

الصبي المميز بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

Boy distinguished between Islamic law and positive law

رابح بن غريب *

جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل

bengherieb_rabah@yahoo.fr

تاريخ القبول: 2022/04/08

تاريخ المراجعة: 2022/04/08

تاريخ الإيداع: 2021/09/20

ملخص:

يتفق جميع فقهاء القانون والشريعة الإسلامية على أن مناط أهلية الأداء هو التمييز والعقل، لأن التمييز هو الذي يجعل الشخص مدركاً لعباراته فاهماً ما يقصد بها وما ينتج عنها. إلا أن هذا التمييز يوجد في الإنسان على التدرج شيئاً فشيئاً إلى أن يبلغ درجة الكمال، ومن ثمة ارتبطت أهلية الأداء بهذا التمييز تدور معه وجوداً وعدمًا بنفس القدر، فإذا اكتمل التمييز بأن بلغ الشخص سن الرشد تثبت له أهلية أداء كاملة، وإذا انعدم هذا التمييز انعدمت معه أهلية الأداء. أما ما بينهما "الصبي المميز" فإنه تثبت له أهلية أداء قاصرة. هذه الأهلية القاصرة تجعل تصرفاته النافعة نافذة، والضارة باطلة، أما الدائرة بين النفع والضرر، فقانون الأسرة يعتبرها موقوفة على إجازة الولي أو الوصي - حسب الأحوال - موافقا في ذلك فقهاء الشريعة الإسلامية. بينما القانون المدني يجعلها قابلة للإبطال منتهجا في ذلك نهج القانون الغربي.

الكلمات المفتاحية: صبي؛ مميز؛ قانون مدني؛ قانون الأسرة؛ شريعة إسلامية.

Abstract:

All the jurists of Islamic law and Sharia agree that the criteria for the competence of performance is discrimination and reason, because discrimination is what makes a person aware of his phrases, so he understands what is meant by them and what results from them.

However, this distinction is found in a person gradually, until he attains the degree of perfection, and from there the competence of performance is linked to this distinction, and it is equally present and absent. With him the eligibility to perform. As for what is between them, the "discerning boy", it proves his eligibility for a minor performance.

This minor capacity makes his beneficial actions effective, and harmful actions null and void. As for the circle between benefit and harm, the family law considers it dependent on the authorization of the guardian or guardian - according to the case - according to Islamic law scholars. While civil law makes it revocable, following the approach of Western law.

Key words:

Boy ; Privileged; civil law ; family law; Islamic law.

مقدمة:

أولت الشريعة الإسلامية عناية بالغة بالأطراف الضعيفة في المجتمع، وخاصة فئة القصر، فوفرت لهم الحماية اللازمة لرعاية شؤونهم ومصالحهم والحيلولة دون إلحاق الضرر بهم، هذه الحماية تبدأ قبل الولادة، بحماية حق الحمل في الحياة ونسبه لأبيه وحفظ ما يؤول إليه من ميراث أو وصية، إلا أنها تزداد بعد ذلك إلى أن يبلغ القاصر سن الرشد متمتعا بقواه العقلية.

ومن الفئات التي أولاها القانون رعايته ووفر لها حمايته فئة الصبي المميز، حيث حماه من تصرفاته الضارة به، وجعل لها أحكاما تحميه من تبذرها وتضييعها ومن أي استغلال لضعفه.

والسبب الذي دفعنا إلى اختيار هذا الموضوع هو:

1- إثارة الإشكالات القانونية التي يطرحها هذا الموضوع، خاصة وأن تصرفات الصبي المميز أدرجت في قانونين، وأن المشرع لم يتناولها بالتفصيل لا في القانون المدني ولا في قانون الأسرة.

2- توضيح أهم الأحكام التي تحكم تصرفات الصبي المميز في كلا من القانون المدني وقانون الأسرة وإزالة كل لبس نحو حكم هذه التصرفات.

3- المساهمة في إثراء هذا الموضوع الذي لم يحظ باهتمام رجال القانون بالرغم من أهميته.

ونهدف من هذا الموضوع إلى الإحاطة بالموضوع إحاطة كاملة، ومحاولة رفع اللبس في ظل التناقض بين قانون الأسرة والقانون المدني، ونكمل ما نقص من أحكام القانون في ضوء الشريعة وبعض القوانين المقارنة.

والإشكالية التي تطرح هنا: من هو الصبي المميز؟ وما حكم تصرفاته في الشريعة والقانون؟

نجيب عن هذه الإشكالية بالاعتماد على المنهج المقارن بين القانون المدني وقانون الأسرة والشريعة الإسلامية، مع المنهج التحليلي في كل ذلك.

وإجابة عن الإشكالية ارتأينا عرض الخطة الآتية:

1- ماهية التمييز

2- تصرفات الصبي المميز بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

1- ماهية التمييز:

التمييز قد يكون بالسن المحددة قانونا وشرعا وقد يكون بسبب عارض من عوارض الأهلية. وعلى ذلك نتناول في هذا المبحث: تعريف التمييز (المطلب الأول)، والملحقون بالصبي المميز (المطلب الثاني).

1-1. تعريف التمييز

التمييز في اللغة مأخوذ من: مزته ميزا من باب باع، وهو: عزل الشيء وفصله من غيره. ويكون في المشتبهات والمختلطات. ومعنى تميز الشيء: انفصاله عن غيره¹. ومن هنا فإن الفقهاء يقولون: سن التمييز، ومرادهم بذلك: تلك السن التي إذا انتهى إليها عرف مضاره ومنافعه، وكأنه مأخوذ من ميزت الأشياء: إذا فرقتها بعد المعرفة بها. وبعض الناس يقولون: التمييز قوة في الدماغ يستنبط بها المعاني².

وهذه المرحلة تبدأ ببلوغ الصبي سبع سنين، وهو سن التمييز كما حدده جمهور الفقهاء. "فلا يتصور التمييز قبل سن السابعة، فالسابعة هي الحد الأدنى للتمييز، وقد يتجاوزها الشخص ولا يميز ما دام لم يعرف معاني العقود. ومقتضاها في عرف الناس، وبالإجمال هذا هو حد التمييز الأدنى³. وتنتهي بالبلوغ⁴. فتشمل المراهق وهو الذي قارب البلوغ، ففي هذه المرحلة يصبح عند الصبي مقدار من الإدراك والوعي يسمح له بمباشرة بعض التصرفات، فتثبت له أهلية الأداء القاصرة، لأن نموه البدني والعقلي لم يكتملا بعد. وبعد اكتمالهما تثبت له أهلية الأداء الكاملة، لأن أهلية الأداء الكاملة لا تثبت إلا باكتمال النمو البدني والعقلي. فمن لم يكتمل نموه البدني والعقلي معا، أو لم يكتمل فيه نمو أحدهما فأهلية الأداء فيه تكون قاصرة⁵. فالمعتوه كالصبي، لعدم اكتمال العقل فيه، وإن كان كاملا من الناحية البدنية، بخلاف أهلية الوجوب، فإنها تثبت كاملة منذ الولادة، فالطفل أهل للوجوب له وعليه. وناقص الأهلية هو كل من كان عنده أصل التمييز، ولكن لم يكن عنده كمال العقل، إما لعدم بلوغه السن التي جعل بلوغها أمانة لكمال العقل، وإما لنقص بين في العقل مع وجود أصل التمييز، وإما لأن العقل قد كمل، والسن قد بلغت حدودها، ولكن في تصرفاته ما يدل على نقصان تدبيره المالي. والأول هو الصبي المميز، والثاني هو المعتوه المميز، والثالث السفهية ويلحق به ذو الغفلة، فهؤلاء جميعا ناقصو الأهلية، لأن أصل التمييز عندهم ولكن ينقصهم كمال العقل وحسن التدبير.

¹ - محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، القاهرة: دار المعارف، دط، دت، ص 405.

² - راجع مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دمشق: دار القلم، ط 1، 1998، ج 2، ص 801.

³ - المرجع نفسه، ص 270.

⁴ - القانون المدني الجزائري يحدد سن التمييز بدءا من الثالثة عشر من العمر حتى سن الرشد، وهي تسعة عشر سنة كاملة (المادة 40 من القانون المدني الجزائري). كما نصت على أن الصبي في هذه المرحلة له أهلية أداء ناقصة، أما قبل الثالثة عشر فتعتبر الصبي غير مميز.

⁵ - انظر الزرقا، المرجع السابق، ج 2، ص 802، 803.

وللتمييز أثره في التصرفات، فالصبي المميز يجوز له بأهليته القاصرة مباشرة بعض التصرفات وتصح منه، لأن الثابت مع الأهلية القاصرة صحة الأداء، ويمنع من مباشرة بعض التصرفات الأخرى، وخاصة تلك التي يعود ضررها عليه، فلا تصح منه. ومن التصرفات أيضا ما يمتنع على الصبي المميز أن يباشرها بنفسه، بل لا بد فيها من إذن الولي.

2-1. الملحقون بالصبي المميز

قد يكون التمييز بسبب عارض من عوارض الأهلية.

وعوارض الأهلية في القانون فقد يبلغ الإنسان سن الرشد، ثم يطرأ عليه عارض يصيب العقل، فيعدم التمييز، كالجنون أو العته¹. أو عارض يفسد التدبير، فينقص التمييز، كالسفه والغفلة، ويصبح، من ثم، عديم الأهلية أو ناقص الأهلية، ويخضع بالتالي، لنظام الولاية على المال، فيحجر عليه، ويعين له قيم يكون نائبا قانونيا عنه. فعوارض الأهلية إذن نوعان: نوع يعدم الأهلية، وهو الجنون والعته. ونوع ينقص الأهلية، وهو السفه والغفلة. وقد نص على هذه العوارض قانون الأسرة الجزائري، إذ تنص المادة 81 منه على أنه: "من كان فاقدا الأهلية أو ناقصها لصغر في السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي، أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون". كما نصت المادة 101 منه على أنه: "من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

والسفه والغفلة ينقصان التمييز، ولا يعدمانه، فلا يترتب عليهما، من ثم، سوى نقص الأهلية. 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".

1-2-1. السفه وذو الغفلة

1-1-2-1. السفه وذو الغفلة عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

أ- السفه:

"السفه في اللغة: ضد الحلم، وأصله الخفة والحركة، يقال تسفّهت الرياح الثوب إذا استخفته وحركته، ومنه زمام سفیه أي خفيف².

¹ - العته في الاصطلاح: "آفة ناشئة عن الذات توجب خللا في العقل، فيصير صاحبه مختلط الكلام، فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء وبعضه كلام المجانين". انظر: محمد بن سليمان محمد بن محمد حاجين أمير، التقرير والتحرير في شرح التحرير، بيروت: دار الكتب العلمية، ج2، ص168. والمعته في تصرفاته كالصبي المميز، فتثبت له أهلية الأداء القاصرة، إذ لا فرق بينه وبين الصبي، وذلك أن العته يعد شعبة من نقص العقل، فإن الذي أصيب في عقله إن كان مغلوبا بحيث لا يعقل قط كان فاقدا الأهلية، وهو المجنون عند الإطلاق. وإن كان يعقل بعض الأمور، فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء، ويشبه بعضه كلام المغلوبين والمختلطين، كان معتوها، فالمعتوه على هذا لا يكون إلا مميزا، لأنه إن كان غير مميز بل كان مغلوبا لا يميز شيئا ما كان معتوها، بل يكون مجنونا. والمعتوه المميز كالصغير المميز في كل الأحكام، وهو قاصر الأهلية بالنسبة للأداء.

هذا عند فقهاء الشريعة الإسلامية، أما القانون المدني الجزائري فإنه ألحق المعتوه بالصبي غير المميز، فجميع تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا. المادة 1/42 من القانون المدني الجزائري.

² - انظر الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص199، 200.

وفي الشريعة: "هو عبارة عن خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة"¹.

وإنما كان السفه من العوارض المكتسبة، ولم يكن من العوارض السماوية، لأن السفه باختياره يعمل على خلاف مقتضى العقل مع بقاء العقل².

والفرق بين السفه والعته ظاهر، فإن المعتوه يشابه المجنون في بعض أفعاله وأقواله، بخلاف السفه فإنه لا يشابه المجنون لكن تعتريه خفة، فيتابع مقتضاها في الأمور المالية من غير نظر وروية في عواقبها، ليقف على أن عواقبها محمودة أو مذمومة. والسفه لا يؤثر في الأهلية بقسمها، ولا ينافي شيئاً من الأحكام الشرعية. فالسفه يتوجه إليه الخطاب بحقوق الله وحقوق العباد، إلا أن الشريعة راعت ما فيه المصلحة، فقررت أن يمنع السفه من حرية التصرف في ماله صيانة له³.

والحجر على السفه موضع خلاف كبير بين العلماء، وقد تضاربت فيه أقوالهم، وللسفه حالان:

الحالة الأولى: أن يبلغ الشخص سفهاً: وقد اتفق العلماء على أنه لا يعطى ماله، بل يمنع منه عملاً بقوله تعالى: (وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ)⁴. ولكن اختلفوا في موضعين في هذه الحال:

¹ - علاء الدين البخاري، كشف الأسرار على أصول البزدوي، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1997، ج4، ص370

² - جاء في التلويح: "من العوارض المكتسبة السفه فإن السفه باختياره يعمل على خلاف موجب العقل مع بقاء العقل فلا يكون سماوياً. وعلى ظاهر تفسير فخر الإسلام رحمه الله تعالى يكون كل فاسق سفهاً، لأن موجب العقل أن لا يخالف الشرع للأدلة القائمة على وجوب اتباعه. وفسره المصنف رحمه الله تعالى بالخفة الباعثة على العمل بخلاف موجب العقل، تنبهاً على المناسبة بين المعنى الشرعي، واللغوي فإن السفه في اللغة هو الخفة، والحركة، ومنه زمام سفه، وتخصيصاً له بما هو مصطلح الفقهاء من السفه الذي يبتنى عليه منع المال، ووجوب الحجر". مسعود بن عمر التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، مصر: مكتبة صبيح، ج2، ص382.

³ - جاء في التوضيح: "(ومنها السفه) وهو خفة تعتري الإنسان فتبعته على العمل بخلاف موجب العقل. وقال الإمام فخر الإسلام رحمه الله تعالى هو العمل بخلاف موجب الشرع من وجه، واتباع الهوى، وخلاف دلالة العقل وإنما قال من وجه، لأن التبذير أصله مشروع وهو البر والإحسان، إلا أن الإسراف حرام. والفرق ظاهر بين السفه والعته، فإن المعتوه يشابه المجنون في بعض أفعاله وأقواله، بخلاف السفه فإنه لا يشابه المجنون لكن تعتريه خفة إما فرحاً وإما غضباً فيتابع مقتضاها في الأمور من غير نظر وروية في عواقبها ليقف على أن عواقبها محمودة أو وخيمة، أي: مذمومة. (وهو لا ينافي الأهلية، ولا شيئاً من الأحكام، وأجمعوا على منع ماله عنه في أول البلوغ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ [النساء،5]. ثم علق الإيتاء بإيناس رشد منكر لا ينفك سن الجدية عن مثله إلا نادراً، فيسقط حينئذ المنع"، صدر الشريعة البخاري، التوضيح لمن التنقيح، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1986، ج2، ص382.

⁴ - النساء،5. جاء في كشف الأسرار: "وأجمعوا أن السفه يمنع ماله في أول ما يبلغ بالنص يعني إذا بلغ سفهاً يمنع عنه ماله لقوله تعالى: (وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا) [النساء،5]. أي لا تؤتوا المبذرين أموالكم الذين ينفقونها فيما لا ينبغي أموالهم التي في أيديكم... ثم علق الإيتاء بإيناس الرشد أي بإبصاره فقال ﷺ (فَإِنْ أُنْسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا) [النساء،6]. أي عرفتكم ورأيتم فهم صلاحاً في العقل وحفظاً للمال (فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) [النساء،6]. فقال أبو حنيفة رحمه الله إذا بلغ السفه خمسا وعشرين سنة ولم يؤنس منه الرشد دفع المال إليه. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يدفع إلى السفه ما لم يؤنس منه الرشد، لأنه تعالى علق الإيتاء بإيناس الرشد فلا يجوز قبله، لأن المعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط، ألا ترى أن عند البلوغ إذا لم يؤنس منه الرشد لا يدفع إليه المال بهذه الآية فكذا إذا بلغ خمسا وعشرين سنة، لأن السفه يستحكم بطول المدة، ولأن السفه في حكم منع المال بمنزلة الجنون والعته وإيهما يمنعان دفع المال إليه بعد خمس وعشرين سنة كما قبله، فكذلك السفه". علاء الدين البخاري، كشف الأسرار على أصول البزدوي، المرجع السابق، ج4، ص370

أحدهما: أن كثرة العلماء على أن ماله لا يدفع إليه، ويمنع من كل التصرفات القولية، فليس له أن يقر بحق لغيره، ولا أن يبيع ولا أن يشتري، وهو قول الشافعية والحنابلة والمالكية، وهو مذهب أبي يوسف ومحمد صاحبي أبي حنيفة¹. ولكن روي عن أبي حنيفة أنه يقول إن ماله لا يسلم إليه، ولكن عقوده، وكل تصرفاته القولية صحيحة كتصرفات غيره من العقلاء... وإليه ذهب الظاهرية أيضا. ولكن روي أيضا عن أبي حنيفة أن الشخص إذا بلغ سفها استمر الحجر عليه، فمنع من ماله، ولا تنفذ تصرفاته فيه، وذلك الراجح².

الثاني: أن كثرة العلماء على أن الشخص إذا بلغ سفها استمر الحجر عليه، ويستمر ناقص الأهلية، ولو بلغ أرذل العمر، لأن علة نقص الأهلية هي نقص العقل، وعدم القدرة على إدارة شؤونه المالية، فما بقيت هاتان الحقيقتان أو إحداهما فالحجر مستمر، لبقاء علته وداعيه، وهو قول الشافعية والحنابلة والمالكية، وهو مذهب أبي يوسف ومحمد صاحبي أبي حنيفة³. وقال أبو حنيفة إن الشخص إذا بلغ خمسا وعشرين سنة دفع إليه ماله، ولو كان سفها مادام عاقلا، لأنه ببلوغ الخامسة والعشرين لا ينفع فيه زجر ولا تأديب. ورحم الله أبا حنيفة فقد روي عنه أنه قال: "إذا بلغ الخامسة والعشرين احتمل أن يكون جدا فأنا استحي أن أحجر عليه"⁴. وفي الحق أن الأصل عند أبي حنيفة أن الشخص متى بلغ عاقلا كملت أهليته، ولكن إن كان سفها لا يسلم إليه مال خشية أن يكون ذلك السفه بفعل الصبا، وغرارة الشباب الباكر، فمنع من ماله تأديبا وتربية، وبعد الخامسة والعشرين لا موضع للتربية، فليسلم ماله، وليقض الله أمرا كان مفعولا⁵. ويؤيد فكرة أبي حنيفة من حيث التفرقة بين حال الشباب قبل الخامسة والعشرين وبعدها ما يذكره علماء النفس وعلماء التربية وعلماء الأخلاق من أن العادات النفسية والخلقية تكون في دور التكوين. وتكون مرنة رخوة قبل الخامسة والعشرين، وأكثر مرونة قبل العشرين، وبعد الخامسة والعشرين تتكون العادات، وتتخذ لها مجاري في النفس، ويصعب جد الصعوبة تغييرها. فإذا كان الفتى لم يبلغ الخامسة والعشرين وهو سفه مبذر لماله، متلف له، فعسى أن يكون التأديب مغيرا لتلك العادة المرنة. ولكن بعد الخامسة والعشرين يصعب تغييرها، فليترك حبله على غاربه⁶.

الحالة الثانية: وهي بلوغه رشيدا، ثم سفه بعد ذلك: والحجر موضع خلاف بين العلماء أيضا. فمن العلماء، وهم الأكثرون أيضا من قال: إنه يصير ناقص الأهلية بالنسبة للتصرفات المالية الخالصة. ومن الفقهاء من قال: إنه لا يحجر عليه بحال من الأحوال، ومنهم أبو حنيفة على مقتضى أصله في فقه هذه المسألة، ومعه زفر بن الهذيل، وبعض العلماء من فقهاء المذاهب الأخرى.

¹ - موفق الدين عبد الله بن قدامة، المغني، القاهرة: مطبعة المنار، دط، 1348هـ، ج4، ص458. علاء الدين البخاري، كشف الأسرار، المرجع السابق، ج4، ص1492.

² - أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، بيروت: دار الكتاب العربي، ط1، 1986، ج1 ص489. علي بن حزم، المحلى، المطبعة المنيرية، دط، 1352هـ، ج8، ص278. التفتازاني، التلويح، مرجع سابق، ج2، ص192.

³ - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج4 ص457. وانظر أيضا علاء الدين البخاري، كشف الأسرار، المرجع السابق، ج4 ص1490.

⁴ - المرجع نفسه، ج4، ص1490.

⁵ - المرجع نفسه، ج4، ص1490، 1491.

⁶ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، القاهرة: دار الفكر العربي، دط، 1996، ص276.

ونرى في هذا السياق أن أبا حنيفة استمسك بعدم الحجر على السفهه واعتبره كامل الأهلية، سواء أعرض له السفهه بعد بلوغه رشيدا، أمبلغ سفها ، فالأصل عنده أن السفهه ليس سببا في نقص الأهلية، أما بقية الفقهاء فقد أجازوا الحجر عليه في كلتا الحالتين¹.

ب- ذو الغفلة: ويشبه السفهه في الخلاف والأحكام ذو الغفلة². وهو الذي لا يهتدي إلى التصرفات الراجعة في المعاضات لسهولة خدعه. وأبو حنيفة لا يحجر عليه جريا على أصله، وأخذا بطريقته من أنه لا يحجر على بالغ عاقل إلا إذا عرض له ما آف عقله فأعجزه عن تدبير أمره فيحجر عليه دفعا لضرر العجز. أما مذهب الصاحبين والشافعي ومالك وأحمد فالحجز عليه صيانة لماله، ونظرا له. وحديث منقذ بن حبان الذي يغيب في البياعات حجة في هذا الباب. وفي الواقع أن ذا الغفلة يتشابه مع السفهه في تصرفاته من حيث فساد التقدير وسوء التدبير، وإتلاف الأموال، وإن كان السفهه يقصد إلى الإتلاف بسبب سوء رأيه، وعدم بعد نظره، وذو الغفلة لا يقصد إلى الإتلاف، ولكن سوء الرأي كان سببا في التلف والضياح، ولذلك تشابهت أحكامهما... فهما في الحكم سواء، وفي المعنى متقاربان جدا³.

¹ - وقد جاء في شرح التلويح على التوضيح في بيان أقوال وحجج الفريقين: "إذا بلغ الصبي سفها يمنعه عنه ماله لقوله تعالى: (وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا) [النساء، 5]. أي: لا تؤتوا الميزنين أموالهم الذين ينفقونها فيما لا ينبغي... ثم علق إيتاء الأموال بإيهاهم بإيناس رشد وصلاح منهم على وجه التنكير المفيد للتقليل حيث قال الله تعالى: (فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا) [النساء، 6] أي: إن عرفتم، ورأيتم فيهم صلاحا في العقل، وحفظا للمال (فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) [النساء، 6]. فأقام أبو حنيفة رحمه الله تعالى السبب الظاهر للرشد، وهو أن يبلغ سن الجدودة... فقال يدفع إليه المال بعد خمس وعشرين سنة أونس منه الرشد أو لم يؤنس. وهما تمسكا بظاهر الآية فقالا لا يدفع إليه المال ما لم يؤنس منه الرشد. ثم بعد الإجماع على منع مال من بلغ سفها اختلفوا في حجر من صار سفها بعد البلوغ فجوزه أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى. وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز حجر السفهه، لأنه حر مخاطب إذ الخطاب بالأهلية، وهي بالتميز، والسفهه لا يوجب نقصانا فيه بل عدم عمل به مكابرة، وتركوا للواجب، ولهذا يخاطب بحقوق الشرع، ويحبس في ديون العباد، وتصح عباراته في الطلاق، والعنق، ويجب عليه العقوبات التي تندرج بالشبهات مع أن ضرر النفس أشد من ضرر المال، فتصرفه يكون صادرا عن أهله في محله فلا يمنع". التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، مرجع سابق، ج 2، ص 382 وما بعدها بتصرف قليل. وانظر في المعنى نفسه محمد بن سليمان، التقرير والتحبير، مرجع سابق، ج 2، ص 202 وما بعدها. و علاء الدين البخاري، كشف الأسرار على أصول البزدوي، مرجع سابق، ج 4، ص 370 وما بعدها.

² - الغفلة في اللغة غيبة الشيء عن بال الإنسان وعدم تذكره له، ورجل مغفل على لفظ اسم المفعول من التغفيل، وهو الذي لا فطنة له. و"الغفلة في اصطلاح الفقهاء ضد الفطنة، وذو الغفلة (المغفل) هو من اختل ضبطه وحفظه، ولا يهتدي إلى التصرفات الراجعة، فيغيب في البياعات لسلامة قلبه، وعدم استعماله القوة المنبهة مع وجودها". انظر فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق، مطبعة بولاق، د ط، 1315هـ، ج 5، ص 198، ومحمد الدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، بيروت: دار الفكر، دط، دت، ج 4، ص 167، 168.

³ - ذو الغفلة هو من يغيب في البيوع لسلامة قلبه ولا يهتدي إلى التصرفات الراجعة. ويختلف عن السفهه بأن السفهه مفسد لماله لا لهواه، أما ذو الغفلة فإنه ليس بمفسد لماله ولا يقصد الفساد. ولم نجد من الفقهاء من صرح بأن ذا الغفلة يحجر عليه سوى الصاحبين من الحنفية، وقد أدرج الجمهور هذا الوصف في السفهه والتبذير. فذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية إلى أن الحجر يثبت على ذي الغفلة كالسفهه أي: من حين قضاء القاضي عند أبي يوسف، ومن حين ظهور أمارات الغفلة عند محمد، وعلى هذا فيزول الحجر عنه بقضاء القاضي عند أبي يوسف، وبزوال الغفلة عند محمد، وقد شرع الحجر عليه صيانة لماله ونظرا له، فقد "طلب أهل حبان بن منقذ من النبي ﷺ أن يحجر عليه، فأقرهم النبي ﷺ على ذلك ولم ينكر عليهم". فلو لم يكن الحجر مشروعا على ذي الغفلة لأنكر عليهم النبي ﷺ عليهم. وذلك فيما روى أنس بن مالك "أن رجلا على عهد رسول الله ﷺ كان يبتاع وفي عقده ضعف، فأتى أهله نبي الله ﷺ فقالوا: يا نبي الله! احجر على فلان، فإنه يبتاع وفي عقده ضعف، فدعاه النبي ﷺ فنهاه عن البيع، فقال: يا نبي الله، إني لا أصبر عن البيع، فقال رسول الله ﷺ إن كنت غير تارك البيع فقل: هاء وهاء ولا خلافة" [أخرجه أبو داود، ج 3، ص 767، والترمذي، ج 3، ص 543 وقال: "حسن صحيح" ورواه ابن ماجه، باب الأحكام (2346). وهو في الصحيحين مع اختلاف قليل في متن الحديث. وانظر طرقه وأقوال المحدثين فيه في يعي بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، مصر، 1344هـ، ج 9، ص 224 وما بعدها]. وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يحجر على الغافل بسبب غفلته، والتي صلى الله عليه وسلم لم يجهم إلى طلبهم وإنما قال له: قل: لا خلافة ولي الخيار. ولو كان الحجر مشروعا لأجابه إليه. انظر الزيلعي، المرجع السابق، ج 5، ص 194 - 198، 199، ومحمد ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، القاهرة: المطبعة المصرية، دط، 1286هـ، ج 6، ص 148، ومحمد الدردير، الشرح الصغير، بيروت: دار الفكر، دط، دت، ج 3، ص 393، ومحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دط، دت، دار الفكر، بيروت، ج 2، ص 168، و بن قدامة، المغني، ج 4، ص 516 وما بعدها.

وقد يعبر عن ذي الغفلة بالضعيف¹. ولعله المراد من الضعيف في قوله تعالى: (فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ)^{2,3}.

1-1-2. السفه والغفلة عند فقهاء القانون: السفه لغة: "خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة"⁴. وفي اصطلاح القانون: "تبذير المال وإتلافه فيما لا يعده العقلاء غرضاً صحيحاً"⁵. فالسفه لا يصيب العقل، وإنما يلحق التدبير. والغفلة هي "سهولة الوقوع في الغبن لسلامة القلب وضعف الإدراك"⁶، أو، بعبارة أخرى، "هي ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس، ترد على حسن الإدارة والتقدير، ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبن في معاملاته مع الغير"⁷.

والسفه والغفلة ينقصان التمييز، ولا يعدمانه، فلا يترتب عليهما، من ثم، سوى نقص الأهلية. تنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري على أنه: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفياً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون". إنما يجب، ليترب عليهما هذا الأثر، ويكون السفه أو ذو الغفلة ناقص الأهلية، كالصبي المميز، أن يصدر حكم بالحجر عليه، فنقص الأهلية، لسفه أو غفلة، لا يثبت إلا بالحجر. تنص المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورهما". فلا تعتبر بالتالي، تصرفات أيهما، حسب الأحوال، باطلة أو قابلة للإبطال، كتصرفات الصبي المميز إلا إذا صدرت منه بعد الحكم بالحجر، أما التصرفات الصادرة قبل الحكم بالحجر، فهي، في

¹ قال القرطبي: "اختلف العلماء فيمن يخدع في البيوع لقله خبرته وضعف عقله فهل يحجر عليه أو لا. فقال بالحجر عليه أحمد وإسحاق. وقال آخرون لا يحجر عليه. والقولان في المذهب [أي مذهب مالك] والصحيح الأول لهذه الآية ولقوله في الحديث يا بني الله احجر على فلان. وإنما ترك الحجر عليه لقوله يا بني الله إني لا أصبر عن البيع فأباح له البيع، وجعله الموطأ به، لأن من يخدع في البيوع ينبغي أن يحجر عليه، لاسيما إذا كان ذلك لخبيل عقله. ومما يدل على الخصوصية ما رواه محمد بن إسحاق قال حدثني محمد بن يحيى بن حبان قال هو جدي منقذ بن عمرو، وكان رجلاً قد أصابته آفة في رأسه، فكسرت لسانه ونازعته عقله، وكان لا يدع التجارة ولا يزال يغبن، فأتى رسول الله ﷺ فذكر ذلك له فقال، إذا بايعت فقل لا خلافة، ثم أنت في كل سلعة تبتاعها بالخيار ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فأرددها على صاحبها [سبق تخريجه] ". محمد بن أحمد بن أبي بكر فرح القرطبي أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد عبد العليم البردوني، دارالشعب، القاهرة، الطبعة الثانية، 1372هـ، ج3، ص387.

وجاء في مواهب الجليل: "اختلف فيمن يخدع في البيوع، فقل لا يحجر عليه لقوله ﷺ لحبان بن منقذ، وكان يخدع في البيوع لضربة أصابته في رأسه، "إذا بايعت فقل لا خلافة" [سبق تخريجه] ، وقال ابن شعبان يحجر عليه صوتنا لماله كالصبي، قال اللخمي: وأرى إن كان يخدع باليسير أو الكثير إلا أنه لا يخفى عليه ذلك بعد، ويتبين ذلك الغبن له فلا يحجر عليه ويؤمر بالاشتراط، كما في الحديث، ويشهد حين البيع، فيستغي بذلك عن الحجر، وإن كان لا يتبين له ذلك ويكثر تكرره فيحجر عليه، ولا ينزع المال من يده إلا أن لا ينزجر عن التجرة... وذكر القرطبي القولين في آخر البقرة... ثم قوى القول بالحجر، وهو الظاهر لدخوله في ضابط من يحجر عليه، وهو من لا يحفظ المال، قال في الذخيرة: "وينفك الحجر عن هذا ويدفع له ماله إذا علم منه دربة البيع ومعرفة وجوه الخديعة". محمد بن محمد الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، بيروت: دار الفكر، دط، ج5، ص58.

² - البقرة، 282.

³ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص282.

⁴ - محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، القاهرة: الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، ط3، 1969، ص465.

⁵ - المرجع نفسه، ص465.

⁶ - المرجع نفسه، ص465.

⁷ - المرجع السابق، المكان نفسه.

الأصل، صحيحة. تنص المادة 86 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني".

2-2-1. أثر هذه العوارض على الأهلية عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

قال أبو زهرة: "ومما تقدم كله يستخلص أن قاصري الأهلية هم الصبي المميز، والمعتوه المميز، والسفيه وذو الغفلة على الخلاف فيهما. وأن نقص أهلية الأداء لا يمنع أن تثبت أهلية الوجوب كاملة، فتثبت كل الحقوق التي أثبتناها للصبي غير المميز والمجنون، ويتولى المعاملة بها الولي أو الوصي. وكذلك لا يثبت من الواجبات على قاصري الأهلية إلا ما يثبت على الصبي غير المميز والمجنون، فلا يثبت عليهم إلا المغارم المالية الخالصة، أو ما كان المال فيه غالبا على ناحية العبادة، ولا يثبت وجوب العبادات ولا العقوبات. بيد أن السفيه وذا الغفلة يعتبران من هذه الناحية كاملي الأهلية فيجب عليهم كل التكاليف الشرعية من عبادات وغيرها، وتلزمهم العقوبات كاملة، لأنهم مؤاخذون مكلفون كل التكليف، لم يسقط عنهم بسبب السفه أو الغفلة شيء منها. أما الحجر عليهم فلمنعهم من إنفاق أموالهم في غير وجوهها. أما الواجبات المالية التي أوجبها الشارع سواء أكانت عبادة أم غرما ماليا أم مؤونة للمال أم صلة قربي أم بمقتضى عقد سائغ تولاه القوامون عليهم، فهم مطالبون به، لأن التكليف يوجب كل ذلك، بخلاف الصغير المميز والمعتوه المميز، فقد سقط عنهما التكليف، فلا يطالبون بما هو عبادة"¹.

أما أهلية الأداء فهي موضع النقص، موضع التفصيل، وذلك أن قاصر الأهلية يعتبر من ناحية أهلا للأداء، ومن ناحية ثانية يفرض فيه العجز عن الاستقلال بالتصرفات وإدارة أمواله. وللأئمة هنا أنظار مختلفة يترتب على اختلافها اختلاف في الأحكام.

فأبو حنيفة² يرى أن ناقص الأهلية أهل لحكم التصرفات، إذ يتولاه الولي، وتلزمه آثارها، وهو بما عنده من عقل، وإن لم يكن كاملا، أهل لمباشرة التصرفات، فاجتمع عنده قبول ذمته للالتزام الذي ينشأ بالتصرف، وصلاحيته عبارته لأن تنعقد بها التصرفات، وكان مقتضى ذلك أن تنفذ كل تصرفاته من غير رأي ولي ولا وصي، ولكن لوحظ فيه عجز بسبب عدم نضوج تفكيره، وكمال عقله، فرؤي ضم رأي الولي إليه فيما يباشره من التصرفات غير الضارة وأن يقوم بما لا يباشره مما تكون فيه مصلحته. وقد انبنى على هذا النظر أن الصبي المميز إن باع بغبن فاحش أجازه الولي أو الوصي نفذ البيع مع أن الولي لو باشره منفردا ما جاز. لأن أبا حنيفة لاحظ أن الصبي إذا تولى التصرف ما تولاه بإنابة من وليه، بل تولاه بولايته الخاصة، فلما انضم إليه رأي الولي كان ذلك دفعا للعجز في تصرف ناقص الأهلية، ومثل ذلك يقال في المعتوه المميز والسفيه وذو الغفلة في غير موضع الخلاف.

وأبو يوسف ومحمد يريان أن قاصر الأهلية له عبارة تنعقد بها العقود، ولكن لعجزه عن معرفة عواقب الأمور، ورعاية مصالحه بسبب نقص عقله الذي أوجب نقص أهليته كانت الولاية في العقود وسائر التصرفات المالية للولي. فإن باشرها قاصر الأهلية يكون بطريق الوكالة عن الولي، وإن تولى من غير إنابة توقف على إجازته لا لسد النقص، ولكن لأن ولاية

¹ - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 284.

² - علاء الدين البخاري، كشف الأسرار على أصول البزدوي، مرجع سابق، ج 4، ص 370.

العقد للولي لا له، فهو لا يملك إلا ما يملكه الولي. وعلى ذلك إذا باع أو اشترى ناقص الأهلية بغبن فاحش لا يصح عقده ولا يملك الولي أو الوصي إجازته، لأنه لا يملك ذلك، فلا يملك بالأولى الإذن به، ولا إجازته. والشافعي رحمه الله رأى أن ناقص الأهلية بالنسبة للعقود والتصرفات التي للولي حق مباشرتها يكون كفاقد الأهلية، وذلك لأن الشارع إذا أعطى الولي حق مباشرة التصرفات، قد حكم بعجز المولى عليه عنها، فلا يكون صالحا لمباشرتها بنفسه، ولا تنفذ ولو أجاز الولي، لأن عبارته تصير غير صالحة لعقد هذا النوع من التصرفات التي حرم منها، إذ لو صحت بعبارته لكان ذلك حكما بدرته عليها مع أن الشارع قد حكم بعجزه عنها، فمن التناقض أن يكون عليه ولي فيها ويجوز أن يباشرها بنفسه. وقد ترتب على ذلك أن بيع الصغير، وسائر ناقصي الأهلية، وشراءهم ونحوهما من العقود التي حجر عليهم فيها لا تنعقد، ولا تكون موقوفة على إجازة الولي. كما لا يصح الإذن لناقص الأهلية بالتجارة، لأن عقود التجارة كلها أعطيت للولي فهي مسلوقة منه، فليس له قدرة عليها، وليس من شأن الإذن أن يخلق في ناقص الأهلية قدرة حرما، ولا أن يجعل فيه أهلية سليما.

ويرى المالكية أن تصرفات ناقص الأهلية صحيحة لكنها غير لازمة.

ونرى من هذا أن ناقص الأهلية عند الحنفية عبارته تصح بها العقود والتصرفات، ولذا يصلح أن يكون وكيلًا عن غيره، ولكن كل حقوق العقد الذي ينعقد بمقتضى الوكالة ترجع إلى الموكل، وقد صرح الفقهاء بذلك بالنسبة للصغير والمعتوه. أما ذو الغفلة والسفيه فهما بلا ريب ذوا عبارة تنعقد العقود بها، لأن الحجر عليهما للمصلحة والنظر لهما، وقد جاء في كشف الأسرار كلمة في أهلية السفه ننقلها لدقتها. وهذا نصها: "السفه لا يوجب خللا في الأهلية، لأنه لا يخل بالقدرة ظاهرا لسلامة التركيب وبقاء القوى الغريزية على حالها، ولا باطنا لبقاء نور العقل بكماله، إلا أنه يكابر عقله في عمله، فلا جرم يبقى مخاطبا بتحمل أمانة الله عز وجل، فيخاطب بالأداء في الدنيا ابتلاء، ويجازى عليه في الآخرة. وإذا بقي أهلا لتحمل أمانة الله عز وجل ووجوب حقوقه، بقي أهلا في حقوق العباد، وهي التصرفات بالطريق الأولى، لأن حقوق الله تعالى أعظم، فإنها لا تحمل إلا على من هو كامل الحال... فثبت أن السفه لا يمنع أحكام الشرع، ولا يجب سقوط الخطاب عن السفه بحال سواء منع منه المال أو لم يمنع حجر عليه أو لم يحجر"¹. "فالسفيه بلا ريب أهل لأداء الحقوق والواجبات، ولكن منع من التصرفات المالية رعاية لمصلحته، وحفظا لأمواله، وحملًا له على الجادة"².

وقد لخص الإمام محمد الفرق بين السفه وذو الغفلة وبين الصبي المميز والمعتوه في أربعة أمور فقد جاء في تبين

الحقائق: "قال محمد رحمه الله: المحجور بمنزلة الصبي إلا في أربعة:

أحدها: أن تصرف الوصي في مال الصبي جائز، وفي مال المحجور عليه باطل.

والثاني: أن إعتاق المحجور وتديبره وطلاقه ونكاحه جائز ومن الصبي باطل.

والثالث: المحجور عليه إذا أوصى بوصية جازت وصيته من ثلث ماله ومن الصبي لا تجوز.

¹ - المرجع نفسه، ج4 ص370

² - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص284—286 بتصرف.

والرابع: جارية المحجور عليه إذا جاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه ومن الصبي لا يثبت¹.

2- تصرفات الصبي المميز الصبي المميز في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

لقد كان موقف فقهاء الشريعة الإسلامية واضحا في بيان حكم تصرفات الصبي المميز والملحقون به، وإن اختلفت آراؤهم في بعض ذلك، وتبعهم في ذلك قانون الأسرة الجزائري، أما القانون المدني فقد سلك منهجا مغايرا مختلفا، أدى إلى التناقض بين القانون المدني وقانون الأسرة تناقضا واضحا، لاختلاف منطلقات ونهج القانونيين، لذا قسمنا هذا المبحث إلى أربعة مطالب: المطلب الأول، تصرفات الصبي المميز الصبي المميز في الشريعة الإسلامية. المطلب الثاني، تصرفات الصبي المميز الصبي المميز في القانون. المطلب الثالث، التناقض بين قانون الأسرة والقانون المدني وسبل رفعه. المطلب الرابع، استثناءات حماية ناقص الأهلية.

1-2. تصرفات الصبي المميز الصبي المميز في الشريعة الإسلامية

التصرفات التي يباشرها الصبي المميز، إما أن تكون في حقوق الله تعالى، وفي هذه الحالة إما: أن تكون تلك الحقوق عبادات وعقائد، أو حقوقا مالية، أو عقوبات. وإما: أن تكون تلك التصرفات في حقوق العباد، وهي إما: مالية أو غير مالية. ونكتفي هنا بالحقوق المالية لأنها المقصود. ففيها تفصيل على النحو الآتي:

تصرفات نافعة له نفعا محضا، وهي التي يترتب عليها دخول شيء في ملكه من غير مقابل، مثل قبول الهبة والصدقة والوصية والوقف، وهذه تصح منه، دون توقف على إجازة الولي أو الوصي، لأنها خير على كل حال².

تصرفات ضارة بالصغير ضررا محضا، وهي التي يترتب عليها خروج شيء من ملكه من غير مقابل، كالهبة والصدقة والوقف وسائر التبرعات والطلاق والكفالة بالدين، وهذه لا تصح منه، بل تقع باطلة، ولا تنعقد، حتى ولو أجازها الولي أو الوصي، لأنهما لا يملكان مباشرتها في حق الصغير فلا يملكان إجازتها³.

تصرفات دائرة بين النفع والضرر بحسب أصل وضعها، كالبيع والإجارة وسائر المعاوضات المالية. وهذه يختلف الفقهاء فيها: فعند الحنفية⁴ يصح صدورهما منه، باعتبار ما له من أصل الأهلية، ولاحتمال أن فيها نفعا له، إلا أنها تكون موقوفة على إجازة الولي أو الوصي لنقص أهليته، فإذا أجازها نفذت، وإن لم يجزها بطلت. وعند المالكية تقع صحيحة لكنها لا تكون لازمة، ويتوقف لزومها على إجازة الولي أو الوصي. وعند الشافعية والحنابلة⁵ لا يصح صدورهما من الصبي، فإذا وقعت كانت باطلة لا يترتب عليها أي أثر⁶.

¹ - فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق، مطبعة بولاق، د ط، 1315 هـ، ج 5، ص 198.

² - راجع جمعية المجلة، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هوايني، كارخانة تجارت كتب، د ط، دت، المادة 967. ومحمد ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج 4، ص 400.

³ - راجع علاء الدين البخاري، كشف الأسرار على أصول البزدوي، مرجع سابق، ج 4، ص 259، 260.

⁴ - المرجع نفسه، ج 4، ص 370.

⁵ - فخر الدين الزيلعي، مرجع سابق، ج 5، ص 198.

⁶ - راجع الزرقا، مرجع سابق، ج 3، ص 195.

وقد نصت المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري¹ على حكم تصرفات الصبي المميز -أخذه بمذهب الحنفية- بقولها: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا لمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت متروكة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

2-2. تصرفات الصبي المميز الصبي المميز في القانون: تنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري على أنه: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون". وتنص المادة 2/40 من القانون المدني على أن: "سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة". من هذا يعتبر الإنسان صبيا مميزا بين الثالثة عشر والتاسعة عشر، واعتبره الشارع، ناقص الأهلية، ولا يراد بنعته مميذا أنه قد اكتمل تمييزه، لأن هذا يقتضي بلوغه الرشد، وإنما يراد به أن الصغير توفر له قدر من التمييز، وإن كان ناقصا، يصبح معه ناقص الأهلية. وقد نصت المادة 43 من القانون المدني الجزائري على أنه: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ... يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

وتتحدد أهلية الصبي المميز وفقا لنوع التصرفات التي يجريها. فالتصرفات المالية تنقسم بالنسبة لأثرها إلى ثلاثة أقسام: تصرفات نافعة نفعا محضا، وتصرفات ضارة ضررا محضا، وتصرفات دائرة بين النفع والضرر. فللصبي المميز أن يباشر التصرفات النافعة نفعا محضا، وتكون صحيحة، ويعبر الفقه عن ذلك بأن للصبي المميز "أهلية الاغتناء"²، ويستطيع من ثم قبول الهبات.

ولكن ليس للصبي المميز أن يباشر التصرفات الضارة ضررا محضا، ويكون عديم الأهلية بالنسبة لها، فتصدر منه باطلة بطلانا مطلقا، وعلى ذلك، ليس له أن يهب مالا مملوكا له، ولا أن يبرئ مدينا له، وتقع الهبة منه باطلة، كما يقع إبرأؤه باطلا³.

وليس للصبي المميز، كذلك، أن يباشر التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، كالبيع والإيجار وسائر المعاوضات، ولكنه يعتبر ناقص الأهلية بالنسبة لها، لا عديم الأهلية. فإذا باشرها كانت قابلة للإبطال لمصلحة الصبي، أو، كما يعبر الفقه، باطلة بطلانا نسبيا لمصلحته، بحيث تترتب عليها جميع آثارها القانونية إلى أن يقضي بإبطالها، بناء على طلب ذي المصلحة فيه. حين تزول بأثر رجعي، وتعتبر من ثم، كأن لم تكن أصلا، ولكن إذا أجاز هذه التصرفات من له حق إجازتها⁴ إجازتها⁴ -الولي أو الوصي حسب الأحوال، أو الصبي نفسه بعد بلوغه سن الرشد- تأكدت صحتها نهائيا، وزالت قابليتها

¹ - القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والمتضمن قانون الأسرة.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، بيروت: دار الفكر، دط، دت، فقرة 153.

³ - محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص 443.

⁴ - عرفت إجازة تصرفات القاصر المميز بأنها: "تصرف قانوني من جانب واحد يترتب عليه إسقاط حق طلب إبطال العقد القابل للإبطال بالزول عنه ممن خوله القانون ذلك، وصيرورة العقد المجاز باتا بعد أن كان مهددا بالزوال" أنظر. محمد سعيد جعفر، التصرفات الدائرة بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2002، ص 88.

أو هو: "تصرف قانوني يصدر من صاحب الحق فيه لإبقاء تصرف معين موقوف النفاذ يخوله الخيار بين طلب إبطاله وإجازته، ويترتب عليها إنتاج آثاره" محمد سعيد جعفر، التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، المرجع السابق، ص 130. وقد عرفها المشرع الفرنسي في المادة 1338/3 من القانون المدني الفرنسي:

للإبطال. والعبرة في التصرف الذي يدور بين النفع والضرر، هي بطبيعته، لا بنتيجته، فيعتبر البيع، مثلاً، تصرفاً دائراً بين النفع والضرر، ولو كان بأكثر من القيمة وترتبت عليه خسارة للمشتري، أو بأقل من القيمة ونجمت عنه خسارة للبائع¹. وقد نصت على هذه المبادئ المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري التي تقضي بأن: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع المر للقضاء". وتنص المادة 101 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقض الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب ...".

2-3. التناقض بين قانون الأسرة والقانون المدني وسبل رفعه

المشرع في قانون الأسرة جعل التصرفات الدائرة بين النفع والضرر²، موقوفة إلى حين إجازتها من طرف الولي، وهذا مستمد من فقه الشريعة الإسلامية، ومن بعض القوانين العربية كالقانون الأردني في المادة 210 من قانون الأحوال الشخصية³ والقانون المغربي في المادة 225 من مدونة الأسرة⁴. غير أن المشرع الجزائري عند معالجته لهذه النقطة، قد وقع في تناقض بين القانون المدني وقانون الأسرة، فالتصرف الدائر بين النفع والضرر يعتبر قابل للإبطال في القانون المدني. وللناصر الحق في استعمال الإبطال أو الإجازة

"La confirmation ... emporte la renonciation aux moyens et exceptions l'on pouvait opposer contre cet act"

¹ - المرجع السابق، ص 444.

² - وتقسم تصرفات الصبي المميز إلى أقسام ثلاثة وهي تصرفات نافعة نفعا محضاً، وتصرفات ضارة ضرراً محضاً، وتصرفات دائرة بين النفع والضرر:

1-التصرفات النافعة نفعا محضاً: وهي التصرفات التي يترتب عليها دخول شيء في ذمة القاصر من غير مقابل، كقبول الوصية والهبه... إلخ؛ محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 14.

ويجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري في المادة 83 ق.أ لم يوصف لنا التصرف النافع بالمحض، بل اكتفى بالقول بأنها نافعة له على عكس ما ورد على لسان فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري في نص المادة 111 منه الذين دققوا في وصفها. وهذا يعتبر سهو من طرف المشرع الجزائري ومن الأفضل أن يتداركه، لأنه يفتح مجالاً للتفسير الواسع للنص وبالتالي إمكانية إدراج بعض التصرفات التي قد لا تكون نافعة للقاصر نفعا محضاً: البعطي هبالي ومحمد العماري، تصرفات الصبي المميز، مذكرة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، الجزائر، 2005-2008، ص 20.

2-التصرفات الضارة ضرراً محضاً: والتصرفات التي يترتب عليها خروج شيء من ملك القاصر من غير مقابل، وأهم مثال لها هي التبرعات بجميع أنواعها. ومن ثم التصرفات الضارة هي التي من شأنها أن تنشأ في جانب الصبي المميز التزاماً دون أن تكسبه حقاً، أي هي التي تخرج من ذمته مالا دون عوض أو تسقط له حقا في ذمة الغير؛ محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية، المرجع السابق، ص 21.

3-التصرفات الدائرة بين النفع والضرر: وهي تلك التصرفات التي يحتمل أن تكون نافعة للشخص ومحققا مصلحة له، ويحتمل أن يكون ضاراً به يفوت عليه مصلحة، بحيث إما يترتب عليه التزاماً بدون مقابل أو ينجم عنه خسارة مالية للقاصر ومن أمثلتها: البيع والشراء والاستئجار والرهن... إلخ؛ محمد سعيد جعفرور، التصرف الدائر بين، المرجع السابق، ص 14.

³ - تنص المادة 210 من قانون الأحوال الشخصية الأردني: "صرفات الصغير المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضاً وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً.

ب- أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتتخذ موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها له التصرف ابتداءً أو إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد": القانون رقم 36 لسنة 2010 المعدل للقانون رقم 61 لسنة 1976 المتضمن قانون الأحوال الشخصية، ج.ر، رقم 5809، الصادر في 17 أكتوبر 2010

⁴ - تنص المادة 225 من مدونة الأسرة المغربية: "تخضع تصرفات الصغير المميز للأحكام التالية:

1- تكون نافذة إذا كانت نافعة له نفعا محضاً؛

2- تكون باطلة إذا كانت مضرة به؛

3- يتوقف نفاذها إذا كانت دائرة بين النفع والضرر على إجازة نائبه الشرعي حسب المصلحة الراجعة للمحجور، وفي الحدود المخولة لاختصاصات كل نائب شرعي".

لمدة تمتد إلى خمس سنوات من بلوغه سن الرشد، طبقا للمواد 99¹ و 100² و 101 من القانون المدني³، مستمدا ذلك من قانون نابليون والقانون لمصري. وفي قانون الأسرة موقوف على إجازة الولي أو الوصي، وهذا مستمد من فقه الشريعة الإسلامية، ومن بعض القوانين العربية كالقانون الأردني في المادة 210 من قانون الأحوال الشخصية⁴ والقانون المغربي في المادة 225 من مدونة الأسرة⁵. لكن أيهما يحقق حماية للقاصر؟.

في الحقيقة كلاهما يحقق حماية للقاصر؛ فبالنسبة للقانون المدني، يعتبر إعطاء القاصر حق طلب إبطال التصرف المتردد بين النفع والضرر الذي أجراه في فترة قصره حماية له⁶. وإذا مارس هذا الحق يرجع المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها، ولا يلتزم القاصر إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد وفقا للمادة 103 من القانون المدني⁷. ويهدف

¹ - المادة 99 من القانون المدني: "إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق".

² - المادة 100 من القانون المدني: "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير".

³ - المادة 101 من القانون المدني: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات".

ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد. و تقابلها في القانون المدني الفرنسي المادة 1304 والتي تنص:

"Dans tous les cas ou l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans. Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour ou elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol , du jour ou ils ont été découverts.

Le temps ne court, à l'égard des actes faits par un mineur, que du jour de la majorité ou de l'émancipation"

⁴ - تنص المادة 210 من قانون الأحوال الشخصية الأردني: "تصرفات الصغير المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً وباطلة متى كانت ضارة تضرراً محضاً.

ب- أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتعقد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها له التصرف ابتداء أو إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد؛ القانون رقم 36 لسنة 2010 المعدل للقانون رقم 61 لسنة 1976 المتضمن قانون الأحوال الشخصية، ج. ر، رقم 5809، الصادر في 17 أكتوبر 2010

⁵ - تنص المادة 225 من مدونة الأسرة المغربية: "تخضع تصرفات الصغير المميز للأحكام التالية:

1- تكون نافذة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً؛

2- تكون باطلة إذا كانت مضرة به؛

3- يتوقف نفاذها إذا كانت دائرة بين النفع والضرر على إجازة نائبه الشرعي حسب المصلحة الراجحة للمحجور، وفي الحدود المخولة لاختصاصات كل نائب شرعي".

⁶ - محمد سعيد جعفر، التصرف الدائر بين...، المرجع السابق، ص 45.

⁷ - المادة 103 من القانون المدني: "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل.

غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.

يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالماً به".

و تقابلها المادة 1312 قانون مدني فرنسي:

"Lorsque les mineurs ou les majeurs en tutelle sont admis, en ces qualités, à se faire restituer contre leurs engagements, payé pendant la minorité ou la tutelle, ne peut en être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit"

المشرع بهذا الجزاء إلى تنبيه الطرف الآخر في العقد بضرورة التأكد من أهلية أداء الشخص الذي يتعاقد معه، فإذا تبين له أنه قاصر، أحجم عن التعاقد معه، إذ لو فعل ذلك لأتاح للمتعاقد معه فرصة إبطال هذا العقد في المدة المقررة قانوناً.

أما بخصوص قانون الأسرة¹، فحمايته كانت أكبر من القانون المدني فهي تكون من ناحيتين، الأولى تتمثل في أن وقف التصرف يسمح للقاصر بأن يكتسب خبرة وتجربة كبيرة لمعرفة أحوال الناس ونتائج المعاملات، وهذا كله يهيئه بأن يكون شخص رشيد يستطيع الاعتماد على نفسه².

أما الثانية، فتتمثل في أن الوقف يعد سدا لباب الضرر عن القاصر، لأن هذا الأخير مهما كان يعتبر شخص ضعيف وناقص في عقله، ولا يستطيع تقدير العواقب مثل الشخص البالغ والراشد.

لذلك حتى لا يتضرر القاصر، يتم وقف التصرف بحيث لا يصبح نافذاً حتى يتم تقديره من طرف شخص راشد وهو الولي أو الوصي، فإذا كان يحقق للقاصر مصلحة يجيزه ويصبح نافذاً، أما إذا كان لا يحقق مصلحة له فلا يجيزه، وهذا على عكس القابلية للإبطال التي جاء بها القانون المدني والتي تعتبر العقد نافذاً، إلا أنه مهدداً بالإبطال ذلك أن الوقاية خير من العلاج³.

لكن القاضي في هذه الحالة سيكون في حيرة، فماذا يطبق على تصرف القاصر؟ هل يطبق القانون المدني أم قانون الأسرة؟

لرجال القانون في هذه المسألة رأيان:

أولاً: فريق يرى تطبيق القانون المدني على أساس أنه هو القانون الذي ينظم الأموال وليس قانون الأسرة، ذلك أن قانون الأسرة ينظم الأحكام التي تتعلق فقط بالأحوال الشخصية أي بحالة الشخص، هل هو قاصر أو راشد، مميز أو غير مميز؟ وكذلك علاقته بأسرته إن كان زوج أو زوجة مطلق أو مطلقة ...

وبالتالي إطار الأحوال الشخصية على هذا النحو هو وحده الذي يدخل في اختصاص قانون الأسرة، أما التصرفات المالية التي يقوم بها الصبي المميز والحكم عليه بالصحة أو بالقابلية للإبطال أو البطلان أو بعدم النفاذ، فكل هذا يدخل في اختصاص القانون المدني وحده وليس لقانون الأسرة أن يتعرض لها، وقد تبنت هذا الرأي الدكتور فريدة محدي -زواوي-

¹- والعقد الموقوف هو عقد نشأ صحيحاً ولكنه موقوف النفاذ إلى حين إجازته من طرف من له صفة النائب عن القاصر قبل بلوغه سن الرشد، أو من القاصر بعد اكتمال أهليته. رقية أحمد داود، التصرفات المالية لعديم وناقص الأهلية بسبب الاختلال العقلي في الشريعة والقانون، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ع 8، ص 09؛ نجيم عامر، الإجازة كشرط لنفاذ تصرفات القاصر في أمواله، مجلة الفقه والقانون، مجلة الكترونية شهرية تعني بنشر الدراسات القانونية، 2014، ع 20، ص 261.

²- محمد سعيد جعفرور، التصرف الدائر، المرجع السابق، ص 83.

³- أنظر، محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2000، ص 95. محمد سعيد جعفرور، التصرف الدائر بين...، المرجع السابق، ص 85.

بالقول: "وفي هذا تعارض بين القانون المدني وقانون الأسرة، إذ كان يجب الأخذ في هذا المجال بالقانون المدني لأنه هو الأصل بالنسبة للتصرفات القانونية"¹.

وبحسب رأيها إن كان المشرع يبتغي تبني فكرة العقد الموقوف الوارد في قانون الأسرة فعليه تعديل القانون المدني، ولا يمكن أن يتم ذلك بقانون الأسرة لأن القانون المدني قانون خاص بالنسبة للتصرفات المالية ولا يتم تعديله أو إلغاؤه إلا بقانون لاحق وخاص بالتصرفات المالية، وقانون الأسرة ليس كذلك.

وبالتالي وبرأي هذا الفريق فإن الحكم الذي يجب أن يعتد به هو القابلية للإبطال ويعاب على هذا الرأي أن قانون الأسرة وإن كان ينظم الأحوال الشخصية فإنه ينظم التصرفات المالية كذلك، وخير مثال على ذلك في الكتاب الرابع منه المعنون بالتبرعات والتي تناول فيها الوصية والهبة والوقف: وكذلك نظم التركات والتصرف في أموال القاصر ببيعها وتأجيرها.

ثانياً: يرى فريق من رجال القانون² أنه ما دام أن الحكمين وارين في نصين قانونيين مختلفين لكنهما متساويين في القوة لحل الأشكال يقتضي أعمال المبدأ الذي يقضي بأن التشريع اللاحق يلغي التشريع السابق المساوي له أو الأدنى في القوة.

وعليه فإن النص الأحدث وهو نص المادة 83 من قانون الأسرة الصادر في سنة 1984، يعد ناسخاً وملغياً للنص الأقدم وهو نص المادة 101 من القانون المدني، خاصة أن المادة 223 من قانون الأسرة التي نصت صراحة بأنه "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون"، وبحسب هذا الرأي فإن الحكم الذي يجب أن يعتد به هو وقف تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر.

وفي الحقيقة على القاضي حسب رأينا أن يطبق قانون الأسرة لعدة أسباب، وتتمثل بداية فيما ينص عليه القانون المدني في المادة 79 منه حيث جاء فيها: "تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة"، وبالتالي كل ما يتعلق بالقاصر يطبق عليه قانون الأسرة، بالإضافة إلى ما نص عليه المشرع في آخر مادة من قانون الأسرة، بحيث ألغى جميع الأحكام المخالفة لقانون الأسرة في المادة 223 قانون الأسرة والتي تنص: "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون".

أضف إلى ذلك، يرى محمد سعيد جعفر "أننا بصدد تعارض بين نصين قانونيين مختلفين، يحمل كل منهما حكماً يخالف الآخر بحيث يستحيل الجمع بينهما، وطالما أن هذين الحكمين واران في نصين قانونيين مختلفين لكنهما متساويان في القوة، فإننا نرى اعتبار النص الأحدث وهو نص المادة 83 من قانون الأسرة الصادر في 1984، ناسخاً للنص الأقدم وهو نص المادة 101 من القانون المدني الصادر في 1975، فيما يتعلق بقابلية العقد للإبطال بسبب نقص الأهلية إعمالاً للمبدأ الذي يقضي بأن التشريع اللاحق يلغي التشريع السابق المساوي له أو الأدنى منه في القوة"³.

¹ - فريدة مجدي زواوي: المدخل للعلوم القانونية نظرية - نظرية الحق - طبعة 1997 م.

² - محمد سعيد جعفر، تصرفات ناقص الأهلية المالية، المرجع السابق، ص 32-33.

³ - المرجع نفسه، ص 32-33.

لذلك من المستحسن لو يوحد المشرع بين القانونين بما يتناسب مع المادة 83 من قانون الأسرة لتحقيق حماية أكبر للقاصر، بالإضافة إلى تعديل المادة 83 قانون الأسرة بحيث تصبح كالتالي:

"من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني، تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً وباطلة إذا كانت ضارة به ضرراً محضاً، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فتتوقف على إقرار الولي أو الوصي قبل بلوغ القاصر سن الرشد، وإجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد.

ويجب أن يستعمل خيار الإجازة والإقرار أو الرد خلال سنة واحدة وإلا اعتبر نافذاً، ويبدأ سريان هذه المدة من وقت علم الولي أو الوصي بصدور العقد أو من وقت بلوغ القاصر سن الرشد".¹

4-2. استثناءات حماية ناقص الأهلية:

أورد المشرع استثناءات على حماية ناقص الأهلية، حيث حى تصرفاته في بعض الحالات، قد يسمح بها القاضي، أو تخفض فيها التزام القاصر في حالة التعويض، وكل ذلك حماية لناقص الأهلية.

1-4-2. الإذن القضائي بالتصرف: أورد المشرع في قانون الأسرة الجزائري استثناء للصببي المميز فأجاز، على وجه الاستثناء، للقاضي أن يسمح للصببي المميز أن يباشر بعض التصرفات.² إذ تنص المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئياً أو كلياً في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك".

أما المشرع المدني أغفل ترشيد القاصر المميز مع أنه نص في المادة 38 من القانون المدني على أن يكون للقاصر الذي بلغ 18 عشرة سنة موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يغير القانون أهلاً لمباشرتها دون أن يبين لنا ما هي هذه التصرفات، في حين أن. المشرع في قانون الأسرة بنصه في المادة 84 على أن "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف في جزئياً أو كلياً في أمواله بناء على طلب من له مصلحة"، يكون قانون الأسرة قد خفض سن الترشيح إلى ما دون الثامنة عشر دون أن يبين مجالات التصرف القاصر في أمواله.

ومع هذا فإن القاصر المأذون له يكون كامل الأهلية فيما أذن له فيه وفي التقاضي فيه، وتكون تصرفاته صحيحة نافذة وتجب مخاطبته فيما يتعلق بذلك بموطنه العام دون موطن نائبه.

2-4-2. تخفيض التزامات نائض الأهلية في الرد: ما دامت الأهلية من شروط صحة الرضا، فالعقد الذي يبرمه ناقص الأهلية هو عقد قابل للإبطال، ويحق لناقص الأهلية دون المتعاقد الآخر طلب إبطال العقد، ويتربط على الإبطال إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد. فقد نصت المادة 102 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل". ثم أوردت المادة في فقرتها الثانية استثناء إذ نصت على: "غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية إذا بطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد".

¹ - انظر: محمد سعيد جعفر، إجازة العقد، المرجع السابق، ص 84-86.

² - تفصيل موقف الشريعة الإسلامية من ذلك في الزرقا، مرجع سابق، ج 2 ص 808.

ومن مقتضى هذا النص أنه إذا أبطل العقد كالبيع مثلا لنقص أهلية البائع التزم المشتري برد المبيع، أما البائع ناقص الأهلية فلا يلزم برد الثمن الذي قبضه، بل يلزم برد ما يكون قد تبقى في يده مما أعطاه التعاقد الآخر، وكذلك يرد ما أنفقه وما عاد عليه بمنفعة أو فائدة، بأن كان قد سدد ديون عليه أو قام بشراء أشياء مفيدة. أما ما أنفقه ولم يعد عليه بفائدة فلا يلزم ناقص الأهلية برده. وقد أراد المشرع الجزائري بهذا الحكم أن يكفل الحماية لناقص الأهلية، وتقضي قواعد التفسير في القياس تطبيق نفس الحكم على عديمي الأهلية¹.

هذا ويقع على من يطالب بالرد وفقا للقواعد العامة في الإثبات أن يقيم الدليل على عود منفعة على ناقص الأهلية مما تسلمه. فإن كان هذا الأخير قد استخدم ما حصل عليه من مال في إشباع شهواته بأن أنفقه مثلا في اللهو أو القمار أو السباق أو غيرها، فإنه لا يلتزم بالرد، فإن كان القاصر بائعا وقبض الثمن وبذر نصفه في اللهو واشترى بالنصف الآخر شيئا نافعا فإنه لا يلزم إذا أبطل البيع إلا برد نصف الثمن الذي اشترى به الشيء النافع. وقد طبق القانون هذا الحكم في الإثراء بلا سبب. فقضت المادة 148 الواردة في دفع غير المستحق بأنه: "إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق، فلا يكون ملزما إلا بالقدر الذي أثري به". وهي تقابل المادة 1241 مدني فرنسي. ويشترط أن لا يكون ناقص الأهلية مخطئا إذا هلك محل التزامه وإلا التزم بتعويض عادل طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.

ويلاحظ أنه لا يشترط لإبطال تصرف القاصر أن يكون قد لحقه ضرر من التصرف أو أصابه غبن، وهذا بخلاف القانون التونسي والقانون اللبناني اللذين أفضا أبطال التصرف الدائر بين النفع والضرر لشروط إقامة الدليل على وقوع غبن القاصر المادة 03/ 216 موجبات لبناني، والفصل الثامن من مجلة الالتزامات التونسية.

وهذا ما ذهب إليه القضاء المصري في عدة قرارات بالنص على أن ثبوت القصر عند التعاقد كاف لقبول دعوى الإبطال ولو تجرد التصرف الدائر بين النفع والضرر من أي غبن².

خاتمة:

من خلال ما سبق يمكن أن نصل إلى النتائج الآتية:

1- المشرع الجزائري اختلفت أحكامه في شأن حكم تصرفات الصبي المميز -الدائرة بين النفع والضرر- بين قانون الأسرة والقانون المدني، فقانون الأسرة يعتبرها موقوفة على إجازة الولي أو الوصي -حسب الأحوال- موافقا في ذلك فقهاء الشريعة الإسلامية. بينما القانون المدني يجعلها قابلة للإبطال منتجا في ذلك نهج القانون الغربي. ويلاحظ في ذلك:

أ- أن المشرع جعل الإجازة فقط من الولي أو الوصي دون ذكر إجازة القاصر المميز بعد أن يصبح راشدا، فبمجرد بلوغ القاصر سن الرشد له الحق في إجازة التصرف الموقوف لكون الولي أو الوصي لم يسبق له أن بت في التصرف بالإجازة أو الرفض في فترة قصور القاصر.

ب- أن كلمة إجازة ليست في محلها لأن الولي أو الوصي أجنبيان عن العقد، وهما يقرأ العقد لا يجيزانه.

¹ - راجع محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزائر: دار الهدى، ط1، 1992، ج1، ص272.

² - نقض مدني مصري، 12 مارس 1980.

ج- أن المشرع جعل المدة التي يستطيع فيها القاصر المميز بعد اكتمال أهليته، ممارسة حقه في طلب الإبطال طبقا للمادة 101 من القانون المدني طويلة، وهي 5 سنوات تبدأ من يوم بلوغه سن الرشد.

2- قانون الأسرة الجزائري لم يذكر ذو الغفلة بين القصر بينما أتى ذكرها في القانون المدني فقط.

3- المادة 83 من قانون الأسرة لم تحدد المدة التي يستطيع فيها الولي أو الصبي إجازة التصرف، ومنه يفهم أن شرط صحة الإجازة أو الرد هو أن يصدر كل منهما قبل بلوغ القاصر سن الرشد دون تقييد الولي أو الوصي بأية مدة، وكان على المشرع أن يحدد مدة زمنية تكون قصيرة لاستعمال هذا العقد. كما أنها لم تفصل في مصير تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر إن لم يسبق لولييه أو وصيه أن بت فيه بالإيجاز، وكان على المشرع أن يحدد وقتا معين إذا انقضى يعتبر العقد مجازا.

4- وجدنا أنه لا القانون المدني ولا قانون الأسرة تناول بالتفصيل تصرفات الصبي المميز بل إنه اكتفى بالمواد 43، 79، 101 من القانون المدني وبمادة واحدة (المادة 83) من قانون الأسرة.

ويمكن أن نقترح ما يلي:

1- ضرورة رفع التناقض بين القانون المدني قانون الأسرة الجزائري، وأرى أن أفضل حل لرفع التناقض أن يحيل القانون المدني في مسألة تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر إلى قانون الأسرة الجزائري، باعتبار المسألة من النيابة الشرعية التي هي من صلب قانون الأسرة.

2- ضرورة إكمال ما نقص من قانون الأسرة الجزائري وفقا لما ذكر في القانون المدني، كذكر ذو الغفلة مثلا.

3- نرى أن تترك جميع أحكام الأهلية إلى قانون الأسرة، باعتباره المختص بهذه المسألة وغيرها من مسائل الأحوال الشخصية.

4- نرى أن تعدل المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري لتشمل جميع الملاحظات المأخوذة عليها.

قائمة المراجع:

القرآن الكريم.

1. أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، بيروت: دار الكتاب العربي، ط1، 1986.
2. البختي هبالي ومحمد العماري، تصرفات الصبي المميز، مذكرة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، الجزائر، 2005-2008.
3. جمعية المجلة، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواويني، كارخانة تجارت كتب، دط، دت.
4. صدر الشريعة البخاري، التوضيح لمثن التنقيح، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1986.
5. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، بيروت: دار الفكر، دط، دت.
6. علاء الدين البخاري، كشف الأسرار على أصول البزدوي، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1997.
7. علي بن حزم، المحلى، المطبعة المنيرية، دط، 1352هـ.

8. فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق، مطبعة بولاق، د ط، 1315هـ.
9. فريدة محدي زواوي: المدخل للعلوم القانونية نظرية - نظرية الحق - طبعة 1997م.
10. القانون رقم 36 لسنة 2010 المعدل للقانون رقم 61 لسنة 1976 المتضمن قانون الأحوال الشخصية، ج.ر، رقم 5809، الصادر في 17 أكتوبر 2010
11. القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والمتضمن قانون الأسرة.
12. مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ع 8،
13. محمد ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، القاهرة: المطبعة المصرية، د ط، 1286هـ.
14. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، القاهرة: دار الفكر العربي، د ط، 1996.
15. محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، د ط، دت، دار الفكر، بيروت.
16. محمد الدردير، الشرح الصغير، بيروت: دار الفكر، د ط، دت.
17. محمد الدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، بيروت: دار الفكر، د ط، دت.
18. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، القاهرة: دار المعارف، د ط، دت.
19. محمد بن أحمد بن أبي بكر فرح القرطبي أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد عبد العليم البردوني، دار الشعب، القاهرة، الطبعة الثانية، 1372هـ
20. محمد بن سليمان محمد بن محمد حاجين أمير، التقرير والتحبير في شرح التحرير، بيروت: دار الكتب العلمية، ج 2، ص 168.
21. محمد بن محمد الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، بيروت: دار الفكر، د ط، دت
22. محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2000
23. محمد سعيد جعفرور، التصرفات الدائرة بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2002.
24. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزائر: دار الهدى، ط 1، 1992.
25. محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، القاهرة: الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، ط 3، 1969.
26. مسعود بن عمر التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، مصر: مكتبة صبيح
27. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دمشق: دار القلم، ط 1، 1998، ج 2، ص 801.
28. موفق الدين عبد الله بن قدامة، المغني، القاهرة: مطبعة المنار، د ط، 1348هـ.
29. نجيم عامر، الإجازة كشرط لنفاذ تصرفات القاصر في أمواله، مجلة الفقه والقانون، مجلة الكترونية شهرية تعني بنشر الدراسات القانونية، 2014، ع 20.
30. يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، مصر، 1344هـ