الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشهيد حمّه لخضر – الوادي
معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة

مذكرة بعنوان:

الأحكام المشتركة والمتفرقة للولاية والوصاية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة المستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إعداد الطلبة:

- عبد المطلب زوزو
- محمد مسعي أحمد

الأستاذ المشرف:

أ. بن شهرة طيب

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
.....	.....	.....
أ.بن شهرة الطيب	جامعة الشهيد حمّه لخضر – الوادي	مشرفا ومقررا
.....	.....	.....

السنة الجامعية: ١٤٤٢-١٤٤٣ هـ / ٢٠٢٠-٢٠٢١

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

قال تعالى: ﴿وَقَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِيٓ أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ ٱلَّتِيٓ أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَٰلِحًا تَرْضَىٰهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ ٱلصَّٰلِحِينَ﴾ سورة النمل الآية ١٩.

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمَّد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد...

فإننا نشكر الله تعالى على فضله حيث أتاح لنا إنجاز هذا العمل بفضله، فله الحمد أولاً وآخراً...

ثم نشكر أولئك الأخيار الذين مدوا لنا يدَ المساعدة، خلال هذه الفترة، وفي مقدمتهم أستاذنا المشرف على المذكرة فضيلة الأستاذ الدكتور **بن شهرة الطيب** الذي لم يدَّخر جهداً في مساعدتنا... فكان نعم المشرف، أنار الله دربه، وسدد خطاه...

إلى كل الأساتذة الأفاضل في الكلية، .....الذين لم يبخلوا علينا بما يفيد بحثنا فجزاهم الرحمان عنّا خير الجزاء...

إلى كل الزملاء والأصدقاء ...فلهم منا خالص الشكر والتقدير على مشاركتهم في كل خطوات البحث...

...إلى كل هؤلاء...

...تقبلوا منا أسمى عبارات الشكر والتقدير والاحترام...

عبد المطلب – محمد

إهـــــــــــــــداء

إلى من أفضلها على نفسي ولم لا فلقد ضحت من أجلي، ولم تدخر جهداً في سبيل إسعادي على الدوام

...أمي الحبيبة...

إلى صاحب السيرة العطرة والفكر المستنير، فلقد كان له الفضل الأول في بلوغي التعليم العالي

...والدي الحبيب...

إلى إخوتي، من كان لهم بالغ الأثر في كثير من العقبات والصعاب

إلى جميع أساتذتي الكرام، ممن لم يتوانوا في مد يد العون لي.

إلى أصدقائي الذين أشهد لهم نعم الرفقاء في جميع الأمور....

...أهدي لكم بحث تخرجي...

داعياً المولى عز وجل أن يطيل في أعماركم ويرزقكم بالخيرات

عبد المطلب

إهـــــــــــــــداء

إلى من وضع المولى سبحانه وتعالى الجنة تحت قدميها ووقرها في كتابه العزيز

...أمي الحبيبة...

إلى من كان خير مثال لرب الأسرة، والذي لم يتهاون يوم في توفير سبيل الخير والسعادة لي

...أبي الموقر...

إلى من أعتمد عليه في كل كبيرة وصغيرة

...إخوة المحترمين...

إلى أصدقائي ومعارفي الذين أحبهم وأحترمهم

إلى أساتذتي في كلية....

...أهدي لكم ثمرة جهدي...

محمد

مـــــقدمـــــة

مقدمة:

يمر الإنسان بعدة مراحل في حياته من مرحلة الصبي إلى مرحلة الكبر والشيخوخة وكل هذه المراحل اهتمت بها الشريعة الإسلامية، واهتمت أكثر بفئة القصر من صغير ومعتوه ومجنون وسفيه وذي غفلة، وأفردت لهم مجموعة من الأنظمة لحماية حقوقهم من بينها نظام النيابة وهو نظام ينوب فيه شخص عن شخص آخر لعارض منع هذا الأخير من التصرف في شؤون حياته على الوجه الصحيح ولعلنا نذكر من بين هذه الأنظمة، نظام الولاية والوصاية التي أعطتها الشريعة الإسلامية اهتماما كبيرا وذلك للمحافظة على حقوق فئة القصر باعتبارها الفئة الضعيفة في المجتمع .

والقانون الجزائري وخاصة قانون الأسرة اهتم بفئة القصر حيث أدرج موضوعا خاصا تحت عنوان النيابة الشرعية في الكتاب الثاني الصادر بموجب القانون ٨٤- ١١ المؤرخ في ١٩٨٤/٠٦/٠٩ المتضمن قانون الأسرة الجزائري عدد ٣١ المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ المؤرخ في ٢٧ فيفري ٢٠٠٥ من الجريدة الرسمية العدد١٥، كما أن هناك نص في القانون المدني الجزائري يتحدث عن أحكام القصر.

فالمشرع الجزائري قام بتبيان العلاقة التي تربط بين القصر وأوليائهم سواء ما تعلق بالولاية على النفس أو الولاية على المال أو الولاية على النفس والمال معا، وسواء كانت هذه العلاقة ولاية أصلية أو ولاية نيابة، كما منح المشرع لعديمي الأهلية وناقصيها فرصة للحجر عليهم، واستمد المشرع كل هذه النصوص والقوانين من الفقه الإسلامي.

وتكمن أهمية هذا البحث من خلال التطرق إلى أحكام الولاية والوصاية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أنه يتناول حفظ فئه من أهم الفئات في المجتمع ألا وهي فئة القصر (الصغير، السفيه، المجنون، ذو غفلة). وما يزيد القضية أهمية كون أن هذه الفئة عاجزة عن تدبير شؤون حياتهم مما يقتضي مزيدا من الحرص والاهتمام بهم.

وإن سبب اختيارنا لهذا الموضوع يعود على مجموعة من الدوافع، نذكر منها:

- لفت الانتباه إلى ما تتعرض إليه فئة القصر من صغير ومعتوه ومجنون وسفيه وذي غفلة من الاعتداء، وذلك بسبب الجهل بالأحكام الشرعية.
- اعتبار الصغير والمجنون والسفيه وذي غفلة من فئات القصر عادمي الأهلية أو ناقصيها لا يستطيعون التصرف في شؤون أنفسهم وأموالهم، لذا كان من الضروري أن ينوب عنهم أشخاص آخرين بالغين منصوص عليهم شرعا وقانونا متمتعون بكامل قواهم العقلية.

ومن بين أهداف هذا البحث التي نحاول أن نتوصل إليها تتمثل في:

- تحديد ماهية كل من الولاية والوصاية.
- تحليل وتوضيح نصوص القانون الجزائري الخاص بأحكام الولاية والوصاية.
- تحديد أوجه الشبه والاختلاف بين أحكام الولاية والوصاية في القانون الجزائري على ضوء أحكام الفقه الإسلامي.

بالرغم من أهمية موضوع تشارك وافتراق أحكام الولاية والوصاية إلا أننا لم نجد موضوع يشابهه بنفس هذا العنوان، لكن يوجد هناك من تطرق إلى هذا الموضوع من جوانب أخرى نذكر على سبيل المثال:

– مذكرة الدكتوراه للباحث عبد الله محمد سعيد ربابعة "الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني الجامعة الأردنية ٢٠٠٥".

– مذكرة ماستر للطالبة موسوس جميلة " الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي جامعة بومرداس ٢٠٠٦".

– مذكرة ماستر للطالبين جعرون عبد الرؤوف ومحجوبي حسان "النيابة الشرعية– دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري جامعة الجلفة ٢٠٢٠".

– مذكرة ماستر للطالب نواري منصف " الوصاية على القاصر في قانون الأسرة الجزائري جامعة بسكرة ٢٠١٥".

وقد انطلقنا في بحثنا هذا من إشكالية رئيسية تتمثل في: هل الولاية والوصاية شيء واحد أم أن هناك اختلاف وتشابه في أحكامهما بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات أخرى نذكر منها:

- ما هي أحكام الولي والوصي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؟
- ما هي أحكام الأشخاص الخاضعين للولاية والوصاية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؟

وللإجابة على هذه الإشكالية المطروحة بغية الوصول إلى الهدف من هذه الدراسة وبقية التساؤلات الأخرى قمنا بوضع خطة مناسبة لبحثنا تتمثل في مقدمة وفصلين يتخللهما مباحث ومطالب وفروع، وخاتمة وهي كما يلي:

المقدمة: والتي نحن بصددها.

الفصل الأول: وكان بعنوان الولاية والوصاية وأحكامهما بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وتم تقسيمه إلى مبحثين:

المبحث الأول: الولاية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، ويضم ثلاث مطالب:

المطلب الأول: ماهية الولاية.

المطلب الثاني: أحكام الولاية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: أحكام الولاية في القانون الجزائري.

المبحث الثاني: الوصاية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، ويضم ثلاث مطالب:

المطلب الأول: ماهية الوصاية.

المطلب الثاني: أحكام الوصاية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: أحكام الوصاية في القانون الجزائري.

الفصل الثاني: وكان بعنوان أحكام مشتركة ومتفرقة للولاية والوصاية وتطبيقاتها بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وتم تقسيمه إلى ثلاث مباحث:

المبحث الأول:أحكام مشتركة للولاية والوصاية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، و يضم ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: ماهية تشارك أحكام الولاية والوصاية.

المطلب الثاني: أحكام مشتركة للولاية والوصاية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: أحكام مشتركة للولاية والوصاية في القانون الجزائري.

المبحث الثاني: أحكام متفرقة للولاية والوصاية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ويضم ثلاث مطالب:

المطلب الأول: ماهية تفرق أحكام الولاية والوصاية.

المطلب الثاني: أحكام متفرقة للولاية والوصاية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: أحكام متفرقة للولاية والوصاية في القانون الجزائري.

المبحث الثالث: تطبيقات أحكام الولاية والوصاية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، ويضم ثلاث مطالب.

المطلب الأول: مسألة تعسف الولي في تزويج موليه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الثاني: مسألة تعسف الوصي في وصايته على أموال أوصيائه في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

الخاتمة: وفي الأخير ختمنا البحث بعرض موجز تضمن أهم النتائج المتوصل إليها.

أما المنهج المتبع في هذه الدراسة هو المنهج الوصفي المدعم بالمنهج المقارن لأننا بصدد دراسة وصفية لظاهرتين هما الولاية والوصاية، ومقارنة جملة الأحكام التي تمخضت عنها من خلال الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

وقد استدعى هذا البحث الاعتماد على مجموعة من المصادر والمراجع، نذكر أهمها:

- عبد الرحمان الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة.
- بلعروسي أحمد التجاني: قانون الأسرة المادة ٩٣.
- موسوس جميلة: الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي.

وأما الصعوبات التي واجهتنا أثناء دراسة هذا الموضوع تمثلت في:

- حلول جائحة كرونا–عفانا الله وإياكم– الشيء الذي أدى إلى تعليق الدراسة، وحال دون المكتبة ومنع التقاء الزملاء والمشرف من أجل التنسيق والإثراء والتوجيه والتعاون، كل ذلك أخل بالسير الحسن للعمل وأثر عليه.
- شساعة الموضوع وصعوبة الإلمام به، كون الدراسة تناولت مفهومين واسعين هما الولاية والوصاية من جانبين مختلفين هما الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

ولكن رغم كل ذلك حاولنا الاجتهاد والتقصي قدر المستطاع في البحث والإثراء إلى أن تم البحث وخرج بالصورة التي هو عليها بفضل الله تعالى، ثم بفضل مشرفنا الأستاذ " بن شهرة طيب " فله منا أسمى عبارات الشكر والتقدير والاحترام على صبره الكبير وتحمله لنا طول هذه الفترة من جهة، وعلى توجيهاته السديدة ونقده البناء ومتابعته لنا من جهة أخرى كما نتقدم بجزيل الشكر ووافر الامتنان إلى كل من قدم لنا يد المساعدة من داخل الحرم الجامعي أو من خارجه.

وفي الأخير نأمل أن نكون قد أسهمنا بهذه الدراسة –ولو بالقليل– في إجلاء الغموض المتعلق بالموضوع والإجابة عن الإشكالية المطروحة وذلك ببيان أوجه التشابه والتفرق بين أحكام الولاية والوصاية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري محل الدراسة.

نسأل الله أن يلهمنا الإخلاص في البحث، والعفو عن زلات أقلامنا، فإن قصرنا فحسبنا أننا بذلنا ما بوسعنا من جهد، وإن أصبنا فبتوفيق من الله جل في علاه، وصلى الله وسلم على نبينا محمد.

الفصل الأول

الولاية والوصاية وأحكامهما في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

تمهيد:

اهتمت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية بحقوق القصر، والتي نقصد بهم كل من فئة الصغار في السن والمجنون والمعتوه والسفيه وذي غفلة وذلك لعدم قدرتهم على ممارسة الحقوق وتحمل الالتزامات، فوضعت لهم الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري عدة أنظمة لحماية حقوقهم الشخصية والمالية من بينها نظام النيابة والتي تتدرج تحته الولاية والوصاية.

وفي هذا الفصل إن شاء الله سنحاول أن نتعرف على أحكام الولاية والوصاية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري وذلك من خلال مبحثين، نتطرق في المبحث الأول إلى أحكام الولاية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وفي المبحث الثاني إلى أحكام الوصاية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الأول

الولاية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الولاية هي نظام يضمن به القصر حقوقهم ويحميهم من أي ضرر قد يتربص بهم وذلك لنقص أهلية الأداء والوجوب عندهم، لذلك جاءت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية بهذا النظام ووضعت له شروط وقوانين وضوابط يلتزم بها كل من الولي ومن هم تحت ولايته وفي هذا المبحث سنحاول التطرق إلى ذلك من خلال:

المطلب الأول: ماهية الولاية.

المطلب الثاني: أحكام الولاية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: أحكام الولاية في القانون الجزائري.

المطلب الأول

ماهية الولاية

سنتناول في هذا المطلب ماهية الولاية من الجانب اللغوي والفقهي والقانوني حتى يسهل على القارئ تميز الولاية عن باقي المصطلحات المشابهة لها سواء من الجانب اللغوي أو الفقهي أو القانوني.

الفرع الأول

تعريف الولاية لغة

الولاية بفتح الواو وكسرها مصدر لفعل ولي، والولي جمع أولياء وهو النصير والمحب[1] قال تعالى ﴿**وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاء بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ المنكر**﴾[2].

١- **الولاية:** القرابة، والقوم على ولاية واحدة، يد واحدة مجتمعون في الخير والشر.

٢- **الولاية:** الخطة والإمارة والسلطان، البلاء التي يتسلط عليها الولي.

٣- **الولاء:** الملك والمحبة والنصرة.

الفرع الثاني

مفهوم الولاية شرعا

الولاية في اصطلاح الفقهاء هي سلطة شرعية تجعل لصاحبها القدرة على مباشرة وإنشاء العقود والتصرفات ونفاذها سواء في حق نفسه أو في حق غيره.

وعرفها علماء الفقه الحنفي بأنها تنفيذ القول على الغير، أما عند المالكية فهي العلاقة الموجبة للإرث وهي خمسة أنواع:

١-ولاية الإسلام ولا يورث بها إلا مع عدم غيرها.

٢-ولاية الخلف.

---

[1] مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط ، ص١٠٥٧- ١٠٥٨.

[2] سورة التوبة الآية ٧١.

٣-ولاية الهجرة التي كانت يتوارث بها في أول الإسلام.

٤-ولاية القرابة.

٥-ولاية العتق والميراث.

وعرفها الشافعية: هي كل من له على المرأة ملك أو بنوة أو أبوة أو تعصب أو إنهاء أو كفالة أو سلطة أو ذو إسلام وهذا التعريف إن كان للولي إلا أنه يمكن اعتباره تعريفا للولاية إذ أن أصلها واحد في اللغة.

١- الولاية في الشرع: هي تنفيذ القول على الغير، شاء الغير أو أبى.

والولي: هو الذي يلى ذلك ويلزم به الغير، ويشرف على شؤونه.

٢- هو تدبير الكبير الراشد شؤون القاصر الشخصية والمالية.

٣- هي سلطة شرعية تجعل لصاحبها القدرة على مباشرة وإنشاء العقود والتصرفات ونفاذها سواء في حق نفسه أو غيره.

٤- وعرفها الفقهاء المعاصرون ومنهم مصطفى الزرقا على أنها قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية.

٥- وعرفها أبو زهرة بأنها القدرة على إنشاء العقد نافدا.

الفرع الثالث

تعريف الولاية قانونا

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الولاية من خلال قانون الأسرة الجزائري وإنما نفهم ذلك من خلال نص المادتين ٨٧ و٨٨ من (ق أ ج) التي تكلمت عن الولاية حيث نصت المادة ٨٧ من نفس القانون على كل من له الحق في الولاية على القصر والتي جاء فيها: يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد وفي حالة الطلاق، يمنح القاصر الولاية لمن أسندت له

حضانة الأولاد.

فالولاية في الأصل ثابتة للأب إلا أنه كاستثناء في حال غياب الأب أو وفاته تؤول الولاية للأم لأنها الأدرى بأولادها والأحرص علي سلامتهم[1].

وقد عرفها القانون النموذجي الغربي الموحد لرعاية القاصرين في المادة ٤٧ منه: الولاية على المال هي حفظ مال القاصر، وكل ماله علاقة بهذا المال، والعناية به وتنميته.

وورد تعريف الولاية في الفقه الفرنسي بمعنيين:

- **معنى واسع:** يشير إلى جميع التدابير بموجب القانون المدني لضمان المساعدة لفئات معنية من الأشخاص غير القادريين على التصرف وفقا لمصالحهم كليا أو جزئيا.
- **معنى ضيق:** يعني الوصاية لإحدى المؤسسات التي أنشئت بموجب المادة ٣٦٠ من القانون المدني الفرنسي.

المطلب الثاني

أحكام الولاية في الفقه الإسلامي

سوف نتطرق في هذا المطلب إلى الحديث عن أحكام الولاية في الفقه الإسلامي وذلك وفقا للفروع الآتية:

الفرع الأول نتعرف فيه عن حكم الولاية في الفقه الإسلامي وفي الفرع الثاني نتطرق لأقسام الولاية في الفقه الإسلامي، لنحاول بعدها في الفرع الثالث أن نتعرف عن ترتيب الأولياء وشروطهم في الفقه الإسلامي، لنختم بالفرع الرابع بنهاية الولاية في الفقه الإسلامي.

[1] زوبيدة أقروفة: الإبانة في أحكام النيابة (الأهل للنشر والتوزيع والطباعة، بجاية، الجزائر)، دط، ٢٠١٤، ص٩.

الفرع الأول

حكم الولاية في الفقه الإسلامي

الولايـة سـلطة ممنوحـة مـن الشـرع بصـفة مباشـرة، تسـمح للـولي بـالحلول محـل القاصـر والمحجور عليهم فـي التصـرف فـي شؤونهم الشخصـية والماليـة، ولـيس للـولي متـى أسندت لـه مهمـة الولايـة إنهائهـا إلا بعذر مشروع وبـذلك فإن من أهم خصـائص الولايـة أنهـا ذات طبيعيـة شرعية وإلزاميـة فـي نفس الوقت، واستدل الفقهـاء علـى ثبوت الولاية على القصر من صـغير ومجنون ومعتوه وسفيه بآيات من الكتاب وأحاديث من السنة:

- **من الكتاب:**

قال تعالى: ﴿فانكحوهن بإذن أهلهن وءاتوهن أجورهن بالمعروف﴾[1]. دلت الآية على أن السيد هو ولي أمته لا تزوج إلا بإذنه[2].

- **من السنة:**

قـال رسـول الله صـلى الله عليـه وسـلم: ﴿لا نكـاح إلا بـولي﴾[3]. دل الحـديث أن كـل نكاح بدون ولـي باطل فالولي يعتبر شرط من شروط النكـاح[4]، كمـا تعتبـر الولايـة أنهـا ذات طبيعة شرعية وإلزامية.

ـ **الولاية ذات طبيعة شرعية:** يقصد بذلك أن الولايـة عن القاصـر والمحجور عليهم ولايـة نظمتهـا الشـريعة الإسـلامية تنظيمـا كـاملا من حيث منشؤها وآثارها، حتـى لا يتلاعب بهـا الأشـخاص، فحـددت الشـريعة الإسـلامية الأشـخاص الـذين يتولون هذه المهمة وفق ترتيب معين ومحدد على اختلاف بين المذاهب الفقهية.

---

[1] سورة النساء: الآية ٢٥.

[2] تفسير ابن كثير: (دار الأندلس للطباعة والنشر)، ط٣، ١٩٨١، ص٢٤٦.

[3] رواه الترميذي: كتاب النكاح باب استئمار الثيب والبكر ١٠٢٦، ج٣، ص٤١٧.

[4] ابن حجر العسقلانى: فتح الباري في شرح صحيح البخاري، (دار الريان للتراث)، ج٩، ١٩٨٧، ص٩٨.

ـ **الولاية إلزامية:** الولاية تعتبر من الحقوق المشتركة بين الله والعباد فهي تهدف إلى حماية حقوق القصر والمحجور عليهم فهي مصلحة عامة يجب على المجتمع أن يحافظ و يحرص عليها، فهي بذلك تعتبر وظيفة إلزامية وجوبية في حق من كلّفه الشرع بهذه المهمة فالولاية لا تنشأ باتفاق بين الولي والمولى عليه، وإنما تنشأ بموجب الشرع الذي تولى تنظيم أحكامها وتحديد الآثار المترتبة عليها، فالولي ليس له رفض هذه المهمة التي أوكلت إليه ولا يجوز له التنازل أو التخلي عنها ما دامت الشروط متوفرة فيه[1].

الفرع الثاني

أقسام الولاية في الفقه الإسلامي

تنقسم الولاية على عدة أقسام باعتبارات مختلفة، إما من حيث ذاتها وإما من حيث مصدرها وإما من حيث ثبوتها للإنسان على نفسه أو غيره، أو من حيث موضوعها.

أ/ تقسيم الولاية من حيث ذاتها:

تنقسم الولاية من حيث ذاتها إلى ولاية عامة وولاية خاصة، فالعامة هي الثابتة لرئيس الدولة أصالة، والقضاء نيابة عنه بصفتهم حكاما.

والخاصة هي الثابتة للأفراد بصفتهم الشخصية لا بصفتهم حكاما[2]، فالمالكية يرون أن الولاية العامة سببها الإسلام، أما الولاية الخاصة فلها ستة أسباب هي الأبوة الإيصاء، العضوية، الملك، الكفالة والسلطة[3].

---

[1] بن ملحة الغوثي: قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، (ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر)، ط٢، ٢٠٠٨، ص ٢٠٥.

[2] بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الزواج والطلاق، (دار النهضة العربية، بيروت)، ج١، دط، دت، ص ١٣٤.

[3] الدردير أحمد بن محمد: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب مالك، (دار المعارف مصر)،ج٣، دط، ١٣٩٢هـ، ص ٣٥١-٣٦٣.

ب/ تقسيم الولاية من حيث مصدرها:

تنقسم الولاية من حيث مصدرها إلى ولاية ذاتية، وهي ما تعرف بالولاية الأصلية وولاية مكتسبة، وهي ما اصطلح عليها بالولاية النيابية.

- **فالذاتية أو الأصلية:** هي الولاية التي تثبت ابتداء من دون أن تكون مستمدة من الغير كولاية الأب والجد على الولد القاصر، أو الابن على أبيه وجده وأمه إذا فقدوا الأهلية فهذه الولاية ثابتة بسبب الولادة، والولادة أمر ذاتي لا ينفك عن صاحبه. وهذه الولاية أيضا لا تقبل الإسقاط أو التنازل عنها.
- **أما المكتسبة أو النيابية:** فهي الولاية التي تعتمد على غيرها كولاية القاضي والوصي فالقاضي يستمد ولايته من الحاكم والإمام فهو ثابت عنه فيما يتولاه من الأمور، والوصي ولايته مستمدة ممن أقامه وصيا، فهو نائب عنه في الوصية وفيما يتولاه من شؤون القاصر وهذه الولاية يمكن التنازل عنها أو إسقاطها[1].

ج/ تقسيم الولاية من حيث ثبوتها للإنسان على نفسه أو غيره:

تنقسم الولاية من حيث ثبوتها للإنسان على نفسه أو غيره إلى ولاية قاصرة وولاية متعدية[2]:

- **فالقاصرة:** هي ولاية الشخص على نفسه وماله، وهي تثبت للشخص الكامل الأهلية بالبلوغ والعقل.
- **المتعدية:** هي ولاية الشخص على غيره، ولا تكون إلا لمن تثبت له ولاية على نفسه.

---

[1] مصطفى الرفاعي: نظام الأسرة عند المسلمين والمسحيين فقها وقضاء، (الشركة العامة للكتاب)، ط١، ١٩٩٠، ص٣١.

[2] بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ص ٣٤.

د/ تقسيم الولاية من حيث موضوعها:

تنقسم الولاية من حيث موضوعها إلى ثلاثة أقسام: ولاية على النفس وولاية على المال وولاية على النفس والمال معا.

- **ولايـة علـى الـنفس:** الولايـة علـى الـنفس هـي الإشـراف علـى شـؤون القاصـر الشخصية والولاية على النفس تتمثل في أمرين[1] :

الأمـر الأول يتعلـق بالتربيـة والحفـظ فـي شـؤون الرضـاعة والحضـانة. أمـا الثـاني فيختص بالتزويج، وهو إعطاء الحق للولي أن يتولى عقد زواج المرأة التي هي تحت ولايته هذا وقد حرّر المشرّع الجزائري في قانون الأسرة الجديد المرأة البالغة الراشدة من الولاية بحيث جعلها تعقد الزواج بنفسها إضافة إلى إعطائها حرية اختيار الولي الذي يحضر معها عقد زواجها سواء كان أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، وهذا ما نصت عليه المادة ١١ من قانون الأسرة على النحو التالي " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره.

- **الولاية على المال:**

الولايـة علـى المـال هـي تـدبير شـؤون القاصـر الماليـة مـن اسـتثمار وتصـرف وحفـظ وإنفاق[2].

- **الولاية على النفس والمال معا:**

الولايـة علـى الـنفس والمـال معـا تشـمل الشـؤون الشخصـية والماليـة[3]، كولايـة الأب علـى أولاده فاقد الأهلية أو ناقصها[4].

---

[1] وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، (دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا)، ج٧، ط٢، ٢٠١٢ ص١٨٧.

[2] المرجع نفسه، ص ١٨٧.

[3] المرجع نفسه، ص١٨٧-١٨٨.

[4] بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ص٧٤.

الفرع الثالث

شروط الأولياء وترتيبهم في الفقه الإسلامي

أولا: شروط الأولياء في الفقه الإسلامي:

١- **العقل:** ولا خلاف بين الفقهاء فيه باعتبار أن الولاية إنما تثبت نظرا للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه، ومن لا عقل له لا يمكن له النظر في شؤون غيره فغيره أولى في أن يتولاه سواء في من به نقص من عقل لصغره كطفل، أومن ذهب عقله بجنون، أو كبر، أوعته، فلا تسمح ولاية المجنون والسكران والمعتوه والشيخ الهرم إذا أبدى أي ضعف فهو لا يعرف حفظ مصالحه فكيف به حفظ مصالح غيره.

٢- **البلوغ:** ذهب جمهور العلماء إلى اشتراط البلوغ في الولي فلا ولاية للصغير لعدم البلوغ الذي هو علامة تكامل القوى العقلية، فهو لا يعرف المصلحة ولا يقدرها لنقصان عقله وبالتالي لا تصح توليته على غيره.

٣- **الإسلام:** ولا يثبت لكافر ولاية على مسلم وهو قول عامة أهل العلم أيضا، حتى ولو كان الولي أبا[١].

٤-**العدالة:** أي الاستقامة على أمور الدين والأخلاق والمروءة فلا ولاية للفاسق، لأن فسقه لا يجعله مهتما في راعية مصالح غيره، فالولي يجب أن يكون على استقامة[٢].

- **المثبتون له:** وهم الشافعية والحنابلة على الأرجح عندهم أنه لا يجوز ولاية لغير العدل في الولاية الخاصة سواء في ولاية الزواج أو الولاية على القصر في أنفسهم وأموالهم لأن الولي لا يكون موضوعا بالرشد إلا إذا كان عدلا أمينا في ذاته.
- **النافون له:** وهم الحنفية والمالكية الذين يرون أن العدالة ليست شرطا في ثبوت الولاية فللولي عدلا كان أو فاسقا تزويج ابنته أو تربية وتأديب أولاده ومن هم

[١] الزيعلي: تبين الحقائق شرح منتهى الدقائق، (دار الكتب العلمية، بيروت) ج٢، ط١، ٢٠٠٠، ص٤٩٣.

[٢] وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج٩، ص٦٧٠١.

تحت ولايته والمحافظة على أموالهم.

٥-الذكورة: باتفاق جميع الفقهاء أن الذكورة شرط من شروط الولاية، فالمرأة لايكون لها ولاية علي نفسها فكيف تكون لها ولاية علي غيرها[١].

٦-القدرة: على التصرف بأمانة: لأن المقصود من الولاية تحقيق مصلحة المولى عليهم، وهي لا تتحقق مع العجز وعدم الأمانة.

ثانيا: ترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي:

اختلاف الفقهاء لمن تثبت له الولاية على مال المحجور عليهم فقد اختلفوا في ترتيبهم، وقدم كل منهم الأولياء ممن رأوه أحرص على مال القصر، وقد اتفقوا جميعا على أن أول من تثبت له الولاية هو الأب ثم اختلفوا في الذي يليه فكان لهم في ذلك خمسة أقوال هذا تفصيلها:

- **القول الأول: الحنفية:**

قالوا أن الولاية على مال القاصر تثبت لثمانية أشخاص هم الأب ثم وصيه فوصى وصيه ثم الجد فوصيه، فوصى وصيه تم القاضي فوصيه و ليس لمن سوى هؤلاء من الأم والأخ والعم وغيرهم من ولاية التصرف في مال القاصر لأن الأخ والعم قاصر الشفقة.

- **القول الثاني: المالكية:**

تثبت الولاية حسبهم للأب فوصية ثم الوصي، ثم للحاكم ولجماعة المسلمين، وأما غير هؤلاء من أم أو أخ وعم أو غيرهم من العصابات فلا ولاية لهم على مال القاصر[٢].

---

[١] ابن جزي: القوانين الفقهية، (دار الكتب، الجزائر)، دط، ١٩٨٧، ص١٦٢.

[٢] عبد الرحمان الجزيري: الفقه علي المذاهب الأربعة، (دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع)، ج٢، دط، دت، ص٣٥٤-٣٥٥.

- **القول الثالث: الشافعية:**

تثبت الولاية عندهم للأب تم يليه الجد أبو الأب وإن علا ثم لوصي الأب والجد ثم القاضي، والراجح عندهم أن الأم لا ولاية لها إلا إذا أقامها الأب أو الجد أو القاضي والحكم ذاته ينطبق على غيرها من باقي العصابات[1].

- **القول الرابع: الحنابلة:**

تثبت الولاية عندهم أولا للأب ثم وصيه أو من يقوم مقامه، ثم الحاكم وإلا لجماعة المسلمين[2].

الفرع الرابع

نهاية الولاية في الفقه الإسلامي

أ/بالنسبة للقصر:

١. **الوفاة:** إذا توفي القاصر المشمول بالولاية.

٢. **البلوغ:** وهو أن يصبح القاصر قادر على تولى شؤونه بنفسه.

٣. **زوال سبب الحجر:** فإذا زال سبب الحجر على المحجور عليه كما لو صار السفيه رشيدا يحسن التصرف في أمواله، تنتهي الولاية عليه.

ب/بالنسبة للنائب:

- موت الولي أو نقص في أهليته.

- سلب الولاية عنه: لسبب من الأسباب كالحكم على الولي بجريمة الاغتصاب أو هتك العرض، التي تقع على أحد ممن تشملهم الولاية أو من حكم عليه لجناية وقعت على نفس أحدهم أو حكم على الولي بالإشغال الشاقة أو المؤقتة.

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

---

[1] عبد الرحمان الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، ص٣٥٦.

[2] رمضان علي السيد الشرنباصي: جابر عبد الهادي سالم الشافعي، (منشورات الحلبي، بيروت لبنان)، ط١، ٢٠٠٦، ص٢٢٣.

غائبا أو اعتقاله تنفيذا لحكم القضائي أو الولي كالمحكوم عليه بشهر لإفلاس، وللولي الذي أوقفت ولايته لسبب من الأسباب وقف الولاية استردادها إذا زال سبب وقفها[1].

المطلب الثالث

أحكام الولاية في القانون الجزائري

سوف نتطرق في هذا المطلب إلى الحديث عن أحكام الولاية في القانون الجزائري، وذلك ببيان حكمها في القانون الجزائري في الفرع الأول، ومعرفة شروط الأولياء وترتيبهم في القانون الجزائري في الفرع الثاني، لنختم في الفرع الثالث بنهاية الولاية في القانون الجزائري.

الفرع الأول

حكم الولاية في القانون الجزائري

المشرّع الجزائري وفي المواد من ٨٧ إلى ٩١ أشار إلى الولاية وأقرها في قانون الأسرة الجزائري وفصل في أحكامها وبهذا فإن القانون الجزائري خصص للولاية في الكتاب الثاني من قانون الأسرة المتعلق بالنيابة الشرعية في الفصل الثاني الخاص بالحديث عن الولاية في مواده من المادة ٨٧ إلى المادة ٩١.

الفرع الثاني

شروط الأولياء و ترتيبهم في القانون الجزائري

أولا: شروط الأولياء في القانون الجزائري: لقد نص المشروع الجزائري على الشروط الواجب توفيرها في الولي حتى يتمتع بحق الولاية على القصر، وقد أدرجها المشرع الجزائري في المادة ٩٣ من قانون الأسرة التي جاء نصها (يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغا قادرا أمينا حسن التصرف وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه

[1] بوشمة خالد: نظرية الشخصية في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل درجة الدكتوراه تخصص أصول الفقه (كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر خروبة)، دت، ص٣٨٧.

الشروط المذكورة)[1] .

١ – **البلوغ مع العقل:** هو انتهاء مرحلة الصغر ودخول مرحلة كمال الأهلية وذلك ببلوغه سن١٩ سنة.

٢ – **الإسلام:** يشترط في الولي أن يكون متحد في الدين مع القصر فلا يكون إثبات الولاية لغير مسلم[2].

٣ – **الأمانة والعدل:** يشترط في الولي أن يكون أمينا عادلا نزيها في أداء واجباته وحقوقه على الوجه المطلوب منه.

٤– **حسن التصرف:** على الولي أن يتصرف في أموال القاصر بحرص فلا تثبت الولاية لمن كان مشكوك فيه بطمعه للمال.

ثانيا: ترتيب الأولياء في القانون الجزائري:

في قانون الأسرة الجزائري جاءت المادة ٨٧ منه لتحديد ترتيب الأولياء حيث جاء نصها: (يكون الأب وليا علي أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل محله الأم في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد)[3].

الفرع الثالث

نهاية الولاية في القانون الجزائري

بالرجوع إلى النص المادة ٩١ من (ق أ ج) نجد أن أسباب نهاية الولاية هي أربعة: – العجز – الموت – الحجر – إسقاط الولاية.

١) نهاية الولاية لعجز الولي: إن الولاية إلزامية إلا أن القانون أجاز للولي أن

---

[1] بلعروسي أحمد التجاني: قانون الأسرة المادة ٩٣، (دار هومة، الجزائر)، دط، ٢٠١٣، ص١٩.

[2] زوبيد أقروفة: الإبانة في أحكام النيابة، ص٤٥.

[3] المرجع السابق: بلعروسي أحمد التجاني، ص١٨.

يطلب إعفاؤه من أعبائها وهو ما يعرف بالتنحي عن الولاية ولا يمكن التنحية عن الولاية إلا بإذن المحكمة فإذا قبلت تنحى الولي وأقامت وصيا على القاصر يرعى مصالحه وذلك إذا كان الولي هو الجد الصحيح أو كان هو الأب ولم يختر وصيا ولم يوجد الجد الصحيح.

٢) نهاية الولاية لموت الولي أو فقد أهليته: تنتهي الولاية الأصلية على مال القاصر بموت الولي موتا طبيعيا أو حكميا طبقا للمادة ٩١ من قانون الأسرة (تنتهي وظيفة الولي بموته....) فحماية للقاصر ولأمواله يوضع حدا للولاية بموت الولي على أساس أنها ستبقى بدون شخص يحميها وينميها وهذا ما جعل الموت الحكمي الذي يكون بعد ٤ سنوات من صدور الحكم، وتنتقل بذالك الولاية لمن يليه في المرتبة، لكن في حالة فقدان الولي لأهليته فإن هذا الأمر يجعله عاجزا عن تولي شؤونه وإدارة أمواله فيحتاج هو بذاته إلى من يقوم برعاية مصالحه، لذلك لا يمكن أن يبقى له حق إدارة أموال القاصر وشؤونه الخاصة، وهذا ما جعل المشرع يسقط الولاية الأصلية والمكتسبة عن الولي في كل من المادة ٩١ من قانون الأسرة والمادة ٩٦ من نفس القانون التي تنص على مايلي (تنتهي مهمة الوصي بموت القاصر أو زوال أهلية الوصي أو موته وبلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه أو انتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها)[١].

٣) نهاية الولاية بالحجر على الولي: تسقط الولاية على مال القاصر بالحجر على وليه، ففي حالة الحجر على الشخص تزول أهليته وتصبح جميع تصرفاته باطلة وكذلك تصرفاته اتجاه الغير، فوظيفة الولي تنتهي بمجرد الحجر عليه لأن الحجر يأتي نتيجة زوال الأهلية بسبب الجنون أو السفه أو الغفلة، وبالتالي فالمحجور عليه يمنع من التصرفات في ممتلكاته وكذا ممتلكات من كان تحت ولايته.

[١] بلعروسي أحمد التجاني: قانون الأسرة المادة ٩٣، ص١٨-١٩.

٤) نهاية الولاية بإسقاطها عن الولي: المشرع لم يوضح المقصود بإسقاط الولاية فهل يتم ذلك بناء على طلب من له مصلحة في ذلك عند ثبوت سوء تصرف الولي أو تقصيره في إدارة أموال القاصر إلى حد تعرض مصالح هذا الأخير للحظر، أم هو الإسقاط المنصوص عليه في المادة ١٩ من قانون العقوبات الجزائري كتدبير من تدابير الأمن الشخصية الذي وضحته المادة ٢٤ من نفس القانون بنصها على أنه " عندما يحكم القضاء على الأصول لجناية أو جنحة وقعت منه على أولاده القصر ويقرر أن السلوك العادي للمحكوم عليه يعرضهم لحظر مادي أو معنوي فإنه يجوز له أن يقضي بسقوط سلطته الأبوية ويجوز أن ينصب هذا السقوط على كل السلطة الأبوية أو بعضها[١].

المبحث الثاني

الوصاية وأحكامها بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الوصاية كنظام من أنظمة النيابة الشرعية لها أحكامها الخاصة بها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، فالوصي له سلطة على القصر من مجنون ومعتوه وسفيه، وسنحاول في هذا المبحث أن نتطرق إلي أحكام الوصاية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري وفقا للمطالب الآتية :

المطلب الأول: سنتناول فيه ماهية الوصاية.

المطلب الثاني: سنتطرق إلى أحكام الوصاية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: سنبين فيه أحكام الوصاية في القانون الجزائري.

[١] محمد سعيد جعفور: مدخل للعلوم القانونية، (دار هومة الجزائر)، دط، ٢٠١١، ص٣١١.

المطلب الأول

ماهية الوصاية

في هذا المطلب سنحاول التعرف على ماهية الوصاية وذلك من خلال التعريف اللغوي لها في الفرع أول، والتعريف الشرعي لها في المطلب الثاني، والتعريف من الجانب القانوني في الفرع الثالث.

الفرع الأول

مفهوم الوصاية لغة

الوصاية جمع وصايا وهي الولاية على القاصر.الوصي: المُوصي والموصى والوصي من يوصى له ويقوم علي شؤون الصغير.

والوصاية تعني طلب شخص من غيره شيئا ليفعله له، ومعني ذلك جعله وصيه يتصرف في أمره وماله[1].

الفرع الثاني

مفهوم الوصاية شرعا

عرّف الحنفية الوصاية على أنها طلب الشيء من الغير بعد الوفاة أو الغيبة كقضاء ديونه أو الحفاظ علي أمواله أو تزويج بناته فالوصاية عندهم إنابة بعد الموت. وعرفها المالكية أنها عقد يوجب نيابة عن عاقده بعد موته.

أما الشافعية فقد عرفوا الوصاية بأنها إثبات تصرف مضاف إلى ما بعد الموت أو هي العهد على من يقوم على أولاده بعده، أما الحنابلة فعرفوها بأنها جعل التصرف للغير بعد موته. ففقهاء الشريعة الإسلامية اتفقوا على تعريف الوصاية بأنها أمر بالتصرف بعد الموت[2].

---

[1] زوبيدة، أقروفة: الإبانة في أحكام النيابة، ص٦٠.

[2] عبد الله محمد سعيد ريابعة: الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، (أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله الجامعة الأردنية ٢٠٠٥) ص١٧– ١٨.

الفرع الثالث

مفهوم الوصاية من الجانب القانوني

المشرّع الجزائري لم يعرف الوصاية وإنما اكتفى بذكرها فقط فذكر الوصي المختار من الأب والجد والوصي المعين من القاضي.

إلا أن فقهاء القانون ذكروا بعض التعريفات منها تعريف الدكتور الجبوري علي حيث عرف الوصاية على أنها: نوع من أنواع النيابة وتسمي بالولاية المكتسبة، وهي التي تكون بتسليط من الغير فيكتسبها صاحبها من الغير نيابة عنه، سواء كان وليا خاصا كالأب والجد أو عاما كالقاضي.

أما الدكتور عمرو عيسي فقد عرّف الوصاية: على أنها نظام لرعاية أموال القاصر فهي شبيهة بالولاية، غير أن الولاية لا تكون إلا للأب أو الجد وأساسها القرابة فإذا توفيا استلزم الأمر الأخذ بالوصاية، وذلك بتعين وصي تتوفر فيه الشروط القانونية[1].

ويمكن استخلاص تعريف للوصاية أيضا بأنها تفويض من له سلطة التصرف لمكلف للقيام بالتصرف بدله.

ويمكن تعريفها أيضا بأنها وسيلة يمنحها القانون للشخص الذي أوكلت له مهمة مصالح القاصر بتعين من الأب أو الجد أثناء حياتهما إذا لم تكن هناك أم للقاصر تمارس عليه الولاية.

المطلب الثاني

أحكام الوصاية في الفقه الإسلامي

سنتناول في هذا المطلب أحكام الوصاية وذلك بذكر حكمها في الفرع الأول لننتقل بعد ذلك إلى شروط الوصي في الفرع الثاني، وفي الفرع الثالث سنتطرق إلى

[1] موسوس جميلة: الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة ماجستير – العقود والمسؤولية (كلية الحقوق، جامعة بومرداس ٢٠٠٦) ص٩٩.

أنواع الأوصياء في الفقه الإسلامي، لنختم في الفرع الرابع بنهاية الوصاية في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول

حكم الوصاية في الفقه الإسلامي

الوصاية سلطة تمنح للوصي على القصر والمحجور عليهم حيث اختلف الفقهاء على موضوعها هل تشمل الأمور الشخصية والمالية معا أم أنها تقتصر إلا على الأمور المالية فقط.

فالوصاية لها نفس حكم الولاية إلا أنها ليست إلزامية أي أن الوصاية لها طبيعة الشرعية فهي ثابتة بالشرع لكنها ليست إلزامية فالوصي يستطيع أن يعزل نفسه متى شاء.

الفرع الثاني

شروط الأوصياء وتعددهم في الفقه الإسلامي

أولا: شروط الوصي:

شروط الوصي فى الفقه الإسلامي هي نفسها شروط الولي كذلك وهي كالآتي:

١- **العقل:** ولا خلاف بين الفقهاء فيه باعتبار أن الولاية إنما تثبت نظرا للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه، ومن لا عقل له لا يمكن له النظر ولا يلي نفسه فغيره أولى، سواء في هذا من لا عقل له لصغره كطفل، ومن ذهب عقله بجنون، أو كبر سنه، أو عته، فلا تسمح ولاية المجنون والسكران والمعتوه والشيخ الهرم إذا أفند أي ضعف، أي من الكبير فلا يعرف الحفظ لمصالحه وكذالك ينطبق هذا الشرط على الوصي.

٢- **البلوغ:** ذهب جمهور العلماء إلى اشتراط البلوغ في الولي فلا ولاية للصغير لعدم البلوغ الذي هو علامة تكامل القوى العقلية فهو لا يعرف المصلحة ولا يقدرها لنقصان

عقله وبالتالي لا تصح توليته على غيره، وهو نفس الشرط بالنسبة للوصي.

٣- **الإسلام:** فالوصاية لا تثبت لكافر على مسلم باتفاق أهل العلم.

٤- **العدالة:** أي الاستقامة فالوصي لابد أن يكون مستقيما حريصا على من هم تحت سلطته.

٥- **الأمانة والعدالة.**

٦- **حسن التصرف.**

ثانيا: تعدد الأوصياء في الفقه:

الأصل أن يكون للقصر وصي واحد يتولى شؤونه، غير أنه يمكن للموصى أن يوصى لأكثر من واحد في عقد واحد، سواء بالمشاركة أو بالإنفراد في التصرف، ولا خلاف بين ذلك للفقهاء، حيث أن الخلاف يكون في عدم التحديد، فجمهور الفقهاء قالوا أنه لابد من اجتماع الأوصياء في الرأي والاشتراك في التصرفات احتراما لرغبة الموصى، فيجب أن يكون تصرف أحدهما موقوف على تصرف الآخر أو بتوكيل منه. وذهب أبو يوسف بقوله أنه يمكن لكل وصي أن ينفرد برأيه دون علم الآخر[١].

الفرع الثالث

أنواع الأوصياء وسلطاتهم في الفقه الإسلامي

أولا: أنواع الأوصياء:

-**الوصي المختار:** يعرفه الفقهاء أنه وصي الأب ووصي الجد لأن الأب والجد يختار خليفته في الولاية على القصر بعد وفاتهم[٢].

والوصي المختار مقدم على الجد عند الحنفية ويليه فى الفقه الشافعي ويكون بعد الأب في الفقه المالكي والحنبلي لعدم إقرارهما لولاية الجد.

-**الوصي المعين:** هو الذي يعينه القاضي، حيث اتفق الفقهاء على أن القاضي ولي

[١] موسوس جميلة: الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي ، ص ١١٨- ١١٩.

[٢] محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، (دار الفكر العربي مصر) ص ٤٨٠.

من لا ولي له لقوله صلى الله عليه وسلم (السلطان ولي من لا ولي له)[1].

ووصي القاضي كالوصي المختار يتصرف في كل ما كان نافعا للقاصرين ويقوم بالإشراف على شؤونهم ويعمل على حفظ أموالهم وتنميتها.

الولي الخاص: هو الذي يتم تعينه من المحكمة ويعين له القاضي المهام الموكلة له حيث تنقضي وصايته بانقضاء المهمة التي أسندت له.

حيث أجمع الفقهاء على جواز تخصيص وصي القاضي وثار الخلاف حول جواز تخصيص الوصي المختار فقال جمهور الفقهاء أن وصي القاضي يقبل التخصيص، أما الحنفية يرون أن الوصي المختار لا يقبل التخصيص لأن الوصاية لا تتجزأ، وسبب التفرقة بين وصي الأب ووصي القاضي كون أن القاضي موجود دائما يستطيع أن يختار وصيا آخر للتصرفات الباقية أما الأب فلا يمكن الرجوع إليه إن توفي[2].

ثانيا: سلطات الوصي:

١.الوصي المختار: تصرفات الوصي المختار وسلطته تتشابه إلى حد كبير مع سلطات الولي إلا أنها تختلف في بعض المسائل ومن بين التصرفات التي يباشرها الوصي هي:

- قبول التبرعات والهبات وقبض الديون.
- يتصرف الوصي مما يحتمل النفع. والضرر كالاتجار بأموال القصر، وبيع منقولاتهم.
- بدل الجهد والوسع لتحقيق فائدة للقصر.

٢.الوصي المعين: الوصي المعين يقبل التخصيص فيتقيد بما خصص له.

- فلا يجوز له أن يجري البيع والشراء بينه وبين من هم تحت وصايته ذلك لأنه

[1] عبد الله محمد سعيد: الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، ص ٥١.

[2] موسوس جميلة: الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، ص ١١٣.

نائب القاضي.

- الوصي المعين لا يملك تعين وصي من بعده على مال القاصر، إلا إذا جعل القاضي ذلك في قرار تعينه، عكس الوصي المختار فله أن يختار وصيا من بعده .

الوصي المعين قابل للعزل، حتى ولو توفرت فيه جميع شروط صلاحية الوصاية ذلك لأنه ولي القاضي، وللموكل عزل وكيله، أما الوصي المختار فلا يملك القاضي عزله دون سبب مبرر لذلك[1].

الفرع الرابع

نهاية الوصاية في الفقه الإسلامي

تنتهي الوصاية في الفقه الإسلامي بالأسباب التالية:

١.بالرشد والترشيد: إذا زال سبب الوصاية وهو قصور أهلية القصر، أو الإفاقة من عته، أو جنون أو غفلة انتهت الوصاية على مال القصر فلا وصاية على راشد[2] لقوله تعالى:﴿ فإن ءانستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم﴾[3].

وقد اتفق الفقهاء من المالكية والشافعية والحنفية بزوال الوصاية على القصر متى زال السبب في الوصاية عليهم ولم يحدد الفقهاء سن الرشد للقاصر بل حددوها بالنضج، كما تنتهي الوصاية بالترشيد كأن يعرف الوصي بأن القاصر رشيد وقادر على التصرف فيرفع عنه الوصاية بإذن القاضي.

٢.انتهاء الوصاية بموت القاصر: تنتهي الوصاية بموت القاصر وتصبح أمواله تركة تقسم على الورثة.

---

[1] عبد السلام الرفيعي: الولاية على المال في الشريعة الإسلامية، (مطابع إفريقيا، الدار البيضاء، المغرب)، دط، ١٩٩٦، ص ٧٢.

[2] المرجع نفسه، ص ٤٧٠.

[3] سورة النساء، الآية ٠٦.

٣.انتهاء الوصاية بالاستقالة: للوصي أن يقدم طلب الاستقالة للقاضي، وللقاضي أن يقبل استقالة الوصي إذا رأي مصلحتها للقصر.

٤.انتهاء الوصاية بالعزل: وهو إعفاء الوصي من مهامه لتخلف شرط من شروط الوصاية في الوصي أو لعارض عارضه كمرض أو جنون، وهو إجراء يتخذه القاضي في مواجهة الوصي لمصلحة القصر.

وقد يكون العزل من الموصي، إن رأى في عزل الوصي مصلحة للقصر، وقد ميز فقهاء الشريعة في سلطة القاضي في عزل الوصي.

١.العزل عند الحنفية: عزل القاضي للوصي يأخذ ثلاث حالات وهي:

- **الحالة الأولى:** إذا كان الوصي عدلا كفؤا، فيستحب عدم عزله من طرف القاضي.
- **الحالة الثانية:** إذا كان الوصي عدلا غير كفؤا، فيستحب أن لا يعزله القاضي بل يعين له من يساعده في وصايته .
- **الحالة الثالثة:** إذا كان الوصي غير عدل، فيعزله القاضي وجوبا.

٢.العزل عند المالكية والحنابلة: يري كل من المالكية والحنابلة أن الوصي مثل الولي يعزل لفسقه أو لفقده شرطا من شروط الولاية، أو لضعفه في أداء مهامه على الوجه الصحيح .

٣.العزل عند الشافعية: اعتبر الشافعية العزل أساس ممارسة الوصاية على المال وزوال العدالة يمنع ممارسة الوصاية على القصر فقالوا: تزول وصاية الأب والوصي والحاكم لفسوقهم فإن عادوا إلى العدالة، عاد الأب لولايته دون الوصي والحاكم، لأن فسوق الأب مانع، وفسوق الوصي والحاكم قاطع[١].

[١] عبد السلام الرفيعي: الولاية على المال في الشريعة الإسلامية، ص ٤٦٠– ٤٦١.

المطلب الثالث

أحكام الوصاية في القانون الجزائري

بعد ما تعرفنا على أحكام الوصاية في الفقه الإسلامي في المطلب السابق سنحاول في هذا المطلب وبنفس الترتيب أن نتطرق إلى أحكام الوصاية في القانون الجزائري وذلك من خلال الفروع الآتية: الفرع الأول خصصناه لمعرفة حكم الوصاية في القانون الجزائري، لنحاول في الفرع الثاني معرفة شروط الأولياء وتعددهم في القانون الجزائري أما الفرع الثالث خصصناه للحديث عن أنواع الأوصياء وسلطاتهم التي منحها لهم القانون، لنختم بالفرع الرابع الذي يتحدث عن نهاية الوصاية في القانون الجزائري.

الفرع الأول

حكم الوصاية في القانون الجزائري

جاءت المواد من ٩٢ إلى ٩٨ من (ق أ ج) لتتكلم عن الوصاية وعن الأشخاص المعنيين بهذا النظام، والشروط الواجب توفرها في الأشخاص القائمين بالوصاية وكيفية إثبات الوصاية لهم، وكيفية التعامل مع أموال أوصيائهم إذا انتهت مهمتهم، والمسؤولية التي تلاحقهم في حال تقصير الوصي.

فالمشرّع الجزائري أفرد للوصاية سبعة مواد في الكتاب الثاني الخاص بالنيابة الشرعية في الفصل الثالث الخاص بالوصاية من قانون الأسرة، وهذا يدل على اهتمام المشرع بحقوق القصر[١].

الفرع الثاني

شروط الأوصياء وتعددهم في القانون الجزائري

أولا: شروط الأوصياء:

جاءت المادة ٩٣ من (ق أ ج) تبين شروط الوصي لتولي هذه السلطة وهي نفس

[١] بلعروسي أحمد التجاني: قانون الأسرة المادة ٩٣، ص١٩ – ٢٠.

الشروط التي رأيناها سابقا بالنسبة للولي وهي كما جاءت في نص المادة بالترتيب:

- الإسلام.
- العقل.
- البلوغ.
- أن يكون قادرا أمينا.
- حسن التصرف.

ثانيا: تعدد الأوصياء:

المشرّع الجزائري لم يقر بالتعدد وذلك ما نفهمه من نص المادة ٩٢ من ق أ ج (إذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مرعاة أحكام المادة ٨٦ من هذا القانون).

الفرع الثالث

أنواع الأوصياء في القانون الجزائري

١.**الوصي المختار**: وهو من يختاره الأب قبل وفاته وصيا على ولده القاصر ليقوم بإدارة أمواله ورعايتها حتى يبلغ سن الرشد. من له حق إقامة الموصي المختار.

حدد القانون من لهم حق إقامة الوصي المختار على سبيل الحصر وهما الأب والجد الذين لهما العلم بمصالح الولد ولغلبة الشفقة لديهما وحسن الاختيار، ووجود المصلحة لديهما في اختيار أكثر الناس كفاءة لتحقيق الأغراض التي قصدوها وهذا ما نصت عليه المادة ٩٢ من ق أ ج (يجوز للأب أو الجد تعين وصي للولد إذا لم تكن له أم تتولى أموره، أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصح منهم مع مرعاة أحكام المادة ٨٦ من هذا القانون)[١].

[١] بلعروسي أحمد التجاني: قانون الأسرة المادة ٩٣، ص١٩.

٢.**الوصي المعين:** هو الوصي الذي يتم تعينه من قبل القاضي إن لم يكن للقاصر أبا أو جد أو وصي مختار أو كان له وصي مختار ولكن لم تتوفر فيه الشروط الواجب توفرها في الوصي بحيث يقوم بالإشراف على شؤون حياة القاصر فهو مطلق اليدين في التصرف في الأموال .

وقد نصت المادة ٩٩ من قانون الأسرة على ما يلي المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقدا الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة[١].

٣.**الوصي الخاص:** يعين هذا الوصي من قبل المحكمة ليتولى القيام بمهمة معينة تخص القاصر، مع ضرورة عدم تجاوز المهلة الممنوحة له والمشرّع الجزائري نص عليها في المادة ٩٥ من ق أ ج وجاء فيها (للوصي نفس سلطة الولي في التصرفات وفقا للأحكام المواد ٨٨- ٨٩- ٩٠) من هذا القانون.

فإذا تعارضت مصالح الولي مع مصالح القاصر فالمحكمة تتدخل وتعين متصرف خاص، وهذا الأخير له دور في حماية القاصر، ويساهم في تخفيف الضغط على الوصي والحفاظ على أموال القاصر[٢].

٤.**الوصي المؤقت والوصي الدائم:** الوصي المؤقت يعين من طرف القاضي لمدة زمنية معينة، لأن الوصي الذي يعينه الأب أو الجد هو وصي مختار، ويكون دائم والمشرع الجزائري سكت عن الوصي المؤقت وأرجع ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

حيث يعين الوصي المؤقت في حالتين، في حال وقف الوصي لسبب من الأسباب أو في حالة وقف الوصي لإضراره بمصلحة القصر[٣].

---

[١] بلعروسي أحمد التجاني: قانون الأسرة المادة ٩٣، ص٢٠.

[٢] صورية غربي: حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص (جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان)، ٢٠١٤، ص١٦٠ – ١٦١.

[٣] صورية غربي: حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، ص ١٦٢.

وحتى لا تضيع أموال القصر بين يد غير أمينة من المستحسن أن يعين القاضي وصي مؤقت إلى حين عودة الوصاية إلى صاحبها أو إلى حين تعين مقدم دائم من قبل القاضي.

الفرع الرابع

نهاية الوصاية في القانون الجزائري

١. وفاة القصر:

إذا توفي أحد من القصر ممن تقوم الوصاية عليهم فإن مهام الوصي تنتهي فلم يعد هناك موجب لبقاء الوصي على الوصاية لأن السبب الذي جعل الوصي وصيا زال، فوجب على الوصي حينها تسليم كل ما بحوزته من أموال القصر إلى ورثته، بعد أن يعرض أمر الوفاة على قاضي شؤون الأسرة الذي يتخذ ما يراه مناسبا في ذلك[١].

٢. وفاة الوصي:

إذا توفي الوصي انتهت مهمته كليا، ووجب منح الوصاية لشخص آخر يعينه قاضي شؤون الأسرة بناء على طلب من له مصلحة في ذلك، وتسلم أموال القصر إلى ورثته من أجل حفظها وإدارتها.

٣. زوال أهلية الوصي:

بمجرد فقد الوصي للأهلية يفقد صلاحياته في مباشرة مهمة الوصاية، حيث لا يعقل أن يتولى شؤون القصر شخص ناقص الأهلية أو فاقدها في الوقت الذي لا يملك هو شخصيا القدرة على مباشرة أموره المالية والشخصية.

والمشرع الجزائري في المادة ٩٦ من قانون الأسرة التي تنص على مايلي: (تنتهي مهمة الوصي بموت القاصر، أو زوال أهلية الوصي أو موته).

[١] نواري منصف: الوصاية علي القاصر في ق أ ج مذكرة ماستر في الحقوق قسم القانون (جامعة محمد خيضر بسكرة ٢٠١٤ – ٢٠١٥)، ص ٦٩.

فالمشرع في نصه هذا اقتصر ذكره لحالة انتهاء الوصاية بالنسبة للوصي، إما بموته أو زوال أهليته، وزوال الأهلية تكون فقط في حال المعتوه والمجنون ويخرج منها كل من السفيه وذو الغفلة اللذان يحجر عليهما، فكان من الأجدر أن يرد في نص المشرع فئة المحجور عليهم، وذلك بزيادة كلمة الحجر فيكون النص كالأتي:(تنتهي مهمة الوصي بموت القاصر، أو زوال أهلية الوصي أو الحجر عليه أو موته).

٤. بلوغ القاصر سن الرشد:

تنص المادة ٤٠ من ق م على أن كل من بلغ سن الرشد وكان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية فبمجرد بلوغ القاصر سن ١٩ سنة ترد له أمواله للتصرف فيها وتنتهي بذلك ولاية الولي، وهذا ما نصت عليه المادة ٩٦ من ق أ المتعلقة بأسباب انتهاء الوصاية على أنه تنتهي مهمة الوصي ببلوغ القاصر سن الرشد مالم يصدر حكما من القضاء بالحجر عليه[١].

٥. ترشيد القاصر في قانون الأسرة:

تنص المادة ٨٤ من(ق،أ) على ما يلي للقاصر أن يأذن لمن يبلغ سن التميز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك[٢].

ومن خلال هذا النص يتضح أنه يجوز للوصي أن يأذن للقاصر الذي بلغ سن التميز وهو ١٣سنة أن يتصرف في أمواله بناء على طلب من له مصلحة وهو ما يسمى بالترشيد وطبقا لهذه المادة لا يمكن أن يستفيد القاصر من الإذن بالتصرف في أمواله كلها أو جزء منها إلا وفق الشروط التالية:

- يجب أن يبلغ القاصر سن التميز هو ١٣ سنة.
- أن يقدم الإذن للقاصر بالتصرف أمام قاضي شؤون الأسرة.

---

[١] نواري منصف: الوصاية على القاصر في ق أ ج، ص٧٠.

[٢] المرجع نفسه، ص٨٠.

- أن تظهر في القاصر علامات القدرة وحسن التصرف.

٦. انتهاء المهام الموكلة للوصي:

تنقضي مهمة الوصي بانتهاء المسؤولية الموكلة له اتجاه القاصر وتسليم الأموال التي في عهدته إلى القاصر الذي أرشده القاضي أو بلغ سن الرشد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز الشهرين طبقا لنص المادة ٩٧ من قانون الأسرة التي جاء نصها كالأتي: (على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهدته ويقدم حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي أرشده أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز الشهرين من تاريخ انتهاء مهمته وأن يقدم صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء)، وفي حالة وفاة الوصي أو فقده فعلى الورثة تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر[١].

٧. قبول عذر الوصي في التخلي عن مهمته:

يجوز للوصي أن يقدم طلب التخلي عن مهمته إلى قاضي شؤون الأسرة الذي يملك السلطة التقديرية في قبول الطلب أو رفضه بالنظر إلى العذر الذي يقدمه الوصي فإن رأي القاضي في جدية العذر، وجب عليه قبول ذلك الطلب[٢].

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعين الحالات التي يمكن اعتبارها أعذارا بل ترك السلطة التقديرية للقاضي، حيث لا يمكن حصر كل الأعذار في حالات معينة لأن باب الأعذار قد يتسع.

وبعد قبول هذا العذر يعين القاضي وصيا آخر للقاصر.

٨.عزل الوصي:

أشارت المادة ٩٦ من ق أ ج في الفقرة الخامسة منها على انتهاء الوصاية بعزل الوصي بناء على طلب من له مصلحة إذا أثبت من تصرفات الوصي ما يهدد

[١] بلعروسي أحمد التجاني: قانون الأسرة المادة ٩٣، ص١٩.

[٢] أحمد نصر الجندي: نيابة شؤون الأسرة، (دار الكتب القانونية مصر)، دط، ٢٠٠٦، ص ١٦٩.

مصلحة القاصر، في هذا الحالة للقاضي السلطة الكاملة في عزل الوصي إذا ثبت له ما يهدد مال القاصر لأن الوصاية مرتبطة بالمصلحة ومتى زالت المصلحة انتهت الوصاية[1].

[1] عبد السلام الرفيعي: الولاية على المال في الشريعة الإسلامية، ص ٤٧٥.

الفصل الثاني

أحكام مشتركة ومتفرقة للولاية والوصاية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

تمهيد:

قد يبدو للوهلة الأولى أن الولاية والوصاية كلمتان متطابقتان وتحملان معنى واحد ولكنهما في الأصل أن لكل منهما أحكامه الخاصة به، فقد تتشارك هذه الأحكام فيما بينها على اعتبار أن كل من الولاية والوصاية هي سلطة تمنح للغير على شخص غير كامل الأهلية، وقد تفترق هذه الأحكام كون أن الولاية أشمل وأعم من الوصاية، وهذا ما سنحاول أن نعرفه في هذا الفصل، مع أخذ نماذج تطبيقية عن هذه الأحكام في آخر هذا الفصل وسنقوم بتفصيل ذلك وفقا للمباحث الآتية :

المبحث أول: أحكام مشتركة للولاية والوصاية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث ثاني: أحكام متفرقة للولاية والوصاية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث ثالث: نماذج وتطبيقات لأحكام الولاية والوصاية.

المبحث الأول

أحكام مشتركة للولاية والوصاية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

من بين جوهر الأحكام المشتركة بين الولاية والوصاية كون أن كل منهما يندرجان تحت أحكام نظام واحد، وهو نظام النيابة الشرعية الذي أقرته الشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة، وهو ما سنحاول أن نتطرق إليه في هذا المبحث وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: ماهية تشارك أحكام الولاية والوصاية.

المطلب الثاني: أحكام مشتركة للولاية والوصاية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: أحكام مشتركة للولاية والوصاية في القانون الجزائري.

المطلب الأول

ماهية تشارك أحكام الولاية والوصاية

سنحاول في هذا المطلب أن نتعرف على ماهية الأحكام المشتركة للولاية والوصاية وذلك بالتعرف على مفهوم كل من الأحكام ومعنى الاشتراك، وهو ما سنحاول أن نتناوله من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: تعريف الأحكام لغة.

الفرع الثاني: تعريف الأحكام اصطلاحا.

الفرع الثالث: تعريف المشترك لغة.

الفرع الرابع: تعريف المشترك اصطلاحا.

الفرع الأول

تعريف الأحكام لغة

الأحكام: جمع حكم وهو القضاء وحكم الله : أي شرع الله قال تعالى: ﴿ وأن أحكم بينهم بما أنزل الله﴾[1]. ويقال ي طبق أحكامه الشرعية: يطبق شرائعها وقواعدها ويتولى البلاد ويحكمها أي يدبر شؤونها.

الفرع الثاني

تعريف الأحكام اصطلاحا

يحكم في الأمر: تصرف فيه كما يشاء الأحكام جمع حكم وعرفه جمهور علماء الأصول بأنه خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييرا أو وضعا[2]؛ ومعنى ذلك: توجيه الكلام المفيد إلى السامع، وهذا المصدر لا يتعلق به أمر أو نهي فنقل المعنى إلى المجاز، وهو الكلام الموجه نفسه فأطلقوا المصدر " خطاب" وأرادوا به اسم المفعول وهو كلام المخاطب به قال الآمدي: الخطاب هو اللفظ المتواضع عليه، المقصود به إنهاء من

[1] سورة المائدة: الآية ٤٩.

[2] مصطفي محمد الزحيلي: الوجيز في أصول الفقه،ج١، دط، دت، ص٢٨٧.

هو متهيئ للفهم.

الفرع الثالث

تعريف المشترك لغة

المشترك من الاشتراك وهو الاجتماع، والمخالطة، يقال أشرك فلانا في الأمر إذا دخل فيه معه، ولفظ مشترك أي مجتمع وفيه معاني كثيرة.

الفرع الرابع

تعريف المشترك اصطلاحا

عرفه العلماء بعدة تعريفات: فقال الإمام الرازي: هو ما شترك فيه حقيقتين مختلفتين أو أكثر ومن معنى الاشتراك التشابه من ذلك الوجه وأن ذلك المعنى العام يطلق على هذا وعلى هذا[1]، ومن جملة ما سبق من التعريفات نقول أن الأحكام المشتركة هي التشابه والتطابق بين شيئين في حكم واحد.

المطلب الثاني

أحكام مشتركة للولاية والوصاية في الفقه الإسلامي

من بين جوهر الأحكام التي تشارك فيها الولاية والوصاية كونهما يندرجان تحت أحكام نظام واحد، وهو نظام النيابة الشرعية الذي أقرته الشريعة الإسلامية ونظمته القوانين الحديثة وهي سلطة أقرها الشرع والقانون لشخص على شخص آخر فيطلق على الأول النائب والثاني الخاضع للنيابة، ومن بين أسباب قيام النيابة الشرعية أن الأشخاص الخاضعون لسلطة النائب لا يستطيعون تدبر شؤونهم بأنفسهم لنقص أهليتهم أو لعارض أفقدهم أهليتهم، من خلال هذا يتبين لنا أن النيابة الشرعية تقوم على طرفين، الأول هو النائب الشرعي الذي تناولنا أحكامه في الفصل الأول، والثاني هم الأشخاص الخاضعون للنيابة، الذين سنتطرق لأحكامهم في هذا المطلب وفق الفروع الآتية:

الفرع الأول: مفهوم النيابة الشرعية في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: أحكام القاصر في الفقه الإسلامي.

[1] محمود شاكر مجيد: المشترك عند الأصوليين، (جريدة الجامعة العراقية، كركوك)، ٢٠٠٩، ص٤.

الفرع الثالث: أحكام المحجور عليهم في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول

مفهوم النيابة الشرعية في الفقه الإسلامي

هي سلطة منحها الشرع للنائب الشرعي على نفس وأموال أشخاص بسبب نقص أهليتهم أو لأسباب حالت دون تدبرهم لشؤونهم بأنفسهم، فيقع على النائب الشرعي بموجب هذه السلطة واجب الرعاية والحفاظ على مصالح الأشخاص الخاضعين لولايته أو وصايته، حيث تحل إرادة النائب الشرعي محل إرادة من تحت تصرفه في إنشاء العقود وتنفيذها والمطالبة بالحقوق الناتجة عنها والتقاضي بشأنها والدفاع عنها.

الفرع الثاني

أحكام تصرفات القاصر في الفقه الإسلامي

فاقدي وناقصي الأهلية قسمان، الأول هو القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد والثاني هم الأشخاص الذين تجاوز سن الرشد، ولكنهم أصيبوا بعارض أفقدهم أهليتهم أو أنقصها فيحجر عليهم وهم المجنون، والسفيه، وذي غفلة، والمعتوه.

- **تعريف القاصر لغة:** القاصر في اللغة بكسر الصاد من قصر عن الشيء إذا تركته عاجزا وجاء في لسان العرب " القصر والقصر في كل شيء خلاف الطول، وقصرت من الصلاة أقصر قصرا، والقصر خلاف الطول[1].

- **تعريف القاصر اصطلاحا:** تعددت تعاريف الفقهاء للقاصر إلا أن أجلى تعريف ذلك الذي صاغه الزمخشري عندما عرف القاصر بأنه " الشخص العاجز عن إدراك الأمور على حقيقتها لصغر سنه"[2].

١- حكم تصرفات القاصر في الفقه الإسلامي:

بما أن القاصر أصبح يتمتع بأهلية أداء ناقصة، فقد أجاز له الفقهاء القيام بمجموعة من

[1] ابن منظور: لسان العرب، (دار الصادر، بيروت)، ج٥، ١٤١٢هـ، ص ٩٥.

[2] الزمخشري: أساس البلاغة، (دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت)، ١٩٧٩، ص ٣٦٩.

التصرفات ومُنع من البعض الآخر ولو كانت بعضها مرتبطة بإجازة وليه أو وصيه.

١-١ **تصرفات نافعة نفعا محضا:** هي تصرفات يترتب عليها زيادة في الذمة المالية دون مقابل مثل قبول الهبة والوصية والوقف، وهذه التصرفات تكون نافذة دون توقف عن إجازة من وليه أو وصيه.

١-٢ **تصرفات ضارة ضررا محضا:** هي تلك التصرفات التي يترتب عنها افتقار في الذمة المالية للقاصر بخروج شيء من ملكه دون مقابل كالهبة والصدقة والوقف وسائر التبرعات وكذلك الطلاق والكفالة، وهذه التصرفات لا تصح منه بل تقع باطلة ولا تنعقد حتى ولو أجازها وليه أو وصيه، لأنه لا يملك من حيث الأصل مباشرتها، فلا يملك بذلك إجازتها[١].

١-٣ **تصرفات دائرة بين النفع والضرر:** اختلف الفقهاء حولها على النحو التالي:

الفريق الأول: الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة يرون أن تصرفات الصبي المميز صحيحة ولكنها موقوفة على إجازة وليه أو وصيه.

الفريق الثاني: الشافعية يرون أن عقود المميز لا تصح مهما كانت نافعة حتى ولو أذن وصيه أو وليه بذلك التصرف [٢].

٢-**المسؤولية المدنية والجزائية للقاصر:** يلزم القاصر بالحقوق المالية المترتبة في ذمته. تجاه الغير ويصح منه أداء هذه الحقوق إذا لم يؤديها وليه أو وصيه أما من الناحية الجزائية فأقوال الفقهاء اختلفت على النحو الآتي:

٢.١الجمهور: من الحنفية والمالكية والحنابلة الذين يرون عدم مساءلة القاصر عن جنايته التي ارتكبها خطاء، إنما تجب الدية، فقال الأحناف أنها تكون في ماله، أما المالكية والحنابلة فقالوا بأن الدية تكون على العاقلة[٣].

---

[١] محمد بن عبد العزيز النمي: الولاية على المال، تح: على بن عبد الله النهي، (مكتبة الملك فهد الوطنية السعودية)، ٢٠١٢، ط١، ص ٣٩.

[٢] النووي محي الدين بن شرف: المجموع، شرح المهذب للشيرازي تكملة تاج الدين السبكى ، تح: وعلق عليه وأكمله محمد نجيب المطيعي: (مكتبة الإرشاد، جدة السعودية)، ج ٩، دط، دت، ص ١٨٢.

[٣] السرخسى شمس الدين: المبسوط، (دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت، لبنان)، دط، ١٩٨٩، ص٨٦.

٢.٢الشافعية: قالوا أن عمد القاصر عمد وتؤخذ الدية من ماله ولا يقتصر منه لوجود الشبهة، ولكنه يحرم من الميراث إن قتل مورثه[١].

الفرع الثالث

أحكام المحجور عليهم لعارض الأهلية في الفقه الإسلامي

العوارض التي سنتطرق إليها هي العوارض الذي تؤدي إلى تعيين ولي أو وصي عن المصاب بهذا العارض، ووفق هذا المفهوم فإن عوارض الأهلية التي نعنيها هي الجنون والعته والسفهْ والغفلة.

١. الجنون:

-الجنون في اللغة: الستر والإخفاء أما في الاصطلاح فقد عرفه الجرجاني : أنه اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادر[٢].

-الجنون في الاصطلاح: آفة ناشئة عن الذات توجب خللا في العقل، فيصير صاحبه مختلط فيشبه كلامه كلام العقلاء وبعضه كلام المجانين[٣].

١-١ أنواع الجنون:

- **الجنون المطبق:** وهو الذي لا يفيق منه المصاب بالجنون.

- **الجنون غير المطبق:** هو ما لا يبلغ به صاحبه من جنون مطبق فيفيق تارة ويغلبه تارة أخرى.

---

[١] الشربيني محمد بن الخطيب: مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المناهج، (دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان)، ج٤، ط١، ١٩٩٨، ص١٦.

[٢] الجرجاني محمد الصيد الشريف: معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق المنشاوي، (دار الفضيلة للطباعة والنشر القاهرة مصر)، دط، دت، ص ٧١.

[٣] محمد عميم الإحسان المجددى البركتي: التعريفات الفقهية، (بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية)، ط١، ٢٠٠٨، ص ١٤٣.

- **أثر الجنون على الأهلية:** الجنون يزيل أهلية الأداء تماما، ولكنه لا يؤثر على أهلية الوجوب وكل ما وجب عليه من واجبات مالية يؤديها وليه[1].

١-٢ **أثر الجنون على التصرفات القولية:** المجنون غير المميز تقع جميع تصرفاته باطلة فهو مثل الصبي غير المميز[2].

١-٣ **أثر الجنون على التصرفات الفعلية:** يكون المجنون مسئولا عن ما يصيب الغير من ضرر نتيجة أفعاله، أما فيما يتعلق بجناية المجنون فهي كجناية الصبي غير المميز لا تنفذ عليه العقوبة ولا يقتص منه.

١-٤ **الزكاة في مال المجنون:** قال الحنفية لا زكاة في مال المجنون، أما المالكية والشافعية والحنابلة فيقولون بوجوب الزكاة على المجنون[3].

٢.**المعتوه:** هو الشخص المصاب بالعته، والعته لغة بمعنى نقص عقله من غير مس.

- **أثر العته على الأهلية:** من الفقهاء من يرى أن العته والجنون جنس واحد، وحكمها واحد لذلك أعطوا المعتوه حكم المجنون، بينما يرى آخرون بأن العته كالصبي المميز في كافة أحواله، فهو ليس فاقد لأهلية الأداء، وإنما أصابه خلل في التفكير يحول دون إبرامه للعقود والتصرفات على الوجه الصحيح، واعتبار المعتوه كالصبي المميز يترتب عليه نفس الآثار التي رأيناها في الحديث عن أهلية الصبي المميز.

٣.**السفيه:** هو الشخص المصاب بالسفهْ ومعناه في اللغة أصل لفعل سفه سفها وسفاهة بمعنى خف وطاش وجهل[4].

---

[1] الموسوعة الفقهية الكويتية: منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع الكويت)، ج ١٦، ط١، ١٩٩٢، ص ١٠١.

[2] السرخسي شمس الدين: المبسوط، ج ٢٤، ص ١٥٧.

[3] الحبيب بن الطاهر: الفقه المالكي وأدلته ٤ أجزاء، (دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع بيروت، لبنان)، ج ٢، ط١، ١٩٩٨، ص٨.

[4] مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، ص ٤٣٤.

اصطلاحا: التصرف في المال على خلاف مقتضى الشرع والعقل[١].

٣-١ **أثر السفه على الأهلية:** انقسم الفقهاء في ذالك إلى قسمين:

أ.الرأي الرافض للحجر على السفيه: للإمام أبي حنيفة دون صاحبيه حيث قال أن المقصود بالسفيه هو الصغير وليس الكبير واستدل بقوله تعالى: ﴿ فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل﴾[٢]. ففي الآية دليل على صحة عقود السفيه ومداينته، إلا أنه لاختلاط الأمور عليه وعدم معرفته بأمور البيع والشراء وألفاظها، في حاجة إلى من يتكلم عنه وهو ما يظهر من نص الآية.

ومن السنة النبوية استدل أبو حنفية بما رواه ابن ماجة في سننه أن رجلا كان في عقدته ضعف وكان يكثر من البيع فيغبن، فأتى أهله رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله أأحجر عليه؟، فدعاه النبي صلى الله عليه وسلم فنهاه عن البيع، فقال يا رسول الله لا أصبر على البيع، فقال: إذا بايعت فقل: لا خلابة[٣]، فلو كان الحجر على السفيه جائزا لحجر رسول الله صلى الله عليه وسلم على هذا الرجل.

ب.الرأي المؤيد للحجر على السفيه: وهو رأي الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة ويرون أن السفه ناقصا للأهلية وموجب للحجر عليه لمن أصيب بهذا العارض، واستدل الجمهور على قولهم بالحجر على السفيه بقوله تعالى ﴿ وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعُواْ إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافا وبدارا أن يكبروا ﴾[٤].

فقد شرط الله تعالى لدفع المال البلوغ وإيناس الرشد معا، ومن كان مبذرا لماله لم يؤنس منه الرشد فلا يدفع له ماله. ومن السنة النبوية في الحديث الذي أوردناه سابقا، حيث قال

---

[١] أبو صالح نبيل كامل حسين: أهلية التكليف عند الأصوليين رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، (جامعة النجاح المفتوحة: كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين)، ٢٠١١، ص ١٤٤.

[٢] سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

[٣] رواه ابن ماجه وصححه الألباني: أنضر ابن ماجة سنن ابن ماجة جزءان، (دار إحياء الكتب العربية، لبنان)، ج٢، دط، دت، ص ٨٧٧.

[٤] سورة النساء: الآية ٦.

أنصار هذا الرأي بأن ما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم لذلك الرجل هو استثناء خاص به.

٤- **ذو الغفلة:** الغفلة في اللغة تعني غياب الشيء عن بال الإنسان وعدم تذكره له، وهو الشخص الذي لا فطنة له.

واصطلاحا: هو من اختل ضبطه وحفظه ولا يهتدي للتصرفات الصحيحة[١].

-**أثر الغفلة على الأهلية:** للفقهاء في ذي الغفلة نفس الخلاف الوارد سابقا حول السفيه فنجد جمهور الفقهاء يقول بالحجر على ذي الغفلة، صونا لماله من الضياع وهو ما نجده في كتب المالكية والشافعية ورأي آخر رافض للحجر على ذي الغفلة وهو ما نجده في كتب الحنفية.

المطلب الثالث

أحكام مشتركة للولاية والوصاية في القانون الجزائري

المشرع الجزائري تكلم عن النيابة الشرعية وعن أحكام القصر والمجنون والمعتوه وذو الغفلة وهذا ما سنحاول أن نعرفه في هذا المطلب من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: النيابة الشرعية في القانون الجزائري.

الفرع الثاني: أحكام القاصر في القانون الجزائري.

الفرع الثالث: أحكام المحجور عليهم لعارض من عوارض الأهلية في القانون الجزائري.

الفرع الأول

النيابة الشرعية في القانون الجزائري

المشرع الجزائري لم يعرف النيابة الشرعية لكنه نظمها وأدرجها في موضوع خاص في قانون الأسرة، تحت عنوان النيابة الشرعية في الكتاب الثاني، الصادر بموجب القانون رقم ٨٤-١١ المؤرخ في ١٩٨٤/٠٦/٠٩ المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر

[١] مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، ص ٢٦٠.

٠٥-٠٢ المؤرخ في ٢٧ فيفري ٢٠٠٥، فتحدت عن أحكام القاصر سواء كان صغيرا أو ناقص الأهلية، وكذا عديمي الأهلية سواء فيما تعلق بحالتهم أو علاقتهم بمن يتولى رعاية شؤونهم الشخصية والمالية، فجاءت المواد من ٨١ إلى ٨٦ من الفصل الأول للأحكام العامة لها، أما الفصل الثاني فقد خصص للولاية بدءا من المادة ٨٧ إلى ٩١، أما الوصاية فقد شملتها المواد من ٩٢ إلى ٩٨، فالنيابة الشرعية هي من أهم الوسائل التي شرعها القانون للمحافظة على أموال القصر وفاقدي الأهلية.

الفرع الثاني

أحكام القاصر في القانون الجزائري

١.حكم تصرفات القاصر في ماله: نص المشرع الجزائري في المادة ٨٢ من قانون الأسرة الجزائري، على أنه من لم يبلغ سن التميز لصغر سنه طبقا للمادة(٤٢) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة، ونصت المادة ٨٣ من القانون المدني أنه من بلغ سن التميز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (٤٣) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي إذا كانت نافعة مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء.

ولما كان القاصر يمر بمرحلتين، مرحلة ينعدم فيها العقل والإدراك ويسمى فيها القاصر غير مميز، ومرحلة يبدأ فيها القاصر التميز، ويسمى فيها بالقاصر المميز، فمن الطبيعي أن تختلف أحكام تصرفاته في كل مرحلة.

١-١ **حكم تصرفات القاصر غير المميز:** إذا كانت أهلية الأداء منعدمة عند القاصر غير المميز، فمعنى ذلك أن قدرته على إبرام التصرفات القانونية منعدمة وعليه فإن أبرم القاصر غير المميز تصرفات تكون في نظر القانون باطلة[١].

١-٢ **حكم تصرفات القاصر المميز:** لم يتطرق المشرع الجزائري لتقسيم تصرفات القاصر

[١] محمد سعيد جعفور: مدخل إلى العلوم القانونية –دروس في نظرية الحق–، (دار هومة، الجزائر) ج ٢، ٢٠١١، ص ٥٢٦.

المميز، لكن بالمقابل أخذ بهذا التقسيم عند التطرق لأحكام تصرفات هذا القاصر في قانون الأسرة الجزائرية في المادة ٨٣ منه، وذلك بعد أن أحال في القانون المدني تنظيم القواعد المتعلقة بأهلية القصر إلى نصوص قانون الأسرة من خلال نص المادة ٧٩ منه وسنتناول حكم كل قسم كالآتي:

٢.حكم تصرفات القاصر النافعة له نفعا محضا:

جاء حكم المشرع الجزائري فيما يتعلق بهذه التصرفات حكما واضحا ودقيقا في المادة ٨٣ من ق أ ج، ومطابقا لحكم الفقه الحنفي والمالكي وحكم أغلب القوانين العربية[١].

حيث أقر المشرع، نفاذ التصرفات الصادرة من القاصر النافعة له نفعا محضا في نص المادة ٨٣ من ق أ ج: من بلغ سن التميز ولم يبلغ الرشد طبقا للمادة ٤٣ من ق م ج تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له .

فالحكم بصحة تصرف القاصر المميز النافع نفعا محضا يحمل منفعة معنوية له، تتمثل في إعطائه المجال للتمرن على إبرام التصرفات، وإدراك منافع الأرباح ومضار الخسارة وذلك من غير أن يتضرر ماله ويلحقه نقصان[٢].

٣.حكم تصرفات القاصر الضارة به ضررا محضا:

لما كان من شأن هذا النوع من التصرفات أن يفقر الذمة المالية لصاحبها فإن حماية مصالح القاصر المالية تقتضي الحكم ببطلانها متى صدرت منه وهذا ما أقره المشرع الجزائري لكل تصرف يبرمه القاصر يلزمه اتجاه غيره دون مقابل، وذلك في المادة ٨٣ من ق أ ج السالفة الذكر فهذه التصرفات تقع باطلة بطلانا مطلقا، إذا صدرت من القاصر المميز وتعتبر في حكم العدم، فلا يترتب عنها أي أثر لأن هذا الشخص يعد بالنسبة إليه عديم الأهلية[٣] مثلا من هذه التصرفات أن يكفل الصبي المميز دين سواه، أو أن يتبرع على

---

[١] علي محي الدين ياغي :مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، (دار البشائر الإسلامية، لبنان)، ج١، ط١، ١٩٨٥، ص ٣٨٥.

[٢] محمد سعيد جعفور: تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، (دار هومه الجزائر) ٢٠١٠، ص ١٥.

[٣] محمد سعيد جعفور: مدخل العلوم القانونية، ص ٥٤٨.

أي وجه، كالهبة أو الوقف، كل ذلك لا يصلح ولا ينفذ ولو أذن به وأجازه وليه أو وصيه، فهي وقعت باطلة منذ صدورها.

٤..حكم تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر:

أخذ المشرع الجزائري حكم تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر من الشريعة الإسلامية ومعنى ذلك أن التصرف لا يترتب عليه أي أثر على الرغم من أنه عقد صحيح ولا يعترف المشرع بوجوده، إلا بعد إجازته ممن له حق الإجازة[١].

الفرع الثالث

أحكام المحجور عليهم لعارض الأهلية في القانون الجزائري

قسم المشرع الجزائري في القانون المدني عوارض الأهلية إلى قسمين عوارض تعدم الأهلية وهي الجنون والعته[٢]، وعوارض تنقص الأهلية وهي السفه والغفلة، أما في قانون الأسرة فلم يذكر الغفلة كسببا للحجر، فالمحجور عليهم هم المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة، ويضاف إليهم المحجور عليهم حجرا قانونيا تنفيذا لعقوبة تكميلية* طبقا لما ورد في المادة ٩ من قانون العقوبات الجزائري.

١. **الجنون والعته:** في القانون المدني الجزائري جمع المشرع بين الجنون والعته في المادة ٤٢. من ق م حيث اعتبرهما سببين لفقد أهلية الأداء، ولم يأخذ بموقف الفقه الإسلامي بالتفرقة بينهما إضافة إلى ذلك لم يعرف المشرع الجنون أو العته ولم يميز بين الجنون الدائم والجنون المتقطع والعته المعدم للأهلية والعته المنقص للأهلية لأن

[١] نواري منصف: الوصاية على القاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر ببسكرة ٢٠١٤/٢٠١٥، ص ١٧.

[٢] المادة ٤٢ من القانون المدني.

*العقوبات التكميلية هي عقوبات لا يحكم بها مستقلة عن العقوبات الأصلية فيها، عدا الحالات التي ينص عليها القانون صراحة وهي إما إجبارية أو اختيارية (مادة ٤ من قانون العقوبات الجزائري) وقد كانت عقوبة الحجر القانوني عقوبة تبعية قبل تعديل قانون العقوبات بموجب القانون ٦-٢٣ المؤرخ في ٢٠٠٦/١٢/٢٠ الذي ألغى العقوبات التبعية وجعلها تكميلية وجوبيه إضافة إلى عقوبات جوازيه.

التفرقة بين الجنون والعته دقيقة جدا[1].

٢. **السفه والغفلة:** نص المشرع الجزائري على السفه والغفلة كعارضين منقصين للأهلية في القانون المدني المادة ٤٣ منه، أما في قانون الأسرة لم يذكر المشرع في المادة ١٠١ الغفلة كسبب للحجر، كما أنه أخلط ما بين المجنون والمعتوه والسفيه حين اعتبرهم على صعيد واحد، من حيث حكم التصرف بعد الحجر في المادة ٨٥ وعليه نلاحظ بأن هناك تعارض بين المادة ٤٣ من ق م ج والمادة ٨٥ من ق أ ج حول أثر الحجر على تصرفات السفيه وأثرها القانوني فالمشرع ساير بذلك مذهب الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) من حيث وجوب الحجر على السفيه وذي الغفلة واعتبارهما شيئا واحدا.

٣.إجراءات الحجر: الحجر في القانون الجزائري على المصابين بعارض من عوارض الأهلية هو حجر قضائي، حيث لا يعتبر الشخص محجورا عليه إلا بعد صدور حكم قضائي بذلك واعتباره نهائيا، كما لا يزول الحجر إلا بحكم قضائي.

المبحث الثاني

أحكام متفرقة للولاية والوصاية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

للولاية والوصاية أحكام متفرقة، نذكر منها أن السلطة التي تمنح للولي أوسع نطاق من سلطات الوصي، فالولي مسؤول عن أمور وليه الشخصية والمالية، في حين أن الوصي يختص بالأمور المالية فقط، كما أن الولاية تقوم بقوة القانون ولا شأن للمحكمة في تعين الولي أو تثبتيه بخلاف الوصاية التي يتدخل فيها القاضي سواء بالتعين أو قبول اختيار الوصي، كما أن الأولياء يكونون من ذوي القرابة فالأقرب منهم يحجب الأبعد أما الأوصياء فلا يشترط فيهم هذا الشرط ،كما أن الوصي يستطيع أن يرفض الوصاية أو يتنحى عنها بعكس الولي الذي لا يمكن أن يرفض الولاية أو أن يتنحى عنها بدون أي سبب.

[1] محمد سعيد جعفور: مدخل إلى العلوم القانونية–دروس في نظرية الحق–، ص٥٣٠.

وفي هذا المبحث سنقتصر في دراستنا عن تفرق أحكام الولاية والوصاية في الأمور الشخصية للأشخاص الخاضعين للنيابة وتظهر هذه الأحكام أساسا في مسائل الزواج وانحلاله وهو ما سنحاول أن نتطرق إليه من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: ماهية تفرق أحكام الولاية والوصاية.

المطلب الثاني: أحكام متفرقة للولاية والوصاية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: أحكام متفرقة للولاية والوصاية في القانون الجزائري.

المطلب الأول

ماهية تفرق أحكام الولاية والوصاية

سنحاول في هذا المطلب أن نتعرف على ماهية الأحكام المتفرقة للولاية والوصاية وذلك بالتعرف على المفهوم اللغوي و الاصطلاحي لها من خلال:

الفرع الأول: تعريف المتفرق لغة.

الفرع الثاني: تعريف المتفرق اصطلاحا.

الفرع الأول

تعريف المتفرق لغة

متفرق يتفرق تفرقا يتفرق القوم أي رجعوا إلى بيوتهم متفرقين، موزعين مشتتين تفرقت كلمتهم أي اختلفوا، والمفارقة هي المباينة، وجملة الافتراق في اللغة تدور حول معاني كثيرة منها المفرقة والانقطاع، التفرق، المفاصلة، الانفصال، الشذوذ، المبانية، الانقسام، التيه الضياع والضلال، المقاطعة والتشعب والخروج عن الجادة وعن الأصل وعن الأكثر وعن الجماعة.

الفرع الثاني

تعريف المتفرق اصطلاحا

هو التفرق في الدين والاختلاف فيه والافتراق عن جماعة المسلمين. قال تعالى: ﴿ولا تكونوا كالذين تفرقوا واختلفوا من بعد ما جاءهم البينات ﴾[1]، ويقول الإمام الشاطبي، وجدنا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من بعده قد اختلفوا في أحكام الدين، ولم يتفرقوا ولا صاروا شيعا لأنهم لم يفارقوا الدين، وإنما اختلفوا فأذن لهم من الاجتهاد في الرأي والاستنباط من الكتاب والسنة في مالم يجدوا فيه نصا.

المطلب الثاني

أحكام الولاية والوصاية المتفرقة في الفقه الإسلامي

تنقسم الولاية حسب موضوعها لدى الفقهاء إلى ولاية على النفس وولاية على المال والولاية على النفس تظهر في مسائل الزواج وانحلاله، من خلال معرفة صلاحيات الولي في الولاية عن النفس، وهو الفارق بين الولاية والوصاية فالولي له سلطة الولاية علي النفس والمال معا، بينما يختص الوصي في الأمور المالية لأوصيائه دون أن تكون له سلطة التزويج أو فك الرابطة الزوجية لمن هم تحت وصايته، وبناء على ما ذكرناه سنحاول في هذا المطلب أن نبين ما يختص به الولي من أحكام الولاية على النفس في مسائل الزواج والطلاق والخلع من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: أحكام تزويج القاصر في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: أحكام تزويج المحجور عليهم في الفقه الإسلامي.

الفرع الثالث: أحقية تولي عقد الزواج في الفقه الإسلامي.

الفرع الرابع: أحكام فك الرابطة الزوجية للقاصر والمحجور عليهم في الفقه الإسلامي.

[1] سورة آل عمران: الآية ١٠٥.

الفرع الأول

أحكام تزويج القاصر في الفقه الإسلامي

- الحالة الأولى:

حكم إبرام القصر لعقود زواجهم: أجمع الفقهاء أنه لا يصح إبرام فاقد الأهلية كالصبي غير المميز لعقد زواجه ولو أجازه وليه[1]، أما الصبي المميز فقد فرق الفقهاء بين الصغير والصغيرة فقد اعتبر الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة عقد الصغيرة لنكاحها باطل حتى ولو كانت مميزة إذا أذن وليها بذلك، أما الصغير المميز إذا تزوج بإذن الولي فإنه ينعقد صحيحا لدى الجمهور من الحنفية والحنابلة والمالكية، أما إذا حصل دون إذن الولي فإنه ينعقد صحيحا موقوفا على إجازة الولي عند الحنفية والمالكية دون الحنابلة الذين لا يصح عندهم العقد بغير الإذن المسبق، في حين لا يصح لدى الشافعية عقد الصغير المميز لزواجه مطلقا سواء بإذن أو بغير إذن[2].

- الحالة الثانية:

حكم تزويج الولي للقاصر في الفقه الإسلامي: انقسم الفقهاء حول هذه المسألة كالآتي:

١.الاتجاه القائل بالجواز: ذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن للولي أن يزوج الصغير الذي تحت ولايته ذكرا أو أنثى شريطة أن لا يتم البناء حتى يصبح لكلا الطرفين القدرة على الوطء تجنبا لأي ضرر[3].

٢.الاتجاه القائل بالمنع: وهو ما ذهب إليه مجموعة من فقهاء الحنفية فقالوا إن الولاية إنما تثبت للحاجة ولا حاجة للصغار في الزواج لأن الغرض منه هو قضاء الشهوة والتكاثر

---

[1] عوض بن رجاء العوفي: الولاية في النكاح، (مطابع الجامعة الإسلامية المدينة المنورة، السعودية)، ط١، ٢٠٠٢، ص ٣٧١.

[2] الكساني: بدائع الصناع في ترتيب الشرائع، (دار الكتب العلمية بيروت لبنان)، ج٣، ط١، ص٣٢٥.

[3] أبو القاسم عبد الله بن الحسن بن الحسن: التفريع، دراسة وتحقيق حسن بن سالم الدهماني، (دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان)، ج٢، ط١، ١٩٨٧، ص٣٠.

والصغر ينافي ذلك[1].

الفرع الثاني

أحكام تزويج المحجور عليهم في الفقه الإسلامي

١- حكم إبرام المحجور عليهم لعقود زواجهم: السفيه ويدخل في حكمه ذو الغفلة والمعتوه وإن لم يكن درجة العته تجعله كالمجنون، فإن الفقهاء مجموعون على صحة عقده لزواجه إذا أذن له وليه أما إذا لم يأذن له وليه فالفقهاء مختلفون في ذلك على أقوال كالآتي:[2]

- **القول الأول:** المذهب الحنفي نكاح السفيه عندهم جائز مطلقا وللولي التدخل لمنع الغبن في المهر ورده في حالة الزيادة الفاحشة إلى مهر المثل[3].

- **القول الثاني:** المذهب المالكي نكاح السفيه عندهم صحيح في أصله ولكنه موقوف على إجازة الولي، فإن رأى نفعه أجازه وإلا رده واعتبره طلقة بائنة، وإن دخل السفيه بالزوجة يجب على الولي أن يدفع لها ربع دينار ذهبا أما إن لم يدخل بها فلا شيء لها.

- **القول الثالث:** المذهب الشافعي زواج السفيه يكون حال حاجته له، وليس للولي تزوجيه إلا لحاجة، نظرا لما يترتب على الزواج من آثار مالية.

فإن تزوج السفيه دون أن يبلغ وليه كان الزواج فاسدا ويفرق بينهما قبل الدخول وبعده وليس عليه شيء قبل الدخول، أما بعد الدخول ففي وجوبه مهر المثل قولان، الأول يجب عليه لأنه أتلف بضعها بشبهة فجري مجري إتلاف المال، والثاني لا يجب عليه شيء لأنها بذلته باختيارها[4].

---

[1] أحمد محمد علي داود: الأحوال الشخصية، (دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن)، ج٢، ط١، ٢٠٠٨، ص١٦٧.

[2] محسن فرحان الجميلي: الولاية على السفيه في النكاح في الفقه الإسلامي مجلة مدار الآداب (الجامعة العراقية ،العراق٢٠١٣) عدد ٥ ص ٣٧١.

[3] السرخسي: المبسوط، ج ٢٤، ص ١٦٦.

[4] الماوردي: الحاوي الكبير، تحقيق وتدقيق، على محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، (دار الكتب العلمية، بيروت لبنان)، ج٩، ط١، ١٩٩٤، ص ٧٢.

وفيه جاءت أقوال الفقهاء كالآتي:

– **القــول الأول:** المـذهب الحنفـي يـرى الأحنـاف أن المجنـون والمجنونـة وكـذلك المعتـوه والمعتوهة يزوجهم أولياؤهم تماما مثل الصبي، أي أن المجنون يخضع لولاية الإجبار سواء كان جنونه أصليا أم طارئا وهناك من الحنفية من خالف بالنسبة لمن بلغ ثم أصابه الجنون فقالوا أن الولاية على النفس تزول بالبلوغ فلا تعود، فرد عليهم أن سبب الولاية متوفر في زواج المجنون، وهو الضعف والعجز والولي موجود فله الولاية[1].

– **القول الثاني:** المذهب المالكي يرى المالكية زواج تزويج المجنون ممن يلي أمره، حيث له أن يجبره على الزواج إذا ظهر به حاجة للزواج كاشتهائه للنساء أو ظن أنه يشفى بالزواج أما من كان جنونه متقطع، تنتظر إفاقته حتى يتزوج[2].

– **القول الثالث:** المذهب الشافعي يرى الشافعية أن ولي المجنون الكبير أن يزوجه إذا ظهر به حاجة للزواج أما الصغير المجنون فلا يجوز تزويجه.

– **القول الرابع:** المذهب الحنبلي يرى الحنابلة أن للولي تزويج المجنون والمعتوه الذي حاله يشبه المجنون إذا بدت منهما حاجة للزواج ، وفي غير الحاجة ليس للولي تزويج المجنون لأن في ذلك إرهاقا له.

وفي الوقت الحالي وضع الفقهاء مجموعة من الضوابط للأزواج المصابين بإعاقة ذهنية مثل المجنون والمعتوه، مع التأكيد على جوازه شرعا من أجل سد احتياجاتهم العضوية والنفسية وتتمثل هذه الضوابط في:

- اطلاع الطرف الآخر على حقيقة المجنون أو المجنونة لأن ذلك حق له.
- أن يكون الطرف الآخر سليما من أي آفة عقلية، وذلك لأن اجتماع فاقدي العقل يشكل ضرر كبير .

[1] الكساني: بدائع الصناع في ترتيب الشرائع، ص٣٥٧.

[2] بهرام الدميري: الشامل في الفقه المالكي، ضبطه وصححه، أحمد بن عبد الكريم نجيب، (منشورات مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمات الثرات، دبلن، ايرلندا)، ج١، ط١، ٢٠٠٨، ص٣٢٩.

- أن يرضى أولياء المرأة بهذا الزواج.

٢- **حكم تزويج الولي للمحجور عليهم:** السفيه وذي الغفلة لا يعانيان من نقص أو اختلال في قدرتهما العقلية، ولأجل ذلك لم يتعامل الفقهاء معهما في مسائل الولاية على النفس مثل المجنون و المعتوه الذي يصل عتهه حد الجنون وفيه أقوال الفقهاء كالأتي:

- **المذهب الحنفي:** الحنفية يجوزون زواج السفيه مطلقا وليس لوليه أن يتدخل إلا في حالة وقوع غبن في المهر.

- **المذهب المالكي:** جعل المالكية عقد نكاح السفيه موقوف على إذن وليه إلا أنهم لم يجيزوا للولي أن يزوج السفيه دون رض اه، وهو ما رجحه الشيخ خليل في كتاب التوضيح، وأقره الحبيب بن طاهر[١].

- **المذهب الشافعي:** الولي لا يزوج السفيه إلا في حال احتياجه للزواج وللولي أن يزوجه بنفسه أو يأذن له فيعقد لنفسه[٢]

المذهب الحنبلي: للولي أن يزوج إبنه السفيه إذا كان في تزويجه مصلحة وهو استثناء عن الأصل الذي يقضي بنهاية الولاية على النفس بالبلوغ والعقل وعليه إجتمع الفقهاء على أن للسفيه ولاية الزواج وأن تزويج الولي الشرعي له لا يكون دون حاجة أو رغبة تبدو منه وأن رضاه معتبر في ذلك.

الفرع الثالث

أحقية تولى عقد الزواج في الفقه الإسلامي

١.**الولاية على زواج القصر:** اختلفت أقوال المذاهب على الآتي:

- **المذهب الحنفي:** ولاية تزويج الصغير أو الصغيرة عند أبي حنفية للأب ثم الجد ثم العصبة بترتيب الإرث، ثم الأم فالأقرب من ذوي الأرحام أما عند أبي يوسف فولاية التزويج

[١] الحبيب بن الطاهر: الفقه المالكي وأدلته، ص٢٤٥.

[٢] الشربيني الخطيب: مغنى المحتاج، (دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت لبنان)، ج٣، ط١، ١٩٩٨، ص٢٢٧.

للأم وذوي الأرحام لأن مناط الولاية هي العصبة[1].

– **المذهب المالكي:** جعل المالكية ولاية تزويج القاصر للأب ووصيه، ووصي وصيه فالوصي ينزل منزلة الأب شريطة أن يكون الأب قد أوصاه بولاية التزويج صراحة أو ضمنا أو تكون الوصاية خاصة بالتزويج فقط أما إذا لم ينص على ذلك فلا إجبار لوصي[2].

– **المذهب الشافعي:** يرى الشافعية انه لا يزوج الصغير والصغيرة إلا الأب والجد وليس للوصي والحاكم ذلك[3].

– **المذهب الحنبلي:** يرى الحنابلة أن ولاية التزويج تثبت للأب ووصيه فقط إلا أنهم اشترطوا في الوصي أن يكون قد أوصاه الأب بتزويج بناته وفي حالة لا يكون فيها ولي أو وصي فالحنابلة اقروا بولاية الحاكم بتزويج القاصر إن تبين له وجه المصلحة في ذلك.

٢. ولاية تزويج المحجور عليهم:

٢-١ المذهب الحنفي: بخصوص المجنون و المجنونة حكمهما حكم الصغير والولاية عليهما تكون لسائر الأولياء دون استثناء فمن كان وليا لهما جاز له تزويجهما، على الترتيب السابق وعند أبي حنفية إذا وجد للمجنون أو المجنونة ابن فهو المقدم على سائر الأولياء على خلاف محمد بن الحسن الذي يرى أولوية الأب دائما وهو ذات الحكم فيما تعلق بالمعتوه والمعتوهة .

٢-٢ المذهب المالكي: يفرق بين المجنون والمجنونة، فإن كانت المجنونة جنونها مطبق مستمر يزوجها أبوها سواء كان جنونا أصليا أم طارئا وليس لأبنائها معه أي كلام، ووصي الأب في المجنونة كالأب إذا أوصى له بالتزويج أو حدد له الزواج، أما الحاكم فاختلف المالكية بين من أعطاه الولاية على المجنون وبين من سلبها منه أما المجنونة جنونا متقطع

[1] المكي الرازي حسام الدين بك: خلاصة الدلائل في تنقيح المسائل، تحقيق أبي الفضل الدمياطي وأحمد بن علي، (مكتبة الرشد، الرياض، السعودية)، ج١، ط١، ٢٠٠٨، ص٦٢٢.

[2] محمد بشير الشفقة: الفقه المالكي في ثوبه الجديد، (دار القلم للنشر والتوزيع، دمشق، سوريا)،ج٣، ط٣، ص٢٩٠.

[3] وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، (دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا،)،ج٧، ط٢، ٢٠١٢، ص١٨١.

ينتظر إفاقتها.[1]

٢-٣ المذهب الشافعي: الشافعية يقولون أن المجنونة جنونا مطبقا يزوجها أبوها ثم جدها ثم الحاكم على أن يشاور أهلها، والمجنونة المتقطع جنونها ينتظر إفاقتها أما المجنون فيزوجه الأب ثم الجد ثم الحاكم إذا بلغ مجنونا، أما من بلغ وأصابه الجنون ففيه قولان ، القول الأول: يزوجه الأب ثم الجد ثم الحاكم والقول الثاني: لا يزوجه إلا الحاكم[2].

٢-٤ المذهب الحنبلي: بالنسبة إلى المجنونة، يزوجها وليها وهو الأب أو الوصي أو الحاكم أما المجنون فيقاس على الصغير، إذا كان جنونه مطبقا، أما من كان جنونه متقطع تنتظر إفاقته ، ويزوجه أبوه فوصيه فالحاكم[3].

٣.ولاية تزويج السفيه وذي غفلة:

بخصوص السفيه وذو الغفلة فأحكامه تخضع للأحكام الخاصة بالولاية على المرأة في الزواج التي تناولناها سابقا أما الذكر إن كان قد بلغ سفيها فالولاية على زواجه عند المالكية والحنابلة للأب ثم الحاكم، أما الشافعية فيرون أن ولي السفيه في الزواج هو الأب فالجد فالحاكم أما إن كان قد طرأ عليه السفه بعد البلوغ فإن الولاية تكون للحاكم ممثلا في القاضي، أما المذهب الحنفي فلا حجر على السفيه في النكاح كما ذكرنا سابقا.

الفرع الرابع

أحكام فك الرابطة الزوجية للقاصر والمحجور عليهم في الفقه الإسلامي

أولا: في الطلاق:

١.حكم وقوع طلاق القاصر والمحجور عليهم : بالنسبة للقاصر فالفقهاء على قولان:

القول الأول الجمهور: حيث أجمع الجمهور على أن طلاق الصبي غير البالغ ولو مميزا وطلاق المجنون والمعتوه لا يقع، فالعقل والبلوغ شرطان أساسيان في المطلق، وهو ما أقره

[1] العوفي عوض بن رجاء: الولاية في النكاح، (مطابع الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة)، ج١، ط١، ٢٠٠٢، ص٤٤٥.

[2] بهرام الدميري: الشامل في الفقه المالكي، ص٣٢١.

[3] موفق الدين بن قدامة: المغنى، ج١، ص٤٦١.

الحنفية والمالكية والشافعية وقول الحنابلة.

القول الثاني: وهو قول الحنابلة حيث يقولون بجواز طلاقه إذا كان يفهم الطلاق، وما يترتب عليه، وهذا القول اختاره الخرقي وصاحب زاد المستنقع وشارحوه[1].

أما السفيه وذو الغفلة، فالفقهاء مجموعين على وقوع طلاقهما، لأنهما عاقلان بالغان مكلفان بالخطاب الشرعي، فيصح طلاقهما ولا يحجر إلا على مالهما.

٢. دور الولي في فك الرابطة الزوجية:

- **القول الأول:** لا يجوز للولي أن يوقع الطلاق عن القاصر أو المجنون أو المعتوه، وهو ما قال به الحنفية والشافعية وأحد قولين لدي الحنابلة.

- **القول الثاني:** يجوز للولي أن يوقع الطلاق، وهو قول المالكية والقول الثاني عند الحنابلة حيث أقروا للولي أن يطبق نيابة عن القاصر والمجنون ولكن قيدوا ذالك بشرط ثبوت مصلحة هذا الطلاق.

ثانيا: في الخلع:

١.حكم خلع القاصر والمحجور عليهم بإرادتهم المنفردة:

١.١خلع الزوج: قال جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية أن خلع الصبي والمجنون والمعتوه لا يقع، فمن لا يصح طلاقه لا يصح خلعه وللحنابلة قول آخر يرون أن خلع الصبي المميز يصح إن كان يدرك معنى الخلع ويفهمه[2]، أما السفيه وذو الغفلة فيصبح الخلع منه قياسا على صحة طلاقه[3].

٢.١ خلع الزوجة: المذهب الحنفي : يرون أن المجنون والصغيرة عديمة التميز إن اتفقت مع زوجها على الخلع فهو باطل، لأن الخلع معاوضة وهي ليست أهلا للمعاوضة، أما

[1] عبد الله بن عبد العزيز جبرين: شرح عمدة الفقه، (مكتبة الرشد، الرياض، السعودية)، ج٣، ط٢، ١٤٢٩هـ، ص١٣٩٦.

[2] السرخسي: المبسوط، ج٦ ص١٧٨.

[3] عامر السعيد الزيباري: أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، (دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع)، ط١، ١٩٩٧، ص١٠٢.

الصغيرة المميزة التي تفهم معنى الخلع وأثاره إن اتفقت مع زوجها على الخلع مقابل عوض معين وقع الخلع ولم يلزمها العوض، لأن ما ستدفعه من مال دون مقابل، أي أنه تبرع وهي ليست من أهل التبرع والسفيهة كذالك وذات الغفلة حكمها حكم الصغيرة المميزة[1].

– **المذهب المالكي:** يرى المالكية أنه لا يصح خلع الصغيرة والمجنونة، لكن إذا لم يعلق الزواج الخلع على استحقاق المال فإن الطلاق يقع ويرد المال وإن كان قد قبضه تخضع السفيهة لذات الحكم.

– **المذهب الشافعي:** خلع الصغير غير المميز والمجنون لا يصح ولا يقع به طلاق، أما الصغير المميز والسفيهة فيقع خلعها ويعد طلاقا رجعيا ولا تلتزمان بالمال.

– **المذهب الحنبلي:** لا يصح خلع الصغيرة ولو كانت مميزة وكذلك المجنونة والسفيهة في حال من الأحوال .

٢.حكم خلع القاصر والمحجور عليهم بإرادة الولي:

٢.١خلع الولي للزوج: اختلف الفقهاء في هذه المسألة كالأتي:

- **الحنفية والشافعية وقول مفتي به عند الحنابلة:** لا يصح خلع الولي ولا تصح منه إجازة خلع الصبي ولو أجازه فلا يعتد به[2].
- **المالكية والحنابلة:** أجازوا للنائب الشرعي إذا كان وليا مجبرا عند المالكية والأب فقط عند الحنابلة أن يخالع زوجة من تحت ولايته نيابة عنه قياسا على صحة تزويجه له، ولا يستثني من ذلك إلا السفيه.

٢.٢خلع الولي للزوجة: جاءت أراء الفقهاء كالأتي:

– **المذهب الحنفي:** قال الحنفية أنه لأبي الصغيرة أن يخلعها من زوجها، فان خلعها بمالها أو بمهرها ولم يضمنه وقع الطلاق بائنا، ولا يلزمها مال ولا يلزم الأب مال، ولا يسقط حقها

[1] محمد زيد الأبياني: شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، (دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع)، ج٢، ط٢، ٢٠٠٩، ص٧١١.

[2] السرخسي: المبسوط، ص٢٦٣.

في المهر، أما إذا تعهد الأب لزوج الصغيرة بأداء مهرها أو بدل الخلع من ماله صح الخلع ووقعت الفرقة ولزم الأب دفع المال لكن المهر لا يسقط بل تطالب به المرأة زوجها، وهو يرجع به على أبيها إن كان الخلع على المهر.

– **المذهب المالكي:** أجاز المالكية للولي المجبر أن يخالع المجنونة والصغيرة ولو بكامل المهر قبل الدخول وبعده، وللأب ذلك برضا الزوجة أو دون رضاها بلا خلاف، أما الوصي فالبعض قاسه على الأب في الإجبار والبعض لم يجعله كذلك أما غير الأب والوصي من الأولياء فليس له الخلع إلا برضا المولى عليها، أما في السفيهة ففي المذهب خلاف حول جواز خلع الولي المجبر عليها دون رضاها ولو كان الولي مجبرا[1].

– **المذهب الشافعي:** ليس للولي أبا كان أو غيره أن يخالع الصغيرة أو المجنونة أو السفيهة التي في ولايته، وليس له أن يتعهد للزوج بشيء من مالها، ولو فعل وقع الطلاق ورد المال للزوجة، وليس للزوج المخالع المطالبة بشيء ما لم يكن الولي قد ضمن للزوج العوض فحينما يرجع الزوج على الولي بما تعهد له به و بمهر المثل.

– **المذهب الحنبلي:** النائب الشرعي عند الحنابلة أبا كان أو غيره لايجوز له أن يخالع من تحت ولايته من مالها مالم يكن في مخالعتها مصلحة ظاهرة وبدل المال في هاته الحالة في مصلحة الفتاة، ويصح الخلع لذات الأسباب إذا كان عوض الخلع من ماله[2].

المطلب الثالث

أحكام متفرقة للولاية والوصاية في القانون الجزائري

سنحاول في هذا المطلب أن نتطرق إلى أحكام الولاية والوصاية المتفرقة في القانون الجزائري وذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: أحكام تزويج القاصر في القانون الجزائري.

[1] بن الطاهر الحبيب: الفقه المالكي وأدلته، ص١٤.

[2] موفق الدين ابن قدامة وشمس الدين ابن قدامة والمرداوي علاء الدين بن سليمان: المقنع والشرح الكبير والإنصاف، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، (دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، مصر) ج٢٢، ط١، ص٢٢.

الفرع الثاني: أحكام تزويج المحجور عليهم في القانون الجزائري

الفرع الثالث: أحقية تولي عقد الزواج في القانون الجزائري.

الفرع الرابع: أحكام فك الرابطة الزوجية للقاصر والمحجور عليهم في القانون الجزائري.

الفرع الأول

أحكام تزويج القاصر في القانون الجزائري

نصت المادة ٧ عن أهلية الزواج من قانون الأسرة على أنه تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام ١٩سنة، وللقاضي يرخص بالزواج قبل ذلك المصلحة أو ضرورة حتى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج من خلال المادة ٧ يظهر أن كل من بلغ ١٩سنة ذكرا أو أنثى صار له صلاحية في أن يكون طرفا أما الفقرة الثانية من هذا المادة أن الزواج القاصر غير جائز واستثناء على ذلك نجد أن الفقرة الثانية تخول للولي تزويج القاصر بشرط الحصول على رخصة من القاضي.

الفرع الثاني

أحكام تزويج المحجور عليهم في القانون الجزائري

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى أحكام تزويج المحجور عليهم لجنون وعته وسفه وغفلة ولم يبين من يتولى عقد زواجهم، وبهذا فإننا وبنص المادة ٢٢٢ من قانون الأسرة التي تتضمن أن كل من لم يكن فيه نص فإننا نحيل ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الثالث

أحقية تولي عقد الزواج في القانون الجزائري

نصت المادة ١١ من ق أ ج (تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبيها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره) دون إخلال بأحكام المادة ٧ مكرر من هذا القانون(يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ٣ أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج). على أن يتولى زواج القصر أولياء

وهم الأب أو أحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لاولي له.

الفرع الرابع

أحكام فك الرابطة الزوجية في القانون الجزائري

في قانون الأسرة الجزائري نصت المادة ٤٨ منه على أن الزوج ينفك بالطلاق الذي يكون بإرادة الزوج أو بتراضي بين الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود المادتين ٥٣ التي تتطرق للتطليق بواسطة القاضي و ٥٤ المادة التي تتكلم عن الخلع.

ولم يرد نص صريح في القانون الأسرة الجزائري فيما يخص صحة الطلاق الذي يوقعه القاصر والمحجور عليهم ولا فيما تعلق بحق النائب الشرعي في توقيع الطلاق ولم يرد شيء بذات الخصوص فيما تعلق بحق الزوجة القاصر في طلب التطليق أو الخلع ولم يرد ذكر لمسألة حق الولي في ذلك حيث لم يتضمن قانون الأسرة الجزائري إشارة لشروط صحة الطلاق أو التطليق والخلع.

وفي غياب النص فإننا نلجأ إلى أحكام الشرعية الإسلامية طبقا للإحالة الواردة في نص المادة ٢٢٢ من قانون الأسرة الجزائري الذي يحيلنا إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية إذا لم يكن هنالك نص قانوني يفصل ذلك.

المبحث الثالث

تطبيقات أحكام الولاية والوصاية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

من بين التطبيقات والمسائل الشائعة في الولاية والوصاية هي الولاية على نفس فاقدي وناقصي الأهلية، وكذا الوصاية على مال القصر والمحجور عليهم وفي هذا المبحث سنحاول التطرق إلى ذلك حسب الأتي:

المطلب الأول: مسألة تعسف الولي في تزويج موليه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الثاني: مسألة تعسف الوصي في وصايته على أموال أوصيائه في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول

مسألة تعسف الولي في تزويج أوليائه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

أعطت الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري للنائب سلطة تسير من هم تحت ولايته من أمور شخصية، وإبرام نيابة عنهم تصرفاتهم المالية، إلا أنها حددت لذالك ضوابط وشروط لا يستطيع الولي أن يخرج عنها، وفي هذا المطلب سنحاول معرفة أحكام تعسف الولي في تزويج موليه في الفقه الإسلامي في الفرع الأول، وأحكام تعسف الولي في تزويج أوليائه في القانون الجزائري في الفرع الثاني.

الفرع الأول

تعسف الولي في تزويج أوليائه في الفقه الإسلامي

١.عضل الولي: يطلق على هذه المسألة مسألة عضل الولي ويقصد بها امتناع الولي عن تزويج من هم تحت ولايته من قصر أو محجور عليهم، إلا أن صورة تعسف الولي في عدم تزويج القصر يظهر أكثر عند الفتاة مقارنة مع الصبي واختلف الفقهاء متى يتحقق العضل ويعتبر الولي عاضلا على قولين:

- **الجمهور (الحنفية الشافعية والحنابلة):** حيث يرون أنه متى امتنع الولي عن تزويج موليه يصبح عاضلا[١].
- **المالكية:** يشترط المالكية في مسألة عضل الولي أن يترتب على امتناع الولي حصول ضرر بالمولي عليه، وأن يكون هذا الضرر ظاهرا بالفعل فإذا أثبت تعنت الولي وظلمه، وظهر إصراره فإن الأثر المترتب عن ذلك هو نزع ولاية التزويج عنه

وتظهر هنا مسألة انتقال الولاية التي اختلف فيها الفقهاء على النحو الأتي:

الحنفية والملكية والشافعية: في الأصح عندهم قالوا بانتقال الولاية للقاضي باعتباره المسؤول عن رد المظالم لأهلها حيث يقوم بأمر الولي المتعسف في تزويج مولية فإن رفض عقد

[١] الطحاوي: مختصر الطحاوي، تحقيق أبو الوفاء الأفغاني، (دار إحياء المعارف النعمانية)، دط، دت، ص ١٧١.

القاضي بدلا عنه[1].

٢.مسألة غياب الولي:

إن غاب النائب الشرعي، كأن يسافر ويطول غيابه فإن الفقهاء اختلفوا حول من يتولى أمر زواجه علي النحو التالي:

– **المذهب الحنفي:** يرى أبو حنفية أنه إذا غاب الولي تنتقل الولاية إلي الولي الأبعد الذي كان سيحل محل الولي الغائب إذا مات، وذلك أن الولاية ثابتة للولي الأبعد فإن حصل ما يحول بين صاحب الحق في الولاية وبين أداء مهتمة فإن ولايته تزول وتنتقل إلى من يليه في المرتبة، ولا تنتقل الولاية للقاضي لعدم وجود ظلم يرفعه للقضاء[2].

أما مدة الغياب التي تبرر نقل الولاية للولي الأبعد فمنهم من يأخذ بمسافة القصر، ومنهم من يأخذ بمدة الانتظار للزوج الكفء.

– **المذهب المالكي:** تقسم غيبة الولي إلى غيبة قريبه وغيبة بعيده، فالغيبة القريبة لا يجوز فيها تزويج المولى عليه حتى يحضر الولي الغائب، فإذا حدث الزواج كان فاسدا ويفسخ إلا إذا أثبت تعمد الغياب إضرار بالمولى عليه[3].

وفي الغيبة البعيدة يفرق المالكية بين الغيبة البعيدة التي يعلم فيها مكان وحياة الغائب والغيبة المنقطعة التي لا يعلم فيها حياته من موته، فقال الإمام مالك في الحالة الأولى أنه يرفع الأمر للقاضي ليفصل فيه، وقال عبد المالك بن الماجشون أنه لا تنتقل الولاية بحال أما ابن وهب فقال أنه تنقل الولاية فقط حين تنقطع نفقة المولي عليه وتطول غيبه الولي، أما إن كانت النفقة متوفرة فلا تنتقل الولاية بحال، ورجح الدردير قول الإمام مالك.

أما في الغيبة المنقطعة البعيدة التي لا يعلم فيها حياة الولي من موته فالمالكية على قولان:

* **القول الأول:** يقضي بانتقال الولاية مباشرة لأن الولي الغائب أصبح بمثابة الميت.

---

[1] محمد أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، (دار الفكر العربي، القاهرة مصر)، دط، دت، ص ١٦٧.

[2] المرجع نفسه، ص١١٦.

[3] عبد الوهاب البغدادي: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ج ٣، ص ٢٩.

* **القول الثاني:** علق التزويج وانتقال الولاية على مرور أربع سنوات على الفقد.

– **المذهب الشافي:** في حالة الغيبة البعيدة وهي لدى الشافعية مسافة يوم وليلة يقول الشافعية بانتقال الولاية إلى القاضي وليس للولي الذي يليه، وذلك أن ولاية الولي الغائب باقية ولم تزول إلا أنه غير قادر في هذه الحالة على القيام بهمته، وإذا احتاج المولى عليه للزواج يزوجه القاضي لأنه المفوض من الحاكم بذالك، أما في حالة الغيبة القريبة يرسل إليه القاضي من يخبره فإما يقدم وإما أذن للقاضي بالتزويج.

– **المذهب الحنبلي:** في الغيبة المنقطعة، وهي ما كانت لمسافة لاتقطع إلا بمشقة وحددها البعض بمسافة القصر للصلاة وهو ظاهر قول الإمام أحمد، فتنتقل الولاية للولي التالي في المرتبة، أما الولي الذي يغيب غيبة قريبة فيجب انتظاره لأنه في حكم الحاضر إلا إذا تعذر مراجعته لسبب ما فيصير حكمه حكم الغائب المنقطع[1].

٣.الحق في فسخ النكاح بعد البلوغ و الإفاقة:

وفيه انقسم الفقهاء إلى قسمين:

– **المذهب الحنفي:** للصغير والصغيرة حين البلوغ والمجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة عند الإفاقة خيار بين إمضاء العقد أو فسخه، على أن يتم طلب الفسخ أمام القاضي، وقبل صدور الحكم بالفسخ ويبقي الزواج قائما وأثاره نافذة في حق كلا الزوجين فتجب النفقة وإن مات أحدهما يرثه الأخر.

– **المذهب المالكي:** يرى المالكية أن عقد الأب ووصيه نافذ على المولى عليهم، ولا خيار بعد البلوغ أو الإفاقة، أما غير الأب ووصيه من الأولياء فقد سبق القول أنه لا إجبار لهم.

– **المذهب الشافعي:** للشافعية قولان:

* **القول الأول:** بطلان تزويج المولى عليه إذا كان من غير كفء.

* **القول الثاني:** العقد يكون صحيحا وللمولى عليه الخيار عند البلوغ أو الإفاقة.

[1] موفق الدين ابن قدامى: المقنع، ص٢٣٢.

– **المذهب الحنبلي:** الولي المجبر إذا زوج الصغير أو الصغيرة والمجنون أو المجنونة من كفء خال من العيوب، صح النكاح ولم يكن لهم الخيار، أما إذا زوجهم بمن فيه عيب كان الزواج باطلا إذا كان على علم بذلك أما إذا كان عن جهل كان له الفسخ وقت علمه.

أما حين يزوج القاصر أو المحجور عليهم ولي مجبر كفء أو غير كفء فمنهم من يرى ببطلان الزواج، ومنهم من يرى بنفاذ الزواج مع وجود الخيار ولكن هذا يخص الصغيرة والبالغة تسع سنوات[1].

الفرع الثاني

تعسف الولي في تزويج أوليائه في القانون الجزائري

نتناول في هذا الفرع مجموعة من المسائل التي تتصل بتزويج القصر والمحجور عليهم في القانون الجزائري.

١.تعسف الولي في تزويج مواليه في القانون الجزائري:

١.١عضل الولي: لا يوجد في قانون الأسرة الجزائري نص يتعلق بالعضل، خلافا لما كان منصوص عليه قبل سنة ٢٠٠٥ بموجب المادة ١٢ من ق أ ج الملغاة الذي كان نصها(لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها وإذا وقع فللقاضي أن يأذن به مع مرعاة أحكام المادة ٩ من هذا القانون غير أن للأب أن يمنع ابنته من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت)[2].

وقد ألغيت المادة ١٢ لأن الولي لم يعد شرطا في انعقاد عقد الزواج وصارت المرأة الراشدة هي التي تعقد زواجها وللولي الحضور فقط[3].

١.٢غياب الولي: لا يوجد نص صريح تناول هذه المسألة ولكن من خلال نص المادة١١

---

[1] عبد الله بن صالح الفوزان: فقه الدليل في شرح التسهيل، (مكتبة الرشد، الرياض، السعودية)، ج٤، ط٢، ٢٠٠٨، ص ٣٢١.

[2] بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، (دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر)، ط١، ص ٦٩.

[3] بلعروسي أحمد التجاني: قانون الأسرة المادة ٩٣، ص٧.

من ق أ ج في فقرته الثانية الذي رتب أولياء القاصر في الزواج يتبين لنا أنه في حالة الغياب يتولى الأمر أحد الأقارب فإن لم يوجد يتولى القاضي أمر الزواج.

وعلى من يقدم طلب الترخيص بزواج القاصر حال غياب الولي أن يثبت صفته ويثبت غياب الولي الشرعي وعدم قدرته على القدوم وبذلك فإن القاضي يمثل ضمانه هامة في مراقبة تزويج القاصر والمحجور عليهم وتوفير الحماية اللازمة لهم.

٢.الحق فسخ النكاح بعد البلوغ والإفاقة:

لم يتطرق المشرع إلى حق القاصر بعد رشده والمحجور عليهم بعد رفع الحجر عنهم أن يفسخوا عقد الزواج الذي أبرمه عنه وليهم ، ولكن نجد قرار المحكمة العليا بتاريخ ٢٠٠١/٢/٢١ تحت رقم ٢٥٥٧١١١ غرفة الأحوال الشخصية والمواريث جاء فيها أن من حق الفتاة التي أبرم عقد زواجها ولم يدخل بها الزوج أن تفسخ عقد زواجها بعد أن تبلغ سن الرشد[١]. وهو قرار جاء ليقر قاعدة فقهية في غياب النص عليها في القانون الأسرة حيث أن الفتاة زوجت دون إتباع إجراءات الترخيص. وعلى الرغم من عدم وجود نص قانوني بخصوص هذه المسألة إلا أنه وبالنظر للإجراءات التي يتم بها تزويج القاصر والمحجور عليهم يظهر أنه لا يمكننا القول بفسخ زواج أبرم وفق هذه الإجراءات بخيار البلوغ أو الإفاقة ذلك لأن المشرع قد أحاط زواج القاصر والمحجور عليهم بضمانات قانونية كافية .

المطلب الثاني

مسألة تعسف الوصي في وصايته على مال القاصر في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

القاصر كما تقدم لفظ عام وجمعه القصر بحيث يشمل الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه وهم من المحجور عليهم بحيث لا يستطيعون التصرف في أموالهم إلا بموافقة الولي على ذلك وتستمر الولاية عليهم مادام الوصف الموجب لها قائما، فإن زال انقطعت.

ولقد حدد كل من فقهاء الشريعة والقانون صلاحيات الولي التي تضبط تصرفاته في

[١] المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد ٢، ٢٠٠٢ ص ٤٢٤.

ولايته على أموال القاصر، فان تعدى هذه الصلاحيات أصبح متعسفا وظالما وملحقا ضررا به ومتجاوزا لحدود السلطة في ولايته على أمواله.

ولذلك قسمنا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول: سنذكر فيه التعسف في الوصاية على مال القاصر في الفقه الإسلامي والفرع الثاني: سنتناول فيه التعسف في الوصاية علي مال القاصر في القانون الجزائري.

الفرع الأول

تعسف الوصي في وصايته على مال القاصر في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء على أن تصرف الولي في مال القاصر بدون نظر واحتياط يعتبر تعسفا في استعمال حق ولايته على ماله، وظلم له وإلحاق الضرر به[1].

وقد قسم الفقهاء ذلك إلى حالات.

- **الحالة الأولى:**

تصرف الولي في ما لاحظ للقاصر فيه ولا مصلحة واضحة كالهبة والعتق والمحاباة في المعاوضة، بحيث يلزمه ضمان ما يتبرع به من هبة أو صدقة أو عتق[2].

- **الحالة الثانية:**

اتجار الولي بمال القصر ودفعه لغيره مضاربة بدون تعين جزء شائع من ربحه وإيداعه عند شخص بدون قيام حاجة إلى ذلك، وشراء عقار له بأكثر من قيمته بما ليس فيه مصلحته وكذلك بيع عقار ومنقول، وإجارته للغير بثمن أقل من المثل أو بما ليس فيه حظ للمولى عليه فكل هذا الإهمال يلزمه ضمان كل ذلك[3].

- **الحالة الثالثة:**

اختلف الفقهاء في إقراض الولي لمال القصر، على النحو التالي:

---

[1] البهوتي: شرح منتهى الإرادات، (مؤسسة الرسالة، السعودية)،ج٢، دط، دت، ص ٢٩٢.

[2] المرجع نفسه، ص نفسها.

[3] المرجع نفسه، ص نفسها.

الحنفية: يرون أن إقراض الولي لمال القاصر تعسف وظلم لهم، فلا يجوز إقراضه للغير ولا اقتراضه لنفسه.

الحنابلة: قالوا وإن يكن الولي متعسفا إذا أقرض مال القاصر بدون مصلحة تعود له، فلابد من احتياط في هذه الأمور.

الشافعية: يكون الولي متعسفا عندهم إذا أقرض مال القاصر بغير حاجة، كخوف من نهب أو حريق أو غرق أو أراد السفر وخاف عليه، وكذلك إذ أقرض المال لحاجة من غير ثقة.

- **الحالة الرابعة:**

يعتبر الوالي متعسفا عند عدم مطالبته بحقوق المولى عليه، وادعائه له، وإقامته البيانات، من تحليف الخصم إن أنكرها، وعدم المصالحة بدفع بعض ما على المحجور من دين أو عين إذا كانت به بينة، وقبض بعض ما للمحجور إن لم يكن به بينة[1] .

- **الحالة الخامسة:**

شراء الولي مال القاصر لنفسه أو بيع ماله لهم، فقد اختلف الفقهاء فيه على النحو التالي:

- **المالكية:** قالوا أنه لا يجوز للأب أن يشتري من نفسه لابنه الصغير أو يشتري من ماله لنفسه إلا إذا كان له مصلحة للولد، وإلا فيعتبر فعله هذا تعسفا وظلما له.

- **الشافعية:** قالوا بأنه يعتبر هذا التصرف تعسفا إذا كان الولي من غير الأب أو الجد، لأنه متهم في طلب الحظ له في بيع ماله من نفسه فلم يجعل ذلك إليه، بينما الأب والجد لا يتهمان في ذلك لكمال شفقتهما[2].

- **الحنابلة:** قالوا إن هذا التصرف تعسفا إذا كان الولي من غير الأب واخرجوا الجد من الاستثناء لأنه مضنة التهمة[3].

---

[1] البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ص ٢٩٢ – ٢٩٣.

[2] المرجع نفسه، ص ٢٥١ – ٢٥٢.

[3] الأسروشني: جامع أحكام الصغار، (مطبعة النجوم الخضراء بغداد)، ج١، ١٩٨٢، ص ٢٦١.

- **الحنفية:** فرقوا بين الأب ووصيه، ووصي القاضي في هذا التصرف كالأتي:

بالنسبة للأب: يعتبر متعسفا عند شراء من مال ولده لنفسه، وبيع ماله لولده بأقل من قيمته أو بأقل مما يتغابن الناس بمثله، أما إن كان هذا التصرف بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس بمثله فذلك جائز.

وكذلك وصي الأب يعتبر متعسفا عند بيعه مال نفسه لليتيم، أو شراء مال اليتيم لنفسه إن لم يكن فيه مصلحة له، والمصلحة في العقار أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشرة لنفسه من مال الصغير.

- **الحالة السادسة:**

أكل الولي من مال القاصر، وفيه اختلف الفقهاء على النحو التالي:

- **الشافعية والمالكية:** قال بأنه يعتبر أكل الولي من مال القاصر تعسفا وظلما، إذا كان غنيا لقوله تعالى: ﴿ ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف ﴾[1].

- **الحنفية:** قالوا بأنه إذا كان الولي على القاصر وصيا، وأخذ أجرة مقابل عمله هذا وهو غير محتاج لذلك فهذا تعسف منه، لأنه إذا كان مستكفيا فلا أجرة له.

- **الحنابلة:** قالوا بأنه إذا كان الولي على مال القاصر الحاكم وأمينة وأكلا شيئا منه، فهذا تعسف منهما وذلك لاستغنائهما بمالهما من بيت المال.

- **الحالة السابعة:**

لا خلاف بين الفقهاء في إنفاق الولي على القاصر من ماله وعلى من تلزمه مؤونته بالإسراف والتبذير هو تعسف وظلم وإلحاق للضرر به[2] لقوله تعالى ﴿ والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما﴾[3].

---

[1] سورة النساء: الآية ٦.

[2] البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ص ٢٩٢.

[3] سورة الفرقان: الآية ٦٧.

- الحالة الثامنة:

قال الحنفية بأن قضاء الوصي دين نفسه من مال اليتيم، تعسف في استعمال الحق بينما الأب يجوز له ذلك، لأن الأب لو باع مال الصغير من نفسه بمثل القيمة جاز، والوصي لا يملك البيع من نفسه إلا أن يكون خيرا لليتيم[1].

- الحالة التاسعة:

قال الحنفية والمالكية أنه إذا قام الولي بتسلف أموال القاصر واتجر فيها لنفسه فهذا تعسف منه وظلم للقاصر وتعد عليه ومجاوزة لحدود سلطته في ولايته على ماله، وذلك لأن الأصل في تصرفات الوصي في مال القاصر أنها مقيدة بمصلحة[2]، مثل استثمار أمواله في التجارة وتنميتها فهذا التصرف اختلف فيه الفقهاء على النحو الآتي:

- **القول الأول:** ذهب الحنابلة والمالكية والحنفية أن للولي مطلقا الاتجار بمال القاصر وهو أولى من تركه لأن ذلك أصلح له، إذ لا فائدة في إبقاء أموله بدون استثمار[3].
- **القول الثاني:** ذهب الشافعية إلى أنه يجب على الولي تنمية مال القاصر بقدر النفقة والزكاة لا أكثر، وينبغي عليه أن يجتهد ويفعل أي شيء يغلب على ظنه أنه لصالح القاصر، والله تعالى يعينه حسب قصده وهو يعلم المفسد من المصلح.
- **القول الثالث:** ذهب الجصاص من الحنفية وابن تيمية إلى أن استثمار الولي في مال القاصر وتنميته مندوب وليس واجب لقوله تعالى:﴿ ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير﴾[4].

وقال ابن تيمية ويستحب التجارة بمال القاصر لقول مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب قال (اتجروا في أموال اليتامى كي لا تأكلها الزكاة).

---

[1] الأسروشني: جامع أحكام الصغار، ج٢، ص ٢٩٢.

[2] المرجع نفسه، ص ٣٠٥.

[3] المرجع نفسه، ص ٢٩٢.

[4] سورة البقرة: الأية ٢٢٠.

الفرع الثاني

تعسف الوصي في وصايته على مال القاصر في قانون الأسرة الجزائري.

وافق المشرع الجزائري في قانون الأسرة فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد صلاحيات الولي وضبط تصرفاته في ولايته على أموال القاصر وذلك حسب الحالات الآتية :

- الحالة الأولى:

إذا لم يتصرف الولي في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، فيعتبر متعسفا وظالما له وملحقا الضرر به ويكون مسؤولا عن ذلك[1] طبقا لأحكام المادة ٨٨ /١ التي تنص على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام.

- الحالة الثانية:

يعتبر الولي في ولاته على مال القاصر متعسفا إذا لم يستأذن القاضي في تصرفات بيع وقسمة ورهن الأموال المتعلقة بحقوق المولى عليه[2] طبقا لأحكام المادة ٢/٨٨ التي تنص " وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية"

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

فلا بد من الولي أن يستأذن العدالة في كل هذه التصرفات التي حددتها المادة والتي لها علاقة بأموال القاصر سواء في بيع العقار أو تقسيمه أو إيجاره أو في استثمار أموله مضاربة أو شركة أو أي عقد فيه مصلحة للمولى عليه.

---

[1] بلحاج العربي: مبادئ الاجتهاد القضائي، (ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر)، ٢٠٠٠، ص ١٥٦.

[2] المرجع نفسه، ص ١٥٦ – ١٥٧.

- الحالة الثالثة:

يعتبر القاضي متعسفا إذا منح الإذن للولي في التصرف في أموال القاصر دون مراعاة مصلحة المولى عليه[1] بحيث تنص المادة ٨٩ من ق أ ج على القاضي أن يرعى الإذن حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني.

- الحالة الرابعة:

يعتبر الولي متعسفا في ولايته على القاصر عند قيامه بخدمة مصالحه على حساب مصالح القاصر، وفي هذه الحالة يحق للقاضي أن يعين متصرفا خاصا تلقائيا[2]، وهذا تطبيقا لأحكام المادة ٩٠ من ق أ ج التي تنص "إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناءا على طلب من له مصلحة.

- الحالة الخامسة:

وهي خاصة بالوصي الذي بينت المادة ٩٥ من ق أ ج بان الوصي له نفس سلطة الولي في التصرف وفقا الأحكام المواد ٩٩ و٨٩ و٩٠) من هذا القانون.

ويعتبر الوصي متعسفا في استعمال حق ولايته على مال القاصر إذا ثبت من تصرفاته ما يهدد مصلحة القاصر بحيث يجوز لمن له مصلحة أن يطلب من القاضي أن ينهي مهمة الوصي بعزله طبقا لأحكام المادة ٩٦ من ق أ ج التي بينت الحالات التي تنهي مهمة الوصي الذي يكون مسؤولا عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره[3]. طبقا لأحكام المادة ٩٨ من ق،أ،ج التي تنص على أنه "يكون الوصي مسؤولا عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره.

---

[1] بلحاج العربي: مبادئ الاجتهاد القضائي، ص ١٥٧.

[2] نصر الدين مبروك: قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق (دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر ٢٠٠٤) ص ٧١.

[3] المرجع السابق، بلحاج العربي، ص ١٥٨.

خـــاتمـــــة

خاتمة:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، في نهاية بحثنا المتعلق بالأحكام المشتركة والمتفرقة للولاية والوصاية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، الذي حاولنا فيه الإحاطة بمختلف جوانب هذا الموضوع، من خلال معرفة أوجه الشبه والاختلاف بين أحكام الولاية والوصاية التي تبدو للوهلة الأولى أنهما مصطلح واحد، ومن خلال هذه الدراسة توصلنا إلى نتائج وتوصيات قد تساهم في إرساء نظرية قانونية متكاملة مبنية على أسس علمية موضوعية تعمل على تحقيق الغاية من خلال دراسة هذه الأحكام

فالولاية والوصاية هي من أنظمة النيابة الشرعية جاءت لتحمي حقوق فئة ضعيفة من المجتمع وهي فئة القصر، من صغير ومجنون ومعتوه وسفيه وذو غفلة، يقوم عليها أشخاص أكفاء ينتظر منهم العمل وبذل الجهد في سبيل تحقيق الهدف المرغوب من الولاية والوصاية، وفق شروط وضوابط لتجنب الضرر والتعسف في استعمال هذه السلطة.

فالفقه الإسلامي فصل تفصيلا دقيقا على اختلاف مذاهبه في أحكام الولاية والوصاية

والقانون الجزائري وخاصة في قانون الأسرة منه أعطى مجالا واسعا للولاية والوصاية وكذلك في بعض النصوص من القانون المدني الجزائري.

ومن بين الاقتراحات التي خلصنا إليها أنه يجب على المشرع الجزائري أن يزيل الغموض على بعض المواد المتعلقة بأحكام الولاية والوصاية وأن يحدد بدقة ما لمقصود من تلك المواد وأن يوضح للقاضي المعايير الموضوعية والضوابط التي يعتمد عليها في مثل تلك المواد التي يعتريها الغموض وأن يحدد للقاضي مذهبا معين من مذاهب الشريعة الإسلامية لتسهيل مهمة القاضي كما فعلت أغلب التشريعات للدول العربية باعتمادها على مذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي وذلك لعدم تضارب الأحكام القضائية.

وفي الأخير نرجو أن يكون هذا الجهد المتواضع قد استطعنا من خلاله الوصول إلى فهم معنى اشتراك أحكام الولاية والوصاية وتفرقها بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

قائمة المصادر والمـــــراجع

قائمة المصادر والمراجع:

- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.
- السنة النبوية الشريفة.

المراجع الفقهية:

١.ابن العربي الجصاص: أحكام القرءان: تحقيق على محمد البجاوي، دار الفكر القاهرة، ط٣،١٩٧٢.

٢.ابن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري: تحقيق عبد القادر شيبة أحمد ط١، ٢٠٠١.

٣.بهرام الدميري: الشامل في الفقه المالكي، منشورات مركز نجيبويه للمخطوطات دبلن ايرلندا ط١، ٢٠٠٨.

٤.البهوتي منصور بن يوسف: الروض المربع شرح زاد المستقنع، مؤسسة الرسالة السعودية دط، دت.

٥.الحبيب بن الطاهر: الفقه المالكي وأدلته، دار ابن الحزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ط١، ١٩٩٨.

٦.الدردير أحمد بن محمد: الشرح الصغير، دار المعارف، مصر، دط، ١٣٩٢هـ.

٧.الدردير أحمد بن محمد: الشرح الصغير علي أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف، القاهرة، دط، دت.

٨.رمضان علي السيد الشرنباصي: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، دط، ٢٠٠٢.

٩.الزيعلي: تبين الحقائق في شرح منتهى الدقائق دار الكتب العلمية،بيروت، لبنان ط١،٢٠٠٠.

١٠.السرخسي شمس الدين: المبسوط، دار المعرفة، بيروت لبنان، دط، ١٩٨٦.

١١.الشربيني محمد بن الخطيب: مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط١،١٩٩٨.

١٢.الشيرازي إبراهيم بن علي: المهذب في فقه الشافعية، دار القلم، دمشق سوريا، ط١ ١٩٩٦.

١٣.عبد الرحمن الجزيري: الفقه علي المذاهب الأربعة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع دط، دت.

١٤.عبد الله بن صالح الفوزان: فقه الدليل شرح التسهيل، مكتبة الرشد، الرياض السعودية ط٢، ٢٠٠٨.

١٥.الكساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط١ ٢٠٠٣.

١٦.الماوردي: الحاوي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط١،١٩٩٤

١٧.المكي الرازي: خلاصة الدلائل في تنقيح المسائل، مكتبة الرشد، الرياض السعودية ط١،٢٠٠٧.

١٨.النووي محي الدين بن شرف: المجموع، مكتبة الإرشاد، جدة السعودية، دط، دت.

١٩.وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، بيروت لبنان، ط٧،١٩٩٦.

المعاجم وكتب اللغة:

٢٠.ابن منظور أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم: لسان العرب، دار صادر، بيروت لبنان ٢٠٠٤.

٢١.الجرجاني بن محمد الشريف: كتاب التعريفات، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٨٥.

٢٢.الزمخشري: أساس البلاغة، دار المعارف للطباعة والنشر بيروت، لبنان، دط، ١٩٧٩.

الكتب الخاصة والعامة:

٢٣.محمد أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي القاهرة، دط، دت.

٢٤.محمد بن عبد العزيز النمي: الولاية علي المال، ، مكتبة فهد الوطنية السعودية، ط١ دت.

٢٥.محمد سعيد جعفور: تصرفات ناقص الأهلية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار البشائر الإسلامية، لبنان، ١٩٨٥.

٢٦.محمد سعيد جعفور: مدخل للعلوم القانونية دروس في نظرية الحق، دار هومة الجزائر ط١ ٢٠١١.

٢٧.محمد عميم الإحسان المجددي البركتي: التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ط١، ٢٠٠٨.

٢٨.زوبيدة أقروفة: الإبانة في أحكام النيابة، دار الأهل للنشر والتوزيع، بجاية الجزائر ٢٠١٤.

٢٩.عامر السعيد الزيباري: أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، ط١، ١٩٩٧.

٣٠.عبد السلام الرفعي: الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب

٣١.المالكي، مطابع إفريقيا الشرق، الدار البيضاء، المغرب، دط، ١٩٩٦.

٣٢.علي محي الدين ياغي: مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار البشائر الإسلامية، لبنان، ط١، ١٩٨٥.

٣٣.عوض بن رجاء العوفي: الولاية في النكاح، مطابع الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة السعودية، ط١، ٢٠٠٢.

٣٤.بن ملحة الغوثي: قانون الأسرة علي ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ط٢، ٢٠٠٨.

٣٥.بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة المعدل ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر ط١، دت.

٣٦.بلعروسي أحمد التجاني: قانون الأسرة الجزائري المادة ، دار هومة الجزائر، ٢٠٠٣.

٣٧.أبو القاسم عبد الله: التفريع ، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، ط١، ١٩٨٧.

٣٨.بلحاج العربي: مبادئ الإجتهاد القضائي، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ٢٠٠٠.

رسائل الماجستير والدكتوراه:

٣٩.بوشمة خالد: نظرية الشخصية في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية الخروبة، جامعة الجزائر، دت

٤٠.صورية غربي: حماية الحقوق المالية للقاصر في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص جامعة بوبكر بلقايد تلمسان، ٢٠١٤.

٤١.عبد الله سعيد ربابعة: الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني مذكرة دكتوراه في الفقه وأصوله، الجامعة الأردنية ٢٠٠٥.

٤٢.عقيل بن أحمد بن دخيل العقيلي: النيابة في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة أم القرى، مكة المكرمة السعودية ١٤٢٣هـ.

٤٣.موسوس جميلة: الولاية على مال القاصر، مذكرة ماجستير العقود والمسؤولية كلية الحقوق، جامعة بومرداس، ٢٠٠٦.

٤٤.نواري منصف: الوصاية علي القاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، قسم القانون جامعة محمد خيضر بسكرة، ٢٠١٥.

المجلات والمقالات:

٤٥.المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد ٢، ٢٠٠٢.

٤٦.الموسوعة الفقهية الكويتية، مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، ط١ دت.

فهـــرس الموضوعات

فهرس الموضوعات:

العنـــــــــــــــوان	الصفحة
مقدمة	أ – د
الفصل الأول: الولاية والوصاية وأحكامهما بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	
تمهيد	٦
المبحث الأول: الولاية وأحكامها بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	٧
المطلب الأول: ماهية الولاية	٨
الفرع الأول: تعريف الولاية لغة	٨
الفرع الثاني: تعريف الولاية شرعا	٨
الفرع الثالث: تعريف الولاية قانونا	٩
المطلب الثاني: أحكام الولاية في الفقه الإسلامي	١٠
الفرع الأول: حكم الولاية في الفقه الإسلامي	١١
الفرع الثاني: أقسام الولاية في الفقه الإسلامي	١٢
أ/ تقسيم الولاية من حيث ذاتها	١٢
ب/ تقسيم الولاية من حيث مصدرها	١٣
ج/ تقسيم الولاية من حيث ثبوتها للإنسان على نفسه أو غيره	١٣
د/ تقسيم الولاية من حيث موضوعها	١٤
الفرع الثالث: ترتيب الأولياء وشروطهم في الفقه الإسلامي	١٥
أولا: شروط الأولياء في الفقه الإسلامي	١٥
١- العقل	١٥
٢- البلوغ	١٥
٣- الإسلام	١٥
٤- العدالة	١٥
٥- الذكورة	١٦
٦- القدرة	١٦
ثانيا: ترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي	١٦
الفرع الرابع: نهاية الولاية في الفقه الإسلامي	١٧
المطلب الثالث: أحكام الولاية في القانون الجزائري	١٨

الفرع الأول: حكم الولاية في القانون الجزائري	١٨
الفرع الثاني: شروط الأولياء وترتيبهم في القانون الجزائري	١٨
أولا: شروط الأولياء في القانون الجزائري	١٨
١ – البلوغ مع العقل	١٩
٢ – الإسلام	١٩
٣ – الأمانة والعدل	١٩
٤– حسن التصرف	١٩
ثانيا: ترتيب الأولياء في القانون الجزائري	١٩
الفرع الثالث: نهاية الولاية في القانون الجزائري	١٩
المبحث الثاني: الوصاية وأحكامها بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	٢١
المطلب الأول: ماهية الوصاية	٢٢
الفرع الأول: مفهوم الوصاية لغة	٢٢
الفرع الثاني: مفهوم الوصاية شرعا	٢٢
الفرع الثالث: مفهوم الوصاية قانونا	٢٣
المطلب الثاني: أحكام الوصاية في الفقه الإسلامي	٢٣
الفرع الأول: حكم الوصاية في الفقه الإسلامي	٢٤
الفرع الثاني: شروط الأوصياء وتعددهم في الفقه الإسلامي	٢٤
أولا: شروط الوصي	٢٤
١– العقل	٢٤
٢– البلوغ	٢٤
٣– الإسلام	٢٥
٤– العدالة	٢٥
٥– الأمانة والعدالة	٢٥
ثانيا: تعدد الأوصياء في الفقه الإسلامي	٢٥
الفرع الثالث: أنواع الأوصياء وسلطاتهم في الفقه الإسلامي	٢٥
أولا: أنواع الأوصياء	٢٥
–الوصي المختار	٢٥
–الوصي المعين	٢٥
–الوصي الخاص	٢٦

ثانيا: سلطات الوصي	٢٦
١.الوصي المختار	٢٦
٢.الوصي المعين	٢٦
الفرع الرابع: نهاية الوصاية في الفقه الإسلامي	٢٧
المطلب الثالث: أحكام الوصاية في القانون الجزائري	٢٩
الفرع الأول: حكم الوصاية في القانون الجزائري	٢٩
الفرع الثاني: شروط الأوصياء وتعددهم في القانون الجزائري	٢٩
أولا: شروط الأوصياء	٢٩
ثانيا: تعدد الأوصياء	٣٠
الفرع الثالث: أنواع الأوصياء في القانون الجزائري	٣٠
١.الوصي المختار	٣٠
٢.الوصي المعين	٣١
٣.الوصي الخاص	٣١
٤.الوصي المؤقت والوصي الدائم	٣١
الفرع الرابع: نهاية الوصاية في القانون الجزائري	٣٢
الفصل الثاني: أحكام مشتركة ومتفرقة للولاية والوصاية وتطبيقاتها بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	
تمهيد	٣٧
المبحث الأول: أحكام مشتركة للولاية والوصاية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	٣٨
المطلب الأول: ماهية تشارك أحكام الولاية والوصاية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	٣٩
الفرع الأول: تعريف الأحكام لغة	٣٩
الفرع الثاني: تعريف الأحكام اصطلاحا	٣٩
الفرع الثالث: تعريف المشترك لغة	٤٠
الفرع الرابع: تعريف المشترك اصطلاحا	٤٠
المطلب الثاني: الأحكام المشتركة للولاية والوصاية في الفقه الإسلامي	٤٠
الفرع الأول: مفهوم النيابة الشرعية في الفقه الإسلامي	٤١
الفرع الثاني: أحكام تصرفات القاصر في الفقه الإسلامي	٤١
تعريف القاصر لغة	٤١
تعريف القاصر اصطلاحا	٤١
١.حكم تصرفات القاصر في الفقه الإسلامي	٤١

١.١تصرفات نافعة نفعا محضا	٤٢
٢.١تصرفات ضارة ضررا محضا	٤٢
٣.١تصرفات دائرة بين النفع والضرر	٤٢
٢.المسؤولية المدنية والجزائية للقاصر	٤٢
الفرع الثالث: أحكام المحجور عليهم لعارض الأهلية في الفقه الإسلامي	٤٣
١.الجنون لغة واصطلاحا	٤٣
١.١أنواع الجنون	٤٣
٢.١أثر الجنون في التصرفات القولية	٤٤
٣.١ أثر الجنون في التصرفات الفعلية	٤٤
٤.١الزكاة في مال المجنون	٤٤
٢.المعتوه	٤٤
٣.السفيه	٤٤
١.٣أثر السفه على الأهلية	٤٥
أ.الرأي الرافض للحجر على السفيه	٤٥
ب.الرأي المؤيد للحجر على السفيه	٤٥
٤.ذو الغفلة	٤٦
المطلب الثالث: الأحكام المشتركة للولاية والوصاية في القانون الجزائري	٤٦
الفرع الأول: النيابة الشرعية في القانون الجزائري	٤٦
الفرع الثاني: أحكام القاصر في القانون الجزائري	٤٧
١.حكم تصرفات القاصر في ماله	٤٧
٢.حكم تصرفات القاصر النافعة له نفعا محضا	٤٨
٣.حكم تصرفات القاصر الضارة به ضررا محضا	٤٨
٤.حكم تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر	٤٩
الفرع الثالث: أحكام المحجور عليهم لعارض الأهلية في القانون الجزائري	٤٩
١.الجنون والعته	٤٩
٢.السفه والغفلة	٥٠
٣.إجراءات الحجر	٥٠
المبحث الثاني: أحكام متفرقة للولاية والوصاية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	٥٠
المطلب الأول: ماهية تفرق أحكام الولاية والوصاية	٥١

الفرع الأول: تعريف المتفرق لغة	٥١
الفرع الثاني: تعريف المتفرق اصطلاحا	٥٢
المطلب الثاني: أحكام الولاية والوصاية المتفرقة في الفقه الإسلامي	٥٢
الفرع الأول: أحكام تزويج القاصر في الفقه الإسلامي	٥٣
الحالة الأولى	٥٣
الحالة الثانية	٥٣
١.الاتجاه القائل بالجواز	٥٣
٢.الاتجاه القائل بالمنع	٥٣
الفرع الثاني: أحكام تزويج المحجور عليهم في الفقه الإسلامي	٥٤
١- حكم إبرام المحجور عليهم لعقود زواجهم	٥٤
٢- حكم تزويج الولي للمحجور عليهم	٥٦
الفرع الثالث: أحقية تولي عقد الزواج للقاصر والمحجور عليهم في الفقه الإسلامي	٥٦
١.الولاية على زواج القصر	٥٦
٢. ولاية تزويج المحجور عليهم	٥٧
٣.ولاية تزويج السفيه وذي غفلة	٥٨
الفرع الرابع: أحكام فك الرابطة الزوجية للقاصر والمحجور عليهم في الفقه الإسلامي	٥٨
أولا: في الطلاق	٥٨
١.حكم وقوع طلاق القاصر والمحجور عليهم	٥٨
٢. دور الولي في فك الرابطة الزوجية	٥٩
ثانيا: في الخلع	٥٩
١.حكم خلع القاصر والمحجور عليهم بإرادتهم المنفردة	٥٩
١.١خلع الزوج	٥٩
٢.١ خلع الزوجة	٥٩
٢.حكم خلع القاصر والمحجور عليهم بإرادة الولي	٦٠
١.٢خلع الولي للزوج	٦٠
٢.٢خلع الولي للزوجة	٦٠
المطلب الثالث: أحكام الولاية والوصاية المتفرقة في القانون الجزائري	٦١
الفرع الأول: أحكام تزويج القاصر في القانون الجزائري	٦٢
الفرع الثاني: أحكام تزويج المحجور عليهم في القانون الجزائري	٦٢

الفرع الثالث: أحقية تولي عقد الزواج للقاصر والمحجور عليهم في القانون الجزائري	٦٢
الفرع الرابع: أحكام فك الرابطة الزوجية للقاصر والمحجور عليهم في القانون الجزائري	٦٣
المبحث الثالث: تطبيقات أحكام الولاية والوصاية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	٦٣
المطلب الأول: مسألة تعسف الولي في تزويج أوليائه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	٦٤
الفرع الأول: تعسف الولي في تزويج أوليائه في الفقه الإسلامي	٦٤
١.عضل الولي	٦٤
٢.مسألة غياب الولي	٦٥
الحق في فسخ النكاح بعد البلوغ والإفاقة	٦٦
الفرع الثاني: تعسف الولي في تزويج أوليائه في القانون الجزائري	٦٧
١.تعسف الولي في تزويج مواليه في القانون الجزائري	٦٧
١.١عضل الولي	٦٧
٢.١غياب الولي	٦٧
٢.الحق في فسخ النكاح بعد البلوغ والإفاقة	٦٨
المطلب الثاني: مسألة تعسف الوصي على مال أوصيائه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	٦٨
الفرع الأول: مسألة تعسف الوصي على مال أوصيائه في الفقه الإسلامي	٦٩
الحالة الأولى	٦٩
الحالة الثانية	٦٩
الحالة الثالثة	٦٩
الحالة الرابعة	٧٠
الحالة الخامسة	٧٠
الحالة السادسة	٧١
الحالة السابعة	٧١
الحالة الثامنة	٧٢
الحالة التاسعة	٧٢
الفرع الثاني: مسألة تعسف الوصي على مال أوصيائه في القانون الجزائري	٧٣
الحالة الأولى	٧٣
الحالة الثانية	٧٣
الحالة الثالثة	٧٤
الحالة الرابعة	٧٤

الحالة الخامسة	٧٤
خاتمة	٧٥
قائمة المصادر والمراجع	٧٧
فهرس الموضوعات	٨٢

ملخص البحث:

خلاصة القول ومن خلال هذه الدراسة يتبين لنا أن الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبها والقانون الجزائري أعطانا أهمية كبيرة للقاصر وفئات المحجور عليهم من مجنون وسفيه ومعتوه وذو غفلة.

حيث شددت الشريعة الإسلامية على الأولياء والأوصياء، وذلك من خلال جملة من الأحكام التي بينت فيها شروطهم ودرجاتهم والتصرفات الجائزة والتصرفات الممنوعة عليهم وهي أحكام تشترك أحيانا بين الأولياء والأوصياء وخاصة فيما يتعلق في تصرفات الولي والوصي في مال فاقد الأهلية وناقصها وأحكام أخرى تختلف بين الولي والوصي وخاصة فيما تعلق الأمر بالتزويج وفك الرابطة الزوجية للقصر والمحجور عليهم.

والمشرع الجزائري وخاصة في قانون الأسرة وبعض مواد القانون المدني أعطى للقضاء سلطة واسعة في حماية القصر والمحجور عليهم ففرض عن طريق أحكام مختلفة رقابة صارمة على تصرفات الولي والوصي إلا أنه يعاب عليه في هذا الجانب إهماله لبعض الآليات المهمة التي تضمن فعلية هذه الرقابة على نظام النيابة الشرعية نظرا لبعض النقائص الموجودة في النصوص التي تعالج هذا الموضوع.

الكلمات المفتاحية: الولاية، الوصاية، أحكام الولي، أحكام الوصي.

Résumé de la recherche:

En résumé, à travers cette étude, il nous apparaît clairement que la charia islamique, avec ses différentes sectes, et le droit algérien nous ont accordé une grande importance aux mineurs et aux catégories d'interdits, dont les fous, les fous, les fous, et les insouciants.

Là où la charia islamique mettait l'accent sur les tuteurs et les tuteurs, à travers un certain nombre de dispositions dans lesquelles leurs conditions et degrés étaient clarifiés et les actions autorisées et les actions qui leur étaient interdites. En ce qui concerne le mariage et la dissolution du lien matrimonial des mineurs et les a interdits .

Et le législateur algérien, notamment en droit de la famille Certains articles du Code civil ont donné au pouvoir judiciaire une large autorité pour protéger les mineurs et les personnes interdites, il a donc imposé, à travers diverses dispositions, un contrôle strict sur les actions du tuteur et du tuteur qui aborde ce sujet.

Mots-clés : tutelle, tutelle, dispositions relatives à la tutelle, dispositions relatives à la tutelle.

Research Summary:

In summary, through this study, it becomes clear to us that Islamic Sharia, with its different sects, and Algerian law have given us great importance for minors and the categories of those who are interdicted, including the insane, the fool, the lunatic, and the heedless.

Where the Islamic Sharia stressed the guardians and guardians, through a number of provisions in which their conditions and degrees were clarified and the permissible actions and the actions prohibited to them. With regard to marriage and the dissolution of the marital bond of minors and interdicted them.

And the Algerian legislator, especially in family law Some articles of the Civil Code gave the judiciary a wide authority to protect minors and those interdicted, so it imposed, through various provisions, strict control over the actions of the guardian and the guardian. that addresses this topic.

Keywords: guardianship, guardianship, guardian provisions, guardian provisions.