

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية: الحقوق و العلوم السياسية

قسم : الحقوق

الرقم التسلسلي : .....

رقم التسجيل : M.DFA/02/12

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق

تخصص : قانون الأسرة

العنوان:

الأهلية و أثر تخلفها في قضايا شؤون الأسرة

بين الفقه الإسلامي و قوانين الأسرة المغربية

إعداد الطالبة

سارة مقدّم

تاريخ المناقشة : 2016/09/22

أمام لجنة المناقشة المكونة من السادة:

رئيساً	جامعة محمد بوضياف المسيلة	أستاذ محاضر أ	د. محمد بركات
مشرفاً ومقرراً	جامعة محمد بوضياف المسيلة	أستاذ التعليم العالي	أ.د. العربي بختي
ممتحناً	جامعة محمد بوضياف المسيلة	أستاذ التعليم العالي	أ.د. أحمد غرابي
ممتحناً	جامعة باجي مختار عنابة	أستاذ محاضر أ	د. عيسى حداد
ممتحناً	جامعة محمد بوضياف المسيلة	أستاذ محاضر أ	د. مولود قارة

السنة الجامعية: 2016/2015

## شكر و عرفان

أتقدم بالشكر و الامتنان إلى الأستاذ الدكتور:  
العربي بختي الذي تفضل بقبول الإشراف على هذا  
البحث، و ما خصني به من تشجيع و توجيه  
كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى عمادة و أساتذة كلية  
الحقوق و العلوم السياسية بجامعة المسيلة .

## قائمة أهم المختصرات

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

ق.م.ل: القانون المدني الليبي

م.إ.ع.ت: مجلة الالتزامات و العقود التونسية

ق.إ.ع.م: قانون الالتزامات و العقود الموريتاني

ق.إ.ع.مغ: قانون الالتزامات و العقود المغربي

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري

م.أ.مغ: مدونة الأسرة المغربية

م.أ.ت: مجلة الأحوال الشخصية التونسية

م.أ.م: مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية

ق.ت.ق.ل: قانون حماية القاصرين و من في حكمهم الليبي

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

ق.أ.و.ج: قانون الأملاك الوقفية الجزائري

م.أ.و.مغ: مدونة الأوقاف المغربية

ق.أ.ل: قانون الأوقاف الليبي

ق.و.ل: قانون الوصية الليبي

ب ط: بدون طبعة. ب ت: بدون تاريخ. ج: الجزء، ص: الصفحة

## مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم، و الصلاة و السلام على أشرف الخلق و المرسلين سيّدنا و حبيبنا محمد و على آله و صحبه و من والاه بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد؛ كرم الله الإنسان و فضّله عن غيره من المخلوقات بالعقل الذي يميّز بموجبه بين الحق و الباطل و بين الحلال و الحرام و بين ما ينفعه و ما يضره و ما يجلب له المصلحة و ما يجلب المفسدة؛ غير أن الإنسان لا يولد بعقل كامل بل يمرّ بعدة مراحل عمرية ينمو خلالها عقله و يتدرج حتى يصل إلى الكمال فيصبح فردا صالحا للإلزام و الالتزام، كما ميّز الله الناس بعضهم على بعض فجعلهم متميزين و مختلفين منهم من يتدرج ليصل كامل العقل و منهم من يصل ناقصه و منهم من يصل فاقده.

هذا التباين و الاختلاف في القدرات العقلية بين الناس و الاختلاف عند الانسان نفسه من مرحلة عمرية إلى أخرى لم يأت عبثا، إنما خلق الله الناس بهذا الشكل لتحقيق التكامل و التعاون بين أفراد المجتمع؛ فيتولى الكبير و القويّ منهم أمر الصغير و الضعيف و يدير شؤونه حتى يكبر و يشتد عوده أو يزول ما أصابه.

يعبّر الأصوليون و فقهاء الشريعة و القانون عن هذا الموضوع بالأهلية، و الملاحظ أنهم تناولوه بشيء من التفصيل و الإسهاب كيف لا و هو يهدف إلى حماية فئة ضعيفة و هشّة من الناس، يكون هذا عن طريق حماية ناقصي و فاقدى الأهلية من أنفسهم و حماية غيرهم منهم و عن طريق حمايتهم من استغلال غيرهم لضعفهم؛ هذه الحماية تمس جميع مناحي الحياة دون استثناء، لكن الذي يهمننا في بحثنا هو قضايا شؤون الأسرة بداية من الرابطة الزوجية من حيث إبرامها و فكها، و الحقوق المالية للإنسان كالميراث و النفقة و الوصية و الوقف، و الحقوق غير المالية كالحضانة و الولاية و الوصاية.

فقد يبرم ناقص أو فاقد الأهلية عقدا ماليا أو تصرفا شخصيا و لا يوفق فيه أو لا يحقق من وراءه ما يحققه عادة غيره كامل الأهلية بسبب ضعف عقله كما قد ينتقل الضرر إلى من يتعامل أو يتعاقد معه.

## أولاً- موضوع البحث:

يعالج هذا الموضوع الأهلية و أثر تخلفها في قضايا شؤون الأسرة؛ لذا يتناول الأهلية التي يجب أن تتحقق في كل من الرجل و المرأة المقدمين على إبرام عقد الزواج، و الأهلية الواجب توفرها في الزوج أو الزوجة الراغبين في فك الرابطة الزوجية، و كذلك الأهلية الواجب توفرها في الحقوق المقررة في قضايا الأسرة سواء الحقوق المالية كالنفقة و الوصية و الميراث و الوقف، و الحقوق غير المالية كالحضانة و الولاية و الوصاية، هذا من حيث البلوغ و العقل اللازمين حتى تصح التصرفات من الشخص و يكون أهلا للتكليف.

تناولت هذا الموضوع بطريقة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين المغاربية للأسرة مع التركيز على موقف المشرع الجزائري.

ثانياً- أهمية البحث و أسباب اختياره و أهدافه:

### 1- أهمية البحث:

#### - حداثة الموضوع:

هذا البحث تناول موضوع الأهلية بطريقة جديدة؛ بحيث تطرق لجوانب عدّة لم يتم التطرق إليها، كما أن الدراسات السابقة تناولت أجزاء متفرقة من هذا الموضوع دون أن تعالجه بشكل شامل مثل ما فعلت هذه الدراسة.

#### - القيمة العلمية للموضوع:

➤ إنه مرتبط بالتخصص الذي اخترناه في الماجستير؛ إذ يعتبر جزئية من جزئيات قانون الأحوال الشخصية.

➤ إنه موضوع دقيق و مهم سواء من الناحية الفقهية أو القانونية؛ بحيث يمس شريحة حساسة و ضعيفة في المجتمع.

➤ نظرا لأهمية الموضوع فقد مست جزئياته عدّة تعديلات على مراحل مختلفة و هذا ما يجعله موضوعا خصبا للدراسة.

➤ الموضوع متشعب المسائل و الأحكام و له صلة بقوانين أخرى كالقانون المدني و قانون الأوقاف و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و غيرها.

➤ من شأن الدراسات في الفقه المقارن و القانون المدني تمكين الباحث من الاطلاع على اجتهادات الفقهاء في مختلف المذاهب، و في كل ما تقضي به القوانين الوضعية المقارنة مما يوسع مداركه و يجعله يتعرف على أكثر من رأي و أكثر من استنباط و دليل؛ و بهذا تتجلى الحقائق و تتقرر المبادئ.

## 2- أسباب اختيار الموضوع:

➤ سبب ذاتي؛ يرجع إلى الاطلاع على الموضوع و القدرة على معالجته، و كذا الرغبة الذاتية و النفسية في معرفة أحكامه.

➤ سبب موضوعي؛ يرجع إلى توفر المادة العلمية في الموضوع، و كذا قيمته العلمية و أهميته التي سبق بيانها آنفا.

## 3- أهداف البحث:

لا شك في أن البحث في موضوع بهذه الأهمية له أهداف تتمثل فيما يأتي:

1- أهداف تكوينية: تتمثل في التحكم في منهجية إعداد البحث العلمي و كذا اكتساب مهارات التحليل القانوني و النقد و المقارنة.

## 2- أهداف علمية:

➤ إثبات إصابة الشريعة الإسلامية و أحكامها في معالجة هذا الموضوع، و أنها صالحة لكل زمان و مكان و أقدّر على حماية الفرد و الأسرة.

➤ وضع اليد على المواطن التي أصاب فيها المشرع و الأخرى التي أخفق فيها بطريقة موضوعية مع تقديم المقترح البديل.

## ثالثا- منهج البحث:

من أجل إعطاء الموضوع حقه؛ و جب عليّ اتباع المناهج العلمية التالية:

1- المنهج الاستقرائي: من خلال استعراض النصوص الشرعية من الآيات القرآنية و الأحاديث النبوية، و آراء المذاهب الفقهية المشهورة و النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع و رأي فقهاء القانون فيها.

**2- المنهج التحليلي:** من خلال تحليل و معالجة التعاريف اللغوية و الاصطلاحية و النصوص الفقهية و القانونية.

**3- المنهج المقارن:** من خلال المقارنة بين المذاهب الفقهية و ذكر أدلة كل مذهب و محاولة الوصول إلى الراجح منها، و كذا عرض موقف قوانين الأسرة المغاربية و المقارنة فيما بينها من جهة و مدى توافقها مع الفقه الإسلامي من جهة أخرى.

#### رابعاً- الدراسات السابقة:

بعد البحث وجدت أن الفقهاء القدامى و الأصوليين تناولوا هذا الموضوع بالبحث في طيات كتاباتهم؛ حيث تطرقوا إليه في أبواب عدّة، غير أنني لم أعثر على بحث جامع مستقل بعنوان هذه الرسالة.

اقتصرت المؤلفات القانونية الحديثة على تناول موضوع الأهلية في القانون المدني مع بعض الأحكام المذكورة في قانون الأسرة.

بالنسبة للرسائل الجامعية؛ لم أعثر على رسالة سابقة تتناول هذا الموضوع، و كل ما درس كان بصفة عارضة و موجزة و بمناسبة مواضيع أخرى.

من هذه المواضيع ما تناول الأهلية بصفة عامة؛ منها:

➤ الحماية القانونية لفاقدي الأهلية للمؤلف حمر العين عبد القادر؛ يتناول موضوعه الحماية المتعلقة بذات الشخص و ذمته المالية.

➤ الأهلية في التشريع الجزائري-دراسة مقارنة-للمؤلف عيسى حداد؛ يتناول فيه أهلية الشخص الطبيعي و أهلية الشخص الاعتباري.

➤ الأهلية و عوارضها في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري للمؤلف عمر الزاهي؛ يتناول نظام الأهلية بطريقة مقارنة وتأثير العوارض على الشخص الطبيعي مع تفصيل في أقسام الأهلية أي أهلية الأداء و أهلية الوجوب.

➤ الرشداء عديمي الأهلية للمؤلف مغفلوجي عبد العزيز؛ يتناول نظام الرشداء عديمي الأهلية من حيث التعريف بهم و تبيان الحماية المقررة للغير من تصرفاتهم.

تناولت هذه الرسائل الأهلية بصفة عامة و واسعة، و هي بعيدة عن الموضوع محل الدراسة؛ بحيث درسوا القواعد أو المبادئ العامة للأهلية الموزعة بين مواد القانون المدني و قانون الأسرة في غير المسائل التي سيدرسها هذا البحث.

من هذه المواضيع ما تناول الأهلية في قانون الأسرة:

➤ الولاية و الأهلية في قانون الأسرة الجزائري للمؤلف هيزوم أحمد؛ تناول فيه الولاية على القصر سواء في التصرفات المالية أو التصرفات الشخصية و هو ما يدخل ضمن باب النيابة الشرعية في قانون الأسرة.

#### خامسا- الصعوبات:

لقد واجهتني خلال انجاز هذا البحث المتواضع عدّة صعوبات، لعلّ أهمها ينحصر في ما يلي:

➤ عدم وجود دراسات علمية أكاديمية سابقة تحيط بالموضوع من جميع الجوانب.  
➤ صعوبة الموضوع في حدّ ذاته لإشكالياته المعقدة و تشعبه بين علم الأصول و الفقه و القانون، إضافة إلى أن موضوعات البحث متفرقة في مباحث متعددة من الكتب الفقهية و القانونية.

➤ إمكانية تناول موضوع الدراسة بأكثر من منهج تحليلي، استقرائي، مقارنة؛ مما يجعل الباحث يعيد النظر مرة إثر أخرى في جوانب الدراسة كلما ازداد عمقا في القراءة و البحث، و كلما تجمعت لديه مادة جديدة ليختار أوفق و أنسب تلك المناهج و أكثرها تحقيقا لغرض الدراسة بما لا يخل بخطة البحث المعتمدة.

#### سادسا- اشكالية البحث:

الإشكالية الرئيسة لهذا البحث هي: ما مدى تأثير الحقوق و الروابط الأسرية المقررة في مسائل الأحوال الشخصية بعوارض الأهلية، و هل لهذه العوارض نفس الأثر أم أن الأمر يختلف من عارض لآخر؟. تتفرع هذه الإشكالية إلى اشكاليات جزئية كما يلي:

-هل يسمح القانون بتزويج ناقصي و عديمي الأهلية، و ما مدى صحة تصرفاتهم المنهية للزواج؟.

-هل لفاقد الأهلية أو ناقصها الحق في ممارسة الحقوق المقررة في قضايا شؤون الأسرة أم لا؟.

## سابعاً- خطة البحث:

لتحقيق أهداف البحث المرجوة جاءت الخطة مقسمة إلى مقدمة و فصلين و خاتمة. فتضمن الفصل الأول: الحديث عن حقيقة الأهلية و أثر تخلفها على الرابطة الزوجية؛ و ذلك من خلال تعريف الأهلية و تبيان أقسامها و عوارضها، كما يتناول تأثير تخلف الأهلية على الرابطة الزوجية عند إنشائها و حكم تصرفات ناقص الأهلية و فاقدتها المنهية للزواج.

أما الفصل الثاني: فخصّص للحديث عن أثر تخلف الأهلية على الحقوق المقررة في شؤون الأسرة؛ و ذلك من خلال الحديث عن أثر تخلف الأهلية على الحقوق المالية المقررة في مسائل الأحوال الشخصية؛ سواء في النفقة، الوصية و الوقف و الميراث. أثر تخلف الأهلية على الحقوق غير المالية في شؤون الأسرة؛ سواء في الولاية و الوصاية و الحضانة.

وفقاً لهذا جاءت الخطة على النحو التالي:

مقدمة.

الفصل الأول: حقيقة الأهلية و أثر تخلفها على الرابطة الزوجية.

المبحث الأول: حقيقة الأهلية و بيان عوارضها.

المبحث الثاني: أثر تخلف الأهلية على الرابطة الزوجية.

الفصل الثاني: الأهلية و أثر تخلفها على الحقوق المقررة في شؤون الأسرة.

المبحث الأول: الأهلية و أثر تخلفها على الحقوق المالية المقررة في مسائل الأحوال الشخصية.

المبحث الثاني: الأهلية و أثر تخلفها على الحقوق غير المالية في شؤون الأسرة.

خاتمة: تتضمن أهم النتائج و التوصيات.

## الفصل الأول

حقيقة الأهلية و أثر تخلفها على الرابطة الزوجية

يتعلق موضوع الأهلية بالإنسان؛ لأن الله ميزه عن غيره بالعقل و الفهم، إلا أن الناس مختلفون عن بعضهم من حيث كمال و نقصان و انعدام الأهلية. تختلف الأهلية حسب نمو العقل و تدرجه، و من ثم فهم مختلفون في قدرتهم على القيام بواجبات معينة و التمتع بحقوق معينة كل حسب أهليته لذلك، تختلف الأهلية أيضا عند نفس الشخص حسب العمل أو التصرف الذي سيقوم به؛ فهناك أعمال تتطلب أهلية محددة و أعمال تتطلب أهلية أخرى.

يتضح مما سبق أن موضوع الأهلية دقيق و متشعب؛ لذا تناوله الأصوليون في كتبهم فهو عماد باب المكلف المحكوم عليه، و تناوله الفقهاء في أغلب أبواب الفقه؛ من أهم هذه الأبواب ما يتعلق بالرابطة الزوجية؛ فقد أولى الفقهاء لأهلية انعقاد و انحلال الرابطة الزوجية جانبا من الاهتمام، لأن الآثار المترتبة عنهما لها تأثير مباشر على الفرد و الأسرة و على المجتمع، على خطى الأصوليون و الفقهاء نظم المشرعون المغاربة هذا الموضوع في قوانينهم الوضعية.

يأتي هذا الفصل ليسلط الضوء على حقيقة الأهلية و عوارضها في المبحث الأول و أثرها على الرابطة الزوجية في المبحث الثاني.

## المبحث الأول - حقيقة الأهلية و بيان عوارضها:

تمر حياة الإنسان بمراحل عدّة ترتبط و تندرج معها أهليته من النقصان إلى الكمال، شريطة ألا يعترضه عارض من العوارض فيجعله ناقص الأهلية أو عديمها.

### المطلب الأول - حقيقة الأهلية:

تحظى الأهلية بأهمية بالغة؛ فعلى أساسها يمكن تقدير ما يمكن أن يتمتع به الشخص من حقوق و ما يمكن أن يلتزم به من واجبات؛ لذا ينبغي التطرق لتعريف الأهلية في اللغة و في الاصطلاح، و بيان أقسامها في الفرع الآتي:

### الفرع الأول - تعريف الأهلية:

لتعريف الأهلية بشكل عام يتوجب على الباحث تبيان تعريفها في اللغة و في الاصطلاح؛ و ذلك على النحو الآتي:

### أولاً - في اللغة:

نجدها في معاجم اللغة العربية في مادة أهل و لها عدّة معاني، من أكثرها صلة بالموضوع:

- 1- **الأهل:** أهل الرجل عشيرته و ذوو قرباه، فأهل الرجل أخص الناس به<sup>(1)</sup>.  
لقوله تعالى: "وَأْمُرْ أَهْلَكَ بِالصَّلَاةِ وَاصْطَبِرْ عَلَيْهَا"<sup>(2)</sup>، و قوله: "فَالْتَمَّ مَا جَزَاءُ مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوءًا إِلَّا أَنْ يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ"<sup>(3)</sup>.
- 2- **الاستحقاق:** هو أهل لكذا: مستوجب. أهله لذلك تأهيلاً، أهله، رآه له أهلاً<sup>(4)</sup>.
- 3- **الجدارة و الكفاءة:** فالأهلية للأمر هي الصلاحية له<sup>(5)</sup>.  
منه قوله تعالى: هُوَ أَهْلُ التَّقْوَى وَأَهْلُ الْمَعْرِفَةِ<sup>(6)</sup>.

الملاحظ أن معنى الاستحقاق في اللغة هو الأقرب إلى معنى الأهلية المقصود في بحثنا.

(1)- علاء الدين ابن منظور: لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، مصر، ب ط، ب ت، ص164.

(2)- سورة طه: الآية 132 .

(3)- سورة يوسف: الآية 25.

(4)- مجد الدين الفيروز آبادي: القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط8، 2005، ص963.

(5)- مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، ط4، 2004، ص32.

(6)-سورة المدثر: الآية56.

## ثانياً- في الاصطلاح:

لمعرفة دلالة مصطلح الأهلية لابد من البحث عن تلك الدلالة في اصطلاح الأصوليين و الفقهاء و شراح القانون؛ حتى نتبين مدى التطابق أو الاختلاف بينهما إن وجد.

### 1- الأهلية في اصطلاح الأصوليون و الفقهاء:

عرّفها ابن الأمير الحاج<sup>(1)</sup>: "أهلية الإنسان للشيء صلاحيته لصدوره و طلبه منه و قبوله إياه"<sup>(2)</sup>. كما عرّفها البخاري<sup>(3)</sup> بأنها: "صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له و عليه"<sup>(4)</sup>. عرّفها أحمد الزرقا كما يلي: "صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحاً لخطاب تشريعي"<sup>(5)</sup>. يبدو من خلال هذه التعريفات أن جميعها يدور في نفس المعنى، غير أن تعريف البخاري لم يذكر الشق المتعلق بأهلية الأداء و هو صلاحية الإنسان لصدور تصرفات منه على وجه يعتد به شرعاً. لعلّ أدقّ التعريفات هو تعريف الزرقا؛ و هذا يظهر من عبارة "صفة يقدرها" لأن صفة الأهلية تختلف من شخص لآخر، فالجنين مثلاً تكون له أهلية وجوب ناقصة، و الصغير تكون له أهلية وجوب كاملة و لا تكون له أهلية أداء، أما الشخص البالغ العاقل فتكون له أهلية وجوب و أهلية أداء.

### 2- الأهلية في اصطلاح شراح القانون:

من المتعارف عليه أن المشرع عند اعداده أو إصداره القانون غالباً ما يتحاشى التعريفات لأن هذا الأمر من مهام فقهاء و شراح القانون؛ منهم من عرّف الأهلية كما يلي: "صلاحية الشخص لأن تتعلق به حقوق له أو عليه و لأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية و القضائية المتعلقة بهذه الحقوق"<sup>(6)</sup>.

(1)- محمد بن محمد بن محمد بن حسن بن عليّ بن سليمان بن عمر بن محمد الحلبي الخنفي المشهور بابن أمير الحاج، فقيه أصولي و مفسر، ولد و توفّي بجلب 825هـ/1422م، 879هـ/1474م. من تصانيفه: شرح المختار لابن مودود الموصلّي في فروع الفقه الخنفي التقرير و التحبير في شرح التحرير لابن همام. عمر رضا كحالة: معجم المؤلفين تراجم مصنفي الكتب العربية، ج1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1993، ص677.

(2)- ابن أمير الحاج: التقرير و التحبير، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1999، ص212.

(3)- أبو اليسر محمد بن محمد النسفي ويزدة المشهور بالبخاري، العلامة شيخ الخنفة، ولد سنة 21هـ توفي ببخارة سنة 93هـ، له تصانيف عدة منها: في الأول و الفروع. شمس الدين الذهبي: سير أعلام النبلاء-تحقيق الأرناؤوط شعيب و الأسد حسين-، ج19، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1996، ص11، ص49.

(4)- علاء الدين البخاري: كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، ص237.

(5)- مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، دار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1998، ص183.

(6)- سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية، ج1، دار الكتب، مصر، ط6، 1987، ص743.

كما عرّفت بأنها: " صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق و تحمل الواجبات و القدرة على استعمال هذه الحقوق و أداء الواجبات " (1).

من خلال التعاريف السابقة نجد أن فقهاء القانون قد اتفقوا إلى حد بعيد في تحديد معنى الأهلية و إن اختلفت عباراتهم.

**مقارنة بين التعريفات:** بالمقارنة بين التعريف اللغوي و التعريف الاصطلاحي نجد علاقة وطيدة بينهما فمصطلح الأهلية أخذ جذوره و اشتقاقه من المصطلح اللغوي فتوافق معه شكلا، غير أن التعريف اللغوي يشمل معاني واسعة للأهلية فيها ما يتقاطع مع معنى الأهلية عند الأصوليين و القانونيين و فيها ما يتعداها إلى معاني أخرى، كما أن التعريف الأصولي أوسع من التعريف القانوني لأنه يمس جوانب كثيرة من حياة الإنسان كالعبادات و المعاملات بينما التعريف القانوني يتعلق فقط بالمعاملات القانونية التي تترتب عنها حقوق وواجبات.

\* تتعلق الأحكام التي تنظم الأهلية بالنظام العام؛ و من هنا لا يكون بوسع الشخص أن يكتسب أهلية لم يمنحها له القانون و لا أن يتنازل عن أهلية موجودة عنده، كما لا يجوز له توسيع ما نقص من أهليته أو الانتقاص من أهليته الكاملة، كل اتفاق من هذا القبيل يعتبر باطلا كونه خالف قواعد أمره. هذا ما قضت به المادة 45 من القانون المدني الجزائري (ق.م.ج) (2): "ليس لأحد التنازل عن أهليته و لا تغيير أحكامها".

جاءت المادة 48 من القانون المدني الليبي (ق.م.ل) (3) بنفس العبارة تقريبا (4): "ليس لأحد النزول عن أهليته و لا التعديل في أحكامها.

(1) - عبد السلام التونجي: الشريعة الإسلامية في القرآن الكريم، ج3، جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، طرابلس، ليبيا، ط2، 1997، ص11.

(2) - أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007.

(3) - القانون المؤرخ في 20 فبراير 1954 المتعلق بالقانون المدني الليبي.

(4) - نظم المشرع الليبي أحكام الأهلية في القانون المدني و في القانون رقم 17 لسنة 1992 بشأن تنظيم أحوال القاصرين و من في حكمهم و جاءت مواد هذا الأخير ملغية لمواد القانون المدني ماعدا ما انفرد به القانون المدني عن القانون رقم 17. محمد علي البدوي: الحماية القانونية للطفل في القانون المدني، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد3، 2005، ص102.

لم ينص قانون الالتزامات و العقود الموريتاني (ق.إ.ع.م)<sup>(1)</sup> على هذا بطريقة مباشرة و إنما تندرج الأهلية تحت ما نصت عليه المادة 2/2 الخاصة بالأحكام العامة: "لا يجوز الاتفاق على مخالفة المسائل التي تهم النظام العام و الأخلاق الحميدة"، كما لم تنص مجلة الالتزامات و العقود التونسية (م.إ.ع، ت)<sup>(2)</sup> و قانون الالتزامات و العقود المغربي (ق.إ.ع.مغ)<sup>(3)</sup> على هذا بطريقة مباشرة و لكن يفهم من المواد التي تناولت الموضوع نظرا لما تتميز به من قواعد آمرة.

يترتب عن ذلك أنه لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالأهلية، و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 461 ق.م.ج، و هو ما يفهم من المادة 1/550 ق.م.ل: "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو النظام العام"، و هو ما يفهم من الفصل 1462 من م.إ.ع.ت، و المادة 1032 من ق.إ.ع.م، و الفصل 1100 من ق.إ.ع.مغ.

**مقارنة:** أحسن المشرعان الجزائري و الليبي عندما أفرد كل منهما مادة صريحة تنفيذ بأن أحكام الأهلية تتعلق بالنظام العام، و هو ما لم يفعله بقية مشرعي المغرب العربي. و الأمر نفسه فيما يتعلق بالصلح في المسائل المتعلقة بالأهلية فقد ذكر المشرع الجزائري الأهلية صراحة عكس بقية المشرعين المغاربة اللذين اكتفوا بالنص على عدم جواز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام و التي تدخل الأهلية في نطاقها، و كان من الأجدر لو سار المشرعون المغاربة على نهج المشرع الجزائري لإزالة كل لبس أو غموض.

---

(1)- الأمر رقم 89-126 الصادر بتاريخ 14 سبتمبر 1989 المتضمن قانون الالتزامات و العقود المعدل بالقانون رقم 2001-31 الصادر بتاريخ 7 فبراير 2001.

(2)- الأمر مؤرخ في 15 ديسمبر 1906 المتضمن مجلة الالتزامات و العقود منشور بالرائد الرسمي ملحق عدد 100 بتاريخ 15 ديسمبر 1906.

(3)- ظهير 12 أغسطس 1913 المتضمن قانون الالتزامات و العقود صيغة محينة بتاريخ 22 سبتمبر 2011.

## الفرع الثاني - أقسام الأهلية:

تتشعب و تتنوع دراسة الأهلية؛ أما الأهلية التي تخص موضوع بحثنا هي الأهلية المدنية و التي قسمها علماء أصول الفقه الاسلامي و فقهاء القانون المدني إلى أهلية الوجوب و أهلية الأداء.

### أولاً - أهلية الوجوب :

سميت أهلية الوجوب بهذا الاسم لأنها تتعلق بما يجب للشخص من جهة و ما يجب عليه من جهة أخرى (1).

#### 1- تعريفها:

أ- في اصطلاح الأصوليين: "الصلاحية للوجوب له و عليه شرعا"(2)، و عرّفها الفقهاء المعاصرون بأنها: "صلاحية الشخص للإلزام و الالتزام" (3). لا ينظر في أهلية الوجوب لقابلية الانسان للتكليف (4).

ب- في اصطلاح شراح القانون: "هي القابلية أو الصلاحية لاكتساب الحق و التحمل بالالتزام" (5). عرفها أغلب القانونيون بالتعريف التالي: " صلاحية الشخص لاكتساب حقوق و تحمل واجبات" (6). انفرد المشرع المغربي عن بقية المشرعين المغاربة بالنص صراحة في مدونة الأسرة المغربية (م.أ.مغ)(7) على أن الأهلية تنقسم إلى أهلية وجوب و أهلية أداء المادة 206؛(8) و قام بوضع تعريف لأهلية

---

(1)- عبد الفتاح تقية: نطاق عوارض الأهلية في أصول الشريعة الاسلامية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد1، 2009، ص250 .

(2)- شمس الدين الفناري: فصول البدائع في أصول الشرائع، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2006، ص313 .

(3)- أحمد الزرقا: المرجع السابق، ص780.

(4)- دليلة برف: الخطأ في تصرفات المكلفين و آثاره في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، المعهد الوطني العالي لأصول الدين، الجزائر، 1996/1997، ص12.

(5)- رمضان أبو السعود: النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر، ب ط، 2005، ص96.

(6)- علي فيلاي: نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، ب ط، 2011، ص203. محمد حسن قاسم: المدخل لدراسة القانون، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ب ط، 2009، ص366. فريدة محمدي: المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، سيدوك، الجزائر، ب ط، ب ت، ص75.

(7)- ظهير شريف رقم 1-04-22 صادر في 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة.

(8)- محمد مصطفى الريسوني: مدونة الأسرة نظام قانوني متكامل، مجلة المعيار، فاس، المغرب، العدد33، ب ت، ص88 .

الوجوب في المادة 207 م.أ.مغ: " أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق و تحمل الواجبات التي يحددها القانون، و هي ملازمة له طول حياته و لا يمكن حرمانه منها".  
مقارنة التعريفات: بعد ملاحظة التعريفات يظهر أن التعاريف القانونية مستمدة من التعاريف الأصولية و لا تكاد تخرج عنها.

## 2- مناط أهلية الوجوب:

حصّ الله سبحانه الانسان عن الحيوان بصلاحية لاكتساب الحقوق و تحمل الواجبات<sup>(1)</sup>، هذه الخاصية فرض لها أكثر العلماء أمرا اعتباريا تقديريا سموه الذمة<sup>(2)</sup>.  
تعريف الذمة لغة بأنها: العهد و الأمان و الكفالة<sup>(3)</sup>، في الحديث: " ولا تترك صلاة مكتوبة، فمن تركها، متعمدا، فقد برأت منه ذمة الله " <sup>(4)</sup>.

عرّفها الأصوليون بأنها: " هي وصف يصير الشخص به أهلا للإيجاب و الاستيجاب بناء على العهد الماضي الذي جرى بين العبد و الرب يوم الميثاق " <sup>(5)</sup>، قال تعالى: " إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ " <sup>(6)</sup>.

بناء على ما تقدّم فإن الإنسان لا يعدم أهلية الوجوب فهي تثبت له باعتباره انسانا؛ دون أن تتأثر بالذكورة و الأنوثة أو بالسن أو بعوارض الأهلية<sup>(7)</sup>.

يقتصر مفهوم الذمة عند فقهاء القانون فقط على الجانب المالي و الاقتصادي للشخص؛ بحيث يعرفونها كما يلي: "هي حاصل جمع الحقوق المالية و الالتزامات المالية للإنسان" <sup>(8)</sup>.

(1)- عبد السلام التونجي: ج3، المرجع السابق، ص21.

(2)- محمد أبو زهرة: الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ب ط، ب ت، ص305.

(3)- مجمع اللغة العربية: المرجع السابق، ص315.

(4)- أخرجه ابن ماجه: كتاب الفتن، باب الصبر على البلاء، حديث رقم4034، سنن الحافظ القزويني ابن ماجه، ج1، ص1339.

(5)- علاء الدين البخاري: كشف الأسرار، ج4، المرجع السابق، ص238.

(6)- سورة الأحزاب: الآية71.

(7)- عبد السلام التونجي: المرجع السابق، ص21.

(8)- اسحاق ابراهيم منصور: نظريتنا القانون و الحق و تطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ب ط، 1992، ص231.

### 3- حالات أهلية الوجوب:

انطلاقاً من تعريف أهلية الوجوب بأنها: "صلاحية الشخص للإلزام و الالتزام" فهي تنقسم إلى نوعين: إذا كان الشخص صالحاً للإلزام فقط كانت أهلية وجوبه ناقصة، و إذا كان صالحاً للإلزام و الالتزام معا كانت أهلية وجوبه كاملة.

**أ- أهلية الوجوب الناقصة:** تثبت للحمل قبل ولادته بشرط أن ينفصل حياً<sup>(1)</sup>، بحيث يكون صالحاً لثبوت الحقوق له و عدم ثبوت الواجبات عليه<sup>(2)</sup>.

العلّة في ثبوت الحقوق للجنين كالإرث و النسب و الوصيّة كونه معدداً لأن يكون نفساً مستقلة، و العلة في عدم وجوب الحق عليه لأنه ليزال جزءاً من الأم<sup>(3)</sup>.

هذا ما نص عليه المشرع الجزائري<sup>(4)</sup> و المشرع الليبي صراحة في المادة 2/25 ق.م.ج و المادة 2/1 من ق.ت.ق.ل.

أما بقية المشرعين المغاربة فلم يفرّدوا مادة خاصة في قوانينهم المدنية، واكتفوا بالنص على الجنين عند نصهم على الحقوق التي يتمتع: كحق الإرث و الوصية...إلخ.

**مقارنة:** هذا المشرع الجزائري و بقية مشرعي المغرب العربي حذو الأصوليين و الفقهاء بحفظهم حقوق الجنين شريطة ولادته حياً، إلا أن المشرع الجزائري و الليبي أحسنا حينما أفردا لهذا مادة في القانون المدني لكونه الشريعة العامة و قسلاً في حقوق الجنين في القوانين الخاصة كقانون الأسرة و قانون الوصية الليبي.

**ب- أهلية الوجوب الكاملة:** تثبت للشخص من حين ولادته و تستمر معه في جميع أدوار حياته<sup>(5)</sup>، و بموجبها تثبت له الحقوق و تجب عليه الواجبات، و لا عبرة بالتمييز أو العقل فأهلية الوجوب الكاملة منوطة بالحياة الانسانية توجد بوجودها و تنتفي بانتفائها<sup>(6)</sup>.

(1)- وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، ج 1، دار الفكر، دمشق، ط 1، 1986، ص 165.

(2)- بدران أبو العينين بدران: تاريخ الفقه الإسلامي و نظرية الملكية و العقود، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ب ط، ب ت، ص 429.

(3)- أبي بكر السرخسي: أصول السرخسي -تحقيق الأفغاني أبو الوفاء-، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1993، ص 333.

(4)- استعمل المشرع الجزائري لفظ الجنين في القانون المدني و لفظ الحمل في قانون الأسرة.

(5)- وهبة الزحيلي: المرجع نفسه، ص 166.

(6)- محمد سراج: أصول الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، ب ط، 1998، ص 79.

تكون جميع تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا سواء كانت نافعة له نفعا محضا أو ضارة به ضررا محضا أو دائرة بين النفع و الضرر نظرا لانعدام أهلية الأداء لديه<sup>(1)</sup>؛ هذا ما قضت به المادة 82 قانون الأسرة الجزائري (ق.أ.ج)<sup>(2)</sup>، الفصل 156 مجلة الأحوال الشخصية التونسية (م.أ.ت)<sup>(3)</sup>، المادة 224 م.أ.مغ، المادة 167 مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية (م.أ.م)<sup>(4)</sup>، المادة 4 قانون تنظيم أحوال القاصرين و من في حكمهم الليبي (ق.ت.أ.ق.ل)<sup>(5)</sup>.

يتصرف عنه وليه أو وصيه سواء في الحقوق الشخصية كالزواج و الطلاق أو في الحقوق المالية كالنفقة؛ و يلزم الصغير بهذه التصرفات و بآثارها ما دامت في حدود الولاية أو الوصاية<sup>(6)</sup>، هذا ما نصت عليه المادة 81 ق.أ.ج، الفصل 154 م.أ.ت، المادة 211 م.أ.مغ، المادة 176 م.أ.م. يسمى الطفل في هذا الطور "الصبي غير المميز" أو "عديم التمييز" أو "عديم الأهلية"<sup>(7)</sup>.  
مقارنة: اتفق المشرعون المغاربة فيما بينهم؛ بحيث عملوا بما جاء به الأصوليون و الفقهاء.  
ثانيا- أهلية الأداء:

إذا لم يقيّد لفظ الأهلية بلفظ الوجوب كانت الأهلية المقصودة هي أهلية الأداء لذلك قد تذكر في هذا البحث الأهلية مجردة بقصد أهلية الأداء.

**1- تعريفها:** تعرف في اصطلاح الأصوليين بأنها: " صلاح الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعا"<sup>(8)</sup>، كما عرّفَتْ بأنها: " صلاحية الإنسان لأن يطالب بالأداء، و لأن تعتبر أقواله و أفعاله، و تترتب عليها آثارها الشرعية"<sup>(9)</sup>، و يفهم من عبارتي: " على وجه يعتد به شرعا" و "تترتب عليها

- 
- (1)- عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة، بغداد، العراق، ب ط، ب ت، ص 81 .
  - (2)- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، معدل و متمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
  - (3)- أمر مؤرخ في 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية.
  - (4)- قانون رقم 2001-052 يتضمن مدونة الأحوال الشخصية.
  - (5)- قانون رقم 17 لسنة 1992 بشأن تنظيم أحوال القاصرين و من في حكمهم.
  - (6)- مصطفى شليبي: المدخل في الفقه الإسلامي نظرية الملكية و العقد، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط10، 1985، ص494.
  - (7)- محمد سعيد جعفرور: مدخل إلى العلوم القانونية، ج2، دار هومة، الجزائر، ط1، 2011، ص523 .
  - (8)- سعد الدين التفتزاني: شرح التلويح على التوضيح لمن التنقيح في أصول الفقه- تنقيح البخاري عبد الله-، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، ب ت، ص342.
  - (9)- عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص 93.

آثارها الشرعية" أن أهلية الأداء تقتزن بالتكاليف الشرعية<sup>(1)</sup>.

تعرف في اصطلاح فقهاء القانون بأنها: "هي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيرا يترتب عليه آثار قانونية"<sup>(2)</sup>، كما عرّفت بأنها: "قدرة الشخص على القيام بالتصرفات القانونية التي تكسبه الحقوق و تحمله بالالتزامات لحساب نفسه"<sup>(3)</sup>؛ من هذا التعريف يتضح أن نطاق أهلية الأداء هو التصرفات القانونية سواء تمت بإرادة واحدة كالوصية أو بإرادتين كالهبة<sup>(4)</sup>، و تخرج الأعمال المادية من مجال أهلية الأداء سواء تمت بقصد أو بغير قصد و سواء كانت أعمالا ضارة أو نافعة فآثارها تترتب بحكم القانون دون تدخل إرادة الفرد.<sup>(5)</sup>

عرّفها المشرع المغربي في المادة 208م.أ.مغ بأنها " أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية و المالية و نفاذ تصرفاته، و يحدد القانون شروط اكتسابها و أسباب نقصانها أو انعدامها".

**مقارنة التعريفات:** بعد ملاحظة التعريفات يظهر أن الأصوليين و القانونيين اتفقوا على تعريف أهلية الأداء جوهرها و مضمونها و إن اختلفت صيغة كل جهة، كما يلاحظ أن المشرع المغربي انفرد بوضع تعريف لأهلية الأداء في مدونة الأسرة.

**2- مناط أهلية الأداء و تمييزها عما يلتبس بها:** إن التمييز و العقل هما مناط أهلية الأداء، فإذا كانا تامين تمت بهما، و إذا أصابهما نقص نقصت بهما، و إذا كانا مفقودين فقدت بهما<sup>(6)</sup>؛ هذا ما جاءت به المواد التالية: م 42 ق.م.ج، المادة 45 ق.م.ل، الفصل 5 ق.إ.ع.ت، و المادة 15 ق.إ.ع.م. بالإضافة إلى الفروقات الظاهرة من تعريف و مناط أهلية الوجوب و أهلية الأداء، فإن الأفراد الذين يتمتعون بالأولى أعم من الأفراد الذين يتمتعون بالثانية، فجميع من لديه أهلية الأداء لديه أهلية الوجوب

(1) - دليلة براف: المرجع السابق، ص13.

(2) - الغوثي بن ملحّة: قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 2005، ص194

(3) - مصطفى مصباح شليبيك: المدخل للعلوم القانونية، الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، ط1، 2002، ص267.

(4) - حسن توفيق فرج: المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط1، 1988، ص646.

(5) - سعيد جعفرور: مدخل إلى العلوم القانونية، ج2، المرجع السابق، ص517.

(6) - مصطفى شليبي: أصول الفقه الإسلامي، ج1، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ب ط، ب ت، ص492.

و ليس العكس<sup>(1)</sup>، كما أن أهلية الوجوب لا تتأثر بعوارض الأهلية و موانعها عكس أهلية الأداء<sup>(2)</sup>. تتميز الأهلية عن الولاية عن المال: كون الأولى هي قدرة الشخص لمباشرة التصرفات القانونية لنفسه بنفسه، أما الولاية على المال فهي قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية لحساب غيره لعدم قدرته على القيام بها بنفسه<sup>(3)</sup> فالوليّ مثلاً له ولاية التصرف في مال الصغير لا أهلية التصرف فيه<sup>(4)</sup>. كما تفرق الأهلية عن عدم قابلية المال للتصرف: فهذا الأخير يخص المال ذاته إذ يصبح غير قابل للتصرف فيه سواء لتحقيق مصلحة عامة كعدم قابلية الأموال العامة للتصرف فيها، أو لأغراض البر كحالة عدم قابلية أموال الوقف للتصرف فيها، أما انعدام الأهلية أو نقصانها يرجع للشخص ذاته فيمنع من مباشرة التصرفات القانونية تحقيقاً لمصلحته هو<sup>(5)</sup>.

أخيراً تختلف الأهلية عن المنع من التصرف: فتقوم أهلية الأداء على التمييز؛ أما المنع من التصرف فيقوم على الشخص ذاته<sup>(6)</sup>، كما يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة أو مصلحة خاصة؛ و مثاله منع الشخص من البيع في مرض الموت حفاظاً على مصلحة الورثة و هو مالا تهدف إليه أهلية الأداء<sup>(7)</sup>.

### 3- أقسام أهلية الأداء:

أ- أهلية الأداء الناقصة: تبدأ من مرحلة التمييز؛ و الصبي لا يبلغ هذه المرحلة عند علماء الشريعة الإسلامية إلا إذا بلغ سبع سنوات من عمره<sup>(8)</sup> لحديث الرسول عليه الصلاة و السلام: " مروا الصبي بالصلاة إذا بلغ سبع سنين... " <sup>(9)</sup>، تنتهي هذه المرحلة عندهم بالبلوغ<sup>(10)</sup>.

(1) - محمد أبو زهرة: الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 304.

(2) - محمد سعيد جعفرور: مدخل إلى العلوم القانونية، ج2، المرجع السابق، ص 510 .

(3) - محمد حسن قاسم: المدخل لدراسة القانون، ص 367.

(4) - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ب ط، 2009، ص 286.

(5) - محمد سعيد جعفرور: مدخل إلى العلوم القانونية، ج2، المرجع السابق، ص 513/512 .

(6) - عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 286.

(7) - رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص 100.

(8) - محمد أبو زهرة: الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 334

(9) - أخرجه ابن داوود: كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، حديث رقم 494، سنن أبي داوود: تحقيق شعيب الأرنؤوط و قروبي محمد كامل - ج1، دار الرسالة العلمية، دمشق، ط 1، 2009، ص 366.

(10) - عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص 97 .

قانونا تبدأ من بلوغ الشخص سن التمييز و تنتهي ببلوغه سن الرشد<sup>(1)</sup>، حدد القانون المدني الجزائري سن التمييز بثلاثة عشرة سنة و سن الرشد تسعة عشرة سنة بالمادة 43 منه، الأمر نفسه في القانون التونسي غير أن سن الرشد حددت بعشرين سنة كاملة في الفصل 6 ق.إ.ع.ت، حددت المادة 169 م.أ.م سن التمييز بخمسة عشرة سنة و المادة 162 م.أ.م و المادة 15 ق.إ.ع.م حددتا سن الرشد بثمانية عشرة، جعلت المادة 214 م.أ.م سن التمييز باثني عشرة سنة و المادة 209 م.أ.م حددت سن الرشد بثمانية عشر سنة، سلك المشرع الليبي مسلك الشريعة الاسلامية بتحديدده سبع سنوات سنا للتمييز مادة الثالثة ق.ت.أ.ق.ل أما سن الرشد حددها بثمانية عشرة سنة ميلادية كاملة في المادة التاسعة.

**مقارنة:** الملاحظ أن المشرع الجزائري اتفق مع علماء الشريعة الاسلامية و المشرعين المغاربة من حيث المبدأ؛ عند اعتبار السن ضابطا للتمييز غير أنه اشترك مع المشرع التونسي في تحديد الثالثة عشر سنا للتمييز بخلاف علماء الشريعة الاسلامية و القوانين المغاربية المقارنة.

**تصرفات الصبي المميز:** قسّم الفقهاء و المشرعون المغاربة-المادة 81 ق.أ.ج، المادة 5 ق.ت.أ.ق.ل، الفصل 156 م.أ.ش.ت، المادة 225 م.أ.م، المادة 26 ق.إ.ع.م، و المادة 168 م.أ.م تصرفات الصبي المميز إلى ثلاثة أقسام:

**1- تصرفات نافعة نفعاً محضاً:** تصح هذه التصرفات بإجماع فقهاء الشريعة الإسلامية<sup>(2)</sup>، لأنها تصرفات يثبت للقاصر من خلالها حقوق و لا يتحمل واجبات مقابلها و نظراً لاغتناء الصبي المميز من خلالها فهي تكسبه أهلية أداء كاملة تجعل تصرفاته فيها نافذة لا تحتاج إلى الإجازة<sup>(3)</sup>، و هو ما جاء في المادة 83 ق.أ.ج، الفصل 9 ق.إ.ع.ت، المادة 5 ق.إ.ع.م، المادة 5 ق.ت.أ.ق.ل .

(1) - شوقي بناسي: نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2010، ص 335 .

(2) - الصادق الغرياني: مدونة الفقه المالكي و أدلته، ج3، مؤسسة الريان، ب ط، ب ت، ص658. موفق الدين ابن قدامة: المغني-تحقيق التركي عبد المحسن و الحلو عبد الفتاح-، ج6، دار عالم الكتب، الرياض، ط1986، ص614. شمس الدين الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج- تحقيق عيتاني محمد خليل-، ج2، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1997، ص212. علاء الدين الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق و تعليق الشيخ علي محمد معوض و الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ج10، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط2، 2001، ص 87.

(3) - محمد سعيد جعفرور: مدخل إلى العلوم القانونية، ج2، المرجع السابق، ص547.

**2- تصرفات ضارة ضررا محضا:** لا تصح هذه التصرفات باتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية<sup>(1)</sup>؛ و هي التصرفات التي يترتب عليها تحمل القاصر المميز للالتزامات دون الحقوق، و لكونها من التصرفات المفقرة فهي تحتاج إلى أهلية التبرع و التي لا تثبت للشخص في هذه المرحلة، لذا فجميع تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا لا تصححها الاجازة<sup>(2)</sup>.

**3- تصرفات دائرة بين النفع و الضرر:** هي التصرفات المحتملة للنفع و الضرر قد تحقق مصلحة للشخص و قد تفوتها عليه، العبرة هنا بأصل التصرف و ليس ما يجلبه من نفع أو ضرر<sup>(3)</sup>، لا تكون للمميز فيها غير أهلية الإدارة و أهلية التصرف<sup>(4)</sup> و هي محل خلاف بين علماء الشريعة الإسلامية؛ ذهب أصحاب القول الأول إلى أن هذه العقود تنعقد غير نافذة أي موقوفة على إجازة الولي أو الوصي أو إجازة الصبي بعد بلوغه؛ هو قول المالكية و الحنفية و أحمد في رواية<sup>(5)</sup> يرى أصحاب القول الثاني أن العقد قابل للإبطال؛ هو قول الشافعية و الحنابلة في رواية أخرى<sup>(6)</sup>.

**قانوننا:** جعل المشرع الجزائري هذه التصرفات قابلة للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية في المادة 101 ق.م.ج؛ فيحق للصبي المميز طلب إبطال العقد و لو قام بطرق تدليسية ليوهم المتعاقد معه بكمال أهليته، ولا يؤثر حسن نية الطرف الآخر فعليه أن يتحقق من أهلية من يتعاقد معه و في ذلك حماية كبيرة للصغير ناقص الأهلية، أما المتعاقد الذي تم التدليس عليه فمنحه المشرع حق طلب إبطال التصرف بسبب التدليس طبقا للمادة 86 ق.م.ج أو التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية حسب المادة 124 من نفس القانون، و من ثم تعتبر هذه التصرفات صحيحة منتجة لآثارها من يوم إبرامها و قبل إجازتها، للصبي المميز إذا بلغ سن الرشد الحق في إجازتها أو في طلب إبطالها لمدة خمس سنوات تبدأ

(1)- الصادق الغرياني: ج3، المرجع السابق، ص659. موفق الدين ابن قدامة: ج6، المرجع السابق، ص415. شمس الدين الشربيني: ج2، المرجع السابق، ص211. علاء الدين الكاساني: ج10، المرجع السابق، ص87.

(2)- فريدة محمدي: المرجع السابق، ص77.

(3)- محمد سعيد جعفرور و فاطمة إسعد: التصرف الدائر بين النفع و الضرر في ق.م.ج، دار هومة، الجزائر، ب ط، 2002، ص14 .

(4)- اسحاق منصور: المرجع السابق، ص230.

(5)- الصادق الغرياني: المرجع السابق، ص659. شمس الدين السرخسي: المبسوط، ج24، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ب ط، ص167. ادريس الباهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع-تحقيق الضناوي محمد-، ج3، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط1، 1997، ص145.

(6)- شمس الدين الشربيني: ج2، المرجع السابق، ص215. موفق الدين ابن قدامة: ج4، المرجع السابق، ص593 .

هذه المدة من يوم بلوغه سن الرشد. جاءت المادة 83 ق.أ.ج متناقضة مع المادة 101 ق.م.ج بحيث جعلت هذه التصرفات موقوفة على إجازة الولي أو الوصي؛ بمعنى أنها صحيحة منذ إبرامها لكنها غير نافذة لا تنتج أي أثر إلا بعد إجازتها و إذا لم يجزها بطلت (1).

تكون هذه التصرفات قابلة للإبطال حسب المادة 5 ق.ت.أ.ق.ل، موقوفة على إجازة الولي أو الوصي حسب الفصل 156 م.أ.ت و المادة 225 م.أ.مغ و المادة 168 م.أ.ش.م مع مراعاة المصلحة الراجحة في ذلك.

**مقارنة:** على الرغم من أن المواد الخاصة بالأهلية في القوانين المغاربية جاءت مؤزعة بين القانون المدني و قانون الأسرة؛ إلا أن المشرع الجزائري هو الوحيد الذي وقع في خلط و تناقض فيما يخص حكم تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع و الضرر؛ فالتشريعات المغاربية أخذت إما بفكرة العقد القابل للإبطال و إما بفكرة العقد الموقوف، أما المشرع الجزائري جعل هذه التصرفات قابلة للإبطال بموجب المادة 101 ق.م.ج و متوقفة على إجازة الولي أو الوصي حسب المادة 83 ق.أ.ج (2).

- (1) - محمد سعيد جعفرور: إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري، دبلوم ماجستير، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1985، ص 86.
  - (2) - لهذا طالب الفقه المشرع الجزائري بضرورة توحيد حكم تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع و الضرر و ذلك بالأخذ بإحدى الفكرتين دون الأخرى. اتجه جانب من الفقه إلى تفضيل أخذ المشرع الجزائري بفكرة العقد القابل للإبطال؛ لان العقد الموقوف عقد غير مستقر، فقد يؤول إلى أن يكون عقدا صحيحا نافذا و قد يؤول إلى أن يكون عقدا باطلا. محمد سعيد جعفرور: المرجع نفسه، ص 85.
- بالإضافة إلى أن المشرع عندما جعل هذه التصرفات قابلة للإبطال قصد بذلك حماية ناقص الأهلية المادة 103 ق.م.ج، في هذا تنبيه للمتعاقد مع الصبي المميز لأنه سيقى مهتدا بإبطال العقد من طرف ناقص الأهلية في أي لحظة و لمدة طويلة دون أن يكون له الحق في طلب إبطال العقد المادة 99 ق.م.ج. محمد سعيد جعفرور و فاطمة إسعد: التصرف الدائر بين النفع و الضرر، المرجع السابق، ص 45 و ما بعدها.
- اعتبر جانب آخر من الفقه فكرة العقد الموقوف جديدة بالاهتمام لما فيها من وقاية كون التصرف لا يكون له أثر قبل إجازة الولي و هذا أفضل من إبطال العقد و الذي يعد بمثابة علاج. محمددي: المرجع السابق، ص 78، كما أن المشرع عند أخذه بفكرة العقد الموقوف يكون قد أخذ بالرأي الراجح تاركا الرأي المرجوح من الفقه. جعفرور: تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، ط1، 2010، ص 29
- يتوجب على المشرع الجزائري أن يتبع المشرعين المغاربية اللذين اعتمدوا نظرية العقد الموقوف بأن الوصي بمدة معينة لإجازة تصرف الصبي المميز، و لا يمكن هنا -بالنسبة للمشرع الجزائري- اعتماد المدة المحددة في المواد من 99 إلى 101 قانون مدني لأنها تنظم فكرة قابلية العقد للإبطال و ليس فكرة العقد الموقوف تضاربت آراء أساتذة القانون حول أي النصين أولى بالتطبيق حاليا إلى حين إزالة المشرع لهذا التناقض؛ فرأى البعض أنه يتوجب تطبيق فكرة العقد القابل للإبطال و هذا لعدم إمكانية تطبيق قاعدة الخاص - قانون أسرة - يقيد العام - قانون مدني - و عدم إمكانية تطبيق قاعدة اللاحق - قانون أسرة - ينسخ السابق - قانون مدني - لكون قانون الأسرة جزء مكمل للقانون المدني و ليس نضا خاصا. علي علي سليمان: ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 263، و هو عكس رأي الأستاذ سعيد جعفرور الذي يرى إمكانية تطبيق مبدأ "اللاحق ينسخ السابق" فحسبه نص المادة 83 ق.أ.ج الصادر سنة 1984 يلغي نص المادة 101 ق.م.ج الصادر في عام 1975. جعفرور: التصرف الدائر بين النفع و الضرر، المرجع السابق، ص 168، و انتقد الاستاذ علي فيلاي هذا الرأي من جهة أن المادة 83 قانون أسرة هي التي ألغيت بالمادة 101 قانون مدني لكون هذه الأخيرة عدلت سنة 2005 في حين أن المادة 83 تم وضعها سنة 1984 و لم تعدل بعد ذلك فيلاي: المرجع السابق، ص 214=

كل ما سبق عبارة عن القاعدة العامة و الاستثناء على تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع

و الضرر هو حالة الصبي المأذون؛ انقسم الفقهاء حوله إلى قولين:

**القول الأول:** ذهب أصحابه إلى أن الولي يمكنه أن يأذن للمميز ذكرا كان أو أنثى بالتجارة فقط و لا تصح منه بقية التصرفات - كالتبرعات - و إن أذن له وليه أو وصيه بذلك؛ و هو قول المالكية و الحنابلة و الحنفية<sup>(1)</sup>.

دليلهم من الكتاب؛ قوله تعالى: " وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَىٰ " <sup>(2)</sup>.

**القول الثاني:** ذهب أصحابه إلى أن الولي لا يدفع للصغير أمواله مطلقا إلى أن يبلغ رشيدا؛ و هو قول الشافعية<sup>(3)</sup>.

**الترجيح:** أرجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول؛ لأنهم اعتمدوا على دليل من الكتاب.

**قانونا:** ربط المشرع الجزائري في المادة 84 ق.أ.ج سن الترشيد بسن التمييز أي ثلاثة عشرة سنة، كما منح القاضي سلطة تقديرية في منح الإذن بالتصرف و الإدارة أو عدم منحه، يقدم الطلب ممن له مصلحة و غالبا ما يكون الولي أو الوصي<sup>(4)</sup>، يمكن للقاضي الرجوع في الإذن أو إلغاؤه إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك<sup>(5)</sup>.

حدد المشرع الليبي سن الترشيد بخمسة عشرة سنة المادة 6 ق.ت.أ.ق.ل. منح للقاصر المرشد أهلية

الإدارة في المواد 6، 7 و 8 ق.ت.أ.ق.ل، منح في المادة 6 للولي أو الوصي حق منح الإذن للقاصر

---

= ذهب البعض أيضا إلى تطبيق فكرة العقد الموقوف لكون المادة 223 قانون أسرة تقضي بأن: " تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون ". محمد سعيد جعفرور: التصرف الدائر بين النفع و الضرر، المرجع السابق، ص168، بالإضافة إلى أن القانون المدني قد أحال إلى الأحكام المنصوص عليها في قانون الأسرة فيما يخص قواعد الأهلية و هذا بموجب المادة 79 قانون مدني. دليلة سلامي: حماية الطفل في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008/2007، ص 142.

(1) - الخطاب الربيعي: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل - تحقيق عميرات زكريا-، ج6، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1995، ص635 و ما بعدها. ادريس البهوتي: ج3، المرجع السابق، ص157 و ما بعدها. علاء الدين الكاساني: ج10، المرجع السابق، ص87.

(2) - سورة النساء: الآية6.

(3) - أبي الحسن الماوردي- تحقيق علي محمد عوض و عادل أحمد عبد الموجود-، ج6، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1994، ص348.

(4) - محمد بوعمره: أموال القصر في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2013/2012، ص63

(5) - سعد عبد العزيز: اجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة، الجزائر، ب ت، 2013، ص123.

بعد موافقة المحكمة المختصة و يكون هذا الإذن مقيدا أو مطلقا و يمكن إلغاء الإذن و تقييده حسب مصلحة الصغير، أضاف المشرع الليبي وجوب تقديم الصغير المأذون حسابا سنويا عن تصرفاته للمحكمة المختصة. نص المشرع المغربي على حالتين من الترشيد: أولها ما جاءت به المادة 3/218 م.أ.مغ و يتعلق بإمكانية ترشيد من بلغ السادسة عشرة من عمره في إدارة أمواله و التصرف فيها، إذا تقدم هو أو نائبه الشرعي بطلب من المحكمة لترشيده، ولا يشمل الترشيد الحقوق غير المالية كالزواج و الطلاق الحالة الثانية جاءت بها المادة 226 م.أ.مغ تتعلق بإمكانية منح الإذن للصبي المميز-البالغ اثنتي عشرة سنة- لممارسة أعمال الإدارة في جزء من أمواله بناء على إذن الوصي أو قرار القاضي بعد طلب الوصي أو القيم، اعتبرت هذه المادة المرشد كامل الأهلية فيما أذن له فيه، للقاضي سلطة تقديرية في سحب الإذن، نصت المادة 227 على إمكانية سحب الإذن من قبل الولي.

نص المشرع التونسي على إمكانية ترشيد من بلغ الخامسة عشرة من عمره حسب الفصل 159 م.أ.ش.ت، للقاضي سلطة تقديرية في ترشيده ترشيدا مطلقا أو مقيدا و يمكنه الرجوع في الترشيد، تعتبر تصرفات المرشد صحيحة نافذة في حدود الترشيد 158 م.أ.ش.ت<sup>(1)</sup>

نص المشرع الموريتاني في المادة 169 على منح الإذن لمن بلغ الخامسة عشرة من عمره بإدارة أمواله- قصد التجربة- بعد طلب الولي أو من يقوم مقامه و موافقة القاضي المختص، اعتبرت المادة 170 المؤذون كامل الأهلية في حدود الإذن و له أهلية التقاضي فيما يتعلق به، نصت المادة 171 على سحب الولي للإذن إذا رأى مصلحة في هذا.

**مقارنة:** خالف المشرعون المغاربة فقهاء المذاهب الأربعة في حدود الترشيد؛ فلم يكتفوا بالترشيد في أعمال التجارة المنصوص عليه في النصوص المدنية و التجارية بل تعداه بعضهم لأعمال التصرف و الإدارة و البعض الآخر اكتفى بأعمال الإدارة، و هو ما يشكل خطرا على أموال المرشد.

نص المشرع الجزائري على أهلية التصرف للصبي المرشد على خلاف بعض التشريعات المغاربية المقارنة التي نصت فقط على أهلية الإدارة؛ بحيث يفضل منح أهلية الإدارة له فقط لأنها أخف ضررا، كما انتقد اختيار سن الثالثة عشر فهي الأدنى مقارنة ببقية التشريعات المغاربية، جعل المشرع سن التمييز نفس سن

(1)- فريد بن جحا: ترشيد القاصر، معهد الدراسات العليا، تونس، ط1، 2015، ص15.

الترشيد و هذا يجعل من كان عدم الأهلية بين عشية و ضحاها كامل الأهلية، فحبذا لو ترك المشرع مدة بين سن التمييز و سن الترشيد كما فعل بقية المشرعون المغاربة.

## ب-أهلية الأداء الكاملة:

ثبتت للبالغ الرشيد<sup>(1)</sup>، يعرف البلوغ بالعلامات الطبيعية؛ ثلاثة مشتركة بين الذكر و الأنثى: الاحتلام و هو خروج المني في يقظة أو في منام، و الإنبات- ظهور شعر العانة- و السن. تزيد الأنثى بعلامتين: الحيض و الحمل<sup>(2)</sup>.

إذا لم يثبت البلوغ بهذه العلامات يثبت بالسن؛ الذي انقسم حوله الفقهاء إلى قولين:

**القول الأول:** يثبت بتمام الخامسة عشرة عند المالكية و الشافعية و الحنابلة و عند أبي يوسف<sup>(3)</sup> و محمد<sup>(4)</sup>(5).

دليلهم؛ من السنة: حديث ابن عمر رضي الله عنه: "أن النبي صلى الله عليه و سلم عرضه يوم أحد، و هو ابن أربع عشرة، فلم يجزه، و عرضه يوم الخندق، و هو ابن خمس عشرة، فأجازه"<sup>(6)</sup>.

**القول الثاني:** يثبت بتمام الثامنة عشرة عند الرجال و السابعة عشرة عند النساء عند أبي حنيفة. دليله؛ من المعقول: رفع أبي حنيفة هذه السن لأن البلوغ يثبت بالاحتلام كأصل و لا يثبت بالسن إلا إذا تم اليأس من عدم احتلام هذا الشخص<sup>(7)</sup>.

**الترجيح:** أرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لأنهم اعتمدوا على دليل أقوى من دليل أبي حنيفة.

(1)- مصطفى شليبي: المدخل في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 496 .

(2)- عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3، دار إحياء الكتب العربية، ب ط، ب ت، ص 293. أبي الحسن الماوردي: ج 6، المرجع السابق، ص 342. ادريس الباهوتي: ج 3، المرجع السابق، ص 146. السرخسي شمس الدين: ج 24، المرجع السابق، ص 162.

(3)- يعقوب بن ابراهيم البغدادي المشهور بأبي يوسف، فقيه أصولي مجتهد تفقه على أبي حنيفة وولي القضاء ببغداد، ولد بالكوفة سنة 113 هـ 731 م توفي ببغداد 182 هـ 798 م، من آثاره: أمال في الفقه و المبسوط في فروع الفقه الحنفي. عمر رضا كحالة: ج 4، المرجع السابق، ص 122.

(4)- محمد بن الحسن الشيباني الكوفي، العلامة فقيه العراق صاحب أبي حنيفة، ولد بواسط سنة 131 و نشأ بالكوفة توفي سنة 189 بالري. شمس الدين الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج 9، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 11، 1996، ص 134

(5)- الصادق الغرياني: ج 3، المرجع السابق، ص 657. أبي الحسن الماوردي: ج 6، المرجع السابق، ص 342. ادريس الباهوتي: ج 3، المرجع السابق، ص 146. علاء الدين الكاساني: ج 10، المرجع السابق، ص 94.

(6)- أخرجه البخاري: كتاب المغازي، باب غزوة الخندق و هي الأحزاب، حديث رقم 4097. صحيح البخاري-تحقيق و تخريج زهوة أحمد و عناية أحمد- دار الكتاب العربي، بيروت، ب ط، 2013، ص 830.

(7)- علاء الدين الكاساني: ج 10، المرجع السابق، ص 95/94

بالبلوغ يصبح الشخص أهلا للتكليف بالخطاب الشرعي دون المالي<sup>(1)</sup>؛ لذا يجب اجتماع البلوغ و الرشد لتصح من الشخص جميع العقود و التصرفات و تترتب عليها آثارها و تسلم له جميع أمواله و ترفع الولاية عنه<sup>(2)</sup>، قال تعالى: "وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ"<sup>(3)</sup>، أما الرشد فهو "بلوغ العقل" و كمال البصيرة المالية<sup>(4)</sup>.

**قانوننا:** يبلغ الفرد هذا الدور عند بلوغه سنا معينة متمتعا بقواه العقلية و البدنية و لم يصبه عارض من عوارض الأهلية؛ فيصبح أهلا للتصرف بأمواله تصرفا نافعا أو ضارا أو دائرا بينهما<sup>(5)</sup>. سن الرشد في القانون الجزائري تسعة عشرة سنة كاملة حسب المادة 40 ق.م.ج، و ثماني عشرة سنة في المغرب و موريتانيا و ليبيا حسب المادة 209 م.أ.مغ، و المادة 162 م.أ.ش.م و المادة 15 ق.إ.ع.م، و المادة 9 ق.ت.أ.ل. و عشرون سنة كاملة حسب الفصل 7 ق.إ.ع.ت و الفصل 153 م.أ.ش.ت.

**مقارنة:** جعل علماء الشريعة الإسلامية البلوغ و الرشد ضابطا لكمال الأهلية، أما القانونيون فحدد عندهم ببلوغ سن معينة؛ لأن مبادئ الشريعة جاءت صالحة لكل زمان و مكان فلا يمكن تحديد كمال الأهلية بسن معينة لأنها تختلف من زمن لآخر و من بيئة لأخرى.

اتفق المشرعون المغاربة من حيث المبدأ بجعل السن ضابط لكمال الأهلية و اختلفوا في تحديد هذه السن، إلا أن جميعهم اختاروا سنا بعيدة عن السن التي يبلغ فيها الأفراد عادة.

(1)-مصطفى أحمد الزرقا: المرجع السابق، ص815.

(2)- محمد أبو زهرة: أصول الفقه، المرجع السابق، ص335.

(3)- سورة النساء: الآية6.

(4)- مصطفى أحمد الزرقا: المرجع السابق، ص818.

(5)- ياسين الجبوري: المبسوط في شرح القانون المدني، دار وائل، عمان، الأردن، ب ط: ب ت، ج 1، ص 145.

## المطلب الثاني: عوارض الأهلية:

تأثر عوارض الأهلية على أهلية الأداء؛ فتؤدي إما إلى انعدامها أو إلى نقصانها حسب العارض الذي أصاب الشخص.

**العوارض في اللغة:** جمع عارض؛ و هو المانع<sup>(1)</sup>.

**في الاصطلاح:** "أحوال تعتري الشخص فتقصه أو تفقده عقله بعد كماله"<sup>(2)</sup>.

قسّم فقهاء الأصول عوارض الأهلية إلى قسمين: 1- عوارض سماوية، 2- عوارض مكتسبة<sup>(3)</sup>.

**العوارض السماوية:** "ما لا يكون لاختيار العبد فيه مدخل، على معنى أنه نازل من السماء".

هي: الجنون و الصغر و العته و النسيان و النوم و الإغماء و الرق و المرض و الحيض و النفاس و الموت<sup>(4)</sup>.

**العوارض المكتسبة:** "هي التي يكون لكسب العباد مدخل فيها مباشرة الأسباب كالسكر، أو بالتقاعد عن المزبل كالجهل"<sup>(5)</sup>.

تنقسم بدورها إلى قسمين: 1- عوارض من ذات المكلف، 2- عوارض من غيره؛ أما الأولى فهي: الجهل و السكر و الهزل و السفه و الخطأ، و الثانية هي: الإكراه<sup>(6)</sup>.

**في اصطلاح القانونيين:** "هي أمور تعرض للشخص فتؤثر على تمييزه و ادراكه و من ثم على أهليته، بعضها قد يصيب عقله فيعدم تمييزه و يصبح عديما الأهلية في نظر القانون، و بعضها قد يصيب تدبيره فيفسده و يصبح ناقص الأهلية في نظر القانون"<sup>(7)</sup>.

النوع الأول هو الجنون و العته، و النوع الثاني هو السفه و الغفلة<sup>(8)</sup>.

(1)- مجمع اللغة العربية: المرجع السابق، ص593.

(2)- محمد أبو زهرة: أصول الفقه، المرجع السابق، ص338.

(3)- المرجع نفسه، ص339.

(4)- ابن أمير الحاج: ج2، المرجع السابق، ص172.

(5)- علي الجرجاني: معجم التعريفات، دار الفضيلة، القاهرة، ب ط، 2004، ص143.

(6)- ابن أمير الحاج: المرجع السابق، ص192.

(7)- شوقي بناسي: المرجع السابق، ص346.

(8)- رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص124.

## الفرع الأول- العوارض الواردة في الشريعة و القانون:

### أولاً- العوارض التي تعدم التمييز :

#### 1-الجنون: في اللغة: "زوال العقل أو فساد فيه" (1).

في الاصطلاح: "هو اختلال للعقل مانع من جريان الأفعال و الأقوال على نهجه إلا نادراً" (2).

تتأثر أهلية الأداء بالجنون لأن مناطها العقل و التمييز، و الجنون فاسد العقل فاقد التمييز (3) و هو محجور عليه لذاته لا يحتاج إلى حاكم باتفاق الفقهاء، مع نصب ولي عليه ويرفع الحجر عنه بالإفاقة (4).  
قد يبلغ الشخص مجنوناً و هو ما يسمى الجنون الأصلي، و قد يبلغ عاقلاً ثم يطرأ عليه الجنون بعد البلوغ و يسمى الجنون الطارئ، و قد يفقد الجنون عقله فقداً تاماً و في جميع الأوقات يسمى الجنون المطبق ويعتبر عديم الأهلية كالصبي غير المميز تصرفاته غير منعقدة، و قد يكون جنوناً متقطعاً يذهب بعقل صاحبه في بعض الأوقات ثم يعود أوقاتاً أخرى، و يسمى جنوناً غير مطبق أو جنوناً متقطعاً (5)، و في هذا الأخير تصح التصرفات وقت الإفاقة من صاحبه و تترتب عليها جميع آثارها (6).

في اصطلاح القانونيين: "هو ذلك المرض الذي إذا أصاب العقل أدى إلى ذهابه و عطل إرادته و أعدم تمييز صاحبه، فيكون في حكم الصبي غير المميز جميع تصرفاته باطلة" (7).

ذكر المشرع الجزائري الجنون في المادة 42 ق.م.ج دون أن يفرق بين الجنون الأصلي و الطارئ و الجنون المطبق و المتقطع، بما أن تصرفاته كالصبي غير المميز فتعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً حسب المادة 82 ق.أ.ج، تعتبر حسب المادة 85 النص العربي غير نافذة أي موقوفة الأثر حتى يجيزها الولي إذا صدرت في حالة الجنون و اعتبرت المادة 85 النص الفرنسي باطلة، ذهب أغلب فقهاء القانون إلى أن

(1)- مجمع اللغة العربية: المرجع السابق، ص 141.

(2)- ابن أمير الحاج: المرجع السابق، ص 223.

(3)- مصطفى أحمد الزرقا: المرجع السابق، ص 834.

(4)- الصادق الغرياني: ج 3، المرجع السابق، ص 647 و ما بعدها. بن قويدر أحمد: تكملة فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 2003، ج 10، ص 259 و ما بعدها. ادريس البهوتي: ج 3، المرجع السابق، ص 145 و ما بعدها. شمس الدين الشربيني: ج 2، المرجع السابق، ص 215 و ما بعدها.

(5)- جمعة سمحان الملباوي، الأهلية و عوارضها و الولاية العامة و الخاصة و أثرهما في التشريع الإسلامي، دار الهدى، عين مليلة، 1993، ص 31، 32.

(6)- بدران أبو العينين بدران: تاريخ الفقه الاسلامي و نظرية الملكية و العقود، المرجع السابق، ص 439.

(7)- الفار عبد القادر: المدخل لدراسة العلوم القانونية مبادئ القانون-النظرية العامة للحق، ط 1، ب ت، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ص 181.

الأنسب هو البطلان المطلق لأن المجنون لا إدراك و لا إرادة له كالصبي غير المميز<sup>(1)</sup>.

يعتبر المجنون من أسباب الحجر على الشخص المصاب به سواء وجدت حالة المجنون منذ ولادته و استمرت إلى غاية بلوغه سن الرشد أو طرأت عليه بعد بلوغه هذه السن؛ هذا ما جاءت به المادة 101 ق.أ.ج، لا يكون هذا إلا بحكم من القضاء بعد بلوغ الشخص سن الرشد كما تكون للقاضي سلطة تقديرية للاستعانة بالخبرة القضائية لإثبات أسباب الحجر حسب المادة 103، بناء على طلب أحد الأقارب أو من له مصلحة في الحجر أو النيابة العامة حسب المادة 102، و قد مكن قانون الأسرة الشخص المراد الحجر عليه من الدفاع عن حقوقه أمام المحكمة كما أجاز لها إذا رأت مصلحة تعيين مساعد للشخص للدفاع عنه في المادة 105، إذا لم يكن للمحجور عليه ولي أو وصي يجب على القاضي أن يعين له مقدما في نفس حكم الحجر للقيام بشؤونه و رعايته و حماية أمواله تطبيقا لما ورد في نص المادة 104 ق.أ.ج، فإذا صدر حكم بالحجر فإن جميع التصرفات الواقعة بعد الحكم و اشهاره تقع باطلة مطلقا، أما التصرفات الواقعة قبل الحكم بالحجر فإنها لا تقع باطلة إلا إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة للعيان و فاشية عند وقوعها و هو ما يكون للقاضي سلطة تقديرية في تحديد ظهورها من عدمه وقت التصرف حسب المادة 107 من قانون الأسرة<sup>(2)</sup>، يجوز رفع الحجر إذا اجتمع زوال أسبابه مع طلب المحجور عليه رفعه<sup>(3)</sup>.

اعتبر المشرع المغربي المجنون عديم أهلية الأداء في المادة 217 م.أ.مغ، كما نص على حالة الشخص المصاب بفقدان العقل بكيفية متقطعة و بصفة دائمة، و اعتبر الفقدان الإرادي للعقل لا يعفي من المسؤولية، يعتبر المجنون بصفة كلية عديم الأهلية مطلقا و تقع تصرفاته باطلة، أما المجنون بصفة متقطعة يكون عديم الأهلية في حالة جنونه و كامل الأهلية في حالة وعيه و تكون تصرفاته نافذة<sup>(4)</sup>، يعتبر المجنون من أسباب الحجر لأن مدونة الأسرة ذكرته في باب أسباب الحجر، نصت الفقرة الثانية من المادة 218 على امكانية طلب المصاب بإعاقه ذهنية أو نائبه الشرعي رفع الحجر من المحكمة إذا أنس منه الرشد

(1)- أحمد سي علي: المرجع السابق، ص105.

(2)- الجندي أحمد نصر: شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية و دار شتات، مصر، 2009، ب ط، ص 187، 188.

(3)- سعد عبد العزيز: المرجع السابق، ص170.

(4)- شهبون عبد الكريم: الشافي في شرح مدونة الأسرة، ج2، مكتبة الرشاد، سطات، المغرب، ط1، 2006، ص32.

و يجب أن يثبت لدى المحكمة رشده بجميع وسائل الإثبات الشرعية حتى ترفع الحجر عن المحكوم عليه بالحجر كما نصت المادة 219 من نفس القانون على أن المحجور عليه لصغر سنه إذا رأى نائبه الشرعي قبل بلوغه سن الرشد أنه مجنون طلب من المحكمة استمرارية الحجر عليه بعد رشده؛ فإذا رأت المحكمة ذلك بعد الاستعانة بأدلة الإثبات الشرعية قضت باستمرارية الحجر عليه<sup>(1)</sup>، المادة 220 نصت على أن الحجر على فاقد العقل يتم من المحكمة يكون من يوم ثبوت حالة فقدان عقله كما أن الحجر عليه يفك من طرفها كذلك بزوال سببه و بجميع الوسائل و الاجراءات التي اتبعتها عند قضائها به<sup>(2)</sup>، نصت المادة 221 على أن طلب الحكم بالتحجير يرفع من طرف المحجور عليه نفسه أو النيابة العامة أو ممن له مصلحة في ذلك، أما المادة 223 فقد نصت على شهر الحكم بالحجر أو رفعه بالوسائل التي تراها المحكمة مناسبة، و اعتبرت المادة 224 تصرفاته باطلة غير منتجة لآثارها سواء تمت هذه التصرفات قبل صدور حكم التحجير أو بعده<sup>(3)</sup>.

عرّف المشرع الموريتاني المجنون و فرّق بين الجنون المتقطع و المستمر في المادة 172 م.أ.ش.م و اعتبر تصرفاته غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون في المادة 173، و نصت المادة التي تليها على وجوب الحجر عليه من قبل القاضي بعد أن يثبت لديه جنونه، كما يرفعه القاضي إذا ثبت لديه زواله بعد الاستعانة بأهل الخبرة و سائر وسائل الإثبات الشرعية.

عرفه المشرع التونسي في الفصل 160 م.أ.ت، و قام بالتفريق بين الجنون المستمر و المتقطع، يتم الحجر عليه بحكم من الحاكم بعد الاعتماد على أهل المعرفة بموجب الفصل 161 من المجلة، تقع التصرفات التي يجربها المحجور عليه بدون مساعدة وليه باطلة إذا لم يجزها و هذا حسب الفصل 162، كما اعتبر تصرفاته غير نافذة قبل الحجر عليه إذا كان مشتتها بجنونه في الفصل 163 من المجلة. اعتبرته المادة 10 ق.ح.ق.ل من عوارض الأهلية، و المادة 11 قامت بتعريفه، و المادة 12 نصت على الحجر عليه بدعوى ترفع من أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة، و المادة 13 نصت على أنه لا يرفع الحجر إلا بحكم قضائي و للمحجور أن يقيم بنفسه هذه الدعوى، و المادة 14 نصت على

(1) - عبد الكريم شهبون: ج2، المرجع السابق، ص36.

(2) - المرجع نفسه، ص36 و ما بعدها.

(3) - المرجع نفسه، ص41 و ما بعدها.

تعيين قِيم لإدارة أموال المحجور عليه، و المادة 15 نصت على بطلان تصرف المجنون إذا صدر بعد رفع دعوى الحجر و لا يكون هذا التصرف باطلا إذا صدر قبل رفع دعوى الحجر إلا إذا كانت حالة المجنون شائعة وقت التصرف أو معلومة لدى الطرف الآخر<sup>(1)</sup>.

**مقارنة:** أخذ المشرعون المغاربة بما جاء به الفقه الاسلامي من حيث أن المجنون يعدم أهلية الأداء و بالتالي فهو من أسباب الحجر، إلا أن بعضهم أصاب حينما ميّز بين المجنون الأصلي و العارض مثل المشرع المغربي و التونسي و الموريتاني و أغفل البعض الآخر هذا مثل المشرعين الجزائري و الليبي. ذهب المشرعون المغاربة إلى بطلان تصرفات المجنون على خلاف المشرع الجزائري الذي أخلط في حكمها.

**2- العته: في اللغة:** هو نقص العقل، و قيل العته الدهش<sup>(2)</sup>.

**في الاصطلاح:** "هو آفة توجب خللا في العقل فيصير صاحبه مختلطا الكلام فيشبهه بعض كلامه كلام العقلاء و بعضه كلام المجانين و كذا سائر أمورهِ"<sup>(3)</sup>.

هو مثل المجنون تثبت عليه الولاية و يحجر عليه؛ باتفاق الفقهاء الأربعة<sup>(4)</sup>.

**في اصطلاح القانونيين:** هو من حالات الخلل في العقل، فيؤدي إلى قلة الفهم و اختلاط الكلام و فساد التدبير، بيد أن صاحبه لا يضرب و لا يشتم، فهو من العوارض التي تصيب العقل فتؤدي إلى نقصانه لا إلى زواله<sup>(5)</sup>.

يعتبر القانون الجزائري المعتوه كالمجنون تصرفاته باطلة فيحجر عليه و يقدم له قِيم يتولى شؤونه سواء وجدت حالة العته منذ ولادة الشخص و استمرت إلى بلوغه سن الرشد أو طرأت عليه بعد بلوغه هذه السن؛ هذا ما جاءت به المواد: 42 ق.م.ج و 81 و 85 ق.أ.ج و 101 و ما بعدها من نفس القانون و يأخذ الحجر عليه نفس إجراءات الحجر على المجنون<sup>(6)</sup>.

(1)- سامية دولة و فاطمة الزهراء بن محمود: التعليق على مجلة الأحوال الشخصية، مجمع الأطرش، تونس، ط1، 2015، ص414/415.

(2)- الفيروز آبادي: المرجع السابق، ص1249.

(3)- علاء الدين البخاري: المرجع السابق، ص274.

(4)- الصادق الغرياني: ج3، المرجع السابق، ص647. العيني أبي أحمد: البناية في شرح الهداية، ج10، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، 1990،

ص260. شمس الدين الشريبي: ج2، المرجع السابق، ص215، علاء الدين البهوتي: ج3، المرجع السابق، ص145.

(5)- طه الجبوري: المرجع السابق، ص149.

(6)- محمد سعيد جعفرور: مدخل إلى العلوم القانونية، المرجع السابق، ص531.

اعتبرت المادة 213 م.أ.مغ الجنون ناقص أهلية الأداء و قامت المادة 216 بتعريفه، اعتبر المشرع المغربي في المادة 217 فاقد العقل لسبب آخر غير الجنون عديم أهلية الأداء و فقدان عقله سبب من أسباب الحجر عليه؛ لانعدام تمييزه و بالتالي انعدام أهلية أدائه، يقصد بالسبب الآخر غير الجنون العته و السفه يأخذ الحجر على المعتوه نفس إجراءات الحجر على المجنون<sup>(1)</sup>.

نصت المادة 2 ق.ت.أ.ق.ل على أن المعتوه لا يتمتع بأهلية الأداء، و المادة 10 اعتبرت عته من عوارض الأهلية، قامت المادة 11 بتعريفه، و المادة 12 نصت على الحجر عليه عن طريق دعوى ترفع من أحد الأقارب و ممن له مصلحة أو من النيابة. لم تنص مجلة الأحوال الشخصية التونسية<sup>(2)</sup> و مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية على المعتوه فيرجع إذا لأحكام الفقه الاسلامي بخصوص تصرفاته.

**مقارنة:** اتفق المشرع الجزائري و المغربي و الليبي مع فقهاء الشريعة الاسلامية في حالة المعتوه و الآثار المترتبة على تصرفاته و الولاية عليه بحيث تأخذ أحكامه أحكام تصرفات المجنون، أما المشرع التونسي و الموريتاني فقد أغفلا النص على حالة المعتوه.

### ثانيا- العوارض التي تنقص التمييز:

#### 1- الغفلة: في اللغة: "غفل عن الشيء تركه و سها عنه"<sup>(3)</sup>.

**في الاصطلاح:** "عدم الاهتمام إلى التصرفات الراجحة، فذو الغفلة هو الذي يغبن في المبيعات لسلامة نيته بدون قصد و إتلاف مال أو تبذير"<sup>(4)</sup>. يختلف ذو الغفلة عن السفه فالأول ضعيف الإدراك لذلك يغبن دون قصد التبذير أما الثاني كامل الإدراك يسيء التصرف بقصد إتلاف ماله و تبذيره<sup>(5)</sup>. فترق الملكية بين ذا الغفلة الذي لا يخفى عليه الخداع بعد التبين و قالوا بعدم الحجر عليه لحديث حبان بن منقذ، بحيث أمره عليه الصلاة و السلام بالاشتراط في البيع و لم يمنعه منه، و بين كثير الخداع الذي

(1)- عبد الكريم شهبون: ج2، المرجع السابق، ص41.

(2)- سامية دولة و فاطمة الزهراء بن محمود: المرجع السابق، ص414.

(3)- علاء الدين ابن منظور: المرجع السابق، ص3277.

(4)- محمد أمين ابن عابدين-تحقيق عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد معوض-: رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج9، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، ط خ، 2003، ص208.

(5)-وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي و أدلته، ج4، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط2، 1985، ص132.

لا يتبينه فيحجر عليه كما يحجر على السفية<sup>(1)</sup>.

انقسم الفقهاء حول الحجر عليه إلى قولين:

**القول الأول:** ذهب الجمهور من المالكية و الشافعية و الحنابلة إلى أن ذا الغفلة يحجر عليه<sup>(2)</sup>.

**القول الثاني:** ذهب أبي حنيفة إلى أن ذا الغفلة لا يحجر عليه<sup>(3)</sup>.

**دليلهم جميعا:** ما روي عن أنس بن مالك: "أن رجلا على عهد رسول صلى الله عليه و سلم كان يتتاع و في عقدته ضعف، فأتى أهله نبي الله صلى الله عليه و سلم، فقالوا يا نبي الله، احجر على فلان فإنه يتتاع و في عقدته ضعف، فدعاه النبي صلى الله عليه و سلم، فنهاه عن البيع، فقال: يا نبي الله، إني لا أصبر عن البيع، فقال صلى الله عليه و سلم من كنت غير تارك البيع فقل: هاء و هاء و لا خلافة"<sup>(4)</sup>. قال الجمهور بالحجر على ذو الغفلة استنادا على هذا الحديث فلو كان الحجر بسبب الغفلة غير مشروع لما طلبوه و لكان الرسول عليه الصلاة و السلام قد انكره. قال أبو حنيفة لو كان مشروعا لأجاب الرسول عليه الصلاة و السلام أهله و لحجر عليه لكنه لم يفعل.

**في اصطلاح القانونيين:** "الغفلة هي سلامة النية و القلب التي تجعل الشخص يغبن بسهولة في معاملاته"<sup>(5)</sup>.

لا يؤثر عارض الغفلة على عقل الإنسان من الناحية الطبية و إنما ينقص من قوة بعض ملكاته النفسية مثل ملكة الإدارة و حسن التقدير<sup>(6)</sup>.

يشترك ذي الغفلة مع السفية أنهما كالصبي المميز يتمتعان بأهلية أداء ناقصة<sup>(7)</sup>؛ و هو ما جاء في

المادة 43 ق.م.ج غير أن المشرع اكتفى بذكر السفية و سهى عن ذي الغفلة في قانون الأسرة<sup>(8)</sup>.

(1)-الصادق الغرياني: ج3، المرجع السابق، ص655.

(2)-الصادق الغرياني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها، موفق الدين ابن قدامة: ج6، المرجع السابق، ص607. شمس الدين الشيريني: ج2، ص219.

(3)- محمد أمين ابن عابدين: ج9، المرجع السابق، ص209/208.

(4)- رواه أبي داود: ج5، كتاب البيوع، باب في الرجل يقول عند البيع: "لا خلافة"، حديث رقم3501، المرجع السابق، ص360.

(5)- محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص390.

(6)- فريدة محمدي: المرجع السابق، ص189.

(7)- محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص390.

(8)- بخالد عمالي: نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي و تطبيقاتها في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2005، ص90.

بالإضافة إلى هذا يوجد تناقض بين المادة 43 ق.م.ج و المادة 85 ق.أ.ج؛ بحيث اعتبرت الأولى السفية و ذي الغفلة ناقصي الأهلية و أُلحقت الثانية السفية بالمجنون و المعتوه و أسقطت ذو الغفلة<sup>(1)</sup>.  
ينوب عن ذي الغفلة و السفية الولي أو الوصي أو المقدم حسب المادة 81 ق.أ.ج، الملاحظ أن المشرع الجزائري أدرج السفه كحالة من الحالات التي تستدعي توقيع الحجر و ذلك في المواد من 101 إلى 107 و أسقط ذو الغفلة<sup>(2)</sup>.

لم يميز المشرع الجزائري بين تصرفات ذو الغفلة و السفية المبرمة قبل تسجيل قرار الحجر عليهما و التصرفات المبرمة بعد ذلك، إذ التصرفات المنصوص عليها في المادة 107 ق.أ.ج تخص المحجور عليه عديم الأهلية لا المحجور عليه لنقص الأهلية<sup>(3)</sup>. ذهب الفقه الجزائري إلى أن التصرفات الصادرة قبل قرار الحجر عليهما تكون كقاعدة عامة صحيحة، إلا إذا صدرت نتيجة استغلال لحالة السفه أو الغفلة أو صدرت نتيجة تواطئ بين السفية أو ذي الغفلة و من تعاقد معه، فتقع هذه التصرفات إما موقوفة أو باطلة أو قابلة للإبطال حسب الفكرة التي سيعتنيها المشرع مستقبلا<sup>(4)</sup>، أما التصرفات الصادرة بعد تسجيل قرار الحجر فذهب بعض الفقه إلى أن تصرفات السفية و ذي الغفلة تلحق بتصرفات الصبي المميز طبقا للمادة 43 قانون مدني و بالتالي تكون تصرفاتهما صحيحة متى كانت نافعة لهما نفعا محضا و باطلة بطلانا مطلقا متى كانت ضارة بهما ضرا محضا و تقع قابلة للإبطال إذا كانت دائرة بين النفع و الضرر قياسا على المادة 83 قانون أسرة<sup>(5)</sup>.

ذهب جانب آخر من الفقه أن تصرفاتهما تقع باطلة بعد تسجيل حكم الحجر سواء كانت نافعة أو ضارة أو مترددة بينهما<sup>(6)</sup>.

ذهب رأي ثالث إلى أن جميع تصرفاتهما تأخذ حكم تصرفات الصبي المميز دون تمييز بين المرحلتين

(1)- محمد بوعمره: المرجع السابق، ص35.

(2)- محمد بوشنافة: مبدأ استقرار المعاملات في العقود بين مقتضيات المصلحة العامة و حرية الأطراف، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012/2013، ص38.

(3)- محمد سعيد جعفرور: مدخل العلوم القانونية، ج2، المرجع السابق، ص569 .

(4)- محمد سعيد جعفرور: تصرفات ناقص الأهلية المالية...، المرجع السابق، ص75 و ما بعدها.

(5)- محمد سعيد جعفرور: مدخل إلى العلوم القانونية، المرجع نفسه، ص574 و ما بعدها.

(6)- علي فيلاي: المرجع السابق، ص225.

لكون المشرع الجزائري لم يتكلم عن هذا (1).

نص المشرع التونسي في الفصل 2/160 م.أ.ش.ت على ذو الغفلة لكن أطلق عليه اسم ضعيف العقل (2)، تقع تصرفاته باطلة إذا كان مشتهرا بضعف عقله حتى قبل الحجر عليه و باطلة بطلانا مطلقا بعد صدور حكم الحجر (3).

عرّف المشرع الليبي ذي الغفلة في المادة 11 ق.ت.أ.ق.ل، حدّد حكم تصرفاته بدقة على خلاف المشرع الجزائري في المادة 16 ق.ت.أ.ق.ل. عرّف المشرع الموريتاني ذا الغفلة في المادة 2/172 م.أ.ش.م. لكن أطلق عليه اسم ناقص العقل، اعتبر تصرفاته غير نافذة إذا صدرت في حالة نقص العقل في المادة 173، نص المادة 174 على الحجر عليه و على رفع الحجر عنه إذا زالت أسباب الحجر. أغفل المشرع المغربي النص على ذي الغفلة.

**مقارنة:** أخذ المشرع الجزائري و التونسي و الليبي و الموريتاني بقول جمهور الفقهاء في أن الغفلة من أسباب الحجر، إلا أن المواد التي تناولت ذو الغفلة في القانون الجزائري جاءت متضاربة و متناقضة فيما بينها لذا وجب على المشرع إعادة النظر فيها، كما أنه لم يميز بين حكم تصرفاته قبل الحجر و بعده على خلاف المشرعين التونسي و الليبي اللذين ميّزا بينهما بدقة. خالف المشرع الموريتاني بقية المشرعين المغاربة حينما جعل تصرفات ذو الغفلة غير نافذة بينما جعلوها هم باطلة. كان يجب على المشرع المغربي النص على حالة ذي الغفلة.

**2-السفه في اللغة:** "الخفة و الحركة، و قيل الجهل" (4).

**في الاصطلاح:** "خفة تعترى الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل و الشرع مع قيام العقل حقيقة" (5).

عرّف المالكية السفه بأنه: "الخفة و الطيش بتبذير المال، و وضع الأمور في غير موضعها، فالتبذير

(1) - شوقي بناسي: المرجع السابق، ص 359.

(2) - سامية دولة و فاطمة الزهراء بن محمود: المرجع السابق، ص 415.

(3) - قرار تعقيبي مدني عدد 63163 مؤرخ في 1 فيفري 1999، ن سنة 1999، ق.م، ج 2، ص: 24. المرجع نفسه، ص 415/416.

(4) - علاء الدين ابن منظور: المرجع السابق، ص 2032

(5) - علاء الدين البخاري: المرجع السابق، ص 369.

من علامات السفه و آثاره" (1). عرفه الشافعية بأنه: " المبذر لماله المفسد له في الجهات المحرمة" (2). عرفه الحنفية كما يلي: "السفيه المهلهل الرأي في المال، الذي لا يحسن الأخذ لنفسه، و لا الإعطاء منها" (3). و عرفه الحنابلة بأنه: "المبذر لماله" (4).

**مقارنة:** يظهر أن الفقهاء متفقون في تعريف السفيه كونه المبذر لماله الذي لا يحسن التصرف فيه، غير أنهم اختلفوا هل أن التبذير يكون في الجهات المحرمة ليكون سفها أو التبذير على اطلاقه يعتبر سفه. ذهب المالكية و الشافعية و الحنابلة إلى الحجر على السفيه وثبوت الولاية عليه (5)، ذهبوا إلى أنه إذا فك الحجر عن السفيه ببلوغه و رشده ثم عاد إليه سفهه يحجر عليه القاضي مرة أخرى (6)، و أن الحجر على السفيه يتم و يزول بحكم الحاكم (7).

انقسم الحنفية حوله إلى قسمين: قال أبو حنيفة إن الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة و لم يذكر السفه ضمنها، و قال أبو يوسف و محمد و غيرهم بأن السفه من أسباب الحجر، ذهب أبو حنيفة إلى عدم ثبوت الولاية على السفيه بل يسلم له ماله إذا كان سفها بعد بلوغه خمس و عشرين سنة (8). اختلف من قال بالحجر على السفيه من الحنفية كما يلي: ذهب محمد إلى أن السفيه محجور عليه بنفس السفه دون حاجة لحكم القاضي و ذهب أبو يوسف إلى أنه لا يحجر عليه إلا بحكم القاضي (9).

دليل الحجر على السفيه من الكتاب؛ قوله تعالى: "وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا" (10).

(1)- الصالديق الغرياني: ج3، المرجع السابق، ص655.

(2)- أبي الحسن الماوردي: ج6، المرجع السابق، ص340.

(3)- علاء الدين الكاساني: ج10، المرجع السابق، ص85.

(4)- موفق الدين ابن قدامة: ج6، المرجع السابق، ص596.

(5)- الصادق الغرياني: المرجع نفسه، ص653. موفق الدين ابن قدامة: المرجع نفسه، ص595. الشريبي: ج2، المرجع السابق، ص215.

(6)- الصادق الغرياني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. ابن قدامة: المرجع نفسه، ص609. شمس الدين الشريبي: المرجع نفسه، ص221.

(7)- الصادق الغرياني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. ابن قدامة: المرجع نفسه، ص595. الشريبي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(8)- علاء الدين الكاساني: المرجع السابق، ص82/81.

(9)- المرجع نفسه، ص84.

(10)- سورة النساء: الآية5.

دليلهم؛ من السنة: رد الرسول عليه الصلاة و السلام صدقة الرجل الذي تصدق بأحد ثوبيه" (1).  
عن عروة بن الزبير قال: ابتاع عبد الله بن جعفر بيعا، فقال علي رضي الله عنه: "لآتين عثمان،  
فلأحجرن عليك، فاعلم ذلك ابن جعفر الزبير، فقال: أنا شريكك في بيعك، فأتى عثمان رضي الله  
عنه، قال: تعال احجر على هذا، فقال الزبير، أنا شريكه، فقال عثمان: أحجر على رجل شريكه الزبير؟"  
(2)؛ هذا الحديث يدل على أن الحجر على السفية أمر معروف بين الصحابة (3).

يسأل السفية عن حقوق الله جميعا و يلزم يمينه و طلاقه، يضمن الولي من مال السفية ما أتلف من  
أموال الناس (4).

لا يعتبر سفيتها من ينفق أمواله في أوجه البر و الإحسان و لو كان مبالغا في ذلك (5)، لقوله عليه  
الصلاة و السلام: "لا حسد إلا في اثنين رجل آتاه الله مالا فسلط على هلكته في الحق، و رجل آتاه الله  
الحكمة، فهو يقضي بها و يعلمها" (6).

غير أن الحنفية اعتبروا الإسراف لو زاد عن التوسط سفه و لو كان في أوجه الخير (7)، دليلهم أن  
عائشة رضي الله عنها كانت تتصدق بمالها حتى روي أنها كان لها رباع فهمت ببيعه لتصدق بالثمن  
فبلغ ذلك عبد الله بن الزبير فقال لتنتهين عائشة عن بيع رباعها أو لأحجرن عليها" (8).

يستحب الإشهاد على السفية بعد الحكم بالحجر عليه أو ينادي مناد بذلك ليعلم الناس به  
ليتجنبوا التعامل معه و من تعامل بعد هذا يتحمل هو تبعات تعامله و لا شيء على المحجور عليه (9).  
ينوب عن السفية المحجور عليه وليه أو وصيه أو الحاكم عند عدمهما و لو مدد الحجر عليه إلى ما

(1) - أخرجه أبي داود: كتاب الزكاة، باب الرجل يخرج من ماله، حديث رقم 1675، سنن أبي داود، المرجع السابق، ج 7، ص 106.

(2) - أخرجه البيهقي: كتاب الحجر، باب الحجر على البالغين بالسفه، حديث رقم 11335، السنن الكبرى - تحقيق عطا محمد - ج 6، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 3، 2003، ص 101.

(3) - الصادق الغرياني: ج 3، المرجع السابق، ص 656.

(4) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5) - المرجع نفسه، ص 655.

(6) - أخرجه البخاري: كتاب العلم، باب الاغتباط في العلم و الحكمة، حديث رقم 73، صحيح البخاري، المرجع السابق، ص 31.

(7) - شمس الدين السرخسي: ج 24، المرجع السابق، ص 157.

(8) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(9) - موفق الدين ابن قدامة: ج 6، المرجع السابق، ص 611. الشريبي: ج 2، المرجع السابق، ص 222.

بعد بلوغه لبقاء سفهه لا ينظر في ماله غير الحاكم<sup>(1)</sup> ، وليّ السفية في صغره هو أبوه و إذا طرأ عليه السفه بعد البلوغ وليه هو القاضي و هو الذي ينصب عليه الأصلح له و إذا لم يكن له ولي وصي ثم القاضي أو قيم مكانه كما يشهد وليه عليه بعد ترشيده من المحكمة<sup>(2)</sup>.

دليلهم؛ من الكتاب؛ قوله تعالى: " فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ " <sup>(3)</sup>.

**في اصطلاح القانونيين:** "السفيه مبذر الأموال على غير مقتضى العقل، فهو مسرف شاذ في تصرفاته المالية بنظر الغير" <sup>(4)</sup>.

يمس السفه بحسن تدبير الشخص و لا يمس بتمييزه لذا فهو لا يخل بمناط أهلية الأداء، لهذا لا يعتبر ناقص الأهلية إلا بعد الحكم بتوقيع الحجر عليه، أخذ المشرع الجزائري برأي جمهور الفقهاء حين نص صراحة في المادة 103 ق.أ.ج على أن الحجر على السفية لا يكون إلا بحكم من القضاء<sup>(5)</sup>.

أحق المشرع الجزائري السفه بالغفلة فيسري على السفية ما يسري على ذو الغفلة.

عرّف المشرع التونسي السفية في الفصل 164 م.أ.ش.ت، كما نص على أن الحجر عليه لا يكون إلا بحكم الحاكم، و على خلاف المشرع الجزائري نص في الفصل 165 على أن: "جميع التصرفات التي باشرها السفية قبل الحكم صحيحة نافذة لا رجوع فيها أما التي باشرها بعد الحكم فيتوقف نفاذها على إجازة وليه"، نص في الفصل 166 على عدم الاعتداد بإقرار السفية في الأمور المالية".

عرّف المشرع الموريتاني السفية في الفقرة الثالثة من المادة 172 م.أ.ش.م، ألحق المشرع الموريتاني تصرفات السفية بتصرفات الجنون و ناقص العقل في المادة 173 إذ تعتبر تصرفاتهم غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو نقص العقل أو السفه، كما ألحق السفية بالجنون و ناقص العقل في المادة 174 من حيث الحجر عليهم من قبل القاضي عند ثبوت اتصافهم بهذه الحالات و رفع الحجر عنهم كذلك عند زوالها مع الاعتماد على أهل الخبرة و سائر وسائل الإثبات الشرعية.

(1)- موفق الدين ابن قدامة: المرجع السابق، ص612.

(2)- الصادق الغرياني: ج3، المرجع السابق، ص664/663. شمس الدين الشيريني: ج2، المرجع السابق، ص222.

(3)- سورة النساء: الآية6.

(4)-عبد المجيد زعلاني: المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للحق، دار هومة، الجزائر، ب ط، 2011، ص135.

(5)- محمد سعيد جعفرور: مدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص561 و ما بعدها.

اعتبر المشرع المغربي السفه من العوارض التي تنقص أهلية الأداء في المادة 213 م.أ.مغ، قام بتعريف السفه في المادة 215، ألحقه المشرع المغربي بالمعتوه في جميع الأحكام التي سبق بيانها أثناء تناول أحكام المعتوه. عرّف المشرع الليبي السفه في المادة 4/11 ق.ت.ق.ل، و نص على الحجر عليه في المادة 12، ألحق المشرع المغربي السفه بالمعتوه في جميع الأحكام كالحجر عليه و اجراءته و رفع الحجر.....

**مقارنة:** أخذ المشرعون المغاربة بقول الجمهور حينها نصوا على الحجر على السفه، و على أن الحجر عليه و رفعه لا يتم إلا بحكم القاضي، إلا أن المشرع الجزائري و التونسي و المغربي و الليبي خالفوا المشرع الموريتاني حينما جعلوا التصرفات الصادرة من السفه باطلة، أما المشرع الموريتاني فجعلها غير نافذة.

**الفرع الثاني: العوارض غير المقننة:**

**أولاً- العوارض السماوية:**

**1- النسيان لغة:** الترك و هو ضد الذكر و الحفظ (1).

**في الاصطلاح:** "هو معنى يعتري الانسان بدون اختياره فيوجب الغفلة عن الحفظ" (2)، وهو ينافي أهلية الأداء دون الوجوب (3). النسيان لا يكون عذرا في حقوق العباد؛ فيجب الضمان على من أتلف مال إنسان ناسيا، أما حقوق الله تعالى فيفرق بين من وقع في النسيان بتقصير منه كمن لم يتذكر مع وجود المذكر فلا يكون عذرا، و بين من وقع في النسيان بغير عذر منه فيكون عذرا (4). قال عليه الصلاة و السلام: "إن الله وضع عن أمي الخطأ و النسيان و ما استكروها عليه" (5).

**2- النوم و الإغماء: النوم لغة:** "فترة راحة للبدن و العقل" (6).

**في الاصطلاح:** "هو فترة طبيعية تحدث في الإنسان بلا اختيار منه وتمنعه الحواس الظاهرة و الباطنة عن العمل مع سلامتها واستعمال العقل مع قيامه" (7).

(1)- علاء الدين ابن منظور: المرجع السابق، ص4416.

(2)- علاء الدين البخاري: ج:4، المرجع السابق، ص276.

(3)- وهبة الزحيلي، أصول الفقه، المرجع السابق، ص171.

(4)- سعد الدين التفتازاني: ج2، المرجع السابق، ص363.

(5)- أخرجه الطبراني: كتاب من اسمه موسى، حديث رقم8273، المعجم الأوسط-تحقيق عبد الله بن محمد و الحسيني ابراهيم- ج8، دار الحرمين، القاهرة، ب ط، 1995، ص161.

(6)- مجمع اللغة العربية: المرجع السابق، ص965.

(7)- البيدوي: المرجع السابق، ص277.

الإغماء في اللغة: غمي على المريض أو أغمي، غشي عليه (1).

في الاصطلاح: "فتور يزيل القوى ويعجز به العقل عن استعماله مع قيامه حقيقة" (2).

كلاهما ينافي أهلية الأداء لا الوجوب؛ لتخلف التمييز في حالة النوم أو النسيان، لا يحجر على المغمى عليه عند المالكية لسرعة زوال حالته (3).

3- المرض في اللغة: "السقم هو نقيض الصحة" (4).

في الاصطلاح: "هيئة غير طبيعية في بدن الإنسان يجب عنها بالذات آفة في الفعل، و آفة الفعل ثلاث التغير و النقصان و البطلان" (5).

يتمتع المريض بأهلية وجوب و أهلية أداء، غير أن المرض يؤثر في بعض الأحكام مع ثبوت الأهلية الكاملة للشخص (6).

يحجر على المريض إذا كان مرضه مرض موت في عقود التبرعات دون المعاوضات؛ فتبقى التبرعات موقوفة حتى يتبين أمره إذا شفي نفذت و إذا مات تنفذ في حدود الثلث إلا ما أجازته الورثة (7).

4- الرق في اللغة: "الضعف، و منه رقة القلب" (8).

في الاصطلاح: "هو ضعف حكمي يتهيأ الشخص به لقبول ملك الغير له بالاستيلاء عليه ليصبح مملوكاً" (9)، الرقيق محجور عليه لا يستطيع التصرف في جميع العقود إلا بإذن سيده و يستثنى من ذلك المكاتب و المأذون (10).

(1)- الفيروز آبادي: المرجع السابق، ص 1187.

(2)- عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص 106.

(3)- الصادق الغرياني: ج 3، المرجع السابق، ص 655.

(4)- علاء الدين ابن منظور: المرجع السابق، ص 4180.

(5)- البزدوي: المرجع نفسه، ص 370.

(6)- عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص 106.

(7)- الصادق الغرياني: ج 3، المرجع السابق، ص: 673. شمس الدين الشربيني: ج 3، المرجع السابق، ص: 215.

(8)- عبد القاهر الجرجاني: المرجع السابق، ص: 96.

(9)- سعد الدين التفتازاني: ج 2، المرجع السابق، ص: 356.

(10)- الصادق الغرياني: ج 3، المرجع السابق، ص: 676. ابن عابدين: ج 9، المرجع السابق، ص: 198.

5- الحيض و النفاس: الحيض في اللغة: " هو سيلان الدم من المرأة في أيام معلومة" (1).

في الاصطلاح: هو دم ينفذه رحم المرأة السليمة عن الداء و الصغر" (2).

النفاس في اللغة: "ولادة المرأة إذا وضعت فهي نفساء" (3).

في الاصطلاح: "الدم الخارج من قبل المرأة عقب الولادة" (4)، لا يسقطان أهلية الوجوب لأن مناطها

هو الصفة الإنسانية و لا أهلية الأداء لأن مناطها هو العقل و الإدراك و جميعهم متوفر (5).

6- الموت في اللغة: "عكس الحياة، و هو السكون؛ كل من سكن فقد مات" (6).

في الاصطلاح: "ضد الحياة يلزم من وجوده زوال الحياة" (7)، لا يعتبر الموت من عوارض الأهلية لكونه

عجزاً تاماً عن الحياة فهو يعدم الأهلية، الموت يزيل الأصل بزوال الشخص ذاته، أما العوارض فهي ما

يترأ على مقومات الشيء مع بقاء أصله (8).

---

(1)-علاء الدين ابن منظور: المرجع السابق، ص1071.

(2)- اعلاء الدين البخاري: ج4، المرجع السابق، ص312.

(3)- علاء الدين ابن منظور: المرجع السابق، ص4503.

(4)- فخر الاسلام البزدوي: المرجع السابق، ص370.

(5)-وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص174.

(6)- علاء الدين ابن منظور: المرجع السابق، ص4293 /4294.

(7)- فخر الاسلام البزدوي: المرجع السابق، ص313.

(8)- شامل الشيخلي: عوارض الأهلية بين الشريعة و القانون، مطبعة العاني، بغداد، العراق، ط1، 1984، ص211.

## ثانيا- العوارض المكتسبة:

### 1-الجهل في اللغة: "هو اعتقاد الشيء على خلاف ما هو عليه" (1).

في الاصطلاح: "هو اعتقاد الشيء على خلاف ما هو به، و هو صفة تضاد العلم عند احتمالها و تصويره" (2)، لا تأثير للجهل على أهلية الوجوب و لا على أهلية الأداء بل قد يكون عذرا في بعض الأحوال (3)، فما كان موضع اشتباه من حيث الدليل بحيث لم يرد فيه نص صريح من الكتاب أو السنة أو الإجماع؛ فهو جهل يعذر فيه صاحبه، أما ما لا يشتهه فيه كنصوص القرآن القطعية و السنة و الإجماع؛ فهو جهل لا يعذر فيه (4).

2- السكر في اللغة: غفلة تعرض بغلبة السرور على العقل مباشرة ما يوجبها من الأكل و الشرب" (5) في الاصطلاح: "هو سرور يغلب على العقل مباشرة بعض الأسباب الموجبة له فيمنع الإنسان عن العمل بموجب عقله من غير أن يزيله" (6).

ينقسم السكر إلى نوعين: 1- سكر بطريق غير محظور(مباح)، 2- سكر بطريق محظور(محرم). أما الأول كسكر المضطر إلى شرب الخمر و السكر نتيجة الأدوية، و هو مماثل للإغماء في حكمه لا يصح منه طلاق و لا عتاق و لا تصرف. أما الثاني فهو السكر بطريق محرم ليس مسقطا للتكليف و تلزم عبارات السكران في الطلاق و العتاق و شتى التصرفات (7).

### 3- الهزل في اللغة: "المزح، و هو ضد الجّد" (8).

في الاصطلاح: "تفسيره اللعب و هو أن يراد بالشيء ما لم يوضع له" (9).

(1)- عبد القاهر الجرجاني: المرجع السابق، ص72.

(2)- علاء الدين البخاري: ج4، المرجع السابق، ص330.

(3)- محمد فخري: أثر عوارض الجهل و النسيان و الخطأ على المسؤولية في الشريعة الإسلامية، مجلة الأستاذ، بغداد، عدد 202 / 2012، ص53.

(4)- محمد أبو زهرة: أصول الفقه، المرجع السابق، ص349.

(5)- عبد القاهر الجرجاني: المرجع السابق، ص104.

(6)- فخر الاسلام البزدوي: المرجع نفسه، ص352.

(7)- أبي الوليد الباجي: المنتقى شرح موطأ مالك، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2003، ص283. ابن همام الحنفي: شرح فتح القدير: ج9،

المرجع السابق، ص285 و ما بعدها. أبي الحسن الماوردي: ج13، المرجع السابق، ص376 و ما بعدها. ادريس البهوتي: ج5، المرجع السابق، ص98.

(8)- بطرس البستاني: محيط المحيط قاموس مطول في اللغة العربية، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، ط1، 1997، ص937.

(9)- فخر الإسلام البزدوي: المرجع السابق، ص357.

لا يؤثر الهزل في أهلية الوجوب و لا في أهلية الأداء<sup>(1)</sup>، تنقسم التصرفات القولية التي تقترن بالهزل إلى ثلاثة أقسام؛ هي:

**الاختبارات:** أي الإقرارات و الهزل يبطلها جميعا، لأن الهزل دليل على كذب ما أقر به.  
**الاعتقادات:** هي الأقوال المتعلقة بالعقيدة و الهزل لا يمنع أثرها، فإذا تكلم المسلم بكلمة الكفر صار كافرا مرتدا عن الإسلام و إن ادعى الهزل بكلامه؛ لأن التكلم بالكفر و لو هزلا هو استخفاف بالإسلام و الاستخفاف به كفر فصار الهازل مرتدا بالهزل لا بالكفر.

قال تعالى: "وَلَمَّا سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِاللَّهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ" (2).  
**الإنشاءات:** و معناها إحداث الأسباب التي يترتب عليها الحكم الشرعي المقرر لها كالزواج و الطلاق و سائر التصرفات (3).

#### 4- السفر في اللغة: "قطع المسافة" (4).

**في الاصطلاح:** "الخروج على قصد المسير على موضع بينه و بين ذلك الموضع مسيرة ثلاثة أيام فوقها سير الإبل و مشي الأقدام" (5)، لكون السفر لا يخل بالذمة و لا بالعقل و التمييز فهو لا ينافي الأهلية بنوعيتها إلا أنه من أسباب التخفيف لما فيه من مشقة (6).

#### 5- الخطأ في اللغة: "هو ما ليس للإنسان فيه قصد" (7).

قال تعالى: رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا" (8).

**في الاصطلاح:** " فعل أو قول يصدر عن الإنسان بغير قصد بسبب ترك التثبت عند مباشرة أمر مقصود سواه" (9)، لا ينافي الأهلية بنوعيتها لأن مناطها الذمة و العقل و التمييز، اعتبر من عوارض

(1)-عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص 117.

(2)- سورة التوبة: الآية 65.

(3)-عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص 117.

(4)-عبد القاهر الجرجاني: المرجع السابق، ص 103

(5)-اعلاء الدين البخاري: ج 4، المرجع السابق، ص 376

(6)-النسفي: المرجع السابق، ص 990

(7)-عبد القاهر الجرجاني، المرجع السابق، ص 88

(8)- سورة البقرة: الآية 286.

(9)- فخر الاسلام البزدوي: المرجع السابق، ص 380.

الأهلية لأنه حصل بتقصير غير متعمد من الإنسان<sup>(1)</sup>.

يعتبر الخطأ عذراً في حقوق الله دون حقوق العباد فيجب عليه ضمان قيمة ما أتلف خطأً<sup>(2)</sup>.

**6- الإكراه في اللغة:** "حمل الغير على ما يكره بالوعيد"<sup>(3)</sup>.

**في الاصطلاح:** "حمل الغير على أمر يكرهه و لا يريد مباشرته لولا الحمل عليه بالوعيد"<sup>(4)</sup>. قال عليه

الصلاة و السلام: "إن الله وضع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكروهوا عليه"<sup>(5)</sup>.

ينقسم الإكراه إلى نوعين:

**1- الإكراه الملجئ أو التام:** يحدث تلف بالنفس أو جزء منها بالقتل أو الضرب أو القطع، يفسد

الاختيار و يعدم الرضا<sup>(6)</sup>.

**2- الإكراه غير الملجئ أو الناقص:** لا يحدث تلف النفس أو جزءا منها، و إنما يكون بكل ما يزول

معه الرضا كالضرب الذي لا يؤدي إلى التلف، لا يفسد الاختيار و لكن يعدم الرضا<sup>(7)</sup>.

الإكراه بنوعيه لا ينافي أهلية الوجوب و لا أهلية الأداء لكون الأولى ثابتة بالذمة و الثانية ثابتة

بالعقل و التمييز و الإكراه لا يخل بشيء منها<sup>(8)</sup>.

يشترط فيه ثلاثة شروط:

1- أن يكون المكره متمكناً من تحقيق ما هدد به، و عدم قدرة المكره من النجاة بنفسه.

2- استعمال طرق قادرة على إحداث خطر وشيك الوقوع على المكره.

3- أن يكون المكره خائفاً على نفسه من تهديد المكره بإيقاع ما هدد به<sup>(9)</sup>.

(1)- محمد أبو زهرة، أصول الفقه، المرجع السابق، ص353.

(2)- محمد الخضري: أصول الفقه، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ط6، 1969، ص105.

(3)- عبد القاهر الجرجاني: المرجع السابق، ص31.

(4)- النسفي: المرجع السابق، ص992.

(5)- سبق تخريجه.

(6)- أحمد القضاة: أثر الإكراه في الزواج و الطلاق، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية و الانسانية، الشارقة، الإمارات، العدد2، 2006، ص223.

(7)- محمد شاكراً رشيد: أحكام الإكراه في الشريعة الإسلامية، مجلة مركز البحوث و الدراسات الإسلامية، العدد4، 2006، ص139.

(8)- عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص:137.

(9)- شامل الشيخلي: المرجع السابق، ص231.

## المبحث الثاني - أثر تخلف الأهلية على الرابطة الزوجية:

وصفت الشريعة الإسلامية الرابطة الزوجية بالميثاق الغليظ؛ لأن الرجل و المرأة هما طرفا هذه العلاقة المقدسة وحب أن تتوفر فيهما أهلية معينة حتى يكونا أهلا للحفاظ عليها، على الرغم من أن الشريعة الإسلامية قدست الزواج إلا أنها لم تجعله رابطة غير قابلة للانحلال بل شرعت الطلاق بأنواعه للتخلص من هذه العلاقة إذا أصبحت تشكل عبئا على أصحابها، بيد أنها لم تترك فك الرابطة الزوجية على إطلاقه بل اشترطت في المقدم عليه عدّة شروط من بينها أن تتوفر فيه أهلية معينة حتى يكون أهلا لهذا.

### المطلب الأول - أثر تخلف الأهلية على انشاء الرابطة الزوجية:

تعتبر رابطة الزواج من أقدس الروابط بين البشر فهي تحافظ على مقاصد الشريعة من خلال محافظتها على النسل كما تعمل على احصان النفس، لهذا ترعّب عليها الشريعة الإسلامية و قوانين الأسرة المغاربية؛ هذا من جهة. من جهة ثانية تترتب عن هذه العلاقة مسؤولية للزوجين اتجاه بعضهما و مسؤولية اتجاه الأولاد و مسؤولية أخرى نحو المحافظة على العلاقة نفسها كل هذا يتطلب أن تتوفر في الزوجين شروط معينة ليكونا أهلا لذلك. بين الترغيب على الزواج و بين الخوف على الفئة الضعيفة من تبعات هذه العلاقة انقسمت آراء فقهاء الشريعة الإسلامية و قوانين الأسرة المغاربية على النحو التالي:

### الفرع الأول - شرط السن:

أولا - فقها: انقسم الفقهاء حول زواج الصغار إلى عدّة أقوال:

القول الأول: ذهب أصحاب المذاهب الأربعة إلى أن تزويج الصغير و الصغيرة قبل البلوغ جائز شرعا مع ثبوت ولاية الإيجابار عليهما<sup>(1)</sup>.

دليلهم؛ من الكتاب قوله تعالى: " وَاللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ " <sup>(2)</sup>. وجه الدلالة: أن المرأة التي لم تحض إذا طلقت فعدتها ثلاثة أشهر؛ ففي هذا دليل على جواز تزويج البنت الصغيرة قبل حيضها<sup>(3)</sup>.

(1) - ابن رشد الحفيد: ج3، المرجع السابق، ص13. السرخسي شمس الدين: ج4، المرجع السابق، ص212. موفق الدين ابن قدامة: ج9، المرجع السابق، ص398. أبي الحسن الماوردي: ج9، المرجع السابق، ص52.

(2) - سورة الطلاق: الآية04.

(3) - ابن شد الحفيد: ج3، المرجع السابق، ص13. السرخسي شمس الدين: ج4، المرجع السابق، ص212. موفق الدين ابن قدامة: ج9، المرجع السابق، ص398. الماوردي: ج9، المرجع السابق، ص67.

دليلهم؛ من السنة: قالت عائشة رضي الله عنها: تزوجني الرسول صلى الله عليه و سلم لست سنين، و بنى بي و أنا بنت تسع سنين (1).

في هذا الحديث دليل على مشروعية الزواج من الصغار فلو لم يكن مشروعاً ما فعله الرسول عليه الصلاة و السلام، من آثار الصحابة رضوان الله عليهم دليل على ذلك أيضاً فلم ينكر الرسول عليه الصلاة و السلام عليهم زيجاتهم؛ بحيث نقل أن قدامة بن مظعون تزوج بنت الزبير رضي الله عنه يوم ولدت و أن ابن عمر رضي الله عنه زوج بنتاً له صغيرة من عروة بن الزبير رضي الله عنه و زوج الأخير بنت أخيه ابن أخته و هما صغيران فلو كان هذا غير جائز ما أجازته الصحابة و ما فعلوه (2).

دليلهم؛ من الإجماع: أجمع العلماء على مشروعيتها، فيجوز للأب تزويج ابنته الصغيرة بشرط تزويجها من كفى و لو مع كراهيتها (3).

دليلهم؛ من المعقول: لا تتحقق مقاصد الزواج التي شرع من أجلها إلا إذا تم بين الأكفاء، لذا إذا رأى الولي الكفاءة في الزوج عليه عدم تفويت الفرصة على موليته فقد لا تجد خيراً منه بعد بلوغها و الأمر نفسه بالنسبة للذكر (4).

اختلفوا فيمن له ولاية تزويج الصغيرة، و انقسموا إلى ثلاثة أقوال:

**القول الأول:** تثبت الولاية للأب و الجد و لسائر الأولياء و هو قول أبو حنيفة (5)؛ و يكون ترتيب الأولياء كترتيب العصبات في الإرث (6). ذهب أبو حنيفة و محمد إلى أنه إذا تولى زواج الصغير و الصغيرة الأب أو الجد فلا خيار لهما بعد البلوغ أما إذا تولاه غيرهما من الأولياء فيكون للصغار الخيار بين الإقامة على النكاح أو الفسخ، و قال أبو يوسف لا خيار لهما مطلقاً (7).

(1) - أخرجه مسلم: كتاب النكاح، باب تزويج البكر الصغيرة، حديث رقم 3479. صحيح مسلم - تحقيق و تخريج زهوة أحمد و عناية أحمد - دار الكتاب العربي، بيروت، ب ط، 2013، ص 567.

(2) - السرخسي شمس الدين: ج 4، المرجع السابق، ص 212. موفق الدين ابن قدامة: ج 9، المرجع السابق، ص 398.

(3) - موفق الدين ابن قدامة: المرجع نفسه، ص 398.

(4) - السرخسي شمس الدين: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5) - المرجع نفسه، ص 213.

(6) - أبي أحمد العيني: ج 4، المرجع السابق، ص 601.

(7) - المرجع نفسه، ص 602.

دليلهم؛ من الكتاب قوله تعالى: " وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ " (1).

وجه الدلالة: أن ولاية النكاح تثبت على العموم من غير فصل بين العصبات إلا ما خص بدليل (2).

دليلهم؛ من السنة: أن رسول الله صلى الله عليه و سلم زوج بنت عمه حمزة رضي الله عنه من عمر بن أبي سلمة رضي الله عنه و هي صغيرة (3).

وجه الدلالة: أن الرسول عليه الصلاة و السلام زوجها بالعصوبة لا بالنبوة لأنه لم يزوج غيرها ممن كان لها ولي بالنبوة و لو كانت بالتزويج بالنبوة لما تقدم عليه ولي (4).

دليلهم؛ من آثار الصحابة: أن عروة ابن الزبير رضي الله عنه زوج بنت أخيه ابن أخته و هما صغيران (5)، وجه الدلالة: أنه لو كان ذلك غير جائز لما فعله أحد الصحابة و لم ينكر عليه أحد ذلك دليلهم؛ من المعقول: جعلت الولاية للعصبات جميعا لما لهم من الشفقة و الحرص على الصغيرة و على سمعتها و شرفها و صيانتها من العار، كما أن الولاية مرتبطة بالميراث لاتحاد السبب و هو القرابة فكل من استحق الميراث استحق الولاية (6).

**القول الثاني:** تثبت الولاية للأب ثم الجد دون بقية الأولياء و هو قول الشافعي (7).

دليلهم؛ من الكتاب: قوله تعالى: " مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ " (8).

وجه الدلالة: أن الجد يختلف عن الأب في الاسم لكن يشترك معه في الحكم (9).

دليلهم؛ من القياس: قاسوا الجد على الأب فكما يتساوى معه في الولاية على المال يتساوى معه في الولاية على النفس (10).

(1)- سورة النور: الآية 32.

(2)- علاء الدين الكاساني: ج 3، المرجع السابق، ص 356.

(3)- شمس الدين السرخسي: ج 4، المرجع السابق، ص 212.

(4)- أبي أحمد العيني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5)- شمس الدين السرخسي: ج 4، المرجع السابق، ص 212.

(6)- علاء الدين الكاساني: ج 3، المرجع نفسه، ص 356.

(7)- أبي الحسن الماوردي: ج 9، المرجع السابق، ص 52.

(8)- سورة الحج: الآية 78.

(9)- أبي الحسن الماوردي: ج 9، المرجع السابق، ص 53.

(10)- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

دليلهم؛ من المعقول: الجد ولي الأب فمن الأولى أن يلي من يليه الأب كذلك (1).

**القول الثالث:** تثبت الولاية للأب فقط و هو قول مالك و أحمد بن حنبل (2).

و هو قول ابن أبي ليلى (3) و الثوري (4) و بن القاسم (5) و أبو ثور (6) و أبو عبيد (7) (8).

من السنة؛ قال عليه الصلاة و السلام: "ليس للولي مع الثيب أمر و اليتيمة تستأمر و صحتها إقرارها"

(9)، دلّ الحديث على الصغيرة لأن اليتيمة تطلق على من لم تبلغ فيجب أن تستأذن في نفسها.

من المعقول: الرأفة و الشفقة توجد عند الأب دون غيره إلا من اختصه الشرع؛ لذا يلي زواج الصغيرة

دون غيره (10).

أما زواج الصغير؛ فقد استدلووا عليه من المعقول: ليس في تزويج الصغير خطر عليه بحيث يستطيع

استدراك ذلك بعد بلوغه سواء عن طريق الطلاق أو الزواج من أخرى (11).

**القول الثاني:** ذهب ابن شبرمة (12) و أبو بكر الأصبم (13) إلى عدم تزويج الصغير و الصغيرة حتى يبلغا (14)

---

(1) - أبي الحسن الماوردي: المرجع السابق، ص 53

(2) - ابن رشد الحفيد: ج 3، المرجع السابق، ص 13. موفق الدين ابن قدامة: ج 9، المرجع السابق، ص 402.

(3) - محمد بن عبد الرحمان ابن أبي ليلى، العلامة الإمام المفتي كان نظير الإمام أبي حنيفة في الفقه، ولد بالكوفة سنة 70 و توفي سنة 148. شمس الدين الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج 6، المرجع السابق، ص 310 و ما بعدها.

(4) - ابو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري، شيخ الإسلام الإمام الحافظ سيد العلماء العالمين في زمانه، ولد بالكوفة سنة 97 توفي سنة 126. الذهبي: ج 7، المرجع نفسه، ص 229 و ما بعدها.

(5) - عبد الرحمان بن القاسم، عالم الديار المصرية و مفتيها صاحب الإمام مالك، ولد سنة 132 و توفي سنة 191. شمس الدين الذهبي: ج 9، المرجع نفسه، ص 120 و ما بعدها.

(6) - ابراهيم بن خالد المشهور بأبو ثور الكلبي البغدادي، الإمام الحافظ الحجة المجتهد مفتي العراق من أصحاب الشافعي، ولد سنة 170 توفي ببغداد سنة 240. شمس الدين الذهبي: ج 12، المرجع نفسه، ص 72

(7) - القاسم بن سلام بن عبد الله المشهور بأبو عبيد، الإمام الحافظ المجتهد ذو الفنون، ولد بمرارة سنة 154 هـ 770م توفي سنة 224 هـ 838م. من مؤلفاته: الأموال. شمس الدين الذهبي: ج 10، المرجع نفسه، ص 490 و ما بعدها.

(8) - ابن عبد البر: الاستذكار، ج 16، دار قتيبة، دمشق، بيروت. و دار الوعي، حلب، القاهرة، ط 1، 1993، ص: 58. ادريس الباهوتي: ج 4، المرجع السابق، ص 40.

(9) - أخرجه أبو داود: كتاب النكاح، باب في الثيب، ح 2100، المرجع السابق، ص 318.

(10) - ابن رشد الحفيد: ج 3، المرجع السابق، ص 13.

(11) - أبي الحسن الماوردي: ج 9، المرجع السابق، ص 53.

(12) - عبد الله ابن شبرمة: الإمام العلامة فقيه العراق قاضي الكوفة التابعي، توفي سنة 144. شمس الدين الذهبي: ج 6، المرجع السابق، ص 347.

(13) - أبو بكر الأصبم: شيخ المعتزلة، توفي سنة 201، من مؤلفاته: خلق القرآن، الحجة و الرسل. شمس الدين الذهبي: ج 9، المرجع نفسه، ص 402.

(14) - ابن حزم الظاهري: المحلى، الطباعة المنيرية، القاهرة، مصر، ب ط، ب ت، ج 9، ص 459.

ردوا على حديث عائشة رضي الله عنها: أن زواج النبي صلى الله عليه و سلم بها من خصوصيات النبوة مثاله الموهوبة و زواجه بأكثر من أربعة (1).

دليلهم؛ من المعقول: مقاصد الزواج هي قضاء الشهوة و حفظ النسل و كلاهما غير محقق قبل البلوغ (2) خالف ابن حزم (3) الجمهور في تزويج الأب ابنه الصغير، بحيث رأى أن ذلك غير جائز و يقع العقد مفسوخا (4).

دليله؛ من الكتاب قوله تعالى: "وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا" (5).

**الترجيح:** أرجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول الذي يقول بجواز زواج الصغار، لكن ليس على إطلاقه؛ لكون أدلتهم صريحة سواء من الكتاب أو من السنة بحيث لا يوجد دليل على أن زواج النبي صلى الله عليه و سلم من عائشة رضي الله عنها من خصوصيات النبوة بالإضافة إلى أن الأصل عدم الخصوصية،

و لو كانت فيه خصوصية ما فعله الصحابة رضوان الله عليهم غير أن ما ذكره من خالفهم من حيث أن هذا الزواج قد يلحق أضرار بالصغار فيه شيء من الصحة لذلك قيده بعض أصحاب القول الأول بضوابط أهمها:

**للأنثى:** أن لا يكون بين الولي و بينها عداوة ظاهرة، أن يكون الزوج كفؤا و أن يكون موسرا بالمهر و أن يزوجه بمهر المثل و من نقد البلد، أن لا يزوجه بمن يلحقها ضرر بمعاشرته كأعمى و شيخ هرم، أن لا يكون قد وجب عليها الحج لأن الحج على التراخي و خوفا من أن يمنعه زوجها تستطيع تعجيل براءة ذمتها (6).

---

(1) - محمد الشوكاني: نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار-تحقيق بن محمد أبو معاذ-، ج7، دار ابن القيم و دار ابن عوفان، القاهرة، مصر، ط1، 2005، ص563.

(2) - شمس الدين السرخسي: ج4، المرجع السابق، ص212.

(3) - علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الفارسي الأصل ثم الأندلسي القرطبي، الإمام الأوحى ذو الفنون و المعارف الفقيه الحافظ الوزير الظاهري صاحب التصانيف، ولد بقرطبة سنة 384هـ 994م توفي بولبة 456هـ 1064م، له مصنفات كثيرة منها: الإيصال إلى فهم الخصال و كتاب المحلى. شمس الدين الذهبي: ج18، المرجع السابق، ص184 و ما بعدها.

(4) - ابن حزم الظاهري: ج9، المرجع السابق، ص459.

(5) - سورة الأنعام: الآية 164.

(6) - شمس الدين الشريبي: ج3، المرجع السابق، ص200/201. ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص41.

للذكر: أن لا يزوجه من أمة حتى لا يسترق ولده، لا يزوجه ممن ينفر منها كالرتقاء و الجذماء، أن يزوجه بمهر المثل لإمكانية تعذر الزواج بدون ذلك، أن لا يزوجه بأكثر من واحدة إلا إذا كانت زوجته غائبة أو صغيرة<sup>(1)</sup>.

تزويج الأب الصغيرة الثيب: انقسم الفقهاء حوله إلى قولين:

القول الأول: ذهب المالكية و الحنفية و الحنابلة في أحد القولين إلى جواز تزويج الأب الصغيرة الثيب بغير إذنها<sup>(2)</sup>.

دليلهم؛ من الكتاب قوله تعالى: "وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ"<sup>(3)</sup>.

وجه الدلالة: أن الأيامي جمع الأيم و هو اسم الأنثى التي لا زوج لها لا فرق بين صغيرة أو كبيرة ثيب أو بكر؛ فتثبت الولاية عليهن جميعا إلا ما خص بدليل<sup>(4)</sup>.

دليلهم، من السنة قال عليه الصلاة و السلام: "تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكنت فهو إذنها، و إن أبت فلا جواز عليها"<sup>(5)</sup>.

وجه الدلالة أن اليتيمة تستأذن، و أن ذات الأب سواء كانت بكرا أو ثيبا لا تستأذن إلا ما أجمع عليه جمهور العلماء من استئثار الثيب البالغ<sup>(6)</sup>.

كما قاسوا الصغيرة الثيب على الصغيرة البكر إذ ليس لكلاهما إرادة معتبرة لأن الثبوبة لا تزيل الصغر<sup>(7)</sup>. دليلهم؛ من المعقول استدلووا بأن الثيب البالغة تختلف عن الثيب الصغيرة لكون شهوة هذه الأخيرة لم تنضج بعد فلا يحصل لها رأي بالثبوبة فيقام رأي الولي مقام رأيها<sup>(8)</sup>.

(1) - ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص40.

(2) - ابن رشد الحفيد: ج3، المرجع السابق، ص11. شمس الدين السرخسي: ج4، المرجع السابق، ص217. موفق الدين ابن قدامة: ج9، المرجع السابق، ص407.

(3) - سورة النور: الآية32.

(4) - علاء الدين الكاساني: ج3، المرجع السابق، ص365.

(5) - أخرجه أبو داوود: كتاب النكاح، باب في الاستئثار، حديث رقم2093. سنن أبي داوود، ج3، المرجع السابق، ص434.

(6) - ابن رشد الحفيد: ج3، المرجع السابق، ص12.

(7) - شمس الدين السرخسي: ج4، المرجع السابق، ص216.

(8) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

**القول الثاني:** ذهب الشافعية و الحنابلة في رواية إلى عدم جواز تزويج الأب الصغيرة الثيب بغير إذنها حتى تبلغ فتستأذن<sup>(1)</sup>.

دليلهم؛ من السنة: قوله عليه الصلاة و السلام: " الثيب أحق بنفسها من وليها"<sup>(2)</sup>.

وجه الدلالة: أن الثيب سواء كانت بالغة أو غير ذلك لا يجوز لوليها إجبارها على الزواج دليلهم؛ من المعقول: أن العلم بمصالح النكاح يكون عادة بعد البلوغ غير أن الثيب يتحقق لها ذلك بالتجربة و الخبرة عكس البكارة فهي دليل الجهل، و لما تحقق العلم للثيب لا تصلح الولاية لها لأنها أدرى بنفسها<sup>(3)</sup>.

**الترجيح:** أرجح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني إذ يصعب على الثيب تزويجها مرة ثانية و هي لاتزال صغيرة من قبل نفس الولي الذي قد يكون اختياره السيء أول مرة سبب فشل زواجها.

**ثانيا- قانونا:** جعل المشرع الجزائري في المادة 07 ق.أ.ج المعدلة سن الزواج تسعة عشرة سنة لكل من الرجل و المرأة<sup>(4)</sup>؛ بهذا التعديل يكون قد ساوى بين سن الزواج في قانون الأسرة و سن الرشد المدني المادة 40 ق.م.ج، كما ساوى بين الرجل و المرأة بعدما كان سن زواج هذه الأخيرة ثمانية عشرة سنة و سن زواج الرجل واحد و عشرون سنة<sup>(5)</sup>.

أعطى المشرع للقاضي<sup>(6)</sup> السلطة التقديرية في الترخيص بالزواج للرجل و المرأة اللذان لم يبلغا السن القانونية إذا رأى مصلحة أو ضرورة شريطة التأكد من قدرة الطرفين على الزواج<sup>(7)</sup>، أخذ القاضي بهذا

(1)- شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص201. موفق الدين ابن قدامة: ج9، المرجع السابق، ص407.

(2)- رواه مسلم: كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق و البكر بالسكوت، حديث رقم3476. صحيح مسلم، المرجع السابق، ص567.

(3)- علاء الدين الكاساني: ج3، المرجع السابق، ص365.

(4)-رشيد بن شويخ: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008، ص60.

(5)- أحمد شامي: قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية و نقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ب ط، 2010، ص66.

(6)- تحدد المادة من هو القاضي المختص؛ لذا اختلف الفقهاء حول هذا، ذهب بعضهم إلى أنه قاضي شؤون الأسرة لأنه أكثر دراية و خبرة من غيره، كما أنه مختص بمثل هذه المسائل الموضوعية. تشوار الجليلي: حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، محاضرة ألقيت بجامعة سيدي بلعباس، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، جزء41، رقم01، 2000، ص88. ذهب البعض الآخر إلى أنه رئيس المحكمة لأن إصدار الأوامر الولائية من اختصاصه. عيسى حداد: عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006، ب ط، عنابة، ص95. غير أنه بصدد قانون اجراءات مدنية و إدارية فصل المشرع في هذه النقطة في المادة 840 منه التي تنص على: "يقرر قاضي شؤون الأسرة ترشيده القاصر بأمر ولائي حسب الشروط المنصوص عليها قانونا.

(7)- العربي بختي: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، د م ج، الجزائر، ط1، 2013، ص25.

مساحة كبيرة على حساب الأولياء مع أنهم أحرص من غيرهم على مصالح أولادهم<sup>(1)</sup>.  
لم تنص المادة 07 على دور الولي إلا أن هذا يفهم من مبادئ قانون الأسرة ككل فالقاضي لا يمنح الرخصة إلا بناء على طلب ولي القاصر أو ممثله القانوني<sup>(2)</sup>، كما أنه يفهم من نص المادة 11 أن القاضي يصدر الإذن بالزواج ثم يتولى الولي العقد<sup>(3)</sup>.

يعاب على المشرع أنه لم يحدد الحد الأدنى لسن الزواج التي لا يجوز للقاضي النزول عنها عند منحه الترخيص القضائي<sup>(4)</sup>، لذا يستحسن تحديده بسنة أو سنتين فقط قبل بلوغ سن الزواج<sup>(5)</sup>، أغفلت المادة النص على الجزاء المترتب على مخالفة هذه السن<sup>(6)</sup>.

ذهب بعض الفقه إلى أن زواج الرجل و المرأة قبل بلوغ أحدهما أو كلاهما السن القانونية - و دون ترخيص من القاضي - باطل بطلانا مطلقا يمكن لأحد الزوجين أو النيابة العامة أو من له مصلحة الطعن فيه قبل الدخول، و يكون باطلا بطلانا نسبيا إذا تم الدخول يتم الطعن فيه من الزوجين دون غيرهما، كما تلحق كل من ساهم في انعقاد هذا الزواج عقوبات جزائية. دليلهم: المادة 223 ق.أ.ج التي تنص على: "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون"؛ بمفهوم المخالفة أحكام قانون 29 جوان 1963 لتزال سارية المفعول فيما يخص المواد التي عاجلت قواعد لم يعالجها هذا القانون إذا لم يكن فيها ما يخالفه<sup>(7)</sup>.

ذهب البعض الآخر إلى أن مخالفة شرط السن لا تؤدي إلى فسخ أو ابطال عقد الزواج، و لا يترتب عنها أي جزاء<sup>(8)</sup>.

(1) - مصطفى السباعي: المرأة بين الفقه و القانون، دار الوراق، بيروت، لبنان، ط7، 1999، ص50.

(2) - سعد عبد العزيز: المرجع السابق، ص26.

(3) - محفوظ بن صغير: أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، دار الوعي، الجزائر، ط1، 2013، ص289.

(4) - سليمان ولد خصال: الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، ط1، 2010، ص47.

(5) - حسين مهداوي: دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج و آثاره، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2010/2009، ص19.

(6) - محفوظ بن صغير: المرجع السابق، ص265.

(7) - سعد عبد العزيز: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد- أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل - دار هومة، ط3، 2011، الجزائر، ص28/27. عيسى حداد: الأهلية في قانون أسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية، معهد العلوم القانونية جامعة عنابة، العدد التاسع، 1996، ص49/48/47.

(8) - الغوثي بن ملحمة: المرجع السابق، ص31.

ذهب رأي ثالث إلى أن هذا الزواج يقع باطلا لكن ليس بتطبيق قانون 29 جوان 1963 و إنما بتطبيق القواعد العامة في قانون الأسرة؛ التي تضمنتها المواد 09، 33 بحيث نصت تباعا على أن الرضا ركن الزواج و على أنه يبطل إذا اختل ركن الرضا؛ هذا الأخير لا يكون صحيحا في غياب سن الزواج و من ثم فالتراضي لا ينتج آثاره إذا لم يكن صحيحا و لا يكون صحيحا إلا إذا صدر من شخص متمتع بأهلية الزواج أو حاصل على إذن قضائي<sup>(1)</sup>.

ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول مهم من ناحية ضرورة إيقاع جزاء على من يخالف النصوص القانونية؛ حتى لا يصبح قانون الأسرة ذو طابع أدبي، كما أن خرق المادة 07 سهل بوجود المادة 22 من نفس القانون التي تعطي فرصة لمن تزوجوا شرعا قبل بلوغ السن القانونية بتسجيل عقد الزواج بعد اكتمال أركانه لذا لا بد من وجود جزاء يردعهم، هذا الرأي و إن كان صائبا من الناحية العملية إلا أنه منتقد من الناحية القانونية كونه توسع في عملية التفسير و القياس على مواد قانونية ملغاة. الدليل نص المادة 2/2 ق.م.ج: "و قد يكون الإلغاء ضميا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم"<sup>(2)</sup>. القول الثاني منتقد أيضا؛ لأن الإلزام من أهم خصائص القاعدة القانونية، فإذا لم يتوفر الإلزام كنا بصدد قواعد المجاملات أو العادات و التقاليد. الرأي الثالث كذلك منتقد لأن المشرع نص في المادة 09 مكرر على أن الأهلية من شروط عقد الزواج فكيف نطبق عليها أحكام الفقرة الأولى من المادة 33 الخاصة ببطلان الزواج لتخلف ركنه<sup>(3)</sup>.

منحت الفقرة الثانية من المادة 07 للزوج المرخص له بالزواج أهلية التقاضي فيما يخص الآثار المترتبة عن عقد الزواج من حقوق و التزامات<sup>(4)</sup> يعاب على هذه الفقرة غموضها؛ بحيث رأى البعض أنها لم تبين

(1) - تشوار الجيلالي: حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، المرجع السابق، ص89.

(2) - تشوار الجيلالي: سن الزواج بين الإذن و الجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ج37، رقم04، 1999، ص81/82/85.

(3) - المرجع نفسه، ص86.

(4) - محفوظ بن صغير: أثر تعديل قانون الأسرة الجزائري، 05-02 في ترقية المركز القانوني للمرأة، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عباس لغرور حنشلة، العدد الأول، فيفري، 2014، ص:110.

إذا كانت أهلية التقاضي للرجل دون المرأة أو لكلاهما (1).

رَجَّح بعض الأساتذة أن مصطلح الزوج ينصرف إلى الرجل و المرأة (2) حسب القانون التونسي؛ لا يمكن إبرام عقد الزواج إذا لم يبلغ الذكر و الأنثى ثمانية عشر سنة حسب الفصل 5 م.أ.ش.ت، كاستثناء سمح هذا الفصل للزوجين إذا وجدت أسباب خطيرة أو اقتضت المصلحة الواضحة بالزواج إذا أذن القاضي لهما (3).

قيد الفصل 6 زواج القصر بموافقة الولي و الأم، غير أن الفقرة الثانية سمحت للقاضي منح الإذن بالزواج، عند رفض الولي أو الأم و تمسك القاصر به، أشار هذا الفصل إلى أن الإذن بالزواج لا يقبل الطعن فيه بأي وجه من الوجوه (4).

تهدف مجلة الأسرة التونسية إلى المساواة بين الجنسين؛ يظهر هذا من مساوات سن الزواج بين الذكر و الأنثى، كما جاءت بمكسب للمرأة التونسية إذ أصبح لها دور في زواج ابنها مماثل لدور وليه حتى و لو كانت هذه المرأة أما غير حاضنة (5).

زواج القاصر المأذون لا يرشده إلا إذا تجاوز سن السابعة عشر كاملة، يتمتع بموجب ترشيده بأهلية أداء كاملة فيما يخص حالته الشخصية و معاملاته المدنية و التجارية قبل بلوغه سن الرشد؛ هذا ما جاء به الفصل 153 (6).

ترشيد القاصر بعد زواجه فيما يتعلق بحالته الشخصية و معاملاته المدنية و التجارية مهم لكونه رب أسرة يجب أن يتحلى بالمسؤولية و يتحرر من جميع القيود (7)، أما ترشيد المرأة فمن باب مساواتها مع الرجل من جهة و من جهة ثانية أراد المشرع التونسي تجنب النقائص التي شابت القانون القديم و هذا

(1) - محفوظ بن صغير: أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 264

(2) - سعد عبد العزيز: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 26.

(3) - لم يبين الفصل 5 و 6 من هو القاضي المختص بمنح الإذن بالزواج؛ لكن الواقع التطبيقي يبين أنه رئيس المحكمة الابتدائية. ساسي بن حليلة: محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، ب ط، 2011، ص 44.

(4) - المرجع نفسه، ص 43.

(5) - المرجع نفسه، ص 61.

(6) - فريد بن جحا: المرجع السابق، ص 53.

(7) - المرجع نفسه، ص 54.

بتحرير المرأة التونسية من قيود وليها إذا رغبت في الطلاق مثلا قبل بلوغها سن الرشد المدني<sup>(1)</sup>.  
اشتراط المشرع الموريتاني في المادة 6 م.أ.ش.م توفر شرط السن لصحة الزواج<sup>(2)</sup>، الحد الأدنى لسن الزواج موحد مع سن الرشد القانوني و هو ثمانية عشر سنة حسب المادة 6 م، أ، ش.م و المادة 18 ق.إ.ع.م، كما أنه موحد بين الرجل و المرأة<sup>(3)</sup>، انفرد المشرع الموريتاني في الفقرة الثانية من المادة 6 بكون الإذن لنقص الأهلية بالزواج بيد وليه إذا توفرت المصلحة الراجحة دون حاجة لترخيص القاضي، غير أن الولي إذا رجح مصلحته في هذا الزواج على مصلحة القاصر يكون عرضة لعقوبات جزائية؛ هذا ما قضت به المادة 7 من نفس القانون<sup>(4)</sup>، إذا تزوج القاصر قبل بلوغه السن القانونية يكون زواجه باطل حسب المادة 4/1/49 من م.أ.ش.م إلا إذا أذن به وليه مسبقا أو وافق عليه لاحقا الولي أو القاضي عند اللزوم حسب المادة 8، و لم يحدد المشرع الموريتاني السن الأدنى لزواج الصغار، كما لم ينص على ترشيد القاصر<sup>(5)</sup>.

حاول المشرع الليبي الجمع بين ما جاء به الفقه الإسلامي عند اشتراطه البلوغ و التجديد بالاعتباس من القوانين المقارنة عند اشتراط السن؛ غير أنه لم يوفق في ذلك فكان عليه اختيار أحدهما دون الآخر منعا للبس، تشترط المادة 07 ق.أ.ز.ط.ل توفر أهلية الزواج التي يشترط فيها العقل و البلوغ، السن الأدنى للزواج حسب المادة 2/07 عشرون سنة، من كانت سنه أقل من هذه السن يمكن للمحكمة أن تأذن له إذا توفرت المصلحة و الضرورة و وافق وليه على الزواج<sup>(6)</sup>.

حسب الفقرة الأخيرة من هذه المادة يرشد الزوج القاصر فيما يتعلق بزواجه و آثاره.

خالف المشرع المغربي الفقه الإسلامي حينما حدد سن أدنى لصحة الزواج<sup>(7)</sup> فساوى بين الرجل

---

(1)-فريد بن جحا: المرجع السابق، ص56.

(2)- محمد الشافعي: قانون الأسرة في دول المغرب العربي، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش، ط1، 2009، ص57.

(3)- ولد الحاج سعدنا: عقد الزواج من خلال مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، مجلة الفقه و القانون، عدد19، 2014، ص308.

(4)- محمد الشافعي: المرجع السابق، ص60.

(5)- ولد الحاج سعدنا: المرجع السابق، ص309.

(6)- المرجع نفسه: ص58 و ما بعده.

(7)- عبد المجيد غميحة: موقف المجلس الأعلى من مدونة الأحوال الشخصية، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة

محمد الخامس، الرباط، ص189.

و المرأة بتحديدده بثمانية عشرة سنة (1).

هذه السن موحدة مع سن الرشد المدني حسب المادة 209 م.أ.مغ، كاستثناء أجازت المادة 20 من المدونة لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يمنح الترخيص لمن كان دون السن القانونية، بقرار معلل بتواجد المصلحة و الأسباب المبررة، على القاضي الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي و الاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي، قراره هذا غير قابل للطعن فيه (2).

اكتفى المشرع بالقيود السابقة؛ بحيث لم يحدد السن التي لا يمكن للقاضي النزول عنها، موافقة النائب الشرعي ضرورية لزواج القاصر؛ تتم هذه الموافقة بالتوقيع على طلب الإذن بالزواج و حضوره إبرام العقد، غير أن عدم موافقته يدفع القاصر إلى طلب الإذن بالزواج مباشرة إلى قاضي الأسرة المكلف بالزواج هذا الأخير يبت فيه وفق ما جاءت به المادة 20 (3)، يرشد الزوج القاصر رجلا كان أو امرأة باكتسابه حق التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات (4)، أشارت الفقرة الثانية من المادة 22 إلى أنه في حالة النزاع بين أحد الزوجين و نائبه الشرعي حول تقدير أو كيفية أداء التكاليف المالية لحياة القاصر الزوجية يرفع الأمر للمحكمة للفصل فيه (5).

**مقارنة:** الملاحظ أن قوانين الأسرة المغربية متفقة فيما بينها في تحديد سن الزواج و إن اختلفت في التفاصيل؛ بحيث خالفت فقهاء المذاهب الأربعة فلم تنص على جواز الزواج قبل البلوغ مع أن الفقهاء استدلوا على جوازه بأدلة من الكتاب و السنة و الإجماع و المعقول، كما ذهبت أبعد مما ذهب إليه ابن شبرمة و أبو بكر الأصم فلم تجز زواج البالغ و البالغة بحيث حددت سنا للزواج أبعد من سن البلوغ بعدة سنوات- باستثناء المشرع الليبي الذي نص من جهة على جواز زواج البالغ و البالغة و من جهة أخرى جعل سن الزواج عشرون سنة-، كما اتفقوا على توحيد سن الزواج بين الرجل و المرأة من باب المساواة بين الجنسين (6)، كما اتفقوا- باستثناء المشرع الليبي- على توحيد سن الزواج مع سن الرشد

(1)- المكي اقلانية: من مدونة الأحوال الشخصية المغربية إلى مدونة الأسرة، مجلة الحق، العدد13، 2008، ص113.

(2)- عبد الكريم شهبون: ج1، المرجع السابق، ص71/72.

(3)- محمد الكشور: الواضح في شرح مدونة الأسرة المغربية-الزواج-، دار الآفاق المغربية، الدار البيضاء، المغرب، ط3، 2015، ص263 .

(4)- محمد الشافعي: المرجع السابق، ص61.

(5)- عبد الكريم شهبون: المرجع السابق، ص75.

(6)- حميد الربيعي: حماية حقوق المرأة بالمغرب بين الاتفاقيات الدولية و القانون الوطني، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، ع93، 2010، ص:48.

المدني هذا لتجنب ظاهرة تزويج الأطفال، اتفقوا كذلك في الترخيص بالزواج إذا توفرت مصلحة أو ضرورة إلا أنهم اختلفوا في جزئيات هذا الترخيص، لم يحددوا الحد الأدنى للسن التي لا يجوز للقاضي الترخيص بالزواج دونها.

على خلاف المشرع الجزائري الذي لم ينص على دور الولي في الترخيص بالزواج مباشرة نص المشرع المغربي و الليبي على دور الولي بوضوح و أضاف المشرع التونسي موافقة الأم أما المشرع الموريتاني جعل الإذن بالزواج بيد الولي دون حاجة لترخيص القاضي. انفرد المشرع الموريتاني بالنص على بطلان زواج الصغار إذا تم دون إذن مسبق أو إجازة لاحقة، اشترك المشرع الجزائري و الليبي و المغربي بالنص على ترشيد القاصر فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات، و أضاف المشرع التونسي ترشيده فيما يتعلق بحالته الشخصية و معاملاته المدنية و التجارية بشرط أن يبلغ السابعة عشرة من عمره، و لم ينص المشرع الموريتاني على ترشيد القاصر مطلقا بعد زواجه.

## الفرع الثاني- تأثير عوارض الأهلية-غير السن-على الزواج:

أولا- فقها :

**1-العقل:** أجمع فقهاء المذاهب الأربعة على عدم صحة تزويج المجنون لنفسه (1).

دليلهم؛ من القياس: اعتبروا المجنون في الزواج كالصبي لأنه لا قول له فهو مولى عليه كالصغير (2).

دليلهم؛ من المعقول: في زواجهم تحقيق للنفع و درئ للضرر عنهم بصيانتهم من الزنا و جلب من يخدمهم و يساعدهم (3).

ذهبوا إلى ثبوت ولاية الإجماع في تزويج المجنون و المجنونة إذا كان جنونهما مطبقا (4).

إذا كان الجنون متقطعا؛ ذهب الشافعية إلى أنه لا يزوّج حتى يفيق و يأذن بزواجه (5).

---

(1)-عبد السميع الآبي: جواهر الإكليل، ج1، المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان، ب ط، ب ت، ص279. ابن عبدن: ج4، المرجع السابق، ص170.

شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص226. ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص40.

(2)-ادريس البهوتي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. شمس الدين السرخسي: ج4، المرجع السابق، ص226.

(3)-عبد السميع الآبي: المرجع نفسه، ص280. السرخسي: المرجع نفسه، ص228. الشربيني: المرجع نفسه، ص226. البهوتي: المرجع نفسه، ص41.

(4)-عبد السميع الآبي: المرجع نفسه، ص279. محمد أمين ابن عابدين: المرجع نفسه، ص170. شمس الدين الشربيني: المرجع نفسه، ص225. ادريس

البهوتي: المرجع نفسه، ص40.

(5)-شمس الدين الشربيني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

فَرَّقَ المالكية بين المجنون و المجنونة ؛ بالنسبة للأثنى تنتظر إفاقتها حتى تستأذن إذا كانت بالغاً ثيباً، أما الذكر يفرق بين حالتين: إذا كان مجنوناً قبل بلوغه الرشد تنتظر إفاقة بحيث لا ينعقد زواجه بغير إذنه، أما إذا طرأ عليه الجنون بعد رشده لا يجبر على النكاح إلا إذا ظهرت حاجته للنكاح بحيث يحسن من الزنا و نحوه (1).

فَرَّقَ الحنابلة بين المجنون البالغ و غيره؛ فالأخير يزوجه وليه أما الأول لا يصح تزويجه إلا بإذنه قياساً على العاقل. أما من زال عقله بمرسام أو بمرض مرجو الزوال لا يصح تزويجه إلا بإذنه قياساً على العاقل، و إذا دام به صار كالمجنون (2).

لم يفرق الحنفية بين المجنون و المجنونة و بين الجنون الأصلي و العارض بعد البلوغ، فجميعهم تثبت لهم الولاية في تزويجهم (3).

دليلهم؛ من المعقول: أن الولاية تثبت لعجز المولى عليه عن النظر بنفسه سواء كان جنونه عارضاً أو أصلياً، لإمكانية اختياره عند إفاقة لزوج غير كفى، و لإمكانية جنونه بعد إفاقة و موت زوجته بعدها فتتجدد الحاجة مرة أخرى في هذه الحالة (4).

خالف زفر رحمه الله (5) فقهاء الحنفية؛ بحيث يرى أن من طرأ عليه الجنون بعد البلوغ لا يكون لغيره ولاية التزويج عليه بحيث تثبت له الولاية على نفسه عند بلوغه.

دليله؛ من المعقول: أن النكاح عقد أبدي لا تتجدد الحاجة إليه في كل وقت على خلاف المال الذي تتجدد الحاجة إليه.

اختلف فقهاء المذاهب الأربعة فيمن له ولاية تزويج الجنون و المجنونة؛ و انقسموا إلى أربعة أقوال:

**القول الأول:** الولاية تثبت للأب ثم للوصي الذي عينه الأب ثم للقاضي على الجنون و المجنونة المطبقة و على المجنونة التي تفيق إذا كانت بكراً أو غير بالغة، أما المجنون الذي يفيق إذا كان جنونه قبل رشده

(1) - عبد السميع الآبي: المرجع السابق، ص 280.

(2) - ادريس البهوتي: ج 4، المرجع السابق، ص 41.

(3) - شمس الدين السرخسي: ج 4، المرجع السابق، ص 226.

(4) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5) - أبو الهذيل بن الهذيل بن قيس بن سلم، الفقيه المجتهد الرياني حدّث عن أبي حنيفة، ولد سنة 110 توي سنة 158. شمس الدين الذهبي: ج 8، المرجع السابق، ص 38 و ما بعدها.

لا ولاية عليه و إذا كان جنونه بعد رشده تثبت ولاية الإجماع للحاكم دون الأب أو الوصي كما يجبر الحاكم المجنون على الزواج إذا رأى فيه طريقاً لصيانته من الزنا و الضياع؛ هذا ما ذهب إليه المالكية (1).  
**القول الثاني:** يقتصر تزويج المجنون و المجنونة المطبقين على الأب ثم وصيه و الحاكم دون بقية الأولياء؛ و هو قول الحنابلة (2).

دليلهم؛ من القياس: قاسوه على من ينظر في مالهما و مصالحهما فرّقوا في الذي يفيق بين المجنون البالغ و غيره، فالأخير يزوجه وليه، أما الأول لا يصح تزويجه إلا بإذنه دليلهم؛ من القياس: قاسوه على العاقل لأنه يمكن أن يتزوج بنفسه.

أما من زال عقله ببرسام أو بمرض مرجو الزوال لا يصح تزويجه إلا بإذنه. دليلهم؛ من القياس: على العاقل، و إذا دام به صار كالمجنون (3).

اشتراط أحمد و الخرقى (4) و القاضي (5) ظهور أمارات الشهوة و الميل إلى النساء حتى يصح قبول نكاح المجنون و لو بإذن وليه لأن قوله غير معتبر فيزوجه في هذه الحالة إضافة إلى الأب الوصي و الحاكم مع عدمهما، أما المجنونة إذا ظهرت علامات الميل للرجال عليها و حاجتها لدفع ضرر الشهوة عنها يثبت لجميع الأولياء تزويجها و إذا لم يكن لها ولي زوجها الحاكم (6).

**القول الثالث:** يرى الحنفية أن الولاية ترجع للأولياء جميعاً؛ دليلهم؛ القياس على الولاية على الصغير (7).

(1)- عبد السميع الآبي: ج 1، المرجع السابق، ص 279.

(2)- ادريس البهوتي: ج 4، المرجع السابق، ص 41.

(3)- المرجع نفسه، الصفحة نفسها .

(4)- أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله البغدادي الخرقى الحنبلي، العلامة شيخ الحنابلة كان من كبار العلماء، توفي سنة 334هـ، هو صاحب مختصر في مذهب الإمام أحمد. شمس الدين الذهبي: ج 15، المرجع السابق، ص 363.

(5)- القاضي أبو يعلى محمد بن الحسين ابن محمد بن خلف بن أحمد البغدادي، الإمام العلامة صاحب التعليقة الكبرى و التصانيف المفيدة في المذهب الحنبلي، ولد سنة 380 هـ 1059م توفي سنة 458هـ 1131م، من مؤلفاته: أحكام القرآن، عيون المسائل. شمس الدين الذهبي: ج 18، المرجع نفسه، ص 89 و ما بعدها.

(6)- ادريس البهوتي: ج 4، المرجع السابق، ص 41.

(7)- شمس الدين السرخسي: ج 4، المرجع السابق، ص 226.

**القول الرابع:** الشافعية يرون أن يزوجه الأب ثم الجد ثم السلطان؛ دليلهم، من القياس: قاسوا على ولاية المال (1).

قيّد بعض الفقهاء زواج المجنون و المجنونة بضوابط أهمها:

ذهب الحنابلة إلى عدم تزويج الأب ابنه المجنون من أمة؛ و دليلهم على هذا من المعقول: أنهم لا يريدون أن يسترق ولده، و لا يزوجه بمن فيها عيب منفر كالرتقاء و الجذماء. دليلهم؛ من المعقول: أن هذه العيوب تنفر من النكاح و بالتالي قد لا يتحقق المقصد المرجو منه، و أن يزوجه بمهر المثل أو يزيد؛ دليلهم؛ من المعقول: تعذر الوصول إلى النكاح بدونه و أن بذل المال في الزواج أولى من بذله في مداواته، كما اشترط أحمد و الحرقى و القاضي ظهور أمارات الشهوة و الميل إلى النساء أو الرجال حتى يصح قبول نكاح المجنون و المجنونة؛ دليلهم: أن في هذا صيانة لهما من الفجور (2).

أما الشافعية اشترطوا في زواج المجنون الصغير و الكبير- و المجنونة كذلك- أن يحتاج للنكاح حالا نظرا لرغبته في النساء و تعلقه بهن، أو مآلا كأن يتوقع شفاؤه من الجنون باستفراغ مائه بشرط شهادة عدلين من الأطباء بذلك، أو أن لا يجد من محارمه من يخدمه فيتزوج لذلك إذا كان الزواج أخف من ثمن الجارية. و دليلهم على هذا من المعقول: جلب المصلحة له و دفع الضرر عنه، كما اشترط بعضهم عدم زواج المجنون إذا كان صغيرا؛ و دليلهم من المعقول: أن الصغير المجنون يختلف عن الصغير العاقل فهذا الأخير حاجته للزواج بعد البلوغ مؤكدة عكس المجنون لا يحتاج للزواج ما دام صغيرا و بعد بلوغه لا يعلم كيف سيكون الأمر، و على عكس الحنابلة قالوا بجواز زواج المجنون من أمة، أما زواجه من المعيبة بالبرص؛ ذهب بعضهم إلى عدم تزويجه بها و دليلهم على ذلك من المعقول: أن هذا العيب حسبهم ينافي الغبطة، و ذهب البعض الآخر إلى ثبوت الخيار له إذا أفاق.

كما ذهبوا إلى بطلان زواجه من الرتقاء و القرناء و استدلوا على هذا من المعقول بأنه "بذل مال في بضع لا ينتفع به"، كما لا يزوج المجنون عندهم من العجوز أو العمياء أو القطعاء أو الصغيرة بهرم، و كذا المجنونة لا تزوج من أعمى أو أقطع.

(1) - شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص226.

(2) - ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص40.

دليلهم؛ من المعقول: فالجنون يزوج لنيل المصلحة و لا مصلحة في هذا الزواج بل فيه ضرر عليهما<sup>(1)</sup>.

**2- الرشد:** انقسم الفقهاء حول زواج السفية إلى أربعة أقوال:

**القول الأول:** ذهب أصحابه إلى أن زواج السفية صحيح غير أنه موقوف على إذن وليه؛ هو قول المالكية.

دليلهم؛ من المعقول: نظرا لوجود تبعات مادية في عقد الزواج و هو مالا يحسن السفية النظر فيه؛ كان إذن الولي من الأهمية بمكان حتى يحفظ أموال السفية<sup>(2)</sup>.

**القول الثاني:** ذهب أصحابه إلى صحة زواج السفية؛ و هم أبي حنيفة و محمد و أبو يوسف؛ يرى أبي حنيفة أنه غير محجور عليه في جميع التصرفات. و يرى محمد و أبو يوسف أنه محجور عليه لكن في التصرفات التي تحمل النقص و الفسخ دون غيرها.

دليلهم؛ من القياس: يقيس أبي حنيفة السفية على الرشيد بحيث يرى أن السفه ليس من أسباب الحجر، أما محمد و أبو يوسف على الرغم من حجرهم على السفية إلا أنهم يحجرون عليه في التصرفات المالية و عقد الزواج لا يعتبر عقدا ماليا بالدرجة الأولى.

**القول الثالث:** اعتمد الحنابلة على معيار الحاجة الماسة للزواج؛ فإذا لم يكن السفية بحاجة إليه لم يصح زواجه إلا بإذن وليه، و إذا كانت له حاجة للزواج صح منه بغير إذن وليه غير أن السفية في الحالتين مقيد بمهر المثل<sup>(3)</sup>.

دليلهم؛ من القياس: قاسوا الزواج على الشراء لأن كلاهما تصرف يبذل فيه صاحبه المال<sup>(4)</sup>.

دليلهم؛ من المعقول: في الحالة الثانية القصد الأول من الزواج تحقيق المتعة أو الخدمة؛ فإذا كان السفية بحاجة لاحدهما أو لكلاهما ترجح مصلحته على حفظ ماله<sup>(5)</sup>.

**القول الرابع:** ذهب الشافعية إلى عدم صحة زواج السفية إلا إذا إذن له وليه و هو مقيد بمهر المثل

(1)- شمس الدين الشريبي: ج3، المرجع السابق، ص226.

(2)-الصادق الغرياني: ج3، المرجع السابق، ص659.

(3)- علاء الدين الكاساني: ج10، المرجع السابق، ص90/89.

(4)- ادريس البهوتي: ج3، المرجع السابق، ص154.

(5)- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

و بالزواج بوحدة فقط فإذا لم تعفه يمكنه الزيادة.

دليلهم؛ من المعقول: أنه محجور عليه حفاظا على ماله و في النكاح امكانية تبيده في مصاريف الزواج لذا يقيد بإذن وليه (1).

**الترجيح:** أرحح ما ذهب إليه الحنفية لأن السفية يغبن في المعاملات المالية و ليس الشخصية لذلك لا ضرر عليه في الزواج.

**3- الهزل:** اتفق الفقهاء على أن الزواج ينعقد و لو هزلا (2).

دليلهم من السنة؛ قوله عليه الصلاة و السلام: "ثلاث جدهن جد و هزلهن جد: "النكاح، و الطلاق، و الرجعة" (3).

**4- الرق:** انقسم الفقهاء حوله إلى ثلاث أقسام:

**القول الأول:** ذهب المالكية إلى صحة إجبار السيد للعبد و للأمة على الزواج إذا لم يكن في هذا ضرر لهما، كما ذهبوا إلى عدم صحة إجبار العبد أو الأمة للسيد على تزويجهما و لو تضررا من عدم الزواج (4).

**القول الثاني:** ذهب الحنابلة إلى صحة إجبار السيد للعبد الصغير- و لو مجنوننا- على الزواج، و ليس له إجبار العبد الكبير العاقل عليه.

دليلهم؛ من القياس: لأن العبد الكبير يملك الطلاق فملك الزواج حسبهم قياسا على الحر (5).

ذهب الشافعية و الحنفية إلى أن نكاح العبد باطل إذا لم يأذن له سيده (6).

دليلهم من السنة؛ قوله عليه الصلاة و السلام: " أي عبد تزوج بغير إذن سيده فهو عاهر" (7).

---

(1) - شمس الدين الشيريني: ج3، المرجع السابق، ص227.

(2) - عبد السمیع الآبي: ج1، المرجع السابق، ص288. ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص38. ابن عابدين: ج4، المرجع السابق، ص85.

(3) - أخرجه ان داود: أول كتاب الطلاق، باب الطلاق على الهزل، حديث رقم2194. سنن أبي داود، ج3، المرجع السابق، ص516 .

(4) - عبد السمیع الآبي: ج1، المرجع السابق، ص288.

(5) - ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص42.

(6) - شمس الدين الشيريني: ج3، المرجع السابق، ص230. علاء الدين الكاساني: ج3، المرجع السابق، ص230.

(7) - أخرجه الترميذي: كتاب النكاح عن رسول الله صلى الله عليه و سلم، بابا ما جاء في نكاح العبد بغير إذن سيده، حديث رقم1111. الجامع

الكبير-تحقيق معروف بشار- ج2، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1996، ص404.

وجه الدلالة: انه لا يكون عاهر إلا إذا كان زواجه باطل.

**الترجيح:** بعد عرض أقوال الفقهاء؛ أرجح ما ذهب إليه الشافعية و الحنفية لأنهم استندوا إلى دليل أقوى من أدلة المالكية و الحنابلة.

**5- المرض:** انقسم الفقهاء حوله إلى عدّة أقوال:

**القول الأول:** ذهب الحنفية و الشافعية إلى صحة زواج المريض مرض الموت، بشرط التزامه بمهر المثل في حدود ثلث ماله و سقوط ما زاد عنهما<sup>(1)</sup>.

دليلهم؛ من القياس: قاسوا النكاح على الهبة التي تجوز في مرض الموت في حدود الثلث<sup>(2)</sup>.

**القول الثاني:** لم يفرق الحنابلة بين حكم زواج المريض و زواج الصحيح من حيث صحة العقد و التوارث بين الزوجين.

دليلهم؛ من القياس: قاسوا النكاح على البيع فكلاهما عقد معاوضة؛ فإذا توافرت أركانها و شروطها كانا صحيحين<sup>(3)</sup>.

**القول الثالث:** ذهب المالكية إلى عدم جواز زواج المريض مرض الموت.

دليلهم؛ من المعقول: زواج المريض مرض الموت يترتب عنه ادخال وارث جديد و في هذا اضرار بالورثة لذا لم يجزه المالكية<sup>(4)</sup>.

**الترجيح:** أرجح ما ذهب إليه الحنفية و الشافعية؛ لأن ما ذهبوا إليه يوفق بين مصلحة الزوجين و مصلحة الورثة.

**6- الإكراه:** انقسم الفقهاء حول زواج المكره إلى قولين:

**القول الأول:** ذهب جمهور الفقهاء من المالكية و الحنابلة و الشافعية إلى عدم صحة زواج المكره؛ لأن تخلف الرضا يفسد العقد<sup>(5)</sup>.

(1)-أبي الحسن الماوردي: ج10، المرجع السابق، ص118. ابن رشد الحفيد: ج3، المرجع السابق، ص60.

(2)- ابن رشد الحفيد: ج3، المرجع السابق، ص60.

(3)- موفق الدين ابن قدامة: ج9، المرجع السابق، ص192.

(4)- ابن رشد الحفيد: ج3، المرجع السابق، ص60.

(5)- علي العدوي: حاشية العدوي، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، ط2، 1990، ص176. ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص41.

ادريس الشافعي: الأم-تحقيق فوزي عبد المطلب-، ج6، دار الوفاء، المنصورة، مصر، ط1، 2001، ص54.

دليلهم من الكتاب؛ قوله تعالى: "إِلَّا مَنْ أَكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ" (1).

وجه الدلالة: أن من كفر بالله و هو مكروه لا يعتبر كافرا، فكيف مع ما هو أدنى من الكفر كالزواج. دليلهم؛ من السنة: عن ابن عباس رضي الله عنهما أن الرسول صلى الله عليه و سلم قال: "ان الله وضع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه (2).

وجه الدلالة: أن الله لا يأخذ عباده بالأفعال التي يشوبها الخطأ أو النسيان أو الإكراه.

**القول الثاني:** ذهب الحنفية إلى صحة زواج المكره (3).

دليلهم من الكتاب؛ عموم قوله تعالى: "وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ" (4).

وجه الدلالة: أن الآية أمرت بنكاح الأيامي دون تخصيص، فيصح نكاح الأيامي بالإكراه أو بالرضا دليلهم من السنة، عموم قوله عليه الصلاة و السلام: "ثلاث جدهن جد وهزلن جد: "النكاح، و الطلاق، و الرجعة" (5).

وجه الدلالة: أن المكره يحتمل أن يكونا جاد و يحتمل أن يكون هازلا لذا يصح زواجه و يقع طلاقه و رجته.

**الترجيح:** بعد عرض أقوال الفقهاء، أرجح ما ذهب إليه الجمهور لأن أدلتهم أقوى من أدلة الحنفية، كما أنه يعمل على تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية في مجال التعاقد و يعمل على سد ذرائع الظلم (6).

## 7- الخطأ:

**القول الأول:** ذهب المالكية و الحنابلة إلى عدم صحة زواج المخطئ (7).

دليلهم؛ من المعقول: أن الإيجاب انصرف إلى واحدة معينة و القبول انصرف إلى أخرى؛ فلا يصح العقد عند عدم انصراف الإيجاب و القبول لنفس الشخص.

(1) - سورة النحل: الآية 106.

(2) - سبق تحريجه.

(3) - محمد أمين ابن عابدين: ج 4، المرجع السابق، ص 440.

(4) - سورة النور: الآية 32.

(5) - سبق تحريجه.

(6) - سعيد قاضي: رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم الإسلامية، 2010 / 2011، جامعة الجزائر، ص 48.

(7) - الخطاب الرعيبي: ج 1، المرجع السابق، ص 37. ادريس البهوتي: ج 4، المرجع السابق، ص 39.

**القول الثاني:** ذهب الحنفية و الشافعية إلى صحة زواج المخطئ<sup>(1)</sup>.

دليلهم؛ من القياس: قاسوا زواج المخطئ على زواج الهازل<sup>(2)</sup>.

**ثانيا- قانونا:**

**1-العقل:** لم ينص المشرع الجزائري صراحة على حكم زواج المجنون و المعتوه<sup>(3)</sup> و ذو الغفلة<sup>(4)</sup>.

"جميع تصرفات المجنون و المعتوه باطلة بطلانا مطلقا بما فيها عقد الزواج، لأنهما عديما التمييز فاقدان

لحرية الاختيار المواد42 ق.م.ج، 81 و 85 ق.أ.ج"<sup>(5)</sup>، كان عليه النص على جواز زواج المجنون

و المعتوه اللذان يساعد الزواج على شفائهما؛ و تعيين لجنة طبية و اجتماعية للموازنة بين مصلحتهما

و مصلحة المجتمع من هذا الزواج<sup>(6)</sup>، بشرط أن يتم بناء على طلب وليهما أو بإذن القاضي<sup>(7)</sup>.

لم ينص المشرع التونسي صراحة أو ضمنا على زواج المجنون و المعتوه و ذي الغفلة. اشترطت مدونة

الأسرة المغربية صراحة توفر العقل في المقبل على الزواج<sup>(8)</sup> و هو ما جاءت به المادة119 لذا يقع زواج

المجنون و المعتوه فاسدا غير صحيح<sup>(9)</sup>، هذا كقاعدة عامة أما الاستثناء منها جاءت به المادة23، بحيث

رأى الفقه أنها تقصد المصاب بإحدى الأمراض العقلية على اختلاف أنواعها التي يكون الزواج سببا في

الشفاء منها؛ لذا سمحت هذه المادة للقاضي بالإذن بتزويج هؤلاء مع تقييده بتقديم تقرير رسمي من

طرف طبيب أو خبير و تقديم الطرف الآخر قبوله في محضر رسمي<sup>(10)</sup>.

---

(1)- علاء الدين الكاساني: ج3، المرجع السابق، ص558. أبي اسحاق الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي-تحقيق الزجيلي محمد-، ج4، دار

القلم، دمشق، سورية، ط1، 1996، ص139.

(2)- علاء الدين الكاساني: المرجع نفسه، ص559.

(3)- الغوثي بن ملحمة: المرجع السابق، ص31.

(4)- محمد محدة: الخطبة و الزواج، المرجع السابق، ص136.

(5)- المحكمة العليا، غ، ق، خ، 1966/12/07، م.ج، 1968، العدد1، ص139 تهميش غير مباشر: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص123.

(6)- محمد محدة: المرجع السابق، ص137.

(7)- نصت الفقرة الثالثة من المادة 02 من الأمر59-274 لسنة 1959 على: " و إذا كان الرضا صادرا عن قاصر أو محجور عليه قضائيا أو قانونيا

وجب أن يكمله رضا الوصي أو القيم".

(8)- عبد الكريم شهبون: ج1، المرجع السابق، ص71.

(9)- أحمد الغميشلي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج1، مكتبة المعارف، ط2، 1987، المغرب، ص248.

(10)- محمد الأزهر: شرح مدونة الأسرة، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، المغرب، ط7، 2015، ص69.

اشترط المشرع الليبي أن يتمتع الزوجين بقواهما العقلية، بأن لا يكون أحدهما مجنوناً أو معتوهاً تحت طائلة البطلان إلا إذا كان فيه مصلحة للمجنون أو المعتوه و إذن بذلك وليه، و هو ما جاءت به المادة 8 من م.أ.ش.م<sup>(1)</sup>. اشترط المشرع الموريتاني في المادة 6 م.أ.ش.م العقل لكمال أهلية الزواج، كما نص في الفقرة الثانية على أن الولي يمكنه تزويج ناقص الأهلية إذا رأى مصلحة في ذلك.

**مقارنة:** على خلاف فقهاء المذاهب الأربعة اللذين أثبتوا ولاية الإجماع في تزويج المجنون و المجنونة و من ثم يكون زواجهم صحيح؛ نجد أن المشرع الجزائري و التونسي لم ينص أصلاً على هذه النقطة تاركاً الباب مفتوحاً أمام التأويلات بالرجوع إما إلى القواعد العامة أو إلى الفقه الإسلامي حسب المادة 222 ق.أ.ج، أما القانون التونسي فلم ينص صراحة على الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي لكن القاضي التونسي يرجع إلى الفقه الإسلامي لأن المشرع لم ينص على خلاف ذلك<sup>(2)</sup>.

أما المشرع المغربي و الموريتاني فقد اشترط توفر العقل في المقدمين على الزواج باستثناء حالة أن يكون الزواج طريقة للشفاء من هذا المرض العقلي مع تقييد هذه الحالة بقيود و التي عبر عنها المشرع الموريتاني بالمصلحة، خالف المشرع الليبي الفقه الإسلامي بحيث اشترط توفر العقل لصحة الزواج تحت طائلة البطلان.

**2-الرشد:** لم ينص المشرع الجزائري صراحة على حكم زواج السفهية لكن يفهم من ربط المادة 9 مكرر ق.أ.ج التي تنص على شروط عقد الزواج و من بينها شرط الأهلية بالمواد 81 و 85 من نفس القانون أن زواج السفهية غير صحيح<sup>(3)</sup>، لم ينص المشرع المغربي و الليبي و الموريتاني على زواج السفهية صراحة لكن يفهم من المادة 400 م.أ.مغ أن المشرع المغربي يحيل إلى المذهب المالكي و الاجتهاد الذي يراعي تحقيق قيم الإسلام و كذا المادة 2/72 ق.ز.ط.ل التي تحيل إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة، و المادة 2/6 م.أ.ش.م التي تنص على أن الولي يمكنه تزويج ناقص الأهلية إذا رأى مصلحة في ذلك أو يرجع إلى المشهور في المذهب المالكي حسب المادة 311 م.أ.ش.م الموريتانية، أما المشرع التونسي

(1)- سعدنا ولد الحاج: المرجع السابق، ص 309.

(2)- شادية عبد الاوي: خيارات المشرع التونسي في سن مجلة الأحوال الشخصية، مذكرة في الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تونس، 2008/2007، ص 85.

(3)- العربي بلحاج: المرجع السابق، ص 117

فقد ذهب في الفصل 7 إلى عدم صحة زواج المحجور عليه لسفهه إلا بعد موافقة من له النظر عليه، غلب  
المشرع التونسي المصلحة المالية على المصلحة الشخصية للسفيه؛ لذلك ذهب البعض إلى ضرورة تعديل  
هذا الفصل بتمكين السفه من اللجوء إلى القاضي لطلب الإذن بالزواج عند الاقتضاء<sup>(1)</sup>.

**مقارنة:** حسن ما فعل المشرع التونسي حينما نص صراحة دون بقية المشرعين المغاربة على حكم زواج  
المحجور عليه لسفه، إلا أنه أخذ بما جاء به المذهب المالكي و كان الأجدد الأخذ بما جاء به الحنفية  
لأن السفه محجور عليه لماله و ليس لشخصه.

**3- المرض:** لكون الزواج من تصرفات المريض غير المالية؛ يقع نافذا غير موقوف على إجازة أحد ولو  
مات من مرضه هذا<sup>(2)</sup>.

لم يبين المشرع الجزائري حكم زواج المريض مرض الموت، جاء في اجتهاد المحكمة العليا ما يلي:  
"ذلك أن القانون لم يتطرق لصحة الزوجين، فلا يعتبر مرض أحدهما عيبا في إبرام عقد الزواج"<sup>(3)</sup>.  
لم يبين المشرع التونسي و المغربي و الليبي و الموريتاني كذلك حكم زواج المريض مرض الموت.

**4- الخطأ:** لم ينص المشرع الجزائري على حكم الخطأ في الزواج، لذا يمكن الرجوع إلى القواعد العامة في  
المادتين 82، 81 ق.م.ج فيستطيع الزوج بموجبهما المطالبة بإبطال زواجه لأنه وقع في غلط في صفة  
جوهرية تخص الطرف الآخر<sup>(4)</sup>.

كما لم ينص المشرع التونسي و المغربي و الليبي و الموريتاني على حكم الخطأ في الزواج.

**5- الهزل:** لم ينص المشرعون المغاربة على حكم زواج الهازل لذا يرجع لأحكام الفقه الاسلامي حسب  
المادة 222 ق.أ.ج و المادة 72 ق.أ.ز.ط.ل و إلى الفقه المالكي حسب المادة 311 م.أ.ش.م و المادة  
400 م.أ.مغ.

**6- الإكراه:** لم ينص المشرع الجزائري على حكم زواج المكره؛ لكن بالرجوع إلى المبادئ العامة في  
القانون المدني نجد المادة 1/88 تنص على: " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان  
رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق".

(1)- بن محمود و دولة: المرجع السابق، ص70.

(2)- المحكمة العليا، غ أش، 1993/02/23، ملف رقم 88856، م.ق، 1996، العدد2، ص69. بلحاج العربي: المرجع السابق، ص117.

(3)- محمد حسين فراج: الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، ط1، ب ت، ص285.

(4)- عيسى حداد: عقد الزواج، المرجع السابق، ص77.

تطبيقا لما ذهب إليه جمهور الفقهاء و للقواعد العامة في القانون المدني؛ حكم القضاء الجزائري "ببطلان عقد الزواج بين الطرفين إذا كان هناك ظلم من الزوج يتمثل في إكراه الزوجة على الزواج منه، فيكون قد خالف الشروط الأساسية المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية"<sup>(1)</sup>.

انفردت مدونة الأسرة المغربية بعد تعديلها عن بقية القوانين المغاربية بالنص على حكم عقد الزواج الذي يحصل فيه إكراه في المادة 12<sup>(2)</sup>؛ فإن كان الإكراه هو الدافع على الزواج على المكره أن يطلب فسخ العقد قبل البناء و بعد خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه، كما له الحق بطلب التعويض حسب المادة 63<sup>(3)</sup>.

لم ينص المشرع التونسي على حكم زواج المكره لكن بالرجوع إلى الفصل 3 م.أ.ش.ت نجده ينص على أن عقد الزواج لا يتم إلا برضا الزوجين؛ بمفهوم المخالفة عقد الزواج الذي تم تحت الإكراه غير صحيح. لم ينص المشرع الليبي و الموريتاني على حكم زواج المكره. مقارنة: باستثناء المشرع المغربي لم يولي المشرعون المغاربة لزواج المكره الأهمية التي أعطاه إياها الفقه الإسلامي، وجب عليهم افراد مواد صريحة تتناول أحكام زواج الهازل و المريض و المخطئ و المكره.

(1)- نقلا عن عيسى حداد: عقد الزواج، المرجع السابق، ص67.

(2)- طه الجبوري: الإكراه على الزواج دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد15، عدد53، 2012، ص181

(3)- المكّي اقلانية: المرجع السابق، ص:130/131.

## المطلب الثاني - أثر تخلف الأهلية على فك الرابطة الزوجية:

إذا تعذرت سبل العيش بين الزوجين و وصلت الحياة بينهما إلى طريق مسدود يصبح فك الرابطة الزوجية حلا لا مفر منه، لأن الطلاق أبغض الحلال عند الله فقد قيدته الشريعة الإسلامية و كذا قوانين الأسرة المغاربية سواء كان من جانب الزوج أو من جانب الزوجة بعدة قيود؛ من أهمها الأهلية الواجب توفرها في الرجل -المطلق- أو في المرأة- طالبة فك الرابطة الزوجية- في اشتراط الأهلية حماية للشخص من نفسه و حماية لمصالح الطرف الآخر في العلاقة و كذا الأولاد و استقرار المجتمع ككل.

### الفرع الأول- الطلاق:

#### أولا-فقها:

#### 1-الصغر: انقسم الفقهاء حول وقوع طلاق الصبي إلى قولين:

**القول الأول:** ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم وقوع طلاق الصبي سواء كان يعقله أو لا يعقله<sup>(1)</sup>.  
دليلهم؛ من السنة: قوله عليه الصلاة و السلام: "رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، و عن الصغير حتى يكبر، و عن المجنون حتى يعقل، أو يفيق"<sup>(2)</sup>.  
دليلهم؛ من المعقول: إن الطلاق من التصرفات التي تؤدي بالضرر المحض في كثير من الأحيان لذلك لا يصح القيام بها إلا من كامل الأهلية<sup>(3)</sup>.  
**القول الثاني:** ذهب الحنابلة إلى صحة طلاق الصبي المميز و لو كان أقل من عشر سنين شريطة أن يعقل الطلاق و ما يترتب عليه<sup>(4)</sup>.

دليلهم؛ من السنة: عموم قوله صلى الله عليه و سلم: "إنّ الطلاق لمن أخذ بالساق"<sup>(5)</sup>.

قال كذلك: "كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه و المغلوب على عقله"<sup>(6)</sup>.

(1)- عبد السميع الآبي: ج 1، المرجع السابق، ص 341. شمس الدين السرخسي شمس الدين: ج 6، المرجع السابق، ص 57/53. شمس الدين الشريبي: ج 3، المرجع السابق، ص 368.

(2)- أخرجه ابن ماجه: كتاب الطلاق، باب طلاق الصغير و المعتوه و النائم، رقم الحديث 2041. سنن ابن ماجه، المرجع السابق، ص 658.

(3)- محفوظ بن صغير: الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الاسلامية، جامعة باتنة، 2009/2008، ص 537.

(4)- شمس الدين الشريبي: ج 4، المرجع السابق، ص 206.

(5)- أخرجه ابن ماجه: كتاب الطلاق، باب طلاق العبد، حديث رقم 2081. سنن ابن ماجه، المرجع السابق، ص 672.

(6)- أخرجه الترميذي: كتاب الطلاق و اللعان، باب ما جاء في طلاق المعتوه، حديث رقم 1191. الجامع الكبير، ج 2، المرجع السابق، ص 481.

**الترجيح:** بعد عرض آراء الفقهاء أرجح ما ذهب إليه الجمهور في عدم صحة طلاق الصبي؛ و هذا نظرا لخطورة الطلاق و ما سيترتب عليه من آثار على جميع الأطراف.

**2- العقل:** طلاق المجنون لا يقع باتفاق فقهاء المذاهب الأربعة (1).

دليلهم؛ من السنة: قوله صلى الله عليه و سلم: "رفع القلم عن ثلاثة: النائم حتى يستيقظ، و عن الصغير حتى يكبر، و عن المجنون حتى يعقل أو يفيق" (2).

دليلهم؛ من الإجماع: أجمع أهل العلم على عدم وقوع طلاق المجنون (3).

دليلهم؛ من القياس: يقاس الطلاق على البيع لأن كلاهما قول يزيل الملك لذلك يعتبر فيهما العقل (4). ذهب المالكية و الحنابلة إلى أن المجنون جنونا متقطعا إذا ذكر الطلاق الذي صدر منه أثناء جنونه بعد إفاقته يقع الطلاق منه لأن هذا دليل على كونه كان يعيي ما أصدره (5).

نظرا لانعدام أهلية الأداء لديهم؛ يشترك مع المجنون في عدم اعتبار الطلاق، النائم و المعتوه و المغمى عليه و المدهوش و المبرسم (6).

**3- الرشد:** أجمع فقهاء المذاهب الأربعة على وقوع طلاق السفیه (7).

دليلهم؛ من القياس: " أن السفیه يقع طلاقه لأنه يملك محل الطلاق كالرشيد" (8).

دليلهم؛ من المعقول: لكون السفیه لا يحسن التصرف في ماله فموضع الحجر عليه هو التصرفات المالية و ليس الطلاق (9).

---

(1)- عبد السميع الآبي: ج1، المرجع السابق، ص339. شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع نفسه، ص368. شمس الدين السرخسي: ج6، المرجع السابق، ص54. ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص206.

(2)- سبق تخريجه.

(3)- موفق الدين ابن قدامة: ج10، المرجع السابق، ص345.

(4)- ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص206.

(5)- الصادق الغرياني: ج2، المرجع السابق، ص671. ادريس البهوتي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(6)- عبد السميع الآبي: ج1، المرجع السابق، ص340. ادريس البهوتي: المرجع نفسه، ص207. شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص368.

(7)- الصادق الغرياني: ج2، المرجع السابق، ص671. موفق الدين ابن قدامة: ج10، المرجع السابق، ص350. علاء الدين الكاساني: ج10، المرجع السابق، ص90. شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص368.

(8)- موفق الدين ابن قدامة: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(9)- موفق الدين ابن قدامة: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص206.

#### 4- السكر: إن السكر على حالتين:(1)

الأولى: أن يكون غير معتد؛ كأن يشرب شيئاً مباحاً غير أن أكثره منه أدى إلى اسكاره دون قصده (2)، أو أن يُكره على شرب المسكر (3)؛ في هذه الحالة اتفق الفقهاء على عدم وقوع طلاقه (4).  
دليلهم؛ من المعقول: لا يقع طلاقه لعدم تعديه بحيث سكر بغير إرادة منه، و لكونه غير آثم على سكره لا يقع طلاقه (5).

الثانية: أن يسكر بغير عذر (6).

انقسم فقهاء المذاهب الأربعة حول طلاقه إلى قولين:

القول الأول: يرى وقوع طلاقه، و هو ما ذهب إليه جمهور أهل العلم؛ من المالكية و الحنفية و الشافعية و أبو بكر الخلال و القاضي (7).

دليلهم؛ من الكتاب: قوله تعالى: "فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ" (8).  
دليلهم؛ من السنة؛ قوله عليه الصلاة و السلام: "كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه و المغلوب على عقله" (9).

وجه الدلالة: احتج بهذا الحديث على أن طلاق السكران جائز "لأنه إيقاع للطلاق من مكلف غير مكره صادق ملكه، فوجب أن يقع كطلاق الصاحي" (10).

(1)- طارق آل سالم: الواضح في أحكام الطلاق، دار الإيمان، الاسكندرية، مصر، ب ت، 2004، ص17.

(2)- عبد الرحمان الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1999، ص252.

(3)- طارق آل سالم: المرجع السابق، ص18.

(4)- عبد السميع الآبي: ج1، المرجع السابق، ص339. شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص369. محمد أمين ابن عابدين: ج4، المرجع السابق، ص444. موفق الدين ابن قدامة: ج10، المرجع السابق، ص345.

(5)- شمس الدين الشربيني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. ابن عابدين: المرجع نفسه، ص445.

(6)- عبد الرحمان الجزيري: ج4، المرجع السابق، ص253.

(7)- عبد السميع الآبي: ج1، المرجع السابق، ص339. ابن عابدين: ج4، المرجع السابق، ص444. شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص10. موفق الدين ابن قدامة: ج10، المرجع السابق، ص346.

(8)- سورة البقرة: الآية230.

(9)- سبق تخريجه.

(10)- موفق الدين ابن قدامة: ج10، المرجع السابق، ص347.

كما أن الدليل على تكليفه أنه يقتص منه بالقتل عند قيامه بالقتل، و بالقطع عند قيامه بالسرقة و بهذا فهو كالصاحي و يفارق المجنون (1).

من المعقول: أنه ارتكب معصية نتج عنها زوال عقله لذا يقع طلاقه الصادر في هذه الحالة عقوبة له (2).

**القول الثاني:** يرى عدم وقوع طلاقه، و هو ما ذهب إليه أبو بكر عبد العزيز (3)(4).

دليلهم؛ من السنة: قول عثمان رضي الله عنه: "ليس لمجنون و لا لسكران طلاق" (5).

دليلهم؛ من القياس: لكون العقل شرط التكليف يقاس السكر على الجنون و النوم لأن السكر أيضا يزيل العقل، و لكونه يفقد صاحبه الإرادة فيقاس على المكره (6).

من المعقول: لا يعتد بالمعصية إذا كانت صلب لزوال العقل أو لا و الدليل على ذلك جواز صلاة من كسر رجله متعمدا جالسا، و سقوط صلاة النفساء و لو ضربت بطنها متعمدة لإسقاط الجنين (7).

**الترجيح:** بعد عرض القولين يرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في وقوع طلاق السكران المعتد؛ لأنهم

اعتمدوا على أدلة خاصة عكس أصحاب القول الثاني الذين اعتمدوا على أدلة عامة، كما أنه لا يعقل

أن يستفيد المعتدي المخطئ من خطئه بل لا بد من إيقاع طلاقه كردع له و ليكون عبرة لغيره.

**5-الاكراه:** انقسم فقهاء المذاهب الأربعة حول طلاق المكره إلى قولين:

**القول الأول:** يرى أن طلاقه لا يقع؛ و هو ما ذهب إليه الجمهور من المالكية و الحنابلة و الشافعية (8).

دليلهم من الكتاب؛ قوله تعالى: " إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ " (9).

(1)- موفق الدين ابن قدامة: ج10، المرجع السابق، ص347

(2)- علاء الدين الكاساني: ج3، المرجع السابق، ص213.

(3)- أبو بكر عبد العزيز بن جعفر بن أحمد بن يزيد البغدادي، الإمام العلامة الفقيه تلميذ أبي بكر الخلال، ولد سنة 285. شمس الدين الذهبي: ج16، المرجع السابق، ص143.

(4)- موفق الدين ابن قدامة: ج10، المرجع السابق، ص347.

(5)- أخرجه البخاري: باب الطلاق في الإغلاق و الكره و السكران و المجنون و أمرهما، و الغلط و النسيان في الطلاق و الشرك و غيره، صحيح البخاري: المرجع السابق، ص1106.

(6)- موفق الدين ابن قدامة: ج10، المرجع السابق، ص347.

(7)- المرجع نفسه: ص348.

(8)- ابن رشد الحفيد: ج3، المرجع السابق، ص101. موفق الدين ابن قدامة: ج10، المرجع السابق، ص350. شمس الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص381.

(9)- سورة النحل: الآية106.

وجه الدلالة: استثنى الله من نطق أو وقع في الكفر بغير إرادة منه لكونه مكرها على ذلك فيسقط عنه كفره، فينبغي أن لا يقع طلاق المكره على ذلك لأن الطلاق مهما عظم شأنه أيسر من الكفر<sup>(1)</sup>. من السنة؛ قوله عليه الصلاة والسلام: "رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"<sup>(2)</sup>. وجه الدلالة: رفع الإثم عن المخطئ والناسي والمكره يترتب عليه رفع الحكم لذا لا يقع طلاقهم. عن عائشة رضي الله عنها أن الرسول عليه الصلاة والسلام قال: "لا طلاق ولا عتاق في إغلاق"<sup>(3)</sup>. وجه الاستدلال: أن الإغلاق بمعنى الإكراه<sup>(4)</sup>، قال أبو بكر: "سألت ابن دريد فقال: يريد الإكراه؛ لأنه إذا أكره انغلق عليه رأيه"<sup>(5)</sup>.

دليلهم؛ من الإجماع: أجمع الصحابة رضوان الله عليهم على عدم وقوع طلاق المكره و لم يظهر من يخالفهم<sup>(6)</sup>.

دليلهم؛ من المعقول: الإرادة هي مناط التكليف و بانتفائها ينتفي هذا الأخير و لكون المكره لا إرادة له لا يقع طلاقه<sup>(7)</sup>.

#### القول الثاني: ذهب الحنفية إلى وقوع طلاق المكره.

دليلهم من المعقول: أن المكره كامل القصد و الاختيار لكونه عرف الشرين الطلاق و الهلاك فاختار الأهون لذا يشترك مع الهازل في الاختيار، و لا يتأثر الحكم كونه محمول أو مكره عليه<sup>(8)</sup>.

الترجيح: بعد عرض القولين يرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لكونهم استندوا إلى أدلة قوية من الكتاب و السنة و المعقول و الإجماع.

(1) - سليم عبد المنعم: الجامع في أحكام الطلاق، دار الضياء، طنطا، مصر، ب ط، ب ت، ص 129.

(2) - سبق تحريجه.

(3) - أخرجه أبي داود: كتاب الطلاق، باب في الطلاق على غلط، حديث رقم 2193. سنن أبي داود، ج 3، المرجع السابق، ص 515.

(4) - شمس الدين الشربيني: ج 3، المرجع السابق، ص 381.

(5) - موفق الدين ابن قدامة: ج 10، المرجع السابق، ص 351.

(6) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(7) - طارق آل سالم: المرجع السابق، ص 16.

(8) - ابن الهمام الحنفي: ج 3، المرجع السابق، ص 469 / 470.

## 6- الهزل :

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على وقوع طلاق الهازل (1).

دليلهم؛ من الكتاب: "وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا" (2).

دليلهم؛ من السنة؛ قوله عليه الصلاة و السلام: " ثلاثة جدهن جد و هزلهن جد الطلاق و النكاح و الرجعة" (3).

وجه الدلالة أن الطلاق و النكاح و الرجعة تشترك في أنها تخص أمر الفرج لذا جمعت في حديث واحد مع أن جميع التصرفات كالبيع و غيرها تنعقد كذلك بالهزل لأنه لا مجال للعب فيها (4).

دليلهم؛ من الإجماع: قال ابن المنذر: "أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم، على أن جدّ الطلاق و هزله سواء" (5).

## 7- الخطء:

اختلف الفقهاء حول من أخطأ في الطلاق كأن أراد قول أمر فنطق لسانه بلفظ الطلاق (6)؛ و انقسموا إلى قولين:

**القول الأول:** أن طلاق المخطئ لا يقع؛ و هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية و الحنابلة (7).

دليلهم من الكتاب؛ قوله تعالى: "وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ" (8).

من السنة؛ قوله عليه الصلاة و السلام: " إنما الأعمال بالنيات و إنما لكل امرئ ما نوى" (9).

وجه الدلالة: أن جميع أعمال المرء تنبني على النية و منها الطلاق فلا يقع إذا أخطأ فيه صاحبه بحيث

(1) - عبد السميع الآبي: ج1، المرجع السابق، ص339. علاء الدين الكاساني: ج4، المرجع السابق، ص215. موفق الدين ابن قدامة: ج10، المرجع السابق، ص373. شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص380.

(2) - سورة البقرة: الآية231.

(3) - سبق تخريجه.

(4) - شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص380.

(5) - موفق الدين ابن قدامة: ج10، المرجع السابق، ص373.

(6) - دليلة براف: المرجع السابق، ص297.

(7) - الصادق الغرياني: ج2، المرجع السابق، ص678. شمس الدين الشربيني: المرجع السابق، ص380. ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص:217.

(8) - سورة الأحزاب: الآية5.

(9) - أخرجه البخاري: كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم، حديث1، صحيح البخاري، المرجع، ص11.

لم تنصرف نيته لإيقاعه.

قوله عليه الصلاة و السلام: "إن الله وضع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكروها عليه" (1).  
وجه الدلالة: أن الإثم رفع عن المخطئ فيرفع عنه الحكم تبعاً لذلك.

**القول الثاني:** ذهب الحنفية إلى وقوع طلاق المخطئ.

دليلهم؛ من القياس: قاسوا المخطئ على الهازل بحيث يتساوى فيهما القصد و عدم القصد (2).

**الترجيح:** بعد عرض القولين يرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء؛ لأنهم اعتمدوا على أدلة قوية من الكتاب و السنة على خلاف الحنفية الذين اعتمدوا على قياس المخطئ على الهازل مع أنه قياس مع الفارق لكون الهازل قصد اللعب بالطلاق على خلاف المخطئ الذي لم يقصد.

**8- المرض:** أجمع فقهاء المذاهب الأربعة على صحة طلاقه، غير أنهم اختلفوا في التوارث بينهما إذا توفي بعد مرضه هذا.

فرّق المالكية بين من أثر المرض في عقله فهدى ثم إذا أفاق أنكر ما صدر منه و بين من لم يَأثر في عقله؛ لا يقع الطلاق من الأول قياساً على المجنون و يقع طلاق الثاني (3)، ترثه زوجته سواء كانت في العدة أو بعدها بل ترثه حتى إذا تزوجت (4).

ذهب الشافعية إلى صحة طلاق المريض (5) في حالة مرض الموت يتوارث الزوجان في العدة إذا كان طلاق رجعي لأن رابطة الزوجية لتزال قائمة، و لا توارث بينهما في الطلاق البائن لزوال رابطة الزوجية (6).

كما يقع طلاق المريض عند الحنفية، دليلهم؛ من المعقول: أن المرض لا ينافي أهلية الطلاق (7)،

---

(1)- سبق تحريجه.

(2)- علاء الدين الكاساني: ج4، المرجع السابق، ص215/215.

(3)- عرفة الدسوقي: ج2، المرجع السابق، ص367.

(4)- ابن رشد الحفيد: ج3، المرجع السابق، ص103/102.

(5)- شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص368.

(6)- المرجع نفسه، ص388.

(7)- علاء الدين الكاساني: ج4، المرجع السابق، ص215.

ترثه الزوجة إذا توفي و هي في العدة (1).

دليلهم؛ من سد الذرائع: أن في هذا رفع للضرر الذي قصد الزوج إيقاعه عند طلاقها بعد انتهاء عدتها حتى يحرمها من الميراث (2).

يقع الطلاق عند الحنابلة؛ فرقوا بين المرض العادي و المرض المخوف؛ أما الأول: ترث الزوجة منه مادامت في عدة الطلاق الرجعي. دليلهم؛ من المعقول: أنها لتزال زوجته و يمكنه ارجاعه دون تجديد الرضا و الولي و الصداق و الشهود، أما المرض المخوف فترثه ان مات في عدتها مطلقا (3).

**9- الرق:** ذهب المالكية إلى أن السيد يتولى طلاق العبد لكن لا يصح منه إلا أذن العبد بذلك (4).

ذهب الحنابلة إلى صحة طلاق العبد حتى دون إذن سيده؛ دليلهم من المعقول: أن الطلاق لا يتعلق بالمال (5) (6) (7).

---

(1) - شمس الدين السرخسي: ج6، المرجع السابق، ص154.

(2) - ابن الهمام الحنفي: ج4، المرجع السابق، ص130.

(3) - موفق الدين ابن قدامة: ج9، المرجع السابق، ص194/195.

(4) - عرفة الدسوقي: ج2، المرجع السابق، ص366.

(5) - ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص206.

(6) - الإيلاء: قاس الفقهاء الإيلاء على الطلاق فكل من صح طلاقه صح الإيلاء منه؛ لذا يبطل إيلاء الصبي و المجنون و المعتوه و النائم و المريض، غير أن الحنابلة يرون أن إيلاء الصبي صحيح إذا كان مميزا. كما أجمعوا على صحة إيلاء السكران المعتدي بسكره. دليلهم؛ القياس على طلاقه. الباجي: ج5، المرجع السابق، ص231. شمس الدين السرخسي: ج7، المرجع السابق، ص30/29. الشرييني: ج3، المرجع السابق، ص449. البهوتي: المرجع نفسه، ص314.

الزوجة: ذهب الحنابلة إلى صحة الإيلاء على الزوجة؛ سواء كانت صغيرة أو كبيرة، عاقلة أو مجنونة، حرة أو أمة. كما أشاروا إلى عدم قبول دعوى الزوجة إلا بعد تكليفها. البهوتي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها .

(7) -الظهار: انطلاقا من قاعدة كل من صح طلاقه صح ظهاره؛ اشترط فقهاء المذاهب الأربعة في المظاهر التكليف؛ فلا يقع ظهار الصبي؛ إلا أن الحنابلة يرون صحة ظهاره إذا كان مميز لصحة طلاقه، و ذهب موفق (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة بن مقدم بن نصر المقدسي الجماعيلي ثم الدمشقي الصالح، الشيخ الإمام القدوة العلامة المجتهد، ولد بجماعيل بنابلس سنة 541هـ 1146م و توفي سنة 620هـ 1223م، من مصنفاته: المغني و الكافي. الذهبي شمس الدين، ج22، المرجع السابق، ص165) إلى أن ظهار الصبي و لو كان مميز لا يصح. كما لا يصح طلاق المجنون و المعتوه و المعنى عليه و النائم. ذهب المالكية و الحنابلة و الشافعية إلى عدم صحة ظهار المكره، غير أن الحنفية يرون أن ظهار المكره لازم. أجمع فقهاء المذاهب الأربعة على أن ظهار السكران لازم. الباجي: المرجع نفسه، ص255. البهوتي: المرجع نفسه، ص323 و ما بعدها. السرخسي شمس الدين: ج6، المرجع السابق، ص233. الشرييني: المرجع نفسه، ص462 .

يصح الظهار على الزوجة سواء كانت صغيرة أو كبيرة، أو مريضة. حائض أو نفساء. حرة أو أمة. الباجي: المرجع نفسه، ص254. شمس الدين السرخسي: المرجع نفسه، ص231، شمس الدين الشرييني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. البهوتي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

## ثانيا- قانونا:

يقع الطلاق حسب المادة 48 ق.أ.ج بإرادة الزوج؛ لذا يجب أن تتوفر فيه عدّة شروط ليكون أهلا لإيقاعه.

**العقل:** لم ينص المشرع الجزائري على طلاق المجنون و المعتوه و السفيه بطريقة مباشرة، لكن بالرجوع للمبادئ العامة نجد المادة 85 ق.أ.ج باللغة الفرنسية جعلتهم عديمي الأهلية تصرفاتهم باطلة بطلانا مطلقا، و من ثم طلاقهم-الذي يحتاج لكمال الادراك- باطل لا يرتب أي أثر قانوني<sup>(1)</sup>.

أما السفيه فإن المساوات بين طلاقه و طلاق المجنون و المعتوه غير دقيقة؛ لأنه كامل الادراك يسيء التصرف في ماله لذا من العدل ابطال تصرفاته المالية دون الشخصية<sup>(2)</sup> (3).

يرى بعض الفقه إلى وجوب نص المشرع الجزائري على عدم وقوع طلاق السفيه؛ لأن المحافظة على حياة السفيه الشخصية لا تقل أهمية عن حماية أمواله، كما أن أموال السفيه تضرر من تبعات الطلاق المادية<sup>(4)</sup>.

**السن:** حدد المشرع سن الزواج بتسعة عشرة سنة لذا لا حاجة لتحديد سن الطلاق، لم يوضح المشرع الجزائري مسألة المرخص له بالزواج؛ لأن الفقرة الأخيرة من المادة 07 رشدت القاصر فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و واجبات كالنفقة، الحضانة... وغيرها، أما الطلاق فهو طريقة من طرق فك الرابطة الزوجية.

نصت المادة 437 قانون اجراءات مدنية و ادارية<sup>(5)</sup> (ق.إ.م.إ) على الجانب الاجرائي؛ بحيث ينوب ولي أو مقدم ناقص الأهلية عنه في تقديم طلب الطلاق باسمه، أما الجانب الموضوعي يرجع فيه إلى الفقه الاسلامي بموجب المادة 222<sup>(6)</sup>.

(1)- الفتاح تقيّة: الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006/2007، ص 27 / 28.

(2)- كما أنه في تصرفاته المالية ناقص الأهلية و ليس عديمها حسب المادة 43 ق.م.ج.

(3)- نعيمة تبودوش: الطلاق و توابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1999/2000، ص 47.

(4)- عبد الفتاح تقيّة: الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 33.

(5)- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

(6)- سليمان ولد خصال: المرجع السابق، ص 116.

**مرض الموت:** لم ينص المشرع على طلاق المريض مرض الموت، لذا يرجع في طلاقه للفقهاء الإسلاميين بموجب المادة 222 ق.أ.ج (1).

**السكر:** لم ينص المشرع الجزائري على طلاق السكران-بالكحول أو الحشيش- لذا نرجع إلى أحكام الفقه الإسلامي بموجب المادة 222 ق.أ.ج (2)، يرى بعض الفقهاء امكانية تطبيق أحكام المادة 85 ق.أ.ج على طلاق السكران؛ قياسا على المجنون لأن كلاهما كان غير متمتع بقواه العقلية عند تلفظه بالطلاق ففي هذا حماية لزوجته و لعائلته (3).

**الاكراه:** لم ينص المشرع الجزائري على طلاق المكره بطريقة مباشرة، لكن يفهم من نص المادة 48 ق.أ.ج أن لإرادة الزوج اعتبار في وقوع طلاقه؛ فمن كانت إرادته ناقصة أو معدومة لا يقع طلاقه (4).  
لم ينص المشرع المغربي صراحة على شرط السن فهو أمر مفروغ منه لأن السن من شروط عقد الزواج، أما من تزوج في إطار المادتين 20 و 21 م.أ.مغ فلم تذكر المدونة حالة طلاقه قبل بلوغه سن الرشد إلا أن الفقه اعتبر الطلاق يدخل ضمن المادة 1/22 التي تكسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات (5)، كما لم ينص صراحة على عدم وقوع طلاق المجنون و المعتوه لأن القواعد العامة في المدونة تغني عن إعادة النص على هذا، و يفهم من القواعد العامة خاصة المادة 217 م.أ.مغ أن المجنون إذا أوقع طلاقه في حالة إفاقة كان صحيحا، نصت المادة 90 م.أ.مغ على طلاق السكران سكرًا عاديًا يقع أما السكران سكرًا طافحًا لا يقع، كما نصت على أن طلاق المكره و الغضبان لا يقع إذا كان مطبقًا (6).

كما ينص المشرع المغربي على طلاق الهازل و المريض مرض الموت لذا يرجع إلى المذهب المالكي (7).

(1)- عبد الفتاح تقيّة: عوارض الطلاق بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، عدد 02، 2008، ص226.

(2)- عبد الفتاح تقيّة: قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه و التشريع و القضاء، منشورات ثالة، الجزائر، ب ط، 2011، ص20 .

(3)- العربي بخي: المرجع السابق، ص115.

(4)- عبد الفتاح تقيّة: الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص28.

(5)- محمد الكشور : الواضح في شرح مدونة الأسرة-الطلاق-، دار النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط3، 2015، ص38.

(6)- المرجع نفسه، ص39 و ما بعدها.

(7)- المرجع نفسه، ص50/46.

اشترط المشرع الموريتاني في المادة 85 ق.أ.ش.م على البلوغ و العقل و عدم الإكراه حتى يأخذ القاضي الطلاق الذي يصرح به الزوج بعين الاعتبار<sup>(1)</sup> اشترط المشرع الليبي في المادة 32 ق.ز.ط.ل في المطلق البلوغ و العقل و عدم الإكراه، لذا لا يقع حسبها طلاق الصبي و المجنون و المعتوه و المكره و فاقد التمييز.

لم ينص المشرع التونسي على أهلية المطلق لذا يرجع إلى القواعد العامة في مجلة الأحوال الشخصية.

**مقارنة:** على خلاف فقهاء الشريعة الإسلامية لم يفصل المشرعون المغاربة كثيرا في أهلية المطلق لأن أحكامها مفروغ منها سيما أن أغلب هذه الشروط قد سبق ذكرها في أهلية الزواج و لا طلاق دون زواج، أما تلك المنفصلة عن أهلية الزواج كطلاق السكران و المكره و الهازل و المخطئ و المريض مرض الموت - باستثناء المشرع المغربي الذي ذكر بعضها - فلم يتم ذكرها اعتمادا على المواد التي تحيلنا إلى الفقه الإسلامي.

---

(1) - محمد الشافعي: المرجع السابق، ص 102.

## الفرع الثاني - الخلع:

يشترط في طريقي الخلع أن يكونا أهلا للتصرف؛ يجب أن تكون الزوجة أهلا للتصرف المالي لأنها ستلتزم بالعوض، و يجب أن يكون الزوج أهلا للطلاق (1).

### أولاً - فقها: الزوجة

أجمع فقهاء المذاهب الأربعة على أن الرشيدة تخالع عن نفسها (2).

انقسموا حول غيرها كما يلي:

المالكية: ذهبوا إلى أن خلع الصغيرة و السفهية و ذات الرق لا يجوز و لا يصح العوض منهن و إذا قبضه الزوج عليه أن يرده، و يصح الخلع و يلزم العوض إذا أذن الولي أو السيد فيه (3).

روى ابن القاسم عن مالك: أن الأب فقط يخالع عن ابنته و ليس للوصي ذلك؛ دليله من المعقول: "أن من لا يملك الإيجاب بنفسه، لا يملك الخلع كالولي الذي ليس بوصي" (4).

روى ابن نافع (5) عن مالك: أن الوصي يخالع عن اليتيمة.

دليلهم؛ من المعقول: "أنه ولي يحجب سائر الأولياء حال البكارة؛ كالأب" (6).

روى ابن الحكم (7) عن مالك أنه يجوز خلع المريضة مرض الموت إذا كان بدل الخلع بقدر ميراث الزوج و ما كان أكثر عليه رده و إذا كان أقل له الأقل.

دليله؛ من القياس: أن مرض أحد الزوجين لا يمنع وقوع الطلاق فلا يمنع وقوع الخلع لأن كلاهما يشترك في إزالة الملك (8).

(1) - عبد الرحمان الجزيري: ج4، المرجع السابق، ص352.

(2) - ابن رشد الحفيد: ج3، المرجع السابق، ص87. ادريس البهوتي: ج3، المرجع السابق، ص188. أبي أحمد العيني: ج5، المرجع السابق، ص300. ابن الهمام الحنفي: ج4، المرجع السابق، ص112.

(3) - عبد السميع الآبي: ج1، المرجع السابق، ص348.

(4) - أبي الوليد الباجي: ج5، المرجع السابق، ص309.

(5) - عبد الله بن نافع الصائغ: من كبار علماء المدينة، ولد سنة 120هـ. شمس الدين الذهبي: ج10، المرجع السابق، ص371.

(6) - أبي الوليد الباجي: ج5، المرجع السابق، ص309.

(7) - ابن أعين بن ليث أبو محمد المصري المالكي المشهور عبد الله بن عبد الحكم، الإمام الفقيه مفتي الديار المصرية صاحب الإمام مالك، ولد سنة 155هـ توفي سنة 214هـ، من مصنفاته: الأموال و كتاب مناقب عمر بن عبد العزيز. شمس الدين الذهبي: ج10، المرجع السابق، ص220 و ما بعدها.

(8) - أبي الوليد الباجي: ج5، المرجع السابق، ص310.

روى ابن المواز<sup>(1)</sup> عن مالك عدم جواز خلع المريضة؛ دليhle من المعقول: أن الزوج عاوض زوجته المريضة على ما لا تملكه لأنها لا تملك تسيير مالها أثناء مرضها<sup>(2)</sup>.

**الترجيح:** أرجح ما ذهب إليه ابن عبد الحكم؛ كونه استند الى دليل أقوى من دليل ابن المواز. الحنابلة: ذهبوا إلى أن خلع الصغيرة و المجنونة و السفية لا يجوز و لا يصح منهن العوض، و لا يجوز هذا من الأب و غيره من الأولياء أو السيد؛ لأن فيه اخراج من مالها و في هذا ضرر لها<sup>(3)</sup>.

لا يصح خلع الأمة دون اذن سيدها؛ لأنها غير مؤهلة لذلك، و لا يصح منها بدل الخلع لأنه بمثابة التبرع، و يصح خلعها إذا اذن لها السيد و يلتزم هذا الأخير بالبدل<sup>(4)</sup>.

إذا تخالع الزوج و الزوجة بلفظ الطلاق أو نيته و كانا هازلين صح الطلاق منهما، و إذا تخالعا بغير لفظ الطلاق أو نيته و كانا هازلين؛ لا يصح خلعهما<sup>(5)</sup>.

الشافعية: ذهبوا إلى عدم جواز خلع الصغيرة و المجنونة<sup>(6)</sup>.

أما السفية فيصح خلعها و بدله؛ فيقع عليها طلاق بائن إذا كان قبل الدخول، و إذا كان بعد الدخول فيقع به طلاق رجعي<sup>(7)</sup>.

بالنسبة للمريضة مرض الموت فخلعها صحيح؛ أما بدل الخلع فيصح دون تبرع؛ إذا كان قدر مهرها أو أقل أما إذا زاد عنه فلا يصح إلا في حدود الثلث قياسا على الوصية للأجنبي.

الأمة فيها حالتين: أولها؛ إذا اختلعت بغير إذن سيدها بدين في ذمتها أو عين مال سيدها أو عين مال أجنبي أو عين غير مملوكة؛ بانت في جميع الأحوال، و للزوج في ذمتها مهر المثل عينا أو ما قيمته.

(1)- أبو عبد الله محمد بن ابراهيم الاسكندراني المالكي المشهور بابن المواز، العلامة فقيه الديار المصرية صاحب التصانيف، توفي سنة 269هـ. شمس الدين الذهبي: ج13، المرجع السابق، ص6.

(2)- أبي الوليد الباجي: ج5، المرجع السابق، ص310.

(3)- ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص188.

(4)- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5)- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(6)- شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص349.

(7)- المرجع نفسه، ص350.

ثانيها إذا اختلعت بإذن سيدها بمال عينه أو قدره لها؛ تبين و يلزمه ما عينه من ماله (1).  
الحنفية: ذهبوا إلى أن خلع المجنونة باطل (2).

خلع الصغيرة إذا كانت مميزة من زوجها الكبير صحيح، لكن لا يصح له أخذ بدل الخلع منها (3).  
دليلهم؛ من المعقول: يرى الحنفية أن الخلع عقد رضائي بمنزلة الطلاق بعوض لذا يقع خلع الصغيرة المميزة عندهم لأن ولاية إيقاع الطلاق للزوج فإذا كان أهلا للطلاق وقع الخلع (4).  
لذا لا يصح الخلع من الصغيرة غير المميزة (5)، أما الزوجة فلها ولاية التزام العوض لذا لا يصح منها لأن فيه افقار لها (6).

يصح للأب أن يخالع ابنته الصغيرة؛ إذا خالعتها من مالها لا يلزمها بدل الخلع، و إذا خالعتها و ضمن البديل لزمه هو؛ إذا كانت غير مدخول بها و خالعتها على صداقتها فان هذا باطل لأن فيه افقار لها إلا اذا التزم الأب بضمان بدل الخلع، فتأخذ الصغيرة من زوجها نصف صداقتها كما لو طلقها قبل الدخول ثم يرجع الزوج على الأب. و إذا كانت مدخول بها لها الحق في جميع صداقتها و لا يصح منها بدل الخلع إلا إذا ضمنه الأب للزوج من ماله (7).

دليلهم؛ من المعقول: لكون الخلع عندهم طلاق معلق فإذا وجد المعلق عليه و هو الأب يقع الخلع، أما بدل الخلع لا يصح من مال الصغيرة لأن فيه افقار لها و ليست أهلا لذلك (8).

خلع السفهية لنفسها صحيح لكن لا تدفع بدل الخلع من مالها، إذا خالعتها الأب و ضمن المال

(1) - شمس الدين الشيريني : المرجع السابق ، ص:349 و350.

(2) - الصابوني: المرجع السابق، ص:562.

(3) - شمس الدين السرخسي: ج6، المرجع السابق، ص:178 .

(4) - فالخلع يختلف عن الطلاق في أن عبارة الزوج معلقة على قبول الزوجة لذا يصح خلع الصغيرة المميزة من زوجها الكبير لأنه وقع من كامل الأهلية و القبول من الصغيرة المميزة بحيث يشترط في القبول التمييز لاكمال الأهلية.

(5) - عبد العال الطهطاوي: تنبيه الأبرار بأحكام الخلع و الطلاق و الظهار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2003، ص:33. السرخسي: ج6، المرجع السابق، ص:173.

(6) - شمس الدين السرخسي: المرجع نفسه، ص:178.

(7) - المرجع نفسه، ص:179.

(8) - عبد العال الطهطاوي: المرجع السابق، ص45.

صح خلعها و بدل الخلع و إذا لم يضمه لا يصح خلعها لها<sup>(1)</sup>.

خلع الأمة فيه حالتين: أولاً؛ إذا اختلعت بغير إذن سيدها يصح خلعها، أما بدل الخلع فلا تلتزم به

إلا بعد عتقها، ثانياً؛ إذا اختلعت و إذن لها سيدها بذلك يصح خلعها و يلتزم السيد ببذل الخلع<sup>(2)</sup>.

المريضة مرض الموت: يصح خلعها و يلزمها بدل الخلع إذا كان في حدود الثلث؛ إذا كانت مدخولاً بها

و ماتت في العدة يحسب للزوج بدل الخلع مع الميراث و يأخذ أقل من الثلث و إذا ماتت بعد العدة لا

يحسب الميراث لأنها بانة منه، أما إذا لم تكن مدخولاً بها يحسب مباشرة بدل الخلع دون الميراث لأنها

تبين منه دون عدة، دليلهم من المعقول: أن بدل الخلع تبرع و ليس لها التبرع بما يزيد عن الثلث<sup>(3)</sup>.

**ثانياً- الزوج:** تنطبق على الزوج قاعدة أن: "كل من صح طلاقه صح خلعها"<sup>(4)</sup>.

انقسم الفقهاء حول الأهلية الواجب توفرها في المختلع كما يلي:

ذهب المالكية إلى اشتراط التكليف فلا يصح خلع الصبي و المجنون و يصح أن يخالع عنهما الأب و

الوصي<sup>(5)</sup>، لا يجوز أن يخالع عن السفية ولي أو وصي لأن خلعها لنفسه صحيح<sup>(6)</sup>، بشرط أن يكون

بدل الخلع يساوي بدل خلع غيره، يسلم المال إلى وليه<sup>(7)</sup>.

إذا كان الزوج مريضاً مرض الموت و خالع زوجته يقع الخلع لأن المرض لا يمنع وقوعه<sup>(8)</sup>.

ذهب الحنابلة إلى أن الزوج سواء كان بالغاً أو مميزاً يعقل الخلع رشيداً أو سفياً، حراً أو عبداً يصح

خلعها لأن الطلاق يصح منه<sup>(9)</sup>، يشترط في قبض الزوج لبذل الخلع أن يكون مكلفاً رشيداً، إذا كان

مجنوناً عليه لصغر أو سفه يسلم البذل لوليه و العبد يسلم لسيده.

دليلهم من المعقول: إذا صح طلاقه بغير عوض فمن باب أولى أن يصح بالعوض<sup>(10)</sup>.

(1)- عبد الرحمان الجزيري: ج4، المرجع السابق، ص353.

(2)- شمس الدين السرخسي: ج6، المرجع السابق، ص178.

(3)- عبد الرحمان الجزيري: ج4، المرجع السابق، ص345.

(4)- عامر الزبياري: احكام الخلع في الشريعة الاسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ب ط، ب ت، ص93.

(5)- أبي الوليد الباجي: ج5، المرجع السابق، ص309.

(6)- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(7)- عبد الرحمان الجزيري: المرجع السابق، ص345.

(8)- أبي الوليد الباجي: ج5، المرجع السابق، ص309.

(9)- ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص189.

(10)- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

يشترط الشافعية في الزوج أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً فلا يصح من صبي أو مجنون أو مكروه<sup>(1)</sup>.  
دليلهم؛ من القياس: قاسوا المتخالع على المطلق لذا فالزوج ركن لا شرط فلا يصح خلع هؤلاء كما لا  
يصح طلاقهم.

كما الطلاق يصح خلع العبد و السفية؛ سواء بإذن أو بدونه، و سواء بمهر المثل أو أقل، يسلم  
بدل الخلع إلى سيد العبد باستثناء المكاتب تسلم أمواله إليه - و إلى ولي السفية كجميع أموالهما.  
دليلهم؛ من المعقول: ما دام يصح طلاقهم بغير عوض فمن باب أولى أن يصح خلعهم مع العوض<sup>(2)</sup>.  
يشترط الحنفية أن يكون الزوج ذا أهلية حتى يصح خلعه<sup>(3)</sup>؛ لذا خلع الصبي و المجنون و المعتوه و المغمى  
عليه من مرض باطل<sup>(4)</sup>.

دليلهم؛ من المعقول: "أن قصدهم غير معتبر شرعاً خاصة فيما يضرهم"<sup>(5)</sup>.  
كما أن خلع وليهم باطل، لأن الولاية تكون فيما فيه مصلحة لهم و ليس العكس<sup>(6)</sup>.  
خلع السفية صحيح لأنه غير محجور عليه عند أبي حنيفة<sup>(7)</sup>.

خلع السكران صحيح عند الحنفية.  
دليلهم؛ من الكتاب قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرُؤُوا الصَّلَاةَ وَ أَنْتُمْ سُكَارَىٰ"<sup>(8)</sup>.  
هذه الآية دليل على أنه مخاطب في حال سكره.  
دليلهم؛ من المعقول: السكر معصية لذا لا يستحق العاصي التخفيف بسبب معصيته<sup>(9)</sup>.  
خلع المكروه صحيح قياساً على طلاقه و عتاقه<sup>(10)</sup>.

---

(1) - شمس الدين الشربيني: المرجع السابق، ص 348.  
(2) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.  
(3) - محمد أمين ابن عابدين: ج 5، المرجع السابق، ص 88.  
(4) - شمس الدين السرخسي: ج 6، المرجع السابق، ص 178.  
(5) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.  
(6) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.  
(7) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.  
(8) - سورة النساء: الآية 43.  
(9) - شمس الدين السرخسي: ج 6، المرجع السابق، ص 176.  
(10) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

ثانيا- قانونا: لم ينص المشرع الجزائري في المادة 54 ق.أ على الأهلية الواجب توافرها في المخالع و المختلعة<sup>(1)</sup>؛ يمكن استخلاص بعض الشروط بربط مواد قانون الأسرة ببعضها، و بقية الشروط يرجع فيها لأحكام الفقه الإسلامي بموجب المادة 222 ق.أ.ج<sup>(2)</sup>.

الزوجة: يشترط فيها أهلية التبرع المنصوص عليها في المادة 203 ق.أ.ج: "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغ تسع عشرة 19 سنة و غير محجور عليه"؛ لأنها ستلتزم بدفع بدل الخلع، يشترط لصحة الخلع و الالتزام بالمال؛ بلوغ الزوجة تسعة عشر سنة و عدم اصابتها بالجنون أو العته و عدم الحجر عليها<sup>(3)</sup>.

لم يتكلم المشرع على خلع المرأة المرخص لها بالزواج؛ ذهب البعض إلى تطبيق أحكام الفقرة الثانية من المادة 07 ق.أ.ج<sup>(4)</sup>.

هذا غير صحيح لكون هذه الفقرة تتعلق بترشيد الزوج القاصر فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات و ليس فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع.

فصلت المادة 437 ق.إ.م.إ في المسألة؛ حيث نصت على: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب باسمه، من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة..." فإذا كانت الزوجة مرخصا لها بالزواج لصغر سنها أو إذا كانت مجنونة أو معتوهة، أو محجور عليها يرفع وليها أو مقدمها باسمها دعوى الخلع<sup>(5)</sup>.

لم ينص المشرع الجزائري على خلع المريضة مرض الموت<sup>(6)</sup>؛ بربط مواد قانون الأسرة ببعضها نجد أن خلعها صحيح لأنها راشدة عاقلة، أما بدل الخلع فيلزمها في حدود الثلث و ما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة، حسب المادة 204 التي تنص على: "الهبة في مرض الموت و الأمراض و الحالات

(1) - سليم سعدي: الخلع بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ب ت، ص 22 / 23.

(2) - أحمد شامي: المرجع السابق، ص 227.

(3) - حسين بن الشيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، دار هومة، الجزائر، ب ط، 2013، ص 154.

(4) - أمينة بن جناحي: دور القاضي في الخلع دراسة في الفقه و القانون و الاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، 2014، ص 45.

(5) - حسين بن الشيخ آث ملويا: المرجع السابق، ص 155.

(6) - عائشة عمران: مدى حرية الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع في التشريع الجزائري مقارنة مع أبرز التشريعات العربية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2008/2007، ص 71.

المخيفة تعتبر وصية" تحيلنا إلى المادة 185: "تكون الوصية في حدود الثلث و ما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة" (1).

الزوج: لكون المشرع حدد سن الزواج في المادة 7 بتسعة عشرة سنة، فلا حاجة لإعادة تحديد السن الواجب توفرها في المخالغ لزوجته، يؤخذ على المشرع أنه أغفل حالة الرجل المرخص له بالزواج بموجب الفقرة الثانية من المادة 07.

كما يستخلص من نص المادة 85 باللغة الفرنسية أن خلع المجنون و المعتوه و السفية باطل (2).  
ذهب بعض الفقه أن خلع السفية صحيح لكن يُدفع بدل الخلع لوليه (3).

لم ينص المشرع التونسي في الفصل 31 م.أ.ت الذي يتضمن طرق الطلاق على الخلع و بالتالي لم ينص على الشروط الواجب توفرها في المختلعة أو المخالغ، فيتم الطلاق بحكم إما بتراضي الزوجين أو للضرر أو بناء على رغبة الزوج أو مطالبة الزوجة به؛ فسّر التطبيق القضائي السائد في تونس العبارة الأخيرة أن الزوجة لها حق في حل عقدة النكاح بإرادة منفردة دون تمييز بينها و بين الزوج (4).

نصت المادة 116 و المادة 117 م.أ.مغ على أن الرشيدة تخالغ عن نفسها، أما غير الرشيدة و المكروهة إذا خولعتا يقع الخلع في كلتا الحالتين صحيحا لكن تشترط موافقة النائب الشرعي حتى تلتزم الرشيدة ببذل الخلع و تستطيع المكروهة استجاع أموالها إذا أثبتت وقوع الإكراه عليها (5).

يقع الخلع في القانون الليبي بإرادة الزوجين لذا اشترطت المادة 48 ق.ز.ط.ل لصحة الخلع توفر أهلية إيقاع الطلاق في الزوج و توفر أهلية التبرع في الزوجة فهي تحيلنا بهذا إلى المادة 32 من نفس القانون الذي ذكرت الأهلية الواجب توفرها في الزوج المطلق (6).

نص المشرع الموريتاني على الأهلية الواجب توفرها في الرجل و المرأة لإيقاع الخلع؛ فنص في المادة 93 على وقوع خلع الصغيرة و السفية لكنهما لا يلتزمان بدفع بدل الخلع، كما نص في

(1)- أحمد شامي: المرجع السابق، ص 229.

(2)- أمينة بن جناحي: المرجع السابق، ص 44.

(3)- الحسين بن الشيخ آث ملويا: المرجع السابق، ص 121.

(4)- سامية دولة و فاطمة الزهراء بن محود: المرجع السابق، ص 140.

(5)- ادريس الفاحوري: واقع الطلاق الخلعي بالمغرب-المنطقة الشرقية نموذجاً-، المجلة المغربية للاقتصاد و القانون، العدد الثامن، 2003، ص 36.

(6)- محمد الشافعي: المرجع السابق، ص 102.

المادة 2/94 على صحة خلع أب أو وصي الصغيرة إذا كان فيه مصلحتها، و اشترط في المادة 1/94 البلوغ في الزوج المخالع و نص صراحة في نفس المادة على جواز خلع السفية.

**مقارنة:** اختلف الفقهاء فيما بينهم في الشروط الواجب توفرها في الزوجة حتى تكون أهلا للخلع ، كما اختلفوا حول إذن الأب أو الوصي لناقصة أو عديمة الأهلية بذلك هل يصح الخلع بهذا الإذن أم لا، الأمر نفسه بالنسبة لالتزامها ببدل الخلع و إذن الأب فيه و مقداره في هذه الحالات. اختلف الفقهاء أيضا حول خلع ناقص و عديم الأهلية و إذن الأب أو الوصي له بهذا و قبضه لبدل الخلع من عدمه أو تسليمه لوليه الشرعي. لم يتناول المشرع المغربي و الليبي و الموريتاني صحة خلع ناقصة أو فاقدة الأهلية و التزامها بدفع بدل الخلع و كذا شروط الزوج المخالع بالقدر الكافي إذ لم يتطرقوا لكثير من النقاط إلا أن معالجتهم هذه تبقى أفضل من المشرعين الجزائري و التونسي اللذين تركا الباب مفتوحا لتفسيرات و تأويلات للفقهاء القانوني و كان الأفضل أن يضبط الأمر بنصوص واضحة خاصة في ظل الاختلاف الفقهي القائم الذي سيجعل القاضي يتوه في اختيار أحد الأقوال الفقهية.

## ملخص الفصل الأول:

تقترب التعاريف اللغوية و الاصطلاحية للأهلية و لأقسامها-سواء في اصطلاح الأصوليين و الفقهاء أو في اصطلاح شراح القانون- من بعضها البعض من ناحية المصطلحات المستخدمة و من ناحية المعنى و المضمون، باستثناء المشرع المغربي لم يفرد المشرعون المغاربة لهذه التعريفات مواد في قوانينهم لأن هذا الأمر من اختصاص فقهاء القانون.

قسّم الأصوليون و القانونيون الأهلية إلى أهلية وجوب و أهلية أداء؛ تنقسم الأولى إلى أهلية الوجوب الناقصة التي يتمتع بها الجنين في بطن أمه بحيث تثبت له بموجبها الحقوق دون الواجبات، و أهلية الوجوب الكاملة التي يتمتع بها الشخص منذ ولادته إلى حين وفاته تثبت له بموجبها الحقوق و تجب عليه الواجبات. تنقسم أهلية الأداء إلى أهلية الأداء الناقصة التي تبدأ عند الفقهاء من مرحلة التمييز المحددة عندهم بسبع سنوات و تنتهي عند البلوغ المحدد بالعلامات الطبيعية أو بالسن و تبدأ عند القانونيين من مرحلة التمييز و تنتهي عند بلوغ سن الرشد المدني إلا أن المشرعون المغاربة اختلفوا في تحديد سن التمييز و سن الرشد المدني؛ تنقسم تصرفات الصبي المميز في هذه المرحلة إلى تصرفات نافعة نفعاً محضاً تكون تصرفاته فيها صحيحة و تصرفات ضارة ضرراً محضاً تقع باطلة بطلاناً مطلقاً و تصرفات دائرة بينهما تكون موقوفة على إجازة الولي أو الوصي حسب فريق من الفقهاء و حسب قانون الأسرة الجزائري و القانون المغربي و التونسي و الموريتاني و قابلة للإبطال حسب الفريق الآخر و كذا القانون المدني الجزائري و القانون الليبي، كما نص الفقهاء و المشرعون المغاربة على حالة الصبي المأذون، و أهلية الأداء الكاملة التي يتمتع بها البالغ الرشيد عند الفقهاء و عند القانونيين يتمتع بها من بلغ سن الرشد المدني دون عارض من عوارض الأهلية و تمتع الفرد هنا بأهلية الأداء الكاملة اتجاه جميع التصرفات.

تقسم عوارض الأهلية عند الأصوليين إلى: عوارض سماوية و مكتسبة؛ أما الأولى فهي: الجنون و الصغر و العته و النسيان و النوم و الإغماء و الرق و المرض و الحيض و النفاس و الموت، و الثانية هي: السكر و الجهل و الهزل و السفه و الخطأ و الإكراه. قسمها القانونيون إلى عوارض تعدم الأهلية و هي: الجنون و العته اللذان تلحق تصرفاتهما بتصرفات الصبي غير المميز يحجر عليهما و تكون تصرفاتهما قبل الحجر باطلة إذا كانت الحالة ظاهرة و بعد الحجر تقع جميع تصرفاتهما باطلة بطلاناً

مطلقا، و أخرى تنقصها و هي السفه و الغفلة انقسم حولهما الفقهاء فذهب الجمهور إلى الحجر عليهما و ذهب أبي حنيفة إلى عدم الحجر يحجر عليهما قانونا فتكون تصرفاتهما قبل الحجر صحيحة و بعد الحجر تأخذ حكم تصرفات الصبي المميز بسبب صغر السن.

ذهب المشرعون المغاربة إلى وضع عدّة شروط في الزوجين حتى يكونا أهلا للزواج؛ أولها شرط السن الذي حدده المشرع الجزائري بتسعة عشرة سنة و المشرع التونسي و الموريتاني و المغربي بثمانية عشرة سنة و الليبي بعشرين سنة، كما نصوا على السماح لمن لم يبلغ هذه السن بالزواج متى توفرت المصلحة و الضرورة مع مراعاة الشروط المنصوص عليها في كل قانون، مع ترشيده فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق وواجبات في القانون الجزائري و الليبي و المغربي و وسّع المشرع التونسي في دائرة الترشيد أما القانون الموريتاني أغفل النص على هذا. و قد خالف المشرعون المغاربة الفقهاء الأربعة اللذين لم يتشروطوا البلوغ في الزواج كما ذهبوا أبعد من ابن شبرمة و أبو بكر الأصم.

اشتراط المشرع المغربي و الليبي و الموريتاني العقل في الزوجين باستثناء من توجد مصلحة في تزويجه مع تقييد هذا الزواج بشروط، و لو ينص المشرع الجزائري و التونسي على هذا مرجعين الأمر إلى القاعد العامة في قوانينهما. ذهب الفقهاء إلى صحة زواجه مع ثبوت الولاية عليه.

ذهب المشرع التونسي إلى عدم صحة زواج السفية على خلاف بقية المشرعين المغاربة اللذين أغفلوا النص على زواجه، أما الفقهاء فقد اختلفوا حول هذا فمنهم من ذهب إلى صحته و منهم من جعله موقوف على إجازة الولي و منهم من اشتراط الحاجة إلى الزواج.

لم ينص المشرعون المغاربة على زواج المخطئ و الهازل لذا يرجع إلى القواعد العامة في قوانينهم أو إلى أحكام الفقه الإسلامي و على الخصوص المذهب المالكي، كما لم ينصوا على حكم زواج المكره باستثناء المشرع المغربي الذي نص على فسخ العقد مع تقييده بشروط. أما الفقهاء فقد نصوا صراحة على صحة زواج الهازل، و انقسموا حول زواج المريض مرض الموت بحيث ذهب الجمهور إلى جوازه و ذهب المالكية إلى العكس، انقسموا حول زواج المكره بحيث رأى الجمهور عدم صحته و رأى الحنفية صحته، كما انقسموا حول زواج المخطئ بحيث ذهب المالكية و الحنابلة بعدم صحته و ذهب الحنفية و الشافعية صحته.

لم ينص المشرع الجزائري و المشرع التونسي بطريقة مباشرة على الشروط الواجب توفرها في الزوج حتى يكون أهلا لا يقاع الطلاق؛ استنتج الفقه بعض الأحكام بربط المواد القانونية ببعضها و البعض الآخر يرجع فيه إلى الفقه الاسلامي، الأمر نفسه بالنسبة للمشرع المغربي و الليبي و الموريتاني اللذين اكتفوا بالنص على بعض الشروط فقط و لم ينصوا على الأكثر منها لأنها في نظرهم تحصيل لحاصل لشروط عقد الزواج و ما كان خاصا بالطلاق يرجع الأمر فيه إلى الفقه الاسلامي الذي عالج الأمر كما يلي: أجمع الفقهاء على عدم وقوع طلاق المجنون كما أجمعوا على وقوع طلاق السفية و الهازل و المريض. اختلفوا حول طلاق الصغير بين من يرى عدم وقوعه و بين من يوقع طلاق المميز، كما اختلفوا حول طلاق السكران فإذا كان غير معتد بسكره أجمعوا على عدم وقوعه و إذا كان معتد ذهب بعضهم إلى وقوع طلاقه و البعض الآخر إلى عدم وقوعه، كما اختلفوا حول طلاق المكره و المخطئ.

أفرد المشرع الجزائري للخلع مادة واحدة لم يتناول فيها أهلية الزوجة أو الزوج المشتركة لصحة الخلع و لا الأهلية اللازمة للالتزام أو تسلم بدل الخلع هذا ما فتح الباب أمام الفقهاء لاستنتاج بعض الشروط من القواعد العامة في قانون الأسرة و الباقي يرجع فيه إلى المادة 222 من نفس القانون، و لم يذكر المشرع التونسي الخلع في قانونه، نص المشرع المغربي على أن خلع غير الرشيدة أو المكرهة صحيح و بدل الخلع لازم بشرط إذن النائب الشرعي و تسترجع المكرهة أموالها إذا ثبت الإكراه و لم ينص على شروط الزوج، على خلاف ذلك نص المشرع الليبي على وجوب توفر أهلية الطلاق في الزوج و توفر أهلية التبرع في الزوجة، و المشرع الموريتاني نص على صحة خلع الصغيرة و السفية لكن لا يلزمهما بدل الخلع. ما لم يتم ذكره يرجع فيه إلى الفقه الاسلامي و الفقه المالكي خاصة.

الفصل الثاني  
الأهلية و أثر تخلفها على الحقوق المقررة في  
شؤون الأسرة

تنقسم الحقوق المقررة في شؤون الأسرة إلى قسمين؛ منها ما هو مالي يتعلق بالحقوق المالية كالميراث، الوصية و الوقف و النفقة، و منها ما هو شخصي كالحضانة و الولاية و الوصاية. كلاهما حقوق مهمة لكونهما يتعلقان بحماية المال و حماية نفس الانسان و الاعتناء به و هما مقصدان مهمان من مقاصد الشريعة الاسلامية لذا أحاطهما الفقه الاسلامي و القوانين الوضعية باهتمام خاص، تزيد أهمية هذه الحقوق عندما يتعلق الأمر بناقصي و فاقدى الأهلية هذه الفئة الضعيفة التي تحتاج لرعاية خاصة لكونها عرضة أكثر من غيرها لجميع أنواع الاستغلال في الجانب المالي و لأنها تحتاج للرعاية و الاهتمام في الجانب الشخصي حتى تقوى و يشتد عودها.

يعالج هذا الفصل الأهلية و أثر تخلفها على الحقوق المالية المقررة في شؤون الأسرة في المبحث الأول، و الأهلية و أثر تخلفها على الحقوق غير المالية في المبحث الثاني.

## المبحث الأول - الأهلية و أثر تخلفها على الحقوق المالية المقررة في شؤون الأسرة:

أولت الشريعة الإسلامية و القوانين المغاربية أهمية بالغة للأمور المتعلقة بالمسائل المالية كالنفقات على اختلاف أنواعها و الميراث و الوصية و الوقف، كما اهتمت بالأهلية الواجب توفرها في الشخص لكي تنشأ هذه التصرفات صحيحة، حماية لمصلحته و محافظة على ماله و رعاية لحقوق ورثته من بعده.

### المطلب الأول- الأهلية و أثر تخلفها على الميراث:

لم يشترط الفقه الإسلامي و لا قوانين الأسرة المغاربية أهلية معينة في المورث لأنه لا حديث عن الميراث إلا بوفاة الشخص و بالموت تنتهي شخصية الفرد و تعدم أهليته، كما لم تشترط أهلية معينة في الوارث لأنه منذ ولادة الشخص و في جميع أدوار حياته يمكنه أن يكون وارثا إذا توفر فيه سبب من أسباب الإرث و حتى الجنين في بطن أمه يستحق الميراث إذا توفرت فيه شروط معينة.

### الفرع الأول - توريث الحمل و شروطه:

أولاً- ميراثه: اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الحمل يرث (1).

دليلهم؛ من الكتاب: عموم قوله تعالى: "يوصيكم الله في أولادكم" (2)؛ فالحمل لا يخرج من عموم هذه الآية. دليلهم؛ من السنة: قوله صلى الله عليه و سلم: "إذا استهل المولود صارخا ورث" (3).  
قوله كذلك: "إذا استهل الصبي صُلِّي عليه و ورث" (4).

قانوننا: على غرار ما ذهب إليه الفقه الإسلامي نص المشرع الجزائري في المادة 128 ق.أ.ج على أن الحمل مستحق للميراث (5).

يفهم من المادة 330 م.أ.مغ أن الحمل مستحق للميراث لأنها ذكرت أنه يشترط لاستحقاق الإرث وجود الوارث عند موت المورث حقيقة أو حكما. نص المشرع التونسي في الفصل 147 م.أ.ش.ت.

(1)-عرفة الدسوقي: ج4، المرجع السابق، ص487. شمس الدين السرخسي: ج30، المرجع السابق، ص50. أبي الحسن الماوردي: ج8، المرجع السابق، ص170. ادريس البهوتي: ج3، المرجع السابق، ص636.

(2)- سورة النساء: الآية11.

(3)- أخرجه أبي داود: كتاب الفرائض، باب في المولود يستهل ثم يموت، حديث رقم2920. سنن أبي داود، ج4، المرجع السابق، ص545.

(4)- أخرجه ابن ماجة: كتاب الفرائض، باب إذا استهل المولود ورث، حديث رقم2750، سنن ابن ماجه، المرجع السابق، ص919.

(5)- العربي بلحاج: أحكام الموارث في التشريع الاسلامي و قانون الأسرة الجزائري الجديد، الجزائر، ط4، 2010، د.م.ج، ص366.

على أن الحمل يستحق الإرث<sup>(1)</sup>. نص المشرع الموريتاني على استحقاق الحمل للميراث في المادة 235 م.أ.ش.م. بالنسبة للقانون الليبي لم يتناول الميراث إلا فيما يتعلق بتصفية التركة، وحماية حق النساء في الإرث<sup>(2)</sup> وقد أحيل ماعدا ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 879 ق.م.ل. مقارنة: اتفق المشرعون المغاربة مع فقهاء الشريعة الإسلامية على توريث الحمل.

**ثانياً- شروطه:** يستحق الحمل الميراث إذا توفرت فيه شروط معينة:

1- أن يكون موجوداً في بطن أمه أثناء موت المورث؛ و يستدل على هذا بولادته بعد موت مورثه بأقل مدة الحمل و هي ستة أشهر إذا كانت الزوجية قائمة باتفاق الفقهاء<sup>(3)</sup>.

دليلهم؛ من الكتاب: "وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ"<sup>(4)</sup>. "وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا"<sup>(5)</sup> (6).

دليلهم؛ من الأثر: يروى أن عثمان بن عفان أتيّ بامرأة قد ولدت في ستة أشهر، فأمر بها أن ترجم، فقال له علي بن أبي طالب: ليس ذلك عليها. إن الله تعالى يقول في كتابه: "وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا"<sup>(7)</sup>، و قال: "وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّ الرِّضَاعَةَ"<sup>(8)</sup>. فالحمل يكون ستة أشهر، فلا رجم عليها فبعث عثمان بن عفان في أثرها فوجدتها قد رجمت"<sup>(9)</sup>.

أو أن يولد في أقصى مدة الحمل؛ انقسم الفقهاء حول هذا إلى عدة أقوال:

**القول الأول:** يرى بأنها خمس سنوات منذ اعتدت أمه من طلاق أو وفاة؛ و هو ما ذهب إليه المالكية في المشهور، و سبع سنوات في قول بعض أصحاب مالك<sup>(10)</sup>.

(1)- فرج بن يوسف: الموارث الشرعية و الوصية و مجلة الأحوال الشخصية، دار الميزان، سوسة، تونس، ب ط، ب ت، ص302.

(2)- قانون رقم: 6 لسنة 1959 بتاريخ 1959/05/15 بشأن حماية حق النساء في الإرث.

(3)- ابن رشد الحفيد: ج4، المرجع السابق، ص164. السرخسي شمس الدين: ج30، المرجع السابق، ص50. ادريس البهوتي: ج3، المرجع السابق، ص637. أبي الحسن الماوردي: ج8، المرجع السابق، ص171.

(4)- سورة لقمان: الآية14.

(5)- سورة الأحقاف: الآية15.

(6)- إذا اسقطنا مدة الرضاع و هي عامين من الثلاثين شهراً المذكورة في الآية تبقى ستة أشهر و هي مدة الحمل. محمد محدة: التركات و الموارث، مطبعة عمار قرني، باتنة، ط2، 1994، ج1، ص262.

(7)- سورة الأحقاف: الآية15.

(8)- سورة البقرة: الآية233.

(9)- أخرجه البيهقي: كتاب العدد، باب ما جاء في أقل الحمل، حديث رقم15551. السنن الكبرى، المرجع السابق، ج7، ص727 / 728.

(10)- ابن رشد الحفيد: ج4، المرجع السابق، ص163 / 164.

دليلهم؛ استدل المالكية على قولهم بالعادة و التجربة<sup>(1)</sup>.

**القول الثاني:** ذهب أصحابه إلى أنها سنتين منذ اعتدت أمه من طلاق أو وفاة؛ و هو قول الحنفية<sup>(2)</sup>.  
دليلهم؛ حديث عائشة رضي الله عنها: "ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل"<sup>(3)</sup>.

**القول الثالث:** ذهب أصحابه إلى أنها أربع سنوات؛ و هو قول الحنابلة و الشافعية<sup>(4)</sup>.

**الترجيح:** بعد عرض أقوال المذاهب الأربعة أرجح ما ذهب إليه الحنفية، لأنه بعد تطور العلوم الطبية الحديثة أصبح من الصعب القول بأن أقصى مدة الحمل قد تصل إلى خمس أو أربع سنوات<sup>(5)</sup>.  
2- أن يفصل حيا؛ بأن يستهل صارخا؛ و هو ما اتفق عليه الفقهاء<sup>(6)</sup>.

دليلهم؛ من السنة: عن أبي هريرة رضي الله عنه أن الرسول عليه الصلاة و السلام قال: "إذا استهل المولود صارخا ورث"<sup>(7)</sup>. قال عليه الصلاة و السلام: "ما من بني آدم مولود إلا يمسه الشيطان حين يولد فيستهل صارخا من مس الشيطان، غير مريم و ابنها"<sup>(8)</sup>.

اختلفوا فيما إذا استهل بغير الصراخ؛ ذهب المالكية إلى أنه يستدل على حياة الحمل بالصراخ و الرضاع فقط أما الحركة و العطاس فلا يستدل بهما إلا إذا استمر لمدة طويلة<sup>(9)</sup>، ذهب الحنفية إلى الاستدلال بالاستهلال بالصراخ أو إذا عطس أو تحركت بعض أعضائه<sup>(10)</sup>.

(1)- ابن رشد الحفيد: ج4، المرجع السابق، ص163/164.

(2)- شمس الدين السرخسي شمس الدين: ج30، المرجع السابق، ص50.

(3)- أخرجه البيهقي: كتاب العدد، باب ما جاء في أكثر مدة الحمل، رقم الحديث15552. السنن الكبرى، ج7، المرجع السابق، ص728.

(4)- ادريس البهوتي: ج3، المرجع السابق، ص637. شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص489.

(5)- هنية اسماعيل: دور الحقائق العلمية المعاصرة في ضبط ميراث الحمل، مجلة الجامعة الاسلامية، المجلد الثالث عشر، العدد الأول، غزة، فلسطين، 2005، ص72.

(6)- ابن جزى أبي القاسم: القوانين الفقهية في تليخيص مذهب المالكية و التنبيه على مذهب الشافعية و الحنفية و الحنابلة-تحقيق مولاي محمد-، ب ط، ب ت، ص582. السرخسي شمس الدين: ج30، المرجع السابق، ص50. أبي الحسن الماوردي: ج8، المرجع السابق، ص172. ادريس البهوتي: ج3، المرجع السابق، ص637.

(7)- سبق تخريجه.

(8)- أخرجه البخاري: كتاب أحاديث الأنبياء، باب قوله تعالى: "وَأذْكُرْ فِي الْكِتَابِ مَرْيَمَ إِذِ اتَّخَذَتْ مِنْ أَهْلِهَا مَكَانًا شَرْقِيًّا" مريم16، حديث رقم3431. صحيح البخاري، المرجع السابق، ص701.

(9)- أبي القاسم ابن جزى: المرجع السابق، ص582.

(10)- شمس الدين السرخسي: ج30، المرجع السابق، ص51/50.

ذهب الحنابلة إلى الاستدلال بالصراخ أو بالبكاء أو العطس أو التنفس أو السعال<sup>(1)</sup>، ذهب الشافعية إلى الاستدلال بالاستهلال بالصراخ أو بالبكاء أو الحركة أو العطاس<sup>(2)</sup>.

اختلف الفقهاء فيما إذا انفصل الحمل عن أمه ميتا؛ فانقسموا إلى قولين:  
القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا انفصل عن أمه ميتا لا يرث<sup>(3)</sup>.  
القول الثاني: ذهب الحنفية إلى أنه إذا خرجت أغلب أعضائه حية ورث<sup>(4)</sup>.

**قانوننا:** استحقاق الحمل للميراث في القانون الجزائري مقيد بشروط؛ أولها وجوده حيا يقينا عند موت مورثه حسب المادة 128 ق.أ.ج؛ و يستدل على هذا بأن يولدا حيا خلال مدة الحمل التي نص عليها ق.أ.ج في المادتين 42 و 43<sup>(5)</sup>، فقد حذا المشرع الجزائري حذو فقهاء المذاهب الأربعة في تحديده لأقل مدة الحمل بستة أشهر، فيما يخص أقصى مدة الحمل فقد حددها بعشرة أشهر؛ و هو ما يقترب من قول ابن حزم<sup>(6)</sup>، حذا المشرع الجزائري حذو جمهور الفقهاء حينما اشترط أن ينفصل الحمل كله حيا؛ حتى يكون أهلا للميراث<sup>(7)</sup>.

كما لم يغفل المشرع الجزائري على اشتراط استهلال الحمل بالصراخ أو بأن تظهر عليه علامة تدل على الحياة حسب المادة 134 ق.أ.ج.

اشترط المشرع المغربي أن يولد الحمل بين أقل مدة الحمل و ستة أشهر حسب المادة 2/154 و أقصى مدة الحمل و هي أن يولد خلال سنة من تاريخ الفراق حسب المادة 3/154 م.أ.مغ، اشترطت المادة 331 م.أ.مغ أن الحمل لا يستحق الإرث إلا إذا ثبتت حياته بالصراخ أو الرضاع و نحوها.

فرّق المشرع التونسي بين الحالات التي يرث فيها الحمل والده و بين الحالات التي يرث فيها

(1) - ادريس البهوتي: ج3، المرجع السابق، ص637/638.

(2) - أبي الحسن الماوردي: ج8، المرجع السابق، ص172.

(3) - ادريس البهوتي: ج3، المرجع السابق، ص363. الماوردي: المرجع نفسه، ص172.

(4) - شمس الدين السرخسي: ج30، المرجع السابق، ص51/50.

(5) - عيسى أمعينة: الإرث بالتقدير و الاحتياط في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2012/2011، ص184.

(6) - عيسى أمعينة: الحمل إرثه أحكامه و صورته المعاصرة، المرجع السابق، ص45.

(7) - العربي بلحاج: أحكام الموارث في التشريع الاسلامي و قانون الأسرة الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص368.

غير والده:

**الحالة الأولى:** اشترط المشرع التونسي في الحمل أن يولد حيا لمدة لا تتجاوز العام ابتداء من تاريخ وفاة المورث إذا كانت الزوجية قائمة بين أمه و أبيه في ذلك التاريخ، أو ابتداء من تاريخ الفرقة بين الزوجين إن حصلت هذه الفرقة قبل وفاة.

المورث، و هو ما جاءت به الفقرة الأولى من الفصل 150 من م.أ.ش التونسية<sup>(1)</sup>.

**الحالة الثانية:** يرث الجنين غير أبيه في حالتين مختلفتين و هما الحالة التي تكون فيها الزوجية قائمة بين أمه و أبيه في تاريخ الوفاة: يرث الجنين في هذه الحالة غير أبيه إذا ولد حيا خلال مدة لا تتجاوز سبعين و مائتي يوم من تاريخ وفاة المورث، و هو ما جاءت به الفقرة الأخيرة من الفصل 150 من م.أ.ش التونسية، و الحالة التي تكون فيها الزوجية غير قائمة بين أمه و أبيه في تاريخ وفاة المورث: يرث الجنين غير أبيه بشرط أن يولد حيا لمدة لا تزيد عن خمسة و ستين و ثلاثمائة يوم من تاريخ وفاة أبيه أو الفرقة بين أمه و أبيه و بشرط أن يتوفى المورث خلال هذه المدة، و هو ما جاءت به الفقرة قبل الأخيرة من الفصل 150 من نفس المجلة<sup>(2)</sup> (3).

لا يرث الحمل حسب المشرع الموريتاني إلا إذا ولد خلال أقل مدة الحمل و هي ستة أشهر حسب المادة 60 م.أ.ش.م و أقصى مدة الحمل و هي سنة قمرية من يوم الطلاق أو الوفاة، كما نص على امكانية الاستعانة بالخبرة الطبية حسب المادة 61 م.أ.ش.م. اشترط كذلك في المادة 235 أن يستهل المولود بالصراخ أو الرضاع و نحوهما.

**مقارنة:** نص المشرع الجزائري صراحة على اشتراط وجود الحمل يقينا في بطن أمه عند موت مورثه، لم يذكر بقية المشرعون المغاربة هذا الشرط لأنه يفهم تلقائيا من بقية الشروط التي ذكروها. أجمع الفقهاء الأربعة و المشرعون المغاربة على أقل مدة الحمل و هي ستة أشهر، أما أقصى مدة الحمل فقد اختلف فيها الفقهاء و كذا القوانين الوضعية؛ جعلها المشرع الجزائري عشرة أشهر و اشترك المشرع المغربي

(1) - القصير فرج: أحكام الموارث في القانون التونسي، دار الميزان، سوسة، ط2، 2001، ص32/33.

(2) - المرجع نفسه، ص:33، 34.

(3) - اعتمد القضاء التونسي المدة ذاتها: تعقيبي مدني عدد12799 بتاريخ 5نوفمبر1985، ن1985 ق.م.ج.2. ص207. تهميش غير مباشر عبد

الاولي شادية، المرجع السابق، ص53.

و الموريتاني و التونسي- في إحدى الحالتين اللتين ذكرهما- على مدة سنة و جميعهم بعيد عن أقوال الفقهاء الأربعة في هذه الجزئية. هذا المشروع الجزائري حذو جمهور الفقهاء حينما اشترط أن ينفصل الحمل كله حيا حتى يكون أهلا للميراث أغفل بقية المشرعون المغاربة هذا الشرط. يبدو أن المشروع الجزائري على الرغم من بعض القصور الذي يشوب المواد الخاصة بميراث الحمل إلا أنه فصل فيها أكثر من بقية القوانين المغاربية خاصة القانون الليبي الذي أحالنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

**الفرع الثاني- وقت الحمل و مقدار ما يوقف له:**

**أولا- وقت الحمل:** انقسم الفقهاء حوله إلى قولين:

**القول الأول:** ذهب أصحابه إلى أنه إذا توفي المورث و كان مع الحمل من يرث الميراث تقسم التركة بين الورثة و يوقف للحمل نصيبه. و هو قول أشهب، الحنفية و الحنابلة<sup>(1)</sup>.

دليلهم؛ من المعقول: تقسم التركة قبل ولادة الحمل لعدم الإضرار بالورثة<sup>(2)</sup>.

**القول الثاني:** ذهبوا إلى توقيف الأمر إلى أن يولد الحمل مطلقا سواء قبل الورثة بهذا أو لم يقبلوا؛ و هو قول المالكية و الشافعية<sup>(3)</sup>.

دليلهم؛ من المعقول: أنه لا يعلم عدد الحمل بالتأكيد إلى أن يوضع و الميراث يستحق باليقين لا بالشك<sup>(4)</sup>.

**الترجيح:** أرجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول؛ لأن انتظار الورثة ولادة الحمل حتى تقسم التركة يلحق ضررا بهم.

**ثانيا- مقدار ما يوقف للحمل:**

اختلف الفقهاء في مقدار ما يوقف للحمل من الميراث:

---

(1)- عرفة الدسوقي: ج4، المرجع السابق، ص487. ادريس البهوتي: ج3، المرجع السابق، ص636. شمس الدين السرخسي: ج30، المرجع السابق، ص53.

(2)- ادريس البهوتي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3)- عرفة الدسوقي: ج4، المرجع السابق، ص487. الماوردي: ج8، المرجع السابق، ص171.

(4)- أبي الحسن الماوردي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

**القول الأول:** ذهب أشهب<sup>(1)</sup> إلى أن يوقف له أوفر الحظين من نصيب الذكر أو الأنثى<sup>(2)</sup>.

**القول الثاني:** ذهب أبي حنيفة إلى أن يوقف له نصيب أربع بنين<sup>(3)</sup>.

ذهب أبي يوسف إلى أن يوقف للحمل ميراث ابن واحد. ذهب محمد إلى أن يوقف له ميراث ابنين<sup>(4)</sup>.

ذهب الحنابلة إلى أنه يوقف للميت الأكثر من نصيب ذكريين أو أنثيين<sup>(5)</sup>.

**الترجيح:** أرجح ما ذهب إليه محمد لأن حالة ولادة التوائم كثيرة و إذا ولد مولود واحد يرجع النصيب الزائد إلى بقية الورثة.

**قانوننا:** لم يوقف المشرع الجزائري قسمة التركة على ولادة الحمل بل تقسم على الورثة و يوقف للحمل نصيبه منها، و لا تتوقف التركة على ولادة الحمل إلا إذا كان يحجب بقية الورثة حجب حرمان<sup>(6)</sup>، نص في المادة 173 على أن الحمل إذا كان يشارك الورثة أو يحجبهم حجب حرمان يوقف له الأوفر من نصيب الذكر أو الأنثى<sup>(7)</sup>، نصت المادة 174 ق.أ.ج على أن المرأة إذا ادعت الحمل و كذبها الورثة تعرض على أهل المعرفة مع مراعاة أحكام المادة 43 من هذا القانون.

يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يفرد لميراث الحمل مواد كافية بحيث أغفل عدة نقاط مهمة؛ كحالة تعدد الحمل مع أنها كثيرة الحدوث، كما نص فقط على حالة الحمل ابن الميت سواء كانت الزوجية قائمة مع أمه أو كانت في مرحلة العدة، و أغفل حالة الحمل من غير الميت، لذا يرجع إلى أحكام الفقه الاسلامي وفقا للمادة 222 ق.أ.ج<sup>(8)</sup>.

ذهب المشرع التونسي إلى عدم تقسيم التركة قبل ولادة الحمل إذا كان يحجب بقية الورثة حجب حرمان، أما إذا كان لا يؤثر على ميراث بقية الورثة أو كان يحجبهم حجب نقصان يمكن قسمة

---

(1)- ابن داود بن ابراهيم أبو عمرو القيسي العامري المصري المالكي المشهور بأشهب، الإمام العلامة مفتي مصر الفقيه، ولد سنة 140 توفي سنة 204هـ.

الذهبي شمس الدين: ج9، المرجع السابق، ص:500 و ما بعدها.

(2)- عرفة الدسوقي: ج4، المرجع السابق، ص:487

(3)- شمس الدين السرخسي: المرجع نفسه، ص:52

(4)- المرجع نفسه، الصفحة نفسه.

(5)- ادريس البهوتي: ج3، المرجع السابق، ص:636.

(6)- أحمد نصر الجندي: المرجع السابق، ص:405.

(7)- محمد محدة: التركات و الموارث، المرجع السابق، ص:266.

(8)- العربي بلحاج: أحكام الموارث في التشريع الاسلامي و قانون الأسرة الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص:371.

التركة قبل ولادته. يوقف له في هذه الحالة من التركة الأكثر من نصيب ذكر واحد أو أنثى واحدة؛ هذا ما جاء به الفصلين 147 و 148 من م.أ.ش التونسية<sup>(1)</sup>.

نص المشرع التونسي في الفصل 149 على أن المرأة إذا ادعت الحمل و كذبها الورثة تعرض على أهل المعرفة<sup>(2)</sup>.

لم ينص المشرعان المغربي و الموريتاني على أن التركة توقف إلى أن يولد الحمل أو على أنها تقسم قبل ولادته و بالتالي يطبق حسب المشرع المغربي المذهب المالكي و الاجتهاد الذي يراعي قيم الاسلام حسب المادة 400 م.أ.مغ، و يطبق حسب المشرع الموريتاني المشهور في مذهب الإمام مالك حسب المادة 311 م.أ.ش.م.

**مقارنة:** أخذ المشرع الجزائري بما جاء به أصحاب القول الأول بحيث تقسم التركة حسبه و يوقف للحمل نصيبه، كما أخذ بقول أشهب بحيث نص في المادة 173 على أن الحمل إذا كان يشارك الورثة أو يحجبهم حجب حرمان يوقف له الأوفر من نصيب الذكر و الأنثى. على خلاف المشرع التونسي الذي أخذ جزئيا بما جاء به أصحاب القول الثاني بحيث يوقف تقسيم التركة حسبه إلى أن يولد الحمل إذا كان يحجب بقية الورثة حجب حرمان و إلا تقسم التركة قبل ولادته و يوقف له الأوفر من نصيب الذكر أو الأنثى و هنا يكون قد خالف أصحاب القول الثاني اللذين يوقفون تقسيم التركة مطلقا. اشترك المشرع الجزائري و المشرع التونسي في نصهما على حالة ادعاء المرأة أنها حامل و تكذيب الورثة لها و اشتركا بالنص على عرضها على أهل المعرفة. كما يعاب عليهما إغفال النقاط السابق ذكرها على الرغم من أهميتها. أما المشرع المغربي و المشرع الموريتاني و المشرع الليبي فقد اشتركوا في إحالتنا إلى ما جاء به المذهب المالكي في هذا الخصوص.

(1) - فرج القصير: المرجع السابق، ص 216/215.

(2) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

## المطلب الثاني - الأهلية و أثر تخلفها على التبرعات:

تتميز عقود التبرعات عن عقود المعاوضات بأحكام خاصة سواء في الفقه الإسلامي أو في القوانين الوضعية لأنها عقود خطيرة تؤدي إلى اخراج المال من طرف دون مقابل و اغتناء الطرف الآخر دون عوض، من أهم هذه الأحكام الشروط الواجب توفرها في المتبرع حتى تتوفر فيه أهلية التبرع لتصح منه الوصية أو الوقف أو غيرها، وكذا الشروط الواجب توفرها في الطرف الآخر.

### الفرع الأول - الوصية:

**أولاً - الموصي:** يشترط في الموصي حتى يكون أهلاً للايصاء ما يلي:

#### 1-العقل: أجمع الفقهاء على عدم صحة وصية المجنون (1).

دليلهم؛ من القياس: قاسوا عدم صحة وصية المجنون على عدم صحة هبته؛ لأن كلاهما يؤدي إلى افقاره فهي تصرفات ضارة.

دليلهم؛ من المعقول: إذا كان اسلام المجنون غير صحيح مع أنه نافع له نفعاً محضاً فمن باب أولى عدم صحة وصيته التي تلحق الضرر به لأنها تؤدي إلى افقاره (2).

ألق الشافعية و المالكية وصية المغمى عليه بوصية المجنون في عدم الصحة (3).

#### 2-البلوغ: أجمع الفقهاء على عدم صحة وصية الصبي غير المميز (4).

انقسم الفقهاء حول وصية الصبي المميز إلى قولين:

**القول الأول:** ذهب أصحابه إلى عدم صحة وصيته؛ و هم: ابن شبرمة و ابن أبي ليلى و الحنفية و بعض الشافعية و ابن أبي موسى (5) (6).

(1)-عبد السميع الآبي: ج2، المرجع السابق، ص316. موفق الدين ابن قدامة: ج8، المرجع السابق، ص510. شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص53. علاء الدين الكاساني: ج10، المرجع السابق، ص484.

(2)- موفق الدين ابن قدامة: المرجع السابق، الصفحة نفسها.

(3)- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(4)- ابن عبد البر: ج23، المرجع السابق، ص23. موفق الدين ابن قدامة: المرجع نفسه، ص508. أبي أحمد العيني: ج12، المرجع السابق، ص504/506. شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص53.

(5)- أبو جعفر عبد الخالق بن أبي موسى عيسى الهاشمي الحنبلي البغدادي، الإمام شيخ الحنبلية، ولد سنة 411هـ توفي سنة 470هـ. شمس الدين الذهبي: ج18، المرجع السابق، ص546 و ما بعدها.

(6)- ابن عبد البر: ج23، المرجع السابق، ص25. أبي أحمد العيني: ج12، المرجع السابق، ص506/504. شمس الدين الشربيني: المرجع السابق، ص53.

دليلهم؛ من القياس: قاسوا الوصية على الهبة و الصدقة لأن تبرعات الصبي جميعها تقع باطلة<sup>(1)</sup>.  
دليلهم؛ من المعقول: أن الوصية تتطلب أهلية التبرع و هي غير متوفرة في الصغير<sup>(2)</sup>.  
**القول الثاني:** ذهب أصحابه إلى صحة وصية الصبي المميز و هم: القاضي و أبو الخطاب<sup>(3)</sup> و المتولي<sup>(4)</sup> و الدارمي<sup>(5)</sup> لكنهم اشترطوا أن يكون عاقلاً<sup>(6)</sup>.  
دليلهم؛ ما روي عن عمر بن الخطاب: "إنّ ها هنا غلاما يفاعا، لم يحتلم، من غسان، و وارثه بالشام، و هو ذو مال، و ليس ها هنا إلا ابنة عم له، قال عمر بن الخطاب: فليوصي لها، قال، فأوصى لها بما يقال له بئر جشم" (7) (8).  
دليلهم؛ من الإجماع: فهو قول عمر<sup>(9)</sup> و عمرو بن عبد العزيز<sup>(10)</sup> و شريح<sup>(11)</sup> و عطاء<sup>(12)</sup> و الزهري<sup>(13)</sup> و عبد الله بن عتبة<sup>(14)</sup> والشعبي<sup>(15)</sup> و النخعي<sup>(16)</sup> (17).

- 
- (1)- ابن عبد البر: ج23، المرجع السابق، ص25. علاء الدين الكاساني: ج10، المرجع السابق، ص88.  
(2)- شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص53. أبي أحمد العيني: ج12، المرجع السابق، ص505.  
(3)- أبو الخطاب محفوظ ابن أحمد بن حسن بن حسن العراقي الكلوذاني ثم البغدادي الأزجي، الشيخ الإمام العلامة الورع، ولد سنة432هـ توفي سنة510هـ. شمس الدين الذهبي: ج19، المرجع السابق، ص348 و ما بعدها.  
(4)- أبو سعد عبد الرحمان بن مأمون بن علي النيسابوري المتولي، العلامة شيخ الشافعية، توفي سنة78هـ، من مؤلفاته: كتاب الإبانة و كتاب التتمة. شمس الدين الذهبي: ج18، المرجع نفسه، ص585.  
(5)- أبو الفرج محمد عبد الواحد بن محمد بن عمر بن ميمون الدارمي، الإمام العلامة شيخ الشافعية البغدادي الشافعي نزيل دمشق، توفي سنة148هـ. شمس الدين الذهبي: ج18، المرجع نفسه، ص52 / 53.  
(6)- ابن رشد الحفيد: ج4، المرجع السابق، ص138. موفق الدين ابن قدامة: ج8، المرجع السابق، ص509. شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص53.  
(7)- أخرجه البيهقي: كتاب الوصايا، باب ما جاء في وصية الصغير، حديث رقم12657، السنن الكبرى للبيهقي، ج6، المرجع السابق، ص461.  
(8)- ابن عبد البر: ج23، المرجع السابق، ص23 .  
(9)- عمر بن الخطاب بن نفيل بن كعب بن لؤي أبو حفص القرشي العدوي المشهور بالفاروق أمير المؤمنين رضي الله عنه، استشهد سنة23هـ. شمس الدين الذهبي: ج28، المرجع السابق، ص68.  
(10)- ابن مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس بن مناف بن قصي بن كلاب المعروف بعمرو بن عبد العزيز القرشي الأموي المدني ثم المصري، الإمام الحافظ العلامة المجتهد الزاهد العابد السيد الخليفة أمير المؤمنين، ولد سنة61هـ 681م توفي سنة101هـ 720م. شمس الدين الذهبي: ج5، المرجع السابق، ص114.  
(11)- أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، الفقيه قاضي الكوفة، توفي سنة78هـ. الذهبي: ج4، المرجع نفسه، ص100 و ما بعدها  
(12)- عطاء بن السائب، الإمام الحافظ محدث الكوفة، توفي سنة136هـ. شمس الدين الذهبي: ج6، المرجع نفسه، ص110.  
(13)- محمد بن مسلم بن عبيد الله بن لؤي بن بن غالب القرشي الزهري المدني نزيل الشام، الإمام العلم حافظ زمانه، توفي سنة124هـ. شمس الدين الذهبي: ج5، المرجع نفسه، ص326 و ما بعدها=

دليلهم من المعقول: لن تلحق الوصية ضررا بالصغير لأن آثارها لا تقع في الحال إنما هي مضافة إلى ما بعد الموت، كما يترتب عنها نفع للموصي و هو الثواب الذي سيلحقه بعد موته (1).

**الترجيح:** أرجح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني في صحة وصية الصبي المميز؛ لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فلن يتضرر منه الموصي لأنها لن تؤدي إلى إفقاره ما دام حيا، كما أنها لن تضر الورثة كثيرا ما دامت في حدود الثلث.

### 3-الرشد: اتفق الفقهاء على صحة وصية المحجور عليه بسفه (2).

دليلهم؛ من القياس: قاسوا السفية على الصبي لأن كلاهما عاقلا يدرك ما يقوم به (3)، كما قاسوا الوصية على عبادات السفية كلاهما يصح منه لأن فيهما نفع له (4).

دليلهم؛ من المعقول: السفية محجور عليه للحفاظ على ماله بمنعه من تبذيره و تضييعه حال حياته؛ و هو ما لن يحصل في الوصية لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد موته و لا حاجة له للمال حينها ذهب الحنفية كذلك إلى صحة وصية السفية لأنه ليس محجور عليه عندهم بحيث يأخذ حكم البالغ العاقل الرشيد (5).

### 4-السكر: انقسم الفقهاء حول صحة وصية السكران إلى قولين:

**القول الأول:** ذهب المالكية و الحنابلة إلى عدم صحة وصية السكران، و لو كان معتد بسكره (6).

---

(14)- =أبو عبد الله الهذلي المدني الأعمى المعروف بعبيد الله بن عبيد الله بن عتبة، الإمام الفقيه مفتي المدينة و عالمها و أحد الفقهاء السبعة ، ولد في خلافة عمر أو بعدها، توفي سنة106هـ. شمس الدين الذهبي: ج4، المرجع السابق، ص477/478.

(15)- عامر بن شراحيل بن عبد بن ذي كبار المعروف بالشعي، علامة العصر، ولد بسنة21هـ في إمارة عمر بن الخطاب توفي سنة 100هـ. شمس الدين الذهبي: ج4، المرجع نفسه، ص294.

(16)-مالك بن الحارث النخعي المعروف بالأشتر، ملك العرب أحد الأشراف، توفي سنة38هـ. شمس الدين الذهبي: ج4، المرجع نفسه، ص35/34 .

(17)-موفق الدين ابن قدامة: ج8، المرجع السابق، ص509.

(1)-شمس الدين الشريبي: ج3، المرجع السابق، ص53.

(2)-ابن عبد البر: ج23، المرجع السابق، ص25. موفق الدين ابن قدامة: المرجع نفسه، ص510. علاء الدين الكاساني: ج10، المرجع السابق،

ص90. شمس الدين الشريبي: ج3، المرجع السابق، ص53.

(3)-موفق الدين ابن قدامة: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. ابن عبد البر: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(4)-موفق الدين ابن قدامة: ج10، المرجع السابق، ص510.

(5)- علاء الدين الكاساني: ج10، المرجع السابق، ص90.

(6)- عبد السميع الآبي: ج2، المرجع السابق، ص316. موفق الدين ابن قدامة: ج10، المرجع السابق، ص510 .

دليلهم، من القياس: قاسوا السكران على المجنون لا تصح وصيتهما لتخلف العقل<sup>(1)</sup>.  
دليلهم؛ من المعقول: لأنه لو صحت وصيته لن يعاقب هو بل سيعاقب ورثته لأن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت<sup>(2)</sup>.

**القول الثاني:** ذهب الشافعية إلى صحة وصية السكران إذا كان معتد بسكره<sup>(3)</sup>.  
دليلهم؛ من المعقول: أن السكران عاصي بسكره لذا تصح وصيته عقوبة له<sup>(4)</sup>.  
**الترجيح:** أرجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول لأنهم اعتمدوا على أدلة أقوى من أدلة القول الثاني.  
**5-الرق: القول الأول:** قسم الحنابلة و الشافعية و أبي يوسف وصية العبد إلى حالتين<sup>(5)</sup>:  
إذا وصى ثم مات دون أن يعتق لا تصح وصيته.

دليلهم من المعقول: لا يستطيع العبد أن يوصي لغيره، لأنه لا مال له إذا وصى ثم اعتق قبل وفاته صحت وصيته.  
دليلهم من المعقول: لم تصح وصيته قبل عتقه لأنه عديم الأهلية و تصح وصيته بعدها لأنه يتمتع بأهلية كاملة<sup>(6)</sup>.

**القول الثاني:** ذهب المالكية و أبي حنيفة إلى عدم صحة وصية العبد مطلقا<sup>(7)</sup>.  
**6-الإكراه:** ذهب جمهور الفقهاء إلى بطلان وصية المكره لأن الإكراه يعدم الرضا، و خالفهم الحنفية اللذين يرون أنها موقوفة على إجازة المكره بعد زوال الإكراه<sup>(8)</sup>.  
**7-الهزل:** ذهب جمهور الفقهاء إلى بطلان وصية الهازل لفوات شرط الرضى، و خالفهم الشافعية اللذين يرون صحتها لأن العبرة حسبهم بالإرادة الظاهرة لا الباطنة<sup>(9)</sup>.

(1)- موفق الدين ابن قدامة: ج8، المرجع السابق، ص510 .

(2)- عبد السميع الآبي، ج2، المرجع السابق، ص316. موفق الدين ابن قدامة: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3)-شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص53.

(4)- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5)- ابن قدامة: ج8، المرجع السابق، ص511. الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص53. شمس الدين السرخسي: ج28، المرجع السابق، ص93.

(6)-موفق الدين ابن قدامة: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. الشربيني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. السرخسي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها .

(7)-عبد السميع الآبي:ج2، المرجع السابق، ص:316. السرخسي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها .

(8)-محمد السريتي: الوصايا و الأوقاف و الموارث في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، بيروت، 1997، ب ط، ص47 .

(9)- المرجع نفسه، ص48.

## 8- الخطأ: أجمع الفقهاء على بطلان وصية المخطئ لفوات شرط الرضا<sup>(1)</sup>.

قانوننا: تعتبر الوصية من التصرفات الضارة ضررا محضا<sup>(2)</sup>؛ لذا اشترط فقهاء القانون في الموصي أن يكون أهلا للتبرع<sup>(3)</sup>؛ هذا ما نصت عليه المادة 186 ق.أ.ج؛ اشترطت هذه المادة تحت طائلة البطلان أن يكون الموصي سليم العقل أي غير مجنون و لا معتوه، و بالغا سن الرشد المدني<sup>(4)</sup>، إلا أنها أغفلت وصية الصبي المميز و السفية و ذو الغفلة؛ بالرجوع إلى المادة 83 ق.أ.ج نجد أن وصية المميز و من في حكمه-السفيه و المغفل- تقع باطلة لأنها تخرج المال من ذمتهم بدون عوض<sup>(5)</sup>، أما المادة 85 ق.أ.ج فقد ألحقت تصرفات السفية بتصرفات المجنون و المعتوه و جعلتها جميعها غير نافذة إذا صدرت في هذه الأحوال، مع أن المجنون و المعتوه معدوما الأهلية أما المميز و السفية و ذي الغفلة ناقصيها، هذا الخلط و التناقض بين مواد قانون الأسرة يلقي بضلاله كذلك على وصية الصبي المميز و السفية و ذو الغفلة لذا وجب على المشرع إعادة صياغة هذه المواد لتنسجم أكثر فيما بينها<sup>(6)</sup>.

نصت المادة 84 ق.أ.ج على ترشيد الصبي المميز؛ بحيث سمحت له بالإدارة و التصرف في أمواله إذا منح له القاضي المختص الإذن بذلك، بالإضافة للانتقادات السابقة الذكر على هذه المادة يضاف انتقاد آخر هو أنها ما دامت جاءت مطلقة لم تحدد ما هي التصرفات التي يأذن فيها القاضي، يمكن أن يفهم أن الإذن يشمل الوصية كذلك مع أن فيها خطر عليه لأنها من التصرفات الضارة ضررا محضا تؤدي إلى تضييع أمواله. كان على المشرع إذا حصر الإذن في التصرفات النافعة نفعا محضا أو الدائرة بين النفع و الضرر<sup>(7)</sup>.

اشترط المشرع المغربي في المادة 1/279 م.أ.مغ في الموصي بلوغ سن الرشد المدني و يفهم من الفقرة الثانية من نفس المادة أنها اشترطت العقل في الموصي فلا تصح وصية المجنون إذا كان جنونه مطبقا،

(1)- محمد السريتي: المرجع السابق، ص48.

(2)-مصطفى السباعي، عبد الرحمان الصابوني: الأحوال الشخصية في الأهلية و الوصية و التركات، ط5، مطبوعات جامعة دمشق، دمشق، سوريا، 1978/1977، ص262.

(3)-أحمد الشافعي: الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ب ط، 2000، ص43

(4)-العربي بختي: المرجع السابق، ص268.

(5)-رشيد بن شويخ: الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008، ص17.

(6)- المرجع نفسه، ص18.

(7)- محمد التحكاني: نظام التبرعات في الشريعة الإسلامية، دار النشر المغربية، تطوان، المغرب، ب ط، 1983، ص139.

و في حالة الجنون المتقطع تصح وصيته في حال إفاقته و هو ما ينسجم مع الفقرة الثالثة من المادة 217 من المدونة، اعتبرت هذه الفقرة وصية السفية و المعتوه صحيحة (1).

كما تصح وصية من بلغ السادسة عشرة من عمره إذا تم ترشيده بموجب المادة 3/218 من المدونة، لأن الترشيح بموجب هذه المادة يمنحه الأهلية الكاملة للإدارة و التصرف في أمواله.

أما المشرع الموريتاني فيفهم من المادة 206 م.أ.ش.م أن وصية المجنون و المعتوه تقع باطلة و كذا وصية الصبي غير المميز، و تصح وصية الصبي المميز و السفية.

لا تصح وصية المأذون حسب القانون الموريتاني لأنه حسب المادة 169 نصت بأن يأذن له فقط بإدارة أمواله دون التصرف.

حسب المشرع التونسي تقع وصية المجنون و من لم يبلغ ثمانية عشر سنة-إذا لم يستفد من ترشيح القضاء- و المعتوه و السفية باطلة إلا إذا أجازها القاضي؛ هذا ما جاء به الفصل 178 م.أ.ت (2) (3).

بموجب القواعد العامة في مجلة الأحوال الشخصية يتمتع من رشد ترشيدا مطلقا حسب الفصلين 158 و 159 بكامل الأهلية في إنشاء وصيته (4) (5).

اشتترط المادة 7 من قانون الوصية الليبي (6) في الموصي أن يكون أهلا للتبرع بماله قانونا. و إذا كان محجورا عليه لسفه أو غفلة أو كان صبيا مميزا -من بلغ سبع سنوات- جازت وصيته إذا أذنت المحكمة له بذلك أو أجازتها أو إذا سكت عنها بعد زوال سبب الحجر أو بلوغه سن الرشد.

كما نصت المادة 47 من نفس القانون على تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية -دون أن تحدد أي مذهب- على ما لم يرد به نص في قانون الوصية (7).

(1)- دريان: المرجع السابق، ص268.

(2)- القاضي هو رئيس المحكمة الابتدائية. فرج بن يوسف: المرجع السابق، ص398.

(3)- المرجع نفسه ص393.

(4)- المرجع نفسه، ص395.

(5)- قرار تعقيبي مدني عدد3868 مؤرخ في 23 جوان1981، ن سنة1981، ق.م، ج2، ص242: عدم اعتماد المحكمة المطعون في حكمها الوصية المحررة من طرف عدل الإشهاد و بحضور الشاهدين و إبطالها بناء على تقرير الاختبار الطبي رغم ما شهد به المأمور العمومي من أن الموصي يتمتع بمداركة العقلية يعد في طريقه لأن ذلك الكتب يكتسي صبغة الحجة الرسمية التي لا يمكن دحضها إلا عن طريق القيام بدعوى الزور الشيء الذي لم يقع في قضية الحال. فاطمة الزهراء بن محمود و سامية دولة: المرجع السابق، ص435.

(6)- قانون رقم 7 الصادر سنة 2002 المتعلق بأحكام الوصية.

(7)- دريان: المرجع السابق، ص266.

كما تصح وصية المأذون -البالغ خمسة عشرة سنة- بموجب الفقرة الثانية من المادة 6 ق.ت.أ.ق.ل إذا أذن له بالتصرف في أمواله عن طريق الوصية.

**مقارنة:** هذا المشرعون المغاربة حذو الفقهاء الأربعة في النص على بطلان وصية المجنون و المعتوه و الصبي الذي لم يبلغ سن الرشد، و أضاف المشرع المغربي حالة الجنون المتقطع، كان على المشرع الجزائري النص صراحة على وصية الصبي المميز و المأذون و السفية و ذو الغفلة إما بالصحة أو البطلان مثلما فعل نظرائه المغاربة حتى يزيل التضارب الحاصل بين المواد القانونية.

**ثانيا- الموصى له:** يشترط في الموصى له ما يلي:

أجمع الفقهاء على أن الوصية تصح للبالغ و الصبي و تصح للعاقل و المجنون<sup>(1)</sup>.

انقسم الفقهاء حول وصية العبد إلى قولين:

**القول الأول:** ذهب المالكية و القنوري<sup>(2)</sup> إلى أن الوصية للعبد صحيحة<sup>(3)</sup>.

**القول الثاني:** ذهب الحنابلة و محمد إلى أن الوصية للعبد باطلة<sup>(4)</sup>.

**الحمل:** اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الوصية للحمل صحيحة<sup>(5)</sup>.

دليلهم؛ من الإجماع: أجمع أصحاب الرأي على صحة الوصية للحمل<sup>(6)</sup>.

دليلهم؛ من القياس: قاسوا صحة وصية الحمل على صحة ميراثه؛ لأن المال ينتقل إلى الموصى له بعد

وفاة الموصي بغير عوض كانتقال المال من المورث بعد وفاته إلى الوارث<sup>(7)</sup>.

---

(1) - عبد السميع الآبي: ج2، المرجع السابق، ص317. موفق الدين ابن قدامة: ج8، المرجع السابق، ص456. أبي أحمد العيني: ج12، المرجع السابق، ص508. شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص54.

(2) - أبو الحسين أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان البغدادي القنوري، شيخ الحنفية، توفي سنة 428هـ. شمس الدين الذهبي: ج18، المرجع السابق، ص631.

(3) - عبد السميع الآبي: ج2، المرجع السابق، ص317. أبي أحمد العيني: ج12، المرجع السابق، ص631.

(4) - موفق الدين ابن قدامة: ج8، المرجع السابق، ص552. أبي أحمد العيني: ج12، المرجع السابق، ص508.

(5) - عبد السميع الآبي: ج2، ص317. موفق الدين ابن قدامة: المرجع نفسه، ص456. أبي أحمد العيني: ج12، المرجع السابق، ص631. شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص54.

(6) - موفق الدين ابن قدامة: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(7) - موفق الدين ابن قدامة: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. أبي أحمد العيني: ج12، المرجع السابق، ص509. شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص54.

## شروط الحمل:

الشرط الأول: وجود الحمل الموصى له وقت انشاء الوصية (1).

اختلف الفقهاء حول وجود الحمل الموصى له وقت انشاء الوصية؛ على قولين:

**القول الأول:** اشترط الجمهور وجوده وقت انشائها و بأن يولد في أقل مدة الحمل و هي ستة أشهر إذا كانت الزوجية قائمة بالإجماع (2)، أو أقصى مدة الحمل و هي أربع سنوات في حالة الطلاق أو الوفاة عند الحنابلة و الشافعية (3)، سنتين عند الحنفية (4).

**القول الثاني:** لم يفرق المالكية بين أن يكون الحمل موجودا وقتها أو أنه سيوجد لاحقا (5).

**القول الراجح:** ما ذهب إليه جمهور الفقهاء؛ لأن عدم وجود الحمل في بطن أمه يعني أنها وصية لمعدوم.

**الشرط الثاني:** اشترط الفقهاء الأربعة أن يولد الحمل الموصى له حيا، فإن ولد ميتا سواء ميتة طبيعية أو بضرب أو شرب دواء بطلت الوصية (6).

دليلهم؛ من القياس: لا تصح الوصية للحمل إن ولد ميتا قياسا على ميراثه؛ لأن الميراث و الوصية لا يثبتان بالشك (7).

إذا ولد الحمل توأم تقسم الوصية بينهما بالتساوي لا فرق بين ذكر و أنثى، إلا إذا جاءت الوصية مفصلة بأن لأحدهما مقدار كذا و للآخر مقدار آخر فهنا تطبق الوصية كما هي (8).

**قانوننا:** على غرار فقهاء المذاهب الإسلامية نص المشرع الجزائري في المادة 187 ق.أ.ج على صحة الوصية للحمل، إلا أنه نص على أحد شروط الحمل و هو شرط ولادته حيا، و أهمل شرط وجوده أثناء انشاء الوصية؛ فلم يبيّن إذا أخذ بقول جمهور الفقهاء باشتراط وجوده أو بقول المالكية اللذين لم يفرقوا

(1)- محمد الشافعي: المرجع السابق، ص50.

(2)- موفق الدين ابن قدامة: ج8، المرجع السابق، ص456. أبي أحمد العيني: ج12، المرجع السابق، ص509. الشريبي: ج3، المرجع السابق، ص54.

(3)- موفق الدين ابن قدامة: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. شمس الدين الشريبي: المرجع نفسه، ص55.

(4)- شمس الدين السرخسي: ج30، المرجع السابق، ص50.

(5)- عبد السميع الآبي: ج3، المرجع السابق، ص317.

(6)- عبد السميع الآبي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. موفق الدين ابن قدامة: ج8، المرجع السابق، ص456. شمس الدين الشريبي: ج3، المرجع السابق،

الصفحة نفسها. أبي أحمد العيني: ج12، المرجع السابق، ص509.

(7)- موفق الدين ابن قدامة: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(8)- عبد السميع الآبي: ج3، المرجع السابق، ص317. موفق الدين ابن قدامة: المرجع نفسه، ص458.

بين وجودها وقت انشاء الوصية أو بعدها<sup>(1)</sup>، نص على اقتسام الوصية بين التوأم بالتساوي و لو اختلف الجنس.

نص المشرع المغربي في المادة 281 م.أ.مغ على صحة الوصية للحمل<sup>(2)</sup>، عملا بالمذهب المالكي لم يشترط المشرع المغربي في المادة 282 وجود الحمل أثناء انشاء الوصية بل تصح الوصية للحمل الذي سيوجد لاحقا<sup>(3)</sup>.

نص المشرع المغربي في المادة 304 على أنه في حالة وفاة الموصي يستفيد الورثة من منفعة الموصى به ثم تنتقل إلى الموصى له عند ولادته حيا.

لم يشترط المشرع التونسي في الفصل 184 م.أ.ش.ت لصحة الوصية للحمل إلا أن يكون موجودا في بطن أمه زمن إنشائها و أن يولد حيا خلال مدة لا تتجاوز المدة القصوى للحمل المحددة بسنة من تاريخ الموت أو الفرقة حسب الفصل 35 من المجلة<sup>(4)</sup>.  
إذا ولد توأم تقسم الوصية بينهما بالتساوي لا فرق بين ذكر أو أنثى<sup>(5)</sup>.

كما نص المشرع التونسي على غلة الموصى به و هي ما ينتج من نماء الموصى به؛ بحيث أوجب حفظها من حين وفاة الموصي إلى أن ينفصل الحمل حيا و إذا انفص ميتا تذهب لورثة الموصي لبطلان الوصية<sup>(6)</sup> (7).

نص المشرع الموريتاني في المادة 207 م.أ.ش.م ضمنا على الوصية للحمل، عملا بالمذهب المالكي لم تشترط فيه أن يكون موجودا حين انشاء الوصية لأنها أجازت الوصية لمن سيوجد لاحقا<sup>(8)</sup>.

(1) - رشيد بن شويخ: الوصية و الميراث، المرجع السابق، ص26.

(2) - محمد مومن: أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة الحقوق، العدد الثالث، 2004، الكويت، ص490.

(3) - رشيد بن شويخ: المرجع السابق، ص28.

(4) - فرج بن يوسف: المرجع السابق، ص425.

(5) - المرجع نفسه، ص426.

(6) - المرجع نفسه، ص427.

(7) - قرار تعقيبي مدني عدد10059 مؤرخ في 26ماي1974، ن سنة1974، ق.م، ج2، ص17: يصح الإيضاء للحمل على شرط أن يكون موجودا عند الإيضاء و أن يولد الموصى له حيا في غضون سنة حسب الفصلين 184 و 35 من م.أ.ش. فاطمة الزهراء بن محمود و سامية دولة: المرجع السابق، ص440.

(8) - رشيد بن شويخ: المرجع السابق، ص27.

نص المشرع الليبي في المادة 8 ق.و.ل ضمنا على صحة الوصية للحمل و اشترط أن يكون موجودا وقت انشاء الوصية و عند موت الموصي.

**مقارنة:** هذا المشرعون المغاربة حذو فقهاء المذاهب الأربعة بحيث نص جميعهم على صحة الوصية للحمل، أخذ المشرع الجزائري بإجماع الفقهاء باشتراطه ولادة الحمل حيا على خلاف البقية اللذين أهملوا هذا الشرط، كان على المشرع الجزائري اشتراط وجود الحمل وقت انشاء الوصية أو النص على وجوده لاحقا مثلما فعل بقية المشرعون المغاربة على غرار المشرع المغربي و الموريتاني اللذان أخذوا بقول المالكية في هذا الخصوص أما المشرع التونسي و الليبي فقد أخذوا بقول الجمهور، كان على المشرع المغربي و الموريتاني و الليبي النص على حالة التوأم مثلما فعل المشرع الجزائري و التونسي، نص المشرع التونسي و المغربي على غلة الموصى به و هو ما لم ينص عليه بقية المشرعين المغاربة على الرغم من أهمية هذه النقطة.

### الفرع الثاني - الوقف:

يعتبر الوقف تصرفا تبرعيا ينشؤه الواقف بإرادته المنفردة و نظرا لخطورته و يجب أن تتوفر في الواقف عدة شروط حتى يكون أهلا لهذا التصرف، مع أن الوقف تصرف نافع للموقوف عليه إلا أنه يشترط فيه أن يكون أهلا للتملك.

**أولا- الواقف:** يشترط في الواقف أن يكون أهلا للتبرع.

- 1-**العقل:** اتفق فقهاء المذاهب الاسلامية على عدم صحة وقف المجنون جنونا مطبقا<sup>(1)</sup>.
- دليلهم؛ من المعقول: الوقف تبرع و لا تتوفر أهلية التبرع في المجنون؛ لذا لا يصح وقفه<sup>(2)</sup>.
- 2-**البلوغ:** اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على عدم صحة وقف الصبي<sup>(3)</sup>.
- دليلهم؛ من المعقول: الوقف تبرع و لا يمتلك الصغير أهلية التبرع<sup>(4)</sup>.

---

(1)- عرفة الدسوقي: ج4، المرجع السابق، ص77. شمس الدين الشربيني: ج2، المرجع السابق، ص486. ادريس البهوتي: ج3، المرجع السابق، ص447. محمد أمين ابن عابدين: ج6، المرجع السابق، ص521.

(2)- عرفة الدسوقي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3)- عرفة الدسوقي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. شمس الدين الشربيني: ج2، المرجع السابق، ص486. ادريس البهوتي: ج3، المرجع السابق، ص447. محمد أمين ابن عابدين: ج6، المرجع السابق، ص521.

(4)- عرفة الدسوقي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. ابن عابدين: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

**3-الرشد:** أجمعوا على عدم صحة وقف المحجور عليه بسفه و لو بإجازة وليه (1).

دليلهم؛ من القياس: لا يصح وقف السفية قياسا على عدم صحة بقية تصرفاته المالية (2).

دليلهم؛ من المعقول: الوقف تبرع و السفية ليس أهلا له (3).

**4-الاختيار:** أجمعوا على عدم صحة وقف المكره (4).

**5-المرض:** أجمعوا على عدم صحة وقف المريض مرض الموت إلا في حدود الثلث لأن الوقف هنا

يأخذ حكم الوصية، و ما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة (5).

دليلهم؛ من القياس: قاسوا الوقف على العتق و الهبة لأنهم تبرع يأخذون منزلة الوصية إذا صدروا في مرض الموت (6).

**6-الحرية:** أجمع الفقهاء على عدم صحة وقف العبد (7).

دليلهم؛ من المعقول: لا تتوفر في العبد أهلية التبرع لذا لا يصح منه الوقف (8).

**قانونا:** يجب أن تتوفر في الواقف أهلية التبرع حتى يصح الوقف منه (9)، لذا ذكر المشرع الجزائري في

المادة 10 من قانون الأملاك الوقفية (10) عدة شروط يجب توفرها في الواقف (11).

أخذ المشرع بما أجمع عليه فقهاء المذاهب الأربعة؛ بحيث اشترط أن يكون الواقف: عاقلا غير مجنون

---

(1)- عرفة الدسوقي: ج4، المرجع نفسه، ص77. شمس الدين الشربيني: ج2، المرجع السابق، ص486. ادريس البهوتي: ج3، المرجع السابق، ص457.

محمد أمين ابن عابدين: ج6، المرجع نفسه، ص523.

(2)- البهوتي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3)- محمد أمين ابن عابدين: ج6، المرجع السابق، ص524.

(4)- عرفة الدسوقي: ج4، المرجع السابق، ص77. شمس الدين الشربيني: ج2، المرجع السابق، ص486.

(5)- عرفة الدسوقي: المرجع نفسه، ص78. محمد أمين ابن عابدين: المرجع نفسه، ص530. شمس الدين الشربيني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. موفق

الدين ابن قدامة: ج8، المرجع السابق، ص215.

(6)- عرفة الدسوقي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. موفق الدين ابن قدامة: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(7)- عرفة الدسوقي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. ادريس البهوتي: المرجع نفسه، ص447. شمس الدين الشربيني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. محمد

أمين ابن عابدين: ج6، المرجع السابق، ص523.

(8)- محمد أمين ابن عابدين: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(9)- عبد المنعم أبو شعيشع: نظام الوقف في الاسلام و أثره في الدعوى إلى الله تعالى، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، ب ط، 2008،

ص32.

(10)- قانون رقم 91-10 الصادر في 27 أبريل 1991 المتضمن قانون الأوقاف الجزائري.

(11)- عمر حمدي باشا: عقود التبرعات الهبة- الوصية- الوقف، دار هومة، الجزائر، 2004، ب ط، ص91.

جنونا مطبقا و لا معتوه و لا يعتريه أي خلل في عقله، هذا ما أكدته المادة 31 ق.أ.و.ج و التي أضافت أن المجنون جنونا متقطعا يصح وقفه أثناء إفاقته و تمام عقله على أن تثبت الإفاقة بإحدى الطرق الشرعية<sup>(1)</sup>، على خلاف المادة 107 ق.أ.ج لم يفرق المشرع في المادة 31 بين وقف المجنون و من تبعه قبل الحكم عليهم بالحجر و بين وقفهم بعد الحكم بالحجر، كان عليه أن يجعلها باطلة بعد الحكم بالحجر أو إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وقت انعقاد الوقف<sup>(2)</sup>، ما يعاب على هذه المادة أن المشرع حينما أخذ بما جاء به الفقه الإسلامي في جزئية صحة وقف المجنون جنونا متقطعا أثناء إفاقته كان متناقضا مع القواعد العامة؛ فالمادة 42 قانون مدني جاءت مطلقة لم تفرق بين الجنون المطبق و الجنون المتقطع<sup>(3)</sup>.

يشترط كذلك أن يكون بالغا سن الرشد القانوني؛ و هو ما أكدته المادة 30 من نفس القانون، ما يعاب على هذه المادة أنها لم تنص على حالة الصبي المأذون فهل يُرجع إلى قانون الأسرة الذي نص في المادة 84 على أن القاضي قد يمنح للمميز إذنا كليا للتصرف في أمواله و هو ما يفهم منه أن الوقف يدخل في هذا الإذن؟، أو يُرجع إلى الفقه الإسلامي اعتمادا على المادة 02 من قانون الأوقاف: "على غرار كل مواد هذا القانون، يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه" الذي كان مخالف لما ذهب إليه المادة 84 لأن الإذن عند فقهاء الشريعة الإسلامية يمنح لمن بلغ سبع سنوات، يشترط أيضا أن يكون راشدا غير محجور عليه؛ و هو ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 10 ق.أ.و.ج، اشترطت هذه المادة في الواقف أن يكون غير محجور عليه لسفه أو دين؛ و أغفلت ذو الغفلة و هو ما يتناقض مع المادة 43 ق.م.ج التي ساوت بين حكم السفية و ذو الغفلة<sup>(4)</sup>، تكلم قانون الأوقاف عن المريض مرض الموت؛ بحيث جعل وقفه قابلا للإبطال من طرف من له مصلحة و هم الدائنون بشرط أن يكون الدين مستغرقا جميع أملاكه، و هو ما نستشفه من المادة 32 ق.أ.و.ج و هو ما أخذت به

(1)- عبد الرزاق بوضياف: إدارة أموال الوقف و سبل استثماره في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، 2006/2005، ص143.

(2)- رمضان قنفود: شروط الوقف وفق آخر تعديلات قانون الوقف، ص44.

(3)- خير الدين فنطازي: نظام الوقف في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة منتوري، 2007/2006، ص35.

(4)- المرجع نفسه، ص36 و ما بعدها.

المحكمة العليا في قرارها رقم 546.46 المؤرخ في 1988/11/21<sup>(1)</sup>.

نصت المادة 5 من مدونة الأوقاف المغربية<sup>(2)</sup> (م.أو.مغ) على وجوب تمتع الواقف بأهلية التبرع تحت طائلة البطالان؛ بالرجوع إلى المبادئ العامة في مدونة الأسرة نجد المشرع المغربي يشترط في الواقف أن يكون بالغاً سن الرشد المدني عاقلاً غير مجنون و لا معتوه و لا مغفل، راشداً غير محجور عليه لسفه، نصت المادة 6 من نفس القانون على لزوم وقف المريض مرض الموت و جعلته يأخذ حكم الوصية. لم ينص القانون رقم 124 المتعلق بأحكام الوقف الليبي<sup>(3)</sup> (ق.أ.ل) على الأهلية الواجب توفرها في الواقف.

ألغى المشرع التونسي الأوقاف بموجب الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 المتعلق بإلغاء نظام الأحباس الخاصة و المشتركة<sup>(4)</sup>.

اشترط المشرع الموريتاني في المادة 816 ق.إ.ع.م أن يكون الواقف أهلاً للتبرع؛ فيجب أن يكون عاقلاً غير مجنون و لا معتوه ولا مغفل، بالغاً سن الرشد المدني و غير محجور عليه لسفه.

**مقارنة:** هذا المشرع الجزائري و المغربي و الموريتاني حذو فقهاء الشريعة الإسلامية اللذين اشترطوا توفر أهلية التبرع في الواقف؛ غير أن المشرع الجزائري فصل أكثر بحيث ذكر كل شرط على حذاً، لكن ما يعاب عليه أنه لم ينسق بين مواد قانون الأوقاف و القانون المدني و قانون الأسرة المتعلقة بهذه الجزئية

**ثانياً- الموقوف عليه:** يشترط في الموقوف عليه أن يكون أهلاً للتملك.

**الحمل:** انقسم الفقهاء حول الوقف على الحمل إلى عدة أقوال:

**القول الأول:** ذهب المالكية و الحنفية إلى صحة الوقف على الحمل، لكن لا يكون لازماً إلا بعد ولادته

(1)- خالد رمول: الإطار القانوني و التنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر، دار هومة، الجزائر، ب ط، 2004، ص 75.

(2)- ظهير شريف رقم 1.09.236 الصادر في 23 فبراير 2010 المتعلق بمدونة الأوقاف.

(3)- قانون رقم 124 لسنة 1392 هـ/ 1972 م بشأن أحكام الوقف.

(4)- قانون رقم 127 المؤرخ في سنة 1972 المتعلق بأحكام الوقف عدل بموجب عدّة قوانين و أوامر: قانون رقم 53 لسنة 1957 المتعلق بتنقيح الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 الصادر في إلغاء نظام الأحباس الخاصة و المشتركة. قانون رقم 83 لسنة 1957 المؤرخ في 31 ديسمبر 1957 يتعلق بتحويل بعض فصول من الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 الصادر في إلغاء الأحباس الخاصة و المشتركة. قانون رقم 55 لسنة 1958 المتعلق بتنقيح بعض فصول الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957. قانون عدد 25 لسنة 1960 يتعلق بتنقيح الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 المتعلق بحل الأحباس .

دليلهم؛ من المعقول: الوقف على الحمل صحيح عند المالكية لاعتبارين؛ أولهما أن الوقف تصرف من جانب واحد فلا يحتاج إلى قبول الموقوف عليه، ثانيهما أن الحمل أهل للتملك (2).

**القول الثاني:** ذهب الحنابلة إلى عدم صحة الوقف على الحمل كأصل؛ كأن يقول الواقف: "وقفت داري على ما في بطن هذه المرأة"، ذهبوا إلى صحة الوقف على الحمل بالتبعية؛ كأن يقول الواقف: "وقف داري على أولادي أو أولاد فلان، و فيهم حمل" (3).

دليلهم؛ من المعقول: الوقف تمليك؛ و الحمل لا يصح تملكه إلا بالإرث أو الوصية (4).

**القول الثالث:** ذهب الشافعية إلى عدم صحة الوقف على الحمل (5).

دليلهم؛ من القياس: قاس الشافعية الوقف على الحمل على الهبة للحمل و كلاهما باطل لأنه على معدوم (6).

**الترجيح:** أرجح ما ذهب إليه المالكية و الحنفية؛ لأنهم اعتمدوا على أدلة أقوى من أدلة بقية المذاهب

**العقل:** أجمع فقهاء المذاهب الأربعة على صحة الوقف على المجنون (7).

دليلهم؛ من المعقول: المجنون أهل للتملك؛ لذا يصح الوقف عليه (8).

**الصغر:** أجمع فقهاء المذاهب الأربعة على صحة الوقف على الصغير (9).

دليلهم؛ من المعقول: الصغير أهل للتملك؛ لذا يصح الوقف عليه (10).

**الرشد:** أجمع فقهاء المذاهب الأربعة على صحة الوقف على السفه (11).

(1) - عرفة الدسوقي: ج4، المرجع السابق، ص78. ابن عابدين: ج6، المرجع السابق، ص520.

(2) - عرفة الدسوقي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3) - ادريس البهوتي: ج3، المرجع السابق، ص455/456.

(4) - المرجع نفسه، ص456.

(5) - أبي الحسن الماوردي: ج7، المرجع السابق، ص523.

(6) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(7) - عبد السمیع الآبی: ج2، المرجع السابق، ص208. ادريس البهوتي: المرجع نفسه، ص460. شمس الدين الشيريني: ج2، المرجع السابق، ص488.

(8) - عرفة الدسوقي: ج4، المرجع السابق، ص78.

(9) - عبد السمیع الآبی: ج2، المرجع السابق، ص208. ادريس البهوتي: ج3، المرجع السابق، ص460. شمس الدين الشيريني: ج2، المرجع السابق، ص488.

(10) - عرفة الدسوقي: ج4، المرجع السابق، ص78.

(11) - عبد السمیع الآبی: ج2، المرجع السابق، ص208. ادريس البهوتي: ج3، المرجع السابق، ص460. شمس الدين الشيريني: ج2، المرجع السابق، ص488.

يلهم؛ من المعقول: السفية أهل للتملك؛ لذا يصح الوقف عليه.

أجمع الفقهاء على أن المجنون أو الصغير أو السفية يستحقون غلة الوقف بواسطة وليهم<sup>(1)</sup>.

قال ابن أبي موسى من الحنابلة ينظر فيه الحاكم<sup>(2)</sup>.

الحرية: أجمع الفقهاء على عدم صحة الوقف على العبد<sup>(3)</sup>.

دليلهم؛ من المعقول: الوقف تمليك؛ لذا لا يصح تمليك من لا يملك كالرقيق<sup>(4)</sup>.

قانوننا: يشترط في الموقوف عليه أن يكون أهلا للتملك و هو ما لم يتطرق إليه المشرع الجزائري في قانون الأوقاف، فهل يرجع في هذه المسألة إلى القانون المدني و قانون الأسرة لكونهما الشريعة العامة لهذا القانون، أو إلى الفقه الإسلامي اعتمادا على المادة 02 منه؟ ذهب أغلب الفقه إلى الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي و من ثم جواز الوقف على عديمي و ناقصي الأهلية لأنها تصرفات نافعة لهم نفعاً محضاً، و يقوم مقامهم وليهم أو القيم عليهم في استحقاقهم غلة الوقف<sup>(5)</sup>.

يفهم من المادة 13 ق.أو.ج أن المشرع الجزائري أخذ بقول المالكية و الحنفية؛ فالوقف على الحمل صحيح لكن يتوقف على ولادته حيا<sup>(6)</sup>.

نص المشرع المغربي في المادة 13 م.أو.مغ على إمكانية أن يكون الموقوف عليه غير موجود وقت إنشاء الوقف بل سيوجد لاحقاً و هو يقصد بذلك صحة الوقف للحمل الذي سيوجد لاحقاً و إذا لم يتحقق وجوده يحدد الواقف جهة أخرى لصرف منفعة المال الموقوف. فرق المشرع المغربي في المادة 19 من نفس القانون بين الموقوف عليه المتمتع بالأهلية و الموقوف عليه ناقص أو فاقد الأهلية أما الأول فيصح القبول أو الرفض منه أو من وكيله، و إذا كان الموقوف عليه ناقص أو فاقد الأهلية يقبل عنه نائبه الشرعي أو من يعيه القاضي إذا لم يكن له نائب.

(1) - عبد السميع الآبي: ج2، المرجع السابق، ص208. ادريس البهوتي: ج3، المرجع السابق، ص460. الشريبي: ج2، المرجع السابق، ص488.

(2) - ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص78.

(3) - عرفة الدسوقي: ج4، المرجع السابق، ص78. شمس الشريبي: ج2، المرجع السابق، ص488. ادريس البهوتي: ج3، المرجع السابق، ص455.

(4) - ادريس البهوتي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5) - خالد رمول: المرجع السابق، ص85. صورية زردوم: النظام القانوني للأموال الوقفية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، 2010/2009، ص101.

(6) - صورية زردوم: المرجع السابق، ص100.

لم ينص المشرع الليبي في قانون الأوقاف على أهلية الموقوف عليه.  
نص المشرع الموريتاني في المادة 817 ق.إ.ع.م على إمكانية أن يكون الموقوف عليه غير موجود وقت إنشاء الوقف بل سيوجد لاحقا و بذلك يصح الوقف للحمل الذي سيوجد في المستقبل.  
مقارنة: هذا المشرع الجزائري و المغربي و الموريتاني حذو فقهاء المذهب المالكي و الحنفي اللذين يقولون بصحة الوقف للحمل، اشترط المشرع الجزائري ولادته حيا و زاد المشرع المغربي و الموريتاني صحة الوقف للحمل الذي سيوجد في المستقبل. انفرد المشرع المغربي عن بقية المشرعين المغاربة بالنص على الموقوف عليه كامل و ناقص و فاقد الأهلية.

### المطلب الثالث- الأهلية و أثر تخلفها على النفقة:

يجب أن تتوفر في الشخص أهلية معينة حتى يستطيع تحمل عبئ ثقل كواجب الإنفاق، كما يجب أن تتوفر شروط معينة حتى يتمتع الشخص بحق إنفاق غيره عليه فبمجرد بلوغه سنا معينة أو زوال بعض العوارض عنه قد لا يتمتع بهذا الحق مجددا كما قد يتحول من دور المنفق عليه إلى دور المنفق على غيره، لذا نلمس أن الأهلية تشكل حلقة مهمة في موضوع النفقة.

### الفرع الأول- الأهلية و أثر تخلفها على النفقة الزوجية:

قضت الفوارق الطبيعية للرجل و المرأة على أن يلقي واجب النفقة الزوجية على الزوج؛ إلا أن هذا الأمر ليس على إطلاقه فيجب أن تتوفر في الزوج بعض الشروط حتى يكون أهلا للإنفاق كما يجب أن تتوفر في الزوجة شروط تجعلها أهلا للإنفاق عليها، هذا من باب الحماية التي تفرضها الشريعة الإسلامية و كذا القوانين الوضعية على من لا تتوفر فيه هذه الشروط.

**أولاً- أهلية الزوج:** يجب أن تتوفر في الزوج الشروط التالية حتى يكون أهلا للإنفاق على زوجته.

#### 1-البلوغ: انقسم الفقهاء حوله إلى قولين:

**القول الأول:** ذهب أصحابه إلى اشتراط البلوغ في الزوج حتى يجب عليه الإنفاق؛ و هو قول المالكية<sup>(1)</sup>.

دليلهم؛ من المعقول: النفقة مقابلة للاستمتاع، و ما دام الزوج صغير غير قادر على الوطء فلا تجب عليه النفقة<sup>(2)</sup>.

**القول الثاني:** ذهب أصحابه إلى أن الإنفاق واجب على الزوج سواء كان بالغاً أو غير بالغ؛ و هو قول الحنابلة و الحنفية و الشافعية<sup>(3)</sup>.

دليلهم، قوله عليه الصلاة و السلام: " و لمن عليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف " <sup>(4)</sup>. هذا الخطاب عام لا يوجد ما يدل على أنه خاص بالبالغ أو غير البالغ<sup>(5)</sup>.

(1)- ابن رشد الحفيد: ج3، المرجع السابق، ص69.

(2)- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3)- ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص410. علاء الدين الكاساني: ج5، المرجع السابق، ص133. الشريبي: ج3، المرجع السابق، ص574.

(4)- أخرجه مسلم: كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه و سلم، حديث رقم2950. صحيح مسلم، المرجع السابق، ص490.

(5)- علاء الدين الكاساني: المرجع نفسه، ص134.

دليلهم؛ من القياس: قاسوا النفقة على الأجرة فمادام المؤجر قد سلم العين المأجورة وجب على المستأجر دفع الأجرة؛ فالإنفاق مقابل للاستمتاع، فإذا مكنت الزوجة الزوج من نفسها و لم تقصر في حقه فهي مستحقة للإنفاق بغض النظر عن أهلية الزوج (1).

إذا كان الزوج صغيرا يتولى وليه الإنفاق نيابة عنه من مال الصغير قياسا على الزكاة (2).  
الترجيح: أرجح ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني لأنهم اعتمدوا على أدلة أقوى من أدلة أصحاب القول الأول.

## 2- العقل: انقسم الفقهاء حوله إلى قولين:

**القول الأول:** ذهب الحنابلة إلى أن الإنفاق واجب على الزوج المجنون، و ينوب عنه وليه في آدائها (3).  
دليلهم؛ من المعقول: أن الاستمتاع بالزوجة ممكن من جهتها إلا أنه تعذر بسبب حالة الزوج العقلية التي لا ذنب للزوجة فيها.

**القول الثاني:** ذهب الشافعية إلى أن المجنون جنونا مطبقا لا يجوز لوليه تزويجه و لا تغريمه بالإنفاق من ماله على زوجته و على العكس من ذلك المجنون جنونا متقطعا (4).

لم ينص المالكية و الحنفية على وجوب أو عدم وجوب النفقة الزوجية على الزوج لأن زواج المجنون غير منعقد عندهم فالعقل من شرائط أهلية التصرف (5).

## 3-الرشد: أجمع فقهاء المذاهب الأربعة على أن النفقة واجبة على الزوج السفیه (6).

دليلهم؛ من المعقول: السفه هو سوء تصرف الزوج في ماله و بالتالي هو عيب في الزوج خارج عن إرادة الزوجة لا ذنب لها فيه (7).

(1)- ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص410. شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص574.

(2)- ادريس البهوتي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. علاء الدين الكاساني: ج5، المرجع السابق، ص133.

(3)- ادريس البهوتي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(4)- أبي الحسن الماوردي: ج9، المرجع السابق، ص72 / 73.

(5)- عبد السمیع الآبی: ج1، المرجع السابق، ص339. علاء الدين الكاساني: ج3، المرجع السابق، ص325.

(6)- محمد الخرشبي: الخرشبي على مختصر خليل، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، ط2، 1899، ج5، ص294. ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، الصفحة نفسها. أبي الحسن الماوردي: ج9، المرجع السابق، ص72. علاء الدين الكاساني: ج10، المرجع السابق، ص90.

(7)- ادريس البهوتي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

4- الحرية: أجمع فقهاء المذاهب الأربعة على أن النفقة تجب على العبد، لكن يدفعها عنه سيده لأنه هو من أذن له بالنكاح (1).

دليلهم؛ من القياس: قاسوا العبد على الحر في وجوب النفقة؛ لاشتراكهما في حبس الزوجة و الاستمتاع بها (2).

ذهب ابو المصعب (3) إلى أن النفقة غير واجبة على العبد؛ لأنه محجور عليه في ماله (4).

5- المرض: انقسم الفقهاء حوله إلى قولين:

القول الأول: ذهب الحنابلة و الحنفية إلى أن الإنفاق واجب على الزوج و لو كان مريضا (5).

القول الثاني: قسم المالكية مرض الزوج إلى قسمين إذا كان مريضا مرضا مخوفا لا يقدر معه على الاستمتاع لا تجب عليه النفقة و إذا كان مرضه أقل من ذلك بحيث يستطيع أن يستمتع بزوجه و جبت عليه نفقتها (6).

ثانيا- أهلية الزوجة: يجب أن تتوفر في الزوجة الشروط التالية حتى تكون أهلا للإنفاق عليها:

1- العقل: أجمع الفقهاء على عدم اشتراط العقل في الزوجة حتى تجب نفقتها؛ فالزوجة المجنونة و المعتوهة مستحقة للنفقة (7).

دليلهم؛ من المعقول: تعطى النفقة للزوجة مقابل الاستمتاع بها و مادامت الزوجة المجنونة تطيق الوطاء و سلمت نفسها لزوجها فنفتها واجبة عليه (8).

---

(1)- ابن رشد الحفيد: ج3، المرجع السابق، ص71. أبي الحسن الماوردي: ج11، المرجع السابق، ص449. ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص412. علاء الدين الكاساني: ج5، المرجع السابق، ص138.

(2)- علاء الدين الكاساني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3)- أحمد بن أبي بكر القاسم بن الحارث بن زرارة بن مصعب بن عبد الرحمان بن عوف القرشي الزهري المدني المشهور بأبو مصعب، الإمام الثقة شيخ دار الهجرة الفقيه قاضي المدينة، ولد سنة150هـ توفي سنة242هـ. شمس الدين الذهبي: ج11، المرجع السابق، ص437.

(4)- ابن رشد الحفيد: ج3، المرجع السابق، ص71.

(5)- ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص410. علاء الدين الكاساني: ج5، المرجع السابق، ص134.

(6)- الصادق الغرياني: ج2، المرجع السابق، ص640.

(7)- ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص412. شمس الدين الشيريني: ج3، المرجع السابق، ص571. علاء الدين الكاساني: ج5، المرجع السابق، ص135.

(8)- ادريس البهوتي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

**2- البلوغ:** أجمع الفقهاء على عدم اشتراط البلوغ في الزوجة حتى تجب نفقة زوجها عليها بشرط أن تطيق الوطء<sup>(1)</sup>.

دليلهم؛ من القياس: قاسوا الصغيرة على الكبيرة في استحقاق النفقة لاشتراكهما في تمكين الزوج من الاستمتاع و القدرة على الوطء<sup>(2)</sup>.

دليلهم؛ من السنة: أن الرسول عليه الصلاة و السلام تزوج عائشة رضي الله عنها و هي بنت ست سنين، و دخل بها بعد سنتين،<sup>(3)</sup> و لم ينقل عن النبي أنه أنفق عليها قبل الدخول<sup>(4)</sup>.

دليلهم؛ من المعقول: النفقة تعطى مقابل الاستمتاع، لذلك حدد الحنابلة و الشافعية السن الذي تجب فيها النفقة على الزوجة بتسعة أعوام؛ لأنها تصبح فيها قادرة على الوطء. لقول عائشة رضي الله عنها: "إذا بلغت الجارية تسعا فهي امرأة"<sup>(5)</sup>.

إذا كانت الزوجة دون سن التسعة لا تجب النفقة عليها و لو سلمت نفسها أو سلمها وليها؛ لأنها ليست محلا للاستمتاع<sup>(6)</sup>.

**3- المرض:** أجمع الفقهاء على أن النفقة تجب على الزوجة المريضة<sup>(7)</sup>.

دليلهم؛ من المعقول: يتحقق الاستمتاع في المريضة فيما دون الوطء، كما يتحقق معها السكن و المودة عكس الصغيرة التي يتحقق معها ذلك.

كما أن المرض أمر خارج عن إرادة الزوجة فلا تمنع من النفقة فيما لا ذنب لها فيه<sup>(8)</sup>.

دليلهم؛ من القياس: قاسوا الأمة على الحرة لأنه كلاهما مكّنت زوجها من نفسها.

---

(1)- الخطاب الرعيي: ج5، المرجع السابق، ص541. ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص410. علاء الدين الكاساني: ج5، المرجع السابق، ص129. شمس الدين الشريبي: ج3، المرجع السابق، ص570.

(2)- علاء الدين الكاساني: المرجع نفسه، ص129.

(3)- سبق تخريجه.

(4)- شمس الدين الشريبي: ج3، المرجع السابق، ص570.

(5)- ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص410. شمس الدين الشريبي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(6)- ادريس البهوتي: المرجع نفسه، ص411.

(7)- الصادق الغرياني: ج2، المرجع السابق، ص647. أبي الحسن الماوردي: ج11، المرجع السابق، ص440. علاء الدين الكاساني: ج5، المرجع السابق، ص130/134.

(8)- الصادق الغرياني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. أبي الحسن الماوردي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

#### 4- الرق: أجمع الفقهاء على وجوب النفقة على الأمة إذا سلمت نفسها (1).

قانوننا: نص المشرع الجزائري على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها في المادة 74 ق.أ.ج (2)، لم ينص بطريقة مباشرة على الشروط الواجب توفرها في الزوج حتى يكون أهلا للإنفاق على زوجته إلا أن هذا يفهم من المبادئ العامة في قانون الأسرة فيجب أن تتوفر في الزوج أهلية الزواج و هو ما يفهم من المواد 7 و 9 مكرر ق.أ.ج (3)، أما إذا تزوج بترخيص من القاضي فإنه يصبح بموجب هذا الترخيص أهلا لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات و كذا التقاضي بشأنها و على رأسها واجب الإنفاق (4).

الأمر نفسه بالنسبة للزوجة فلم ينص المشرع الجزائري على الشروط الواجب توفرها، بالرجوع إلى المبادئ العامة في قانون الأسرة يجب أن تكمل الزوجة سن التاسعة عشرة حسب نص المادة 7 ق.أ.ج حتى تكون أهلا للإنفاق عليها ففي هذه السن تدرك حقوقها و واجباتها الزوجية، كما أنه قبل هذه السن لا تتحقق أهداف الزواج المنصوص عليها في المادة 4 ق.أ.ج فالزوجة ناقصة أو فاقدة الأهلية لا يتحقق معها السكن و المودة و لا تصلح للخدمة أو الاستئناس (5).

مع الأخذ بعين الاعتبار حالة الزوجة المرخص لها بالزواج و التي تكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و واجبات و من أهم حقوقها حق النفقة (6).

الأول و تستحق الأخيرة النفقة، اشترط الفقه المغربي أن يكون الزوج بالغا و غير مريض مرض الموت و أن تكون الزوجة مطيقة للوطء أي غير صغيرة (7) (8).

---

(1)- ابن رشد الحفيد: ج3، المرجع السابق، ص70. ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص412. علاء الدين الكاساني: ج5، المرجع نفسه، ص137. أبي اسحاق الشيرازي: ج4، المرجع السابق، ص605.

(2)- العربي بختي: المرجع السابق، ص153.

(3)- العربي بلحاج: المرجع السابق، ص345.

(4)- أوريدة بوترفة: وجوب النفقة في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ب ت، ص19.

(5)- العربي بلحاج: المرجع السابق، ص345.

(6)- أوريدة بوترفة: المرجع السابق، ص19.

(7)- محمد الأزهر: المرجع السابق، ص259.

(8)- نص بعض الفقه المغربي على أن النفقة تسقط بالإبراء حسب الفصل 340 ق.إ.ع.مغ و أن من شروط صحة الإبراء أن تكون الزوجة تامة الأهلية فإذا كانت دون سن الرشد أو مصابة بإعاقة ذهنية لا تكون أهلا لهذا، بمفهوم المخالفة أن الزوجة ناقصة أو فاقدة الأهلية هي أهل للإنفاق عليها ما دام لها الحق في الإبراء من هذه النفقة. محمد الكشور: ج1، المرجع السابق، ص541.

نص المشرع المغربي في المادة 2/187 م.أ.مغ على أن الزوجية من أسباب وجوب النفقة على الغير، كما خصص للنفقة الزوجية الباب الثاني من القسم الثالث من الكتاب الثالث من المدونة إلا أنه على غرار المشرع الجزائري لم ينص على الشروط الواجب توفرها في الزوج أو الزوجية حتى يجب الإنفاق على كما أنه بالرجوع إلى المبادئ العامة في المدونة نجد أن الزوجين المرخص لهما بالزواج يصيران أهلا لاكتساب الحقوق و التحمل بالالتزامات الناتجة عن عقد الزواج، و اكتسابه من حقوق و واجبات يثبت لهما صفة التقاضي<sup>(1)</sup>.

نص المشرع التونسي في الفصلين 37 و 38 م.أ.ش.ت على أن الزوجية من أسباب النفقة<sup>(2)</sup>، إلا أنه لم ينص على الأهلية الواجب توفرها في الزوج حتى يلتزم بالإنفاق و الأهلية الواجب توفرها في الزوجة حتى تكون تتمتع بحق الإنفاق عليها، بالرجوع إلى الفصل 153 من نفس المجلة نجد أن ترشيد القاصر بالزواج يرشده فيما يتعلق بحالته الشخصية و كذا معاملاته المدنية و التجارية بشرط أن يتوفر فيه شرط السن المحدد بسبعة عشرة سنة، تدخل النفقة في إطار حالة الفرد الشخصية كما أنه إذا كان الترخيص بالزواج يرشد الشخص في المعاملات التجارية فمن باب أولى أن يكون أهلا للإنفاق على زوجته<sup>(3)</sup>.

نص المشرع الليبي في المواد 17 و 18 و 23 ق.ز.ط.ل على أن النفقة من بين حقوق الزوجة على زوجها و على أن النفقة من حق الزوج على زوجته في حال عسره و يسرها، على غرار بقية المشرعين المغاربة لم يذكر الشروط الواجب توفرها في الزوجين، بالرجوع إلى المادة 6 ق.ز.ط.ل نجد أنها تشترط في الزوجين بلوغ سن العشرين و كمال العقل كما أن نفس المادة تنص على ترشيد القاصر بالزواج و ترشيده في جميع ما يتعلق به.

نص المشرع الموريتاني في المادتين 140 و 141 م.أ.ش.م على وجوب نفقة الزوج على زوجته و بعدم نصه على الأهلية اللازمة فإنه يحيلنا ضمنا إلى المواد 6 و 7 و 8 من نفس المدونة المتعلقة بأهلية الزواج التي تكتمل بالعقل و ببلوغ سن الثامنة عشرة كما نصت على الترخيص بالزواج المقيد بعدة

(1)- محمد الكشور: ج1، المرجع السابق، ص264.

(2)- فاطمة الزهراء بن محمود و سامية دولة: المرجع السابق، ص 195.

(3)- فريد بن جحا: المرجع السابق، ص 60.

شروط-سبق ذكرها- غير أن المشرع الموريتاني على خلاف بقية المشرعين المغاربة لم ينص على أن الترخيص بالزواج يكسب الزوج القاصر الأهلية للتمتع بالحقوق أو اكتساب الواجبات، بالتالي نرجع بخصوص الأهلية للزوجة للنفقة الزوجية إلى المشهور عن المذهب المالكي بموجب المادة 311 م.أ.ش.م. مقارنة: عالج المشرعون المغاربة موضوع النفقة الزوجية بصفة عامة بطريقة مقتضبة و موجزة لذا لا عجب أن نرى القصور و الغموض في كثير من النقاط المهمة و على رأسها عدم نصهم بطريقة مباشرة على الشروط الواجب توفرها في الزوج حتى يكون أهلا للإئناق على زوجته، كما لم ينصوا على الشروط الواجب توفرها في الزوجة حتى تستحق إئناق زوجها عليها مكثفين بالمبادئ العامة المنصوص عليها في تشريعاتهم الأسرية .

### الفرع الثاني- الأهلية و أثر تخلفها على نفقة الأقارب:

يتشعب موضوع النفقة على الأقارب بين نفقة الأصول على الفروع و نفقة الفروع على الأصول، لكن ما يتقاطع أكثر مع موضوع الأهلية هو نفقة الأصول على الفروع من حيث وجوب النفقة على الحمل في بطن أمه و مدة الإئناق على الأولاد التي ترتبط ارتباطا وثيقا بالسن و بقدراتهم العقلية؛ بحيث قد يحول نقص أو فقد الأهلية بين الشخص و بين طلب الرزق مما يجعل نفقته ملقاة على كاهل والده

**أولا- النفقة على الحمل:** انقسم الفقهاء حول وجوب النفقة على الحمل إلى قولين:

**القول الأول:** ذهب أصحابه إلى عدم وجوب النفقة على الحمل؛ و هم الحنفية و ابن حمدان<sup>(1)</sup> و الشافعية في رواية<sup>(2)</sup>.

دليلهم؛ من المعقول: النفقة على القريب مشروطة باحتياجه لها، و الحمل غير محتاج لهذه النفقة ما دام لم يولد بعد.<sup>(3)</sup>

**القول الثاني:** ذهب أصحابه إلى وجوب نفقة الأب أو ورثته -إن كان ميت-على الحمل، إلا إذا كان الحمل موسرا فالنفقة عليه تكون من ماله؛ و هو قول المالكية و الحنابلة و الشافعية في رواية أخرى<sup>(4)</sup>.

(1)- عبد الله بن محمد بن حمدان العكبري الحنبلي، الإمام القدوة العابد الفقيه المحدث شيخ العراق، ولد سنة 304هـ توفي سنة 387هـ، مصنف كتاب الإبانة الكبرى. شمس الدين الذهبي: ج16، المرجع السابق، ص529 و ما بعدها.

(2)- علاء الدين الكاساني: ج5، المرجع السابق، ص120. ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص406. شمس الدين الشربيني: ج3، ص576.

(3)- شمس الدين الشربيني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(4)- المغربي: ج5، المرجع السابق، ص553 و ما بعدها. البهوتي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. الشربيني: المرجع نفسه، ص577.

دليلهم؛ من المعقول: تجب نفقة الأب على الحمل لأنه ولده و تجب على الورثة للقرية، يتم الإنفاق على الحمل عن طريق الإنفاق على أمه من أجله (1).

أن النفقة تجب للأم المطلقة طلاقاً بائناً إذا كانت حاملاً و تسقط عنها إذا كانت حائلاً؛ و في هذا دليل على أنها للحمل لأنه يتغذى بغذاء أمه (2).

**الترجيح:** أرجح ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني خاصة في زماننا هذا حيث زاد احتياج الحمل للنفقة من غذاء خاص تتغذى به الأم و كذا مصاريف العلاج من متابعة الحمل و تحاليل طبية و غيرها.  
**قانوننا:** أغفل المشرع الجزائري النص على النفقة على الحمل في قانون الأسرة لذا يرجع إلى الفقه الإسلامي في هذا الخصوص بموجب المادة 222 ق.أ.ج.

أغفل المشرع المغربي هذه النقطة كذلك بحيث لم ينص بمادة صريحة على وجوب النفقة على الحمل لكن بالرجوع إلى المادة 400 م.أ.مغ يرجع إلى تطبيق المذهب المالكي و الاجتهاد الذي يراعي تحقيق روح الإسلام، و بالتالي فالأب ملزم بالنفقة على الحمل "أو ما يطلق عليه في لغة المتقاضين نفقة تقوية الحمل" (3).

الأمر نفسه بالنسبة للمشرع التونسي و الليبي و الموريتاني فجميعهم لم ينص على واجب الإنفاق على الحمل.

**مقارنة:** لم ينص المشرعون المغاربة على نفقة الحمل في تشريعاتهم الأسرية فيرجع إذا إلى المذهب المالكي حسب المشرع المغربي و الموريتاني و إلى الفقه الإسلامي بالنسبة للمشرع الجزائري و الليبي و التونسي.

(1)-ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص406.

(2)- شمس الدين الشريبي: ج3، المرجع السابق، ص577.

(3)-عبد المجيد غميحة: المرجع السابق، ص317.

## ثانيا- نفقة الأولاد:

**1- الشروط الواجب توفرها في الأولاد:** يشترط في الأولاد فيما يخص الأهلية ما يلي:

**أ- العقل:** يستحق الولد المجنون النفقة من والده بإجماع الفقهاء الأربعة<sup>(1)</sup>.

دليلهم، من المعقول: أن المجنون عاجز عن الكسب لذا وجبت نفقته على والده<sup>(2)</sup>.

**ب- الصغر:** أجمع الفقهاء الأربعة على أن الصغير يبقى مستحق للنفقة حتى يبلغ الحلم<sup>(3)</sup>.

دليلهم، من المعقول: أن الصغير لا يستطيع التكسب و الإنفاق على نفسه لذا تجب نفقته على والده<sup>(4)</sup>.

انقسم الفقهاء حول الأنثى إلى قولين:

**القول الأول:** يرى أصحابه استمرار الإنفاق عليها إلى أن يدخل بها زوجها؛ و هو قول المالكية و الحنفية<sup>(5)</sup>.

دليلهم؛ من المعقول: أن الأنثى إذا تزوجت تصبح مسؤولة من زوجها هو من يتولى الإنفاق عليها<sup>(6)</sup>.

**القول الثاني:** يرى أصحابه أن الذكر و الأنثى سواء يستمر الإنفاق عليهما إلى البلوغ؛ و هو قول الحنابلة و الشافعية<sup>(7)</sup>.

**الترجيح:** أرجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول لأن الأنثى تختلف بطبيعتها في القدرة على الكسب عن الذكر الذي يستطيع الكسب في سن البلوغ على خلاف الأنثى، كما أن في الإنفاق عليها حماية و صيانة لها من الأخطار و الإغراءات التي تصاحب خروج المراهقة لكسب لقمة العيش.

---

(1)-الصادق الغرياني: ج3، المرجع السابق، ص133. أبي الحسن الماوردي: ج11، المرجع السابق، ص478. موفق الدين ابن قدامة: ج11، المرجع السابق، ص378. ابن الهمام الحنفي: ج4، المرجع السابق، ص371.

(2)-أبي الحسن الماوردي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها

(3)-الصادق الغرياني: ج3، المرجع السابق، ص133. أبي الحسن الماوردي: ج11، المرجع السابق، ص478. موفق الدين ابن قدامة: ج11، المرجع السابق، ص378. أبي أحمد العيني: ج5، المرجع السابق، ص533.

(4)- أبي الحسن الماوردي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5)-الصادق الغرياني: ج3، المرجع السابق، ص133. أبي أحمد العيني: ج5، المرجع السابق، ص534.

(6)-الصادق الغرياني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(7)- موفق الدين ابن قدامة: ج11، المرجع السابق، ص378. الماوردي: ج11، المرجع السابق، ص478.

ج- الحرية: يجب أن يكون الولد حراً، فإذا كان عبداً وجبت نفقته على سيده (1).

قانوننا: نص المشرع الجزائري على نفقة الأب على أولاده في المادة 75 ق.أ.ج، و فرق بين مدة النفقة على الذكر و الأنثى بحيث تستمر نفقة الأب على ابنه إلى غاية سن الرشد المدني و هو تسعة عشرة سنة كقاعدة عامة و تستمر النفقة كاستثناء إذا وجد مبرر لذلك و على رأس هذه المبررات حالة الابن المصاب بالجنون أو العته و غيرها من الأمراض العقلية التي تحول بينه و بين الكسب (2)، أما الأنثى فيستمر الأب في الإنفاق عليها إلى غاية الدخول بما فتنقل نفقتها من والدها إلى زوجها (3).

نص المشرع المغربي في المادة 197 م.أ.مغ على وجوب نفقة الأب على الأولاد (4)، تستمر نفقة الأب على أبنائه الذكور إلى غاية بلوغهم سن الرشد المحدد حسب القانون المغربي بثمانية عشرة سنة أو إتمام الخامسة و العشرين إذا كانوا متابعين للدراسة، أما الأنثى تستمر نفقتها إلى غاية وجوب نفقتها على زوجها و التي تجب عليه حسب المادة 194 من المدونة بالبناء-الدخول- كما لم يغفل المشرع المغربي عن حالة الأولاد المصابين بأفة عقلية بحيث يستمر الأب في الإنفاق عليهم (5).

نص المشرع التونسي في الفصل 46 من م.أ.ش.ت على وجوب النفقة على الأولاد و على غرار المشرعين الجزائري و المغربي قسمها إلى ثلاث حالات؛ أولها النفقة على الذكور و التي تستمر إلى غاية بلوغ الذكر سن الرشد المحدد حسب المشرع التونسي بثمانية عشرة سنة، و تستمر النفقة على البنات إلى أن تنتقل نفقتها إلى زوجها بالرجوع إلى الفصل 38 من نفس المجلة نجد نفقتها تجب على زوجها بالدخول، أما الأولاد المعوقين بما فيهم أصحاب الإعاقات الذهنية فنفتهم غير محددة بمدة معينة (6).

نص المشرع الليبي في المادة 71 ق.ز.ط.ل على وجوب النفقة على الأولاد، فتستمر حسب النفقة على الذكور إلى غاية البلوغ.

تستمر بالنسبة للإناث إلى غاية الزواج و الدخول، و على خلاف بقية المشرعين المغاربة لم ينص

(1)- الصادق الغرياني: ج3، المرجع السابق، ص133. الماودي: ج11، المرجع السابق، ص478. ابن قدامة: ج11، المرجع السابق، ص378.

(2)- سليمان ولد حسال: المرجع السابق، ص99.

(3)- سعد عبد العزيز: المرجع السابق، ص106.

(4)- محمد الأزهري: المرجع السابق، ص259.

(5)- المرجع نفسه، ص270/269.

(6)- فاطمة بن محمود و سامية دولة: المرجع السابق، ص216.

المشرع الليبي على الأولاد المصابين بعاهة عقلية لذا تطبق مبادئ الشريعة الإسلامية بموجب المادة 72 من نفس القانون.

نص المشرع الموريتاني في المادة 152 من م.أ.ش.م على وجوب النفقة على الأولاد؛ كما قسم استمراريتهما إلى ثلاث أقسام: تستمر النفقة على الذكور إلى حين بلوغهم سن الرشد المدني المحدد بثمانية عشرة سنة، و تستمر النفقة على الإناث إلى الدخول، أما النفقة على المصابين بعاهة عقلية فليست محددة بزمن.

**مقارنة:** اتفق المشرعون المغاربة على وجوب النفقة على الأولاد، على الرغم من توجيههم إلى المساوات بين مركز الذكر و الأنثى في تشريعاتهم الأسرية إلا أنهم خالفوا هذا التوجه في استمرارية الإنفاق على الجنسين مراعين بذلك الطبيعة البشرية لكل منهما و العادات و التقاليد السائدة. أخذ المشرع الليبي بإجماع الفقهاء حول استمرار النفقة على الذكر إلى غاية سن البلوغ و خالفه بقية المشرعون المغاربة اللذين راعوا تطور الحياة كما راعوا الاتفاقيات الدولية التي تمنع تشغيل و عمالة الأطفال لذا تتوقف النفقة عندهم ببلوغ الذكر سن الرشد و بهذا لم يعد طفلا و بإمكانه كسب لقمة عيشه بمفرده. أخذ مشرعو المغرب العربي بقول المالكية و الحنفية بحيث نصوا على استمرارية النفقة على الأنثى إلى غاية دخول زوجها بها. باستثناء المشرع الليبي الذي أغفل النص على نفقة الأولاد المصابين بعاهة عقلية فقد أخذ المشرعون المغاربة بقول الفقهاء اللذين نصوا على الإنفاق عليه كما أخذوا بالعادات الحميدة السائدة في المجتمعات المغربية في هذا الخصوص.

## المبحث الثاني- الأهلية و أثر تخلفها على الحقوق غير المالية في الأسرة:

تنقسم الحقوق غير المالية في الأسرة إلى: الولاية و الوصاية و الحضانة، لا تقل هذه الحقوق أهمية عن الحقوق المالية فهي تعنى بحياة الشخص و تربيته و خلقه لذا يجب أن يتمتع الولي أو الوصي أو الحاضن بعدة صفات تجعله أهلا لهذه المهام الصعبة و يجب أن تتوفر في المولى عليه و الموصى عليه و الحاضن عدّة شروط تجعله محلا لها.

### المطلب الأول- الأهلية و أثر تخلفها على الولاية :

عندما يكون الشخص ناقص أو فاقد الأهلية قد يضر نفسه أو يضر غيره بغير قصد، كما قد يصبح محل أطماع للآخرين لأن التلاعب به و الاحتيال عليه سهل بسبب العارض الذي يشوبه؛ لذا أسند الفقه الاسلامي و كذا القوانين الوضعية مهمة إدارة شؤونه المالية و غير المالية لوليه حتى يحفظه في نفسه و ماله.

### الفرع الأول- الولي:

أولا- الولاية على النفس: اشترط الفقهاء توفر الشروط التالية في الولي:

**1-العقل:** أجمع الفقهاء الأربعة على اشتراط العقل في الولي، لذا لا تصح ولاية المجنون على غيره (1).

دليلهم؛ من المعقول: لا تثبت ولاية المجنون على نفسه، فمن باب أولى أن لا تثبت ولايته على غيره، كما أن الولاية تحتاج إلى سلامة التفكير و هو غير متوفر في المجنون (2).

ميّز الشافعية و الحنفية بين الجنون المطبق و المتقطع؛ فإذا كان الجنون متقطعا و لا يدوم طويلا كيوم في السنة مثلا لا تزول ولاية صاحبه قياسا على المغمى عليه، أما إن طالت مدة جنونه أو بقيت آثارها انتقلت الولاية إلى غيره (3).

ألق المالكية و الشافعية و الحنفية المعتوه بالمجنون في عدم صحة ولايتهما (4).

---

(1)- عبد السلام التسولي: بهجة في شرح التحفة-تحقيق شاهين عبد القادر-، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1998، ص400. علاء الدين الكاساني: ج3، المرجع السابق، ص346. ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص50. شمس الدين الشريبي: ج3، المرجع السابق، ص208.

(2)-علاء الدين الكاساني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها .

(3)- شمس الدين الشريبي: ج3، المرجع السابق، ص208. الكاساني: ج3، المرجع السابق، ص346.

(4)- عبد السلام التسولي: ج1، المرجع السابق، ص400. شمس الدين الشريبي: ج3، المرجع السابق، ص208. علاء الدين الكاساني: ج3، المرجع السابق، ص346.

**2- البلوغ:** أجمع فقهاء المذاهب الإسلامية على اشتراط البلوغ في الولي، لذا لا تصح ولاية الصبي على غيره (1).

دليلهم؛ من المعقول: للولاية أهمية بالغة لأن الولي يتصرف في حقوق المولى عليه لذا لا تصح إلا من البالغ كامل العقل (2).

**3- الرشد:** اشترط الحنابلة و الشافعية الرشد في الولي، فالسفيه ليس أهلا للولاية عندهم؛ سواء بلغ غير رشيد أو ثم الحجر عليه بعد البلوغ (3).

دليلهم؛ من السنة: عن ابن عباس رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه و سلم قال: "لا نكاح إلا بولي مرشد و شاهدي عدل" (4).

دليلهم؛ من المعقول: لا ولاية للسفيه على نفسه فمن باب أولى اسناد الولاية إلى غيره ممن هو أقدر عليها (5).

ذهب المالكية في المشهور عندهم و الحنفية إلى أن الرشد ليس شرط في الولي (6).

دليلهم؛ عموم قوله تعالى: "و انكحوا الأيامى منكم" (7).

وجه الدلالة: جاءت الآية عامة دون تفريق بين الرشيد و السفیه.

دليلهم؛ من المعقول: أن السفیه محجور عليه لأنه لا يحسن التصرف في ماله؛ لذا يجوز له ولاية غيره في الأمور غير المالية.

ذهب الشافعية إلى انتظار إفاقة المغمى عليه حتى تصح ولايته و لو دام إغماؤه أياما قياسا على

النائم (8).

---

(1)- عبد السلام التسولي: ج1، المرجع السابق، ص400. علاء الدين الكاساني: ج3، المرجع السابق، ص346. شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص208. ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص50.

(2)- ادريس البهوتي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3)- ادريس البهوتي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص208.

(4)- أخرجه البيهقي: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم13650. السنن الكبرى، ج7، المرجع السابق، ص182.

(5)- شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص208.

(6)- ابن رشد الحفيد: ج3، المرجع السابق، ص20. علاء الدين الكاساني: ج3، المرجع السابق، ص346.

(7)- سورة النور: الآية32.

(8)- شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص208.

**4-الحرية:** أجمع الفقهاء على اشتراط الحرية في الولي، لذا لا تصح ولاية العبد على غيره (1). دليلهم؛ من المعقول: تحتاج الولاية إلى تأمل و تدبر حفاظا على مصلحة المولى عليه و هو ما يتعذر على العبد لانشغاله بخدمة سيده، كما أن العبد لا ولاية له على نفسه فمن باب أولى عدم صحة ولايته على غيره (2).

## ثانيا- الولاية على المال:

### 1-العقل: أجمع الفقهاء على اشتراط العقل في الولي (3).

دليلهم؛ من المعقول: الغرض من الولاية هو حفظ مال المولى عليه و هذا لا يتحقق إذا كان الولي مجنوناً فقد يكون هو أيضا مولى عليه (4).

### 2-البلوغ: أجمع الفقهاء على اشتراط البلوغ في الولي (5).

دليلهم؛ من المعقول: الغرض من الولاية هو حفظ مال المولى عليه و هذا لا يتحقق إذا كان الولي صغيراً فقد يكون هو أيضا مولى عليه (6).

### 3-الرشد: أجمع الفقهاء على اشتراط الرشد في الولي حتى تصح ولايته على غيره (7).

دليلهم؛ من الكتاب قوليه تعالى: " وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا " (8).

دليلهم؛ من المعقول: السفه مضيع لماله لذا لا يقدر على حفظ مال غيره (9).

---

(1)- عبد السلام التسولي: ج 1، المرجع السابق، ص 400. ادريس البهوتي: ج 4، المرجع السابق، ص 50. شمس الدين الشربيني: المرجع نفسه، ص 207. علاء الدين الكاساني: ج 3، المرجع السابق، ص 346.

(2)- علاء الدين الكاساني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. ادريس البهوتي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3)-الصادق الغرياني: ج 3، المرجع السابق، ص 663. أبي زكريا النووي: روضة الطالبين-تحقيق عادل عبد الموجود-، ج 3، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، ب ط، 2003، ص 411. ادريس البهوتي: ج 3، المرجع السابق، ص 149. علاء الدين الكاساني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها .

(4)- ادريس البهوتي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5)-الصادق الغرياني: ج 3، المرجع السابق، ص 663، أبي زكريا النووي: ج 3، المرجع السابق، ص 411. علاء الدين الكاساني: ج 3، المرجع السابق، ص 346. ادريس البهوتي: ج 3، المرجع السابق، ص 149.

(6)- ادريس البهوتي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(7)-الصادق الغرياني: ج 3، المرجع السابق، ص 664. أبي زكريا النووي: ج 3، المرجع السابق، ص 411. علاء الدين الكاساني: ج 3، المرجع السابق، ص 346. ادريس البهوتي: المرجع السابق، ص 149.

(8)- سورة النساء: الآية 5.

(9)-الصادق الغرياني: ج 3، المرجع السابق، ص 665.

#### 4- الحرية: أجمع الفقهاء على اشتراط الحرية في الولي (1).

دليلهم؛ من المعقول: أن العبد مولى عليه لذا لا يستطيع أن يكون وليا على غيره (2).

قانونا: اشترط فقهاء القانون كمال الأهلية في الولي حتى يكون أهلا للولاية على مال غيره؛ فيجب أن يكون الولي بالغا عاقلا راشدا غير محجور عليه، لأن من لا تتوفر فيه هذه الشروط لا يستطيع التصرف في ماله فمن باب أولى أن لا يستطيع التصرف في مال غيره (3).

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على الأهلية الواجب توفرها في الولي على مال غيره، لكن يفهم هذا من القواعد العامة في قانون الأسرة الخاصة بالأهلية كما أن المادة 3/91 من نفس القانون تنص على أن من أسباب انتهاء وظيفة الولي هي الحجر عليه بالإضافة إلى أن 93 تشترط كمال الأهلية في الوصي و الولي أولى بهذا الشرط (4).

نص المشرع الجزائري في المادة 84 ق.أ.ج على الإذن لمن بلغ سن الرشد بالتصرف كليا أو جزئيا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة؛ و من ثمّ فهذه التصرفات يباشرها المأذون بنفسه بحيث تخرج عن دائرة الولاية (5).

كما لم ينص المشرع الجزائري في المواد التي تطرق فيها إلى ولاية الزواج على اشتراط توفّر الأهلية في الولي، و يمكن قياس أهلية ولي الزواج على أهلية الولاية على المال السابق ذكرها. اشترط المشرع المغربي في المادة 231 م.أ.مغ في الولي أن يكون كامل الأهلية و هو ما يفهم من الفقرة الأولى التي اشترطت فيه الرشد و الفقرة الثانية التي أسندت الحضانة إلى الأم الراشدة في حالة فقد الأب لأهليته، فبمفهوم المخالفة يفهم أن كمال الأهلية شرط في الولي.

(1) - الصادق الغرياني: ج3، المرجع السابق، ص664. أبي زكريا النووي: ج3، المرجع السابق، ص411. علاء الدين الكاساني: ج3، المرجع السابق،

ص346. ادريس البهوتي: ج3، المرجع السابق، ص149.

(2) - ادريس البهوتي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3) - كمال حمدي: الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، ب ط، ب ت، ص30.

(4) - جميلة موسوس: الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري و الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم التجارية، جامعة بومرداس،

2006/2005، ص38.

(5) - المرجع نفسه، ص77.

لم ينص المشرع التونسي بطريقة مباشرة على شرط كمال الأهلية في الولي؛ إلا أن هذا يفهم من المبادئ العامة في مجلة الالتزامات و العقود و مجلة الأحوال الشخصية (1).

نص المشرع الليبي في المادة 47 ق.ت..ق.ل على اشتراط كمال الأهلية في الولي حتى يستطيع ممارسة الولاية على مال المولى عليه.

لم يفرد المشرع الموريتاني للأهلية الواجب توفرها في الولي على المال مادة صريحة، إلا أنه يشترط فيه كمال الأهلية و هذا قياسا على المادة 10 م.أ.ش.م التي اشترطت في ولي الزواج هذا الشرط، كما أن المادة 181 اشترطت كمال الأهلية في الوصي و الولي أولى بهذا. ذهب المشرع الموريتاني إلى اشتراط كمال الأهلية في الولي؛ بأن يكون متمتعا بقواه العقلية بالغا ثمانية عشر سنة؛ و هو ما جاءت به المادة 9 من المدونة، فالمرأة حسب القانون الموريتاني لا تستطيع أن تتزوج من تحب و لو كانت متمتعة بكمال الأهلية إلا إذا أذن لها وليها أو وكيلها بذلك؛ هذا حسب المادة 12 من المدونة (2).

مقارنة: لأن هدف الفقهاء و المشرعون واحد و هو توفير أكبر قدر من الحماية للمولى عليه فقد حرصوا جميعهم على اشتراط كمال الأهلية في الولي حتى تصح ولايته على غيره فلا يعقل أن يكون الشخص ناقص أو فاقد الأهلية و يتولى إدارة شؤون غيره سواء الشخصية منها أو المالية، غير أن الملاحظ بعد المقارنة بين التشريعات المغاربية أن المشرعين المغربي و الليبي وفقا أكثر من غيرهما في معالجة هذه الجزئية المهمة أما المشرع الجزائري و التونسي و الموريتاني فلم يروا حاجة في هذه المعالجة.

(1) - جميلة موسوس: المرجع السابق، ص38.

(2) - سعدنا ولد الحاج: عقد الزواج من خلال مدونة الأسرة الموريتانية، مجلة الفقه و القانون، عدد19، 2014.

## الفرع الثاني - المولى عليه:

تثبت الولاية على النفس و على المال على من لا يستقل بشؤون نفسه عن غيره، و تستمر ما دامت أسباب عدم استقلاله قائمة.

### أولا- فقها:

سبق ذكر أسباب عوارض الأهلية و التفصيل فيها التي تجعل الشخص غير قادر على إدارة شؤونه بنفسه و بالتالي يحتاج لولاية غيره في المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول لهذه الرسالة.

### ثانيا- قانونا:

يفهم من خلال المادة 1/87 ق.أ.ج أن الولاية تكون على من لم يبلغ التاسعة عشرة سنة سواء كانوا ذكورا أو إناثا، إلا أنه لم ينص في المادة 91 ق.أ.ج على حالة بلوغ القاصر سن الرشد كسبب من أسباب انتهاء الولاية على ماله<sup>(1)</sup>، كما أغفل النص في الفصل الخاص بالولاية على من بلغ سن الرشد مجنوناً أو معتوهاً أو سفيهاً أو ذا غفلة سواء تم الحجر عليه أو لا، لكن بالرجوع إلى القواعد العامة في قانون الأسرة نجد المادة 81 تنص على أن الولي ينوب عن فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر سنه أو للجنون أو العته أو السفه إلا أنها أغفلت النص على ذي الغفلة كما سبقا ذكره<sup>(2)</sup>.

نص المشرع المغربي في المادة 233 م.أ.مغ على أن الولاية على أموال القاصر تستمر إلى غاية بلوغ هذا الأخير سن الرشد القانوني و هو ثمانية عشرة سنة، كما تستمر الولاية على فاقد العقل و على المعتوه و السفه إلى غاية رفع الحجر عنهما بحكم قضائي، كما يستقل الصبي المأذون بإدارة أمواله دون حاجة لولاية غيره<sup>(3)</sup>.

نص المشرع التونسي في الفصل 5 م.إ.ع.ت على أن الولاية تقع على الصغير الذي لم يبلغ الثالثة عشرة من عمره و الرشيد الذي اعتراه عارض من العوارض التي تخرجه من الإدراك و يقصد بها الجنون و العته و الغفلة و السفه، كما يخرج من نطاق الولاية المأذون المنصوص عليه في المواد 11 و 12 و 13 من نفس القانون.

(1)- الغوثي بن ملحمة: المرجع السابق، ص 209.

(2)- المرجع نفسه: ص 212.

(3)- محمد الشافعي: المرجع السابق، ص 138

نصت المادة 58 ق.ت.ق.ل على أن الولاية تستمر إلى غاية بلوغ القاصر سن الرشد و بالنسبة للبالغ إلى غاية زوال سبب الحجر عنه.

تستمر الولاية على مال القاصر حسب المشرع الموريتاني إلى أن تكتمل أهليته بأن يبلغ الثامنة عشرة سنة حسب المادة 178 م.أ.ش.م، لم يذكر المشرع صراحة الولاية على مال المجنون و المعتوه و ذو الغفلة و السفه إلا أنهم يدخلون ضمن عبارة إلى أن تكتمل أهليته" (1).

**مقارنة:** على خلاف المشرع المغربي و التونسي أغفل المشرع الجزائري و الليبي و الموريتاني النص صراحة على من بلغ سن الرشد و قد اعتراه عارض من عوارض الأهلية كالمجنون أو العته أو الغفلة أو السفه، كان الأجدر لو نصوا على أن هذه العوارض مثلها مثل عدم بلوغ سن الرشد تجعل من صاحبها تحت ولاية غيره. كما أحسن المشرع التونسي و المغربي بنصهم على حالة الصبي المأذون.

---

(1) - محمد الشافعي: المرجع السابق، ص 140.

## المطلب الثاني - الأهلية و أثر تخلفها على الوصاية:

يمكن تعريف الوصاية بأنها: تفويض ممن له التصرف شرعا و قانونا للغير للقيام بتصرف ما بعد وفاته لمصلحة من لا يستقل بأمر نفسه.

لأن الوصاية من الأهمية بمكان فقد ضبطها الفقهاء و القانونيون و وضعوا لها عدة شروط حتى تأتي أكملها.

### الفرع الأول - الموصي:

#### أولا - فقها :

يشترط أن تتوفر في الموصي الشروط التالية:

**1-العقل:** أجمع فقهاء المذاهب الأربعة على أن الوصاية لا تصح من فاقد العقل<sup>(1)</sup>.

دليلهم؛ من المعقول: عبارة المجنون لاغية لذلك لا تصح وصيته<sup>(2)</sup>.

**2-البلوغ:** أجمع فقهاء المذاهب الأربعة على أن الوصاية لا تصح من الصبي غير المميز<sup>(3)</sup>.

دليلهم، من المعقول: الصغير ليس أهلا للتصرف و غيره وليه عليه، لذا لا يستطيع هو أن يوصي غيره<sup>(4)</sup>.

اختلف الفقهاء حول وصية الصبي المميز على قولين:

**القول الأول:** ذهب الحنابلة و الشافعية إلى أن الوصاية لا تصح من الصبي المميز<sup>(5)</sup>.

دليلهم؛ من القياس: قاسوا وصاية الصبي المميز على شهادته و إقراره؛ فلا تصح وصايته لأن الشهادة و الإقرار لا يصحان منه<sup>(6)</sup>.

---

(1) - عبد السميع الآبي: ج2، المرجع السابق، ص327. موفق الدين ابن قدامة: ج8، المرجع السابق، ص552. شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص99. علاء الدين الكاساني: ج10، المرجع السابق، ص484.

(2) - موفق الدين ابن قدامة: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. شمس الدين الشربيني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3) - عبد السميع الآبي: ج2، المرجع السابق، ص327. موفق الدين ابن قدامة، ج8، المرجع السابق، ص552. شمس الدين الشربيني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(4) - موفق الدين ابن قدامة: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. شمس الدين الشربيني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5) - موفق الدين ابن قدامة: المرجع نفسه، ص553. شمس الدين الشربيني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(6) - موفق الدين ابن قدامة: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

دليلهم؛ من المعقول: لا تصح تصرفات الصبي المميز إلا إذا تم ترشيده، فمن باب أولى أن لا تصح منه الوصاية (1).

**القول الثاني:** ذهب المالكية و القاضي من الحنابلة إلى أن الوصاية تصح من الصبي المميز (2).

دليلهم؛ من القياس: قاسوا صحة وصايتة على صحة وكالته (3).

**الترجيح:** بعد عرض أدلة كل قول أرجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول؛ لأن الصغير غير المميز يكون تحت ولاية أو وصاية غيره فلا يعقل أن يكون وصيا على غيره.

**3-العتة:** أجمع الفقهاء على أن الوصاية لا تصح من المعتوه (4).

**4-الغفلة:** أجمع الفقهاء على أن الوصاية لا تصح من ذي الغفلة (5).

**5-الرشد:** اختلف الفقهاء حول وصاية السفیه على غيره؛ و انقسموا إلى قولين:

**القول الأول:** ذهب المالكية و الشافعية و الحنابلة و أبو يوسف و محمد من الحنفية إلى عدم صحة وصاية السفیه على غيره (6).

دليلهم؛ من المعقول: السفیه لا يحسن التصرف في الأموال لذا لا مصلحة في إيصائه (7).

**القول الثاني:** ذهب أبي حنيفة إلى أن الوصاية تصح من السفیه (8).

دليلهم؛ من المعقول: السفیه ليس محجورا عليه عند أبي حنيفة لذا فتصرفاته تأخذ حكم تصرفات البالغ الرشيد (9).

**الترجيح:** بعد عرض آراء كل قول أرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء؛ لأن السفیه إذا كان لا يحسن

---

(1)-موفق الدين ابن قدامة: ج8، المرجع السابق، ص553.

(2)- عرفة الدسوقي: ج4، المرجع السابق، ص432. موفق الدين ابن قدامة: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3)- موفق الدين ابن قدامة: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(4)- عبد السمیع الآبي: ج2، المرجع السابق، ص327. شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص99. ابن قدامة: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5)- عبد السمیع الآبي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. شمس الدين الشربيني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. موفق الدين ابن قدامة: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(6)- عرفة الدسوقي: ج4، المرجع السابق، ص452. شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص97. الكاساني: ج10، المرجع السابق، ص90.

(7)- شمس الدين الشربيني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(8)- علاء الدين الكاساني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(9)- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

التصرف في ماله و تصرفاته فلن يحسن التصرف في مصالح غيره.

## ثانيا- قانونا:

نص المشرع الجزائري في المادة 92 ق.أ.ج على أن الموصي هو الأب أو الجد؛ غير أن المشرع لم ينص على أهلية الموصي لكن بربط مواد قانون الأسرة ببعضها نجد أنه يمكن تطبيق الشروط الخاصة بالولي السابق ذكرها.

كما لم ينص المشرع التونسي و المشرع الموريتاني و المشرع الليبي و المشرع المغربي على الشروط الواجب توفرها في الأب حتى يكون أهلا لتعيين وصي على ابنه. **مقارنة:** لم يرى المشروع المغاربة ضرورة في النص على الشروط الواجب توفرها في الموصي حتى يكون أهلا لاختيار وصي لابنه أو لحفيدة حسب الحالة و كان الأفضل لو فعلوا مثل فقهاء الشريعة الإسلامية الذين تناولوا هذه الشروط بشيء من التفصيل.

## الفرع الثاني- الوصي:

**أولا- فقها:** يشترط أن تتوفر في الوصي الشروط التالية:

**2-العقل:** يشترط في الوصي أن يكون عاقلا فلا يصح أن يكون المجنون وصيًا على غيره (1).  
ألق الشافعية ذو الغفلة إلى المجنون (2).

دليلهم؛ من المعقول: أن المجنون ليس أهلا للتصرف في نفسه لذا لا يستطيع أن يكون وصيًا على غيره (3).

**2-البلوغ:** انقسم الفقهاء حولها إلى قولين:

**القول الأول:** ذهب أصحابه إلى اشتراط البلوغ في الوصي فلا تصح الوصاية إلى صبي؛ هذا قول المالكية و الشافعية و الحنابلة (4).

دليلهم؛ من المعقول: أن الصغير مولى عليه فمن باب أولى أن لا يلي أمر غيره.

(1)- شمس الدين الشريبي: ج3، المرجع السابق، ص97. موفق الدين ابن قدامة: ج8، المرجع السابق، ص552. محمد أمين ابن عابدين: ج10، المرجع السابق، ص412.

(2)- شمس الدين الشريبي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3)- شمس الدين الشريبي، المرجع نفسه، الصفحة نفسها. موفق الدين ابن قدامة: ج8، المرجع السابق، ص552.

(4)- شمس الدين الشريبي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. موفق الدين ابن قدامة: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

**القول الثاني:** ذهب أصحابه إلى صحة الوصاية إلى الصبي إلا أنه ليس ملزما بقبولها كما يمكن للقاضي إخراجها منها؛ وهو قول الحنفية (1).

دليلهم؛ من القياس: قاسوا الوصاية على الوكالة من حيث صحة اسنادها إلى الصبي وعدم اشتراط قبوله لها (2).

**الترجيح:** أرجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول لأن الصغير مولى عليه لذا لا يستطيع أن يلي أمر غيره.

**3-الرشد:** اشترط الفقهاء أن يكون الوصي سفيها (3).

دليلهم؛ من المعقول: السفيه لا يهتدي إلى التصرف السليم حيال ماله فكيف يكون وصيًا على غيره (4).

**4-الحرية:** يشترط في الوصي أن يكون حرا فلا تصح وصية العبد و لو أذن له سيده (5).

دليلهم؛ من الإجماع: الوصاية مسؤولية تحتاج إلى تفرغ و العبد مشغول لا يستطيع إعطاءها حقها (6).

**ثانيا- قانونا:**

يختار الأب أو الجد الشخص الذي يريانه مناسباً ليكون وصيا و لهذا الأخير مطلق الحرية في قبول أو رفض الوصاية، غير أن هذا الاختيار ليس على إطلاقه فيجب أن تتوفر في الوصي عدّة شروط منها ما يخرج عن موضوع البحث كالإسلام و الأمانة و منها ما يتعلق بأهلية الوصي (7).

نص المشرع الجزائري على هذه الشروط في المادة 93 ق.أ.ج فيجب أن يكون الوصي حسبه عاقلا بالغاً راشداً و قد عبر عن هذا الشرط الأخير بحسن التصرف إذا لم تتوفر في الوصي الشروط المذكورة في المادة 93 يقوم القاضي المختص بعزله، كما أحالت المادة 92 من نفس القانون إلى المادة 86 منه و التي تنص على أن الشخص الذي بلغ سن الرشد غير محجور عليه يعتبر كامل الأهلية وفق المادة 40 ق.م.ج يفهم من هذه الإحالة تأكيد المشرع على كمال أهلية الوصي نظراً لحساسية المهمة الموكلة إليه.

(1)- محمد أمين ابن عابدين: ج10، المرجع نفسه، ص410.

(2)- محمد أمين ابن عابدين: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3)- شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص97. محمد أمين ابن عابدين: المرجع نفسه، ص412.

(4)- شمس الدين الشربيني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5)- محمد أمين ابن عابدين: المرجع السابق، ص412. شمس الدين الشربيني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. ابن قدامة: ج8، المرجع السابق، ص552.

(6)- شمس الدين الشربيني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(7)- فريدة محمدي: المرجع السابق، ص87.

إذا طرأ على الوصي عارض من العوارض أدى إلى زوال أهليته تنتهي مهمته مباشرة؛ هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 96 ق.أ.ج (1).

كما أن اختيار الوصي لا يتم إلا إذا لم يكن للموصى عليه أم أو إذا ثبتت عدم أهليتها لهذا بإحدى الطرق القانونية؛ هذا ما نص عليه المشرع في المادة 92 ق.أ.ج.

أشار المشرع التونسي إلى الوصاية في الفصل 154 م.أ.ش.ت غير أنه لم ينص على الشروط الواجب توفرها في الوصي حتى يكون أهلا للوصاية، و أشار في نفس الفصل إلى أن المهمة لا تنتقل إلى الوصي إلا إذا فقدت الأم أهليتها أو إذا توفيت (2).

نصت المادة 246 م.أ.مغ على أن يكون الوصي كامل الأهلية و يدخل تحت هذا شروط كمال الأهلية المنصوص عليها في المدونة.

نصت المادة 60 ق.ت.أ.ق.ل في الوصي أن يكون كامل الأهلية و يرجع للمواد المنظمة للأهلية في هذا القانون.

نصت المادة 181 م.أ.ش.م كمال الأهلية في الوصي حتى تصح منه الوصاية و عبرت عن كمال الأهلية بالبلوغ و العقل و حسن التصرف، إذا لم تتوفر فيه هذه الشروط يقوم القاضي بعزله.

مقارنة: نظرا لأهمية المهمة الملقاة على عاتق الوصي فقد أحاطه فقهاء الشريعة الاسلامية و كذا التشريعات المغاربية بجملة من الشروط يجب أن تتوفر فيه حتى يكون أهلا لتولي هذه المهمة. اتفق المشرعون المغاربة إذا مع الفقهاء على اشتراط كمال الأهلية في الوصي مع أن المشرع التونسي لم يشر إلى هذه الشروط بطريقة مباشرة في المواد التي تناولت الوصاية إلا أن هذا يفهم من القواعد العامة في مجلة الأحوال الشخصية التونسية .

(1)- فريدة محمدي: المرجع السابق، ص87.

(2)- سامية دولة و فاطمة الزهراء بن محمود: المرجع السابق، ص403.

## المطلب الثالث- الأهلية و أثر تخلفها على الحضانة:

أساس الحضانة هو حماية مصلحة الطفل المحضون لذلك يجب أن يكون الحاضن أهلا لممارسة الحضانة حتى يستطيع أداء مهامه على الوجه المطلوب هذا من جهة، من جهة ثانية يجب أن تتوفر في المحضون بعض الشروط حتى يبقى تحت حضانة غيره فقد يبلغ سنا معينة تغنيه عن رعاية حاضنه هذه السن تختلف باختلاف جنس المحضون مع مراعاة حالته العقلية و رشده.

### الفرع الأول- الحاضن:

نظرا لتعلق الحضانة بمراعاة مصلحة المحضون؛ فقد وضع التشريع الإسلامي و كذا الوضعي عدّة شروط يجب أن تتوفر في الحاضن حتى يكون أهلا لها.

#### أولا- فقها:

**1-العقل:** أجمع فقهاء المذاهب الأربعة على عدم صحة حضانة المجنون لغيره سواء كان جنونه مطبقا أو متقطعا إلا إذا كان جنونه نادرا كيوم في السنة (1).

يلحق المعتوه بالمجنون في عدم صحة حضانته على غيره (2).

دليلهم؛ من المعقول: الحضانة ولاية و ليست للمجنون ولاية على نفسه و بالتالي لا ولاية له على غيره، كما أن الحضانة تعني رعاية المحضون و حفظه و المجنون بحاجة لمن يحضنه و يرعاه لذا لا يستطيع حضانة غيره (3).

#### 2-البلوغ: انقسم الفقهاء حول شرط البلوغ إلى قولين:

**القول الأول:** ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية و الحنابلة و الشافعية إلى اشتراط البلوغ في الحاضن (4). دليلهم؛ من المعقول: يجب أن تتوفر في الحاضن القدرة على الحضانة حفاظا على مصلحة المحضون و الصغير ليس أهلا لذلك لأنه يحتاج إلى من يتولى مصالحه (5).

(1)-الدسوقي: ج4، المرجع السابق، ص528. البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص433. ابن عابدين: ج5، ص253. الشريبي: ج3، ص595.

(2)- عرفة الدسوقي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. ابن قدامة: ج11، المرجع السابق، ص412. الشيرازي: ج4، المرجع السابق، ص640.

(3)-الصادق الغرياني: ج3، المرجع السابق، ص158. شمس الدين الشريبي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(4)- محمد ابن عابدين: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. موفق الدين ابن قدامة: ج11، المرجع السابق، ص412. الشيرازي: ج4، المرجع السابق، ص640.

(5)- موفق الدين ابن قدامة: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

**القول الثاني:** ذهب المالكية إلى عدم اشتراط البلوغ في الحاضن إذا كان لديه من يحضنه فيتولى هذا الأخير حضانة الحاضن الصغير و حضانة من يحضنه (1).

**الترجيح:** أرجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول لأن الصغير يحتاج إلى من يهتم به و يتولى شؤونه فكيف يتولى شؤون غيره.

**3-الرشد:** أضاف المالكية عدم صحة حضانة السفية لغيره (2).

دليلهم؛ من المعقول: أن السفية لا يحسن التصرف في ماله؛ لذا لا يؤتمن على مال المحضون (3).

**4-الحرية:** أجمع فقهاء المذاهب الأربعة على عدم صحة حضانة الرقيق لغيره و لو أذن له سيده (4).

دليلهم؛ من المعقول: أن الحضانة ولاية و العبد ليست له ولاية على نفسه فمن باب أولى أن لا يلي غيره، كما أنه ليس من مصلحة المحضون أن يحضنه عبد مشغول بخدمة سيده (5).

**ثانيا-قانونا:** يجب أن تتوفر في الحاضن شروط حتى يكون أهلا للحضانة هذا ما نصت عليه المادة 2/62 ق.أ.ج (6)، غير أن هذه المادة لم تحدد هذه الشروط، لكن يمكن استخلاص بعضها بربط مواد القانون المدني و قانون الأسرة الخاصة بالأهلية ببعضها و نظرا لغموض و قصور مواد هذا القانون نرجع فيما بقي لأحكام الفقه الاسلامي عملا بالمادة 222 ق.أ.ج (7).

**العقل:** هدف قانون الأسرة هو المحافظة على مصلحة المحضون ولا يتحقق ذلك إذا تولى حضانته مجنون أو معتوه لا يستطيع إدارة شؤون نفسه كما أنه يشكل خطرا على المحضون؛ لذا لا تصح الحضانة من مجنون أو مجنونة عملا بالمواد 81، 82 و 83 ق.أ.ج و المواد 42، 43 و 44 ق.م.ج (8)، يجب أن

(1)- الصادق الغرياني: ج3، المرجع السابق، ص159.

(2)- عرفة الدسوقي: ج4، المرجع السابق، ص529/528.

(3)- المرجع نفسه، ص529.

(4)- عرفة الدسوقي: ج4، المرجع السابق، ص526. ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص433. ابن عابدين: ج5، المرجع السابق، ص253. شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص595.

(5)- شمس الدين الشربيني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. شمس الدين السرخسي: ج5، المرجع السابق، ص213.

(6)- العربي بختي: المرجع السابق، ص139.

(7)- زكية حميدو: مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق، أطروحة دكتوراه، 2005/2004، ص220.

(8)- صالح بوغرة: حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007/2006، ص72.

تكون حالة فقد العقل ثابتة بتقارير طبية (1).

**البلوغ:** فسّر الفقه الجزائري عبارة "أن يكون أهلا للقيام بذلك" أن المشرع قصّد أنه يشترط في الحاضن أن يتمتع بسن الرشد و هو تسعة عشر سنة حتى يكون أهلا للحضانة لأن البلوغ الطبيعي لا يكفي لتسيير شؤون الحاضن و حماية مصالحه (2).

إلا أن الفقرة الثانية من المادة 07 ق.أ. جاءت باستثناء؛ بحيث سمحت للزوج القاصر بالتقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزوج من حقوق و التزامات و من بينها الحق في الحضانة لأن القاضي لا يمنح هذا الترخيص إلا إذا ثبتت قدرة الزوجين على الزواج و على تبعاته و من بينها حضانة أولادهما خلال قيام الرابطة الزوجية، و تبعا لذلك تتوفر لهما هذه القدرة بعد انحلال هذه الرابطة (3).

اشتراط المشرع التونسي في الفصل 58 م.أ.ش.ت في مستحق الحضانة -بالإضافة إلى شروط أخرى خارجة عن موضوع البحث - أن يكون مكلفا دون أن يبين ماذا يقصد بهذا المصطلح؛ شرحه الفقه التونسي بأن يكون "بالغا البلوغ المحدد بعلامات طبيعية" فليس المقصود بلوغ سن الرشد (4)، هذا ما أكده القضاء التونسي في القرار التالي: "المنظور أصالة في الحضانة هي قدرة الحاضن على القيام بشؤون المحضون و تحليه بما يجب من الصفات الأخلاقية و الصحية، أما الرشد القانوني فلم يشترطه القانون و إنما اشترط التكليف و هو التمييز و البلوغ الطبيعي" (5)، "يقصد بالتكليف إذا البلوغ الطبيعي و القدرة على التمييز و الإدراك، فلا حضانة لمجنون أو معتوه، إذا كان الواحد منهما لا يحسن القيام بشؤون نفسه، فكيف له أن يحسن القيام بشؤون المحضون" (6).

اشتراط المشرع الموريتاني في المادة 122 م.أ.ش.م العقل في الحاضن؛ فلا حضانة لمجنون أو معتوه و لم يذكر شرط السن هل يحدد بالبلوغ الطبيعي أو ببلوغ سن الرشد القانوني.

(1)-عزيزة حسيني: مصلحة الطفل، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014، ص105.

(2)- عيسى حداد: الحضانة بين القانون و الاجتهاد القضائي، مجلة التواصل، جامعة عنابة، عدد15 ديسمبر 2005، ص185. سليمان ولد خسال: المرجع السابق، ص 152.

(3)- صالح بوغرارة: المرجع السابق، ص73.

(4)- عزوز بن تمسك: إسقاط الحضانة في القانون التونسي، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، جامعة تلمسان، 2005، عدد03، ص90.

(5)- قرار تعقيبي مدني عدد1507 مؤرخ في 6 نوفمبر1962، ن سنة1962، ق.م، ص:57. فاطمة الزهراء بن محمود و سامية دولة: المرجع السابق، ص270.

(6)-عزوز بن تمسك: المرجع السابق، ص90.

كما اشترط الرشد فيما يتعلق بنفقة المحضون؛ لذا لا حضانة لسفيه لأنه لن يجيد إدارة الأموال الخاصة بنفقة المحضون.

اشترط المشرع المغربي في المادة 173 م.أ.مغ الرشد القانوني في من يتولى الحضانة ما عدا أبوي المحضون لا يشترط فيهما الرشد<sup>(1)</sup>.

اشترط القانون الليبي على غرار التونسي و المغربي في المادة 65 ق.ز.ط.ل العقل و البلوغ؛ فلا حضانة لمجنون أو معتوه أو غير بالغ البلوغ الطبيعي و لم يشترط بلوغ سن الرشد القانوني المحدد بعشرين سنة.

**مقارنة:** لم ينص المشرع الجزائري و التونسي بصفة واضحة على أهلية الحاضن؛ لذلك شاب هذا الموضوع الكثير من الغموض و التضارب بين آراء فقهاء القانون، خلافا للمشرع المغربي و الليبي و الموريتاني اللذين نصوا على بعض الشروط الواجب توفرها في الحاضن حتى يكون أهلا لحضانة غيره إلا أنهم أهملوا النص على بقية الشروط. أحسن المشرع المغربي حينما استثنى من شرط الرشد القانوني أبوي المحضون فهما أولى و أحرص من غيرهما و لو لم يتوفر فيهما هذا الشرط. لذا يجب على المشرعين المغاربة إعادة النظر في المواد التي تنظم أهلية الحاضن حتى تتحقق مصلحة المحضون.

---

(1) - زكية حميدو: المرجع السابق، ص: 229.

## الفرع الثاني - المحضون:

يشترط في الشخص حتى يكون أهلا لحضانة غيره له ما يلي:

### أولا - فقها:

#### 1- البلوغ: انقسم الفقهاء حول حضانة الصغير إلى قولين:

**القول الأول:** ذهب أصحابه إلى أن حضانة الصغير تستمر إلى أن يبلغ، أما الأئمة تستمر حضانتها إلى أن يدخل بها زوجها؛ هذا ما ذهب إليه المالكية و الحنابلة و الحنفية (1).

دليلهم؛ من القياس: قاسوا الحضانة على النفقة لأن الصغير يهلكون بتركهما (2).

**القول الثاني:** ذهب أصحابه إلى أن حضانة الصغير تنتهي بالتمييز، و ما بين التمييز و البلوغ يسمى كفالة؛ و هو قول الشافعية.

دليلهم؛ من المعقول: هدف الحضانة هو حفظ الصغير عما يؤديه لعدم تمييزه أما إذا كان في سن التمييز فلا حاجة لها (3).

**الترجيح:** أرجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول؛ لأنهم اعتمدوا على دليل أقوى من دليل الشافعية

#### 2-العقل: انقسم الفقهاء حوله إلى قولين:

**القول الأول:** ذهب أصحابه إلى أن المجنون و المعتوه مستحقان للحضانة؛ هذا ما ذهب إليه الحنابلة و الحنفية و الشافعية و ابن شعبان (4) (5).

دليلهم؛ من المعقول: أن المجنون لا يستقل بأمور نفسه فهو لا يميز بين ما يؤديه و ما ينفعه لذا يحضنه غيره ليهتم بأموره (6).

---

(1)- عرفة الدسوقي: ج2، المرجع السابق، ص527. ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص432. شمس الدين السرخسي: ج5، المرجع السابق، ص212.

(2)- عرفة الدسوقي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها. ادريس البهوتي: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3)- شمس الدين الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص592.

(4)- محمد بن القاسم بن شعبان بن محمد بن ربيعة العماري المصري، شيخ المالكية، توفي سنة355هـ، من تصانيفه: الزاهي و أحكام القرآن. شمس الدين الذهبي: ج16، المرجع السابق، ص79.

(5)- عرفة الدسوقي: ج2، المرجع السابق، ص527. ادريس البهوتي: ج4، المرجع السابق، ص432. شمس الدين السرخسي: ج5، المرجع السابق، ص212. الشربيني: ج3، المرجع السابق، ص592.

(6)- شمس الدين الشربيني: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

**القول الثاني:** ذهب أصحابه إلى أن الذكر إذا بلغ مجنوناً أو معتوها تسقط حضنته عن الأم و يستمر الأب في الانفاق عليه؛ هذا ما ورد في المشهور عن المالكية (1).

**الترجيح:** أرجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، لأن المجنون يحتاج إلى أحد يرعى شؤونه و لا يحتاج فقط إلى النفقة.

**الرشد:** أضاف الحنفية شرط الرشد؛ فإذا بلغ المحضون رشيداً لا يحضنه غيره (2).  
دليلهم؛ من المعقول: أنه ما مادام لا يتصرف وليه في ماله فلا يتصرف كذلك في نفسه.  
أما إذا بلغ سفيها تستمر حضنته.

دليلهم؛ من المعقول: للأب ولاية على مال السفيه و تبعاً لذلك له ولاية على نفسه، في هذا حماية للمحضون من الفتنة و حماية للأب من أن يعير بفساد ابنه.

**ثانياً- قانوناً:** تبدأ فترة الحضانة منذ ولادة الطفل و تنتهي عند بلوغ الفتى عشر سنوات و الفتاة تنتهي ببلوغها سن الزواج؛ هذا ما نصت عليه المادة 65 ق.أ.ج (3)، المقصود بسن الزواج بالنسبة للفتاة هو تسعة عشرة سنة حسب المادة 07 ق.أ.ج (4)، يمكن أن تمتد فترة حضانة الفتى إلى أن يبلغ السادسة عشرة من عمره إذا توفر شرطين أولهما أن تكون أمه هي حاضنته و ثانيهما عدم تزوجها ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون (5).

أغفل المشرع الجزائري النص على استمرار الحضانة بعد انتهاء السن المنصوص عليها في حالة ضعف عقل المحضون لجنون أو عته (6) لذا نرجع لأحكام الفقه الاسلامي حسب المادة 222 ق.أ.ج.

(1)-عرفة الدسوقي: ج3، المرجع السابق، ص592.

(2)-شمس الدين السرخسي: ج5، المرجع السابق، ص212.

(3)-محفوظ بن صغير: الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص667.

(4)-العربي بختي: المرجع السابق، ص139.

(5)- رشيد بن شويخ: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص257.

(6)-زكية حميدو: المرجع السابق، ص50.

نص المشرع المغربي في المادة 166 م.أ.مغ على أن الحضانة تبدأ بالولادة و تستمر بالنسبة للذكر و الأنثى على حد سواء إلى حين بلوغهما سن الرشد القانوني<sup>(1)</sup>، أغفل المشرع المغربي النص على حالة الكبير الذي يعاني من الجنون أو العته لذا نرجع إلى أحكام المذهب المالكي حسب المادة 400 م.أ.مغ. نص المشرع الموريتاني في المادة 126 م.أ.ش.م على أن الحضانة تبدأ بالولادة و تنتهي بالبلوغ بالنسبة للذكر و بالدخول بالنسبة للأنثى، لم ينص المشرع الموريتاني على حالة الكبير المصاب بالجنون أو العته لذا نرجع إلى المشهور في المذهب المالكي حسب المادة 311 من نفس القانون.

نص المشرع الليبي في المادة 62 ق.ز.ط.ل على أن الحضانة تبدأ من الولادة و تستمر إلى البلوغ عند الذكر و إلى الدخول عند الأنثى مع مراعاة حق الولي، لم ينص بدوره على حضانة الجنون و المعتوه. لم ينص المشرع التونسي في مجلة الأسرة التونسية على مدة الحضانة بالنسبة للفتى و الفتاة كما لم ينص على حضانة الجنون و المعتوه<sup>(2)</sup>.

**مقارنة:** أخذ المشرع الليبي و المشرع الموريتاني بما جاء به أصحاب القول الأول حينما نصوا على استمرار الحضانة إلى غاية بلوغ الذكر و دخول الأنثى، على خلاف المشرع الجزائري و المغربي اللذين لم يتبعوا أي قول من أقوال الفقهاء بحيث نص الأول على استمرار الحضانة إلى العشر سنوات و هي سن تقترب قليلا من سن البلوغ عند الذكور إلا أنه جاء باستثناء و هو منح القاضي السلطة التقديرية في تمديدتها إلى غاية السادسة عشرة، أما الأنثى فحددها ببلوغها سن الزواج المحدد بتسعة عشرة سنة و الملاحظ أنه لم ينص على سلطة القاضي التقديرية في تمديد هذه السن بالنسبة للأنثى إلى غاية الدخول. أما المشرع المغربي فقد ساوى بين الذكر و الأنثى بتحديد مدة الحضانة بسن الرشد المدني غير مراعاة للاختلاف في التكوين الجسمي و النفسي و العقلي بين الجنسين. لم ينص المشرعون المغاربة على حالة الكبير الذي يعاني من الجنون أو العته مع أن الفقهاء قد عالجوا الموضوع نظرا لأهميته و كثرة وجود مثل هذه الحالات التي تبقى تحتاج إلى رعاية و اهتمام الحاضن.

(1) - زكية حميدو: المرجع السابق، ص51

(2) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

## ملخص الفصل الثاني:

اتفق المشرعون المغاربة مع الفقهاء الأربعة حول توريث الحمل، باستثناء المشرع الليبي الذي أحالنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

حذا المشرعون المغاربة حذو الفقهاء الأربعة حينما قيدوا استحقاق الحمل للميراث بشروط إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم حول تفاصيل هذه الشروط.

بالنسبة لوقت الحمل أخذ المشرع الجزائري بقول أشهب و الحنفية و الحنابلة بحيث نص على تقسيم التركة على الورثة. نص على إيقاف نصيب الحمل بحيث يوقف له الأوفر من نصيب الذكر أو الأنثى إذا كان يشارك الورثة أو يحجبهم حجب حرمان و هو قول أشهب، خالفه المشرع التونسي عندما نص على عدم تقسيم التركة قبل ولادة الحمل إذا كان يحجب بقية الورثة حجب حرمان.

الوصية و الوقف من التصرفات الضارة ضررا محضا لذا اشترط المشرعون المغاربة في الموصي أو الواقف توفر أهلية التبرع تحت طائلة البطلان و هو ما جاء به الفقهاء الأربعة .

بما أن الوصية من التصرفات النافعة نفعا محضا بالنسبة للموصى له فقد أجمع الفقهاء على صحتها للبالغ و للصبي و للمجنون و العاقل على حد سواء.

اتفق الفقهاء مع المشرعين المغاربة حول صحة الوصية للحمل.

حذا المشرع الجزائري و المغربي و الموريتاني حذو فقهاء الشريعة الإسلامية اللذين اشترطوا توفر أهلية التبرع في الواقف؛ غير أن المشرع الجزائري فصل أكثر بحيث ذكر كل شرط على حذا، لكن ما يعاب عليه أنه لم ينسق بين مواد قانون الأوقاف و القانون المدني و قانون الأسرة المتعلقة بهذه الجزئية.

حذا المشرع الجزائري و المغربي و الموريتاني حذو فقهاء المذهب المالكي و الحنفي اللذين يقولون بصحة الوقف للحمل اشترط المشرع الجزائري ولادته حيا و زاد المشرع المغربي و الموريتاني صحة الوقف للحمل الذي سيوجد في المستقبل. انفرد المشرع المغربي عن بقية المشرعين المغاربة بالنص على الموقوف عليه كامل و ناقص و فاقد الأهلية.

عالج المشرعون المغاربة موضوع النفقة الزوجية بصفة عامة بطريقة مقتضبة و موجزة لذا لا عجب أن نرى القصور و الغموض في كثير من النقاط المهمة و على رأسها عدم نصهم بطريقة مباشرة على الشروط الواجب توفرها في الزوج حتى يكون أهلا للإنفاق على زوجته، كما لم ينصوا على الشروط

الواجب توفرها في الزوجة حتى تستحق إنفاق زوجها عليها مكتفين بالمبادئ العامة المنصوص عليها في تشريعاتهم الأسرية.

لم ينص المشرعون المغاربة على نفقة الحمل في تشريعاتهم الأسرية فيرجع إذا إلى المذهب المالكي حسب المشرع المغربي و الموريتاني و إلى الفقه الإسلامي بالنسبة للمشرع الجزائري و الليبي و التونسي اتفق المشرعون المغاربة على وجوب النفقة على الأولاد، أخذ المشرع الليبي بإجماع الفقهاء حول استمرار النفقة على الذكر إلى غاية سن البلوغ و خالفه بقية المشرعون المغاربة بحيث تتوقف النفقة عندهم ببلوغ الذكر سن الرشد و بهذا لم يعد طفلا و بإمكانه كسب لقمة عيشه بمفرده. أخذ مشرعو المغرب العربي بقول المالكية و الحنفية بحيث نصوا على استمرارية النفقة على الأنثى إلى غاية دخول زوجها بها. باستثناء المشرع الليبي الذي أغفل النص على نفقة الأولاد المصابين بعاهة عقلية فقد أخذ المشرعون المغاربة بقول الفقهاء اللذين نصوا على الإنفاق عليه.

أجمع الفقهاء و المشرعون المغاربة على اشتراط كمال الأهلية في الولي حتى تصح ولايته على غيره فلا يعقل أن يكون الشخص ناقص أو فاقد الأهلية و يتولى إدارة شؤون غيره سواء الشخصية منها أو المالية، غير أن الملاحظ بعد المقارنة بين التشريعات المغاربية أن المشرعين المغربي و الليبي وفقا أكثر من غيرهما في معالجة هذه الجزئية المهمة أما المشرع الجزائري و التونسي و الموريتاني فلم يروا حاجة في هذه المعالجة لم يرى المشروع المغاربة ضرورة في النص على الشروط الواجب توفرها في الموصي حتى يكون أهلا لاختيار وصي لابنه أو لحفيدة حسب الحالة و كان الأفضل لو فعلوا مثل فقهاء الشريعة الإسلامية الذين تناولوا هذه الشروط بشيء من التفصيل.

نظرا لأهمية المهمة الملقاة على عاتق الوصي فقد أحاطه فقهاء الشريعة الإسلامية و كذا التشريعات المغاربية بجملة من الشروط يجب أن تتوفر فيه حتى يكون أهلا لتولي هذه المهمة. اتفق المشرعون المغاربة إذا مع الفقهاء على اشتراط كمال الأهلية في الوصي مع أن المشرع التونسي لم يشير إلى هذه الشروط بطريقة مباشرة في المواد التي تناولت الوصاية إلا أن هذا يفهم من القواعد العامة في مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

لم ينص المشرع الجزائري و التونسي بطريقة مباشرة على أهلية الحاضن لذلك شاب هذا الموضوع الكثير من الغموض و التضارب بين آراء الفقهاء. نص المشرع المغربي و الليبي و الموريتاني على بعض

الشروط الواجب توفرها في الحاضن حتى يكون أهلا لحضانة غيره إلا أنهم أهملوا النص على بقية الشروط؛ لذا على المشرعين المغاربة إعادة النظر في المواد التي تنظم أهلية الحاضن حتى تتحقق مصلحة المحضون.

نص المشرع الليبي و الموريتاني على استمرار الحضانة إلى غاية بلوغ الذكر و دخول الأنثى، على خلاف المشرع الجزائري و التونسي بحيث نص الأول على استمرار الحضانة إلى العشر سنوات و هي سن تقترب قليلا من سن البلوغ عند الذكور إلا أنه جاء باستثناء و هو منح القاضي السلطة التقديرية في تمديدتها إلى غاية السادسة عشرة، أما الأنثى فحددها ببلوغها سن الزواج المحدد بتسعة عشرة سنة و الملاحظ أنه لم ينص على سلطة القاضي التقديرية في تمديد هذه السن بالنسبة للأنثى إلى غاية الدخول. أما المشرع المغربي فقد ساوى بين الذكر و الأنثى بتحديد مدة الحضانة بسن الرشد المدني غير مراعاة للاختلاف في التكوين الجسمي و النفسي و العقلي بين الجنسين. لم ينص المشرعون المغاربة على حالة الكبير الذي يعاني من الجنون أو العته مع أن الفقهاء قد عالجوا الموضوع نظرا لأهميته و كثرة وجود مثل هذه الحالات التي تبقى تحتاج إلى رعاية و اهتمام الحاضن.

## الخاتمة:

من خلال دراسة موضوع الأهلية و أثر تخلفها في قضايا شؤون الأسرة، و من خلال المقارنة بين ما جاء به الفقه الإسلامي و قوانين الأسرة المغاربية توصلت إلى عدّة نتائج حول كيفية تناول المشرع الجزائري لهذا الموضوع و من ثم إلى عدّة اقتراحات.

## أولا-النتائج:

- استعمل المشرع الجزائري مصطلح الجنين و مصطلح الترشيد في القانون المدني و استعمل مصطلح الحمل و مصطلح الإذن في قانون الأسرة مع أنهما ينصرفان إلى نفس المعنى.
- يكتسب الفرد أهلية الأداء الناقصة عند بلوغه سن التمييز و يسمى الصبي المميز و تنتهي عند بلوغه سن الرشد المدني فيصبح كامل الأهلية.
- تبنى المشرع الجزائري نظرية العقد الموقوف في قانون الأسرة و نظرية العقد القابل للإبطال و الباطل في القانون المدني عند تنظيمه لنفس الموضوع المتعلق بتصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع و الضرر.
- توسع المشرع في حدود الترشيد، و اختار سنّا صغيرة و بعيدة عن سن الرشد المدني.
- لم يفرق المشرع بين الجنون الأصلي و الطارئ و الجنون المطبق و المتقطع.
- أغفل المشرع الجزائري ذكر ذو الغفلة في قانون الأسرة و أخلط في أحكام السفية.
- لم يميز المشرع بين تصرفات ذو الغفلة و السفية المبرمة قبل تسجيل قرار الحجر عليهما و التصرفات المبرمة بعد ذلك.
- لم يبين المشرع الجزائري في المادة 07 قانون أسرة الحد الأدنى لسن الزواج و لم يبين الجزاء المترتب على مخالفة هذه السن، كما لم ينص على اكتساب الزوج القاصر أهلية التقاضي إذا أراد فك الرابطة الزوجية.
- لم ينص المشرع الجزائري على حكم زواج المجنون و المعتوه و ذو الغفلة و السفية و المريض و المخطئ و الهازل و المكره.
- لم ينص المشرع الجزائري على طلاق المجنون و المعتوه و السفية و الصغير و المريض و السكران و المكره.
- لم ينص على الأهلية الواجب توفرها في المخالع و المختلعة.

- حفظ المشرع الجزائري حقوق الجنين مع تقييد ذلك بعدة شروط؛ فهو مستحق للميراث و الوصية و الوقف و لم ينص المشرع على نفقة الحمل.
- الوصية و الوقف من التصرفات الضارة ضررا محضا بالنسبة للموصي و الواقف لذا يشترط فيهم أهلية التبرع، أغفل المشرع الجزائري النص على وصية الصبي المميز و السفية و ذو الغفلة و المأذون.
- الوصية و الوقف من التصرفات النافعة نفعا محضا لذا تصح على الموصى له و الموقوف عليه المعين سواء كانوا عديمي أو ناقصي أو كاملي الأهلية.
- لم ينص المشرع الجزائري على الشروط الواجب توفرها في الزوج حتى يكون أهلا للإنفاق على زوجته، و الشروط الواجب توفرها في الزوجة حتى تكون أهلا للإنفاق عليها.
- تستمر النفقة على الأنتى إلى غاية الدخول بها، و يستمر الإنفاق على الذكر إلى غاية بلوغه سن الرشد دون أن يشوبه عارض من العوارض التي تحول بينه و بين الكسب.
- يجب أن تتوفر في الشخص عدّة شروط حتى يكون أهلا لتولي الحضانة اختصرها المشرع الجزائري بعبارة "أن يكون أهلا للقيام بذلك" دون أن يفصل في ذلك.
- تستمر حضانة الذكر إلى سن السادسة عشرة كأقصى تقدير إذا توفرت الشروط، و الأنتى إلى سن الزواج.

## ثانيا- التوصيات:

- 1- فيما يخص الصياغة:** إعادة صياغة قانون الأسرة لتوحيد المصطلحات المستعملة بينه و بين القانون المدني و قانون الأوقاف، و المصطلحات المستعملة في المواد باللغة العربية و الأخرى المستعملة في مواد اللغة الفرنسية من نفس القانون و التي تنظم نفس المواضيع.
- 2- فيما يخص المواد الواجب تعديلها:**
  - تعديل المادة 84 ق.أ.ج: "للقاضي أن يأذن لمن بلغ السادسة عشرة من عمره في إدارة أمواله بناءا على طلب وليه أو وصيه، و يمكنه أن يرجع في الإذن إذا ثبت له ما يبرر ذلك".
  - تعديل المادة 85 ق.أ.ج: "تعتبر تصرفات المجنون، و المعتوه باطلة بطلانا مطلقا إذا صدرت في حالة الجنون أو العته في حالة الجنون المتقطع، تعتبر تصرفات الشخص خلال فترات إفاقة صحيحة".

- تعديل المادة 42 ق.م.ج حتى تنسجم مع المواد 81 و 85 ق.أ.ج و المادة 31 قانون 91-10 المتعلق بالأوقاف؛ المادة 42: " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشر سنة ينقسم الجنون إلى جنون مطبق و متقطع؛ يعتبر المجنون جنونا متقطعا كامل الأهلية أثناء فترات إفاقة إذا ثبت ذلك بإحدى الطرق الشرعية".

- تعديل المادة 81 ق.أ.ج: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو غفلة، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

- تعديل المادة 101 ق.أ.ج: "من بلغ سن الرشد و هو مجنون، أو معتوه، أو ذا غفلة، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

- تعديل المادة 7 ق.أ.ج: تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة، و للقاضي أن يرخص لهما بالزواج إذا بلغا 17 سنة.

إذا لم يحترم الشرط المذكور أعلاه تطبق أحكام المادة 33 من هذا القانون.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات، كما يكتسب أهلية فك الرابطة الزوجية مع مراعاة أحكام المادة 437 قانون اجراءات مدنية و ادارية".

- تعديل المادة 54 ق.أ.ج: "مع مراعاة أحكام المادة 204 من هذا القانون يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي....".

- تعديل المادة 62 ق.أ.ج "الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا.

يشترط في الحاضن العقل و بلوغ سن الرشد مع مراعاة أحكام المادة 2/7 من هذا القانون".

-تعديل المادة 10 ق.أ.ج: "يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي:

1- .....

2- أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو غفلة أو دين".

- تعديل المادة 30 ق.أ.ج: وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميز أو غير مميز و لو أذن بذلك الوصي.

يرجع في وقف المأذون إلى أحكام المادة 84 ق.أ.ج."

### 3- فيما يخص المواد الواجب إضافتها:

- المادة 85 مكرر ق.أ.ج: "تعتبر تصرفات ذو الغفلة و السفية باطلة بطلانا نسبيا إذا صدرت في حالة الغفلة أو السفه".

- المادة 107 مكرر ق.أ.ج : "تلحق تصرفات المحجور عليه لغفلة أو لسفه بعد الحكم بتصرفات الصبي المميز المنصوص عليها في المادة 83 من هذا القانون، و قبل الحكم تكون صحيحة إذا صدرت نتيجة استغلال لحالة السفه أو الغفلة أو صدرت نتيجة توازئ بين السفية أو ذو الغفلة و من تعاقد معه، فتقع قابلة للإبطال".

- المادة 7 مكرر 1 ق.أ.ج: " يشترط توفر العقل في المقدمين على الزواج إذا ثبت بعد تعيين لجنة طبية و اجتماعية أن زواج المجنون و المعتوه و ذو الغفلة يساعد على شفائهم يأذن القاضي به بناء على طلب وليهم".

- المادة 7 مكرر 2 ق.أ.ج: "زواج المحجور عليه لسفه صحيح".

- المادة 7 مكرر 3 ق.أ.ج: "زواج المريض مرض الموت صحيح".

يقع زواج المخطئ قابلا للإبطال لمصلحة من أخطأ في صفة جوهرية تخص الطرف الآخر يجوز ابطال عقد الزواج للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق".

- المادة 48 مكرر ق.أ.ج: " لا يقع طلاق المجنون و المعتوه و ذو الغفلة و السفية لا يقع طلاق السكران و المكروه"

- المادة 75 مكرر ق.أ.ج: "تجب نفقة الحمل على الأب أو ورثته إذا كان ميت، و تنتقل إلى الأم إذا كان الأب معسرا".

- المادة 65 مكرر ق.أ.ج: "تستمر حضانة الذكر و الأنثى بعد انتهاء السن المنصوص عليها أعلاه في حالة ضعف عقل المحضون لجنون أو عته".

## فهرس الآيات القرآنية

الرقم	أطراف الآيات	رقم الآية	السورة	الصفحة
1	"وَأْمُرْ أَهْلَكَ بِالصَّلَاةِ وَاصْطَبِرْ عَلَيْهَا"	132	طه	07
2	"قَالَتْ مَا جَزَاءُ مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوءًا إِلَّا أَنْ يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ"	25	يوسف	07
3	"هُوَ أَهْلُ التَّقْوَى وَأَهْلُ الْمَعْرِفَةِ"	56	المدثر	07
4	"إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ"	71	الأحزاب	16
5	"وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ"	06	النساء	39، 24، 26
6	"وَلَكِن سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِاللَّهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ"	65	التوبة	44
7	"رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا"	286	البقرة	44
8	"وَاللَّائِي يَكْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ"	04	الطلاق	46
9	"وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ"	32	النور	48، 51، 65، 130
10	"مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ"	78	الحج	48

50	الأنعام	164	"وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا"	11
65،73	النحل	106	"إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ "	12
71	البقرة	230	"فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ"	13
75	البقرة	231	"وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا"	14
75	الأحزاب	05	"وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ"	15
85	النساء	43	"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرُبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى"	16
94	النساء	11	"يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ"	17
95	لقمان	14	"وَفَصَالُهُ فِي عَمَزَيْنِ"	18
95	الأحقاف	15	"وَحَمْلُهُ وَفَصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا"	19
95	البقرة	233	"وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ"	20
37،131	النساء	05	" وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا"	21

## فهرس الأحاديث النبوية:

الرقم	أطراف الأحاديث	الصفحة
01	"ولا تترك صلاة مكتوبة، فمن تركها"	16
02	"مروا الصبي بالصلاة إذا بلغ سبع سنين"	20
03	"أن النبي صلى الله عليه و سلم عرضه يوم أحد و هو ابن أربع عشرة"	26
04	"أن رجلا على عهد رسول صلى الله عليه و سلم كان يتاعو في عقدته ضعف"	34
05	"رد الرسول عليه الصلاة و السلام صدقة الرجل الذي تصدق بأحد ثوبيه"	38
06	"لأتين عثمان، فلأحجرن عليك"	38
07	"لا حسد إلا في اثنين"	38
08	"إن الله وضع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكروها عليه"	40,45,63,74,76
09	"تزوجني الرسول صلى الله عليه و سلم لست سنين"	47,121
10	"ليس للولي مع الثيب أمر و اليتيمة تستأمر و صمتها إقرارها"	49
11	"تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكنت فهو إذنها"	51
12	"الثيب أحق بنفسها من وليها"	52
13	"ثلاث جدهن جد و هزلهن جد"	63,75
14	"أي عبد تزوج بغير إذن سيده فهو عاهر"	63
15	"رفع القلم عن ثلاثة"	70,71

70	"إنّ الطلاق لمن أخذ بالساق"	16
72	"كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه و المغلوب على عقله"	17
73	"ليس لمجنون و لا لسكران طلاق"	18
74	"لا طلاق و لا عتاق في إغلاق"	19
94	"إذا استهل المولود صارخا ورث"	20
94,96	"إذا استهل الصبي صُلبي عليه و ورث"	21
95	"يروى أن عثمان بن عفان أتىّ بامرأة قد ولدت في ستة أشهر"	22
96	"ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل"	23
96	"ما من بني آدم مولود إلا يمسه الشيطان حين يولد"	24
103	"إنّ ها هنا غلاما يفاعا، لم يحتلم، من غسان"	25
118	"و لهن عليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف"	26
130	"لا نكاح إلا بولي مرشد و شاهدي عدل"	27
75	"إنما الأعمال بالنيات"	28

## فهرس الأعلام

الصفحة	اسم العلم	الصفحة	اسم العلم
82	ابن المواز	12	ابن أمير الحاج
100	أشهب	12	البحاري
103	أبو الخطاب	26	أبي يوسف
103	المتولي	26	محمد
103	الدارمي	49	ابن أبي ليلي
103	عمر	49	الثوري
103	عمر بن عبد العزيز	49	ابن القاسم
103	شريح	49	أبو ثور
103	عطاء	49	أبو عبيد
103	الزهري	49	ابن شبرمة
103	عبد الله بن عتبة	49	أبو بكر الأصم
103	الشعبي	50	ابن حزم
103	النخعي	59	زفر
108	القدوري	60	الخرقي
120	أبو المصعب	60	القاضي
124	ابن حمدان	73	أبي بكر الخلال
145	ابن شعبان	81	ابن الحكم
		81	ابن نافع

## المصادر و المراجع:

### القرآن الكريم برواية حفص:

#### كتب الحديث:

- 1- أبي بكر البيهقي: السنن الكبرى-تحقيق عطا محمد- ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 2003.
- 2- أبي عبد الله البخاري: صحيح البخاري-تحقيق و تخريج زهوة أحمد و عناية أحمد- دار الكتاب العربي، بيروت، ب ط، 2013.
- 3- أبي عيسى الترميذي: الجامع الكبير-تحقيق معروف بشار- دار الغرب الإسلامي، ط1، 1996.
- 4- أبي القاسم الطبراني: المعجم الأوسط-تحقيق عبد الله بن محمد و الحسيني ابراهيم- دار الحرمين، القاهرة، ب ط، 1995.
- 5- سليمان ابن داوود: سنن أبي داوود:-تحقيق شعيب الأرنؤوط و قروبلي محمد كامل- دار الرسالة العلمية، دمشق، ط1، 2009.
- 6- القزويني ابن ماجه: سنن الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه-تحقيق و تعليق عبد الباقي محمد فؤاد-، دار إحياء الكتب العربية، ب ط، ب ت.
- 7- النيسابوري مسلم: صحيح مسلم-تحقيق و تخريج زهوة أحمد و عناية أحمد- دار الكتاب العربي، بيروت، ب ط، 2013.

#### كتب أصول الفقه:

- 8- ابن أمير الحاج: التقرير و التحرير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1999.
- 9- أبي بكر السرخسي: أصول السرخسي، تحقيق الأفغاني أبو الوفاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1993.
- 10- سعد الدين التفتزاني: شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، تنقيح البخاري عبد الله، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، ب ت.

11- شمس الدين الالفناري: فصول البدائع في أصول الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2006.

12- عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة، بغداد، العراق، ب ط، ب ت.

13- علاء الدين البخاري: كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ب ط، ب ت.

14- محمد الخضري: أصول الفقه، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ط6، 1969.

15- محمد سراج: أصول الفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، ب ط، 1998.

16- مصطفى شلي: أصول الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ب ط، ب ت.

17- وهبة الزحيلي: أصول الفقه الاسلامي، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط1، 1986.

كتب الفقه:

الفقه المالكي:

18- أبي القاسم ابن جزري: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية و التنبيه على مذهب الشافعية و الحنفية و الحنابلة-تحقيق مولاي محمد- ب ط، ب ت.

19- أبي الوليد الباجي: المنتقى شرح موطأ مالك-تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا-، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1999.

20- الخطاب الرعيني: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل-تحقيق عميرات زكريا-، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1995.

21- الصادق الغرياني: مدونة الفقه المالكي و أدلته، مؤسسة الريان، ب ط، ب ت.

22- عبد السلام التسولي: البهجة في شرح التحفة-تحقيق شاهين عبد القادر-، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1998.

23- عبد السميع الآبي: جواهر الإكليل، المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان، ب ط، ب ت.

24- عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، ب ط، ب ت.

25- علي العدوي: حاشية العدوي، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، ط2، 1990.

26- محمد الخرشني: الخرشني على مختصر خليل، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، ط2، 1899

27- يوسف ابن عبد البر: الاستذكار، دار قتيبة، دمشق، بيروت. و دار الوعي، حلب، القاهرة، ط1، 1993.

#### الفقه الحنفي:

28- ابن الهمام الحنفي: شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2003.

29- أبي محمد العيني: البناء في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، 1990.

30- أحمد بن قويدر: تكملة فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2003.

31- شمس الدين السرخسي: المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ب ط، ب ت.

32- علاء الدين الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق و تعليق الشيخ علي محمد معوض و الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط2، 2001.

33- محمد أمين ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار-تحقيق عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد معوض-، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، ط خ، 2003.

#### الفقه الشافعي:

34- أبي اسحاق الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي-تحقيق الزحيلي محمد-، دار القلم، دمشق، سورية، ط1، 1996.

35- أبي الحسن الماوردي: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه-تحقيق علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود-، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1994.

36- أبي زكريا النووي: روضة الطالبين-تحقيق عادل عبد الموجود-، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، ب ط، 2003.

37- إدريس الشافعي: الأم-تحقيق فوزي عبد المطلب-دار الوفاء، المنصورة، مصر، ط1، 2001.

38- شمس الدين الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج-تحقيق عيتاني محمد خليل-، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1997.

#### الفقه الحنبلي:

39- ادريس الباهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع-تحقيق الضناوي محمد-، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط1، 1997.

40- موفق الدين ابن قدامة: المغني-تحقيق التركي عبد المحسن و الحلو عبد الفتاح-، دار عالم الكتب، الرياض، ط1،1986.

**الفقه الظاهري:**

41- ابن حزم الظاهري: المحلى، الطباعة المنيرية، القاهرة، مصر، ب ط، ب ت.

**كتب فقهية حديثة:**

42- أحمد الشافعي: الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ب ط، 2000.

43- بدران أبو العينين بدران: تاريخ الفقه الإسلامي و نظرية الملكية و العقود، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ب ط، ب ت.

44- جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية و عوارضها و الولاية العامة و الخاصة و أثرهما في التشريع الإسلامي، دار الهدى، عين مليلة، 1993.

45- طارق آل سالم: الواضح في أحكام الطلاق، دار الإيمان، الاسكندرية، مصر، ب ت، 2004.

46- عامر الزبياري: احكام الخلع في الشريعة الاسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ب ط، ب ت.

47- عبد الرحمان الجزيري: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 2003.

48- عبد السلام التونجي: الشريعة الإسلامية في القرآن الكريم، جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، طرابلس، ليبيا، ط2، 1997.

49- عبد المنعم أبو شعيشع: نظام الوقف في الاسلام و أثره في الدعوى إلى الله تعالى، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، ب ط، 2008.

50- عبد المنعم سليم: الجامع في أحكام الطلاق، دار الضياء، طنطا، مصر، ب ط، ب ت

51- عبد العال الطهطاوي: تنبيه الأبرار بأحكام الخلع و الطلاق و الظهار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2003.

- 52- محمد أبو زهرة: الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ب ط، ب ت.
- 53- محمد السريتي: الوصايا و الأوقاف و الموارث في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، بيروت، 1997، ب ط.
- 54- محمد حسين فراج: الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، ط1، ب ت.
- 55- مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، دار القلم، مشق، سوريا، ط1، 1998.
- 56- مصطفى شلي: المدخل في الفقه الإسلامي نظرية الملكية و العقد، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط10، 1985.
- 57- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط2، 1985.
- كتب قانونية:**
- 58- أحمد شامي: قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية و نقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر، ب ط، 2010.
- 59- أحمد الغميشلي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية، مكتبة المعارف، المغرب، ط 1987.
- 60- أحمد نصر الجندي: شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية و دار شتات، مصر، 2009، ب ط.
- 61- اسحاق ابراهيم منصور: نظريتنا القانون و الحق و تطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ب ط، 1992.
- 62- حسن توفيق فرج: المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط1، 1988.
- 63- حسين بن الشيخ آث ملويا: رسالة في طلاق الخلع، دار هومة، الجزائر، ب ط، 2013.
- 64- خالد رمول: الإطار القانوني و التنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دار هومة، ب ط، 2004.
- 65- رشيد بن شويخ: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008.

- 66- \_\_\_\_\_: الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008.
- 67- رمضان أبو السعود رمضان: النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر، ب ط، 2005.
- 68- ساسي بن حليمة: محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، ب ط، 2011.
- 69- سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية، دار الكتب، مصر، ط6، 1987.
- 70- سليمان ولد خسال: الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، ط1، 2010.
- 71- شامل الشيخلي: عوارض الأهلية بين الشريعة و القانون، مطبعة العاني، بغداد، العراق، ط1، 1984.
- 72- شوقي بناسي: نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2010.
- 73- عبد العزيز سعد: اجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة، الجزائر، ب ت، 2013.
- 74- \_\_\_\_\_: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد- أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل- دار هومة، الجزائر، ط3، 2011.
- 75- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ب ط، 2009.
- 76- عبد الفتاح تقية: قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه و التشريع و القضاء، منشورات ثالة، الجزائر، ب ط، 2011.
- 77- عبد القادر الفار: المدخل لدراسة العلوم القانونية مبادئ القانون-النظرية العامة للحق، ط1، ب ت، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان.
- 78- عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح مدونة الأسرة، مكتبة الرشاد، سطات، المغرب، ط1، 2006.

- 79- عبد المجيد زعلاني: المدخل لدراسة القانون النظرية العامة لحق، دار هومة، الجزائر، 2011.
- 80- العربي بختي: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، د م ج، الجزائر، ط1، 2013.
- 81- العربي بلحاج: أحكام الموارث في التشريع الاسلامي و قانون الأسرة الجزائري الجديد، د.م.ج، الجزائر، ط4، 2010.
- 82- علي علي سليمان: ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- 83- علي فيلاي: نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، ب ط، 2011.
- 84- عمر حمدي باشا: عقود التبرعات الهبة- الوصية- الوقف، دار هومة، الجزائر، ب ط، 2004.
- 85- عيسى حداد: عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، ب ط، 2006.
- 86- الغوثي بن ملح: قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 2005.
- 87- فاطمة الزهراء بن محمود و سامية دولة: التعليق على مجلة الأحوال الشخصية، مجمع الأطرش، تونس، ط1، 2015.
- 88- فرج بن يوسف: الموارث الشرعية و الوصية و مجلة الأحوال الشخصية، دار الميزان، سوسة، تونس، ب ط، ب ت.
- 89- فرج القصير: أحكام الموارث في القانون التونسي، دار الميزان، سوسة، ط2، 2001.
- 90- فريد بن جحا: ترشيد القاصر، معهد الدراسات العليا، تونس، ط1، 2015.
- 91- فريدة محمدي: المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، سيدوك، الجزائر، ب ط، ب ت.
- 92- كمال حمدي: الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، ب ط، ب ت.
- 93- محفوظ بن صغير: أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، دار الوعي، الجزائر، ط1، 2013.
- 94- محمد الأزهر: شرح مدونة الأسرة، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، المغرب، ط7، 2015.

- 95- محمد التحكائي: نظام التبرعات في الشريعة الإسلامية، دار النشر المغربية، تطوان، المغرب، ب ط، 1983.
- 96- محمد حسن قاسم: المدخل لدراسة القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ب ط، 2009.
- 97- محمد الشافعي: قانون الأسرة في دول المغرب العربي، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش، ط1، 2009.
- 98- محمد سعيد جعفرور: تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، ط1، 2010.
- 99- \_\_\_\_\_: مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، ط1، 2011.
- 100- محمد سعيد جعفرور و إسعد فاطمة: التصرف الدائر بين النفع و الضرر في ق.م.ج، دار هومة، الجزائر، ب ط، 2002.
- 101- محمد محدة: التركات و الموارث، مطبعة عمار قرني، باتنة، ط2، 1994.
- 102- محمد الكشيبور: الواضح في شرح مدونة الأسرة-الزواج-، دار النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط3، 2015.
- 103- \_\_\_\_\_: الواضح في شرح مدونة الأسرة المغربية-الطلاق-، دار الآفاق المغربية، الدار البيضاء، المغرب، ط3، 2015.
- 104- مصطفى السباعي: المرأة بين الفقه و القانون، دار الوراق، بيروت، لبنان، ط7، 1999.
- 105- مصطفى السباعي و عبد الرحمان الصابوني: الأحوال الشخصية في الأهلية و الوصية و التركات، ط5، مطبوعات جامعة دمشق، دمشق، سوريا، 1978/1977.
- 106- مصطفى مصباح شليبيك: المدخل للعلوم القانونية، الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، ط1، 2002.
- 107- ياسين الجبوري: المبسوط في شرح القانون المدني، دار وائل، عمان، الأردن، ب ط: ب ت.
- مقالات:**

- 108- أحمد القضاة: أثر الإكراه في الزواج و الطلاق، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية و الانسانية، الشارقة، الإمارات، العدد2، 2006.
- 109- ادريس الفاخوري: واقع الطلاق الخلعي بالمغرب-المنطقة الشرقية نموذجا-، المجلة المغربية للاقتصاد و القانون، العدد الثامن، 2003.
- 110- اسماعيل هنية: دور الحقائق العلمية المعاصرة في ضبط ميراث الحمل، مجلة الجامعة الاسلامية، المجلد الثالث عشر، العدد الأول، غزة، فلسطين، 2005.
- 111- حميد اربيعي: حماية حقوق المرأة بالمغرب بين مقتضيات الاتفاقيات الدولية و القانون الوطني، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد93، 2010.
- 112- الجليلي تشوار: سن الزواج بين الإذن و الجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ج37، رقم04، 1999.
- 113- \_\_\_\_\_: حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، محاضرة أقيمت بجامعة سيدي بلعباس، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، جزء41، رقم01، 2000.
- 114- رياض محمد فخري: أثر عوارض الجهل و النسيان و الخطأ على المسؤولية في الشريعة الإسلامية، مجلة الأستاذ مجلة كلية التربية، بغداد، العدد202، 2012.
- 115- طه الجبوري: الإكراه على الزواج دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد15، عدد2012، 53.
- 116- عبد الفتاح تقية: عوارض الطلاق بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، عدد02، 2008.
- 117- \_\_\_\_\_: نطاق عوارض الأهلية في أصول الشريعة الاسلامية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد1، 2009.
- 118- عزوز بن تمسك: إسقاط الحضانة في القانون التونسي، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، جامعة تلمسان، 2005، عدد03.
- 119- عيسى حداد: الأهلية في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية، معهد العلوم القانونية جامعة عنابة، العدد التاسع، 1996.

120- \_\_\_\_\_: الحضانة بين القانون و الاجتهاد القضائي، مجلة التواصل، جامعة عنابة، عدد15 ديسمبر 2005.

121- محفوظ بن صغير: أثر تعديل قانون الأسرة الجزائري، 05-02 في ترقية المركز القانوني للمرأة، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، العدد الأول، فيفري، 2014.

122- محمد شاکر رشيد: أحكام الإكراه في الشريعة الإسلامية، مجلة مركز البحوث و الدراسات الإسلامية، العدد4، 2006.

123- محمد علي البدوي: الحماية القانونية للطفل في القانون المدني، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد3، 2005.

124- محمد مصطفى الريسوني: مدونة الأسرة نظام قانوني متكامل، مجلة المعيار، فاس، المغرب، العدد33.

125- المكي اقلينية: من مدونة الأحوال الشخصية المغربية إلى مدونة الأسرة، مجلة الحق، العدد13، 2008.

126- محمد مومن: أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة الحقوق، العدد الثالث، 2004، الكويت.

127- سعدنا ولد الحاج: عقد الزواج من خلال مدونة الأسرة الموريتانية، مجلة الفقه و القانون، عدد19، 2014.

رسائل جامعية:

دكتوراه:

128- زكية حميدو: مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، أطروحة دكتوراه، 2005/2004.

129- عبد الرزاق بوضياف: إدارة أموال الوقف و سبل استثماره في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2006/2005.

130- عبد الفتاح تقيّة: الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007/2006.

- 131- عبد المجيد غميحة: موقف المجلس الأعلى من مدونة الأحوال الشخصية، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، 2000.
- 132- عزيزة حسيني: مصلحة الطفل، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014
- 133- عيسى أمعيزة: الإرث بالتقدير و الاحتياط في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2012/2011.
- 134- محفوظ بن صغير: الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الاسلامية، جامعة باتنة، 2009/2008.
- ماجستير:**
- 135- أمينة بن جناحي: دور القاضي في الخلع دراسة في الفقه و القانون و الاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2014.
- 136- أوريدة بوترفة: وجوب النفقة في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ب.ت.
- 137- بخالد عجالي: نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي و تطبيقاتها في القانون المدني الجزائري- دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2005.
- 138- جميلة موسوس: الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري و الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم التجارية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2006/2005.
- 139- حسين مهداوي: دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج و آثاره، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان-، 2010/2009.
- 140- خير الدين فنطازي: نظام الوقف في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة منتوري، 2007/2006.
- 141- دليلة براف: الخطأ في تصرفات المكلفين و آثاره في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، المعهد الوطني العالي لأصول الدين، الجزائر، 1997/1996.
- 142- دليلة سلامي: حماية الطفل في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008./2007

- 143- سعيد قاضي: رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2010/2011.
- 144- سليم سعدي: الخلع بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ب ت.
- 145- شادية عبد الاوي: خيارات المشرع التونسي في سن مجلة الأحوال الشخصية، مذكرة في الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تونس، 2007/2008.
- 146- صالح بوغرارة: حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006/2007.
- 147- صورية زردوم: النظام القانوني للأموال الوقفية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009/2010.
- 148- عائشة عمران: مدى حرية الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع في التشريع الجزائري مقارنة مع أبرز التشريعات العربية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2007/2008.
- 149- محمد بوشنافة: مبدأ استقرار المعاملات في العقود بين مقتضيات المصلحة العامة و حرية الأطراف، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012/2013.
- 150- محمد بوعمره: أموال القصر في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2012/2013.
- 151- محمد سعيد جعفرور: إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري، دبلوم ماجستير، معهد الحقوق و العلوم الادارية، جامعة الجزائر، 1985.
- 152- نعيمة بودوشت: الطلاق و توابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1999/2000.

#### معاجم لغوية:

- 153- بطرس البستاني بطرس: محيط المحيط قاموس مطول في اللغة العربية، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، ط1، 1997.
- 154- علاء الدين ابن منظور: لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، مصر، ب ط، ب ت.

- 155- علي الجرجاني: معجم التعريفات، دار الفضيلة، القاهرة، ب ط، 2004 .
- 156- مجد الدين الفيروز آبادي: القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط8، 2005.
- 157- مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، ط4، 2004.

#### كتب التراجع:

- 158- شمس الدين الذهبي: سير أعلام النبلاء-تحقيق الأرنؤوط شعيب و الأسد حسين-، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1996، 11.
- 159- عمر رضا كحالة: معجم المؤلفين تراجم مصنفي الكتب العربية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1993.

#### القوانين و الأوامر:

- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007.
- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، معدل و متمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
- قانون رقم 91-10 الصادر في 27 أبريل 1991 المتضمن قانون الأوقاف الجزائري.
- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية.
- ظهير 12 أغسطس 1913 المتضمن قانون الالتزامات و العقود صيغة محينة بتاريخ 22 سبتمبر 2011.
- ظهير شريف رقم 1-04-22 صادر في 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية.
- ظهير شريف رقم 1.09.236 الصادر في 23 فبراير 2010 المتعلق بمدونة الأوقاف المغربية.
- القانون المؤرخ في 20 فبراير 1954 المتعلق بالقانون المدني.
- الأمر رقم 89-126 الصادر بتاريخ 14 سبتمبر 1989 المتضمن قانون الالتزامات و العقود الموريتاني المعدل بالقانون رقم 2001-31 الصادر بتاريخ 7 فبراير 2001.
- قانون رقم 2001-052 يتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

- الأمر مؤرخ في 15 ديسمبر 1906 المتضمن مجلة الالتزامات و العقود التونسية منشور بالرائد الرسمي ملحق عدد 100 بتاريخ 15 ديسمبر 1906.
- أمر مؤرخ في 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية.
- قانون رقم 127 المؤرخ في سنة 1972 المتعلق بأحكام الوقف.
- قانون رقم 17 لسنة 1992 بشأن تنظيم أحوال القاصرين و من في حكمهم الليبي.
- قانون رقم: 6 لسنة 1959 بتاريخ 15/05/1959 بشأن حماية حق النساء في الإرث الليبي.
- قانون رقم 7 الصادر سنة 2002 المتعلق بأحكام الوصية الليبي.



99.....	الفرع الثاني: وقت الحمل و مقدار ما يوقف له
102.....	المطلب الثاني: الأهلية و أثر تخلفها على التبرعات
102.....	الفرع الأول: الوصية
111.....	الفرع الثاني: الوقف
118.....	المطلب الثالث: الأهلية و أثر تخلفها على النفقة
118.....	الفرع الأول: الأهلية و أثر تخلفها على النفقة الزوجية
124.....	الفرع الثاني: الأهلية و أثر تخلفها على نفقة الأقارب
129.....	المبحث الثاني: الأهلية و أثر تخلفها على الحقوق غير المالية في شؤون الأسرة
129.....	المطلب الأول: الأهلية و أثر تخلفها على الولاية
129.....	الفرع الأول: الأهلية و أثر تخلفها على الولي
134.....	الفرع الثاني: الأهلية و أثر تخلفها على المولى عليه
136.....	المطلب الثاني: الأهلية و أثر تخلفها على الوصاية
136.....	الفرع الأول: الأهلية و أثر تخلفها على الموصي
138.....	الفرع الثاني: الأهلية و أثر تخلفها على الوصي
141.....	المطلب الثالث: الأهلية و أثر تخلفها على الحضانة
141.....	الفرع الأول: الأهلية و أثر تخلفها على الحاضن
145.....	الفرع الثاني: الأهلية و أثر تخلفها على المحضون
151.....	الخاتمة
155.....	فهرس الآيات القرآنية
157.....	فهرس الأحاديث النبوية
159.....	فهرس الأعلام
160.....	قائمة المصادر و المراجع
173.....	الفهرس

## ملخص البحث:

يتناول موضوع البحث " الأهلية و أثر تخلفها في قضايا شؤون الأسرة بين الفقه الإسلامي و قوانين الأسرة المغاربية ".  
يعالج هذا الموضوع الأهلية الواجب توفرها في الرجل و المرأة عند انشاء أو فك الرابطة الزوجية، و الأهلية الواجب توفرها في الحقوق القررة في قضايا الأسرة؛ سواء المالية منها كالميراث و الوصية و الوقف و النفقة أو غير المالية كالولاية و الوصاية و الحضانة. تمت معالجة هذه النقاط بطريقة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قوانين الأسرة المغاربية؛ بحيث تم عرض أقوال المذاهب الفقهية المشهورة و محاولة الوصول إلى الراجح منها، و كذا عرض موقف قوانين الأسرة المغاربية و المقارنة فيما بينها من جهة و مدى توافقها مع الفقه الإسلامي من جهة أخرى.

مما خلصت إليه هذه الدراسة أن قوانين الأسرة المغاربية سمحت لناقص الأهلية بسبب السن بالزواج كاستثناء بحيث جعلت هذا الزواج مقيد بعدة شروط، أما ناقصي و فاقد الأهلية لأسباب أخرى غير السن؛ فقد أجازت بعض القوانين زواجهم مع تقييده بعدة شروط و أحالتنا بعض القوانين كالقانون الجزائري إلى الفقه الإسلامي. لم تنص أغلب التشريعات المغاربية على صحة تصرفات ناقصي و فاقد الأهلية المنهية للزواج محيلة الأمر إلى الفقه الإسلامي. اتفق المشرعون المغاربة حول توريث الحمل و صحة التبرع له. اتفقوا على اشتراط أهلية التبرع في الواقف و الموصي و صحته الوصية و الوقف لناقص و فاقد الأهلية. أحالنا المشرعون المغاربة إلى الفقه الإسلامي بخصوص أهلية الزوجة و الزوجة في النفقة و نفقة الحمل. أجمعوا على استمرارية النفقة على الأثنى إلى غاية الدخول و على الذكر إلى غاية بلوغ سن الرشد. اشتراطوا و لو بطريقة غير مباشرة كمال أهلية الولي و الوصي و الحاضن.

رجع المشرعون المغاربة لأحكام الفقه الإسلامي خاصة المذهب المالكي في أغلب المواد القانونية المتعلقة بهذا البحث؛ هذا يبرز إصابة الشريعة الإسلامية و أنها صالحة لكل زمان و مكان.

## الكلمات المفتاح:

الأهلية-تخلفها-الأسرة-الفقه الإسلامي-قوانين الأسرة المغاربية.

## **Research Summary:**

Deals with the subject of research, « the civil and the impact of its failure in family affairs issues between the Islamic jurisprudence and the Maghreb family laws ».

Dealt with this subject eligibility to be met by men and women, when you create or decode the marital bond, and eligibility must be provided in Alorteurh rights in family issues; both financial and Kalmarat and wills and endowment and alimony or non-financial Kalolaah and guardianship and custody. It has to address these points comparison between Islamic jurisprudence and the Maghreb family laws in a way; so has been the sayings of schools of Islamic jurisprudence famous and try to gain access to the correct ones, and as well as display stand Maghreb family laws and the comparison between them on the one hand and their compatibility with Islamic jurisprudence, on the other hand.

What this study conclusion that the Maghreb family laws allowed eligibility minus because of the age of marriage as an exception so that made this a restricted marry several conditions, while underweight and civil incompetent for reasons other than age; it has passed some laws marriages with restrained several conditions and transferred us some laws such as the law of Algeria to Islamic Fiqh. Most Maghreb legislation did not provide for the health of the actions of underweight and finished incompetent civil marriage for relegating it to Islamic jurisprudence. Moroccan lawmakers agreed on the inheritance of the pregnancy and the health of his donation. They agreed on the requirement for eligibility to donate in the standing and recommended own health and the commandment and cessation of minus and incapacitated. Moroccan lawmakers referred us to the Islamic jurisprudence regarding the eligibility of the wife and the wife in alimony and alimony pregnancy. Unanimously agreed that the continuity of spending on the female until the entry and the male until they reach the age of majority. Speaking on condition and if indirectly Kamal civil guardian and the guardian and custodian.

Moroccan lawmakers returned to the provisions of Islamic jurisprudence private Maliki doctrine in most legal materials related to this research; this highlights the injury of Islamic law and it is valid for every time and place.

### **Key words:**

Civil-successor-family-Islamic jurisprudence-Moroccan family law.