي الغفلة ومن تعاقد معهما للتحايل على القانون وتفويت أثر الحجر قبل توقيعه.⁴

¹ محمد سعيد جعفرور، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 569.

² محمد بشير، "عوارض الأهلية والحلول القانونية المقررة لهما في التشريع الجزائري دراسة مقارنة"، مجلة صوت القانون، الجزائر، المجلد 05، العدد 02، 2018م، ص 84.

³ حيدوسي إيمان، المرجع السابق، ص 81.

⁴ محمد السعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 573.

2- تصرفات السفية والمغل بعد توقيع الحجر عليهما

يكون حكم تصرفات السفية والمغل بعد توقيع الحجر عليهما شأنهما شأن حكم تصرفات القاصر المميز، مع الفرض أن ذا الغفلة منصوص عليه في قانون الأسرة، فتكون هذه التصرفات صحيحة إذا كانت نافعة لهما نفعا محضا كقبولهما تبرعا ماليا، وتكون باطلة بطلان مطلقا إذا كانت ضارة بهما ضررا محضا كهبة أموالهما، وتكون قابلة للبطلان إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، وأن يكون هذا التصرف الأخير موقوفا على إجازة الولي¹ في حالة إذا طبقت المادة 83 ق أ ج.

ونظرا لهذا الازدواج في الأحكام وتعارضها في بعض الأحيان، أصر الأستاذ محمد سعيد جعفرور على ضرورة تعديل المادة 107، وإضافة مادة أخرى اعتبرها المادة 107 مكرر، من أجل الفصل بين أحكام السفية وذا الغفلة عن أحكام المجنون والمعتوه، وكذلك الفصل بين مرحلتي قبل وبعد حكم الحجر.²

¹ محمد بشير، المرجع السابق، ص 85.

² محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 570، 571.

الفرع الثاني: السفية والمغل في الفقه الإسلامي

تناول هذا الفرع كل من أحكام السفية والمغل في الفقه الإسلامي.

أولاً: السفية في الفقه الإسلامي

1-تعريف السفية

أ-لغة: الخفة والحركة وقيل الجهل.¹

ب-اصطلاحاً: عرف بأنه "التبذير في المال والإسراف فيه ولا أثر للفسق والعدالة فيه"²، وعرفه محمد أبو زهرة "الشخص الذي لا يحسن القيام على تدبير ماله فينفق في غير موضع الإنفاق."³

وعرف أيضاً بأنه، خفة تعتري الشخص فتحمله على العمل باختياره على خلاف موجب العقل رغم وجوده"، وقد اصطلح الفقهاء على تعريفه بعدم الإحسان في تدبير المال وتبذيره على خلاف مقتضى الشرع والعقل.⁴

واختلف فقهاء المذاهب الأربعة حول مفهوم السفه كالتالي:

أ-المذهب الحنفي: "العمل بخلاف موجب الشرع، وهو إتباع الهوى، وترك ما يدل على العقل، وأصل المسامحة في التصرفات، والبر والإحسان."⁵

ب-المذهب المالكي: المبذر لماله إما لإنفاقه بإتباعه لشهوته وإما لعدم معرفته بمصالحه وإن كان صالحاً في دينه."⁶

ج-المذهب الشافعي: "هو اضاءة المال إما بالتبذير وإما بقلّة الضبط."⁷

¹ علاء الدين ابن منظور، لسان العربي، دار المعارف، القاهرة، مصر، (د ط)، (د ت ن)، ص 203.

² الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج25، ص 45.

³ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 447.

⁴ محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتب الحديث، القاهرة، الكويت، ط2، ص465.

⁵ محمد بن أحمد أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1989م، ج24، ص 157.

⁶ أبو القاسم محمد بن أحمد عبد الله الكلبى الغرناطي، القوانين الفقهية، (د ن)، (د م ن)، (د ت ن)، ص 212.

⁷ الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الإقناع في الفقه الشافعي، تحقيق خضر محمد خضر، دار حسان، طهران، ط1، 1378هـ، ص104.

د-المذهب الحنبلي: ذهب الحنابلة إلى التفريق بين الإسراف والتبذير، فاعتبروا الإسراف: صرف الشيء فيما ينبغي زائداً على ما ينبغي، أما التبذير فهو صرف الشيء فيما لا ينبغي.¹

الملاحظ هنا أن المالكية والحنفية توسعوا في مفهوم السفه، فاعتبروه تبذير المال وتضييعه ولو في الخير، كأن يصرفه كله في بناء المساجد ونحو ذلك، وهو عكس ما ذهب إليه الشافعية وبدرجة أقل الحنابلة، بحيث اعتبروا صرف المال في وجوه الخير ليس بتبذير ولا إتلاف ولا يقتضي الحجر.

2: أثر السفه على الأهلية

قد يبلغ الشخص سفيهاً، وقد يطرأ عليه السفه بعد بلوغه راشداً، ففي الحالة الأولى لا خلاف بين الفقهاء على أنه يمنع عنه ماله، حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة عند أبي حنيفة²، ولا يدفع إليه ماله عند جمهور الفقهاء حتى يبلغ رشيداً، ويحكم برشده باختباره.³

أما الحالة الثانية: وهي أن يطرأ السفه على الشخص بعد بلوغه راشداً، فقد اختلف الفقهاء في الحجر عليه على قولين:

أ-القول الأول: ذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يحجر على الحر العاقل البالغ بسبب السفه⁴، حيث قال "...إذا بلغ الغلام خمسة وعشرين سنة فأكملها وهو فاسد لم يؤنس منه رشد دفع إليه ماله ولم يحبس عنه...".⁵

¹ منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقلاع، تحقيق لجنة متخصصة في وزارة العدل، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، ط1، 2000م، ج8، ص 381.

² ابن عابدين، المرجع السابق، ج9، ص 210.

³ موفق الدين ابن قدامة، المغني، ج6، ص 609، ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق ماجد الحموي، ص 1444.

⁴ ابن عابدين، المرجع السابق، ص 210.

⁵ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج25، ص 55.

ب- **القول الثاني:** ذهب جمهور الفقهاء¹، ومعهم أبو يوسف ومحمد من الحنفية² إلى أنه إذا طرأ السفه على الشخص بعد بلوغه عاقلاً راشداً، فإنه يحجر عليه بسبب السفه، وهو منقص لأهليته.

كما اختلف الفقهاء بجواز الحجر على السفه بحكم القاضي، أم أنه يحجر عليه بمجرد سفهه دون الحاجة لحكم من القاضي، وذلك على النحو التالي:

الحنفية: ذهب أبو يوسف من الحنفية إلى أن السفه لا يحجر عليه إلا بقضاء القاضي، وأن حكم تصرفاته قبل الحجر عليه تكون نافذة، وخالفه في ذلك محمد بقوله أن السفه لا يحتاج إلى حكم القاضي، فهو بمجرد سفهه يحجر عليه تلقائياً، وتعتبر تصرفاته غير نافذة منذ ظهور علامات السفه عليه.³

المالكية: ذهب المالكية إلى القول بأن السفه لا يحجر عليه إلا بحكم الحاكم لأنه محتاج إلى اختبار حاله، وبهذا فإن حكم تصرفاته قبل الحجر عليه صحيحة وبعده لا تصح ولو رُشد، إلا بفك القاضي للحجر.⁴

الشافعية: ذهب الشافعية إلى التفريق بين من طرأ عليه السفه وهو صبي غير راشد، ومن طرأ عليه السفه بعد رشده، ففي الحالة الأولى يحجر عليه دون الحاجة لحكم القاضي، أما الحالة الثانية فقالوا بإثبات الحجر عليه بحكم القاضي.⁵

الحنابلة: ذهب الحنابلة إلى القول بأن الحجر على السفه لا بد فيه من حكم حاكم لأن التبذير يختلف ويُختلف فيه، فهو يحتاج إلى اجتهاد وإثبات من القضاء لأنه أمر مختلف فيه.⁶

¹ ابن قدامة، المرجع السابق، ص 609

² الكاساني، المرجع السابق، ص 92

³ ابن عابدين، المرجع السابق، ج 9، ص 223.

⁴ القاضي أبي محمد عبد الوهاب بن نصر المالكي، المعول على مذهب أهل المدينة، تحقيق عمر حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط 1، 1998م، ج 2، ص 161.

⁵ عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، نهاية المطالب في دراية المذهب، تحقيق عبد العظيم محمود ديب، دار المنهاج، جدة، المملكة العربية السعودية، ط 1، 2007م، ص 439.

⁶ ابن قدامة، المرجع السابق، ج 6، ص 610.

ثانيا: المغفل في الفقه الإسلامي

1-تعريف المغفل

أ-لغة: غياب الشيء عن بال الإنسان وعدم تذكره له، والمغفل هو الشخص الذي لا فطنة له.¹

ب-اصطلاحا: الغفلة في اصطلاح الفقهاء ضد الفطنة، وذو الغفلة (المغفل) هو من اختل ضبطه وحفظه، ولا يهتدي إلى التصرفات الربحة، فيغيب في البياعات لسلامة قلبه وعدم استعماله القوة المنبهة مع وجودها.²

فالمغفل يتشابه مع السفية في جهة تذييره وضياعه، ويختلفان في أن ذا الغفلة لا يقصد تذيير المال وإنما يقع في ذلك منه لفساد رأيه وضعف عقله، أما السفية فهو يقصد تذيير المال لسوء تبصره بالعواقب ولا خوفه منها ولا اهتمامه بحفظ المال.³

2-أثر الغفلة على الأهلية

تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية في ذي الغفلة إلى نفس الاختلاف الوارد على السفية وألحقوه به، فوجد جمهور الفقهاء يقول بالحجر على ذي الغفلة حفظا لماله من الضياع، كما نجد أيضا كل من أقر من الفقهاء بالحجر على ذي الغفلة، أقر له نفس حكم تصرفات السفية.⁴

3-الحجر على ذي الغفلة:

تتطبق على ذي الغفلة ذات الأحكام المتعلقة بالسفية.

¹ معجم اللغة العربية، المرجع السابق، ص 657.

² الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج31، ص 860.

³ عبد الكريم زيدان، المفصل، المرجع السابق، ج10، ص 313.

⁴ ابن عابدين، المرجع السابق، ج9، ص223-224. عبد الكريم زيدان، المفصل، المرجع السابق، ج10، ص314.

الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج17، ص98.

مما سبق ذكره نلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بقول جمهور الفقهاء في أن كل من السفية وذي الغفلة من أسباب الحجر، إلا أنه خالفهم بعدم ذكره ذي الغفلة إلى جانب السفية في قانون الأسرة الجزائري.

أما فيما يخص حكم تصرفاتهم، فنجد أن المشرع الجزائري أخذ برأي الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية خلافا لأبي حنيفة، بأن جعلوا كل من السفية وذي الغفلة ناقصي أهلية مثل الصبي المميز، كما أخذ برأي المالكية والحنابلة الذين يقولون بأن الحجر لا يثبت إلا بحكم قضائي ولا ينفك إلا به.

المبحث الثالث: المفقود والغائب

تعتبر مسألة فقدان والغياب من المسائل الحساسة التي طرحت منذ فترة طويلة، لذا اهتم بها فقهاء القانون والشريعة الإسلامية وحاولوا تعريف بالمفقود والغائب والإمام بكل جوانبهما وأحكامهما بغية الوصول إلى حلول للمشاكل التي طرحها فقدان شخص أو غيابه كما حاول القانون جاهدا إيجاد حل لهذه الحالة، وذلك فرض مجموعة من الإجراءات الواجب اتباعها من طرف كل ذي مصلحة من أجل إصدار حكم بالفقدان، ثم الحكم بالموت وهذا بغية تحديد وضعية غائب والمفقود القانونية.

وعلى هذا أساس قسمنا هذا المبحث إلى ثلاث مطالب تناولنا في المطلب الأول تعريف الغائب والمفقود والتمييز بينهما في قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي، أما في المطلب الثاني فتناولنا آثار الحكم بالفقد في قانون الأسرة والفقهاء الإسلامي وفي المطلب الثالث تطرقنا إلى آثار الحكم بالموت في قانون الأسرة والفقهاء الإسلامي.

المطلب الأول: تعريف المفقود والغائب والتمييز بينهما في قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف كل من المفقود في قانون الأسرة والفقهاء الإسلامي من خلال الفرع الأول، والتمييز بين الغائب والمفقود في كل من قانون الأسرة والفقهاء الإسلامي في الفرع الثاني كالتالي:

الفرع الأول: تعريف المفقود في قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي

أولا - تعريف المفقود في قانون الأسرة الجزائري

المادة 109 "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه. ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم "

من خلال مضمون هذه المادة القانونية يتضح لنا أن المفقود هو الشخص الغائب الذي غاب عن عائلته ولم يعرف مكان إقامته، وانقطع خبره، ولا يعرف أهو حي أم ميت

ومن هذا التعريف نستنتج أنه لا اعتبار الشخص مفقودا يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط وهي:¹

1- شرط الأول: الغيبة: يقصد بذلك ترك شخص لمحل إقامته المعتاد حيث تتقطع أخباره²
2- شرط الثاني: لا تعرف حياة المفقود من موته: حيث لا يعرف أخباره أحد، ولا يعرف أهو حي موجود في هذه الحياة أو ميت، فإذا عرفت حياته ولا يعرف محل إقامته أو موطنه فلا يمكن اعتباره في حكم المفقودين³

3- شرط الثالث: صدور حكم قضائي باعتبار الشخص الذي انقطعت أخباره مفقوداً: ومعناه أن الشخص الذي غاب وانقطعت أخباره لا يعتبر مفقودا ما دام لم يصدر أي حكم قضائي يعتبره كذلك، أي أن الغائب لا يعتبر مفقودا ابتداء من تاريخ فقدانه. بل ابتداء من وقت صدور الحكم، فليس لحكم القاضي أثر رجعي يرد إلى يوم انقطاع أخبار الشخص، بل إن أثره فوري، يعمل به ابتداء من تاريخ صدوره.⁴

ثانيا: تعريف المفقود في الفقه الإسلامي:

تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تعريف المفقود في كل من المذاهب الأربعة كالتالي:

المذهب الحنفي: وعرفه أنه: "الذي غاب عن أهله وبلده أو أسره العدو ولم يدر أحي هو أم ميت ولا يعلم له مكان، ومضى على ذلك زمان فهو معدوم بهذا الاعتبار".⁵

¹ حمداوي سمية، طواهرية ثيرث، ميراث المفقود وحساب في تشريع الجزائري، مذكرة ماستر تخصص قانون أسرة، جامعة محمد الصديق، جيجل، كلية الحقوق، 2015-2016، ص، 13.

² نوي عبد الرحمن، أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2012-2013م، ص 29.

³ حمداوي سمية، المرجع السابق، ص 13

⁴ نوي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 29.

⁵ عبد الله بن محمود بين مودود الموصلي الحنفي، تعليق محمود أبو دقيق، الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، 1937م، ج 3 ص 31.

المذهب المالكي: عرف المفقود بأنه " هو الذي لا يبلغه سلطان ولا كتاب سلطان فيه، قد أضل أهله وإمامه في الأرض لا يدري أين هو، وقد تلموا لطلبه ومسألة عنه فلم يوجد فذلك هو المفقود الذي يضرب له الإمام فيما بلغنا"¹.

المذهب الشافعي: عرف بأن " المفقود هو من انقطع خبره وجهل حاله، فلا يدري أما هو أم ميت، سواء كان ذلك بسبب سفره أو حضوره قتالا أو انكسار سفينة أو أسر عند أهل الحرب أو نحو ذلك"².

المذهب الحنبلي: المقصود بالمفقود من لا تعلم له حياة ولا موت لانقطاع خبره، فاعتبروا كل من الأسير عند أهل الحرب والسائح والتاجر مفقودين على الرغم من معرفة أنهم لا يمكن لهم الرجوع لأهلهم، وغلبة الظن بالسلامة"³.

من خلال ما سبق ذكره في تعريف المفقود في كل من التشريع الجزائري والفقهاء الإسلامي نلاحظ أن المشرع الجزائري لا يعتبر الشخص مفقودا إلا إذا توفرت فيه مجموعة من الشروط يمكن إجمالها في نقاط التالية: الغيبة وعدم معرفة مكان إقامته وعدم إقرار بحياته أو موته وصدور حكم قضائي يقضي بالفقدان.

أما من خلال تعاريف المذاهب الأربعة نستنتج أن الشخص المفقود هو الذي انقطع خبره ولا يعرف حياته أو مماته، ولكن هناك من اعتبر الأسير مفقود وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة، أما المالكية لم يعتبروا الأسير مفقود ومن هنا نستنتج أن المشرع الجزائري لم يخرج عن الإطار العام لتعريفات الشريعة الإسلامية وأخذ بالمذهب المالكي في عدم اعتبار الأسير مفقود.

¹ مالك بن أنس بن عاصر الأصبحي، المدونة الكبرى، مطبعة السعادة، مصر، ط 1 1332 هـ، ص 451.

² أبو بكر بن عبد الرحمن الحسني الشافعي، فتوحات الباعث بشرح تقرير المباحث، مجلس دائرة المعارف النظامية، حيدر إباد الدكن، ط1، 1317 هـ، ص 175.

³ محمد بن علي بن سلوم الزبيري، الفواكه الشهية شرح المنظومة البرهانية، تحقيق عصام بن محمد أنور، دار الفوائد، بيروت، لبنان، ط1، 2007م ص 311.

الفرع الثاني: التمييز بين الغائب والمفقود في قانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

يتداخل مفهوم المفقود مع مفاهيم أخرى على غرار الغائب، وهذا ما جعل القانون والفقہ يختلفان بشأن تمييز كل من هذه المفاهيم ولهذا سنحاول من خلال هذا الفرع ضبط تعريف الغائب وتميزه عن المفقود.

أولاً: التمييز بين الغائب والمفقود في قانون الأسرة الجزائري

طبقاً لنص المادة 110 التي تنص على أنه: "يعتبر كالمفقود، الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته وإدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة وكيل لمدة سنة، وتسبب غيابه في ضرر للغير" وهنا يتضح لنا من خلال مضمون هذه المادة أن المشرع قد سوى في الحكم بين الغائب والمفقود رغم أن الغائب شخص لا يزال على قيد الحياة فلا يجوز إنهاء شخصيته القانونية.¹

ومن خلال ما سبق نلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم يفرق بين الغائب والمفقود من خلال أحكامهما، كما أنه لم يذكر حدوث ضرر للغير بسبب المفقود.

ثانياً: التمييز بين الغائب والمفقود في الفقہ الإسلامي

ميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين الغائب والمفقود كل حسب رأيه:

1- الحنفية: السمة العامة لمذهبهم عدم التفريق بين الغائب والمفقود، فقد عبر الحنفية عن المفقود بلفظ الغائب عند تحدثهم عن نفقة زوجته وأولاده، فقالوا: "إن من لا يستحق النفقة في حضرته إلا بالقضاء ولا ينفق عليه من ماله في غيبته لأن النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع".²

¹ زاوي مراد، رمضان تارزي، أحكام الغائب في الفقہ الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة ما ستر، تخصص قانون أسرة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2021-2022م، ص 14 - 15.

² الهمام مولانا الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2000م، ج 1، ص 560.

2-**المالكية**: ميز المالكية بين الغائب والمفقود بشكل واضح، فالمفقود عند المالكية لا يسمى غائباً فقالوا: "والمفقود لا يسمى غائباً في اصطلاح الفقهاء لأن الغائب في اصطلاحهم من علم موضعه، والمفقود من لم يعلم موضعه"¹.

ومناط التمييز عندهم هو كون الغائب معلوم الموضع، على حين أن المفقود مجهول المكان.

3-**الشافعية**: تشير عبارات الشافعية إلى أن الغائب أعلم من المفقود ويقول الإمام الشافعي رحمه الله "ولا ولاية لأحد ينسب ولا ولاء أولى منه في غائب كان أو حاضر بعيد الغيبة منقطعها ميؤوساً منه، مفقوداً أو غير مفقود، وقريبها مرجو الإياب غائباً وإذا كان الولي حاضراً فامتنع من التزويج فلا يزوجه الولي الذي يليه في قرابة ولا يزوجه إلا السلطان الذي يجوز حكمه"².

4-**عند الحنابلة**: يعد المفقود عند الحنفية قسماً من أقسام الغائب، فإن غاب الشخص عندهم لم يخل من دخوله في إحدى الحالتين:
الأولى- أن تكون الغيبة غير منقطعة ويعرف خبره.
الثانية- أن تكون غيبة منقطعة ولا يعلم له موضع³.

مما سبق نلاحظ أن المشرع الجزائري سوى بين الغائب والمفقود، وهذا يخالف الشريعة الإسلامية التي اتفقت على التمييز بين الغائب والمفقود في جميع الأحكام، حيث نجد أن المالكية والشافعية والحنابلة اعتبروا الغائب أعلم من المفقود أما الحنفية فقد ميزوا بينهما في جميع المسائل ما عدا مسألة النفقة حين اعتبروا الغائب والمفقود في منزلة واحدة.

¹ الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص302.

² عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار الفكر، بيروت، ط2، 1998م، ج5، ص15.

³ أبو محمد عبد الله بن أحمد ابن قدامة، المغني على الخراقي، دار عالم الكتاب، الرياض المملكة السعودية، ج3، ص6، ص263.

المطلب الثاني: آثار الحكم بالفقد في قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي

إن الحكم بالفقد لا يؤثر على الشخصية القانونية للمفقود التي تضل قائمة خلال الفترة ما بين الحكم بالفقد والحكم بالموت، إنما يحمله آثاراً على حياته سواء بالنسبة لماله وزوجته، وهذا ما نتطرق إليه في كل من قانون الأسرة الجزائري في الفرع الأول، والفقهاء الإسلامي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: آثار الحكم بالفقد في قانون الأسرة الجزائري

سنذكر في هذا الفرع آثار الحكم بالفقد بالنسبة للمال والزوجة خلال عنصرين

أولاً: أثر الحكم بالفقد بالنسبة للمال

إذا لم يترك المفقود وكيلاً لإدارة أمواله، فإن القاضي عندما يحكم بالفقد، يأمر بحصر أموال المفقود، مع تعيين مقدم هو شخص الذي تعينه المحكمة لإدارة الشؤون المالية للمحجور عليه طبقاً لمضمون المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري "على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يأمر بحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدماً من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود واستلام ما تستحقه من ميراث أو تبرعات مع مراعاة المفقود، واستلام ما استحقه من ميراث أو تبرعات مع مراعاة أحكام المادة (99) من هذا القانون".

ويفهم من خلال هذه المادة أن المقدم يخضع لنفس الأحكام التي يخضع لها الوصي، والشروط الواجب توافرها في الوصي، وكذلك سلطاته وواجباته، وأسباب انتهاء مهامه كلها تصدق على المقدم.

ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه أخضع الغائب والمفقود لأحكام التقديم قد تجعله في مركز ناقص الأهلية أو فاقدها، وهذا أمر لا يمكن الجزم عليه خاصة وأنه بالرجوع للفقهاء الإسلامي نجد اختلافاً في الآراء بين المذاهب الأربعة.¹

¹ زواوي مراد، رمضان تارزي، المرجع السابق، ص 66.

ثانياً: أثر الحكم بالفقد بالنسبة للزوجة.

طبقاً للنص المادة 112 "باستطاعة زوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون".

وبالرجوع الى المادة 53 ق أ ج نجدها تنص على ما يلي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية: الغيبة بعد مرور سنة بدون غدر ولا نفقة".

ومن خلال هذه المادة يتضح لنا أنه لا يجوز الزوجة الغائب والمفقود طلب التطلاق من زوجها الغائب أو المفقود إلا إذا توفرت فيها هذه الشروط الأساسية وهي:

1- أن يغيب الزوج غيبة تفوق سنة.

2- أن تكون الغيبة دون عذر شرعي.

3- أن يكون غياب الزوج لمدة سنة دون أن يترك نفقة لها.

ومن هنا نستنتج أن للقاضي السلطة التقديرية في تقدير مدى توفر الشروط، وبعد ذلك يقوم بإصدار حكم التطلاق، وأن زوجة المفقود لا يحق لها أن ترفع دعوى التطلاق إلا بعد صدور الحكم بموت المفقود.

الفرع الثاني: آثار الحكم بالفقد في الفقه الإسلامي.

نستعرض في هذا الفرع آثار الحكم بالفقد بالنسبة للمال والزوجة في الفقه الإسلامي و عرض آراء الفقهاء فيها.

أولاً: آثار الحكم بالفقد بالنسبة للمال

علماً أن المفقود يعتبر حياً سواء في الشرع أو في القانون استصحاباً لثبوت حياته قبل الفقد مترتب على ذلك حفظ أمواله، وهو ما تعرض له فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يلي:

1- **المذهب الحنفي:** ذهب الحنفية في بيان ما يضع ماله بعولتهم: " فالذي يضيع أنواع منها

القاضي يحفظ ماله ويقيم من ينصبه للحفظ، لأنه مال لا حافظ له"¹

2- **المذهب المالكي:** قال المالكية: "ينظر السلطان فيما يخلفه المفقود من رباغ وأموال

ومتاجر وديون وقراض وودائع وعوار"²، والمقصود أن السلطان يخلف المفقود في تسيير

أمواله لحفظها.

3- **المذهب الشافعي:** تكون الولاية على المال عند الشافعية للأب والجد ثم لمن يوصي إليه

الموجود منها ثم للقاضي ووصيه، فالشافعية قدموا الجد على وصي الأب لاعتبارهم الجد

كالأب في جميع الأحكام³، ويرى الشافعية أن الغائب ومثله المفقود بطبيعة الحال ينظر في

ماله الحاكم بواسطة القاضي ولكنهم شرطوا ذلك بأنه لا يكون هذا الغائب قد ترك نائباً عنه.

4- **المذهب الحنبلي:** الولي عند الحنابلة هو الأب إن وجد فإن لم يكن الأب فالوصي الذي

أوصى إليه الأب بأولاده لأنه نائب الأب، سواء كان وصياً بجعل (أي مقابل المال) أو بغير

جعل، يجوز أن يكون وصياً بجعل مع وجود متبرع، لأن الأب أعلم بما يصح به حال ولده،

ولا يكون غير هؤلاء ولها ولا وصياً على المال، فالجد والأم وسائر العصابات لا ولاية لهم

ولكن يجوز أن يوصي الأب لمن شاء من هؤلاء أو غيرهم، فإن لم يوجد أب ولا وصي من

قبله فالولاية للقاضي.⁴

ثانياً: آثار الحكم بالفقد بالنسبة للزوجة

هناك من الفقهاء من اجاز التفريق بين الزوجين في حالة فقد الزوج وهناك من لم

يجز، واعتمدوا في ذلك على معيار الغيبة وفيما يلي بيان لذلك:

¹ الكاساني، مرجع السابق، ج 8، ص 314.

² اللخمي على بن محمد الربيعي أبو الحسن (ت 478)، التبصرة، تحقيق احمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون

الإسلامية، قطر، ط1، 2011م، ص 2245.

³ ابو حسن يحي بن أبي الخير بن سالم الشافعي، البيان، تحقيق قاسم محمد النوري، دار المناهج، جدة، ط1، 2000 م،

ج 6، ص 207.

⁴ محمد سليمان عبد الله الأشقر، المجلي في الفقه الحنبلي، دار القلم، دمشق، ط1، 1998 م، ج 2، ص 200

المذهب الأول: أجاز المالكية التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج متى تضررت المرأة بهذا الغياب الطويل، ومعناه أنهم ميزوا بين الغياب القصير والغياب الطويل الذي يجوز معه التفريق للغياب¹.

المذهب الثاني: لم يجر فقهاء هذه المذاهب التفريق بسبب الغياب المطلق ولم يميزوا بين غيبة وأخرى سواء كانت الغيبة طويلة أو قصيرة،² وهو رأي كل من الحنفية والشافعية.

المذهب الثالث: فرق فقهاء الحنابلة بين حالتين:

- أن تكون غيبة الزوج لعذر ولو طال مدة الغياب ففي هذه الحالة لا يجوز التفريق.
 - أن تكون غيبة الزوج بغير عذر، في هذه الحالة يجوز للقاضي أن يفرق بين الزوجين.³
- نستج مما سبق أن لزوجة المفقود الحق في طلب التطلق وهو طريقة من طرق فك الرابطة الزوجية التي أقرها المشرع الجزائري في قانون الأسرة عن طريق القاضي، وقد حددت المادة 53 من قانون الأسرة الأسباب التي يجب فيها، وقد استمد هذا السبب من المذهب الامام مالك والذي يوافق فيه الإمام أحمد واللدان أجاز للزوجة طلب التطلق دفعا للضرر بسبب الغيبة، ولكن أضاف المشرع الجزائري على شرط الغيبة شرط آخر وهو النفقة وبالرغم أن الإمام مالك قد أقر حق الزوجة في التطلق حتى ولو كان لها مال تنفق منه.

المطلب الثالث: آثار الحكم بالموت في قانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

يترتب على صدور الحكم بالموت ما يترتب على الموت الحقيقي من آثار، وبالتالي يعتبر المفقود في حكم الميت، فتنتهي شخصيته القانونية ويعد ميتا من تاريخ صدور الحكم، وفي هذا المطلب سنقوم بدراسة آثار الحكم بموت المفقود من الناحية القانونية، ومن الناحية الفقهية سواء بنسبة للزوجة أو بالنسبة لأموال المفقود، وكذلك المدة التي يحكم بها القاضي بموت المفقود.

¹ الدسوقي، المرجع السابق، ص 519

² ابن عابدين، المرجع السابق، ص 590.

³ ابن قدامة، المرجع السابق، ص 232.

الفرع الأول: مدة الحكم بالموت في قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلاميين

سنتطرق في هذا الفرع إلى المدة اللازمة للحكم بموت المفقود في كل من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

أولاً: مدة الحكم بالموت في قانون الأسرة الجزائري

نصت المادة 13 ق أ ج على ما يلي: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد تحري. وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر للقاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات".

من خلال مضمون هذه المادة القانونية نستنتج بأن المشرع الجزائري نص على حالتين يمكن للقاضي أن يحكم فيهما بموت المفقود وهما: حالة غلبة الهلاك وحالة غلبة السلامة.

1- في حالة غلبة الهلاك: المفقود الذي يغلب على فقده الهلاك، كمن فقد¹ في ظروف استثنائية داخل التراب الوطني أو خارجها كالحروب، الكوارث الطبيعية المتمثلة في فيضانات باب الواد وزلزال بومرداس وغيرها، وفي هذه الحالة يحكم بموت المفقود بتمام أربعة سنوات.

2- في حالة غلبة السلامة: حالة فقدان التي تغلب فيها السلامة وهي حالة فقدان شخص في الظروف العادية والطبيعية مثل السفر والسياحة والعلم والتجارة، وفي هذه الحالة تبقى السلطة التقديرية للقاضي في تحديد المدة بعد مضي أربع سنوات.²

ثانياً: مدة الحكم بالموت في الفقهاء الإسلاميين

لقد اختلف الفقهاء على المدة التي يحكم فيها بموت المفقود، لذلك سنتطرق إلى كل مذهب على حدا.

¹ مهداوي بيسمينه، طواهرية ثيرث، المرجع السابق، ص 21.

² حمداوي سمية، طواهرية ثيرث، المرجع السابق، ص 23.

1-المذهب الحنفي: لقد ضبط فقهاء الحنفية المدة بموت أقران المفقود الموجودين في المكان الذي يعيش فيه، يقصد من ذلك من كان في سنه، وحسب ما جاء به لا يحكم بموت المفقود إلا بعد مضي مدة تسعون سنة.¹

2-المذهب المالكي: يرى الإمام مالك رحمه الله أن المدة التي يمكن للقاضي أن يحكم فيها بموت المفقود هي سبعون سنة.²

استند في رأيه لما روى في حديث المشهور: " أعمار أمتي بين الستين والسبعين "³.

3-المذهب الشافعي: يرى أنصار هذا المذهب أن يحكم بموت المفقود إذا مضت المدة التي لا يعيش فوقها، وهذه المدة تسعون سنة مثله مثل الحنفية، أي مدة موت أقرانه الموجودين في بلاده، وحسب رأيهم المدة لا تقدر بزمن معين، فالقاضي هو الذي يجتهد في الحكم بموت المفقود بعدما تنقضي المدة التي لا يعيش فيه ⁴

4-المذهب الحنبلي: ويرى المذهب الحنبلي في مسألة حال المفقود ويقسمها إلى حالتين: حالة غلبة الهلاك وحالة غلبة السلامة.

أ-حالة غلبة الهلاك:

قال ابن قدامة الحنبلي، ما يلي:

"في ميراث المفقود وهو نوعان أحدهما.⁵ الغالب من حاله الهلاك، وهو من يفقد في مهلكة، كالذي يفقد بين الصفين، وقد هلك جماعة، أو في مركب انكسر فغرق بعض أهله، أو مفازة يهلك فيها الناس، أو يفقد من بين أهله، أو يخرج لصلاة العشاء أو غيرها من الصلوات أو لحاجة قريبة فلا يرجع، ولا يعلم خبره، فهذا ينظر به أربع سنين، فإن لم يظهر

¹ أحمد محمد مومنين، أحكام التركات والموارثين، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان ط1، 2009، ص150.

² محمد علي الصابوني، الموارث في الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، (دط)، (د ت ن)، ص 206.

³ كتاب الفرائض، باب ميراث المفقود، رقم الحديث 2835، ج18، ص226، من كتاب الشرح الكبير على المقنع لأبي عمر.

⁴ محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ص20.

⁵ موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغنى، دار عالم الكتب، الرياض، ط3، 1997م، ج 9، ص186.

له خبر قسم ماله، واعتدت امرأته عدة الوفاة، وحلت للزوج، نص عليه الامام أحمد وهو اختيار ابي بكر"

ب- حالة غلبة السلامة:

إذا فقد في ظروف عادية كالسفر السياحة والعلم وغيرها، انتظر مرور تسعين سنة من مولده، لأنه لا يمكن له العيش فوق هذه المدة.¹

مما سبق نستنتج أن للحكم بالفقد يجب انتظار مدة معينة، والمشرع الجزائري ميز بين حالتين حالة غلبة الهلاك التي يحكم فيها بموت المفقود بعد أربع سنوات من تاريخ الحكم بالفقدان، وحالة غلبة عليها السلامة التي ترك فيها السلطة التقديرية للقاضي، للحكم بوفاة المفقود بعد مضي أربع سنوات وبذلك يكون قد أخذ بالمذهب الحنبلي، أما بالنسبة للمذاهب الأخرى فهناك اختلاف فيما يخص هذه المسألة، كل حسب رأيه.

الفرع الثاني: آثار الحكم بالموت في قانون الأسرة الجزائري

سنتناول في هذا الفرع آثار الحكم بالموت بالنسبة للمال وبالنسبة للزوجة خلال عنصرين.

أولاً: آثار الحكم بالموت بنسبة للمال

يعتبر المفقود أو الغائب حياً لغاية الحكم بموته طبقاً لنص المادة 115: " لا يرث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد النطق بالحكم المصرح بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حياً، فإنه يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها"

وبالرجوع إلى نص المادة نستنتج أن أموال المفقود تعتبر تركة تقوّل إلى ورثته من تاريخ صدور الحكم باعتباره ميتاً، فينقسم على من كان موجود منهم في هذا تاريخ، أما من

¹ موفق الدين ابن قدامة، المقنع، تحقيق محمد الارشؤوط، مكتبة السواي للتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية ط1، 2000م، ص278.

مات منهم قبل صدور هذا الحكم فلا يعتبر وارثاً له، إذ يعتبر أنه قد توفي أثناء حياة المفقود وهذه النتيجة منطقية، لأن من شروط استحقاق الإرث ثبوت حياة الوارث.¹

وفي حالة ظهور المفقود حياً بعد الحكم بموته، يسقط الحكم الصادر من المحكمة الذي يقضي بموته، كما يسترد شخصيته القانونية بأثر رجعي وهو ما قضت به المادة 94 ق م ج، التي تنص "إذا ظهر الشخص الذي صرح بوفاته قضائياً مرة أخرى في وقت لاحق لحكم التسريح بالوفاة، فيتابع وكيل الجمهورية أو كل معني إبطال الحكم من الأشكال المنصوص عليها في مادة 46 وما يليها"².

ثانياً: آثار الحكم بالموت بالنسبة للزوجة.

يترتب على كون المفقود متزوجاً وعلى صدور الحكم باعتباره ميتاً انحلال الرابطة الزوجية، وفي هذا الشأن تنص المادة 59 من تقنين الأسرة على أن "تعتد المتوفي عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشر أيام، وكذلك زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده " يتضح من هذا النص أنه يسوي في الحكم، بالنسبة للزوجة، بين الزوج المتوفي حقيقة والزوج الميت حكماً وفي ذلك من ناحيتين:³

الأولى: اعتداد زوجة المفقود عدة الوفاة كزوجة الميت حقيقة.

الثانية: مدة العدة في حالتين هي فوات أربعة أشهر وعشر أيام ويحل للزوجة الزواج ثانية بعد انقضائها.

الفرع الثالث: آثار الحكم بالموت في الفقه الإسلامي.

ستناول في هذا الفرع آثار الحكم بالموت بالنسبة للمال وبالنسبة للزوجة

¹ حميش فطيمة حميش صحرة، ميراث المفقود بين فقه الإسلامي والقانون الأسرة الجزائري، شهادة ماستر، تخصص القانون الخاص، شامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بحالة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017 م، ص 42.

² حمداوي سمية، طواهرية ثيرت، المرجع السابق من 47.

³ محمد سعيد جعفرور، مدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 392.

أولاً: آثار الحكم بالموت بالنسبة للمال.

ولقد اجمع فقهاء المسلمين جميعاً على أن أموال المفقود وحقوقه تبقى على ملكه حتى يتبين موته أو يقضي القاضي بموته.

1- عند الحنفية: الأصل في المفقود عندهم أنه حي في حق نفسه ميت في حق غيره، والشخص الواحد لا يكون حياً وميتاً لما فيه من الاستحالة، ولكن معنى هذه العبارة أن تجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له، فلا يورث ماله ولا تبين امرأته¹ كأنه حي حقيقة، وتجري عليها أحكام الأموات فيما لم يكن له، فلا يرث أحد كأنه ميت حقيقة.

2- عند المالكية: قال مالك في المفقود "ولا يقسم ميراث المفقود حتى يأتي موته، أو يبلغ من الزمان ما لا يحيا إلى مثله يقسم ميراثه من يوم يموت"².

3- عند الشافعية: المفقود لا يرث ويوقف نصيبه في الميراث حتى يتيقن وفاته، وهذا ما قاله الإمام الشافعي في كتابه "الأم" (لا يقسم ماله حتى تعلم يقينا وفاته).

4- عند الحنابلة: إن فقد أن تطلب شيء فلا تجده، والمراد به هنا من لا تعلم له حياة ولا موت لانقطاع خبره، ولا يرثه إلا الأحياء من ورثته وقت قسمة ماله، وهو عند تنمة المدة من التسعين أو الأربع على ما تقدم، ولا يرث من المفقود من مات من ورثته قبل ذلك أي وقت الذي يقسم ماله فيه.³

نلاحظ مما سبق أن المشرع في مضمون المادة 115 من قانون الأسرة الجزائري التي تتحدث عن ميراث المفقود حيث قال "لا تقسم الأموال المفقود إلا بصدور حكم قضائي بوفاته" يتفق مع فقهاء الشريعة الإسلامية الذين أجمعوا على عدم تقسيم أموال المفقود حتى يعلم يقين وفاته.

¹ الكاساني، المرجع السابق، ج 8، ص 313.

² مالك ابن انس بن مالك بن عامر الأصبحي، المدونة، دار الكتب العلمية، (د م ن)، (د ط)، (د ت ن)، ص 32.

³ البهوتي، المرجع السابق، ج 4، ص 466-465.

ثانيا: آثار الحكم بالموت بالنسبة للزوجة.

بعد صدور الحكم بموت المفقود تعتد زوجته عدة المتوفي عنها زوجها، وهي أربع أشهر وعشر¹ ودليل ذلك، قوله تعالى: "الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا" [سورة البقرة: الآية 232].

ويستنتج من ذلك إن كانت حاملا فعدتها وضع حملها لقوله تعالى " وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ " [سورة الطلاق: الآية 4].

¹ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج8، ص135.

ملخص الفصل الأول:

تطرقنا في هذا الفصل إلى الأشخاص الخاضعون للنيابة الشرعية في كل من التشريع الجزائري والفقہ الإسلامي، حيث تعرضنا إلى مقارنة أحكام فاقدوا الأهلية وهم الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه، وناقصوا الأهلية هم الصبي المميز والسفيه والمغفل، بين نصوص قانون الأسرة والمذاهب الفقهية الأربعة، فاستنتجنا أن نصوص قانون الأسرة الخاصة بأحكام هذه الفئة أخذ بعضها من الفقہ الإسلامي بمختلف مذاهبه، وتم الإجتهد في الباقي من طرف واضعي التشريع أي أنهم خرجوا عن دائرة المذاهب الفقهية في بعض المواد، كما تعرضنا إلى أحكام الغائب والمفقود، الذي نجد أن التشريع الجزائري والفقہ الإسلامي اعتبرهما من الخاضعين للنيابة الشرعية بعد ثبوت حكم الفقد أو الموت، كما تناولنا أيضا الآثار المترتبة على هذا الحكم في كل من التشريع الجزائري والفقہ الإسلامي ، فوجدنا أن اختيار المشرع الجزائري في نصوص كل من الغائب والمفقود لم يكن أيضا ضمن مذهب فقهي محدد.

الفصل الثاني

الأشخاص القائمون بالنيابة الشرعية

وفيه ثلاث مباحث:

المبحث الأول: الولاية

المبحث الثاني: الوصاية

المبحث الثالث: الكفالة

تعتبر النيابة الشرعية من أهم الوسائل التي شرعت شرعا وقنونا للمحافظة علي أموال القصر بسبب انعدام الأهمية أو نقصها نظرا لعدم اكتمال عقله للتصرف في مصلحته وأمواله، فيقوم النائب الشرعي بصيانة حقوقه وحمايتها وفق الضوابط الرقابية المفروضة عليه، بعدما تناولنا في الفصل الأول تحديدا الأشخاص الخاضعين لنظام النيابة الشرعية، نتطرق في هذا الفصل لتبيين الأحكام المتعلقة بطائفة الأشخاص الذين أناط لهم الشرع والقانون القيام بمهمة النائب الشرعي وفق الشروط التي أقرها كل من الفقه والقانون لتنفيذ الولاية والوصاية تحت مسمى النظام النيابي، على أن الكفالة أيضا نظام قانوني يُوفّر فيها العامل والمربي وقائم الحماية لهؤلاء القصر، حيث قسمنا هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث تناولنا في المبحث الأول الولاية والمبحث الثاني الوصاية والمبحث الثالث الكفالة مرورا بالجوانب الشرعية والقانونية.

المبحث الأول: الولاية

يحتاج القاصر إلى من ينوب عنه في رعاية مصالحه وإدارة أمواله لذلك كان من الضروري وضع نظام قانوني يحقق هذا الهدف، ونجد المشرع الجزائري وضع هذا النظام، فنص على ذلك في المادة 81 ق أ ج على أنه " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون" لذا سنتطرق في هذا المبحث للتعرف على نظام الولاية وما يقابل في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: الولاية

قد يختلف تعريف الولاية بحسب اختلاف المنظور الذي عرفت منه، لذا سنتناول في هذا المطلب كل من التعريف اللغوي والفقهي والقانوني للولاية.

الفرع الأول: تعريف الولاية لغة

الولاية بفتح الواو وكسرهما هي مصدر الفعل ولي، فيقال ولي الرجل إذا أعانه ونصره وقام بأمره، وهي من ولي الشيء وولى عليه، فالولاية بالكسر هي السلطان وبالفتح هي النصرة¹ قال تعالى "وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ" [سورة التوبة: الآية 72]

الفرع الثاني: تعريف الولاية فقها

حظيت الولاية بشكل عام بتعاريف عدة من الناحية الاصطلاحية، اختلفت من مذهب إلى آخر ومن قانون إلى آخر فمن الناحية الفقهية، اجتهد الفقه الحنفي في وضع تعريف للولاية، إذ يرى بأنها "تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى"² كما عرفها الفقهاء المعاصرون

¹ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط2، القاهرة، 1972م، ج 2، ص 1057 - 1051.

² محمد بن علي بن محمد بن عبد الرحمن الحنفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق عبد المنعم خليل ابراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 2002م، ص 182.

منهم مصطفى الزرقاء بأنها قيام الشخص الكبير على شخص قاصر، في تدبير شؤونه الشخصية والمالية¹.

وقد عرفها أبو زهرة، بأنها "القدرة على إنشاء العقد نافذا"².

الفرع الثالث: تعريف الولاية قانونا

لم يعرف المشرع الجزائري الولاية، بل اكتفى ببيان أحكامها في قانون الأسرة والقانون المدني ولا يؤخذ المشرع على ذلك، لكون مهمة تحديد التعريفات هي من اختصاص الفقه، فقد أورد المشرع الجزائري أحكام الولاية ضمن المواد 81، 87، إلى غاية 91 من تقنين الأسرة الجزائري³، إذ يتضح لنا من خلال نص م 81 ق أ ج أن الولاية هي سلطة قانونية تمنح لشخص معين لمباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر ناقص الأهلية.

وقد عرف القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين في المادة 47 منه: "الولاية على المال: هي حفظ مال القاصر، وكل ماله علاقة بهذا المال، والعناية به وتنميته"⁴.

كما ورد تعريف الولاية "la tutelle" في الفقه الفرنسي بمعنيين: المعنى الواسع، يشير إلى جميع التدابير بموجب القانون المدني لضمان المساعدات لفئات معينة من الأشخاص غير القادرين على التصرف وفقا لمصالحهم كليا وجزئيا، أما المعنى الضيق يعني الوصاية لإحدى المؤسسات التي أنشئت بموجب المادة 360 من القانون المدني الفرنسي⁵.

¹ مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ص 843.

² محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 107.

³ بو عزيزة حنان، الولاية على أموال القاصر، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018-2010، ص 16.

⁴ جامعة الدول العربية، الأمانة الفنية لمجلس وزراء العرب، القانون النموذجي الموحد لرعاية القاصرين، اعتمده المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العدل الحرب لقانون نموذجي استرشادي بالقرار رقم 223، ج 24، بتاريخ 2002/04/03م.

⁵ الهادي معيفي، سلطة الولي على أموال القصر في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، مذكرة ماجستير، في القانون الخاص، فرع قانون أسرة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 2014-2013، ص 11.

المطلب الثاني: ثبوت الولاية

حدد كل من التشريع الجزائري والفقهاء الإسلامي الأشخاص الذين تثبت لهم الولاية كل حسب رأيه، حرصا على شؤون القاصر وأمواله، كما وضع لكل منهم الشروط الواجب توفرها حتى تثبت لهم الولاية، لهذا سنتناول خلال هذا المطلب من تثبت لهم الولاية في كل من الشريعة والقانون في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فخصصناه للشروط الواجب توفرها فيهم.

الفرع الأول: من تثبت لهم الولاية

سنتطرق في هذا الفرع إلى من تثبت لهم الولاية في التشريع الجزائري والفقهاء الإسلامي أولا: من تثبت لهم الولاية في التشريع الجزائري.

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

باستقراءنا لنص المادة أعلاه، وبشكل أدق الأولى منها، نجد أن المشرع الجزائري جعل الولاية على مال القاصر للأب، ثم الأم فلا ولاية للجد بنص المادة 87 ق أ ج، وقد أخذ بهذا مسلكا مخالفا للفقهاء وأغلب القوانين العربية عندما أسند الولاية للأم بعد الأب¹ بينما هؤلاء لا يقومون بها إلا عن طريق الإيضاء.

كما نلاحظ أن المشرع الجزائري منح الأولوية للأب على مال ابنه القاصر بشكل أصلي ما دامت الرابطة الزوجية بينه وبين الأم قائمة ولم تتحل لأي سبب من أسباب الإنحلال وكان الأب موجودا لم يلحق به أي مانع يحول دون قيامه بشؤون غيره².

والولاية التي منحها المشرع للأم تكون كاملة، تامة، تشمل كل أموال القاصر سواء بعد وفاة الأب أو بثبوت الحضانة لها بعد الحكم بالطلاق، وتكون قاصرة على الأمور

¹ بلقاسم شتون، النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 260، 261.

² بوعزيزة حنان، المرجع السابق، ص 43.

المستعجلة المتعلقة بالقاصر أثناء فترة غياب الأب وحصول مانع مادي له¹، مع الإعراف بحق الأم في الولاية على أموال أبنائها القصر تعد التفاتة حسنة من المشرع الجزائري بعد تعديله القانون الأسرة في 2005.

ثانيا: من تثبت لهم الولاية في الفقه الإسلامي

1-المذهب الحنفي: تكون ولاية الصغير في أمواله لأبيه، ثم لوصي الأب وفي حالة موتها وصي وصي الأب، ثم الجد لأب وإن علا، ثم وصيه، ثم وصي وصي الجد، ثم في غياب كل هؤلاء القاضي أي الحاكم، أو الوصي الذي يقيمه²، والملاحظ هنا أنه ليس لهؤلاء من الأم والأخ والعم ولاية التصرف على الصغير في ماله.

2-المذهب المالكي: تكون الولاية للأب ثم وصيه، ثم إلى وصي من أوصى له الأب وإن بعد ثم إلى الحاكم وجماعة المسلمين في حالة عدم غيابهم، أما غير هؤلاء من أم وأخ أو جد أو غيرهم من العصبات فلا ولاية لهم على مال القاصر³.

3-المذهب الشافعي: تثبت عندهم الولاية للأب ثم الجد، فإن لم يكن أب ولا جد فللوصي، لأنه نائباً عن الأب والجد فهو مقدم على غيره، ثم من بعدهم تثبت للقاضي أو وصيه وفي المذهب أنه لا ولاية للأم على مال ولدها⁴

4-المذهب الحنبلي: يرى أصحاب هذا المذهب أن الولاية تكون للأب أولاً ثم لوصي الأب، وفي حالة عدم وجود الأب والوصي يكون الحق للحاكم لممارسة النيابة، فأصحاب هذا

¹ نوارى منصف، الولاية على القاصر في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015، ص23.

² عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 2003 م، ص317.

³ حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص292.

⁴ أبو اسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي، تحقيق محمد الزميلي دار الشامية، بيروت، ط1، 1997م، ج3، ص272.

المذهب قالوا بأنه لا ولاية للجد على أحفاده كما أنه لا ولاية للأم أيضا على أولادها سواء كانت ولاية الأم وصاية أو قوامة¹.

والملاحظ هنا أن الفقهاء اجمعوا على أن الولاية على المال تعود للأب من الدرجة الأولى، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري، إلا أنه خالفهم بمنحه الولاية للأم، التي أجمع الفقهاء على عدم منحها الولاية رغم أن شفقتها تفوق شفقة الأب، وذلك لأن الهدف من هذه الولاية، حفظ وتنمية المال واستثماره، كما نجد المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي في عدم اثباته الولاية للجد في المادة 87 منه.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الولي

باعتبار الولي شخصا مسؤولا عن القاصر فمن البديهي أن يشترط في الولي على المال أن يكون أهلا للعمل في مصلحة المولى عليه سواء كان أبا أو غيره، وذلك يستلزم أن تتوفر فيه شروط تؤهله للقيام بهذا العمل².

ومقارنة بعد دراسة الشروط المتفق عليها شرعا في الولي مع الشروط المشترطة في الوصي نجدها أنها نفسها (الإسلام، كمال الأهلية، القدرة وحسن التصرف، الأمانة)، ولا تختلف في شيء مع العلم أن المشرع لم يوضح شروط الولي، مما يجعلنا في حاجة إلى العودة إلى أحكام الشريعة، ولتجنب التكرار نتعرف على الشروط الواجب توافرها في الولي عند تطرقنا للشروط الواجب توافرها في الوصي فيما سيأتي.

المطلب الثالث: سلطات الولي على أموال القاصر

كما لا شك فيه أن الطفل عديم التمييز أو ناقصه بحاجة لمن يعبر عن تصرفاته القانونية، ويدير أمواله، ولقد أكد كل من التشريع الجزائري والفقهاء الإسلامية ضرورة مباشرة

¹ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج6، ص612.

² نواري منصف، المرجع السابق، ص 25.

التصرفات التي تخص القاصر من طرف وليه أو نائبه الشرعي¹، لذلك نستطرق في هذا المطالب للتعرف على أهم سلطات الولي على أموال القاصر في الفرع الأول التشريع الجزائري وفي الفرع الثاني الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: سلطات الولي في التشريع الجزائري

سنستطرق في هذا الفرع للتعرف على أهم سلطات الولي على أموال القاصر في التشريع الجزائري.

لقد نص المشرع الجزائري على سلطات الولي في ثلاث مواد متتالية وهي: مواد من 88، 89، 90، ثم قام بإحالة سلطات الوصي على نفس المواد وذلك بموجب المادة 95 ليعود مرة أخرى عن طريق المادة 100 ليؤكد لنا أن المقدم هو الآخر يخضع لنفس أحكام الوصي، وبما فيها السلطات في التصرف، وبذلك يكون لكل من المقدم والوصي نفس السلطات والصلاحيات التي تشركان فيه مع الولي².

وتبعاً لما سبق بيانه سنقوم بعرض سلطات الولي عملاً بالمواد 88، 89، 90 ق أ ج، جاء في نص المادة 88 ق أ ج أن "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

- 1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة.
- 2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.
- 3- استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.

¹ نجاة بو سماحة، "الحماية القانونية لحقوق المالية للطفل في التشريع الجزائري للطفل"، مجلة قيس للدراسات الانسانية والاجتماعية، الجزائر، المجلد 05، العدد 01، 2020، ص 1044.

² عبد الجليل بوندير، "النيابة الشرعية بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي مجلة العلوم الانسانية"، المجلد 31، ال عدد 3، 2020م، ص 138.

4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات، أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد".

كما تنص المادة 89 ق أ ج: "على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني".

وتضيف المادة ق أ ج 90 أنه "إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة".

يتضح من خلال نص المادة 88 الفقرة الأولى، أنه على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، مقيدا هذه التصرفات بمصلحة القاصر وفق نص المادة 89 ق أ ج، لذا فهو لا يمكنه إجراء التصرفات الضارة ضررا محضا فإذا صدرت منه تكون باطل، بينما يكون له القيام بالتصرفات النافعة نفعا محضا، كما يحق له إجراء التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، على ألا يكون فيها إضرار بمصلحة القاصر وإلا وقعت باطلة¹.

وبالرجوع إلى نص م 88 ق أ ج نجدتها عدت على سبيل الحصر التصرفات التي يجب فيها الحصول على الإذن المسبق وإلا عدت باطلة بطلانا مطلقا² وهي كالتالي:
أ- بيع العقار ورهنه وإجراء المصالحة:

يجوز لولي الصغير القاصر أن يبيع عقار هذا الأخير، بشرط الحصول على إذن القاضي، والذي هو مقيد بمراعاة حالة الضرورة والمصلحة، كما جاء في نص م 89 ق أ ج، والتي أضافت قيد آخر يتمثل في ضرورة إتباع إجراءات البيع بالمزاد العلني، والهدف من هذا الأخير هو ضمان حصول القاصر على أعلى مبلغ ممكن للعقار الذي يملكه، بالإضافة الى شفافية المعاملة³، وبهذا يتجنب إمكانية تحايل نائبه عليه، وكذلك هو الأمر بالنسبة إلى قسمة عقار شائع الطفل أحد ملاكه، ما يعني أنه لا يجوز قسمة هذا العقار قسمة اتفاقية،

¹ موسوس جميلة، الولاية على مال القاصر في التشريع الجزائري والفقهاء الإسلامي، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، كلية الحقوق والعلوم التجارية، 2005-2006، ص 42.

² معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط6، 1995م، ج3، ص1480.

³ نجات بوسماحة، المرجع السابق، ص1049.

وكذا الصلح والذي يهدف لإنهاء النزاع القائم أو توقي نزاع محتمل متعلق بال عقار، لا يمكن اجراءه إلا بعد الحصول على الإذن المسبق وإلا عد باطلا. أما الرهن باعتباره أنه حق عيني تبعي، ينتهي بتنفيذه على عقار المدين ولخطورة آثاره أخضعه المشرع للإذن المسبق إذا كان العقار المرهون ملكا للقاصر¹.

ب- بيع المنقولات ذات الأهمية خاصة

هناك بعض المنقولات التي لها قيمة مالية كبيرة كالمحلات التجارية التي تعتبر منقولات معنوية، وكذلك الأسهم في البورصة التي تعتبر قيم منقولة، بالإضافة للحق في الملكية الصناعية، لهاذا إذا كانت ملك للطفل قاصر، على نائبه الشرعي الحصول على إذن مسبق قبل التصرف فيها، غير أنه ما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد معيار واضحا يمكن الاستناد عليه لتصنيف المنقولات ذات الأهمية، لهذا فمن الناحية العملية فإن كل منقولات الطفل تخضع للحصول على الإذن المسبق للتصرف فيها².

ج- استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في الشركة

إن سبب إخضاع هذه التصرفات للإذن القضائي المسبق، يتمثل في أن إقراض مال القاصر فيه تعطيل لهذا المال لبقائه دون استثمار، كما قد يشكل الاقتراض خطرا على مصلحة الطفل خاصة في حالة عدم قدرة المقترض على رده، لما يؤدي إلى الحجر على باقي أمواله. أما المساهمة في الشركة فقد تم تقييدها بالإذن المسبق لأنها من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، وبالتالي الربح المتوقع من هذا الاستثمار قد لا يتم تحقيقه، وعلى هذا الأساس ذهب البعض إلى أنه يجب منح ترخيص³.

¹ نجاه بوسماحة، المرجع السابق، ص 1049.

² غربي صورية، "حماية أموال الطفل بين النقص التشريعي وضرورة التعديل، لمجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد"، المجلد 2، العدد 01، 2017، ص 69. 70.

³ شيخ سناء، " الضوابط القانونية لإدارة أموال القاصر والتصرف"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 01، ص 224-225.

د- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد

يعتبر إيجار عقار الطفل القاصر الذي يزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد، هو الآخر من التصرفات التي يتشترط فيها الحصول على الإذن المسبق، لأن هذا الإيجار يعتبر من قبيل أعمال التصرف لا الإدارة، والملاحظ هنا أن المشرع لم يتطرق لإيجار المحلات التجارية رغم أهميتها، على اعتبار أن قيمتها قد تفوق قيمة العقارات¹.

وإذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر، وجب على القاضي من تلقاء نفسه أو طلب من له مصلحة أن يعين متصرفا خاصا طبقا لنص المادة 90 ق أ ج. وهذا حرصا من المشرع الجزائري على حماية أموال القاصر حتى في مواجهة وليه، لأن هناك بعض التصرفات قد تفقد الثقة في الولي وتجعله مشكوكا في تصرفاته لذا استوجبت تدخل القاضي لتحديد هذا التعارض وتعيين متصرفا خاص²، إلا أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى بيان أبرز الحالات التي يمكن أن تتعارض فيها مصالح الولي مع مصالح القاصر، كما لم يحدد لنا أيضا من هو القاضي المختص في تعيين المتصرف الخاص، وما هي الشروط الواجب توفرها في هذا المتصرف و ما هي طريقة تعيينه .

الفرع الثاني: سلطات الولي في الفقه الإسلامي

القاعدة العامة التي أجمع عليها الفقهاء والتي يجب على الأب العمل بها في تصرفاته بأمواله هي: ألا يتصرف الأب إلا بما فيه مصلحة للولد، ويدل على هذه القاعدة³،

¹ موسوس جميلة، المرجع السابق، ص 54 . 55.

² غربي سورية، المرجع السابق، ص 175.

³ أحمد على طه ريان، أحكام الأب في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1988م، ص 96.

قوله تعالى "وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ" [الأنعام: الآية 153] لذلك فهو لا يملك إجراء التصرفات الضارة ضررا محضا، كما يحق له إجراء التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، على ألا يكون فيها إضرارا بمصلحة القاصر وإلا وقعت باطلا¹، ومن هذه التصرفات ما يلي:

1- البيع: ومثله الشراء، ذهب الفقه الإسلامي إلى أن الولي له أن يتصرف في مال الصغير مطلقا، فلأب أن يبيع ويشترى منقولا كان أو عقار دون بيان سبب البيع ولا تقديم لذلك لأن التصرف محمول على المصلحة والسداد دائما.²

ب- المضاربة أو القراض (الإتجار):

وهي عقد شراكة في الربح بمال من الرجل وعمل من الآخر³، ولقد اجمع الفقهاء على أن للأب أن يضارب بمال ولده واعتبروا ذلك نوع من الإتجار في مال الولد،⁴ ومما لا شك فيه أن الإتجار بمال الولد مندوب فيه واستدلوا على ذلك، لما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن الرسول -صلى الله عليه وسلم- قال: " من ولي يتيما فليتبجر له ولا يتركه حتى تأكله الصدقة"⁵.

ج - الرهن: نميز فيه حالتين:

الحالة الأولى: رهن مال الولد لدين يخصه، فذهب الحنفية إلى إجازته مطلقا، لأن ذلك تصرف لم يتبين ضرره، واعتبروه نوع من وفاء الدين الثابت على الصغير، أما الجمهور فاشتروا أن يتم الرهن لضرورة أو لغبطة ظاهرة⁶.

¹ موسوس جميلة، المرجع السابق ص 42.

² وهبة الزحيلي، الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ج 5، ص 429-430.

³ الجرجاني، المرجع السابق، ص 218.

⁴ الكاساني، المرجع السابق، ج 6، ص 587.

⁵ أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الزكاة، باب ما جاء في زكاة مال اليتيم، رقم الحديث 641، ج 2، ص 65.

⁶ ابن عابدين، المرجع السابق، ج 10، ص 108.

أما الحالة الثانية: فهي رهن مال القاصر في دين على الأب إذا كان هو الولي، وقد اختلف فيه الفقهاء والراجح ذهاب المالكية الى عدم جواز هذا النوع من الرهن، لعدم جواز أخذ مال ولده من غير حاجة، وذلك لما فيه من ضياع منافع المال المرهون وانتقالها للمرتهن¹.

د- إقراض الولي مال القاصر:

اتفق الفقهاء على عدم جواز إقراض مال الصغير للولي نفسه، وذلك للتهمة² واختلفوا في إقراض مال الصغير للغير.

ذهب المالكية والشافعية في الراجح عندهم والحنابلة، إلى القول بعدم جواز إقراض مال الصغير للغير، إلا للضرورة والمصلحة³، واستدلوا في ذلك، بقوله تعالى "وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ" [الإسراء الآية 34] وقرض مال اليتيم للمصلحة والحاجة من قربانه بالتي هي أحسن، ومن السنة عن ابن نافع أن ابن عمر كان يزكي مال اليتيم ويستقرض منه ويدفعه مضاربة⁴.

هـ- استقرض مال القاصر:

إن دعت الحاجة استقرض الولي مالا للقاصر لنفقته، شرط أن يكون له مال غائب توقع قدومه أو ثمرة ينتظرها، فإن لم يكن له شيء ينتظره باع شيئاً من أصوله لينفق به على نفسه⁵.

و- الإيجار:

الإجارة من العقود التي فيها من المصلحة والحظ والفائدة في مال الصغير لهذا اتفق الفقهاء على جواز اقدام الولي عليها.

¹ الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص234.

² الكاساني، المرجع السابق، ج8، ص154، 153.

³ البهوتي، المرجع السابق، ج3، ص449، 450.

⁴ أخرجه الدار قطني في سننه، كتاب الزكاة، باب إقراض مال اليتيم، رقم ال حديث1734، مج 3، ص8.

⁵ باسم حمدي حرارة، سلطة الولي على أموال القاصر، مذكرة ماجستير، تخصص فقه مقارنة، جامعة غزة، كلية الشريعة والقانون، ص57.

بعد عرض كل من سلطات الولي في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري نجد أن المشرع الجزائري اتخذ رأياً مخالفاً لما ذهب إليه الفقه بأن انشراط اخضاع تصرفات الولي لإذن القاضي في نص م 88 ق أ ج، إلا أنه وافقهم في حرصه على الولي بأن يجعل تصرفاته كتصرفات الرجل حريص، كما جعل له امكانية لتصرف بما فيه منفعة للقاصر، أما التصرفات الضارة به فيجعلها كلها باطلة مقتدياً في هذا بالفقه الإسلامي.

المطلب الرابع: انتهاء الولاية

سنتطرق في هذا المطلب الى عرض الحالات التي تنتهي بها الولاية في التشريع الجزائري في الفرع الأول، والفقه الإسلامي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: انتهاء الولاية في التشريع الجزائري

تنتهي الولاية في التشريع الجزائري وفق الشروط الواردة في نص المادة 91 ق أ ج "تنتهي وظيفة الولي:

1. بعجزه

2. بموته

3. بالحجر عليه

4. بإسقاط الولاية عنه".

من خلال نص المادة يتبين أن الولاية تنتهي بتوفر إحدى الحالات الآتية:

أ- **عجز الولي**: لم يحدد المشرع الجزائري المقصود بعجز الولي هل هو عجز مادي أو جسماني أم هو عجز يسبب الهمم مثلاً، مما يؤدي الى سوء التصرف في أموال القصر، فيمكن أن يقدم طلب إلى المحكمة لإعفائه من مزاولته ولايته.¹

¹ موسوس جميلة، مرجع سابق، ص 82.

ب-موت الولي: يعتبر الموت الطبيعي للولي سبب حتمي واضح لانتهاء الولاية، أما في حالة الموت الحكمي بسبب فقدان¹، فيتم وقف ولايته على القاصر إلى حين زوال سبب الوقف أو صدور الحكم بموته.

ج-الحجر على الولي: يكون بسبب السفه والعتة أو الجنون أو الغفلة وتسمى هذه الحالات عوارض الأهلية التي تمنع من القيام برعاية شؤون القاصر وأمواله، ولقد نصت المادة 06 من قانون العقوبات الجزائري على نوع آخر من الحجر وهو الحجر القانوني بسبب الحكم عليه بعقوبة جنائية التي يمنع معها من التصرف في أموال القاصر، وبهذا تنتقل الولاية إلى الأم في الأمور المستعجلة حسب نص م 87 ق أج وهذا ما تعمل عليه المشرع الجزائري².

د-اسقاط الولاية عند الولي: يطلب من له مصلحة، عند ثبوت سوء التصرف من الولي أو تقصيره في إدارة أموال القصر، مما يعرض أموالهم للخطر.

ولم يذكر قانون الأسرة الجزائري حالة بلوغ القاصر سن الرشد كسبب من اسباب انقضاء الولاية على المال في م 91 وكذلك موت القاصر أو هلاك أمواله ربما لكونها بديهية لا تحتاج الى تشريع³.

الفرع الثاني: انتهاء الولاية في الفقه الإسلامي

الولاية في الشريعة الإسلامية وإن كانت الزامية، غير أنه يجوز للولي التنحي عنها أو طلب إعفائه منها، وعموما في الوصاية أو الولاية تنتهي شرعا في الحالات التالية⁴:

1-إذا توفي القاصر المشمول بالولاية أو الوصاية.

¹ بالقاسم شتوان، المرجع السابق، ص 302.301.

² هادي معيفي، سلطة الولي على أموال القاصري الشريعة الإسلامية والقانون، المرجع السابق، ص 27.

³ بالقاسم شتوان، المرجع السابق، ص 304.

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 10، ص 343.

2- إذا بلغ القاصر عاقلاً رشيداً لقوله تعالى "فَإِنْ أَنْسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ"

[النساء: الآية 06]، فتنتهي الولاية تلقائياً ببلوغ الصغير عاقلاً رشيداً ودون الحجر عليه لسفه

أو عته أو غفلة أو جنون.

3- لموت الولي أو فقد أهليته.

4- زوال سبب الحجر فإذا زال سبب الحجر على المحجور عليه، كما لو صار السفه رشيداً

لحسن التصرف في أمواله، تنتهي الولاية.

5- وقف الولاية: وهو إجراء مؤقت لمدة معينة لحين زوال سبب الوقف كاعتبار الولي غائباً

أو اعتقاله تنفيذاً لحكم قضائي والولي المحكوم عليه شهر الإفلاس، وعموماً فإن الولاية

والوصاية على القصر تنتهي بزوال أسبابها وقد تبقى مادام سببها قائم، وتنتهي ولاية الولي

الشرعي أو الوصي المختار أو المعين إذا مات الولي أو زالت أهليته أو سلبت منه أو أعفي

منها أو عزل أو قبلت استقالته¹.

مما سبق بيان عرض حالات انتهاء الولاية في التشريع الجزائري والفقهاء الإسلاميين،

نجد أن حالات التي ينص عليها المشرع الجزائري هي نفسها الحالات التي ذكرها فقهاء

الشرعية الإسلامية، إلا أنه أغفل حالات بلوغ القاصر سن الرشد وحالة موت المشمول

بالولاية.

¹ الهادي معيني، المرجع السابق، ص 29.

المبحث الثاني: الوصاية والتقديم

الوصاية نظام لرعاية أموال القاصر، شبيه بنظام الولاية، فكلاهما يحمي أموال القاصر لذلك نجد أن المشرع الجزائري نظم أحكام الوصاية في المواد 92 إلى 98 ق أ ج، مباشرة بعد تنظيمه لأحكام الولاية، كما نجد المشرع الجزائري أيضا نص على التقديم في المواد 99 و 100 ق أ ج التي جعلت المقدم يخضع لنفس أحكام الوصي، لذلك فكل ما سنتناوله بخصوص الوصي في هذا المبحث ينطبق على المقدم. لذا سنتطرق في هذا المبحث لتعريف الوصاية في المطلب الأول، ومن ثبت لهم الوصاية وشروطهم في المطلب الثاني أما المطلب الثالث فخصصناه لسلطات الوصي وفي الأخير حالات انتهاء الولاية، في كل من القانون والفقهاء.

المطلب الأول: تعريف الوصاية

سنتطرق في هذا المطلب لتعريف الوصاية في اللغة والاصطلاح الفقهي وفي الاصطلاح القانوني لمعرفة المراد من كلمة الوصاية وذلك في ثلاث فروع كالتالي:

الفرع الأول: تعريف الوصاية لغة

الوصاية في اللغة¹ هي الولاية على القاصر، والوصي: من يوصى له ومن يقوم على شؤون الصغير، والوصية ما يوصى به.

الفرع الثاني: التعريف الوصاية فقها

عرف الفقهاء الوصاية بتعريفات مختلفة، فذكر علماء الحنفية بأنهما: " تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، سواء أكان ذلك في الأعيان أو في المنافع"² فالحنفية في تعريفهم هذا اقتصروا على معنى واحد وهو التملك بعد الموت، وهو المفهوم من قولك، أوصى فلان لفلان بكذا، بمعنى ملكه له بعد موته، وهذا حينما تستعمل الوصية

¹ المعجم الوسيط، المرجع السابق، ج2، ص1038.

² كمال الدين محمد ابن عبد الواحد، شرح القدير للعاجز القدير، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، (د ط)، (د ت ن)، ج9، ص411.

باللام، ولكن الوصية تستعمل أحيانا ب: إلى، فنقول: اوصى فلان إلى فلان، بمعنى: جعله وصيا له يتصرف في ماله والضالة بعد موته. وهذا المعنى الثاني غير وارد في تعريفهم¹.

وعرفها المالكية بأنهما: "عقد يوجب نيابة عن عاقده بعد موته"².

وتعريف المالكية هذا إنما يشمل نوعا من الوصية، أما النوع الثاني عندهم فهو: "عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزمه بموته"³.

وهي عند الشافعية: "إثبات تصرف مضاف لما بعد الموت". ولهم أيضا تعريف ثان وهو أن الوصاية هي: العهد على من يقوم على أولاده بعده وليست مقصورة على التبرع المضاف لما بعد الموت⁴، وهذا التعريف هو الموافق للمقصود في بحثنا.

أما الحنابلة فعرفوا الوصاية بأنها: "الأمر بالتصرف بعد الموت"⁵.

وهذا التعريف هو أجمع التعريفات التي ذكرت.

الفرع الثالث: تعريف الوصاية قانونا

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا خاصا بالوصاية، ولكن من خلال الاطلاع على نصوص القانون في هذا الباب نفهم أن الوصي هو من يعنيه الأب أو الجد للتصرف في مال القاصر، فالمادة 92 من قانون الأسرة تنص على ما يلي: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر..."، فالوصاية على القصر المرادة في بحثنا هذا تكون تفويضا لمن له

¹ ملا خسرو، درر الحكام في شرح غرر الأحكام، دار الإحياء للكتب العلمية، (د م ن)، (د ط)، (د ت ن)، ج2، ص446.

² أبو عبد الله محمد الخرشبي، على مختصر الخليل، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر، ط2، 1317هـ، ص167.

³ المرجع نفسه، ج8، ص167.

⁴ الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص52.

⁵ ابن قدامي المقدسي، المقنع في فقه الإمام أحمد ابن حنبل، تحقيق محمد الأرنؤروط، مكتبة السوادي للتوزيع، جدة العربية السعودية، ط1، 2000م ص249.

التصرف شرعا للقيام بعد موته برعاية أولاده القصر وحفظ مصالحهم. وتتص المادة 98 من نفس القانون على أن الوصي مسؤول عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره¹.

المطلب الثاني: ثبوت الوصاية في التشريع الجزائري والفقهاء الإسلامي

حتى نفصل في ثبوت الوصاية لوصي ما، يجب أن نتعرف على كيفية ثبوت هذه الوصاية ثم الشروط الواجب توافرها في الشخص حتى يعتبر تسليم الوصاية له على أموال القاصر صحيحا.

الفرع الأول: ثبوت الوصاية في التشريع الجزائري.

سنتناول في هذا الفرع تعيين الوصي والشروط الواجب توفرها فيه

أولا: تعيين الوصي: خلافا للولاية التي تثبت بقوة القانون، فإن الوصاية لا تكون إلا باتباع خطوات حددها القانون، تتمثل في اختيار الوصي من طرف المخول قانونا، ثم صدور قرار بتثبيته من القضاء.

1- اختيار الوصي: نصت المادة 92 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون" يتبين لنا من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري منح كل من أب القاصر وجده سلطة اختيار الوصي، يوصي كل منهما إليه أن يكون خلفا على أولاده أو أحفاده، يدير شؤونهم بعد موته، إذا لم تكن له أم تتولى ذلك أو ثبت عدم أهليتها للقيام بشؤون الولاية²، بهذا يكون المشرع الجزائري لم يمنح الأم سلطة في اختبار وصي لولدها القاصر رغم اعترافه لها بأهلية ممارسة سلطات الولاية على ابنها في ماله، فإذا كانت الأم

¹ عبد العزيز مرابط، "شرط الأخلاق في الولي على القاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري"، مجلة البحوث العلمية والدراسات العلمية، المجلد 11 العدد2، 2019 م، ص373.

² محمد سعيد جعفرور، مدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ج2، 611.

أهلا لذلك فمن باب أولى أن تكون أهلا لاختيار وصي شأنها شأن الأب والجد، فالملاحظ هنا أن المشرع الجزائري وقع في خلط بين الأحكام وعدم دقته في وضعها¹. كما نصت الفقرة الثانية من م 92 ق أ ج الجزائري على أن "إذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام م (86) من هذا القانون" تبين هذه المادة أنه يمكن للوصي أن يوصي لأكثر من شخص، وعند ذلك نكون امام تراحم أوصياء، بالتالي منح المشرع للقاضي سلطة اختيار الأصلح من بينهم²، ولهذا يمكننا القول أن المشرع الجزائري تبنى صورة الوصي الواحد ولم يأخذ بصورة تعدد الأوصياء، لأنه لا يوجد نص قانوني يقر ذلك.

2- تثبيت الوصاية: يتطلب الأمر بعد اختيار الوصي من طرف الأب أو الجد أن تقوم المحكمة بالموافقة على تثبيته، إذا توافرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون³، وهو ما تؤكد المادة 94 ق أ ج: "يجب عرض الوصاية على القاضي لمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها" فهذه المادة تجعل أمر التثبيت لازم من طرف القاضي حتى تصبح الوصاية لازمة. ولذلك لا يمكن للوصي رد الوصاية بعد التثبيت، إلا إذا توافرت في الوصي أسباب انتهاء الوصاية، أما قبل التثبيت فحسب اعتقادنا يجوز للوصي القبول والرد لأن القبول والرد المعتد به هو وقت تثبيت الوصاية⁴.

الملاحظ أيضا على المادة 94 أن المشرع الجزائري ربط عرض الوصاية على القاضي بوفاة الأب دون اشتراط ذلك عندما يكون الاختيار من فعل الجد، فهل هذا يعني إعفاء الجد من رقابة القضاء؟

¹ قوادري وسام، حماية أموال القاصر على ضوء التقنين المدني وتقنين الأسرة، مذكرة ماستر، عقود ومسؤولية، جامعة عكلي محند والحاج، بويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2003، ص 25.

² إيمان حيدوسي، مرجع سابق، ص 132.

³ غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، القانون الخاص المعمق، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015، ص 54.

⁴ المرجع نفسه، ص 154.

هذا كان محل انتقاد م 94 ق أ ج لكونها أسقطت عرض وصاية الجد على القضاء، على الرغم من أن الأب أقرب إلى ابنه من الجد، والسبق في ترتيب الأولياء، لذلك يتوجب استدراك هذا النقص لمنع الوقوع في خطأ التفسير¹.

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في الوصي.

خلافًا لما رأيناه في الولي، تعرض قانون الأسرة الجزائري للشروط الواجب توافرها في الوصي، من خلال نص المادة 93 منه، ورتبت على تخلفها إمكانية عزله من قبل القاضي، ونصها كالتالي "يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغًا قادرًا أمينًا حسن التصرف، وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة"

ويتم التفصيل فيها كما يلي:

1-الإسلام: إذا كان القاصر المراد إخضاعه للوصاية مسلما، فإنه يجب أن يكون وصيه بدوره مسلما استنادا للقاعدة الشرعية، لا ولاية للكافر على المسلم² ولقوله تعالى "لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا" [سورة النساء: الآية 141]

2-العقل والبلوغ والقدرة: بالنسبة للعقل لا تثبت الوصاية للمجنون ونحوه، والتكليف في القانون الجزائري هو بلوغ سن 19 سنة، متمتعًا بكامل قواه العقلية ولم يحجر عليه، كما يكون قادرًا على القيام بتدبير شؤون الموصى عليه وهذا وفقا لما نصت عليه م 86 ق أ ج³.

3-الأمانة وحسن التصرف: لم يتطرق المشرع الجزائري إلى المقصود بعبارة الأمانة، إلا أنه في الغالب يكون الإشراف على مصالح الغير يتطلب استقامة ونزاهته وحرصا وتصرفا بحكمة تصرف الرجل العادي⁴.

¹ ببيبة بن حافظ، "الولاية الاصلية على مال القاصر"، مجلة العلوم الإنسانية، الجزائر، المجلد3، العدد1، 2020م، ص260.

² قوادري وسام، المرجع السابق، ص26.

³ غربي صورية، المرجع السابق، ص149.

⁴ مودع محمد، "حماية أموال القاصر على ضوء التعديل قانون الأسرة الجزائري"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة الجزائر، المجلد5، العدد1، 2021م، ص53.

الفرع الثاني: إثبات الوصاية في الفقه الإسلامي

سنتطرق في هذا الفرع أولاً إلى تعيين الوصي، ثم إلى كيفية تثبيت الوصاية والشروط الواجب توفرها في الوصي.

أولاً: تعيب الوصي:

بما أن الوصاية هي تفويض للوصي اختلف الفقهاء في ترتيب من له سلطة تعيين الوصي كما يلي:

1-المذهب الحنفي: الأب هو الأحق باختيار الوصي بعد وفاته، ثم وصي الأب (لأنه بمنزلة الأب في التصرف). ثم الجد، ثم وصي الجد فإن لم يكن فالقاضي ثم وصي القاضي.¹

2-المذهب المالكية: بالنسبة لهم الأب ثم وصيه، ثم القاضي أو من يقيمه القاضي، وأجاز أصحاب المذهب تولية الأم وصيا على أولادها إذا توافرت ثلاثة شروط:²

- أن يكون المال الموصى فيه قليلاً حسب العرف.
- وألا يكون للولد وصي من السابق ذكرهم.
- وأن يكون مال الأولاد موروث عن الأم.

3-المذهب الشافعي: ذهب الشافعية إلى أن الأحق باختيار الوصي بعد الأب هو الجد وذلك لأن الجد يقوم مقام الأب إذا كان ميتاً أو حياً أو غير رشيد، وكذلك لوجود شفقتة مثل الأب، تم لوصي الباقي منهما، ثم القاضي أو من يقيمه.³

4-المذهب الحنبلي: الأب ثم وصيه، ثم القاضي أو من يقيمه القاضي، هذا هو الراجح عند الحنابلة، إلا أنه توجد رواية ترى أن الأم تلي ولاية ولدها بعد الأب والجد.⁴

¹ علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1984م، ج3، ص220.

² وهيبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، دار الكلام الطيب، دمشق، ط3، 2005م، ج3، ص325.

³ الشربيني، المرجع السابق، ج2، ص173.

⁴ ابن قوامة، المغني، المرجع السابق، ج6، ص555.

أما بخصوص تعدد الأوصياء في الفقه الإسلامي فلاصل أن يكون للقاصر ولي واحد يتولى شؤونه، غير أنه يمكن للوصي أن يوصي لأكثر من واحد سواء في عقد واحد أو في عقدين، فإن أوصى على المشاركة أو الانفراد فيما بينهم في التصرف احترمت رغبته، ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء¹.

- نلاحظ من خلال ما سبق ذكره بخصوص اختيار الوصي وحالة تعدد الأوصياء أن المشرع الجزائري أخذ بالمذهب الشافعي في نص م 92 ق أ ج في الفقرة الأولى، بأن جعل الأحق في اختيار الوصي هو الأب ومن بعده الجد مثله مثل ما ذهب إليه الشافعية، على خلاف رأي جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة الذين قالوا بأن الاحق بالاختيار الوصي بعد الأب هو وصيه، كما أخذ بالمذهب المالكي في امكانية اختيار الأم وصي لابنها وفق شروط.

أما في حالة تعدد الأوصياء فإنه جائز باتفاق الفقهاء على عكس تعدد الأولياء فإنه غير جائز، وهنا نجد أن المشرع الجزائري في نص م 92 فقرة الثانية خالف رأي جمهور الفقهاء بتبنيه صورة الوصي الواحد، وذلك من خلال منحه السلطة التقديرية للقاضي في اختيار وصي واحد من بين الأوصياء المختارين من طرف الموصي.

ثانيا: تثبيت الوصاية

اتفق الفقهاء على أن الوصاية لا تتم إلا بالإيجاب والقبول، واختلفوا في انعقاد عقد الوصاية بلفظي: الوكالة، والولاية، فذهبوا إلى البحث عن وقت الايجاب والقبول وكيفيته ومدى امكانية رده، وللإجابة على هذا التساؤل نفصل في الأمر كالتالي:

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه يمكن للموصي الرجوع في الوصاية كلها أو بعضها واعتبروها عقد غير لازم، كما اتفقوا على صحة قبول الوصاية بعد الموت، واختلفوا في صحة قبولها في الحياة، وأيضا حول إمكانية ردها.

¹ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق ج 43، ص 176.

1- وقت قبول الوصاية: يصح قبولها بعد موت الموصي باتفاق العلماء واختلفوا في صحة قبولها في الحياة على قولين:

أ- يصح قبول الوصاية في الحياة كما يصح قبولهما بعد الموت، واستدلوا في ذلك بأن للولاية إذن بالتصرف غير لازمة، فهي كالوكالة يصح قبولها بعد العقد، لأن عدم قبول الوصاية في حياة الموصي يؤدي إلى تفويت غرضه من الإيصال وهو قول الحنفية والمالكية والحنابلة ورواية من مذهب الشافعي.¹

ب- لا يصح القبول في الحياة، لأنه لم يدخل وقت التصرف، كما لا يصح قبول الموصى له الوصية وهو الأصح في مذهب الشافعية.²

2- رد الوصاية في حياة الموصي وبعد موته:

القول الأول: يصح رد الوصاية في حياة الموصي، إلا أنه إن ردها بغير علم الموصي فليس له الرد عند الحنفية، وأما إذا قبل الوصي الوصاية في حياة الموصي ثم مات أو قبلها بعد موته، فليس له ردها عند الحنفية والمالكية.³

القول الثاني: لا يصح رد الوصاية في حياة الموصي لوقوعه قبل وقته، أما بعد موته فيصح رده وهو قول الشافعية.⁴

مما سبق ذكره بخصوص تثبيت الوصاية نجد أن كل من فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري. قالوا بأن الوصاية عقد غير لازم قبل تثبيته، كما نجد أن المشرع الجزائري أخذ برأي فقهاء المذهب الحنفي والمالكي والحنبلي في صحة قبول الوصية في

¹ الهمام، مولانا الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، دار الصادر، مصر، ط 2، 1310 هـ ج 6، ص 137. محمد قدرى باشا، الاحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، المرجع السابق ج 3، ص 1085-1087. ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 6، ص 147.

² الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج 4، ص 122.

³ بن رشد القرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد (ت: 595)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث القاهرة، د.ط، 2004م، ج 4، ص 1550.

⁴ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج 43، ص 186-187.

حياة الوصي، أما بخصوص رد الوصاية فنجد أنه أخذ بالمذهب المالكي والحنفي في عدم إمكانية رد الوصاية بعد تثبيتها في التشريع الجزائري وعدم ردها بقبولها بعد موت الموصي في الفقه المالكي والحنفلي.

ثالثاً: الشروط الواجب توافرها في الوصي

اشترط الفقهاء في الموصى إليه شروط لا يصح الإيصال إلا بتوافرها، وهذه الشروط بعضها متفق عليها، وبعضها مختلف فيها.

- أما الشروط التي اتفقوا على اشتراطها فهي:

-العقل والتمييز: وعلى هذا لا يصح الإيصال إلى المجنون والمعتوه والصبي غير المميز.

-الإسلام: إذا كان الموصي عليه مسلماً، لأن الوصاية ولاية، ولا ولاية لغير المسلم، لقول

الله تبارك وتعالى "وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ" [التوبة: الآية:72]

-القدرة: قدرة الموصي إليه على القيام بما أوصي إليه فيه، وحسن التصرف فيه، فإن كان

عاجزاً عن القيام بذلك، لمرض أو كبر سن أو نحو ذلك، فلا يصح الإيصال إليه، لأنه لا

مصلحة ترجى من الإيصال إلى من كان هذا حاله.¹

-أما الشروط التي اختلفوا فيها:

-البلوغ: شرط في الوصي عند المالكية² والشافعية³ إلا وهو صحيح عن الحنابلة⁴ فلا يصح

الإيصال إلى الصبي المميز، لأن غير البالغ لا ولاية له عن نفسه ولا على ماله، فلا تكون

له الولاية على الغير كالصبي غير المميز والمجنون. وأجاز الحنفية⁵ وصاية الصبي المميز

ابتداءً، وللقاضي إخراجها عن الوصاية لأنه لا يهتدي إلى التصرف الصحيح.

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص 797.

² الخرشبي، المرجع السابق، ج8، ص192.

³ الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج 4 ص114.

⁴ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج8، ص552.

⁵ محمد قدري باشا، المرجع السابق، مج 3، ص 1094.

العدالة: اتفق فقهاء المالكية¹، والشافعية² والحنابلة³، على اشتراط العدالة في الوصي، لأن الايضاء إنما يجوز شرعا لئتم به نظر الموصي لنفسه وأولاده، والايضاء الى الفاسق لا يحقق معنى ذلك النظر.

مما سبق بيانه في الشروط الواجب توفرها في الوصي في كل من التشريع الجزائري والفقهاء الإسلامي نلاحظ أن الشروط التي أوردتها الشرع في نص م 93 ق أج هيا نفسها الشروط الواردة في الفقه الإسلامي. إلا أن فقهاء الشريعة السلامية أضافوا الشرط العدالة أي أن الفاسق لا يجوز الايضاء له، وهو رأي مخالف لمذهب الحنفية الذين قالوا يجوز الوصاية للفاسق، وبهذا يكون كل من الفقه والتشريع قيد حق الأب والجد في اختيار الوصي بهذه الشروط.

المطلب الثالث: حدود سلطة الوصي

يتمتع الوصية بحكم مركزه والمهمة الموكلة إليه المتمثلة في رعاية أموال القاصر، بسلطة تمكنه من أداء هذه المهمة، لذلك سنتناول في هذا المطلب أهم السلطات الموكلة للوصي في التشريع الجزائري في الفرع الأول والسلطات الوصي في الفقه الإسلامي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: سلطات الوصي في التشريع الجزائري

سوى القانون الجزائري بين سلطات الوصي وسلطات الأب تمام المساواة وذلك في المادة 95 ق أج نصت على أنه "للوصي نفس سلطات الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد (88 89 90) من هذا القانون".

¹ الصادق الغرياني، المرجع السابق، ج3، ص665.

² الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج 4، ص 117.

³ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج8، ص552.

وبذلك يشترط على الوصي للتصرف في أموال القاصر ما يشترط على الولي¹ فطبقا للمادة 88 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "وعليه [الولي] أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

- 1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة.
- 2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.
- 3- استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في الشركة.
- 4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد".

وطبقا للمادة 89 من القانون ذاته يجب: "على القاضي أن يراعي في الإذن: حالة

الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني."

وإذا تعارض مصالح الولي، أو الوصي، ومصالح القاصر، وجب على القاضي، من تلقاء نفسه أو طلب من له مصلحة، أن يعين متصرفا خاصا. تنص المادة 90 ق أ ج على أنه "إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة".

كما يمكننا أيضا أن نستخلص من خلال ما سبق أن للوصي التصرف دون إذن المحكمة إذا كان تصرفا نافعا نفعيا محضا لقبول الهبات والوصايا، كما لا يمكنه إجراء التصرفات الضارة ضرا محضا ولو بإذن المحكمة².

الفرع الثاني: سلطات الوصي في الفقه الإسلامي

القاعدة أن سلطات الوصي هي نفسها سلطات الولي لأن ولايته مستمدة منه، ويعد خليفة له إلا أن شفقة الولي إذا اجتمعت مع حسن الرأي والتدبير جعلت له ولاية كاملة، لذلك

¹ رابح بن غريب، المرجع السابق، ص 74-75.

² موسوس جميلة، المرجع السابق، ص 55.

فإن سلطات الوصي لا تتساوى تماما مع سلطات الولي، بل تختلف معه في مسائل تتمثل فيما يلي:

1-يجوز للأب أن يبيع ويشتري من القاصر بمثل القيمة، وبالغبن اليسير، ولا يجوز ذلك للوصي أن يبيع العقار إلا في حالة الضرورة، كأن يكون القاصر محتاجا وليس له عروض أو منقولات يمكن بيعها والانفاق عليه منها.¹

2-يجوز للأب أن يبيع ويشتري مال القاصر لمن لا تقبل شهادتهم كالأصول والفروع والزوجة إذا لم يكن هناك غبن فاحش، ولا يجوز ذلك للوصي إلا بشرط المصلحة الظاهرة للقاصر.²

3-يجوز للأب أن يبيع ويشتري من القاصر بمثل القيمة أو بالغبن اليسير، ولا يجوز ذلك للوصي إلا بشرط المصلحة الظاهرة للقاصر، كأن يبيع له بنصف القيمة أو يشتري له بضعفها.³

4-ويضيف الحنفية تصرفات أخرى يختلف فيها الولي عن الوصي أنه ليس للوصي تولي عقد عمل بينه وبين القاصر وحده نيابة عن الطرفين، ولا يجوز له المتاجرة بأموال القاصر بنفسه، ولا قسمة مال مشترك بينه وبين القاصر.⁴

بعد عرض سلطات الوصي في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، نلاحظ أن التشريع الجزائري جعل سلطات الوصي هي نفسها سلطات الولي، وهذا خلافا لفقهاء الشريعة الإسلامية، الذين أوردوا بعض المسائل التي يختلف فيها الولي عند الوصي في التصرفات، وهو ما لم يتعرض له المشرع الجزائري في نص المادة 95 ق أ ج.

¹ الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص301.

² محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 486.

³ الفتاوي الهندية، المرجع السابق، ج 6، ص 199.

⁴ ابي محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات، تحقيق محمد أحمد سراج، دار السلام، مصر، ط1، 1999م، ص838.

المطلب الثالث: انتهاء الوصاية وأثره

سنتعرض في هذا المطلب إلى حالات انتهاء الوصاية وآثار هذا الانتهاء في التشريع الجزائري والفقهاء الإسلامي.

الفرع الأول: انتهاء الوصاية وأثره في التشريع الجزائري

تناولنا في هذا الفرع أسباب انتهاء الوصاية أولا ثم أهم الآثار المترتبة على انتهائها.

أولا: أسباب انتهاء الوصاية

تنص المادة 96 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تنتهي مهمة الوصي:

1- بموت القاصر، أو زوال أهلية الوصي أو موته.

2- بلوغ القصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه.

3- بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها.

4- بقبول عذره في التخلي عن مهمه.

5- بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر".

يتضح من هذا النص أنه يمكن رد الأسباب التي تنتهي بها مهمة الوصي إلى أسباب تتعلق بالقاصر وأسباب تتعلق بالوصي، بالإضافة إلى المهام التي انشأت الوصاية من أجلها:

1- انتهاء الوصاية بسبب يتعلق بالقاصر: تنتهي مهمة الوصي بسبب القاصر في حالتين:

الحالة الأولى: موت القاصر، إذا مات القاصر المشمول بالوصاية لم يعد للوصاية مبرر للوجود، والأمر بالنسبة لموت القاصر لا فرق بين أن يكون مات حقيقة أو صدر الحكم باعتباره ميتا.¹

¹ رابح بن غريب، محاضرات في النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 76.

الحالة الثانية: بلوغ القاصر سن الرشد: أي ما لم يبلغ سن الرشد مجنوناً أو معتوهاً أو سفياً أو ذا غفلة وصدر الحكم عليه بالحجر طبقاً للمادة 40 ق أ ج و، م 86 ق أ ج¹.

2- انتهاء الوصاية بسبب يعود إلى الوصي: تنتهي الوصاية لسبب يعود إلى الوصي في عدة حالات هي:

الحالة الأولى: موت الوصي: تنتهي الوصاية بموت الوصي، إذ أن الوصاية الشخصية لا تنتقل إلى ورثته، وغاية الأمر أنه يعوض الوصي بوصي آخر، ويستوي في ذلك الموت الحقيقي أو الموت الحكمي.²

الحالة الثانية: زوال أهلية الوصي: تنتهي الوصاية يفقد الوصي أهليته أي إذا أصيب بأحد عوارض الأهلية، وبذلك ينعدم أحد شروط ابتداء وبقاء الوصاية المذكورة سابقاً في م 93 ق أ ج، ألا هو العقل والقدرة.³

الحالة الثالثة: زوال الوصاية باستقالة الوصي: حيث تنتهي الوصاية باستقالة الوصي وقبول هذه الاستقالة من المحكمة إذا كان له عذر مقبول في التخلي عن مهمته.⁴

الحالة الرابعة: زوال الوصاية بعزل الوصي: تنتهي الوصاية أيضاً بعزل الوصي من قبل المحكمة بناء على طلب من له مصلحة، إذا قام به سبب يجعله غير صالح للوصاية، أو إذا ثبت من تصرفاته ما يهدد مصلحة القاصر، بأن أساء إدارة أموال القاصر أو أهمل فيها (المادة 95، 96 من قانون الأسرة الجزائري).⁵

¹ النوراني منصف، المرجع السابق، ص 70.

² قوادري وسام، المرجع السابق، ص 31.

³ رابح بن غريب، محاضرات في النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 76.

⁴ قوادري وسام، المرجع السابق، ص 31.

⁵ النوراني منصف المرجع السابق، حد 73، 74.

3- انتهاء الوصاية بسبب يتعلق بمهام التي من أجلها قامت الوصاية:

تنتهي الوصاية أخيراً، إذا انتهت الأعمال أو المهام التي اختير أو عين الوصي من أجل تحقيقها، وذلك كأن تعود رعاية أموال القاصر إلى الولي الذي كانت ولايته قد سلبت أو أوقفت، لأحد أسباب سلب الولاية (المادة 4/96 من قانون الأسرة الجزائري).¹

ثانياً: أثر انتهاء الوصاية

رغبة في عدم الإضرار بمصالح القاصر، نصت المادة 97 من تقنين الأسرة على عدة احتياطات تضمن سرعة تصفية العلاقة بين الوصي والقاصر وهي:

- على الوصي، في خلال شهرين من تاريخ انتهاء مهمته أن يسلم الأموال التي في عهده، إلى القاصر إذا انتهت الوصاية ببلوغه سن الرشد، أو إلى ورثته إذا انتهت الوصاية بموته، أو إلى الولي إذا انتهت الوصاية بعودة الولاية أو إلى الوصي الجديد إذا انتهت الوصاية بموته أو استقالته، أو إلى الوصي المؤقت إذا أمرت المحكمة بوقفه، وعليه أن يقدم عنها حساباً بالمستندات² (المادة 1/97 من قانون الأسرة الجزائري).

- ويقع هذا الالتزام على عاتق الورثة إذا انتهت الوصاية بوفاته، وعلى عاتق القيم إذا انتهت الوصاية بالحجر عليه، وعلى عاتق وكيله إذا انتهت الوصاية باعتباره غائب (المادة 2/97) من قانون الأسرة الجزائري.³

كما يلتزم الوصي بأن " يقدم صورة عن الحسابات المذكورة إلى القضاء وفي حالة وفاة الوصي أو فقده فعلى ورثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء الى المعني بالأمر". وتنص المادة 98 ق أ ج على أنه "يكون الوصي مسؤولاً عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره".

¹ بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص 304.

² محمد سعيد جعفرور مدخل الى العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 618.

³ رابح بن غريب، محاضرات في النيابة الشرعية، المرجع السابق ص 76.

الفرع الثاني: انتهاء الوصاية وأثرها في الفقه الإسلامي

أولاً: انتهاء الوصاية: بالإضافة إلى الأسباب التي ذكرناها في انتهاء الولاية تزيد الوصاية بما يلي:

1-تنتهي الوصاية بعودة الولاية الى الأب أو الجد: قال الشيخ منصور البهوتي: "إذا فسق الولي انعزل ولا يعود الى الأهلية إلا بعقد جديد على ما تقدم في كلامه وكذا منصوب القاضي بخلاف الأب إذا فسق تعود ولايته لأهليته، لأن ولايته عن سبب الابوة وهو ثابت ولاية الوصي والأمين عن ايصاء وتولييه وقد بطل، فلا بد في العود من مثل ذلك السبب."¹

وقال الشيخ عميرة² "لو تاب الأب أو الجد عادت الولاية بخلاف غيرهما"

2-تنتهي الوصاية بانتهاء مدتها: إن كانت مؤقتة كأن يقول الموصي: أوصيت إليك سنتين، فإذا مضت المدة انتهت وصايته، وكذا إذا كانت معلقة على شرط، فإذا حصل الشرط انتهت مهمة الوصي، كأوصيت إليك إلى قدوم زيد فإذا قدم فهو الوصي، وينتهي بقدوم زيد عمل الوصي الأول.³

3-تنتهي الوصاية إذا غاب الوصي غيبة منقطعة: حيث لا يمكن للقاصر الانتفاع من وصايته.

4-تنتهي الوصاية بعزل الوصي نفسه: عند من يرى له عزل نفسه، أو بقبول الحاكم استقالته عند من يرى انه لا يعزل نفسه.⁴

¹ البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ج 6، ص 396.

² أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، حاشية قليوبي وعميرة، دار الفكر، بيروت، وط، 1995م، ج3، ص179.

³ المرجع نفسه، ج 3، ص 180.

⁴ عبد العزيز النمي، الولاية على المال، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط1، ص203.

ثانياً: أثر انتهاء الوصاية في الفقه الإسلامي

من أهم الآثار التي تنتج على انتهاء الوصاية وهي تسليم الوصي للأموال التي في حوزته لمن هو تحت وصايته إذا انفك الحجر عنه أو رشد، وذلك لقوله تعالى: "وَابْتَلُوا أَيْتَمِي حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ" [النساء: الآية 6] حيث أجمع الفقهاء على ضرورة تسليم الأموال إلى من كان فاقدا لأهليته بسبب السن أو بسبب عارض من العوارض إذا تم إيناس الرشد منهم.¹

كما أضاف الفقهاء شرط وجوب الاختبار قبل دفعه وهو ما تطرقنا إليه سابقاً. بعد عرض حالات انتهاء الوصاية في كل من الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، نلاحظ أن المشرع الجزائري تأثر بما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية من خلال نص م 96، إذ تطرق فيها لذكر نفس حالات انتهاء الوصاية الواردة في الفقه الإسلامي على عكس حالات التي نص فيها على انتهاء الولاية فقد شهدت نقص بالمقارنة مع ما ورد في الفقه الإسلامي.

أما بخصوص الآثار المترتبة على انتهاء الوصاية فنجد أن المشرع الجزائري في نص م 97 ق أ ج أخذ كذلك برأي جمهور الفقهاء فجعل أهم أثر لانتهاء الولاية وهو تسليم الوصي الأموال التي في حوزته لمن هو تحت وصايته متأثراً برأي فقهاء الشريعة.

¹ عون الدين البغدادي، إجماع الأئمة الأربعة واختلافهم، تحقيق محمد حسين الأزهرى، دار العلاء للنشر والتوزيع، القاهرة بمصر، ط 1، 2009 م، ج 2، ص 357.

المبحث الثالث: الكفالة

الكفالة نظام أقره التشريع الإسلامي، ونص عليه قانون الأسرة الجزائري، وهو بديل شرعي عن نظام التبني الذي كان سائدا في المجتمعات قبل الإسلام ومنها المجتمعات العربية، فحرمه الإسلام لما فيه من تزييف للأنساب وتضييع للحقوق وانتهاك للحرمان.

المطلب الأول: تعريف الكفالة

سننظر في هذا المطلب إلى تعريف الكفالة لغة وفقها ثم قانونا.

الفرع الأول: تعريف الكفالة لغة

هي بمعنى الالتزام أو هي الضم، يقال: تكفل بالشيء أُلزامه نفسه وتحمل به وتكفل بالدين التزم به.¹

الفرع الثاني: تعريف الكفالة عند الفقهاء

هناك عدة تعريفات نذكر منها:

- هي التزام حق ثابت في ذمة الغير أو هي التزام على وجه التبرع.²

واختلفت الحنفية في تعريفها، فانقسموا إلى فريقين: أحدهما عرف الكفالة بأنها ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو عين أو دين.³

والفريق الآخر عرف الكفالة بأنها ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في الدين وهم يوافقون الجمهور، والسرخسي ذكر التعريف في كتابه، ونرى أن أصح التعريفين للكفالة هو التعريف الأول.⁴

¹ المعجم الوسيط، المرجع السابق، ج2، ص 793.

² هبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج5، ص 132.

³ أبو البركات عبد الله بن أحمد النسقي، كنز الدقائق، تحقيق سائد بكداش، دار البشائر الإسلامي، ط1، 2011، ص 448.

⁴ أبو البركات النسقي، المرجع السابق، ص 448.

أما المالكية فعرفوها كما يلي: الكفالة هي أن يشغل صاحب الحق ذمة الضامن مع ذمة المضمون، سواء كان شاغل الذمة متوقفا على شيء أو لم يكن متوقفا، فشغل الذمة لا يتوقف على شيء في كفالة المال، ويتوقف على عدم الإتيان بالمكفول عنه في كفالة الوجه.¹

وفقهاء الشافعية عرفوا الكفالة بأنها التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من عليه حق لغيره أو عين مضمونة، أي هي عقد يلتزم فيه العاقد - وهو المسمى الكفيل أو الضامن - حقا ثابتا لشخص في ذمة غيره، بحيث إذا لم يؤديه من عليه الحق أداه ذلك الملتزم.²

والحنابلة عرفوها بأنها: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، أي في الدين، فيثبت الدين في ذمتها جميعا.³

الفرع الثالث: تعريف الكفالة قانونا

قبل التطرق إلى تعريف الكفالة في قانون الأسرة لابد لنا أن نعرف معنى الكفالة في القانون المدني الجزائري، فقد عرف المشرع الجزائري الكفالة في القانون المدني في المادة 644 التي تنص على أنها: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام إذا لم يفي به المدين نفسه".

أما الكفالة في قانون الأسرة، فقد نصت المادة 116 قانون الأسرة الجزائري على أن الكفالة: "التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه ويتم بعقد شرعي".

¹ علي خفيف، الضامن في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، (د ط)، 2000، ج4، ص 194.

² مصطفى الحن، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ط4، 1992، ج7، ص 143.

³ صالح بن فوزان، بن عبد الله الفوزان، الملخص الفقهي، دار العاصمة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1463هـ، ج2، ص 78.

من خلال هذه المادة يتضح لنا أن الكفالة عقد شرعي مبرم في شكل رسمي أمام الموثق أو القاضي أو المحكمة، يصرح فيه الطالب للكفالة عن رغبته في التكفل بولد قاصر والعمل على رعايته وتربيته تربية حسنة وسليمة على الأخلاق السامية والعمل على توفير كل الظروف الاقتصادية والاجتماعية لضمان عيشة كريمة.¹

مما سبق ومن خلال نص المادة 116 من ق أ ج سابقة الذكر يتضح لنا أن الكفالة في أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري: إلتزام على وجه التبرع والغرض منها حماية ورعاية الطفل الكفيل، ونجد أن المشرع الجزائري سلك خطى الفقه الإسلامي من خلال اهتمامه بالطفل.

المطلب الثاني: شروط الكفالة في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي

يشترط التشريع الجزائري وأحكام الشريعة عدة شروط حتى تتم الكفالة، لذلك سنتطرق إلى الشروط الواردة في التشريع الجزائري ثم في الفقه الإسلامي كما يلي:

الفرع الأول: شروط الكفالة في التشريع الجزائري

نصت المادة 118 من قانون الأسرة على ما يلي: "يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادر على رعايته" ومن خلال هذه المادة يتضح لنا شروط الكفالة وهي:

أولا: شروط الكافل

1- شرط الإسلام:

اشترط المشرع في الكفالة الديانة الإسلامية حتى يتربى الطفل على أساس تعاليمها ومبادئها ولكي يكبر مسلما في مجتمع مسلم، والحكمة من ذلك حفظ الطفل خلقا، وحتى يتحلى بالأخلاق السامية كما تمثل كمال الآداب مع من رباه وتعب في تربيته عن طريق

¹ وردة دباخ، الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2021-2022، ص 08.

الطاعة والإحسان إليه، والعطف عليه مصداقا لقوله تعالى: "وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا" [سورة الإسراء، الآية 23] وحكم عديدة أخرى¹.

2- شرط الأهلية:

استعمل المشرع الجزائري في نص المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري مصطلح "عاقلا" أي يشترط أن يكون الكافل عاقلا، أي يجب أن يتمتع بالأهلية القانونية الكاملة، ويكون بالغاً لسن الرشد 19 سنة كاملة، وألا يكون محجور عليه بسبب جنون أو عته أو سفه ولا يكون محكوماً عليه جزائياً.²

3- شرط القدرة:

طبقاً للمادة 118 يشترط أن يكون الكافل قادر على رعاية المكفول أي قادر على توفير الرعاية المادية اللاتئة للمكفول والمعنوية، فيجب أن يكون الكافل يعمل ويتقاضى مبلغاً يكفيه لتغطية نفقاته العائلية سواء الضرورية أو الكمالية.

أما من الناحية المعنوية، فتشترط اللجنة أن يقوم الكافل بتعليم الطفل وتشدد اللجنة في ذلك، إذ تقوم بالمراقبة عن طريق موظفيها مهما طال الزمن، ولا فرق بين أن يكون الكافل رجلاً أو امرأة وإذا أقبل أحد الزوجين على الكفالة يتعين موافقة الزوج الآخر.³

¹ بوزيد خالد، محمد بن أحمد، "الكفالة نظام لحماية الأطفال في التشريع الجزائري"، مجلة قانون العمل والتشغيل، جامعة وهران، العدد 4، جوان 2017، ص 253.

² لالكلي نادية، "أحكام الكفالة في التشريع الجزائري وإشكالاتها القانونية"، المجلة القانونية والمجتمع، جامعة حاج بوشعيب، عين تيموشنت، الجزائر، مجلد 10، العدد 2، 2022، ص 109-110.

³ بوزيد خالد، محمد بن أحمد، المرجع السابق، ص 254.

ثانيا: شروط المكفول

1- أن يكون معلوم النسب:

نلاحظ في مضمون المادة سالفة الذكر أنه يمكن أن يكون المكفول معلوم النسب، وهو ولد لأبوين فإذا كان الاثنان على قيد الحياة يتعين رضاها على الكفالة التي تعني ولدهما، وإذا توفي أحدهما أو كان عاجزا عن التعبير عن إرادته في شأن من شؤون الكفالة فموافقة من هو على قيد الحياة تكفي.¹

أما إذا توفي الأبوان الاثنان أو عاجزا عن التعبير عن إرادتهما لسبب من الأسباب يكون القول للمجلس العائلي، بعد رأي من كان في حضنه الولد.

2- أن يكون مجهول النسب:

كما يمكن أن يكون المكفول مجهول النسب يعني أن الطفل إما غير معروف الأبوين² أو غير معروف الأب ومعلوم أمه، وفي الغالب يكون هؤلاء أبناء زنا، لكن ليس بالضرورة حيث يمكن أن يكون ابنا شرعيا لكن يتم التخلص منه لسبب أو لآخر كالفقر أو الطلاق أو اليتيم.

ثالثا: شروط عقد الكفالة

يتم عقد الكفالة في التشريع الجزائري وفق المراحل التالية:

1- المرحلة التمهيدية:

فهي المرحلة الأولية للإجراءات، يقوم الأبوين بالتعبير عن إرادتهما وإعلان موافقتهما عن الكفالة، وهذا تم بمقتضى تصريح من نفس الأبوين أمام القاضي أو الموثق الموجود بموطن أو إقامة الموافق على الكفالة وهذا طبقا لنص المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري

¹ الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، 2008، ص 170.

² بن يسري عبد السلام، دندوقة عيسى، نظام الكفالة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2021-2022، ص 31.

والتي تنص: "يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان".

أما بالنسبة إلى مجهول النسب هنا حالتين:

- إذا كان قاصر معلوم الأم: في هذه الحالة لا بد من موافقة الأم حتى يتكفل الكافل بابنها القاصر.

- إذا كان القاصر مجهول الأبوين: في هذه الحالة يكون القاصر تحت ولاية مؤسسة حماية الطفولة وهي التي تقوم برعايته وعنايته.¹

2-المرحلة القضائية

لقد نص قانون الأسرة حيث المادة 117 أن العقد لا بد أن يحرر أمام المحكمة أو موثق.

أ-أمام القاضي: نظرا لأهمية عقد الكفالة وقداسته أوجب المشرع الجزائري إثباته أمام القاضي من أجل حماية مصلحة المكفول من هدر حقوقه من جهة ومن جهة ثانية فإن القاضي له الصفة القانونية التي تجعل للعقد قوة حتى يتسنى للكافل التمتع بجميع الحقوق.²

ب-أمام الموثق: كون عقد الكفالة عقد رضائي وغاية الكافل هي نية التبرع للقيام بشؤون القاصر ورعايته حيث أعطى المشرع للموثق صلاحية إبرام عقد الكفالة طبقا للمادة 117.

الفرع الثاني: شروط الكفالة في الفقه الإسلامي

تناول هذا الفرع شروط كل من الكافل وعقد الكفالة.

أولاً: شروط الكافل

الشروط التي يجب أن تتوفر في الملتقط هي نفسها الشروط الواجب توفرها في كافل اليتيم بصفة عامة وهي كالتالي:

¹ عمارة سعودة، "أحكام الكفالة في قانون الجزائر على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، الجزائر، ص 73.

² عبد السلام خضرة، أحكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية -دراسة مقارنة-، مذكرة نهاية استكمال متطلبات شهادة ماستر، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والمعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2015-2016، ص 28.

اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية جملة من الشروط إذا تحققت في الكفيل أقر اللقيط في يده، وإذا انتقت كلها أو بعضها نزع اللقيط من يده وسلم إلى غيره ليقوم بحفظه ورعايته وهذه الشروط هي:

- أن يكون اللقيط مسلماً إذا كان اللقيط محكوماً بإسلامه تبعاً لدار الإسلام، فإذا كان غير مسلم نزع من يده، واستدل الفقهاء في هذا الشرط على أن الملتقط على اللقيط ولاية، ولا ولاية للكافر على المسلم.¹

- البلوغ والعقل، فيشترط في الملتقط أن يكون بالغاً عاقلاً، لأن الصبي والمجنون عاجزان على حفظ اللقيط ورعايته.²

- العدالة، يشترط في الملتقط أن يكون عدلاً، فإذا كان فاسقاً انتزعه الحاكم من يده، وهذا مذهب الشافعية، كما نجدهم أيضاً جعلوا السفية كالفاسق في وجوب نزع اللقيط من يده.³

كما نجد فقهاء الشريعة الإسلامية اشترطوا في الطفل المكفول إما أن يكون:

1- مجهول النسب (اللقيط): اسم لمولود حي نبذه أهله خوفاً من الفقر، أو فراراً من تهمة الزنا، وهذا هو الغالب الآن.⁴

2- معلوم النسب (اليتيم): اليتيم هو شخص متوفى أهله معلوم النسب يقوم بالتكفل به رجل يسمى الكافل، بحيث يجعل الرجل اليتيم في بيته أو أن يتكفل به في غير بيته دون أن ينسب إليه، ودون أن يحرم عليه الحلال أو أن يحل له الحرام.⁵

ثانياً: شروط عقد الكفالة

ذهب جمهور المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن لكل عقد ثلاث أركان:

أ- الصيغة: وهي عبارة عن إيجاب وقبول أو ما يقوم مقامهما.

ب- العاقدان: طرفا العقد كالبائع والمشتري في عقد البيع.

¹ عبد الكريم زيدان، أحكام اللقيط في الشريعة الإسلامية، مطبعة سلمان الأعظمي، بغداد، ط1، 1968، ص 05.

² محمد قدري باشا، المرجع السابق، مج2، ص 888.

³ سالم العصراني الشافعي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، دار المنهاج، دم ن، (د ط)، (د ت ن)، ص 18.

⁴ محمد قدري باشا، المرجع السابق، مج2، ص 887.

⁵ عبد الله علوان، تربية الأولاد في الإسلام، دار السلام، القاهرة، ط8، 1984، ج1، ص 146.

ت-المعقود عليه: محل العقد ومثاله في عقد البيع والتمن.¹

نلاحظ مما سبق أن الشروط المتعلقة بالكفالة هي نفسها في أحكام الشريعة والقانون الجزائري وهي الإسلام والعقل والبلوغ والقدرة، إلا أن المشرع الجزائري لم يذكر شرط العدالة وهو بذلك أخذ برأي الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة. أما بخصوص شروط عقد الكفالة في قانون الأسرة الجزائري فإنها تشبه عقد الكفالة في أحكام الشريعة، لأن العقد ارتباط ايجاب وقبول يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص بفعل أو عدم فعل شيء ما وهو ملزم للطرفين.

المطلب الثالث: آثار عقد الكفالة

يترتب على عقد الكفالة عدة آثار تطرق إليها كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، لذا سنتعرف في هذا المطلب على آثار عقد الكفالة في التشريع الجزائري أولاً ثم في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: آثار عقد الكفالة في التشريع الجزائري

الظاهر أن الكفالة تحدث نفس الآثار التي تخلفها علاقة القرابة إلى حد ما ونقصد هنا القرابة العلاقة بين الأب وابنه الشرعي ويتضح من نص المواد 126-121-123، من قانون الأسرة الجزائري أن الكفالة ترتب آثار بالنسبة للكافل وبالنسبة للمكفول.

أولاً: حقوق وواجبات الكافل

يجب على الكافل حسب المادة 121 من قانون الأسرة الجزائري: "تحول الكفالة للكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي". أن يقبض جميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الصلب وذلك وفق الشروط القانونية،² وتأسيس على ذلك فإن الكافل باعتباره محل الولد الشرعي في تطبيق مقتضيات الولاية على المكفول (القاصر)، فإنه يتولى قبض المنح العائلية والدراسية

¹ حنان بنت محمد جنينتيه، أقسام العقود في الفقه الإسلامي، مذكرة ماستر، قسم الدراسات العليا الشرعية، جامعة أم القرى، السعودية، ص 43.

² لالكي نادية، المرجع السابق، ص 113.

المقررة بهذه الصفة، زيادة على العلاوات والتعويضات المستحقة قانونا والحاصل أن قانون الحالة المدنية يتناول هذه المسألة، وذلك بالنص على اشتراط تسجيل الكفالة على هامش عقد ميلاد المكفول، يمكنه التمتع بها كالأطفال الأصليين للكافل.¹

ثانيا: حقوق المكفول

1-الحق في الوصية والهبة والهدية

وفقا لنص المادة 123: "جوز للكافل أن يوصي أو يتبرع بماله في حدود الثلث وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك بطل على ما زاد على الثلث إلا إذا أجاز الورثة". يتبين من هذا النص أن الكافل بإمكانه الايحاء للمكفول وفقا لأحكام الوصية أي في حدود الثلث وما زاد عن ذلك فهو مقيد بإجازة الورثة.

كما يمكن وفقا للنص التبرع عن طريق الهبة لفائدة الولد المكفول بيد أن القانون قيد الكافل بأن لا يتعدى المال الموهوب حدود الثلث مثلها مثل الوصية، خلافا لنص المادة 205 التي تجيز للواهب أن يهب كل ممتلكاته.²

2-الحق في إدارة وحماية أملاكه

طبقا لنص المادة 122 من قانون الأسرة الجزائري: "يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث، الوصية أو هبة لصالح الولد المكفول".

ومن خلال هذه المادة يفهم أن القانون يلزم الكافل بإدارة أموال المكفول التي يمكن أن يكسبها بجميع الطرق الشرعية كالإرث والوصية والهبة وغيرها من وسائل الكسب المشروعة، والكافل ملزم بالحفاظ عليها وتنميتها بما يخدم مصلحة الطفل المكفول إلى أن يبلغ سن الرشد ويصبح قادر على تسيير شؤونه بنفسه.³

¹ عمروش جازية، بلعمري نبيلة، الكفالة في قانون الأسرة، مذكرة ماستر، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2022-2023، ص 70.

² صديق التواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، (د ن)، (د ط)، (د ت ن)، ج1، ص 863.

³ بن يسري عبد السلام، دندوقة عيسى، المرجع السابق، ص 42.

3-الحق في النسب

نصت المادة 120 من ق أ على أنه: "يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من الحالة المدنية".
تقضي المادة 64 من ق م ج المشار إليها في فقرتها الثالثة، "على أنه يعطي ضبط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء، والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصريح أية أسماء، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي".

وأمام وضوح هذه النصوص التشريعية، التي تبين صراحة أن الطفل المكفول معلوم النسب يحتفظ بنسبه، وإن مجهول النسب يختار ضابط الحالة المدنية اسما مما يوفر للطفل الرعاية النفسية والاجتماعية، جاء مرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في 13/01/1992 المتعلق بتغيير اللقب لا يعد إقرار لنظام التبني.¹

ذلك أن نص المادة 5 مكرر منه تقضي ضرورة تقيد اللقب الجديد على هامش عقد الميلاد وكل عقود ومستخرجات الحالة المدنية، مما يعني أن اللقب الأصلي يبقى محفوظا وأن اللقب الجديد هو مجرد لقب إضافي.

ومن ثمة فإن الآثار القانونية الخاصة بالزواج، الميراث، النسب، إنها تترتب بناء على اللقب الأصلي للأبناء لا على اللقب الإضافي، طالما أن حق المكفول في هذا اللقب هو مجرد حق استعمال فقط.²

الفرع الثاني: آثار عقد الكفالة في الفقه الإسلامي

يترتب على عقد الكفالة في الفقه الإسلامي العديد من الحقوق التي يستحقها المكفول، كما يترتب عليها أيضا حقوقا لا يستحقها، فنذكر منها ما يلي:

¹ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة لطباعة والنشر، الجزائر، (د ط)، 2013، ص 726.

² رايح غريب، "آثار الكفالة في قانون الأسرة الجزائري"، المجلة الأفريقية لدراسات القانونية والسياسية، الجزائر، مجلد 6، العدد 01، 2022م، ص18.

أولاً: حقوق المكفول

1-الولاية على المكفول: إذا كان المكفول لقيطاً فإنه باتفاق الفقهاء¹ أن السلطان ولي اللقيط غير المكلف، وعلى هذا لا يجوز للملئق الولاية عليه ذكراً أو أنثى في عقد النكاح والبيع والشراء لأن نفوذ هذه التصرفات على الغير يعتمد على الولاية، وحيث أن اللقيط مجهول النسب لا يعرف له ولي لأنه مجهول الأبوين فيكون السلطان وليه للحديث الذي رواه الحاكم: "السلطان ولي من لا ولي له"²

2-النفقة على المكفول: لا خلاف بين الفقهاء أن النفقة على اللقيط تكون من ماله الخاص إن كان له مال، أما إذا لم يكن لديه مال فنفقته على بيت مال المسلمين³. أما إذ تعذر الإنفاق عليه منها، يجب على الملئق الكافل أن ينفق عليه تبرعاً إن كان قادراً، أما إذا كان غير قادر أو أبى أن يتبرع أمره القاضي بالإنفاق عليه على أن يكون ديناً على اللقيط.⁴

3-حق الرعاية: يترتب عن الكفالة رعاية المكفول من جميع شؤونه، والقيام بأموره وحسن تربيته وتعليمه، فلا فرق بينه وبين غيره من الأطفال الذي يتربون في كنف أبويه الأصليين.⁵ كما أن الطفل مجهول النسب يفتقد لجو يسوده الحنان والأمن المعنوي والمادي، وبما أن الطفل مجهول النسب يفتقد هذا الجو، فقد حثت الشريعة الإسلامية على كفالته وحسن رعايته.⁶

¹ عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية، بولاق، القاهرة، ط1، 1314هـ، ج3، ص 301، علاء السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج3، ص 352، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج4، ص 224، العمراني، المرجع السابق، مج 8، ص 10.

² أخرجه الترمذي في سننه، باب النكاح، رقم الحديث 110، مج2، ص392.

³ الفتاوي الهندية، المرجع السابق، ج2، ص 285-286، الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص 602-603، الصاوي، المرجع السابق، ج4، ص 178-179، ابن قدامه، المرجع السابق، ج6، ص 38-39.

⁴ السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج10، ص 211.

⁵ أحمد حماني، المرجع السابق، ج3، ص 439.

⁶ صفية الوناس الحسين، مجهول النسب بين رحمة التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي، كلية العلوم الإسلامية، الجزائر، ص428.

4-الحق في التعلم: بما أن المكفول تحت رعاية الكافل فعليه أن يسعى له في كل ما يعود عليه بالنفع حتى يكون له مستقبل حسن¹، فيتقنه عقله بالعلم إذا كان مستعدا له، فإن كان غير مستعدا لذلك اختار له حرفة تساعد على المعيشة في هذه الحياة الدنيا.

5-الحق في الهوية والاسم: من حق كل طفل أن تكون له هوية واسم حسن يكتفى به لأن الاسم يستمر مع الشخص مدى الحياة ويكون رمزا ملازما له في حياته، ولا يمكن للطفل مجهول النسب أن يعيش بدون اسم ولا هوية، فذلك يظهر من خلال مطالعة اجتهادات الفقهاء²، ومدى حرصهم على إلحاق الطفل بنسب أبيه متى وجدت قرنية على هذا الإلحاق.

6-الحق في الهبة والوصية والهدية: تصح للمكفول الهبة والوصية له إلا أن الوصية لا تجوز إلا في حدوث الثلث من المال، فإن كانت أكثر من ذلك فهي متوقفة على إجازة الورثة³، وللقاضي أن يقبل من ذلك ما يحتاج القبول.

ثانيا: حقوق لا يستحقها المكفول

1-عدم الحق في الإرث: منعت الشريعة الإسلامية توريث المكفول لأنه، ليس له حق في الإرث كالمتبني مثلا لأن الميراث له شروط وأحكام ومن أسبابه القرابة، وفي تحريم التبني عدم الاعتداء على حقوق الغير، لأن إقرار التبني وثبوت التوريث يجعل منه تعدي على تركة الغير بغير وجه حق⁴.

أما بالنسبة لميراث المكفول مجهول النسب، إن كان له زوجة أو أولاد فيؤول الأمر كما اقتضت الشريعة الإسلامية فالوارث هنا أحق بمال المكفول بعد موته، أما إذا لم يظهر له نسب فماله يكون لبیت مال المسلمين وهو قول كل من المالكية⁵ والشافعية⁶ والحنابلة⁷.

¹ محمد قدري باشا، المرجع السابق، مج 2، ص 898.

² الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص 304-307، ابن قدامة، المرجع السابق، ج10، ص 143.

³ عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ج3، ص 278.

⁴ أحمد حماني، الفتاوى، دارعالم المعارف، الجزائر، ط1، 2012م، ج3، ص441.

⁵ محمد عيش، منح الجليل شرع مختصر الخليل، دار الفكر، بيروت، ط1، 1984م، ج8، ص 248.

⁶ البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ج4، ص 232.

⁷ ابن قدامة، المرجع السابق، ج6، ص 117.

2- عدم الحق في النسب: يحتفظ الطفل معلوم النسب من جهة الأبوين معا أو من جهة الأم فقط بنسبه الأصلي إلى أبيه أو أمه، فلا يجوز لمن كفله أو التقطه أن ينسبه إليه فيحمل اسم الكافل مثله مثل بقية الأولاد الصليبيين¹، لأن في ذلك إعلان بالنبوة التي ترتب آثار تتعلق بالميراث وتحريم الزواج وغيره، وكل هذا لا يجوز شرعا لقوله تعالى " ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ۗ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ۗ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا " [الأحزاب: 05] فالكفالة لا تعطي للطفل المكفول الحق في النسب، لأنه بهذا ينازع ذوي الحقوق في حقوقهم²، فهو لا يستحق إلا الرعاية والحفظ والحماية والتربية والتعليم و المعاملة الحسنة وهي حقوق كفلها له الإسلام دون أن تكون له بنوة.

أما الطفل مجهول النسب الذي لا يعرف له أب ولا أم، فإنه يصح الإقرار بنسبه، فلو دعاه كفيلة ثبت بنسبه منه، وهذا أمر ظاهر فلو لم يدعه الكفيل وادعاه غيره فإنه يثبت النسب منه استحسانا³ وهو ما ذهب إليه كل من فقهاء الحنفية⁴ والشافعية⁵ والحنابلة⁶، إلا أن المالكية⁷ قالوا: "لا يلحق اللقيط بملتقط أو غيره إلا بينة، يشهد بأنه ابنه ولا يكفي قوله أنه ضاع له ولد".

نلاحظ مما سبق عرضه في آثار عقد الكفالة أن المشرع الجزائري وافق الفقه الإسلامي في منحه حق الرعاية للكافل إلا أنه لم يأخذ برأيه بجعله نفقة المكفول للكافل بخلاف فقهاء شريعة الإسلامية الذين جعلوا نفقته تكون على بيت مال المسلمين إذا لم يكن له مال، أما حال عدم وجود بيت مال يجب على الكافل نفقته.

¹ أحمد حماني، المرجع السابق، ج3، ص 440.

² المرجع نفسه، ج3، ص 442.

³ محمد قدرى باشا، المرجع السابق، مج2، ص 904.

⁴ المرجع نفسه، مج2، ص 899.

⁵ الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص 615، 616.

⁶ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ص 394، 395.

⁷ الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، دار المعارف، د ب ن، (د ط)، (د ت ن)، ج4، ص 181، 182.

أما بخصوص الولاية على مال المكفول فإن الفقه الإسلامي جعلها للسلطان وهذا خلاف ما تبناه المشرع الجزائري بجعل الولاية للكافل.

كما نجد أن المشرع الجزائري وافق رأي الفقه الإسلامي في منحه الحق الوصية والهبة للمكفول إلا أن المشرع الجزائري جعلها في حدود ثلث، وأهم من هذا كله اتفق المشرع الجزائري والفقه الإسلامي في إلحاق نسب الكافل بطفل المكفول حفظ منهما من اختلاط الأنساب.

المطلب الرابع: انتهاء الكفالة

إن عقد الكفالة لا ينعقد إلا بتوفر الشروط التي حددها كل من التشريع الجزائري والفقه الإسلامي، وبموجبها تكون الكفالة صحيحة وملزمة لآثارها، إلى أن يطرأ عليها أي ظرف من ظروف التي تؤدي إلى زوال آثارها، وهذا ما يجعلنا نتطرق إلى أهم الأسباب التي تؤدي إلى انتهائها.

الفرع الأول: انتهاء الكفالة في التشريع الجزائري

تنتهي الكفالة في الحالات التالية:

أولاً- باسترجاع المكفول

طبقاً لنص المادة 124 من ق أ ج يمكن لوالدي المكفول أو أحدهما استرجاعه إذ تنص: "إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز.

وإن لم يكن مميزاً، فإنه لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول" ولكن بشروط حددها المشرع في حالتين:

1- في حالة الولد المكفول المميز: حيث حدد المشرع الجزائري سن التمييز بـ 13 سنة وفق نص المادة 42 من ق م وبموجب المادة السابقة أعطى حق للقاصر المكفول أخذ القرار في الاختيار بين العودة إلى العائلة الأصلية، وإما البقاء مع الأسرة الكافلة وباعتبار إجراءات الكفالة تتم عن طريق القضاء طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد من 492

إلى 497 منه، فكان لزاما على المشرع أيضا في حالة عودة المكفول إلى والديه أن يتم بنفس الطريقة التي منحت بها الكفالة.¹

2- أما في حالة عدم بلوغ المكفول سن التمييز: فإنه يحق للأبوين اللذين تخليا عن ابنهما القاصر للشخص الكافل بموجب عقد كفالة، أن يطلبوا عودته عن طريق تقديم طلب مسبب لرئيس المحكمة، والقاضي في هذه الحالة يقوم بإجراء تحقيق حول أسباب هذا الطلب، مراعى مصلحة المكفول، لذلك قد يقبل الطلب أو يرفضه حسب سلطته التقديرية في مراعاة هذه المصلحة مع من تكون البقاء مع الكافل أو العودة للوالدين الأصليين أو أحدهما.²

ثانيا- بالتخلي عن الكفالة أو موت الكافل

ما يفهم من نص هذه المادة "التخلي على الكفالة يتم أمام الجهة القضائية التي أقرها، بعد إبلاغ النيابة العامة، وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بضمانها، فعلى القاضي أن يسند حضانة القاصر إلى المؤسسة المختصة في مادة الرعاية" أنه يمكن للكافل أن يتخلى عن كفالة طفل القاصر بمحض إرادته دون أن يطلب منه ذلك أي أحد.

والتخلي عن الكفالة يكون أمام الجهة التي أقرتها فإن كان أمر الكفالة قد أصدره القاضي فدعوى التخلي عنها تكون أمام قاضي شؤون الأسرة المختص إقليميا، وتكون بإجراءات رفع الدعوى العادية، حيث تكون الجلسة بعد أن تكون النيابة العامة قد قدمت طلباتها بعد صدور الحكم في دعوى التخلي والإلغاء، يمكن أن يستأنف الطرف الذي يرى نفسه متضررا وذلك حسب الإجراءات العادية للاستئناف.³

وفي حالة وفاة الكافل تنتقل الكفالة إلى الورثة في حالة التزامهم بضمانها وإلا فعلى القاضي إسناد حضانة القاصر إلى المؤسسة المختصة في مادة الرعاية.

وبخصوص هذه الجزئية الأخيرة، فإنه وبعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديدة، لم تعد الكفالة تنتقل إلى ورثته بقوة القانون في حالة الوفاة، إذ يجب على الورثة

¹ عميروش جازية، بلعمري نبيلة، المرجع السابق، ص 84.

² غريب رابح، آثار الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 21.

³ بن يسري عبد السلام، دندوقة عيسى، المرجع السابق، ص 56.

إخبار القاضي دون تأخير بوفاة مورثهم الكافل، ويقوم القاضي بتعيين أحد الورثة كافلا في حالة التزام الورثة بالإبقاء على الكفالة، وفي حالة الرفض يقوم بإنهائها.¹

الفرع الثاني: انتهاء الكفالة في الفقه الإسلامي

تنتهي الكفالة بأحد الأسباب التالية:

أولا- تخلف شرط من شروط الكفالة

إذا تخلف شرط من شروط الكفالة، فمثلا إذا زالت أهلية الكفيل بأن أصبح مجنونا أو معتوها، فتسقط منه الكفالة لأن تصرفاته أصبحت لا تنتج أي أثر شرعي، وبالتالي لا يؤمن على المكفول معه فهو نفسه في حاجة إلى من يتكفل بشؤونه.²

ثانيا- موت المكفول

يبرأ الكافل من عقد الكفالة بموت المكفول وهذا مذهب من إليه الجمهور من الحنفية³ والمالكية⁴ والشافعية⁵ والحنابلة.⁶

فيعتبر موت المكفول سببا آخر لانقضاء عقد الكفالة لأن أصل العقود محله يقوم على أساس صحة المكفول ماديا وأدبيا فالعقد بموت المكفول لم يعد له أصل يستوفي قيامه أو بقاءه، ويجري بموت المكفول ما يجري على المسلم من مسائل الميراث إذا ثبت بحوزته مال له.

من خلال دراستنا لأسباب انتهاء الكفالة في كل من التشريع الجزائري والفقه الإسلامي نستنتج ان المشرع بالجزائري لم يتطرق إلى ذكر حالة تخلف شرط من شروط الكفالة والتي تعتبر اهم سبب ذكره فقهاء الشريعة الإسلامية، والتي كان من الأفضل ذكرها،

¹ لحسين بن شيخ أث ملويا، المرجع السابق، ص 113.

² محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر، دمشق، سوريا، ط2، ص2، 2006م، ج1، ص 495.

³ ابن الهمام، المرجع السابق، ج1، ص 170.

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، ج1، ص 585.

⁵ النووي، المرجع السابق، ج4، ص 258.

⁶ ابن قدامة، المرجع السابق، ج4، ص 420.

إنما تعرض فقط إلى حالة موت الكافل وحالة استرجاع المكفول طبقا لنص المادتين 124 و125

ملخص الفصل الثاني

تطرقنا في هذا الفصل إلى الأشخاص القائمون بالنيابة في كل من التشريع الجزائري والفقہ الإسلامي، حيث تعرضنا إلى التعريف بكل من نظام الولاية والوصاية والتقديم أولاً، ثم بعد ذلك تطرقنا لذكر الأشخاص الذين تثبت لهم كل من الولاية والوصاية والتقديم وفق شروط تم تحديدها، بالإضافة إلى أهم السلطات المخولة لهم، وكل ذلك مقارنةً مع ما ورد في فقه المذاهب الأربعة، فوجدنا أن المشرع الجزائري تأثر بما جاء به الفقه الإسلامي فيما يخص هذه الأنظمة النيابية آخذاً بآراء فقهاء المذاهب الأربعة دون تحديد لمذهب معين.

كما تعرضنا بعد ذلك إلى نظام الكفالة في التشريع الجزائري مقارنةً مع ما ورد في

الفقه الإسلامي لمعرفة اختيار المشرع فيما يخص نظام الكفالة.

الثامنة

الخاتمة:

تبين لنا من خلال هذه الدراسة التي كانت بعنوان "الاختيارات الفقهية في قانون الأسرة -النيابة الشرعية انموذجا-" أن هناك مجموعة من الملاحظات والنتائج التي يمكن أن تقال في اختيار المشرع الجزائري الذي جعل الفقه الإسلامي المصدر الأساسي لتبني نصوص وأحكام قانون الأسرة الجزائري.

من خلال ذلك استطعنا أن نستخلص مجموعة النتائج والتوصيات أردنا أن تكون هي

ختام بحثنا هذا:

أولا-النتائج:

-جعل المشرع الجزائري كل من الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه فاقدوا أهلية أما الصبي المميز والسفيه والمغفل جعلهم ناقصوا أهلية وهو بهذا التقسيم وافق ما ذهب إليه الفقه الإسلامي.

-جعل المشرع الجزائري في نص المادة 81 و82 ق أج تصرفات الصبي غير المميز باطلة بطلانا مطلقا متأثرا بما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية.

-إن المشرع الجزائري لم يفرق بين الجنون والعتة على خلاف فقهاء الشريعة الإسلامية إلا أنه جانب الصواب، لأن الفرق بين الجنون والعتة دقيق جدا.

-جعل المشرع الجزائري تصرفات كل من المجنون والمعتوه باطلة بطلانا مطلقا ولم يميز بين الجنون الدائم والجنون المتقطع، والعتة المعدم للأهلية والعتة المنقصة للأهلية خلافا للفقه الإسلامي الذي فرق بين هذه الحالات.

-جعل المشرع الجزائري كل من المجنون والمعتوه غير محجور عليهما إلا بحكم قضائي، فأخذ برأي المالكية في حالة الحجر على المجنون وأخذ برأي الجمهور في حالة الحجر على المعتوه.

الخاتمة

- أن المشرع الجزائري جعل تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر في م 83 موقوفة على إجازة الولي وهو بهذا اختار رأي الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة دون الشافعية.

- حدد المشرع الجزائري سن التمييز بـ 13 سنة خلافا للفقهاء الإسلامي الذي حدده بـ 7 سنوات وهو فرق كبير بين السنين.

- أن المشرع الجزائري جعل تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر في م 83 موقوفة على إجازة الولي، وهو بهذا اختار رأي الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة دون الشافعية.

- اكتنف أحكام الترشيد بعض الغموض عندما لم يوضح المشرع حدود آثاره بدقة، وكنا نرجو لو اخذ بطريقة اختبار الصبي المميز الذي يحقق له الحماية الفضلى، على منوال الشريعة الإسلامية.

- لم يعتبر قانون الأسرة ذا الغفلة من الأشخاص الذين تفرض لهم النيابة الشرعية في حين أكد القانون المدني على كونه من فئة ناقصي الأهلية بموجب م 43 المعدلة، وبهذا نجد ق أ ج خالف فقهاء الشريعة الذين اعتبروا ذا الغفلة ناقص أهلية.

- عدم انسجام الأحكام التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة حيث نجد تضارب بين نصوصه من خلال الأثر المترتب عن عوارض الأهلية على التصرفات، فرتب القانون المدني البطلان على تصرفات عديمي الأهلية بينما اعتبرها قانون الأسرة من التصرفات غير النافذة بموجب المادة 85، بل تعارضت هذه الأحكام حتى بين قانون الأسرة نفسه إذ قررت المادة 107 مرة أخرى البطلان عليها.

- جعل المشرع الجزائري كل من السفه وذي الغفلة ناقصا أهلية وجعل تصرفاتهما مثل تصرفات الصبي المميز، آخذين برأي الجمهور خلافا لأبي حنيفة

الخاتمة

- ذهب المشرع الجزائري إلى توقيع الحجر على كل من السفهيه وذي الغفلة متأثرين في اختيارهم هذا برأي المالكية والحنابلة.
- إن المشرع الجزائري عرف المفقود بالاعتماد على معيار الجهل بمكانه وحاله وهو في ذلك لم يخرج على التعريف العام لفقهاء الشريعة الإسلامية.
- أن الشرع الجزائري سوى بين الغائب والمفقود في جميع الأحكام وهو في ذلك خالف الشريعة الإسلامية الذين ميزو بينهما.
- بعد صدور الحكم بالفقدان وقبل صدور الحكم بالموت، يعتبر المفقود حيا بالنسبة لجميع الأحكام، وتظل شخصيته القانونية قائمة، فيعين القاضي في حكمه مقدما لتسيير أمواله وتظل زوجته على عصمته، وإن كان لها الحق في أن تطلب الطلاق، وهنا المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي والحنفي في مسألة التطبيق.
- المشرع الجزائري قسم المدة التي يحكم فيها بالفقدان الى حالتين، حالة يغلب عليهما الهلاك وهي مدة ينتظر فيها أربع سنوات، وحالة يغلب عليها السلامة ينتظر الأمر فيها للقاضي، وبذلك يكون المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي.
- لم ينص المشرع الجزائري صراحة على ميراث الكفيل، بينما الشريعة الإسلامية تكلمت فيه وجعلته من نصيب بيت مال المسلمين في حال لم يكن له ورثة من زوجته أو ابنائه.
- بعد صدور حكم بموت المفقود يترتب على ذلك الحكم أثر بالنسبة لزوجته تعدد عدة وفاة أربعة أشهر وعشرا، أما بالنسبة للمال فيقسم على الورثة ونجد أن المشرع الجزائري في المواد الخاصة بالغائب والمفقود لم ينص صراحة على عدة وفاة الزوجة.
- اتفق المشرع الجزائري والفقهاء الإسلامي باعتبار الكفالة التزام على وجه التبرع الغرض منه حماية ورعاية الطفل

الخاتمة

-وافق المشرع الجزائري فقهاء الشريعة الإسلامية في الشروط المتعلقة بالكفالة هي البلوغ الإسلام العقل والقدرة، إلا أنه لم يتطرق للنص على شرط العدالة موافقا في ذلك رأي الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة.

-خالف المشرع الجزائري فقهاء الشريعة الإسلامية بجعله نفقة المكفول تكون على الكافل بينما جعلوها لبيت مال المسلمين، وفي حالة عدم وجودها تكون على الكافل.

-جعل المشرع الجزائري الولاية على مال المكفول للكافل خلافا لما ذهب اليه جمهور الفقهاء الذين جعلوها للسلطان.

-إن المشرع الجزائري لم يلزم الورثة بضمان ما اهلك من ماله وهو في ذلك اخذ بالمذهب الحنفي والشافعي.

-تبنى قانون الأسرة الجزائري رأي فقهاء الشريعة الإسلامية في أن الولاية على المال تكون اصالة للأب بينما خالفهم في ترتيب الولي بعد الأب، كما أنهم أجمعوا على أن الأم لا تدخل فيمن يتولى عديم أو ناقص الاهلية وهو ما خالفهم فيه قانون الأسرة الذي جعل الأم في المرتبة الثانية بعد الأب.

-ناقض قانون الأسرة نفسه عندما نقل الولاية للأم كاملة حال الطلاق رغم أنه نص سابقا أن ولايتها حالة حياة الأب تكون مؤقتة ومحدودة بالأمر الاستعجالية.

-لم يثبت قانون الأسرة الولاية للجد، وهو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة لكن قانون الأسرة أثبت له الوصاية بخلاف المالكية والحنابلة، ولا يمكن القول أنه أسقط عن الجد الولاية تأصيلا عن المذهبين المالكي والحنبلي، لأن المذهبين يقران بأن الولاية أهم من الوصاية، فمن لم تثبت له الولاية فمن باب أولى الوصاية

-أغفل قانون الأسرة ذكر شروط الولي وأورد شروط الوصاية رغم أن الولاية أقوى من

الوصاية، وهذا أمر منتقد لأنه يجعلنا نفكر أنه يمكن لغير المسلم أن يكون وليا على المسلم

وهذا يخالف إجماع الشريعة الإسلامية

الخاتمة

-وجود أحكام متناقضة بين قانون الأسرة والقانون المدني ومن ذلك المادتين 43 ق م ج و85 ق أ والمادتين 42 ق م و81 ق أ ج.

-قيد فقهاء الشريعة تصرفات الولي في أموال المولى عليه بما فيه مصلحته، وهو ما أخذ به قانون الأسرة.

-سوى المشرع الجزائري بين السلطات المالية لكل نواب شرعيين وأنه اخضعهم جميعا لقيد الإذن القضائي مخالفا بذلك فقهاء الشريعة الإسلامية الذين منحوا الولي السلطات المطلقة كونها محمولة على سداد والصلاح ما عدا التصرفات الضارة ضررا محضا.

وبهذا يمكننا القول بعدم انضباط المشرع الجزائري على مذهب معين في اختياراته الفقهية في مسائل النيابة الشرعية.

ثانيا-التوصيات:

بعد كل النتائج التي توصلنا إليها، نخرج بمجموعة من الاقتراحات وهي:

- إضافة مادة جديدة من قانون الأسرة تنص صراحة على شروط الولي
- تعديل المادة 87 ق أ ج في فقرتها الأولى وإضافة الجد كولي جانب الأم والأب لمنع التأويل الخاطئ للمادة 92 من ق أ ج التي أعطت للجد الحق في اختيار الوصي.
- ضرورة تعديل 84 ق أ ج برفع سن الترشيح إلى حد معقول يكون بعيد عن سن التمييز، بالإضافة إلى إدراج شرط اختباره قبل ترشيده اقتداءً بالفقه الإسلامي.
- ضرورة إضافة الغفلة للمادة 101 من ق أ ج، أي تعديل المادة
- تعديل أو حذف نص المادة 85 ق أ ج لأنها أحدثت تناقضا بين قانون الأسرة والقانون المدني.

- تعديل نص 107 بإسقاط السفه منه وتحديد الأشخاص المقصودين بهذه المادة.

- نقترح أن يتم تعديل نص المادة 112 وأن يقبل إلى نص المادة 53 التي تجيز للزوجة التطلق لكل ضرر معتبر شرعا، إذ أن هذا الشرط عام والمشرع الجزائري لم يحدد المقصود به وترك أمر للاجتهاد القاضي

الخاتمة

-على واضع التشريع الجزائري الاعتماد على مذهب معين أو معيار محدد يتبنى منه أحكام النيابة الشرعية.



قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

القرآن الكريم

الحديث الشريف

1-الكتب

- ابن عابدين محمد أمين بن عمر، رد المحتار الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط2، 1966م.
- ابن قدامة المقدسي، المغنى، دار عالم الكتب، الرياض، ط3 1997م.
- ابن قدامة: شمس الدين أبو الفرج ابي عمر محمد بن احمد بن قدامى المقدسي دار الكتب العلمية، بيروت، ط، 1983م.
- ابن قدامى المقدسي، المقنع في فقه الإمام أحمد ابن حنبل، تحقيق محمد الأرئوروط، مكتبة السوادي للتوزيع، جدة العربية السعودية، ط1، 2000م.
- أبو اسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي، تحقيق محمد الزميلي دار الشامية، بيروت، ط1، 1997م.
- أبو البركات عبد الله بن أحمد النسقي، كنز الدقائق، تح: سائد بكداش، دار البشائر الإسلامي، ط1، 2011م.
- أبو القاسم محمد بن أحمد عبد الله الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، (د ن)، (د م ن)، (د ت ن).
- أبو بكر بن عبد الرحمن الحسني الشافعي، فتوحات الباعث بشرح تقرير المباحث، مجلس دائرة المعارف النظامية، حيدر إياد الدكن، ط1، 1317هـ.
- أبو حسن يحي بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي، البيان، تحقيق قاسم محمد النوري، دار المناهج، جدة، ط1، 2000 م.
- أبو عبد الله محمد الخرشي، على مختصر الخليل، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر، ط2، 1317هـ.
- أبو محمد عبد الله بن أحمد ابن قدامة، المغني على الخرقى، دار عالم الكتاب، الرياض المملكة السعودية، ط3، 1997م.
- أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات، تحقيق محمد أحمد سراج، دار السلام، مصر، ط1، 1999م.
- أحمد حماني، الفتاوى، دار عالم المعارف، الجزائر، ط1، 2012م.

- أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، حاشية قليوبي وعميرة، دار الفكر، بيروت، (دط)، 1995م.
- أحمد محمد مومنين وأحكام التركات والموارثين، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان ط1، 2009.
- براهيمة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار البغدادي للطباعة والنشر، الجزائر، ط2، 2009.
- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة لطباعة والنشر، الجزائر، (د ط)، 2013.
- بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، دار النشر مطبعة المنار، سطيف، ط1، 2011م.
- بن رشد القرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد (ت: 595)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد دار الحديث، القاهرة، (د.ط)، 2004م.
- الجرجاني، محمد السيد الشريف، معجم التعريفات، تحقيق محمد الصديق المنشاوي، دار الفصيحة للطباعة والنشر والتصدير، القاهرة، مصر، (د ط)، (د ت ن).
- حسن حسن منصور، الموسوعة القضائية في مسائل الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، (د ط)، (د ت ن).
- سالم العصراني الشافعي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، دار المنهاج، د م ن، (د ط)، (د ت ن).
- شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني (ت: 977هـ)، مغني المحتاج غلى معرفة معاني ألفاظ المنهج، تحقيق علي محمد عوض، دار الكتب العلمية، ط1، 1994م.
- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير للدريير، تحقيق سيدي الشيخ محمد عليش، دار الأعياد للكتب العربية، بيروت، لبنان، (د ط)، (د ت ن).
- الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، ط1، 2002م.
- صالح بن فوزان، بن عبد الله الفوزان، الملخص الفقهي، دار العاصمة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1463هـ.
- الصاوي أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، دار المعارف، د ب ن، (د ط)، (د ت ن).
- صديق التواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، د (د ن)، (د ط)، (د ت ن).
- صفية الوناس الحسين، مجهول النسب بين رحمة التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي.
- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 2003م.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (د ن)، (د ط)، 2007م.

قائمة المصادر والمراجع

- عبد العزيز النمي، الولاية على المال، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط1.
- عبد الكريم زيدان، أحكام اللقيط في الشريعة الإسلامية، مطبعة سلمان الأعظمي، بغداد، ط1، 1968م.
- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1993م.
- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة للنشر، بيروت، (د ط)، 1987م.
- عبد الله بن محمود بين مدود الموصلية الحنفي، الاختيار التعليق المختار تعليق محمود أبو دقيق، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، 1937م.
- عبد الله علوان، تربية الأولاد في الإسلام، دار السلام، القاهرة، ط8، 1984.
- عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار الفكر، بيروت، ط2، 1998م.
- عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق عبد العظيم محمود ديب، دار المنهاج، جدة، المملكة العربية السعودية، ط1، 2007م.
- علاء الدين ابن منظور، لسان العربي، دار المعارف، القاهرة، مصر، (د ط)، (د ت ن).
- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 2003م.
- علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1984م.
- علي بن محمد الربيعي أبو الحسن والرخمي (ت 478)، التبصرة، تحقيق احمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 2011م.
- علي خفيف، الضامن في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، (د ط)، 2000م.
- عون الدين البغدادي، إجماع الأئمة الأربعة واختلافهم، تحقيق محمد حسين الأزهرى، دار العلاء للنشر والتوزيع، القاهرة بمصر، ط1، 2009 م.
- الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، 2008م.
- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، (د ط)، 1313هـ.
- الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط8، 2005م.
- كمال الدين محمد ابن عبد الواحد، شرح التقدير للعاجز التقدير، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، (د ط)، (د ت ن).

قائمة المصادر والمراجع

- مالك بن أنس بن عاصر الأصبحي، المدونة الكبرى، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1332 هـ.
- الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الإقناع في الفقه الشافعي، (د ن)، (د م ن)، (د ت ن) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروط الدولية، القاهرة، مصر، ط2، 2004.
- محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، د م ن، (د ط)، (د ت ن).
- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكري العربي، القاهرة، (د ط)، 1996م.
- محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، دار القلم، دمشق، دار الشامية، بيروت، ط1، 1993م.
- محمد السعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، (د ط)، (د ت ن).
- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون، نظرية الحق)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، (د ط)، 2006.
- محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، دار الفكر، (د م ن)، (د ط)، (د ت ن).
- محمد بن علي بن محمد بن عبد الرحمن الحنفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق عبد المنعم خليل ابراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 2002م.
- محمد بن علي بن سلوم الزبيري، الفواكه الشهية شرح المنظومة البرهانية، تحقيق عصام بن محمد أنور، دار الفوادر، بيروت، لبنان، ط1، 2007م.
- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، دار هومة، الجزائر، ط2، 2014م.
- محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتب الحديث، القاهرة، الكويت، ط2،
- محمد سليمان عبد الله الأشقر، المجلي في الفقه الحنبلي، دار القلم، دمشق، ط1، 1998 م.
- محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، (د ط)، (د ت ن).
- محمد علي الصابوني، المواريث في الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د ط)، (د. ت. ن).
- محمد عيش، منح الجليل شرع مختصر الخليل، دار الفكر، بيروت، ط1، 1984م.

قائمة المصادر والمراجع

- محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر، دمشق، سوريا، ط2، ط2، 2006م.
 - محي الدين بن شرف النووي، كتاب المجموع شرح المذهب، تحقيق محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، (د ط)، (د ت ن).
 - مصطفى الحن، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم، دمشق، ط4، 1992.
 - معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط6، 1995م.
 - ملا خسرو، درر الحكام في شرح غرر الأحكام، دار الإحياء للكتب العلمية، (د م ن)، (د ط)، (د ت ن).
 - منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، مكتبة النصر الحديثة، الرياض، (د ط)، (د ت ن).
 - الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، (د م ن)، ط2، 1404-1407هـ.
 - القاضي أبي محمد عبد الوهاب بن نصر المالكي، المعول على مذهب أهل المدينة، تحقيق عمر حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط1، 1998م.
 - موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المقنع، تحقيق محمد الارنؤوط، مكتبة السوادي، جدة، المملكة العربية السعودية ط1، 2000م.
 - الهمام مولانا السيخ نظام، الفتاوى الهندية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2000م.
 - وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، دار الكلم الطيب، دمشق، ط2، 2005م.
 - وهبة زحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط2، 1985م.
- 2-المقالات**
- رابح غريب، "آثار الكفالة في قانون الأسرة الجزائري"، المجلة الأفريقية لدراسات القانونية والسياسية، الجزائر، مجلد 6، العدد 01، 2022م.
 - سناء الشيخ، "الضوابط القانونية لإدارة أموال القصر والتصرف فيه"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 01، 2014م.
 - لالكي نادية، "أحكام الكفالة في التشريع الجزائري وإشكالاتها القانونية"، المجلة القانونية والمجتمع، جامعة حاج بوشعيب، عين تيموشنت، الجزائر، مجلد 10، العدد 2، 2022م.
 - محمد بشير، "عوارض الأهلية والحلول القانونية المقررة لهما في التشريع الجزائري دراسة مقارنة"، مجلة صوت القانون، الجزائر، المجلد 05، العدد02، 2018م.

قائمة المصادر والمراجع

- عبد الجليل بونديير، "النيابة الشرعية بين قانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي"، مجلة العلوم الانسانية، المجلد 31، العدد3، 2020م.
 - غربي صورية، "حماية أموال الطفل بين النقص التشريعي وضرورة التعديل"، مجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد 2، العدد 01، 2017م.
 - الهادي معيفي، "الحجر على المعوق ذهنيا دراسة مقارنة على ضوء التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة العربي التبسي، تبسة، الجزائر، العدد 17 جانفي 2018م.
 - نجاة بو سماحة، "الحماية القانونية لحقوق المالية للطفل في التشريع الجزائري للطفل"، مجلة قيس للدراسات الانسانية والاجتماعية، الجزائر، المجلد 05، ال عدد01، 2020م.
 - عبد العزيز مرابط، " شرط الأخلاق في الولي على القاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري"، مجلة البحوث العلمية والدراسات العلمية، المجلد 11 العدد2، 2019م.
 - ببيبة بن حافظ، " الولاية الاصلية على مال القاصر "، مجلة العلوم الإنسانية، الجزائر، المجلد3، العدد1، 2020م.
 - مودع محمد، " حماية أموال القاصر على ضوء التعديل قانون الأسرة الجزائري "، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة الجزائر، المجلد5، العدد1، 2021م.
 - بوزيد خالد، محمد بن أحمد، "الكفالة نظام لحماية الأطفال في التشريع الجزائري"، مجلة قانون العمل والتشغيل، جامعة وهران، ع4، جوان 2017م.
 - عمارة سعودة، "أحكام الكفالة في قانون الجزائر على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، الجزائر.
 - رابح بن عريب، محاضرات في النيابة الشرعية، أقيمت على طلبة الأولى ماستر قانون أسرة، سنة 2015-2016، جامعة جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق.
- 3-البحوث الاكاديمية**
- محمد التوفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقہ الإسلامي والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018/2017م.
 - الهادي معيفي، أحكام الحجز على القاصر في الفقہ الإسلامي والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، جامعة العربي التبسي، تبسة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2020-2021م.

قائمة المصادر والمراجع

- إيمان حيدوسي، أحكام النيابة الشرعية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون أسرة، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 1، كلية الحقوق، 2022م.
- نوي عبد الرحمن، أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في القارن الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2012-2013م.
- بو عزيزة حنان، الولاية على أموال القاصر، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018-2010م.
- الهادي معيفي، سلطة الولي على أموال القصر في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، مذكرة ماجستير، في القانون الخاص، فرع قانون أسرة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 2014-2013م.
- غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، القانون الخاص المعمق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015م.
- أحمد على طه ريان، أحكام الأب في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1988م.
- حسام سهيل النوري، أثر الجنون في التصرفات القولية والفعلية في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، فقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، 2013م.
- محمد بوعمره، أموال القصر في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2012-2013م.
- وردة دباخ، الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2021-2022م.
- شيماء شني، الحماية القانونية لذوي عارض الأهلية في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأسرة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2021-2022م.
- أولحسن بعليد، الحجر شرعا وقانونا، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2020-2021م.
- سارة مقدم، الأهلية وأثر تخلفها في قضايا شؤون الأسرة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة الغربية، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأسرة، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016م.
- شيكر ريمة، الحجر في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2013-2014م.

قائمة المصادر والمراجع

- مقراني وردة، موهوبي سعاد، النيابة الشرعية في التشريع الجزائري (الولاية، الوصاية، التقديم، الحجر)، مذكرة ماستر، تخصص القانون شامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015م.
- آيت وعلي سميحة، تصرفات ناقص الأهلية، دراسة مقارنة بين القانون والفقہ الإسلامي، مذكرة ماستر، تخصص القانون الخاص شامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015م.
- زلماطي سميرة، أحكام الحجر بين الفقه والقانون، مذكرة ماستر، تخصص قانون أسرة، جامعة سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017-2018م.
- حمداوي سمية، طواهرية ثيرث، ميراث المفقود وحساب في تشريع الجزائري، مذكرة ماستر تخصص قانون أسرة، جامعة محمد الصديق، جيجل، كلية الحقوق، 2015-2016م.
- زاوي مراد، رمضان تارزي، أحكام الغائب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون أسرة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2021-2022م.
- نواري منصف، الولاية على القاصر في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014_2015م.
- باسم حمدي حرارة، سلطة الولي على أموال القاصر، مذكرة ماجستير، تخصص فقه مقارن، جامعة غزة، كلية الشريعة والقانون.
- قوادري وسام، حماية أموال القاصر على ضوء التقنين المدني، تقنين الأسرة، مذكرة ماستر عقود ومسؤولية، جامعة عكلي محند والحاج بوييرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2003م.
- بن يسري عبد السلام، دندوقة عيسى، نظام الكفالة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2021-2022م.
- عبد السلام خضرة، أحكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية -دراسة مقارنة، مذكرة نهاية استكمال متطلبات شهادة ماستر، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والمعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2015-2016م.
- حنان بنت محمد جنيسيتيه، أقسام العقود في الفقه الإسلامي، مذكرة ماستر، قسم الدراسات العليا الشرعية، جامعة أم القرى، السعودية.
- عمروش جازية، بلعمري نبيلة، الكفالة في قانون الأسرة، مذكرة ماستر، تخصص قانون خاص معمم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2022-2023م.

- حميش فطيمة حميش صحرة، ميراث المفقود بين فقه الإسلامي والقانون الأسرة الجزائري، شهادة ماستر، تخصص القانون الخاص، شامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بحالة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017 م.

4-النصوص القانونية

- القانون المدني الجزائري صدر بموجب الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عم 1395 هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية 1975، العدد 78.

- القانون رقم 11/84 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل 1984م والمتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل فبراير سنة 2005، جريدة الرسمية، العدد 15 الصادرة في 27 فبراير 2005.

- القانون رقم 40 لسنة 2004 المتعلق بالولاية على أموال القاصرين القطري وهو ما جاء في القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين م 212.

- جامعة الدول العربية، الأمانة الفنية لمجلس وزراء العرب، القانون النموذجي الموحد لرعاية القاصرين، اعتمده المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العدل الحرب لقانون نموذجي استرشادي بالقرار رقم 223، ج 24، بتاريخ 2002/04/03م.

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	رقمها	الآية	السورة
51	232	"الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا"	البقرة
أ	153	"وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ"	الانعام
64	153	"وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ"	
27	06	"وَابْتَلُوا الْيَتِيمَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ"	النساء
68	06	"فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ"	
73	141	"لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا"	
65	34	"وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ"	الاسراء
55	72	"وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ"	التوبة
77	72	"وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ"	
51	04	"وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ"	الطلاق

فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة	الراوي	الحديث
64	الترمذي	"من ولي يتيما فليتبجر له ولا يتركه حتى تأكله الصدقة"
47	ابن أبي عمر	"أعمار أمتي بين الستين والسبعين"
11	أبو داود	"مرو أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر"
26	أبو داود	"مرو أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر"
96	الترمذي	"السلطان ولي من لا ولي له"

الصفحة	العنوان
	إهداء
	شكر و عرفان
أ	مقدمة
الفصل الأول: الأشخاص الخاضعون للنياية الشرعية	
08	تمهيد
09	المبحث الأول: فاقدوا الأهلية
09	المطلب الأول: فاقدوا الأهلية بسبب صغر السن (الصبي غير المميز)
09	الفرع الأول: الصبي غير المميز في التشريع الجزائري
10	الفرع الثاني: الصبي غير المميز في الفقه الإسلامي
11	المطلب الثاني: فاقدوا الأهلية بسبب العوارض
12	الفرع الأول: المجنون والمعتوه في التشريع الجزائري
12	أولاً: تعريف الجنون والعتة
13	ثانياً: حكم تصرفات المجنون والمعتوه
15	ثالثاً: آثار الحجر على المجنون والمعتوه
17	الفرع الثاني: المجنون والمعتوه في الفقه الإسلامي
17	أولاً: المجنون في الفقه الإسلامي
20	ثانياً: المعتوه في الفقه الإسلامي
23	المبحث الثاني: ناقصوا الأهلية
23	المطلب الأول: ناقصوا الأهلية بسبب صغر السن (الصبي المميز)
23	الفرع الأول: الصبي المميز في التشريع الجزائري
23	أولاً: تعريف الصبي المميز
24	ثانياً: تصرفات الصبي المميز
26	الفرع الثاني: الصبي المميز في الفقه الإسلامي
26	أولاً: تعريف الصبي المميز
27	ثانياً: تصرفات الصبي المميز

28	المطلب الثاني: ناقصوا الأهلية بسبب العوارض
28	الفرع الأول: السفية وذا الغفلة في التشريع الجزائري
29	أولاً: تعريف السفية والمغفل
30	ثانياً: أثر الحجر على تصرفات السفية والمغفل
32	الفرع الثاني: السفية والمغفل في الفقه الإسلامي
32	أولاً: السفية في الفقه الإسلامي
35	ثانياً: المغفل في الفقه الإسلامي
37	المبحث الثالث: المفقود والغائب
37	المطلب الأول: تعريف المفقود والغائب والتميز بينهما في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي
37	الفرع الأول: تعريف المفقود في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي
37	أولاً: تعريف المفقود في قانون الأسرة الجزائري
38	ثانياً: تعريف المفقود في الفقه الإسلامي
40	الفرع الثاني: التمييز بين الغائب والمفقود في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي
40	أولاً: التمييز بين الغائب والمفقود في قانون الأسرة الجزائري
40	ثانياً: التمييز بين الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي
42	المطلب الثاني: آثار الحكم بالفقد في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي
42	الفرع الأول: آثار الحكم بالفقد في قانون الأسرة الجزائري
42	أولاً: آثار الحكم بالفقد بالنسبة للمال
43	ثانياً: آثار الحكم بالفقد بالنسبة للزوجة.
43	الفرع الثاني: آثار الحكم بالفقد في الفقه الإسلامي
44	أولاً: آثار الحكم بالفقد بالنسبة للمال
45	ثانياً: آثار الحكم بالفقد بالنسبة للزوجة
46	المطلب الثالث: آثار الحكم بالموت في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي
46	الفرع الأول: مدة الحكم بالموت في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي
46	أولاً: مدة الحكم بالموت في قانون الأسرة الجزائري
47	ثانياً: مدة الحكم بالموت في الفقه الإسلامي

48	الفرع الثاني: آثار الحكم بالموت في قانون الأسرة الجزائري
49	أولاً: آثار الحكم بالموت بالنسبة للمال
49	ثانياً: آثار الحكم بالموت بالنسبة للزوجة.
50	الفرع الثالث: آثار الحكم بالموت في الفقه الإسلامي.
50	أولاً: آثار الحكم بالموت بالنسبة للمال.
51	ثانياً: آثار الحكم بالموت بالنسبة للزوجة.
52	ملخص الفصل الأول
الفصل الثاني: الأشخاص القائمون بالنيابة الشرعية	
54	تمهيد
55	المبحث الأول: الولاية
55	المطلب الأول: تعريف الولاية
55	الفرع الأول: تعريف الولاية لغة
55	الفرع الثاني: الولاية فقها
56	الفرع الثالث: تعريف الولاية قانونياً
57	المطلب الثاني: ثبوت الولاية
57	الفرع الأول: من تثبت لهم الولاية
57	أولاً: من تثبت لهم الولاية في التشريع الجزائري.
58	ثانياً: من تثبت لهم الولاية في الفقه الإسلامي
59	الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الولي
59	المطلب الثالث: سلطات الولي على أموال القاصر
60	الفرع الأول: سلطات الولي في التشريع الجزائري
63	الفرع الثاني: سلطات الولي في الفقه الإسلامي
66	المطلب الرابع: انتهاء الولاية
66	الفرع الأول: انتهاء الولاية في التشريع الجزائري
67	الفرع الثاني: انتهاء الولاية في الفقه الإسلامي
69	المبحث الثاني: الوصاية والتقديم
69	المطلب الأول: تعريف الوصاية
69	الفرع الأول: تعريف الوصاية لغة
69	الفرع الثاني: التعريف الوصاية فقها

70	الفرع الثالث: تعريف الوصاية قانونا
71	المطلب الثاني: ثبوت الوصاية في التشريع الجزائري والفقهاء الإسلامي
71	الفرع الأول: ثبوت الوصاية في التشريع الجزائري.
71	أولاً: تعيين الوصي:
73	ثانياً: الشروط الواجب توافرها في الوصي.
74	الفرع الثاني: اثبات الوصاية في الفقهاء الإسلامي
74	أولاً: تعيين الوصي
75	ثانياً: تثبيت الوصاية
77	ثالثاً: الشروط الواجب توفرها في الوصي
78	المطلب الثالث: حدود سلطة الوصي
78	الفرع الأول: سلطات الوصي في التشريع الجزائري
79	الفرع الثاني: سلطات الوصي في الفقهاء الإسلامي
81	المطلب الثالث: انتهاء الوصاية وأثره
81	الفرع الأول: انتهاء الوصاية وأثره في التشريع الجزائري
81	أولاً: أسباب انتهاء الوصاية
83	ثانياً: أثر انتهاء الوصاية
84	الفرع الثاني: انتهاء الوصاية وأثرها في الفقهاء الإسلامي
84	أولاً: أسباب انتهاء الوصاية
85	ثانياً: أثر انتهاء الوصاية
86	المبحث الثالث: الكفالة
86	المطلب الأول: تعريف الكفالة
86	الفرع الأول: تعريف الكفالة لغة
86	الفرع الثاني: تعريف الكفالة عند الفقهاء
87	الفرع الثالث: تعريف الكفالة قانونا
88	المطلب الثاني: شروط الكفالة في التشريع الجزائري والفقهاء الإسلامي
88	الفرع الأول: شروط الكفالة في التشريع الجزائري
88	أولاً: شروط الكافل
90	ثانياً: شروط المكفول
90	ثالثاً: شروط عقد الكفالة

91	الفرع الثاني: شروط الكفالة في الفقه الإسلامي
91	أولاً: شروط الكافل
92	ثانياً: شروط عقد الكفالة
93	المطلب الثالث: آثار عقد الكفالة
93	الفرع الأول: آثار عقد الكفالة في التشريع الجزائري
93	أولاً: حقوق وواجبات الكافل
94	ثانياً: حقوق المكفول
95	الفرع الثاني: آثار عقد الكفالة في الفقه الإسلامي
96	أولاً: حقوق المكفول
97	ثانياً: حقوق لا يستحقها المكفول
99	المطلب الرابع: انتهاء الكفالة
99	الفرع الأول: انتهاء الكفالة في التشريع الجزائري
99	أولاً: باسترجاع المكفول
100	ثانياً: بالتخلي عن الكفالة أو موت الكافل
101	الفرع الثاني: انتهاء الكفالة في الفقه الإسلامي
101	أولاً: تخلف شرط من شروط الكفالة
101	ثانياً: موت المكفول
103	ملخص الفصل الثاني
105	الخاتمة
	قائمة المصادر والمراجع
	الملخص

الملخص:

بالرجوع للفقهاء الإسلاميين في أحكام النيابة الشرعية ومقارنة بنصوص قانون الأسرة مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء نلاحظ ان قانون الأسرة الجزائري يخرج من حين إلى آخر عن المذاهب الأربعة في تأصيل أحكام بعض مسائل النيابة الشرعية المختلف فيها. وباعتبار المذهب المالكي هو المعتمد في الجزائر إلا ان المشرع الجزائري لم يلتزم بما جاء به هذا المذهب التزاماً تاماً في بعض المسائل المختلف فيها كإعطاء الوصاية للجد مثلاً بل اخذ في العديد من المرات بمذاهب أخرى.

الكلمات المفتاحية: الفقه الإسلامي، قانون الأسرة، النيابة الشرعية

Abstract:

Upon the review of Islamic jurisprudence in the legitimate proxy's rules and comparing it with the provisions of family law, alongside the predominant scholarly views. therefore, it is observed that the Algerian family law occasionally diverges to the four major schools of thought for the foundation of rulings on certain contested issues of legitimate proxy. Despite the Maliki school being the official doctrine in Algeria, the Algerian legislator has not fully complied with this school's positions in some contested matters, such as the assignment of guardianship to the grandfather, but has often adopted other schools of thought.

Keywords: Islamic Jurisprudence, Family Law, Legitimate proxy



الجامعة الجزائرية الديمقراطية الشعبية
جامعة محمد بوضياف - المسيلة
جامعة محمد بوضياف - المسيلة
UNIVERSITÉ MOHAMED BOUDIAF - M'SILA

Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Chancellorship of the College for Studies and
Student Affairs

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila



كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
نيابة العدالة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة

وثيقة ايداع مذكرة ماستر

الموضوع: الاختيارات الققصية لقانون الأسرة - النياية الشرعية النموذجيا-

إعداد الطلبة:


- 1- جهتي شيعاء رقم التسجيل: 19/19 350 76 5 80
2- بن يطور إسحاق رقم التسجيل: 19/19 350 8 31 0 3
القسم: العلوم الإسلامية الشعبية: شرعية التخصص: فريعة وقانون
إشراف: بوجمعة حمد الرتبة: أستاذ تعليم عالي

أقر بأنني تابعت العمل المذكور أعلاه في جلسات إشرافية طيلة الموسم الجامعي: 2023-2024 وأسمح بإيداعه على مستوى ادارة القسم للمناقشة والتقييم.

رئيس فريق الاختصاص

موافقة وإمضاء الاستاذة (ة) المشرفة(ة):




الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila
1965
جامعة محمد بوضياف - المسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila

Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Deanahip of the College for Studies and
Student Affairs
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
ليابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة
الرقم،
2024 /

تصريح شرهي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضى ادناه،

السيد(ة)، مهني شيطا

الصفة(طالب، استاذ باحث، باحث دائم)، طالبة

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم، 203879968

الصادرة بتاريخ، 24 12 2018 عن دائرة، حمام الصلابة

المسجل بكلية، العلوم الإنسانية والاجتماعية، العلوم الإسلامية

تخصص، تشرية وفقاتون تحت رقم التسجيل، 191935076580

والمكلف بإنجاز اعمال بحث(مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، اطروحة دكتوراه).

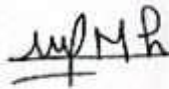
عنوانها، الاختيارات النقدية لقانون الأسرة

النيابة الشعبية الموزج

اصرح بشرهي بانني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة

الاكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور اعلاه

المسيلة في،

امضاء المعني(ة)، 

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ