

## حكم التصرفات القانونية لناقص الأهلية "دراسة مقارنة في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي"

الدكتور رباحي أحمد، أستاذ محاضر "أ"،  
جامعة حسينية بن بوعلي، الشلف

### مقدمة

الأصل العام أنه لا يجوز للشخص أن يتنازل عن أهليته أو أن يغير من أحكامها إلا بمقتضى نص في القانون. والمراد بالأهلية في مجال صحة التصرف وبطلانه أهلية الأداء لا أهلية الوجوب؛ لأن أهلية الأداء هي التي تجعل الشخص أهلا للمعاملة بين الناس، وتكون عبارته صالحة لثبوت الحقوق له وثبوت الحقوق عليه، وأصل هذه التصرفات يعتمد على قصد الفاعل وإرادته.

ومناطق أهلية الأداء هو التمييز والعقل، وهي تتغير بتغير أطوار حياة الإنسان، أو بما يتعرض له في حياته من عوارض؛ فتكون في بداية الشخص الطبيعي منعدمة، وذلك منذ ولادته إلى بلوغه سن التمييز، ثم ناقصة، وتمتد من بلوغ سن التمييز إلى ما قبل بلوغ سن الرشد بيوم واحد، ثم تكتمل أهلية الشخص عند بلوغه سن الرشد متمتعا بكامل قواه العقلية وغير محجور عليه.

وقد جاءت أحكام الأهلية في القانون الجزائري متفرقة بين القانون المدني وقانون الأسرة بإحالة من القانون المدني نفسه بموجب المادة 79 منه التي ورد بها ما نصه: "تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة".

ويفهم من هذه الإحالة أن نية المشرع اتجهت إلى تنظيم أحكام الولاية على النفس والمال في قانون واحد، على اعتبار أن عديم الأهلية وناقصها يحتاجان إلى من ينوب عنهما في إبرام التصرفات القانونية؛ سواء كان وليا، أم وصيا، أم قتيما.

وبناء على هذا التصور، بين المشرع الجزائري في قانون الأسرة أحكام الولاية والوصاية والتقديم، وذكر حكم تصرفات القاصر، وتكلم عن أحكام الحجر عليه بعدما حدد المشرع في القانون المدني من يكون كامل الأهلية وعديمها وناقصها غير مبيّن لحكم تصرفاتهم القانونية إلا بشكل غير صريح.

وكان المأمول أن تأتي هذه الأحكام في قانون الأسرة متمشية مع ما استقرت عليه أغلب التشريعات الوضعية والشريعة الإسلامية، وأن تأتي أيضا مكملة ومتناسقة مع أحكام القانون المدني، غير أن المشرع وقع في عدة تناقضات وهو بصدد بيان أحكام تصرفات القاصر، ولم يأت بنظرية متكاملة فيما يتعلق بالأهلية، الأمر الذي أثار عدة تساؤلات وناقشات (على الأقل من الناحية النظرية) حول الحكم الواجب التطبيق بشأن التصرفات القانونية للقاصر.

كما أن المشرع الجزائري قد تحدث أيضا عن فكرة ترشيد (الإذن) ناقص الأهلية، ولكنه -للأسف- لم يأت على ذكر جميع الأحكام المتعلقة بنظام الترشيح؛ بل اكتفى بذكر فكرته مجردة، هذا فضلا عن التناقض الذي وقع فيه بشأن تحديد السن التي يؤذن فيها للصبي المميز بإجراء التصرفات القانونية كلها أو بعضها، وهذا التناقض ظهر في كل من القانون المدني وقانون الأسرة والقانون التجاري.

ومن خلال هذه الدراسة أردنا تسليط الضوء على أحكام تصرفات ناقص الأهلية في التشريع الجزائري مقارنا بمختلف التشريعات، وهي محاولة لبيان الأسباب التي أدت إلى تلك التناقضات، واقتراح ما يبدو مناسباً لرفعها. وناقص الأهلية حسب المادة 43 من القانون المدني هو: "كل من بلغ سن التمييز، ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

ويظهر من النص أن نقص الأهلية قد يرجع إلى سن المتعاقد، وقد يرجع إلى تعرض الشخص لعارض السفه أو الغفلة، وعلى هذا سنقسم الدراسة إلى مطلبين اثنين؛ نتناول في أولهما حكم تصرفات الصبي المميز في كل من قانون الأسرة والقانون المدني ومختلف التشريعات، ثم نتعرض لحكم تصرفات السفيه وذي الغفلة في مطلب ثان.

**المطلب الأول: حكم التصرفات القانونية للصبي المميز في كل من القانون المدني وقانون الأسرة ومختلف التشريعات**

نحاول من خلال هذا المطلب أن نبين من هو الصبي المميز، وحكم تصرفاته القانونية في كل من القانون المدني وقانون الأسرة ومختلف التشريعات (الفرع الأول) ثم نوضح فكرة الترشيح التي تجيز للصبي أن يتصرف كلياً أو جزئياً في أمواله (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: الصبي المميز وحكم تصرفاته القانونية

الصبي المميز هو الذي بلغ سناً تجعله قادراً على تمييز معاني العقود في الجملة، وإدراك أسس التعامل العامة، ومبدأ التمييز قد أُنيط بسن محددة، وجعلها فقهاء الشريعة الإسلامية بتمام السابعة من عمر الصبي؛ ذلك أن إدراك المعاني والألفاظ لا يرتبط بسن معينة، فحددت هذه السن منعاً لاضطراب الأحكام.

واعتبر المشرع الجزائري وبموجب المادة 43 من القانون المدني أن الصبي المميز هو الشخص الذي أتم ثلاث عشرة سنة ولم يبلغ بعد سن التاسع عشرة، وهي سن الرشد وفقا لنص المادة 02/40 من القانون المدني<sup>1</sup>. ولم يذكر المشرع الجزائري صراحة في القانون المدني حكم التصرفات القانونية لناقص الأهلية عموما، والصبي المميز على وجه الخصوص، بل ذكره بطريقة ضمنية غير مباشرة في المادة 101 منه التي كان يتحدث فيها عن كيفية حساب مدة تقادم دعوى الإبطال حيث نص على ما يلي: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات.

ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب...". ومن خلال هذا النص نستنتج أن نقص الأهلية هو أحد أسباب قابلية العقد للإبطال، وبالتالي يكون التصرف القانوني الذي يبرمه الصبي المميز تبعا لنصوص القانون المدني غير صحيح إلى أن يتقرر إبطاله أو إقراره من قبل من ينوب عنه قانونا، أو أن يبطل أو يجاز من قبل الصبي نفسه إذا لم يكن نائبه القانوني قد استعمل حق الإبطال أو الإقرار.

على أن المشرع الجزائري لم يسر في قانون الأسرة على نسق ما قضى به في القانون المدني بشأن حكم تصرف الصبي المميز؛ إذ إنه فصل في حكم تصرفاته القانونية تبعا لما يعود على ذمته المالية من نفع أو ضرر، خلافا للقانون المدني الذي لم يأت بهذا التفصيل، فضلا عن اختلاف الحكم في حد ذاته. وقد جاء نص المادة 83 من قانون الأسرة على النحو الآتي: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة<sup>2</sup> الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

ويظهر من النص السابق أن المشرع الجزائري قد تأثر حين تقسيمه لحكم تصرفات الصبي المميز إلى أنواع ثلاثة بالتقسيم الذي اعتمده الفقه الإسلامي، وهو على النحو الآتي:

**أولا- التصرفات النافعة له نفعاً محضاً:** يكون الصبي المميز إزاء التصرفات التي تعود عليه بالنفع المحض مثل كامل الأهلية، إذ تصح منه وتنفذ من غير إذن وليه؛ لأنها خير محض له، فهي تزيد في ذمته المالية ولا تنقصها،

<sup>1</sup> - تنص المادة 02/40 من القانون المدني على ما يلي: "وسن الرشد تسعة (تسع) عشرة (19) سنة كاملة".

<sup>2</sup> - الأصح أن يكون ما يصدر عن النائب القانوني إقرارا وليس إجازة؛ لأن ما يصدر من أحد المتعاقدين يسمى إجازة، وما يصدر عن غير المتعاقدين يسمى إقرارا.

ولا مانع من القول بصحتها<sup>1</sup>، ومن ذلك قبوله الهبة، والوصية، والوقف، وما إلى ذلك من التصرفات التي لا يتضرر بها. وقد اعتبر الفقهاء قبول الصبي المميز الوكالة عن الغير من بين التصرفات النافعة له؛ لأن في ممارسته لها تمرينا وتصحيحا لعبارته، وكل ذلك على مسؤولية الموكل، وهذا كما هو ظاهر فيه نفع محض للصبي المميز<sup>2</sup>.

**ثانيا- التصرفات الضارة به ضررا محضا:** إن التصرفات التي تعود على الصبي بالضرر المحض، مثل: الطلاق، والإبراء، والوقف، والغارية، والهبة، والصدقة، لا تصح منه مطلقا، فإن وقعت اعتبرت باطلة من أساسها حفاظا على حقوقه، شأنها في الحكم شأن تصرفات الصبي غير المميز. والأصل في هذا المنع عدم وجود مقر لهذه التصرفات حين صدورهما؛ لأن الولي نفسه لا يملك القيام بها، ولا يمكنه أيضا إقرارها إذا وقعت من الصغير<sup>3</sup>، بناء على القاعدة القائلة: "من لا يملك التصرف ابتداء لا يملك إجازته انتهاء".

**ثالثا- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر:** الصغير المميز يملك التصرف الذي يحتمل الربح والخسارة كالبيع، والشراء، والإجارة، ومجموع هذه التصرفات تقع منه صحيحة غير نافذة إلا بموافقة ممثله الشرعي؛ وذلك لما للصبي المميز من جانب غير قليل من العقل والإدراك، يعرف به ما ينفعه وما يضره. ولما كان هذا العقل والإدراك غير كاملين وجب ضم رأي وليه إلى رأيه جبرا لذلك النقص. والقول بصحة تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر تقضي به ضرورة تربيته، وتعويد أساليب المعاملات؛ إذ في ذلك مران له، واختبار لعقله ومداركه<sup>4</sup>.

وعلى هذا يكون تصرف الصبي المميز غير المأذون تصرفا موقوفا؛ وذلك لأن أصل الأهلية في الصغير المميز متحقق، لاكتسابه قدرا من العقل والإدراك لا يمكن إنكارهما، وحينما يقوم بتصرف ما فإنه قد يصيب المصلحة المنتغاة من المعاملة، وقد يجانبها ويلحقه الضرر بسببها. وعلى هذا فإنه يلحق في تصرفاته بالبالغ فيما يرجع عليه بالنفع المحض، ويلحق بالصبي غير المميز فيما يعود عليه بالضرر المحض، أما ما يتردد في تصرفه بين النفع والضرر فإنه يصح منه ويتوقف على إقرار نائبه الشرعي، فإن رأى في تصرفه المصلحة والسداد أقره، وإن رأى فيه المضرة

<sup>1</sup>- الكرامستي حسين، الوجيز في أصول الفقه، دار الهدى للطباعة، مصر، 1984، ص 107.

<sup>2</sup>- أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في توبه الجديد، ج 02، دمشق، 1968، ص ص 766-767.

<sup>3</sup>- محمد بن يوسف الكافي، أحكام الأحكام على تحفة الحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 01، 1994، ص 246.

<sup>4</sup>- محمد يوسف الموسوي، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الكتاب العربي، بيروت، 1987، ص 223. وأحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي، م س، ج 02، ص 767.

والخطأ رده<sup>1</sup>. كما أن في وقف تصرف الصبي المميز جانبا كبيرا من المصلحة يعود عليه، إذ يفتح أمامه المجال لممارسة المعاملات، وتعود التجارة للتمييز بين النافع والضار.

ويظهر مما سبق أن المشرع الجزائري قد وقع في تناقض بين نصوص القانون المدني وقانون الأسرة بشأن حكم تصرف الصبي المميز؛ ففي الوقت الذي اعتبره قابلا للإبطال في القانون المدني دون تمييز بين التصرف الضار ضررا محضا، والتصرف النافع نفعا محضا، والتصرف الدائر بين النفع والضرر، اعتبره في قانون الأسرة صحيحا<sup>2</sup> إذا كان نافعا له نفعا محضا، وباطلا إذا كان ضارا به ضررا محضا، وموقوف النفاذ<sup>3</sup> إذا كان مترددا بين النفع والضرر، ولا يخفى أن الحكيمين مختلفان عن بعضها البعض اختلافا تاما؛ فالعقد القابل للإبطال في القانون الوضعي يعتبر أحد قسبي العقد غير الصحيح<sup>4</sup>، أما العقد الموقوف فهو في الفقه الإسلامي أحد قسبي العقد الصحيح. ومعلوم أن العقد الموقوف -على رأي الجمهور- لا يترتب على إنشائه أي أثر من آثار العقود الصحيحة، بل تتوقف تلك الآثار على إجازة صاحب الشأن في هذا العقد؛ فإن أجازته إجازة صحيحة أصبح نافذا مرتبا لآثاره، وإن لم يجزه بطل<sup>5</sup>.

والمتنق عليه -عند القائلين بالعقد الموقوف- أن العقد غير النافذ هو العقد الصادر إما من ناقص الأهلية، وإما من طرف شخص لم يكن مالكا لمحل العقد، وإما من مالك له لكن تعلق به حق الغير. والواقع أن هذا النوع من العقود

<sup>1</sup> - يراجع: عبد الغني الغنبي، الباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد أمين النواوي، دار الحديث، بيروت، ج 02، ص 228. وعلي بن سعد الغامدي، اختيارات ابن قدامي في أشهر المسائل الخلافية (المعاملات)، دار طيبة، الرياض، ط 01، 1998، ج 02، ص 36.

<sup>2</sup> - العقد الصحيح في الفقه الإسلامي هو العقد الذي استجمع أركانه وشرائطه الموضوع له شرعا، بحيث يكون سببا صالحا لترتيب آثاره الشرعية عليه. يراجع: زكي عبد البر، تقنين أصول الفقه، دار التراث، القاهرة، 1989، ط 01، ص 19. وعبد الرحمن الصابوني، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، المطبعة التعاونية، 1975، ج 02، ص 570.

وفي القانون الوضعي يعرف العقد الصحيح بأنه العقد الناشئ عن تطابق إرادتين (أي تراضي الطرفين) متوافقتين تردان على موضوع مستجمع للشروط القانونية، مدفوعة بغاية مشروعة تستهدف تحقيق هذه الإرادة. يراجع: محمد الصبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، (مصادر الالتزام) دار الهدى، الجزائر، ط 01، 1992، ج 01، ص 75.

<sup>3</sup> - يقسم العقد الصحيح في الفقه الإسلامي إلى عقد صحيح نافذ، وعقد صحيح غير نافذ. يراجع: عدنان التركاني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، دار الشروق، العربية السعودية، ط 01، 1981، ص 272. والعقد الصحيح النافذ هو العقد الصادر من شخص يتمتع بالأهلية، وله ولاية إصداره؛ سواء كانت هذه الولاية أصلية، أم نيابية. يراجع: مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية، بيروت، 1985، ص 556.

<sup>4</sup> - أخذ المشرع الجزائري في القانون المدني بالتقسيم الثنائي للعقد غير الصحيح، واعتبره إما باطلا بطلانا مطلقا، وإما قابلا للإبطال.

<sup>5</sup> - عدنان التركاني، ضوابط العقد، م س، ص 187. وعبد الرحمن الصابوني، المدخل، م س، ج 02، ص 578.

له حالات عديدة، حتى إن الفقهاء اختلفوا في تعدادها وحصرها، ولعل من أهمها: عقد الفضولي، وعقد المريض مرض الموت، والعقود الناقلة للملكية بالنسبة للمدين الراهن على الشيء المرهون الذي سلمه للغير رهنا حيازياً، والوصية إذا زادت على الثلث، والعقود التي يبرمها ناقص الأهلية في بعض صورها.

وقد انقسم الفقهاء بصدد حكم العقد الموقوف إلى فريقين<sup>1</sup>؛ فريق قال: إن العقد الموقوف هو عقد صحيح لكنه غير نافذ، أي غير مرتب لآثار العقد الصحيح النافذ إلى أن يُقَرَّرَ إقراراً صحيحاً، فيصبح حينها صحيحاً نافذاً، وهو رأي الحنفية، والمالكية، والحنابلة في رواية عندهم، وفريق قال: إن العقد الصحيح لا يكون إلا نافذاً، ولا يعترفون بوجود عقد صحيح غير نافذ، وعليه اعتبروا حالاته باطلة؛ لأن ولاية العاقد على العقد شرط لانعقاده وليس شرطاً للنفذ فقط، وهو رأي الشافعية، والحنابلة في الرواية الثانية عندهم.

ومما سبق يتبين أن فكرة العقد القابل للإبطال تختلف عن فكرة العقد الموقوف من جانبين؛ فالعقد القابل للإبطال هو عقد غير صحيح، أما العقد الموقوف فهو عقد صحيح، فكيف يكون التصرف نفسه الصادر من الصبي المميز غير صحيح وفقاً للقانون المدني، وصحيحاً وفق قانون الأسرة؟!

كما أن العقد القابل للإبطال مثلما هو مقرر في القواعد العامة يرتب جميع آثاره القانونية إلى حين إبطاله من قبل النائب القانوني للصبي، أو من قبله هو إذا بلغ سن الرشد إذا لم يكن تصرفه قد أُبطل أو أُقر من قبل النائب، وعلى العكس من هذا، فإن العقد الموقوف في الفقه الإسلامي لا يرتب أي أثر قانوني إلى غاية إقراره من النائب أو إجازته من الصبي إذا بلغ سن الرشد.

وعلى هذا، فإنه يحسن بالمشعر الجزائري أن يصحح هذا الخطأ، ويأخذ بإحدى الفكرتين؛ وذلك إما بالقول بوقف نفاذ تصرف الصبي المميز إذا كان دائراً بين النفع والضرر في كل من القانون المدني وقانون الأسرة، كما فعل المشعر العراقي، إذ اعتبر تصرفات ناقص الأهلية موقوفة النفاذ طبقاً لنص المادة 134 من القانون المدني، والمشعر الأردني في المادة 02/118 من القانون المدني<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - يراجع بهذا الصدد: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط02، ج05، ص ص149-150. والخرشبي، شرح مختصر خليل، دار صادر، بيروت، لبنان، ج05، ص292. وابن قدامي، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، ج04، ص468.

<sup>2</sup> - يراجع: محمد حسنين، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988، ص107. ومحمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون الأردني، عمان، ط01، 1993، ص107.

وهذا الحل يستجيب نظريا لمتطلبات حماية القاصر من التصرفات التي تضر بدمته المالية؛ لأن العقد الموقوف لا يرتب أي أثر قانوني، فهو لا يمس بدمته المالية إلى غاية صدور رأي نائبه القانوني، أو رأي الصبي المميز إذا بلغ سن الرشد.

كما أن هذا الحل يعد تطبيقا لنصوص قانون الأسرة التي أحال عليها القانون المدني ذاته، هذا فضلا عن أن الحكم الوارد في قانون الأسرة هو حكم القانون اللاحق مقارنة بالحكم الوارد في القانون المدني وهو القانون السابق، واللاحق ينسخ السابق.

وللمشروع أن يحكم -إن لم يتبن فكرة العقد الموقوف- بقابلية تصرف الصبي المميز للإبطال إذا كان دائرا بين النفع والضرر في كل من قانون الأسرة والقانون المدني<sup>1</sup>؛ باعتبار أن القانون المدني هو الشريعة العامة التي يرجع إليها في حالة عدم وجود حكم لواقعة ما، أو في حالة التعارض بين القوانين.

وفي انتظار تدخل المشروع لإعادة النظر فيما سبق، فإنه يبدو لنا ضرورة العمل بما نص عليه القانون المدني، واعتبار عقد الصبي المميز عقدا قابلا للإبطال؛ لأن المشروع نظم هذا العقد بنظرية متكاملة، بخلاف الحكم الذي أورده بقانون الأسرة، حيث اكتفى بالنص على حكم وقف نفاذ العقد، ولم يبين أحكامه من حيث الإجازة والتقادم والآثار (كما فعل المشروع العراقي والمشروع الأردني)، وإن كانت فكرته أرفق بناقص الأهلية وأكثر حماية له.

### الفرع الثاني: ترشيد الصبي المميز في القانون الجزائري مقارنا بباقي التشريعات

يرد على المبدأ العام لتصرف الصبي المميز في أنه قابل للإبطال حسب القانون المدني الجزائري، أو موقوف حسب قانون الأسرة الجزائري عدة استثناءات، من بينها أن ناقص الأهلية يملك مباشرة كل أعمال التجارة أو بعضها إذا كان مرشدا (مأذونا)، ويكون إزاءها كالبالغ الراشد، وقد نص المشروع الجزائري على فكرة الترشيد في كل من القانون المدني والقانون التجاري وقانون الأسرة.

ومراجعة نصوص القوانين السابقة<sup>2</sup> فيما يتعلق بترشيد الصبي المميز نلاحظ أن المشروع الجزائري لم يصغ نظرية متكاملة لفكرة الترشيد؛ فقد أهمل بيان الإجراءات المنظمة له، ولم يأت على ذكر العديد من الأحكام المهمة، ومن ذلك مثلا عدم تفريقه بين دور القاضي إزاء الترشيد الذي يطلبه الولي والترشيد الذي يطلبه غيره، كما أنه لم

<sup>1</sup> - علي علي سليمان، التعارض بين القانون المدني وقانون الأسرة، مقال منشور بمجلة الشرطة، ع 45، ديسمبر، 1990، ص ص 10-11.

<sup>2</sup> - تقصد بذلك نص المادة 02/38 من القانون المدني، والمادة 05 من القانون التجاري، والمادة 84 من قانون الأسرة.

ينص على إمكانية تجديد طلب الترشيد إذا تم رفضه من قبل القاضي، والمدة التي يشترط مضيتها لإعادة الطلب إن كان ذلك ممكنا.

ومن جانب آخر فإن المشرع الجزائري من خلال القوانين الثلاثة السابقة تناقض في تحديد السن المشترطة للترشيد؛ ففي الوقت الذي لم يحدد القانون المدني سنا له، واكتفى بذكر فكرته فقط وهو بصدد الحديث عن الموطن الخاص للمرشد<sup>1</sup>، جعل القانون التجاري سن الترشيد ثماني عشرة سنة بموجب نص المادة الخامسة منه<sup>2</sup>، وخالف قانون الأسرة هذه السن، وجعلها تبدأ منذ بلوغ الصبي سن التمييز مباشرة؛ أي منذ بلوغ الصبي سن الثالثة عشرة، وهذا ما نصت عليه المادة 84 من قانون الأسرة: "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله...".

ولعل السبب في هذا الاضطراب يرجع إلى أن سن التمييز في القانون الجزائري كان ست عشرة سنة قبل تعديل المادة 43 من القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني، الأمر الذي اضطر المشرع آنذاك إلى أن يجعل سن الترشيد هو ثماني عشرة سنة في كل من القانون المدني والقانون التجاري. وأما السن الذي نصت عليه المادة 84 من قانون الأسرة (ست عشرة سنة سابقا باعتبارها بداية سن التمييز آنذاك) فلا يمكن تبريره إلا بالقول: إن المشرع الجزائري قد تأثر بما تبناه المشرع الفرنسي بهذا الخصوص، حيث جعل سن الترشيد هو سن السادسة عشرة في المادة 477 من القانون المدني بعد تعديلها بالقانون رقم 74-631 المؤرخ في 05 جويلية 1974<sup>3</sup>، والتي أصبح حكمها بموجب القانون رقم 308-2007 المؤرخ في 05 مارس 2007 (دخل حيز التنفيذ ابتداء من 01 جانفي 2009) منصوصا عليه بالمادة 413-02 من القانون المدني الفرنسي. وقد أغفل المشرع الجزائري أن المشرع الفرنسي حينما جعل سن الترشيد هو سن السادسة عشرة قد راعى من جانب

<sup>1</sup> - القانون المدني لم يحدد سنا للترشيد بعدما قام بتعديل المادة 02/38 منه، والتي كانت تجعل من سن الثامنة عشرة هي سن الترشيد، حيث كانت تنص على ما يلي: "ومع ذلك يكون للقاصر الذي بلغ ثمانية عشرة سنة ومن هو في حكمه له موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها"، وبعد التعديل اكتفى المشرع بالاعتراف بفكرة الترشيد بالمادة 02/38 من القانون المدني بقوله: "غير أنه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها".

<sup>2</sup> - تنص المادة 05 تجاري على ما يلي: "لا يجوز للقاصر ذكرا أو أنثى البالغ من العمر ثمانية عشرة سنة كاملة والذي يريد مزاوله التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها من أعمال تجارية - إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا، أو سقطت عنه سلطته الأبوية، أو استحال عليه مباشرتها أو في حال انعدام الأب والأم.

ويجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري".

<sup>3</sup> - J. FLOUR et J. LUC AUBERT, Droit Civil, les obligations, Librairie ARMAND Collin, Paris, 1984, t.01, p.163.

سن التمييز الذي تبناه القضاء الفرنسي وهو سن السابعة بالرغم من عدم وجود نص في القانون الفرنسي يحدده، كما راعى من جانب آخر سن الرشد الذي حدده ببلوغ الصبي سن الثامنة عشرة، فكان بذلك سن الترشيد مقبولا نسبيا بالنسبة للمشرع الفرنسي، خلافا للمشرع الجزائري الذي جعل من سن التمييز سنا للترشيد، دون أن يراعي أن الترشيد لا يمنح للصبي المميز إلا بعد تعويده وتمرينه على المعاملات المالية مدة من الزمن. وهذا الوضع المنتقد في الحقيقة لا يزال قائما في قانون الأسرة الجزائري؛ لأن المشرع حسب نص المادة 84 منه لا يزال بموجبها يعطي للقاضي مكنة الترشيد بمجرد بلوغ الصبي سن التمييز، وهي سن الثالثة عشرة طبقا للمادة 43 من القانون المدني بعد تعديلها<sup>1</sup>.

ويؤخذ على المشرع الجزائري في ظل الواقع الذي نعيشه، وانتشار التعليم، وتطور وسائل الإعلام والثقافة، تأخير سن التمييز إلى بلوغ الصبي ثلاث عشرة سنة، في الوقت الذي جعل الفقه الإسلامي سن التمييز هو سن السابعة، وهو التوجه الذي تبنته أغلب التشريعات العربية (من ذلك المشرع المصري في المادة 02/45 من القانون المدني، والمشرع الليبي في المادة 02/45 من القانون المدني، والمشرع السوري في المادة 02/46 من القانون المدني)، بل الأكثر من ذلك أن الفقه الإسلامي يقضي بأن من بلغ الحلم -نحو أربع عشر سنة- يكون رشيدا، فكيف يكون مميزا من يعتبر رشيدا في الفقه الإسلامي؟!<sup>2</sup>.

ويبدو لنا أن التشريعات التي جعلت سن الترشيد ثماني عشرة سنة أو خمس عشرة سنة قد وفقت في ذلك<sup>3</sup>؛ لأن ما بين سن التمييز و سن الترشيد مدة كافية (إحدى عشرة سنة عند من جعل سن الترشيد سن الثمانية عشرة، و ثماني سنوات عند من جعل سن الترشيد سن الخامسة عشرة) ليتمرن الصبي المميز ويتعود على أعمال التجارة والمعاملة.

ويحسن بالمشرع الجزائري أن يتدارك هذا التناقض الذي وقع فيه، ويختار أحد الحلين الآتين:

<sup>1</sup> - وقد قارب من هذه السن المشرع السوري؛ إذ جعل سن الترشيد هو سن الخامسة عشرة طبقا للمادة 113 من القانون المدني، وبهذا أخذ أيضا المشرع الأردني في المادة 01/119 من القانون المدني، والمشرع العراقي في المادة 89 من القانون المدني.

<sup>2</sup> - علي علي سليمان، التعارض بين القانون المدني وقانون الأسرة، م س، ص ص 09-10. و خليل حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ج 01، ص ص 46-47.

<sup>3</sup> - جعل المشرع المصري سن الترشيد ثماني عشرة سنة، ونهج منهجه المشرع الليبي والتونسي، أما المشرع السوري فقد جعل سن الترشيد خمس عشرة سنة من العمر في المادة 113 من القانون المدني. وحذا حذوه المشرع الأردني في المادة 01/119 من القانون المدني، والمشرع العراقي في المادة 98 من القانون المدني. يراجع: علي علي سليمان، التعارض بين القانون المدني وقانون الأسرة، م س، ص ص 10.

**أولها:** أن يحدد سن الترشيد في قانون الأسرة بثماني عشرة سنة ليكون هذا السن موافقا لما نص عليه القانون التجاري في مادته الخامسة، وعليه فإنه على المشرع أن يعدل نص المادة 84 من قانون الأسرة على النحو الآتي: "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن الثامنة عشرة في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله..."

**ثانيها:** أن يعدل المشرع المادة الخامسة من القانون التجاري ويخفض سن الترشيد إلى سن السادسة عشرة بدلا من سن الثمانية عشرة الذي لا يبعد عن سن الرشد إلا بسنة واحدة، كما عليه أن يرفع سن الترشيد في المادة 84 من قانون الأسرة إلى سن السادسة عشرة ولا يجعله مرتبطا بسن التمييز، مع ملاحظة ضرورة إعادة النظر بشأن سن التمييز، وتخفيضه إلى سن السابعة أسوة بالفقه الإسلامي وما تبنته أغلب التشريعات، كما أنه على المشرع أن يستدرك الأحكام التي فاتته ذكرها بخصوص تنظيم المسائل التي تحكم نظرية الترشيد، كي لا تبقى مجرد فكرة نظرية بعيدة عن التطبيق.

ويتضح مما سبق عرضه أن التصرف القانوني للصبي المميز يحتاج إلى موافقة نائبه الشرعي، ويتم ذلك إما بإذن سابق منه للصغير، وإما بإقرار لاحق للتصرف بعد إجرائه من قبل الصبي المميز؛ فإذا تم التصرف بالشكل الأول وقع صحيحا نافذا، وأما إذا تم تصرف الصبي المميز بالشكل الثاني<sup>1</sup> فإنه إما أن يقع قابلا للإبطال وفق القانون المدني، وإما صحيحا موقوفا وفق قانون الأسرة، والرأي الراجح في الفقه الإسلامي.

### المطلب الثاني: حكم التصرفات القانونية للسفيه وذو الغفلة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

سنحاول في البداية تبين حكم التصرفات الشرعية للسفيه وذو الغفلة في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، ثم على ضوءها نتناول حكم هذه التصرفات في القانون الجزائري (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: حكم التصرفات الشرعية للسفيه وذو الغفلة في الفقه الإسلامي

سنحدد تباعا من هو السفيه وذو الغفلة في الفقه الإسلامي، ثم نبين حكم تصرفاتها الشرعية على ضوء الآراء الفقهية.

<sup>1</sup> - يراجع: أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة، مصر، ص 216-217. وأور الخطيب، الأهلية المدنية، المكتب التجاري للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط1، 1965، ص50.

## أولا- حكم التصرف الشرعي للسفيه في الفقه الإسلامي:

السفه هو تلك الصفة التي تعتري الشخص فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة<sup>1</sup>، وقد غلب اصطلاح السفه على تبذير المال وانفاقه وإتلافه في غير موضعه إسرافا. وفكرة السفه ليست في الحقيقة فكرة مقيدة ومنضبطة، بل هي فكرة معيارية ترجع إلى التجارب الاجتماعية، ومبنية أساسا على إساءة استعمال المال بالمقامرة به، أو باتباع الهوى في صرفه، أو المكابرة في إسرافه. ويختلف السفيه عن المجنون والصبي، فالمجنون ذو عقل مختل، والصبي ذو أهلية ناقصة، أما السفيه فذو خفة عقلية راجعة إلى اختياره؛ لأنه حينما يبذر المال يكون راضيا عالما بما يفعل، يدفعه إلى ذلك غرور كاذب، وتصرف أحمق<sup>2</sup>.

ويلاحظ أن الخفة التي يتسم بها السفيه لا تؤثر في أهليته بشيء، ولا تخل بقدرته على الفهم، فهو ذو أهلية أداء كاملة؛ لأن كمال الأهلية تابع لكمال العقل، والسفيه كامل العقل، إلا أنه يعمل على خلاف مقتضاه مكابرة منه<sup>3</sup>؛ لأجل هذا راعى الفقهاء جانب المصلحة، ومنعوا السفيه من التصرف في ماله صيانة له وخشية على ضياعه وتلفه. وقد كادت كلمتهم تجتمع لولا خلاف أبي حنيفة، فإن أكثرهم يقول بالحجر على السفيه إلى أن يتوفر فيه الرشد ولو صار شيخا، وبالتالي فلا فرق عندهم بين تواصل السفه من الصغر إلى ما بعد البلوغ، وبين انقطاع السفه وعودته بعد البلوغ، وقد قال بهذا المالكية، والشافعية، والحنابلة، وأبو يوسف، ومحمد من الأحناف<sup>4</sup>، أما أبو حنيفة، فيرى عدم الحجر على السفيه، لما في الحجر عليه من إهدار لآدميته، ويقول: إن الصبي إذا تواصل سفهه من الصغر إلى البلوغ منع عنه ماله إلى أن يبلغ خمسة وعشرين عاما؛ إذ لا ضرورة من الحجر بعد هذه السن، وأما إذا انقطع السفه عن الشخص ثم عاوده بعد البلوغ، فإن أبا حنيفة لا يرى الحجر عليه مطلقا<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> الكراماسي، الوجيز، م س، ص 116. ومحمد الزحيلي، النظريات الفقهية، دار القلم، دمشق، ط 01، 1993، ص 152. ومحمد كمال حمدي، الولاية على المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1987، ص ص 190-191.

<sup>2</sup> كمال صالح البناء، أحكام الولاية على المال، عالم الكتب، القاهرة، مصر، 1982، ص ص 55-56. وأنور الخطيب، الأهلية، م س، ص 313.

<sup>3</sup> يوسف الموسوي، الأموال، م س، ص 333.

<sup>4</sup> يراجع: ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: عبد الله العبادي، دار السلام، القاهرة، مصر، ط 01، 1995، ج 04، ص 1921. والشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مصر، 1959، ج 01، ص 338. وابن قدامي، المغني، م س، ج 04، ص 527. وعبد الغني الغنيمي، اللباب، م س، ج 02، ص 68.

<sup>5</sup> كمال الدين بن الهمام، شرح فتح القدير للعاجز الفقير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ج 08، ص 191.

وبالنسبة لحكم تصرفات السفية فالجمهور يفرق فيها بين التصرفات التي لا تقبل الفسخ، ولا يبطلها الهزل، والتصرفات التي تقبل الفسخ، ويبطلها الهزل؛ حيث اعتبروا التصرف الذي لا يقبل الفسخ ولا يبطله الهزل، كالطلاق، والنكاح، والتدبير، تصرفا صحيحا لازما نافذا في حق السفية، وفي هذا يتفق الجمهور مع أبي حنيفة<sup>1</sup>، وأما ما يصدر عن السفية من التصرفات التي تقبل الفسخ كالبيع، والإجارة، والهبة، فقد رأى الفقهاء أن حكمها يخضع للتقسيم الآتي:

**1- التصرفات النافعة له نفعاً محضاً:** إذا قام السفية بتصرف يعود عليه بالنفع المحض صح منه، ونفذ في حقه، كقبوله الهبة، والصدقة، والوصية، وذلك لما يترتب على هذه التصرفات من مصلحة للسفية<sup>2</sup>.

**2- التصرفات الضارة به ضرراً محضاً:** إن التصرف الذي يجريه السفية ويتمخض عنه ضرر محض به، يعد تصرفاً باطلاً، وذلك لتأثير هذه التصرفات على مصالح السفية المالية التي أراد الشارع حمايتها، ومن بينها الهبة الصادرة عنه، والصدقة، والإقرار<sup>3</sup>.

**3- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر:** إذا تصرف السفية بعوض كبيع، وشراء، وإجارة، وما إلى ذلك من أنواع المعاملات التي تقبل الفسخ ولا تبطل بالهزل، فإن تصرفه يصح ويوقف إما على نظر نائبه الشرعي، فإن رأى فيه سداداً أقره، وإن رأى فيه مضرة بمصلحته أبطله، وإما على إجازة أو إبطال السفية إذا رشد إن لم يُقر تصرفه أو يُبطل من قبل نائبه<sup>4</sup>.

ومن هذا يتبين أن تصرف السفية النافع له نفعاً محضاً يصح وينفذ دون توقف على إقرار النائب الشرعي أو إجازة السفية إذا رشد، وتصرفه الضار به ضرراً محضاً يبطل أساساً ولا يصححه الإقرار أو الإجازة، أما ما كان دائراً بين النفع والضرر فإنه يوقف على الإقرار وينظر في مدى ملاءمته لمصلحة السفية.

<sup>1</sup> يرى بعض الفقهاء أن تصرف السفية الذي لا يقبل الفسخ ولا يبطله الهزل تصرف غير صحيح، إلا بتوافر شروط خاصة فيه، وذلك كتزويج السفية نفسه الذي يقع غير صحيح ما لم يأذن فيه الولي، وقد ذهب إلى هذا الشافعية وبعض فقهاء الحنابلة والمالكية. يراجع: ابن قدامي، المغني، م س، ج 04، ص 528.

<sup>2</sup> يراجع: أحمد الوائلي، عدة البروق في جمع ما في المذهب من المجموع والفروق، تحقيق: حمزة أبو فارس، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 01، 1990، ص 567. وعبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ط 01، 1984، ص 48.

<sup>3</sup> أنور الخطيب، الأهلية، م س، ص 325. ومحمد الموسوي، الأموال، م س، ص 334.

<sup>4</sup> عيسى الحسيني العلمي، النوازل، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، 1983، ج 01، ص 335. وأنور الخطيب، الأهلية، م س، ص 325.

وقد جنح إلى هذا الرأي كل من أبي يوسف ومحمد من الحنفية<sup>1</sup>، والمالكية<sup>2</sup>، والحنابلة في إحدى الروايتين عندهم، والشيعية الإمامية على رأي في المذهب<sup>3</sup>.

وقد قاس أصحاب هذا الرأي تصرفات السفية على تصرفات الصبي، وعللوا ذلك بأن الحجر على الصبي أعلى من الحجر على السفية، وإذا كانت تصرفات الصبي المأذون صحيحة نافذة، وتصرفات غير المأذون صحيحة موقوفة، فصحة تصرفات السفية تكون موقوفة بالأولى<sup>4</sup>.

ويرى هؤلاء الفقهاء أن ركن التصرف قد وجد من أهله في محله؛ إذ الأهلية بالعقل، والسفه لا ينفى العقل، والقول بصحة تصرف السفية مع وقفه في الدائر بين النفع والضرر فيه مراعاة لمصالح السفية، ودفع للضرر الذي قد يلحقه<sup>5</sup>.

كما أضاف أصحاب هذا التوجه أنه نظرا لفساد رأي السفية، وسوء تدبيره، وكثرة تبذيره، فإنه من الضروري أن ينظر في تصرفه نائبه الشرعي، ل يتم ويكتمل جانب النقص الذي يعتريه، فلا ينفذ تصرف من تصرفات السفية إلا بنظر نائبه وموافقته، وإلا اعتبر تصرفه باطلا<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>- كمال الدين بن الهمام، شرح فتح القدير، م س، ج 08، ص ص 457- 458.

<sup>2</sup>- هذا، وإن المالكية فرقوا بين تصرف السفية المهمل، والسفيه الذي له ولي، وقالوا على الرأي المعتمد عندهم: إن كان للسفيه ولي وُقِف تصرفه الدائر بين النفع والضرر، وإن لم يكن له ولي فقولان: أحدهما يعتبر تصرف السفية الدائر بين النفع والضرر صحيحا نافذا، وثانيها قال: إنه مردود. وهناك رأي في المذهب مؤداه أن تصرف السفية الدائر بين النفع والضرر هو تصرف باطل. يراجع: أبو عبد الله المازري، المعلم بفوائد المسلم، تحقيق: الشاذلي النيفر، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988، ج 02، ص ص 237- 238. وابن رشد (الجد)، الفتاوى، تحقيق: مختار التليلي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 01، 1987، ج 01، ص 80.

<sup>3</sup>- يرى الشافعية، والحنابلة في الرواية الثانية عندهم، والشيعية الإمامية، أن تصرف السفية تصرف باطل. وأما أبو حنيفة فيقول: إن تصرف السفية صحيح نافذ. يراجع: عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون المدني، دار النهضة العربية، مصر، 1969، ص ص 305- 306. وأبو إسحاق بن مفلح، المبدع في شرح المقنع، دمشق، سوريا، ج 04، ص 08. وكال الدين بن الهمام، شرح فتح القدير، م س، ج 08، ص 195.

<sup>4</sup>- كمال الدين بن الهمام، شرح فتح القدير، م س، ج 08، ص 196. وعبد الجليل القرنشواوي، دراسات في الشريعة الإسلامية، بنغازي، 1973، ص 320. والظاهر أن هذا القياس غير صحيح، لأن حكم تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر غير متفق عليه بين الفقهاء فلا يجوز القياس عليه، كما أن الصبي المميز محجور عليه لنقص أهليته، والسفيه محجور عليه لتبذيره أمواله، فيظهر أن القياس المعتمد قياس مع الفارق.

<sup>5</sup>- كمال الدين بن الهمام، شرح فتح القدير، م س، ج 08، ص ص 195- 196.

<sup>6</sup>- عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، م س، ص 307. والكلساني، البدائع، م س، ج 07، ص 171.

## ثانيا- حكم التصرف الشرعي لذى الغفلة في الفقه الإسلامي:

الغفلة هي إحدى صور ضعف الملكات النفسية التي تخل بالعقل، وتؤثر في سلامة التقدير، ولا يهتدى بها إلى التمييز بين النافع والضار، لذا نجد ذا الغفلة يقدم على المعاملات دون معرفة التصرف الراجح منها والتصرف الخاسر، فهو يخدع بسهولة لقلة خبرته وعدم اهتدائه، وهذا بلا شك يهدد ماله ويجعله على خطر الضياع<sup>1</sup>.  
لأجل هذا رأى مالك، والشافعي، وأحمد، وأبو يوسف ومحمد من الأحناف، ضرورة إلحاقه بالسفيه من حيث الحجر عليه، والحكم على تصرفاته، وخالف أبو حنيفة فذهب إلى القول بعدم الحجر على ذي الغفلة، كما قال بعدم الحجر على السفيه<sup>2</sup>.

ويرى الجمهور أن تصرفات ذي الغفلة تلحق بتصرفات السفيه، فيكون تصرفه النافع له نفعاً صحيحاً نافذاً، وتصرفه الضار به ضرراً محضاً باطلاً، أما تصرفه الدائر بين النفع والضرر، فيتوقف نفاذه إما على رأي نائبه، فإن رأى فيه النفع أقره، وإن رأى فيه الضرر منعه ورده، وإما على رأيه إذا زال عنه سبب نقص أهليته<sup>3</sup>.  
وتحسن الإشارة إلى الفرق الذي ساقه الفقهاء بين السفيه وذو الغفلة، إذ قالوا: إن السفه صفة تعتري الإنسان وتحمله على التبذير والإففاق على خلاف مقتضى العقل والشرع، أما الغفلة فهي صورة لضعف الملكات النفسية ترد على حسن الإدارة والتقدير، لأجل هذا نجد السفيه يسرف في المال ويبيده عن إدراك واختيار، فهو عادة يكون مبصراً بعواقب الفساد، لكن يتعمد الضرر مكابرة، أما ذو الغفلة فيتصرف عن سلامة طوية وحسن نية، فلا يدرك حقيقة ما يجريه من معاملات، فغالبا ما يخدع وكثيرا ما يغبن<sup>4</sup>.

## الفرع الثاني: حكم التصرفات القانونية للسفيه وذو الغفلة في القانون الجزائري

تنص المادة 78 من القانون المدني الجزائري على أنه: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون".

<sup>1</sup> - محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، م س، ص 153-154. وكال صالح البناء، أحكام الولاية، م س، ص 56. ومحمد كمال حمدي، الولاية على المال، م س، ص 190-191.

<sup>2</sup> - محمد يوسف الموسوي، الأموال، م س، ص 336. ومصطفى شلبي، المدخل، م س، ص 507.

<sup>3</sup> - يوسف قاسم، مبادئ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1987، ص 344. وأحمد أبو الفتح، المعاملات في الشريعة الإسلامية، مطبعة النهضة، مصر، ط 02، ج 01، ص 147.

<sup>4</sup> - كمال صالح البناء، أحكام الولاية، م س، ص 56. ويوسف قاسم، مبادئ الفقه الإسلامي، م س، ص 344.

ويعتبر كل من السفه والغفلة من عوارض الأهلية، حيث يؤثران فيها ويجعلانها ناقصة غير كاملة. وطبقا للمادة 43 من القانون المدني بعد تعديلها<sup>1</sup> في القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ألحق المشرع الجزائري السفه وذا الغفلة بالصبي المميز، واعتبرهما ناقصي أهلية<sup>2</sup>.

على أن المشرع الجزائري بموجب المادة 81 من قانون الأسرة<sup>3</sup> اعتبر السفه عديم الأهلية وألحقه بالصبي غير المميز، والمجنون، والمعتوه، وهذا حكم في الحقيقة متناقض مع ما تبناه في المادة 43 من القانون المدني السابق ذكرها.

ووفق القانون المدني الجزائري فإن تصرف السفه وذي الغفلة يعتبر تصرفا قابلا للإبطال كحكم تصرف الصبي المميز على ما بيناه سابقا، وهو توجه أغلب الفقهاء والتشريعات<sup>4</sup>. أما في قانون الأسرة فإن الأمر يختلف، حيث نصت المادة 85 منه على ما يلي: "تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه، والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه".

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد ساوى بين السفه والمجنون والمعتوه<sup>5</sup> واعتبرهم جميعا عديمي الأهلية في حين أن السفه هو ناقص الأهلية لكمال قواه العقلية، كل ما في الأمر أنه مبذر لماله، أما المجنون فهو فاقد التمييز شأنه

<sup>1</sup> - تنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري على أنه: "كل من بلغ سن التمييز، ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيا أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

<sup>2</sup> - بهذا التعديل يكون المشرع الجزائري قد صحح الخطأ الذي كان وراदा بالمادة 43 من القانون المدني؛ لأن المشرع لم يكن يذكر عارض الغفلة إلا في الصياغة الفرنسية لنص المادة 43، أما النص العربي للمادة فلم يأت على ذكره، ووضع بدله "العته" خطأ، ودليل ذلك أنه تعرض لحكم تصرف المعتوه في المادة 01/42 من القانون المدني، فلا يتصور أن يجعل المشرع للمعتوه حكمين، فكان بالتالي إيراد لفظ المعتوه في المادة 43 خطأ، ويقصد به ذو الغفلة؛ وذلك لأن النص الفرنسي ذكر ذا الغفلة إلى جانب السفه، وسمى ذا الغفلة خطأ "Frappé d'imbécillité" بدلا من أن يسميه "Etourdi". ويبدو أن سبب الخطأ الذي وقع في النص العربي هو عدم دقة التعبير الفرنسي الذي سمي العته "Faiblesse d'esprit" بدلا من "Edistie" وسمى ذا الغفلة "Frappé d'imbécillité" بدلا من "Etourdi"، ولما كان اصطلاح "Faiblesse d'esprit" واصطلاح "Frappé d'imbécillité" يفيدان معنى واحدا في الفرنسية وهو ضعف العقل، فقد ترجمها المترجم العربي إلى العته، بالرغم من أن ذا الغفلة ليس ضعيف العقل، بل هو كامل العقل ولكنه سيئ التقدير. يراجع: علي علي سلجان، إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، مقال منشور بمجلة الشرطة، ع 39، جاني، 1989، ص 35.

<sup>3</sup> - تنص المادة 81 من قانون الأسرة على ما يلي: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصا لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي، أو مقدم، طبقا لأحكام هذا القانون".

<sup>4</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1952، ج 01، ص 283-284.

<sup>5</sup> - يلاحظ أن المشرع الجزائري في نص المادة 85 من قانون الأسرة أهمل ذكر حكم تصرف ذي الغفلة، مع أن أغلب التشريعات تلحقه بالسفيه. والمشرع الجزائري لم يبين حكم تصرفه، ولأجل هذا فلمعرفة حكم تصرف ذي الغفلة يجب الرجوع إلى نص المادة 101 من القانون المدني.

شأن الصبي غير المميز، وأما المعتوه فهو في بعض أحواله يكون فاقد التمييز فيلحق بالمجنون، وفي بعض الأحوال يكون مميزا فيلحق بالصبي المميز، غير أن هذه التفرقة في حكم تصرفات المعتوه لم يأخذ بها المشرع الجزائري؛ إذ أنه اعتبر المعتوه فاقد التمييز مطلقا، وألحق تصرفاته بالمجنون، وفي قانون الأسرة ألحق معه السفهيه، مخالفا بذلك ما نص عليه في المادة 43 من القانون المدني، وأحكام الفقه الإسلامي، وما تبنته التشريعات العربية.

ويضاف إلى ما سبق، أن قانون الأسرة قد وقع في خلل أيضا حينما تعرض لحكم عديمي الأهلية في المادة 85 منه، إذ اعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه، والسفيه غير نافذة، بمعنى أنها صحيحة لا ينقصها إلا الإقرار لتنفيذ في حقهم، وهذا الحكم يناقض حكم المادة 81 أسرة التي اعتبر فيها المشرع المجنون، والمعتوه، والسفيه، عديمي الأهلية، والمتفق عليه فقها، وقضاء، وتشريعا أن الشخص إذا كان عديم الأهلية فإن تصرفه يقع باطلا لا موقوفا. ولعل النص الفرنسي للمادة 85 قد جاء أدق حين اعتبر تصرفات المجنون والمعتوه باطلا<sup>1</sup>. على أنه ومع دقة النص الفرنسي إلا أنه لم يحدد نوع البطلان الواجب التطبيق في مثل هذه التصرفات، ولأجل معرفة نوع البطلان يجب الرجوع إلى نصوص القانون المدني، الذي ألحق تصرفات المجنون والمعتوه بتصرفات الصبي غير المميز في المادة 01/42 من القانون المدني، وألحق تصرف السفهيه بتصرف الصبي المميز طبقا للمادة 43 من القانون المدني، ويلحق بهما ذو الغفلة<sup>2</sup>.

ومع كل هذه النصوص المتعارضة فإنه يحسن بالمشرع أن يعيد النظر في كل من المادة 81 و85 من قانون الأسرة، والمادة 101 من القانون المدني، ويعتبر بموجبها تصرفات السفهيه وذو الغفلة، إما قابلة للإبطال وإما موقوفة على حسب ما يراه مناسبا بشأن حكم تصرفات الصبي المميز، وهذا من أجل توحيد حكم تصرفات ناقص الأهلية في القانون الجزائري.

<sup>1</sup> - نص المادة 85 من قانون الأسرة في صياغتها الفرنسية على ما يلي:

Les actes d'une personne atteinte de démence cillité ou de prodigalité, accomplis sous l'empire de l'un de ces états " sont nuls

وبلاحظ أن النص الفرنسي للمادة 42 من القانون المدني قد سمي العته "Faiblesse d'esprit"، وسماه قانون الأسرة في نصه الفرنسي للمادة 85 "Frappé d'imbécillité" وهو ما سمي به ذي الغفلة في النص الفرنسي للمادة 43 من القانون المدني. وهكذا اختلطت تسمية المعتوه وذو الغفلة في القانونيين.

<sup>2</sup> - يراجع تفصيل تصرفات ناقص الأهلية: علي علي سليمان، التعارض بين القانون المدني وقانون الأسرة، م س، ص ص 09-11. وجبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، ابن عكنون، جامعة الجزائر، 1986، ج 01، ص ص 246-253.

خاتمة:

اتضح من خلال الدراسة السابقة أن نقص الأهلية؛ سواء أكان بسبب السن، أم بسبب عارض السفه أو الغفلة، يجعل صاحبه بحاجة إلى من يكمل جانب النقص الذي يعتريه، كما يجعل تصرفه القانوني على خطر الإبطال حفاظا ورعاية لمصالحه المادية.

وقد نظم المشرع الجزائري الأحكام المتعلقة بالتصرفات القانونية لناقص الأهلية بجملة من النصوص جاءت متفرقة بين كل من القانون المدني وقانون الأسرة، وظهر عليها الكثير من التعارض والتناقض، الأمر الذي استدعى ضرورة بحثها من حيث التأصيل والمآل. ولعل السبب الذي أدى إلى اضطراب هذه النصوص القانونية هو اعتماد المشرع على نظريتين متباينتين من حيث الأصل والأثر، فقد تبني من جهة نظرية العقد القابل للإبطال المعروفة في القانون الوضعي، وتبني من جهة أخرى نظرية العقد الموقوف المعروفة في الفقه الإسلامي.

وبالرجوع إلى الأحكام التي تضبط نظرية العقد القابل للإبطال ونظرية العقد الموقوف يظهر أنه من غير الممكن تطبيقهما على تصرف واحد، فالعقد القابل للإبطال في أصله هو عقد غير صحيح، لكنه يرتب جميع آثاره القانونية إلى غاية إبطاله من قبل النائب القانوني للقاصر، أو من القاصر نفسه إذا بلغ سن الرشد، ويرتد كأنه لم يكن، وإذا أقر أو أجاز فإنه يستقر صحيحا؛ أما العقد الموقوف فإنه في أصله عقد صحيح، لكنه لا يرتب آثاره القانونية إلى غاية إقراره من قبل النائب القانوني للقاصر، أو من القاصر نفسه إذا بلغ سن الرشد، وإذا أبطل يرتد كأنه لم يكن. وبالنظر إلى ما سبق فإنه على المشرع الجزائري أن يعيد النظر ويوحد الأحكام المتعلقة بتصرفات القاصر؛ فإما أن يعتبرها قابلة للإبطال، وإما أن يعتبرها موقوفة. والاختيار الأول يحتاج إلى إعادة صياغة نصوص قانون الأسرة بما يتوافق مع ما جاء في القانون المدني، وأما الاختيار الثاني فتبنيه يحتاج أولا إلى النص عليه في القانون المدني، كما يحتاج إلى ضرورة النص على جميع الأحكام المتعلقة بنظرية العقد الموقوف؛ لأن قانون الأسرة قد جاء خلوا منها.

كما أنه على المشرع أن ينظر من جديد فيما يتعلق بترشيده الصبي المميز؛ من حيث توحيد السن التي يسمح فيها بالترشيده في كل من القانون التجاري وقانون الأسرة والقانون المدني، ومن حيث الأحكام المنظمة لفكرة الترشيده؛ لأنه لا يمكن أن تترك هذه المسائل لمحض الاجتهاد.

قائمة المصادر و المراجع:

- القرآن الكريم
- القانون المدني الجزائري
- قانون الأسرة الجزائري
- الكراماسي حسين، الوجيز في أصول الفقه، دار الهدى للطباعة، مصر، 1984.
- أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج02، دمشق، 1968.
- محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط01، 1994.
- محمد يوسف الموسوي، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الكتاب العربي، بيروت، 1987، ص223. وأحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي، م س، ج02.
- عبد الغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد أمين النواوي، دار الحديث، بيروت، ج02.
- علي بن سعد الغامدي، اختيارات ابن قدامي في أشهر المسائل الخلافية (المعاملات)، دار طيبة، الرياض، ط01، 1998، ج02.
- زكي عبد البر، تقنين أصول الفقه، دار التراث، القاهرة، 1989، ط01.
- عبد الرحمن الصابوني، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، المطبعة التعاونية، 1975، ج02.
- محمد الصبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، (مصادر الالتزام) دار الهدى، الجزائر، ط01، 1992، ج01.
- عدنان التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، دار الشروق، العربية السعودية، ط01، 1981.
- مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية، بيروت، 1985.

- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط02، ج05.
- الخرشبي، شرح مختصر خليل، دار صادر، بيروت، لبنان، ج05.
- واين قدامى، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، ج04.
- محمد حسنين، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988
- ومحمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون الأردني، عمان، ط01، 1993.
- علي علي سليمان، التعارض بين القانون المدني وقانون الأسرة، مقال منشور بمجلة الشرطة، ع 45، ديسمبر، 1990.
- J. FLOUR et J. LUC AUBERT, Droit Civil, les obligations, Librairie ARMAND Collin, Paris, 1984, t.01
- و خليل حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ج01.
- أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، مصر
- وأنور الخطيب، الأهلية المدنية، المكتب التجاري للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط01، 1965
- محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، دار القلم، دمشق، ط01، 1993
- ومحمد كمال حمدي، الولاية على المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1987
- كمال صالح البناء، أحكام الولاية على المال، عالم الكتب، القاهرة، مصر، 1982
- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: عبد الله العبادي، دار السلام، القاهرة، مصر، ط01، 1995، ج04
- الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مصر، 1959، ج01
- كمال الدين بن الهمام، شرح فتح القدير للعاجز الفقير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج08

- أحمد الونشريسي، عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق، تحقيق: حمزة أبو فارس، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط01، 1990
- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ط01، 1984
- أنور الخطيب، الأهلية، م س، ص325. ومحمد الموسوي، الأموال، م س
- عيسى الحسيني العلمي، النوازل، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، 1983، ج01، ص335.
- الشاذلي النيفر، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988، ج02
- ابن رشد (الجد)، الفتاوى، تحقيق: مختار التليلي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط01، 1987، ج01
- عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون المدني، دار النهضة العربية، مصر، 1969
- أبو إسحاق بن مفلح، المبدع في شرح المقنع، دمشق، سوريا، ج04
- بد الجليل القرنشاوي، دراسات في الشريعة الإسلامية، بنغازي، 1973
- يوسف قاسم، مبادئ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1987.
- أحمد أبو الفتح، المعاملات في الشريعة الإسلامية، مطبعة النهضة، مصر، ط02، ج01. ب س
- علي علي سليمان، إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، مقال منشور بمجلة الشرطة، ع39، جانفي، 1989.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1952، ج01
- حبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، ابن عكنون، جامعة الجزائر، 1986، ج01.