

تمهيد:

لما أريد تنقيح التقنين المدني المصري طرح التساؤل الذي يأتي: أيشتمل التقنين المدني الجديد على كل من قواعد الأحوال العينية والأحوال الشخصية معا^١، أم أنه سيقصر على الموضوع الأول^٢؟

وقد كان جواب واضعي مشروع التقنين الجديد أن هذا التقنين ينبغي أن يشتمل فقط على قواعد الأحوال العينية. أي قواعد المعاملات المالية، لأن مصدر قواعد الأحوال الشخصية ليس موحدًا بالنسبة إلى جميع المصريين: فبعضها يرجع إلى الشريعة الإسلامية. وبعضها الآخر يرجع إلى مصادر دينية أخرى. ورغبة في عدم إرباك التقنين المدني بعقبات يصعب تذليلها. اعتمدوا الاقتصار على أحكام المعاملات المالية^٣

وعندنا، أثر واضعو تقنيننا المدني. أو بالأحرى ناقلوه، أن يحذوا حذو نظرائهم في مصر، ففصلوا قواعد الأحوال الشخصية عن قواعد الأحوال العينية، وخصوا كلا منها بتقنين مستقل، مع أن الأولى، في نظرنا، كان هو الاقتداء، هنا، بموقف تقنين نابليون، وذلك بتوحيد هذين النوعين من القواعد في تقنين واحد، كان ينبغي أن يطلق عليه "التقنين المدني" Code civil. وذلك لأن الاعتبار الرئيس الذي حمل واضعي مشروع التقنين المدني المصري على ما فعلوه لم يكن يطرح بالنسبة إلى تقنيننا المدني.

لقد صدر التقنين المدني الجزائري، ساري المفعول، بالأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 خاصة بالأحوال العينية. ناصا في المادة 79 منه على أن ((تسري على

١ - أستاذ محاضر بجامعة مولود معمري. تميزي وزو

١ - وهو النهج الذي سار عليه التقنين المدني الفرنسي. وهو أول التقنينات في العصر الحديث.

٢ - وهذا ما فعله كثير من التقنينات المدنية الحديثة. كالتقنين البولوني. والتقنين السوفياتي (سابقا). وقانون الموجبات والعقود اللبناني ومجلة الالتزامات والعقود التونسية.

٣ - انظر في ذلك عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول. طبعة 1952، ص 26 و 27.

القصر والمحجور عليهم وغيرهم من عديمي الأهلية قواعد الأهلية المنصوص عليها في مدونة الأحوال الشخصية)). وبعد ذلك، بنحو تسع سنين، صدرت هذه المدونة بالقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 تحت تسمية قانون (تقنين) الأسرة Code de la famille.

وباعتبار تقنين الأسرة جزءا مكملًا للتقنين المدني، فقد كان ينبغي مراعاة الاتساق والانسجام معه في الأحكام التي تتضمنها نصوصهما، وكان يجب تفادي أوجه التعارض بين هذه الأحكام.

بيد أنه من تفحص الأحكام الواردة بالتقنينين، وجدنا تعارضا بين الكثير من المسائل، التي نتولى هنا الإشارة إلى بعضها.

وسنصب اهتمامنا على مسائل خمس، ندرسها على التوالي فيما يأتي، وهي:

1- سن الرشد.

2- سن التمييز وسن الترشيح.

3- الولي عن القاصر.

4- تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر.

5- عوارض الأهلية.

أولا: سن الرشد

تقضي الفقرة الثانية من المادة 40 من تقنيننا المدني بأن ((سن الرشد تسعة عشرة (19) سنة كاملة)).

إعمالا لمقتضى نص هذه الفقرة. إذا بلغ القاصر هذه السن اكتملت أهلية الأداء، لديه، وكان له أن يباشر بنفسه التصرفات القانونية. إذ ثبت له، ببلوغه هذه السن. كل من أهلية الاغتناء، وأهلية الإدارة. وأهلية التصرف وأهلية التبرع.

وتقضي المادة 07 من تقنين الأسرة بما يأتي: ((تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة، والمرأة بتمام 18 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة)).

ويستدعي هذا النص الأخير ملاحظتين: تخص الأولى ناحية الذكر، وتتعلق الثانية بجهة الأنثى.

الملاحظة الأولى: بالنسبة إلى الذكر.

إذا بلغ الفتى سن 19 سنة من عمره كان راشداً. أي كامل الأهلية. فيستقل بتصرفاته. ويتحمل بمسؤولياته. ومقتضى كمال الأهلية. كما أشرنا منذ حين، إمكانية الشخص إبرام كل التصرفات القانونية: عقود اغتناء كانت. أم عقود تبرع، أم عقود تصرف.

فإذا حق له كل ذلك طبقاً للتقنين المدني، أفيعقل ألا يستطيع إبرام عقد الزواج إلا إذا تجاوز سن الرشد تطبيقاً للمادة السابعة من تقنين الأسرة؟ أليس معنى ذلك أنه ليس راشداً؟

الملاحظة الثانية: بالنسبة إلى الأنثى.

في سن الثامنة عشرة (18) لا تزال الفتاة قاصراً. وهي ناقصة الأهلية طبقاً للمادة 43 من التقنين المدني التي تنص على أن ((كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد... يكون ناقص الأهلية...)).

ومقتضى نقص التمييز أن الإنسان (الأنثى هنا) يدرك معنى بعض المعاملات ولا يدرك معنى معاملات أخرى. ومع ذلك، فطبقاً لنص المادة السابقة من تقنين الأسرة آنف الذكر، يحق للفتاة. وهي ناقصة الأهلية، أن تقدم على إبرام أهم عقد وهو الزواج.

إن هذا غير مستساغ، في نظرنا، فإذا لم يكن لها، من جهة. حق إجراء تصرف من التصرفات التي يطلق عليها التبرعات. لأنها لم تبلغ سن الرشد بعد (19 سنة)، وإذا كان تصرفها بالبيع. من جهة أخرى. لا ينفذ ولا يكون له أثر إلا بإجازة وليها أو وصيها. أو ينفذ بدون هذه الإجازة، لكنه يكون قابلاً للإبطال. كما سنرى لاحقاً، فهل يكون من المنطق في شيء أن تبرم عقد الزواج. وهو عقد العمر. إن جاز التعبير مع ما يترتب لها أو عليها من حقوق وواجبات؟

ثم، إذا كان مجتمعنا واحدا من تلك المجتمعات التي تشهد نموا سكانيا سريعا، أفلم يكن من الحكمة رفع سن الزواج بالنسبة إلى الفتاة إلى 19 سنة على الأقل، وهي سن الرشد في التقنين المدني؟

هذا، وعلاوة على الملاحظتين السابقتين، ورغبة في أن تكون الفائدة أعم، نسير إلى أن المادة 05 من الأمر رقم 97-07 المؤرخ في 06 مارس 1997 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات تنص على أن ((يعد ناخبا كل جزائري وجزائرية بلغ من العمر ثمانين عشرة (18) سنة كاملة يوم الاقتراع، وكان متمتلا بحقوقه المدنية والسياسية، و لم يوجد في إحدى حالات فقدان الأهلية المحددة في التشريع المعمول به))⁴

يلاحظ من هذا النص الأخير أن سن الرشد بالنسبة إلى التصويت في الانتخابات هي 18 سنة، أي أن الشخص يعتبر ناقص الأهلية حسب التقنين المدني وتقنين الأسرة معا، بحيث تكون بعض تصرفاته، كالبيع، قابلة للإبطال (في التقنين المدني) أو موقوفة على إجازة وليه أو وصيه (في تقنين الأسرة)، كما سنرى لاحقا، لكنه راشد بالنسبة إلى القانون المتعلق بنظام الانتخابات الذي يخوله المساهمة في إدارة شؤون الحكم في بلده عن طريق الإدلاء بصوته، و كأن البيع أهم أثرا من التصويت

وإلى جانب ما ذكرنا الآن. يلاحظ أن الفقرة الأولى من المادة الرابعة من تقنين الجنسية، الصادر بالأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15/12/1970، تقضي بأن ((يعتبر بالغاً سن الرشد حسب مدلول هذا الأمر كل شخص ذكر أو أنثى بلغ إحدى وعشرين سنة من العمر)).

وبهذا نجد أن واضعي النصوص القانونية في بلادنا قد احتاروا بصدد سن الرشد، فضاعت هذه السن بين 18، و19، و21 سنة. وقد كان الأجدر مراعاة الانسجام بين

⁴. ((Sont électeurs tout Algerien et Algerienne agés de dix-huit (18) ans accomplis au jour du scrutin, jouissant de leurs droits civils et civiques et n'étant dans aucun cas atteints d'incapacité prévue par la législation en vigueur))

مختلف النصوص. وفي هذا الصدد نقترح توحيد سن الرشد، وجعلها، كما في التقنين المدني الفرنسي، 18 سنة من عمر الإنسان⁵

ثانيا: سن التمييز و سن الترشيد

سنلقى هنا نظرات على كل من سن التمييز وسن الترشيد تباعا.

1- : سن التمييز

بالنسبة إلى سن التمييز لا يوجد تعارض بين التقنين المدني وتقنين الأسرة، فقد اعتبر كل من التقنينين بلوغ 16 سنة من العمر هو الوقت الذي يعتبر فيه الطفل مميزاً⁶ ومع ذلك، فإن الأمر جدير بإبداء الرأي فيه ويمكننا أن نقول، هنا، إن مسلك مشرعنا معيب لإناطته التمييز بهذه السن المتأخرة. ويظهر وجه الانتقاد من نواحي عديدة نرجعها إلى خمس⁷:

الانتقاد الأول: إنها سن متأخرة بالنسبة إلى سن التمييز في الفقه الإسلامي الذي يعتبر تمام السابعة من العمر هو الوقت الذي يعد فيه الصبي مميزاً، والذي يعتبر الصبي رشيداً إذا هو بلغ سن الحلم، وهي حوالي 14 سنة وهذا ما يؤدي إلى أن يكون الشخص رشيداً في فقه الشريعة الإسلامية وعديم التمييز في تقنيننا المدني وفي تقنين الأسرة.

الانتقاد الثاني: إنها سن متأخرة بالنسبة إلى كثير من التقنينات المدنية العربية التي حددتها بأقل من 16 سنة، كالتقنين المدني المصري⁸، والتقنين المدني الليبي⁹، والتقنين المدني السوري¹⁰، والتقنين المدني العراقي¹¹، والتقنين المدني الأردني¹² ومجلة الالتزامات والعقود التونسية¹³

⁵ - انظر المادة 1/488 من التقنين المدني الفرنسي بعد تعديلها بالقانون رقم 74-631 المؤرخ في 05 جويلية 1974.

⁶ - انظر المادتين 42 و43 من التقنين المدني، والمادة 83 من تقنين الأسرة.

⁷ - انظر في تفصيل ذلك علي علي سليمان: نظرات قانونية مختلفة. طبعة 1994، ص 117 و118.

⁸ - المادة 2/45: 7 سنوات.

⁹ - المادة 45: 7 سنوات.

¹⁰ - المادة 2/46: 7 سنوات.

¹¹ - المادة 106: 7 سنوات.

¹² - المادة 1/119: 7 سنوات.

¹³ - المادة 7: 13 سنة.

أما في التقنين المدني الفرنسي فلا يوجد نص يحدد سن التمييز. لكن القضاء في فرنسا درج على تحديدها بسبع سنين.

الانتقاد الثالث: إنها سن متأخرة بالنسبة إلى عصرنا الذي انتشر فيه التعليم، وكثرت فيه وسائل التربية والتهذيب، وعمت وسائل الإعلام، وأصبح الوالدان. في كثير من الأحيان. متعلمين يهذبان أولادهما منذ نعومة أظافرهم. مما يؤدي إلى نضج عقولهم وتفتحها مبكرا.

الانتقاد الرابع: إنها سن متأخرة بالنسبة إلى السن المحددة لمسألة الشخص جنائيا. فمسؤولية الصبي غير المميز المدنية، طبقا للمادة 125 من التقنين المدني مسؤولية، جوازية مخففة. بحيث أنه إذا كان معسرا، مثلا، وكان المضرور موسرا، فلا يحكم عليه بأي تعويض. في حين أن مسؤولية من بلغ 13 سنة جنائيا مسؤولية واجبة لا جوازية. وقد تصل في مواد المخالفات إلى حد الغرامة¹⁴. وفي الجنايات التي يعاقب عليها بالإعدام أو بالسجن المؤبد يعاقب بالحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة. أما في الجنايات الأخرى وفي الجرح فيعاقب بنصف المدة المقررة لها فيما إذا كان الشخص بالغاً¹⁵

والسؤال هنا: هل يعقل أن يسأل الصبي غير المميز (13 سنة) جنائيا، ولا يسأل الصبي غير المميز (أقل من 16 سنة بقليل) مدنيا؟

الانتقاد الخامس: لقد خفض التقنين المدني سن الرشد وجعلها 19 سنة (المادة 40)، وبذلك فلا يفصل سن التمييز (16 سنة) عن سن الرشد إلا سنوات ثلاث، بحيث يصبح الشخص رشيدا بين عشية وضحاها، بعد أن كان بالأمس عديم الأهلية¹⁶.

¹⁴ - المادة 51 من تقنين العقوبات.

¹⁵ - المادة 50 من تقنين العقوبات

¹⁶ - أما التقنين المدني المصري، مثلا، فقد خفض سن التمييز إلى 7 سنوات (المادة 2/45)، ورفع سن لرشد إلى 21 سنة (المادة 2/44). وشبيه بذلك ما فعلت مجلة الالتزامات والعقود التونسية التي حددت سن التمييز ب 13 سنة (المادة) وجعلت سن الرشد 20 سنة (المادة 7).

2- : سن الترشيذ

إن الصبي المميز، وهو من لم يبلغ سن الرشد بعد، أي 19 سنة، قد يرشد، فيصبح أهلا لإجراء بعض التصرفات القانونية التي لم يكن صالحا لإجرائها قبل ترشيده. وذلك بمقتضى أحكام كل من التقنين المدني وتقنين الأسرة.

لكن اختلف التقنينان. بعد ذلك. في تحديد سن الترشيذ، فنصت الفقرة الثانية من المادة 38 من التقنين المدني على أنه ((... يكون للقاصر الذي بلغ ثمانية عشرة سنة... موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها))؛ في حين قضت المادة 84 من تقنين الأسرة بأنه ((للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله. بناء على طلب من له مصلحة...)).

ويمكننا أن نبدي على هذين النصين المتعلقين بما يسمى نظام الترشيذ l'émancipation ملاحظات ثلاثا:

الملاحظة الأولى: يستنتج من المادة 2/38 من التقنين المدني أن سن الترشيذ، أي السن التي يؤذن فيها للصبي المميز بمباشرة تصرفات قانونية خاصة به، هي 18 سنة¹⁷ وقد جارى تقنيننا المدني في ذلك نظيره المصري¹⁸، مع ملاحظة أن هذا التقنين الأخير جعل سن الرشد واحدا وعشرين سنة. فيظل الصبي مرشدا لمدة ثلاث سنوات. يمكنه فيها إدارة أمواله

وبما أن تقنيننا المدني قد خفض سن الرشد إلى 19 سنة، فإننا نرى أنه ليس من السائغ أن يرشد القاصر في سن 18 سنة، إذ لا يكون للترشيذ فائدة كبيرة إذا استمر لمدة سنة واحدة فقط قبل بلوغه سن الرشد¹⁹

¹⁷ - وهي أيضا سن الترشيذ طبقا للمادة الخامسة من التقنين التجاري.

¹⁸ - المادة 2/42 من التقنين المدني المصري.

¹⁹ - انظر في هذا المعنى علي علي سليمان: ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، طبعة 1992، ص 86

الملاحظة الثانية: يفهم من نص المادة 84 من تقنين الأسرة أن سن الترشيح قد تكون مباشرة عند بلوغ القاصر سن التمييز وهي 16 سنة²⁰. وهذا ما يتعارض مع نص المادة 2/38 من التقنين المدني التي رأيناها تحدد سن الترشيح بثمانية عشرة سنة

فما هي سن الترشيح التي يجب أن يعتد بها؟

إجابة عن هذا التساؤل، نبادر إلى القول بترجيح العمل بتقنين الأسرة. وهذا لاعتبارين:

الاعتبار الأول: إن تقنين الأسرة لاحق في صدوره على التقنين المدني. لذا نرى أعمال المبدأ الشهير القاضي بأن " التشريع اللاحق يلغي التشريع السابق المساوي له أو الأدنى منه في القوة "

الاعتبار الثاني: إن المادة 223 من تقنين الأسرة تصرح بأن ((تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون))، فيعتبر نص المادة 2/38 من التقنين المدني من الأحكام التي تقصدها المادة 223 هذه.

وتأسيسا على هذين الاعتبارين، نرى ضرورة الاعتداد بما يقضي به نص المادة 84 من تقنين الأسرة من أن سن الترشيح هي سن التمييز. أي سن 16 سنة

ونرى ضرورة إما إلغاء نص المادة 2/38 من التقنين المدني صراحة، أو على الأقل تعديل صياغتها لتصبح كالآتي: ((... ومع ذلك يكون للقاصر الذي بلغ ست عشرة (16) سنة...))، وذلك حتى يتحقق الانسجام. في هذا الصدد، بين تقنين الأسرة والتقنين المدني²¹ وهذا مع مراعاة تخفيض سن التمييز الحالية إلى ما دون 16 سنة،

²⁰ - وهي سن الترشيح طبقا للمادة 1/477 من التقنين المدني الفرنسي (القانون رقم 74-631 المؤرخ في 05 جويلية 1974). التي تجري صياغتها الفرنسية كما يأتي:

((Le mineur, même non marié pourra être émancipé lorsqu'il aura atteint l'âge de 16 ans révolus)).

وقد قضت المادة 476 من القانون نفسه بما يأتي. ((Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage).

²¹ - وكذا التقنين التجاري، وذلك بتخفيض سن الترشيح إلى 16 سنة بدل 18 سنة الحالية التي تقضي بها المادة 5 من هذا التقنين.

لكيلا يصبح عديم التمييز (16 سنة إلا قليلا) راشدا بين عشية اليوم وضحاها، وحتى يكون الترشيح معقولا بين سن التمييز وسن الرشد.

فإذا خفضت سن التمييز إلى عشر(10) سنوات مثلا، وحددت سن الرشد بتسع عشرة (19) سنة الحالية. فإن تحديد سن الترشيح حينئذ بست عشرة (16) سنة يكون أمرا معقولا. بحيث يكون الفارق الزمني بين سن التمييز وسن الرشد تسع (9) سنوات. ويكون هذا الفارق بين سن الترشيح وسن الرشد ثلاث (3) سنوات.

الملاحظة الثالثة: إن المادة 2/38 من التقنين المدني لم تبين ما هي التصرفات التي يكون المرشد أهلا لمباشرتها²². أما المادة 84 من تقنين الأسرة فقد خولت القاصر المرشد الحق في التصرف. جزئيا أو كليا، في أمواله وقد كان يحسن السماح له بأعمال الإدارة فقط. لأن القاصر. رغم ترشيده، لا يزال في الحقيقة ناقص الأهلية. ولم يبلغ سن الرشد. ويخشى عليه مغبة تصرفه في أمواله، وعدم تقديره العواقب.

ثالثا: الولي عن القاصر

تنص المادة 134 من التقنين المدني على أن ((كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار. ويتربط هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غيرمميز)). وقد نقلت هذه المادة من الفقرة الأولى للمادة 173 من التقنين المدني المصري.

إن نص هذه المادة يتضمن حكما عاما يشمل كل من يتولى رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره (أي صغر سنه)، أو حالته الصحية (أي بسبب حالته العقلية أو الجسمية).

وبعد أن أورد التقنين المدني هذا النص العام، نقلا من نظيره المصري. أعقبه بنص المادة 1/135، التي لا مقابل لها في التقنين المدني المصري. نقلا من المادة 4/1384 من

²² - وذلك على خلاف التقنين المدني المصري الذي بينت المادة 112 منه أن هذه التصرفات إنما هي التي تنصب على أعمال الإدارة، إذ قضت بأنه ((إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها أو تسلمها بحكم القانون، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون))

التقنين المدني الفرنسي، قبل تعديلها بالقانون رقم 70-459 المؤرخ في 04 جوان 1970²³. فقضى بأن ((يكون الأب وبعد وفاته الأم (مسؤولين) عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرون الساكنون معهما...)).

وبهذا يتناقض نصا المادتين 134 و135 من التقنين المدني بصدد المسؤولية عن الأضرار التي يسببها القاصر:

فالمادة 134 تعمم هذه المسؤولية، بحيث تشمل كل من يتولى الرقابة على القاصر. ولتحديد المقصود بهذا الكل، وبغض النظر عما يقضي به تقنين الأسرة، في هذا الصدد. لأن هذا التقنين لم يكن موجودا عند صدور التقنين المدني، ينبغي أن نرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، باعتبارها المصدر الرسمي للقانون المدني الجزائري. وفقا للمادة الأولى من تقنيننا المدني. ومبادئ هذه الشريعة تنيط الرقابة على القاصر بمن له الولاية على نفسه، والولاية على النفس في الشريعة الإسلامية منوطة بالعصبة من الذكور²⁴. وعليه تكون الولاية للأب ثم لوصيه، ثم للجد فوصيه، فإن لم يوجد أحد من العصبة الذكور، من أصول وفروع، عين القاضي وصيا للقاصر، ولا تنتقل الولاية على النفس قانونا إلى الأم. وهذا كله طبقا لعموم نص المادة 134 من التقنين المدني. في حين أن المادة 135 من التقنين ذاته تقصر الرقابة على القاصر على الأب، ومن بعد وفاته الأم مباشرة.

أما إذا رجعنا إلى تقنين الأسرة، فنجد، من جهة، يخالف المادة 134 من التقنين المدني، ومن جهة أخرى، يوافق المادة 135 منه فيما يتعلق بالمسؤولية عن أعمال القاصر الضارة. إذ تنص المادة 87 من تقنين الأسرة على أن ((يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا))، وهذا نقلا من الفقرة الرابعة للمادة 1384 من التقنين المدني الفرنسي قبل تعديلها بتاريخ 04 جوان 1970، كما أشرنا، إذ

²³ - أما بعد هذا التاريخ فقد أصبح الأب والأم مسؤولين بالتضامن (Le père et la mère, en tant qu'il exercent le droit de garde, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux).

²⁴ - راجع في هذا الموضوع علي علي سليمان: دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني لجزائري. طبعة 1984، ص15.

كان القانون الفرنسي يخول الأب سلطة على أسرته ، لكنه بهذا التعديل ألغيت سلطة الزوج *la puissance maritale* ، وتقررت المساواة بين الأب والأم.

وبهذا نصل إلى أن المادة 134 من التقنين المدني تتعارض مع المادة 135 منه ، أما المادة 87 من تقنين الأسرة فتتناقض مع المادة 134 وتنسجم مع المادة 135 بالنسبة إلى حالة القصر. فما العمل؟

إجابة عن هذا التساؤل ، نرى ، مع أستاذنا علي علي سليمان²⁵ أنه ، فيما يتعلق بنصي التقنين المدني ، يجب ، للتوفيق بينهما ، إما حذف حالة القصر من المادة 134 بتعديل تشريعي . بحيث تبقى هذه المادة خاصة فقط بحالتي الخاضع للرقابة بسبب حالته الصحية (العقلية والجسمية) ، أو اعتبار هذه الحالة ملغاة بموجب نص المادة 223 من تقنين الأسرة التي قلنا إنها تنص على أن ((تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون)) . من جهة . وبموجب المادة 87 من التقنين ذاته التي تقصر هذه المسؤولية على الأب والأم بعد وفاته ، من جهة أخرى . وبهذا ينسجم نص هذه المادة الأخيرة مع حكم مستهل المادة 135 من التقنين المدني.

رابعا: تصرفات الصبي المميز

الدائرة بين النفع والضرر

وقف المشرع الجزائري حيال هذا النوع من التصرفات القانونية موقف الحائر بين من يريد اعتناق فكرة قابلية هذه التصرفات للإبطال²⁶ ، التي استمدتها من التقنين المدني الفرنسي والتقنينات المدنية التي حذت حذوه ، وبين من يود الاقتداء بمسلك الفقه الإسلامي وبعض التقنينات المدنية العربية التي سارت على هديه ، من حيث اعتناقها فكرة وقف نفاذ هذا التصرف على الإجازة ، وذلك بموجب صريح نص المادة 83 من تقنين الأسرة الذي يقضي بأن تصرفات الصبي المميز تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر.

²⁵ - علي علي سليمان : دراسات في المسؤولية المدنية ، المرجع السابق ، ص 16

²⁶ - انظر المواد 99 ، 100 ، 101 ، 103 ، 105 و 106 من التقنين المدني .

وهكذا، بهذا الموقف الحائر للمشرع، نجد تصرفات الصبي المميز المترددة بين النفع والضرر تأخذ حكماً مزدوجاً: فهي موقوفة على الإجازة في تقنين الأسرة، وقابلة للإبطال في التقنين المدني، مع أن الوقف صورة عكسية تماماً للقابلية للإبطال. فشتان ما بين الأول والثاني: إذ هما ليسا صنوين؛ بل هما ضدان. ويظهر وجه التضاد فيما يأتي:

أ- إن التصرف الموقوف، المنصوص عليه في تقنين الأسرة، تصرف صحيح منذ تاريخ إبرامه؛ لكنه غير نافذ، بمعنى أنه لا يرتب آثاره قبل أن تتم إجازته. فإن هو أجاز. بدأ في ترتيب الآثار التي من أجلها وجد. وبهذا تكون وظيفة الإجازة بالنسبة إلى التصرف الموقوف هي جعله يرتب الآثار التي من أجلها عقد، والتي كان ممنوعاً عليه ترتيبها قبلها. فإن لم تصدر هذه الإجازة، بقي هذا التصرف موقوفاً غير نافذ.

ب- أما التصرف القابل للإبطال، الوارد بالتقنين المدني، فهو على نقيض التصرف الموقوف تماماً، لأنه كان صحيحاً مرتباً لآثاره فور انعقاده وقبل إجازته. فإن هو أجاز. لن تزيده الإجازة صحة، ولن تجعله ينتج أثراً جديداً كان ممنوعاً عليه. بل هي تزيل عنه فقط خطر الإبطال بالنسبة إلى المستقبل.

وبهذا نصل إلى أن التصرف الموقوف لا ينفذ إلا إذا أجاز. أما التصرف القابل للإبطال فينفذ إلى أن يطالب بإبطاله صاحب الشأن، رافضاً إجازته.

ولكي ينسجم حكم التصرف القانوني المتردد بين النفع والضرر. الصادر من الصبي المميز، نرى أنه يحسن بمشرعنا أن يعمل على توحيد جزائه. وذلك بأن يسلك أحد المسلكين الآتيين:

المسلك الأول: تفضيل فكرة قابلية التصرف للإبطال على وقفه.

ويتحقق هذا بأن يستتبعي المشرع أحكام التقنين المدني التي يستفاد منها أن هذا التصرف صحيح نافذ، أي مرتب لآثاره، إلى حين تقرير إبطاله. غير أنه، حينئذ. يجب تعديل نص المادة 83 من تقنين الأسرة حتى يصبح متنسقاً ومنسجماً مع نصوص التقنين المدني في هذا الشأن.

المسلك الثاني: تفضيل فكرة وقف التصرف على قابليته للإبطال.

ويتم ذلك بأن يأخذ المشرع فقط بحكم المادة 83 من تقنين الأسرة الحالية، التي يعتنق بمقتضاها فكرة العقد الموقوف. وحينئذ يتعين عليه تعديل نصوص التقنين المدني الحالية التي تنص على فكرة قابلية التصرف للإبطال لتصبح منسجمة مع حكم المادة 83 من تقنين الأسرة لا متعارضة معها.

ويا حبذا لو يستجيب المشرع إلى ما ندعو إليه هنا من ضرورة توحيد جزاء التصرف الذي نحن بصدد. ونرى، في هذا المقام، تفضيل فكرة وقف التصرف حتى يجاز على فكرة اعتباره صحيحا نافذا، رغم ما شابه من نقص أهلية العاقد، حتى يبطل، ذلك أن إبطال العقد يعد بمثابة علاج، في حين يعتبر وقفه وقاية، والوقاية خير من العلاج.

لكن ريثما يتحقق هذا الأمل، أي توحيد حكم التصرف الدائر بين النفع والضرر، يحق لنا أن نتساءل: ما هو الحكم الذي يجب الاعتداد به: الوقف أم القابلية للإبطال؟

إجابة عن هذا التساؤل. وحلا للإشكال. نرى أعمال حكم نص المادة 83 من تقنين الأسرة واعتبار التصرف المتردد بين النفع والضرر موقوفا، وهذا لاعتبارين:²⁷

الاعتبار الأول: تطبيق المبدأ الشهير الذي يقضي بأن " التشريع اللاحق يلغي التشريع السابق المساوي له أو الأدنى منه في القوة ".

الاعتبار الثاني: تطبيق نص المادة 223 من تقنين الأسرة الذي يقضي بأن ((تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون)). فيعتبر نص المادة 101 من التقنين المدني. فيما يتعلق بقابلية العقد للإبطال بسبب نقص الأهلية، من الأحكام التي تقصدها المادة 223 هذه.

خامسا: عوارض الأهلية

إذا بلغ الإنسان سن الرشد (19) سنة متمتعا بقواه العقلية، ولم تكن المحكمة قد قضت، قبل بلوغه هذه السن. باستمرار الولاية أو الوصاية عليه، أصبح كامل الأهلية.

²⁷ - وهما الاعتباران ذاتهما اللذان استندنا إليهما سابقا في معرض التساؤل عن أي من التقنين المدني أو تقنين الأسرة يجب الاعتداد به في شأن سن الرشيد.

ما لم يدركه عارض من عوارض الأهلية التي تعدم الأهلية، بأن تصيب عقله فتعدم إدراكه وتمييزه، وهي الجنون والعتة، أو ما لم يدركه عارض من عوارض الأهلية التي تنقص فقط من التمييز لديه، بأن تلحق تدبيره فتنفسده. وهي السفه والغفلة

وسنتولى الآن بيان أوجه التعارض بين التقنين المدني وتقنين الأسرة بخصوص هذه العوارض.

1- بالنسبة إلى الجنون:

قضت المادة 42 من التقنين المدني بما يأتي: ((لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون)) . وكما يتضح من هذا النص، لم يميز التقنين المدني بين التصرفات الصادرة من المجنون في حالة الجنون وتلك الصادرة منه في حالة الإفاقة

غير أن تقنين الأسرة، في المادة 85 منه، نص على أن ((تعتبر تصرفات المجنون... غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون...)) . فهل يفهم من ذلك أن التصرفات التي تصدر منه في حالة الإفاقة تعتبر صحيحة كتصرفات الراشد المتمتع بقواه العقلية؟

إن الإجابة بالإيجاب عن هذا التساؤل، وهي ما ينم عنها المفهوم المخالف للنص المذكور، تنطوي على تعارض بين تقنين الأسرة والتقنين المدني الذي - على غرار نظيره المصري، وعلى عكس الفقه الإسلامي - لم يأخذ بالتمييز بين الجنون المطبق والجنون المتقطع.

ومع هذا يلاحظ أن القانون (la loi) رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف قد أخذ بالتمييز بين نوعي الجنون. إذ قضت المادة 31 منه بما يأتي: ((لا يصح وقف المجنون والمعته لكون الوقف تصرفاً يتوقف على أهلية التسيير. أما وقف²⁸ صاحب الجنون المتقطع فيصح أثناء إفاقته وتمام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية)) .

²⁸ - مع ملاحظة سقوط كلمة " وقف " من نص المادة 31 من القانون المتعلق بالأوقاف.

2- بالنسبة إلى السفية:

تنص المادة 43 من التقنين المدني على أن ((... كل من بلغ سن الرشد وكان سفيها... يكون ناقص الأهلية...)). وتقضي المادة 85 من تقنين الأسرة بأن ((تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العتة أو السفه)). وبهذا يكون السفية ناقص الأهلية في التقنين المدني، وعديم الأهلية في تقنين الأسرة. ونرى أن تقنين الأسرة لم يكن صائبا حين اعتبر السفية عديم الأهلية، بأن أحقه بالمجنون والمعتوه في الحكم. ذلك أن السفية كامل الأهلية. وأن العلة ليست في عقله؛ بل هي في سوء تدبيره. وعليه نرى ضرورة تعديل نصوص تقنين الأسرة التي تعتبره عديم الأهلية

وبالمناسبة. يلاحظ أن واضعي المادة 85 من تقنين الأسرة لم ينتبهوا إلى أن معنى عدم نفاذ التصرف إنما هو وقف التصرف، وهذا علما بأن التصرف غير النافذ هو التصرف الموقوف. وبأن التصرف الموقوف صحيح لكنه لا يرتب آثاره قبل إجازته. ولا يعقل أن يكون تصرف المجنون صحيحا غير نافذ، أي تصرفا موقفا. لذا كان ينبغي ذكر كلمة باطلية بدل مصطلح غير نافذة الوارد بنص المادة 85 هذه، وهذا مع الإشارة إلى أن الصياغة الفرنسية لنص هذه المادة جاءت سليمة. إذ وردت بها كلمة nuls بمعنى باطلية²⁹

3- بالنسبة إلى ذي الغفلة:

أ- في التقنين المدني: يعتبر ذو الغفلة، في التقنين المدني، ناقص الأهلية وقد تناوله هذا التقنين بالذكر في نص المادة 42 في صياغتها الفرنسية وسماه frappé d'imbécillité، والصحيح étourdi. ثم جاءت الصياغة العربية لهذا النص خاطئة. إذ سميت ذا الغفلة "معتوها" وبذلك ناقض التقنين المدني نفسه. لأنه اعتبر المعتوه

²⁹ prodigalité, accomplis sous l'empire ou de d'imbécillité ((Les actes d'une personne atteinte de démence. de l'un de ces actes sont nuls)).

بموجب هذا النص ناقص الأهلية فقط: في حين اعتبره بمقتضى المادة 42 عديم الأهلية³⁰. أما المادة 43 فتقتضي بأن ((...كل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو معتوها³¹ يكون ناقص الأهلية))³²

ولتدارك هذا التناقض، نرى وجوب تعديل نص المادة 43 من التقنين المدني، بأن نضع كلمة ذا غفلة بدل كلمة معتوها، وبذلك يكون ذو الغفلة ناقص الأهلية كالسفيه والصبي المميز.

ب- في تقنين الأسرة:

لقد جاءت نصوص تقنين الأسرة خالية تماما من الإشارة إلى كلمة الغفلة، أو ذي الغفلة، مع أن السفه والغفلة يقرنان في الفقه الإسلامي³³، وفي التقنينات المدنية العربية³⁴، وفي عدة أحكام لمحكمة النقض المصرية التي دأبت على الجمع بينهما³⁵ ونرى ضرورة إضافة الغفلة إلى جانب السفه في نصوص تقنين الأسرة، إذ يستوي ذو الغفلة في الحكم مع السفيه، باعتباره ناقص الأهلية.

تلك، إذن، لمحات عن بعض أوجه التعارض بين نصوص التقنين المدني وتقنين الأسرة، التي نرجو أن ينظر فيها، بحيث تصبح نصوص التقنينين منسجمة وبمناى عن التعارض الذي كان من الممكن تفاديه لو كانت النصوص المنظمة لكل من مسائل الأحوال العينية والشخصية واردة في تقنين واحد.

³⁰ - تنص المادة 42 من التقنين المدني على أن ((لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون)).

³¹ - والصحيح " ذا غفلة "

³² - وقد رأينا، فيما تقدم، أن المادة 85 من تقنين الأسرة تعتبر المعتوه كالمجنون فاقد الأهلية.

³³ - انظر ابن قدامة: المغني على مختصر الخرقي، الجزء الرابع. طبعة 1347 هـ، ص506.

³⁴ - انظر مثلا المادتين 115 و116 من التقنين المدني المصري والمادة 110 من التقنين المدني العراقي.

³⁵ - راجع حكما لمحكمة النقض المصرية مؤرخا في 07 أفريل 1955 مجموعة أحكام النقض، ص6 ، ص937 رقم 123.