الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف _ المسيلة _

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم العلوم الإسلامية

تصرفات ناقص الأهلية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

– دراسة مقارنة–

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر أكاديمي في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

من إعداد الطالبين:

_ قريشي علي

–جنيدي هشام

تحت إشراف الأستاذ:

–رحماني السعيد

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
	محمد بوضياف _ المسيلة	رئيسا
د. سعيد رحماني	محمد بوضياف _ المسيلة	مشرفا ومقررا
	محمد بوضياف _ المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية: 1441–1442هـ/ 2019–2020م

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم: العلوم الإسلامية

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28 جويلية 2018 المحدد للقواعد المتعلقة بال وقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد (ة): **جنيدي هشام**

الصفة: **طالب**

الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 200980372

والصادرة بتاريخ: 2017/02/01

عن دائرة: **امجدل/ولاية المسيلة**

المسجل (ة) بكلية: **العلوم الإنسانية والاجتماعية** قسم: **العلوم الإسلامية**

والمكلف (ة) بإنجاز أعمال مذكرة ماستر: تصرفات ناقص الأهلية بين الشريعة والقانون

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ:

إمضاء المعني

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم: العلوم الإسلامية

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28 جويلية 2018 المحدد للقواعد المتعلقة بال وقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد (ة): قريشي علي

الصفة: طالب

الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 204357756

والصادرة بتاريخ: 03/11/2019

عن دائرة: المسيلة.

المسجل (ة) بكلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم: العلوم الإسلامية

والمكلف (ة) بإنجاز أعمال مذكرة ماستر: تصرفات ناقص الأهلية في الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2020.09.27

27 سبتمبر 2020

إمضاء المعني

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

إلى من كان سندي في دراستي والدي ووالدتي

إلى إخوتي وكل عائلتي

إلى كل من أعرفهم من قريب أو بعيد أهدي هذا العمل

قريشي علي

الإهداء

إلى والدي الكريمين

إلى كل عائلتي

إلى كل من زاملتهم خلال دراستي أهدي هذا العمل

جنيدي هشام

الشكر والتقدير

. الحمد لله رب العالمين، والشكر له أولا وأخرا على ما أكرمن به من تعلم الشريعة والدين

واسأله تبارك وتعالى أن يفتح علينا فتح العارفين في كل وقت وحين، والصلاة والسلام

على المبعوث رحمة للعالمين وبعد:

فبعد أن أكرمني الله تعالى بإتمام هذا البحث، كان لزاما علينا ان نتوجه بالشكر

والتقدير وجميل العرفان، ومن منطلق الأثر الصحيح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم :

(من لا يشكر الناس لا يشكره الله)

اشكر معالي الأستاذ الدكتور رحماني السعيد الذي تفضل مشكورا بالإشراف على

هذه المذكرة، وعلى ما أسداه لنا من توجيهات وعون وإرشاد فجزاه الله عنا خير الجزاء

،وبارك الله فيه، والله اسأل أن يجمعنا به في مستقر رحمته انه ولي ذالك والقادر عليهّ .

كما نشكر أيضا الجنة الموقرة من الأساتذة اللذين قاموا باقتراح عناوين للمذكرات

مقـــــــــدمـــــة

المقدمة:

الحمد لله الذي انعم علينا بنعمة الإسلام بدون طلب منا، وكرم الإنسان على سائر الأنام، واصبغ علينا نعمه ظاهرة وباطنه بدون حول ولا قوة منا، حمدا كما ينبغي لجلال وجهه ولعظيم سلطانه، والصلاة والسلام على من أرسله الله ليكون مشكاة نور وهدى، ولمن كان ارحم الناس بالأطفال سيدنا محمد حبيبنا وحبيب رب العالمين ...

وبعد : إذا كان من نعم الله تعالى على الإنسان أن أكرمه وفضله على خلقه، وعلى سائر الكائنات بان جعل له عقلا يفكر به، ويقدر الأمور فيتعلم العلوم التي تتصل بأمور دينه لكي يعبد الله على بصيرة ويعلم العلوم التي تتصل بأمور دنياه لكي يخترع، ويصنع، ويبني، ويشيد، ويقوم بواجب الخلافة في الأرض أعظم تكريم، قال تعالى :

(وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا) سورة الإسراء الآية 70 ونفخ فيه من روحه :

(إِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلاَئِكَةِ إِنِّي خَالِقٌ بَشَراً مِّن طِينٍ فَإِذَا سَوَّيْتُهُ وَنَفَخْتُ فِيهِ مِن رُّوحِي فَقَعُواْ لَهُ سَاجِدِينَ) 1 سورة الإنسان الآية 2-3

واعده ليكون خليفته علي الأرض، ولقد أولي عنايته ذكرا كان أو أنثى، تعهده حملا، وطفلا، وشابا، وكهلا ، وشيخا، جعل له الحماية وأنار له طريقه، وما ذاك إلا تكريم للإنسان، قوى له سياج الحماية، وهو جنين وهو طفل ضعيف لاحول له ولا قوة، حتى تكون له الشخصية القوية والفذة التي تعمر وتقود إلى الخير والصلاح.

إن تصرفات ناقص الأهلية كانت ومازالت على قمة المسائل الدينية، والموضوعات القانونية الجذرية بالبحث والدراسة ولا غرابة في ذالك، فموضوعاتها ترجمة لواقع الحياة من منازعات وخصومات يومية، لذالك فقد فرضت نفسها وأرست وجودها الذي سيضل حيا دائما دوام الحياة في المجتمع.

فالحياة متطورة متجددة ومنازعاتها مستمرة متنوعة تتطور بتطور، وتقدم الحياة وكان نتيجة ذالك عدم الثبات النسبي لأحكام تصرفات ناقص الأهلية فما كان مقبولا بالأمس لم يعد كذالك اليوم، وما هو سائد في مكان ما لا يكون سائد بالضرورة في مكان أخر .

فحياة الأفراد في المجتمع مبنية على احتكاكهم ببعض، وتظهر من خلال معاملاتهم والعقود التي يبرمونها فيما بينهم، لهذا نجد أن القيام بأي عقد كان لابد من توفر جميع أركانه المطلوبة ومن أهمها نجد الرضا الذي لا يكون صحيحا إلا إذا كان صادرا من شخص متمتع بالأهلية والتي تكون صحيحة وإرادة خالية من العيوب وهذه الأخيرة التي تم تعريفها :

(بأنها صلاحية الشخص لتلقي الحقوق وتحمل الالتزامات، والقيام بالأعمال والتصرفات القانونية التي يترتب عنها كسب هذه الحقوق أو تحمل هذه الالتزامات).

وعرفها الأصوليين الأحناف بان الأهلية هي : (صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه) .وقالوا وهي الأمانة التي اخبر الله تعالى عنها بحمل الإنسان إياها بقوله :

(إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَن يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنسَانُ ۖ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا) سورة الأحزاب الآية 72.وينبغي الإشارة إلى أن الأحناف هم فقط من رسموا للأهلية بابا خاصا بها .

لذي نجد لدى الإنسان نوعين من الأهلية الأولى تتمثل في أهلية الأداء وهي قدرة وصلاحية الفرد للقيام بتصرفات قانونية، وممارسة حقوقه بنفسه ويكون قادرا على التمييز بين النفع والضرر.

أما الثانية فتتمثل في أهلية الوجوب وهي أهلية مماثلة للشخصية القانونية وتمتع الشخص بالحقوق وتحمل الالتزامات وهي ثابتة لكل شخص، على عكس أهلية الأداء التي يجب على الإنسان أن يكون قادرا على إثباتها .

تثبت أهلية الوجوب ناقصة للجنين، ثم تصير كاملة بعد ولادته وتبقى ملازمة له مادام حيا، أما أهلية الأداء فهي لا تثبت للإنسان في طور الجنين، ولا تثبت للصغير الغير مميز ثم تثبت ناقصة للصغير المميز ثم تكتمل إذا ما إ كتمل العقل والرشد، فأهلية الأداء أساسها العقل، فان كان قاصرا كانت قاصرة وناقصة، وان كان كاملا كانت كاملة.

ويتبين لنا أن الإنسان في حياته يمر بعدة مراحل، وهذه المراحل هي مرحلة الجنين ثم ينتقل من دور الجنين إلى دور الانفصال إلى التمييز ،ومن دور التمييز إلى دور الرشد .

والمشرع اشترط العقل والرشد وان يكون بالغا لمباشرة تصرفاته حسب المادة 40من ق.م.ج.(كل شخص بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه ،وسن الرشد تسعة عشر سنة 19كاملة).

وأضاف المشرع شرطا أخر بالإضافة على العقل والرشد وهو عدم الحجر عليه لأنه قد يبلغ الشخص سن الرشد ويطرأ على أهليته إحدى عوارض الأهلية والمتمثلة في الجنون والعته ،والسفه والغفلة حسب المادة 86من ق.م.ج يكون من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه كامل الأهلية لمباشرة حقوقه .

فالشخص الذي طرأت عليه هذه العوارض سواء المعدمة للأهلية كالجنون والعته والصغر، أو المنقصة للأهلية كالسفه والغفلة والحجر ،تأثر على أهليته فيصبح الشخص الذي به عارض من هذه العوارض غير صالح لمباشرة تصرفاته وتكون أمواله عرضة للضياع ولصيانة أمواله يتم توقيع الحجر عليه .

وهذا هو موضوع مذكرتنا بعنوان: تصرفات ناقص الأهلية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري– دراسة مقارنة–".

ونسال الله أن يوفقنا إلى سواء السبيل انه ولي ذالك والقادر عليه و به المستعان وعليه التكلان .

2. أهمية موضوع البحث :

أ-يستمد هذا الموضوع أهميته من أهمية الإنسان في الإسلام الذي كرمه الله تعالى بالعقل والنطق وفضله على الخلق بنعم كثيرة أبرزها الإيجاد ثم الإمداد ثم الهداية والرشاد، إذ انه المستهدف من التشريعات كلها، و به ترتبط التكاليف الشرعية ارتباطا وثيقا، فحقوقه ثابتة له في شريعة الإسلام منذ ثبوت الحياة له في بطن أمه وعليه واجبات يؤديها قبل البلوغ وبعده.

ب-تكمن أهمية بحثنا انه يتناول حفظ شريحة ضعيفة في المجتمع وهي عديمي الأهلية أو ناقصها، وتكمن هذه الأهمية في كون هذه الفئة في المجتمع هي فئة العاجزين عن تدبير شؤونهم وحماية أنفسهم، مما يقتضي توفير العناية والرعاية لهم.

ج-إن الأهلية مطلوبة في كل أفعال الإنسان وتصرفاته التي تعتمد نتائجها على صفات مخصوصة في الفاعل المتصرف كالادعاء بالحق أمام القضاء، وكالإقرار بالحق وكالشهادة على حق، كل ذالك لابد فيه من أن يكون الشخص أهلا لممارستها، وإلا كانت باطلة، لان من شرائط صحتها الأهلية وكذالك العبادات من صلاة وصيام وغيرها، فإنها تعتمد في الشخص نوعين من الأهلية : أهلية لتصح منه (أهلية أداء)، وأهلية لتجب عليه هذه العبادات(أهلية وجوب)، فيصبح مكلفا بها مسئولا عن تركها،وكذالك عقوبات الجنايات، فإنها يشترط لاستحقاقها شرعا وقانونا أن يكون الجاني أهلا لتوجيه هذه التبعة الجزائية عليه تأديبا له وزجرا لغيره.

3 أسباب اختيار موضوع البحث :

أن كون الإنسان موضوع أهلية التكليف، فانه مهما كتب فيه، يبقى هذا الموضوع بحاجة لمزيد من الدراسات والبحث ليعرف الإنسان ماله من حقوق وما عليه من واجبات ولذالك

اخترت هذا العنوان محاولا تسليط الضوء على كثير من الجزئيات التي ذكرها الأولون واستفاد منها المتأخرون في مجال الأهلية .

أما أسباب اختيارنا للموضوع فهي متنوعة بين أسباب ذاتية وأسباب موضوعية

أ. الأسباب الذاتية :

فتتمثل في الرغبة في التعرف ودراسة الأحكام التي وجدت لحماية هذه الفئة الضعيفة في المجتمع والتي يجب تسليط الضوء عليها، وكذالك بسبب إثراء معلوماتنا القانونية والدينية في هذا الموضوع .

ب . الأسباب الموضوعية :

فتتمثل في أن هذا الموضوع يحتاج إلى اهتمام كبير كونه مرتبط بمصلحة الأشخاص الذين يحتاجون لغيرهم في مباشرة تصرفاتهم القانونية وذالك ببيان النظام القانوني الذي وجد لحماية هذه الفئة من الأشخاص.

– كما نسلط الضوء على الاختلاف الموجود بين نصوص القانون المدني ونصوص الشريعة، ويجب توضيحه ليقوم المشرع بتصحيح تلك الهفوات التي وقع فيها.

أهداف موضوع البحث :

4. أهدف من خلال دراستي لهذا الموضوع إلى:

الإحاطة بموضوع هذه الفئة الهشة من الجانب النظري وحتى التطبيقي وإزالة اللبس عن تصرفاتهم .كذالك الفهم الجيد لحالات عديمي الأهلية أو ناقصها، والبحث في النظام القانوني الذي قام المشرع بتكريسه لحماية هذه الفئة، كذالك محاولة منا تبيين الاختلاف بين نصوص القانون المدني ونصوص الشريعة والهفوات التي وقع فيها المشرع وان يقوم المشرع مستقبلا بتصحيحها، وان يكرس مواد أخرى يتطرق إلى الأمور التي اغفل ذكرها أو لم يتطرق إليها بالتفصيل .

5 . المنهج المعتمد في البحث :

اعتمدنا في مذكرتنا هاته على عدة أساليب بهدف تقريب الفهم الصحيح لتصرفات ناقص الأهلية، والنظام القانوني الذي وضع لحمايتها، وإيصال المعلومات بالشكل الصحيح فنجد الأسلوب التحليلي ونحن بصدد تحليل النصوص سواء كانت نصوص قانونية أو نصوص الشريعة لتقريب الفهم الصحيح، كما يجد الأسلوب الوصفي مكانه ونحن بصدد تعريف المفاهيم القانونية والفقهية، كما نجد الأسلوب المقارن ونحن بصدد البحث عن الاختلاف الموجود بين نصوص القانون المدني والنصوص التشريعية، والهدف من تنويع الأسلوب هو تقريب الفهم والإستعاب بأسلوب كفيل بإيصال المعنى .

6 . إشكالية موضوع البحث :

ومن أجل معرفة تصرفات ناقص الأهلية نطرح التساؤلات التالية:

-ما حقيقة الأهلية وماهية أنواعها والعوارض التي تصيب الشخص فتعدم أهليته أو تنقصها

-ماجكم تصرفات الصبي المميز والغير مميز في ضل الشريعة والقانون

-ما المقصود بالنيابة الشرعية وما هي أنواعها

الدراسات السابقة :

لم نجد من الدراسات الأكاديمية سوى رسائل الماجستير آو الدكتوراه من تطرق إلى هذا الموضوع بالتحديد :

عوارض الأهلية المكتسبة لكاظم خليفة

عوارض الأهلية بين الشريعة والقانون :شامل رشيد الشيخلي جامعة بغداد 1972.

تصرفات ناقص الأهلية في الشريعة الإسلامية لجمال فاتح .

الأهلية عند الأصوليين وعوارضها المكتسبة لإبراهيم ابن محمد الكندي.

التكليف في الشريعة الإسلامية للطيفة محمد قاري .

عوارض الأهلية عند الأصوليين لصبري مبارك .

أحكام الوصاية على القاصرين في النظام السعودي لابن عبد الله السويلم العنزي.

حماية أموال القاصر على ضوء التقنين المدني وتقنين الأسرة لقوا دري وسام .

أهلية التكليف عند الأصوليين لنبيل كامل حسن أبو صالح .

النظام القانوني لعوارض الأهلية بين القانون المدني الجزائري وقانون الأسرة لبور بيع نوال وفرجي نجيمة .

نظرية الشخصية في الفقه الإسلامي لخالد بوشمة .

7 . الصعوبات والعوائق :

وكأي بحث علمي متخصص يجد فيه الباحث عقبات وعراقيل لابد من تداركها وهي :

-قلة الرسائل والمقالات العلمية .

-قلة الكتب والمراجع التي تناولت هذا الموضوع وخاصة المراجع المتخصصة .

-بعد المسافة بيننا وبين المشرف وقلة تحديد مواعيد لمناقشة البحث .

-كثرة المسائل الفرعية في كتب الأصول، عند الحنفية .

-لم أجد مراجع كافية في موضوع المحجور وما يتعلق به من أحكام، وان كان بعضهم ألف فيه إلا أني لم أتمكن من الوصول إلى تلك المراجع .

8 . المنهجية المتبعة:

اعتمدنا في كتاب المادة العلمية على التهميش والاقتباس من القرآن الكريم والسنة النبوية وذلك على النحو التالي:

1-التهميش من الكتب بذكر الكاتب والصفحة والطبعة ودار النشر وتاريخ النشر

2-الرجوع إلى القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم وذكر رقم الآية والسورة أمام الآية

3-تخريج الأحاديث من كتب الصحاح وإذا لم نجد فيها نذهب إلى كتب السنة

4-أما بالنسبة للمواد القانونية فنذكر رقم المادة وإلى أي قانون أخذناها منه، وبالنسبة للفهرس فقد احتوى على:

- فهرس الآيات
- فهرس الأحاديث النبوية
- فهرس الموضوعات

فهرس المصادر والمراجع

خطة البحث: وتشمل علي

مقدمة :

الفصل الأول : الإطار العام لمفهوم الأهلية وحكم تصرفاتها

المبحث الأول : المقصود بناقص الأهلية

المبحث الثاني : أقسام الأهلية

المبحث الثالث : عوارض الأهلية

الفصل الثاني : أحكام تصرفات ناقص الأهلية المالية

المبحث الأول : حكم التصرفات المالية للقاصر غير المميز

المبحث الثاني : حكم تصرفات القاصر المميز

المبحث الثالث : النيابة في تصرفات ناقص الأهلية

خاتمة.

الفصل الأول :

الإطار العام لمفهوم الأهلية وحكم تصرفاتها

ويحتوي على مبحثين

المبحث الأول :

المقصود بناقص الأهلية

المبحث الثاني :

أقسام الأهلية وعوارضها

المبحث الثالث :

عوارض الأهلية

تمهيد:

إن تصرفات الشخص في نظر القانون والشريعة ،يجب أن تتصف بصفات تجعله أهلا لقبول الأحكام الشرعية وتحمل المسؤوليات والالتزام بالآثار المترتبة على إعماله ومن هنا:

سنتطرق في هذا الفصل إلى مفهوم الأهلية من خلال تقديم تعريف للأهلية من جانب الفقه والقانون وأقسام الأهلية و سنتكلم على العوارض التي تصيب الأهلية .

المبحث الأول : المقصود بناقص الأهلية

سنتطرق في هذا المبحث إلى تعريف الأهلية من جانب اللغوي والاصطلاحي في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني سنتكلم على أقسام الأهلية ، وفي المطلب الثالث سنتحدث على العوارض التي تصيب الصبي .

المطلب الأول: تعريف ناقص الأهلية :

وفي هذا المطلب سنتطرق الي تعريف تصرفات ناقص الاهلية في الفقه والقانون

الفرع الأول: الأهلية في اللغة

فقد عرفها رجال القانون بان :

الأهلية مؤنث الأهلي، والأهلية لأمر الصلاحية له والاستحقاق والكفاءة[1]ويقول فلان أصل لهذا الأمر، أي انه صالح له وجدير به ، بالإضافة إلى أن الأهلية هي القدرة ، حيث يقال فلان أهل للإكرام ، أي مستحق له،وفلان أهل للقيام بهذا البلد أي من المستوطنين فيه.

الفرع الثاني : تعريف الأهلية اصطلاحا

مصدر لكلمة أهل،وهو أهل لكذا أي مستوجب ومستحق له ومنه قوله تعالى﴿ وَمَا يَذْكُرُونَ إِلَّا أَن يَشَاءَ اللَّهُ ۚ هُوَ أَهْلُ التَّقْوَىٰ وَأَهْلُ الْمَغْفِرَةِ ﴾ لأية 56 سورة المدثر والأهلية للأمر :الصلاحية له ، ويؤيد معنى الصلاحية، قوله تعالى﴿ وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا ۚ وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا ﴾سورة الفتح الاية26 ، فهي تستعمل بمعنى الجدارة والكفاية لأمر من الأمور. أهلية الافتقار التي يتمتع بها عديم الأهلية

فقد عرفها علماء الشريعة منهم البخاري [1]بأنها صلاحية الإنسان لصدور ذالك الشيء عنه، وطلبه منه صلاحيته لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه[2] ، وعرفها الزرقا بأنها صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلا صالحا لخطاب تشريعي[3].

1 الفيروز بادي محمد بن يعقوب، القاموس المحيط الطبعة8،مؤسسة الرسالة 2005ص342

و أنها الصلاحيات التي يمدها الشارع تجعله يمارس حقوقه ،وفي نفس الوقت تترتب عليه التزامات

وأما اصطلاحا من جهة القانون فقد عرفها رجال القانون بأنها صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ، والقيام بالأعمال والتصرفات القانونية التي يترتب عنها كسب هذه الحقوق أو تحمل هذه إلا التزامات[4].

وتعد أحكامها والقواعد المنظمة لها من النظام العام ، إذ ليحق للأشخاص التنازل عن أهليتهم أو تعديلها بل القانون هو الذي يتولى بيان أحكامها وحدودها.وتم تعريفها أيضا بأنها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق ، وتحمل الالتزامات وقدرته على مباشرة الأعمال القانونية بنفسه التي تكسبه حقا ، وتحمله التزاما[5].

وفي هذا الإطار تنص المادة 40من ق،م،ج على {كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية،ولم يحجر عليه ، ويكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وسن الرشد تسعة عشر19كاملة}.

وعليه اعتبر المشرع الجزائري كمال أهلية الشخص الطبيعي ببلوغه سن 19سنة ، وكان بكامل قواه العقلية ، ولم يحجر عليه ومنه تترتب عليه كل الآثار الناتجة عن الأهلية ، أي أن كل شخص طبيعي يصاب في عقله بعارض من العوارض يعدم أو ينقص من إدراكه

أو يقيد تصرفاته القانون يعتبر إما فاقدا للأهلية أو ناقصا لها ، الأمر الذي يترتب آثارا أخرى غير تلك المرتبة على أهلية الشخص الكاملة.

1هوعلاء الدين عبد العزيز احمد،توفي730هـ،فقيه وأصولي حنفي من تصانيفه ،كشف الأسرار شرح الأصول البز دوي القرشي عبد القادر بن محمد بن أبي وفاء :الجواهر المضية في طبقات الحنفية 2مج،كراتشي مير محمد كتب خانهج1ص317كحالة عمر رضا معجم المؤلفين13مج،بيروت دار إحياء التراث العربي ج5ص242 [1]

2 البخاري كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البز دوي 4مج،تحقيق عبد الله محمود ،محمد عمر ،بيروت دار الكتب العلمية 1418مج،ج4ص335

3. مصطفى احمد الزرقا :(ت :1999) المدخل الفقهي العام، مطبعة طربين، دمشق، د. ط. 1387-1968 ج2ص737

[4]محفوظ لعشب ،المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري الطبعة الثالثة ،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر2006ص99

5 البيد محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون مدخل إلى القانون، نظرية الالتزام منشورات الحلبي للحقوق،لبنان2002ص141

المطلب الثاني: الصبي المميز:

فنجد لدى الصبي المميز بعض علامات النضج ، على عكس الغير مميز فلا توجد لديه أية علامات فيكون عديما لأهلية بالكامل ، إما من يملكها يكون متمتعا بها الجنين فله أهلية وجوب ناقصة.

فرع أول :التعريف بالصبي المميز:

يعرفه علماء الشريعة بأنه" هو الذي يعرف أن البيع يسلب ملكية المبيع من البائع ، والشراء يدخل المبيع في ملك المشتري ، بمعنى أن المبيع سالب للملك والشراء جالب له و يعلم الغبن الفاحش من اليسير .

حيث تثبت للصبي المميز أهلية أداء ناقصة ، ففي هذه المرحلة له أهلية الاغتناء ، أي دون تدخل لوليه ووصيه أيضا ، على عكس.

ويعرف الصبي المميز في القانون بأنه الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني ، لان حياة الإنسان تنقسم قانونا إلى مرحلتين فالمرحلة التي يكون فيها قاصرا ، والثانية يكون فيها راشدا إلا انه بوجه عام هو عبارة عن ملكة عقلية لدى الإنسان تنمو بنموه وتمكنه من الوقوف على الأشياء ، ومعرفة منافعها ومضارها في الحياة العلمية ، أو هو القدرة على الفهم والإدراك ، وإذا كانت بأهلية الأداء هي عبارة عن صلاحية الإنسان لصدور الأقوال والأفعال منه على وجه يرتب عليها الشرع وأثارها ، فقد حددت لها أيضا مناطا قانونيا وهو العقل والتمييز.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد المعايير التي بناءا عليها يعتبر الشخص قاصرا مميز أو لا، منها المعيار الاجتماعي وهو مجموع السمات الاجتماعية التي تشكل المستوى الاجتماعي للطفل.

والمعيار الزمني يمتد من الميلاد إلى البلوغ فقد اعتمدت عليه جل التشريعات المدنية لكونه معيار سليم يساهم كثيرا في إعداد ووضع الإطار الصحيح لبرامج رعاية الطفولة عند التخطيط لها، وان المجتمعات هناك من استعجلت به كالشريعة الإسلامية لان مراقبة الأولاد في أيامنا كانت مراقبة شديدة تضمن حياتهم،ومنها من يدرك ما يضر من تصرفاتهم ومنها من رأى في استعجاله ضررا بعد

التغيرات التي طرأت على مجتمعنا ، ووفقا للمعيار الزمني تختلف حياة الإنسان باختلاف مراحل حياته[1].

فتنقسم حياة الإنسان في القانون إلى ثلاث مراحل الأولى من الولادة إلى البلوغ 13سنة ، والثانية من13سنة إلى 19سنة ، أما الثالثة فهي مرحلة البلوغ وهي 19سنة ، فالصبي المميز هو الشخص الذي لا أهلية أداء كاملة عنده[2].

يعتبر الصبي المميز من يفهم البيع والشراء ويعلم البيع سالب للملكية والشراء جالب لها وقد عرفها بعض الفقهاء بأنه الشخص الذي يفهم الخطاب ويرد الجواب ، ولا ينضبط بسن ومن بين الأحكام الشرعية والقانونية التي خصصت له بان لا يطالب بالعبادات كالصلاة والصوم ، ولكن تصح منه لو أداها ويطالب وليه أن يأمره على الطاعة والخير عكس الصبي الغير مميز .

تنقسم التصرفات الإنشائية إلى تصرفات تحتمل الفسخ كالبيع ، وتصرفات لا تحتمل كالطلاق ، وأيضا بالنسبة للقولية هناك الإخبارية التي يقصد بها بيان الواقع كالأخبار بالطلاق ، واعتقاديه التي لا تتضمن إنشاء وأما الفعلية التي تقع على فعل حسي.

وتنقسم الفعلية إلى مالية كالشراء وغير مالية كالعبادات الدينية ، أما القولية تتفرع إلى مشروعة وغير مشروعة ، فالمشروعة كالهبة وغير مشروعة كبيع الخمر، ومثال على المالية المشروعة كالاحتطاب وفيما يخص التصرفات الغير المشروعة المالية كالسرقة.

المطلب الثالث : سن التمييز:

يقصد بسن التمييز حسب التعريفات الخاصة في تجاوز الثالثة عشر دون الوصول الى سن الرشد المدني والذي يتمثل ف19سنة[3].

[1]بوكرزازة احمد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة،2013-2014 ص15,17

2بوكرزازة احمد ،نفس المرجع ص53,55

3محمد الصغير بعلي ،مدخل للعلوم القانونية ،نظرية القانون والحق ،دار العلوم للنشر والتوزيع ،عنابة ،2006،ص151

يعتبر سن التمييز حسب المشرع الجزائري في المادة 42من القانون المدني الجزائري من خلال الفقرة الثانية لها هو 16سنة[1].هذا قبل التعديل،ولقد حدد المشرع الجزائري سن التمييز ببلوغ الشخص ثلاثة عشر سنة ، حيث نصت المادة41الفقرة الثانية بان"يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة "[2].

لم يحدد المالكية وبعض الأحناف والحنابلة للتمييز سنا ، وراو أن التمييز ليس له سن معين يعرف بها ، ولكن تدل عليه أمارات التفتح والنضوج التي تظهر في تصرفاته وأقواله ، فقد يصل الطفل إلى مرحلة التمييز في سن مبكرة متأثرا بالبيئة التي يعيش فيها وهذا طبعا دون إغفال عامل الوراثة والاستعداد الفطري ، وقد يتأخر إلى ما قبل البلوغ وتنتهي هذه المرحلة بالبلوغ فيما يتعلق بالتعبد ، وبالرشد فيما يتعلق بالتصرف.

واختار الشافعية والجمهور كل من الحنفية والحنابلة تحديد سن التمييز، إلا أنهم اضطرت اجتهادهم في هذا التحديد وجلهم على انه سبع سنوات وهذا استئناسا بآثار تشير إلى أن الإنسان يدرك سن التمييز في هذا السن ، منها انه عليه الصلاة والسلام عرض الإسلام على علي رضي الله عنه وسنه سبع سنوات ومنها قوله صلى الله عليه وسلم "مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين،واضربوهم عليها وهم أبناء عشر سنين ، وفرقوا بينهم في المضاجع"[3].

وتحقيق القول في هذا هو: مع التسليم بان التمييز يختلف من شخص إلى آخر ومن بيئة إلى أخرى كما سبقت الإشارة إليه فالتحديد أولى من عدمه ، لأنه أليق لضبط الأحكام الفقهية ، ولكن مع هذا يحتاط في وضع هذا السن ، بحيث يغلب على الظن ، من أن الأطفال لا يصل إليها إلا وقد أدرك التمييز .

وإذا ظهرت أمارات عدم التمييز في الطفل فوق هذا السن الذي سيحدد خلال تصرفاته أو أقواله ، فلا يحكم حينئذ بتمييزه بالسن المحددة بلا شك .

---

1 المادة فقرة2من الأمر 75-58،المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ،تنص على" يعتبر غير المميز من لم يبلغ سن السادسة عشر

2 المادة من الأمر رقم 75,58المتضمن القانون المدني المعدل المتمم

3 رواه أبو داوود في الصلاة باب متى يأمر الولد بالصلاة رقم495،من حديث عمر ابن شعيب عن ابيه عن جده، والترمذي في 1 الصلاة باب من يأمر الولد بالصلاة رقم407،من حديث سبرة بن معبد، وقال حديث حسن صحيح، بلفظ علموا الصبي ولم يرو جزء :وفرقو بينهم في المضاجع

وهذا لا يعني وضع سن واحدة للتمييز في جميع المواضيع على اختلافها وإنما يوضع للملأ موضوع سن تمييز يليق به على حسب خطورة الآثار المترتبة عليه ، وعلى حسب ظهور وخفاء المنافع والمضار المترتبة عليه ، وقد تفطن الفقهاء إلى هذا الأمر الجلل ، فوجدناهم لا يقيدون بالسن التي وضعوها في موضوع الحضانة وصحة الصلاة في بعض المواضع الحساسة والجليلة ، كالتعزيزات التأديبية والردة والوصية والطلاق والخلع...الخ فيرفعون سن التمييز الملائم لتلك المواضع إلى سن التاسعة والعاشرة...الخ.

لكن قانونا ناقص الأهلية لأنه سنه متأخر بالنسبة إلى العصر الحالي الذي انتشر فيه التعليم الإلزامي ، وكثرت وسائل التربية والترفيه والإذاعة المسموعة ، وأصبحت الأمهات متعلمات تهتم بأولادهن منذ الطفولة ، كما أن الجانب الجزائي من يخضع من بلغ سن التمييز إلى عقوبة جزائية ولكنها تعتبر مخففة.

فيختلف سن التمييز في القانون الجزائري عن القوانين الأخرى ، مثلا في القانون اللبناني من السابعة إلى بلوغه سن الرشد وهو الواحد وعشرين والقانون المصري كذالك[1].

المبحث الثاني :أقسام الأهلية وعوارضها

تتعلق أهلية الشخص بمدى صلاحيته لصدور ذالك التصرف عنه ومطالبته به ، وتنقسم الأهلية بمعناها العام إلى قسمين هما أهلية الأداء وأهلية الوجوب ، وسنوجه اهتماما بشيء من التفصيل ، في الفقرات التالية لدراسة أهلية الأداء في المطلب الأول ، وأهلية الوجوب في المطلب الثاني

المطلب الأول :أهلية الأداء وأقسامها

وفي هذا المطلب سنتطرق إلي مفهوم أهلية الأداء وأقسامها في الفقه الإسلامي والقانون

الفرع الأول :مفهوم أهلية الأداء سنتعرض في هذا الفرع إلى تعريف أهلية الأداء

[1] جلال علي العدوي، أصول الالتزامات ،مصادر الالتزام ،منشاة المعارف للنشر ،الإسكندرية ،1997ص155

تعتبر أهلية الأداء" بأنها صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية لحساب نفسه ، وهي لا تثبت لكل شخص ، حيث أن مناطها التمييز والإدراك ، فصلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية ترتبط بمدى تمييزه وإدراكه"[1].

عرفها الزرقا "بأنها صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل "ثم شرح تعريفه بقوله :أن الأفعال الحسية ذات الآثار الاعتبارية ، سواء كانت عبادات دينية كالصلاة والصيام آو كانت تصرفات مدنية كالعقود ، لا يمكن إسباغ هذا الاعتبار عليها من الشارع ما لم يكن لدى فاعلها من التعقل والإدراك نصيب يكون به قادرا على أن يفهم نتائجها إجمالا أي أن يتوفر لديه أدنى حد كاف من الفهم لتكون ممارسته لها عن قصد صحيح معتبر[2].

إضافة إلى هذا تعد أهلية الأداء قدرة الشخص على القيام بالأعمال التي يترتب عليها كسب الحقوق وتحمل الالتزامات ، أي قدرة الشخص على استعمال حقوقه وتنفيذ الالتزامات بنفسه،فهو يستطيع إبرام التصرفات القانونية بوجه عام .

ومنه يتمتع ناقص الأهلية بأهلية وجوب ويصلح لاكتساب الملكية من عقد البيع الذي يكون فيه طرف ، ويقع عليه الالتزام بالنفقة على زوجته وأولاده ، إلا انه لا يستطيع أن يباشر ذالك إلا من خلال من ينوب عنه لفقدانه لأهلية الأداء.[3]

عرف الإمام القرافي أهلية الأداء التي يسميها هو" بأهلية التصرف" بقوله هي:" قبول يقدره صاحب الشرع في المحل "[4].

وقال:" وهذا القبول الذي هو التصرف لا يشترط فيه عندنا الإباحة ، فان الفضولي عندنا له أهلية التصرف ، وتصرفه حرام،وللمالك عندنا إمضاء ذالك التصرف من غير تجديد عقد أخر ينفذ ذالك

منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان 2محمد حسن قاسم ،المدخل لدراسة القانون ،القاعدة القانونية ،نظرية الحق ،ج2

1،د،س،ن،ص267.

2 مصطفى احمد الزرقا ،المرجع السابق ج2ص742.

2محمد حسن المنصور ، نظرية الحق، ماهية الحق، الاشياء محل الحق الشخص الطبيعي، الشخص المعنوي، منشاة المعارف بالاسكندرية 1948 ص245- 364

4 القرافي هو احمد ابن ادريس بن عبد الرحمان المصري المالكي ت 684هـ ، الفروق، دار العرب ،بيروت، ،1994،ج3ص227

التصرف ، فدل ذالك على أن العقد المتقدم قابل للاعتبار، وإنما تعلق به حق ادمي كتصرف العبد من غير إذن سيده".

والملاحظ أن تعريف الإمام القرافي هذا له صلة بالإرادة لا بصلاحية الإنسان لان يصدر منه التصرف .

وأما الأصوليين الأحناف فيعرفونها بقولهم هي :"صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعا "[1].

إلا أن الملحوظ أن هذا التعريف يقتصر على الأفعال دون الأقوال.

وأهلية الأداء ترادف المسؤولية فالصلاة والصيام التي يؤديها الإنسان تسقط عنه الواجب ، والجناية على مال غيره توجب عليه المسؤولية.

والأثر الذي يترتب على الفعل أو القول في أهلية الأداء يشمل جميع أنواع الآثار بحسب نوع القول أو الفعل ، فالأثر في الأقوال قد يكون الصحة وذالك في البيوع وغيرها ، وقد يكون الأثر بالقبول وذالك في الإقرار والشهادة ...الخ.

والأثر في الأفعال قد يكون كذالك الصحة وذالك في العبادات ، وقد يكون الأثر الاستحقاق وذالك في الجرائم.

الفرع الثاني: أقسام أهلية الأداء

تنقسم أهلية الأداء إلى قسمين هما :أهلية الأداء الكاملة ، وأهلية الأداء الناقصة والكمال والنقص هنا متعلق بكمال ونقص ترتب الآثار على الأقوال والأفعال ، وفيما يلي التفصيل في كل قسم منهما على انفراد كما يلي:

أولا:أهلية الأداء الكاملة :

4هو سعد الدين ابن عمر التفتزاني ،شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح، مصر، 1377،ج2ص322-321

ومعنى كونها كاملة ، أي يكون صاحبها صالحا لان تصدر منه جميع الأقوال والأفعال ، وترتب عليه أثارها الشرعية تلقائيا ، من غير أن يتوقف ذالك على راي غير قائلها أو فاعلها، كارتباط الأسباب بأسبابها وضعا .

وهي التي تثبت بقدرة كاملة ، أي قدرة فهم الخطاب بالعقل،وقدرة العمل بالبدن ، أي هي عبارة عن بلوغ القدرتين أولى درجات الكمال[1].

أوهي الصلاحية لمباشرة التصرفات على وجه يعتد به شرعا، دون توقف على رأي غيره[2].

معناه مباشرة التصرفات بحرية تامة على وجه لا يخالف الشرع دون وجود من هو المسؤول عنه.

وقد أطلق عليها الفقهاء الاعتدال لأنها المرحلة التي يعتد بها عقل المكلف وقدرة بدنه فيتيسر عليه الفهم والعمل، وجعل علامتها البلوغ بدليل حديث [3]"رفع القلم عن ثلاث :عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق"[4].

ويشترط في أهلية الأداء بان تكون كاملة بان يكون الفاعل أو القائل بالغا راشدا أي كامل العقل والتمييز، وذالك كالتبرعات المالية من هبة وصدقة ومنحة وكفالة أو الإقرار بها ونحوها ، وهذا لأنها ضرر محض في حق الفاعل أو القائل ، فلابد لترتب أثارها أن يكون متمتعا بكامل أهليته ، متحملا لأثارها مهما كانت .

ثانيا :أهلية الأداء الناقصة :

هي عبارة عن وجود قدرتي العقل والجسم قبل بلوغهما أو بلوغ إحداهما درجة الكمال ، لان الإنسان يوجد فيه قدرتان تنموان تدريجيا إلى أن تبلغ كل واحدة منهما درجة الكمال ، فقبل بلوغ درجة الكمال كانت كل واحدة منهما قاصرة كما يكون للصبي المميز قبل البلوغ ، وقد تكون إحداهما قاصرة كما

1هو عبد الله المحبوبي، التوضيح في حل غوامض التنقيح ، دار الكتب العلمية ، د. ط. 1416، ج2ص 342البخاري كشف الأسرار ج4ص350

2وهبة مصطفى الزحيلي توفي 1919م، الفقه الإسلامي وأدلته، ط3دمشق، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع،1997ج9ص125

3البخاري المرجع السابق ج4ص351.

4رواه أبو داوود والنسائي وابن ماجه ،وصححه الألباني.

في المعتوه بعد البلوغ ، فانه قاصر العقل مثل الصبي وان كان قوي البدن ولهذا أ لحق بالصبي في الأحكام[1].

وبعبارة أخرى :هي صلاحية الشخص لصدور بعض التصرفات منه دون بعضها الأخر،

وهي التي يتوقف نفاذها على رأي غيره

وأما سن اعتبارها فهو سبع سنين عملا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم" مروا أبناءكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع "[2].

إن أمر النبي صلى الله عليه وسلم الأولياء بتعليم الصبي بالصلاة وأمرهم بالضرب إنما هو أمر إرشاد وتأديب وليس للوجوب ، إن الصبي مرفوع عنه القلم ، فلا يكلف بالأوامر والنواهي ، وإنما عين السنة السابعة لأنها سن التمييز، وان الحضانة تسقط عند انتهاء الصبي إلى سبع سنين ، وسن العاشرة هو السن الذي يحتمل فيه الضرب ، فلما حدد النبي صلى الله عليه وسلم السنين السبع لتعليم الصبي الصلاة ، علم انه الحد الذي يكون للإنسان به قدرة التمييز، فلو لم يكن أول تمييزه قدرته على تعلم الصلاة لما كان لتحديد النبي صلى الله عليه وسلم سن السنين السبع اي معنى والله اعلم.

وينبني على الأهلية القاصرة صحة الأداء ، فتصح منه العبادات الدينية كالصلاة والصيام والحج ، وكذالك التصرفات المدنية كإنشاء العقود كما يرى بعض الفقهاء[3].

وأما كونها قاصرة أي يكون صاحبها صالحا لان تصدر منه الأقوال أو الأفعال ، ولكن لا ترتب عليها أثارها تلقائيا ، وإنما يتوقف ذالك على الغير، والقاصرة عبارة عن قدرة العقل على التمييز قبل بلوغه درجة الكمال.

1عبد الله المحبوبي مرجع سابق ج2ص342

4 السنن أبي داود، كتاب الصلاة ،باب متى يأمر الولد بالصلاة ج1ص133ج494,495الترمذي ،ابو عيسى محمد بن عيسى 1 السلمي ت279ه :الجامع الصحيح سنن الترمذي ،5مج،تحقيق احمد محمد شاكر وآخرون الأحاديث مذيلة بأحكام الألباني عليها ببيوت :كتاب أبواب الصلاة ،باب ما جاء متى يؤمر الصبي بالصلاة ج2ص259,260ح407قال الترمذي :حديث حسن صحيح ،مستدرك الحاكم ،باب التامين ج1ص389ح948قال الحاكم :صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ،وصححه الألباني ،انظر :أرواء الغليل ج1ص266ح247.

3البخاري ،المرجع السابق ج4ص350 ،351، 368

فيعتبر ناقص التمييز إذا كانت لديه أهلية أداء ناقصة وإذا كان عديم التمييز كان عديم أهلية الأداء ، وإذا كان كامل الأهلية كان كامل التمييز فالتمييز هي مسالة نسبية تختلف من مجتمع لأخر بحسب اختلاف الظروف ، ولذالك يصعب التحقق منها بدقة[1].

لاستثبت أهلية الأداء لكل الناس بطريقة متساوية بسبب تفاوت الإدراك والتمييز لديهم ، وأهلية الأداء تتراوح عند الأشخاص على أساس التمييز والإدراك ، فالقاعدة هي الرابط بين الأهلية والتمييز.

ويجب عند التعاقد أن تتوفر في المتعاقدين أهلية الوجوب ، وكذالك لابد من توفر أهلية الأداء، وهذه الأخيرة لا يشترط اكتمالها ، فيكفي أن يكون المتعاقد لنفسه أو لغيره أهلا لمباشرة العقد ، وذالك بتوفر التمييز فحسب ، فمثلا فيما يخص عقد الزواج فلا يمكن أن ينعقد الزواج بإرادة فاقد أهلية الأداء كالصبي غير المميز آو المجنون ، وإذا أقدم على ذالك فاقد الأهلية كان الزواج باطلا ، لعدم توفر الإرادة والقصد المعبر عنه شرعا ، وبطلان الزواج هذا أساسه فقدان أهلية التعاقد ، وليس عدم صلاحية الصغير أو المجنون للزواج ، فزواجهما صحيح إذا باشر العقد نائب شرعي لهما[2].

المطلب الثاني :أهلية الوجوب

الفرع الأول :مفهوم أهلية الوجوب

هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه [3] ،أو هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام[4]

والمراد بالإلزام ثبوت الحقوق له ، وذالك كاستحقاق قيمة المتلفات من أمواله على من يتلفها، وكانتقال الملكية له فيما يشتريه أو ما يقترضه ، وكوجوب نفقته على غيره إن كان هو فقيرا عاجزا ، أما المراد

1 محمد سعيد جعفور ،مدخل إلى العلوم القانونية ج2، ط 1، دار وهمة، الجزائر،ص514

1 محمد كمال الدين إمام ،الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية ،ط1 المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،بيروت 1996،ص72

2 التفتازاني، مرجع سابق ،ص.219

3 مصطفي احمد الزرقا ، مرجع سابق ،ص121.

بالالتزام فهو ثبوت الحقوق عليه ، كالتزامه بأداء ثمن المبيع وبدل القرض من ماله ، وكالتزامه بنفقة من تجب عليه نفقتهم من أقاربه الفقراء إن كان هو غنيا.

وتثبت لكل إنسان في أي طور أو صفة وحتى الجنين والمجنون يعتبر متمتعا بأهلية الوجوب هذه ، ولكنها قد تكون كاملة أو ناقصة[1].

ومن خلال التعريف يتضح إن أهلية الوجوب تأتي على صورتين ايجابية وسلبية

أما الإيجابية فهي صلاحية كسب الحقوق ، كأهلية الجنين في بطن أمه لان تكون له بعض الحقوق ، وهي أهلية ناقصة ، إما السلبية فهي صلاحية تحمل الواجبات أو الالتزامات[2].

لقد عرف علماء الأصول أهلية الوجوب بقولهم "صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه"[3].اي صلاحية الإنسان للقيام بالحقوق وتحمل الالتزامات .

ولم يخرج تعريف بعض المعاصرين على هذا المعنى ، ولقد سمي الأصوليين أهلية الوجوب بهذه التسمية ، لان الشخص ينظر إليه من خلالها من جهة كونه صالحا لان يلزم غيره بأداء الحقوق التي تجب له عليهم،كوجوب ثبوت نسبه من أبيه ...الخ.

ومن جهة كونه صالحا لان يلتزم بأداء الحقوق التي تجب عليه كوجوب الضمان عليه في ماله إن اتلف مال غيره.

ومن خلال مسابق ذكره يتضح لنا إن أهلية الوجوب لها عنصرانهما[4]:

أولا: العنصر الايجابي: وهو الذي يأهل الشخص لان يلزم غيره بأداء واجبات له ، ومن هذا جعلته ايجابيا ، لان يوجب على غيره ما يثبت له من حقوق ، فهو الطرف المنتفع في هذه العلاقة ، ولا

---

1 مصطفي احمد الزرقا المرجع السابق ج2ص740.

2وهبة الزحيلي ،الفقه الإسلامي وأدلته،مرجع سابق ،ص121.

3التفتازاني ،المرجع السابق، ص.321

2اطلق الدكتور ازرقا على هذين العنصرين مصطلحي التأهيل للدائنة والتأهيل للمديونية ،د مصطفى زرقا ،مدخل الفقهي العام مرجع سابق ص741

يستلزم هذا العنصر الايجابي العنصر السلبي للأهلية في جميع الحالات ومثاله الجنين في رحم أمه ، فهو يثبت له من غيره حقوق كالنسب ، ولا يثبت عليه شيء.

ثانيا : العنصر السلبي

وهو الذي يأهل الشخص لان يلتزم بأداء واجبات عليه ، ومن هذا جعلته سلبيا ، لان يوجب عليه ما يثبت لغيره من حقوق ، فكأنما سلبنا منه تلك الواجبات ، ثم سلمناها لغيره ، فغيره إذن هو المنتفع في هذه العلاقة .

الفرع الثاني :أنواع أهلية الوجوب

تتفرع أهلية الوجوب إلى ثلاثة أنواع ، أهلية وجوب كاملة ، وأهلية وجوب مقيدة ، وأهلية وجوب ناقصة.

أولا:أهلية الوجوب الكاملة

والتي يكون صاحبها أهلا لثبوت الحق له وعليه ، على حد سواء ، ويكون له التزامات مالية في ذمته ، وله الحق في الهبة والوصية والإرث ، فهو يتمتع بأهلية وجوب كاملة لأنه تتوفر فيه الصفة الإنسانية ، وكيان مستقل ووجود إنساني ، ويعاقب في حالة ارتكابه جريمة ، أو إضراره بمال الغير لأنه يتمتع بالإرادة ، فالمجنون والصغير غير المميز ، إذا صادف وان اتلف مال الغير أو وقعت منه جناية لا يتم معاقبتهما شخصيا ، لأنهما ليس أهلا للعقوبة [1]بل يتحمل المسؤولية من هم تحت وصايته أو ولايته.

هذا من جهة أما من جهة أخرى فمعنى كونها كاملة أي يكون صاحبه صالحا لان تجب له كل الحقوق و الإلزام من جهة ، وتجب عليه كل الواجبات والالتزامات من جهة أخرى ، أي يستجمع عنصري أهلية الوجوب الايجابي والسلبي معا ، وهذان العنصران لأهلية الوجوب ،كما يمكن تصور تعلق كل منهما في التصرفات المدنية يمكن تصورهما في التصرفات الدينية ، ومثال ذالك في الجانب السلبي :العبادات من صلاة وزكاة ، إذ هي حقوق على الشخص تثبت لله تعالى ، ومثاله

1نبيل صقر ،قانون الأسرة نصا وفقها وتطبقا ،دار الهدى، الجزائر،د،س،ن،ص283.

في الجانب الايجابي :تكفينه وتغسيله والصلاة عليه ، إذ هي حقوق لم تثبت على غيره من المسلمين الأحياء.

ثانيا :أهلية الوجوب المقيدة

نجد في الأصل إن هذه الأهلية كاملة غير أن المشرع يتدخل بالنسبة لحقوق معينة ، حيث يتطلب لاكتساب بعض الحقوق شروط خاصة ، فتوجد حالات معينة ، تكون للشخص أهلية وجوب مقيدة في اكتساب بعض الأموال مثل ذالك ما نصت عليه المادة 402ق،م،ج،[1] التي قامت بمنع القضاة والمحاميين كتاب الضبط والموثقين من شراء الحقوق المتنازع فيها ، إذا كان النزاع يدخل في ضمن اختصاص المحكمة التي يباشرون في دائرتها عملهم ، فإذا تم البيع في هذه الحالة كان باطلا بطلانا مطلقا.

فأهلية الوجوب لهؤلاء الأشخاص المذكورين في هذه المادة أهلية مقيدة ، بالنسبة للتصرفات المنصوص عليها في هذه المادة فقط،إما بالنسبة للتصرفات القانونية الأخرى فلهم أهلية وجوب كاملة[2].

ثالثا :أهلية الوجوب الناقصة :

أهلية الوجوب الناقصة تأهل صاحبها لثبوت الحق له ، وليس أهلا لثبوت الحق عليه ، فالجنين منذ وجوده في بطن أمه حتى ولادته يكون أهلا ليتحصل على بعض الحقوق كالإرث والوصية والوقف عليه ، ويكون له الحق في الحصول على نسبه من أبيه ، ولا يكون أهلا لثبوت الحق عليه .

وبما انه مازال جنينا فانه تتوفر فيه صفتين وهما الاستقلالية والتبعية ، فالاستقلالية لأنه يعتبر نفس حية لها كيانها ومقوماتها الإنسانية ، أما التبعية فلأنه مازال مرتبط .

2تنص المادة 402من الأمر رقم 75,58المتضمن القانون المدني الجزائري على ما يلي "لا يجوز للقضاة ،ولا للمدافعين القضائيين ،ولا المحاميين ولا للموثقين ،ولا لكاتب الضبط ان يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا"

1محمدي فريدة زواوي ،المدخل للعلوم القانونية ،نظرية الحق ،المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ،الجزائر ،1998ص75.

ومن جهة أخرى فكونه ناقصة إي يكون صاحبها صالحا لعنصر من عنصري أهلية الوجوب ،سواء الايجابي أو السلبي، أو يكون أهلا لبعض الحقوق أو لبعض الواجبات في العنصر الواحد منهما .

المطلب الثالث :أوجه التشابه والاختلاف بين أهلية الأداء وأهلية الوجوب :

من خلال ما تقدم فان الأهلية بنوعيها تتشابهان في إن الإنسان محور البحث فيهما وتلتقيان في بعض المراحل والأطوار المرافقة لحياة الإنسان ، كما أنهما تثبتان للإنسان المميز وتمتدان الى نهاية حياته بالموت .

وإما أوجه الاختلاف بينهما فهي في ثلاثة أمور هي: المدة الزمنية ، والمناط ، والآثار المترتبة على كل منهما .

فأهلية الوجوب أطول زمنا وملازمة للإنسان من أهلية الأداء ، وأما المناط فان أهلية الوجوب مناطها الصفة الإنسانية ، أي منذ اللحظات الأولى للإنسان وهو في بطن أمه .

وتمتد إلى الموت ، وأما أهلية الأداء فمناط العقل ، فأنى وجد وجدت واني فقد فقدت ، وبالتالي فانه يعتريها العدم ، وإما أهلية الوجوب فلا تنعدم مادام الإنسان حيا.

وأما الآثار المترتبة على كل منهما فأهلية الوجوب أساس لثبوت الحقوق للأشخاص وعليهم ، أما أهلية الأداء فهي أساس لممارسة الأفعال على وجه يعتد به شرعا وتحمل المسؤوليات والنتائج[1].

المبحث الثالث :عوارض الأهلية

تناولت تعريف عوارض الأهلية في هذا المطلب ببيان حقيقتها في أصل الوضع اللغوي ثم حددت معناها الاصطلاحي.

ومن هنا سنبدأ بتعريف عوارض الأهلية من جانب اللغوي والاصطلاحي فيما يأتي :

المطلب الأول : تعريف عوارض الأهلية

سنتطرق إلى تعريف هذه العوارض لغة واصطلاحا ثم نبين ما هذه العوارض.

1 احمد محمد الزرقا المدخل الفقهي العام ج2ص742.

الفرع الأول :عوارض الأهلية في اللغة :

العوارض في اللغة : جمع عارضة ، أي خصلة أو آفة أو عارضة ، من عرض له كذا ، إذا ظهر له أمر يصده عن المضي على ما كان فيه ، ومنه سميت المعارضة معارضة لان كل واحد من الدليلين يقابل الأخر على وجه يمنعه عن إثبات الحكم ، ومنه النوق العارضة ، وهي التي تذبح لشيء يعتريها ، ويسمى السحاب عارضا لمنعه اثر الشمس وشعاعها .

ومنه قوله تعالى﴿ فَلَمَّا رَأَوْهُ عَارِضًا مُّسْتَقْبِلَ أَوْدِيَتِهِمْ قَالُوا هَٰذَا عَارِضٌ مُّمْطِرُنَا ۚ بَلْ هُوَ مَا اسْتَعْجَلْتُم بِهِ ۖ رِيحٌ فِيهَا عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ سورة الاحقاف الأية 24 والعارض أيضا ماسد الأفق من الجراد والنحل[1].

الفرع الثاني : عوارض الأهلية في الاصطلاح:

من خلال هذا الكلام حول عوارض الأهلية ، يمكن إن نستنتج تعريفا لها فنقول هي :"حالات تطرأ على الشخص بعد كمال أهليته ، فتأثر فيها بزوالها أو نقصانها".

يظهر كون هذه الحالات عوارض في أمرين هما:

الأول: إنها تطرأ على الإنسان، إي إنها ليست من الصفات الذاتية للإنسان ، كما يقال:البياض من عوارض الثلج وهي كذالك ، لان الجنون والعته والسفه وغيرها من العوارض صفات غير ذاتية للإنسان .

الثاني: أنها تطرا على الإنسان ، أي من الطيران ، وهو الحدوث بعد العدم ، وهي كذالك ، لان الأصل في الإنسان العقل والتمييز وبراءة الذمة ...الخ،ومثل العوارض السابقة وغيرها تحدث بعد ان كانت معدومة في الإنسان.

2ابن فارس ،معجم مقاييس اللغة ط1،بيروت لبنان ،دار الجيل، سنة1988ج 4ص 269،ابن منظور ،لسان العرب ،ج9ص137

حيث يمكن أن يطرأ على الشخص احد عوارض الأهلية فيصبح عديم الأهلية ، أو قد يطرأ عليه عارض يخل بحكمه على الأمور فيعتبر في حكم ناقص الأهلية .

ونجد عوارض الأهلية نوعين عوارض معدمة للأهلية وعوارض منقصة لها ، وكلا النوعين يؤثران في أهلية الأداء دون أهلية الوجوب.

المطلب الثاني : العوارض المنقصة للأهلية

تصيب هذه العوارض الشخص فتنقص من إدراكه وتميزه وتكون تصرفاته دائرة بين النفع والضرر وبين الربح والخسارة ، وهي السفه والغفلة ولا تصيب العقل بل تصيب الإنسان في ملكاته النفسية اي في سلامة تدبيره وحسن تقديره للأمور، ولا يترتب عليها سوى نقص الأهلية .

الفرع الأول : السفه

وسنتطرق إلى تعريف السفه لغة واصطلاحا

أولا : تعريف السفه لغة

أصل السفه في اللغة الحركة والطيش والجهل ، وخفة الحلم وقيل نقيض الحلم واصله الخفة والحركة ، ويقال ثوب سفيه أي رديء النسج ، ويقال تسفهت الريح.

إذا مالت، وناقت سفيهة الزمام ، إذا كانت خفيفة السير ، والسفيه الخفيف العقل،الضعيف الأحمق ، والأنثى سفيهة ، جمع سفهاء وسفاه[1].وفي قوله عزوجل:" وَلاَ تُؤْتُواْ السُّفَهَاء أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللّهُ لَكُمْ قِيَاماً وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلاً مَّعْرُوفاً "(5) سورة النساء.

ثانيا: تعريف السفه اصطلاحا

1ابن منظور محمد ابن مكرم ،لسان العرب ،دار المعارف ،2008ص2032

يعتبر السفه تبذير المال فيما لا يتصوره العقلاء غرضا صحيحا فهو خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل على خلاف مقتضى العقل والشرع ويستدل على السفيه من كيفية إنفاق المال ، على ضوء التجارب الاجتماعية التي يتعرض الناس إليها في حياتهم[1].

ويعرف السفه بأنه سرعة تعتري الإنسان لا يستطيع ان يميز بين الخطأ والصواب ، فتجدر الإشارة أن القاضي يعتمد على مبررات خاصة للحكم على الشخص بالسفه .

فليس مجرد التبذير، فيجب عن معايير نفسية وموضوعية لدى الشخص للحكم عليه بالسفه.

السفيه عند الفقهاء :"هو الذي يصرف ماله في غير موضعه ، خلافا لما يقتضيه الشرع والعقل، ويبذر في مصروفاته ، ويضيع أمواله ، ويتلفها بالإسراف "[2].

وللفقهاء تفصيل في حقيقة السفه بما يلي :

1:فرقوا بين حقيقتي التبذير والإسراف ، وقالوا بان التبذير هو صرف الشيء في غير محله اللائق ، إما الإسراف فهو صرف الشيء في محله اللائق زيادة عن اللازم ، أي أن التبذير هو تجاوز موضع الحق وجهل بمواضع ومواقع الحقوق ، أما الإسراف فهو تجاوز في الكمية وجهل في مقادير الحقوق ، وكلا الأمرين يدل على السفه ، وبأيهما اتصف الشخص عد سفيها[3] .

2 :حددوا التبذير والإسراف اللذين ينشان عن السفه ويكونان في أمور الشر، ومثلوا له بان من يعطي ماله للعازفين من غير تقدير ، أو يجمع في بيته أهل الشرب والفسق فيطعمهم ويسقيهم أو يسرف في الإنفاق عليهم ، أومن يفتح باب الجوائز والصلات او يشتري الطيور الطائرة بأثمان باهظة[4].

1محمد حسن، منصور ص 376

2علي حيدر ، علي حيدر ،توفي سنة1353هـ ، درر الاحكام في شرح مجلة الاحكام ، دار عالم الكتاب، د. ب. ن. ط1سنة1423-2003،ج2ص658

3علي ح علي حيدر ، مرجع سابق ،ص659

4علي حيدر ،درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ،مرجع سابق658

3: بينوا بأنه ليس كل إنفاق على المعاصي يعد سفها بالمعنى المبين وكشرب الخمر والزنا، وضابط التفريق بين هذا والذي سبقه ، أن الأول خرج عن الحد المعتاد عند ذوي الحجى من الفسقة ، إذ فيه إسراف في الإنفاق في أمور الشر ، أما هنا فغاية المنفق أن يلبي رغباته وشهواته من غير إسراف ، وإنا نشاهد المتهتك في المعاصي حافظا لماله[1].

4:يعد سفيها من أسرف في نفقته ، وهو الذي لا يكون له غرض في تصرفاته ، أو كان له غرض ، لا انه تصرف به بصورة جعلته لا يعد غرضا ، كصرفه لماله في معاملة من بيع او شراء بغبن فاحش خارج عن العادة بلا مصلحة تترتب عليه ، بان يكون شانه ذالك من غير مبالاة ، أو صرفه في شهوات نفسانية على خلاف عادة مثله في مأكله ومشربه وملبوسه ومركوبه ونحو ذالك[2].

5:عدوا من السفه إتلاف المال هدرا ، كان يطرحه صاحبه على الأرض أو يرميه في بحر أو مرحاض أو نحو ذالك.

6 :عد الأحناف من السفه الإسراف في الأمور الخيرية أيضا ، كبناء المساجد او صرف جميع أمواله على الأمور الخيرية ، مع عدم اقتداره متبعا الهوى[3].

نستنتج من أن السفه حالة تصيب الشخص تدفع به إلى الإسراف في تسيير أمواله دون تطبيق ومنطق حيث يكون فاحشا في التبذير لغرض لا يعده العقل ، وكما ذكرنا سابقا يتمثل في تبذير المال وإتلافه فهو لا يضل بمناط أهلية الأداء لدى السفيه ، وهو العقل بل يمس تدبيره لذا يمنع من التصرف في ماله صيانة له وخشية عليه من الضياع في إنفاقه بغير وجه صحيح .

ولذا نستنتج بان هناك ضابطان للسفه الأول هو العقل فلا يقصد منه نقصه لان هذا يلحق بالمجنون والمعتوه ، وإنما هو إنفاق المال على خلاف ما يقضيه هذا العقل .

أما الضابط الثاني وهو الشرع أي ديننا الحنيف حيث أشياء كثيرة كشرب الخمر واكل لحم الخنزير وارتكاب الفحشاء ، وينبغي حتى إذا كان التصرف في ذاته مشروعا ، فان الإسراف فيه يعد سفها

1علي حيدر المرجع السابق،ص659

2علي حيدر المرجع السابق،ص659

3علي حيدر ،درر الحكام في شرح مجلة الاحكام ،مرجع سابق،2,658

وذالك كالإسراف في التبرعات[1].

نجد أن هناك تناقض في إنفاق المال في الطاعات إذا كان أسرفا أو تبذيرا ، إذا كان الاتفاق بين الفقهاء على أن إنفاق المال في المعاصي كشرب الخمر يعد إسرافا وتبذيرا ، فقد اختلفوا على خلاف ذالك إذا كان في الطاعات ووجوه الخير كبناء المساجد والمستشفيات ، فذهب جمهور المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن صرف لمال في الطاعات لا يعد أسرفا وتبذيرا ، فقيد الشافعية ذالك بما إذا كان بعد الرشد فهو مبذر لماله في الطاعات ، فذهب رأي آخر أحناف وبعض المالكية وبعض الشافعية أن إنفاق المال فيها يعد صرفا ، واختلفوا أيضا في إنفاق المال في المباحات فالموقف الأول ذهب إلى أن صرف المال في المباحات لا يعد سرفا وتبذيرا وهو الأصح عند الشافعية والحنابلة ، أما الموقف الثاني بالنسبة للحنفية والمالكية الذي يعد سرفا وتبذيرا[2].

تتجسد أهلية السفيه بأنه عاقل ، حيث يعمل باختياره وإرادته إلا انه لا يعمل وفق مقتضى العقل وتثبت له بنوعيها ، لكن غير رشيد فجعله المشرع حسب المادة 43من القانون المدني السالفة ناقصا لها.

الفرع الثاني : ذي الغفلة

أولا: تعريف الغفلة في اللغة

مأخوذ من مادة غفل ، يقال غفل عنه غفلا وغفلة ، تركه وسها عنه ، والغفل الذي لا فطنة له ، ورجل غفل هو الذي لم يجرب الأمور، والغفول من الإبل البلهاء[3].

ويقال غفلة عن الشيء غفلة وغفولا ، إذا تركته ساهيا ، ورجل غفل :لم يجرب الأمور، والمغفل: الذي لا فطنة له ، وأغفلت الرجل ، أي سميته غافلا[1].

1كمال حمدي ،الولاية على المال ،الأحكام الموضوعية ،الاختصاص والإجراءات ،ص195,196

2 سيف رجب قزامل ،النيابة عن الغير في التصرفات المالية ،دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ،دار الفكر الجامعي ،الاسكندرية ،2009ص،172,173

3ابن منظور محمد بن مكرم ،،مرجع سابق،ص3277.

ثانيا : والغفلة في الاصطلاح

ويعرفها الفقهاء ذا الغفلة بأنه "هو ليس بمفسد ، ولا يقصده ولكنه لا يهتدي الى التصرفات الرابحة ، فيغبن في البياعات،لسلامة قلبه"[2]

وتتمثل ذي الغفلة في الشخص الناقص المعرفة الصحيحة ، وإذا كان السيئ صالح أم لا وكذالك في التمييز بالنسبة للأشياء مما يؤدي الى سهولة الانخداع من طرف أشخاص آخرين[3].

وهو الإنسان الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرابحة في معاملاته مع الناس ، لسلامة قلبه وظنه الحسن بهم ، وتعتبر الغفلة أيضا عدم القدرة على الاهتداء إلى التصرفات الرابحة بسبب بساطة العقل وسلامة القلب.

ثالث: الفرق بين السفه والغفلة

يتبين أن السفه والغفلة بوجه عام يشتركان في معنى واحد وهو ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس إلا أن الصفة المميزة للسفيه هي أنها تعتري الإنسان فتحمله على تبذير المال وإنفاقه على خلاف مقتضى العقل .

أما الغفلة فإنها تعتبر صورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية تدل على حسن الإدراك والتقدير[4].

1ابن فارس ،مرجع سابق،ص386.

1 هو محمد امين ابن عمر المشهور باابن عابدين،رد المحتار على الرد المختار،في شرح تنوير الابصار المعروف،بحاشية ابن عابدين دار الفكر، ،بيروت لبنان، ط2، سنة1386هـ ج6ص658.

3 جلال علي العدوي، اصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشاة المعارف للنشر، الاسكندرية، 1997 ص197.

4محمد سعيد جعفور ،مرجع سابق، ص24.

فالغفلة هي إتلاف المال عن غير قصد أي بسبب طيبة قلبه ، بينما السفه فهو إتلاف المال عن قصد .

الفرع الثالث : الحجر

أولا :تعريف الحجر في اللغة

هو المنع المطلق ، أما شرعا المنع من نفاذ العقود والتصرفات القولية ، أي من باشر عقد أو تصرف فوليا لا ينفذ ما بشره من ذالك[1].

قال الله – تعالى :- ﴿ **وَيَقُولُونَ حِجْرًا مَحْجُورًا** ﴾ **]الفرقان: 22]؛ أي: حرامًا محرَّمًا.**

ثانيا: تعريف الحجر اصطلاحا

تنص المادة102من قانون الأسرة على ما يلي "يكون الحجر بناءا على طلب احد الأقارب ، أو ممن له مصلحه أو النيابة العامة "

لم يعرف المشرع الجزائري الحجر بل اقتصر على ذكر أحكامه في المواد 101 الى108من الفصل الخامس من الكتاب الثاني من قانون الأسرة ، أما قانونا هو منع الشخص من التصرف في ماله وإدارته لآفة في عقله ،

أو لضعف في ملكاته النفسية والضابطة[2].

ويقصد بالحجر عند الشافعية : بأنه المنع من التصرفات المالية سواء أكان المنع شرعا كمنع الصغير والمجنون والسفيه من حكم الحاكم ، كمنع المشتري من التصرف في ماله حتى يؤدي ثمنه فالمشرع الجزائري حسب راية أن توسع الحجر على السفيه وذي الغفلة ورفعه لا يكون إلا بحكم القاضي وهذا ما نصت عليه المادة103من قانون الأسرة وهذا ما نجده مقرر في بعض الدول العربية كالقانون المصري والحكمة من تشريع الحجر هو أن الأشخاص يتفاوتون في قدراتهم وحماية

1خالد حسين ،الحجر واثاره القانونية ،مجلة الموثق ،العدد2،بن عكنون الجزائر ،2001ص7.

2 المواد101 102 103 105 108 من القانون رقم 84,11مؤرخ في 9يونيو1984،يتضمن قانون الاسرة ج ر ج ج عدد24 ،في 12جوان 1984معدل ومتمم بالامر رقم 05 02مؤرخ في27فيفري 2005

المحجور عليهم من سوء التصرف في أمواله ، وقد استمد فقهاء الشريعة الإسلامية الحجر من القران الكريم[1].

نجد أن بعض الدول العربية تأخذ بالحجر بطرق مختلفة ، كالمصرية فانه يجب تسجيل قرار الحجر بعد صدوره ، أما القانون اللبناني يسميه الإعلان ومعناه إعلان طلب الحجر وبعد صدور قراره يتم قيده في الصحيفة العقارية أما لقانون السوري يشهر قرار الحجر ، فمهما اختلفت المصطلحات سواء النشر أو التسجيل أو الإعلان فإنها تهدف كلها إلى الإعلام الغير يكون على علم أن الشخص محجور عليه من طرف القضاء .

وأشار لقانون الجزائري من خلال قانون الأسرة إلى نشر الحكم للأعلام لكنه لم يبين كيفية إجراءاته على أن يتم نشره في لوحة الإعلانات بالمحكمة التي أصدرت الحكم ، وهي غالبا محكمة موطن المحجور عليه ، وذالك بعد التأشير عليه من طرف النيابة العامة .

كما يتم نشر منطوق الحجر لدى مكاتب التوثيق ، ذالك لإمكانية إعلام الغير بعدم التعاقد مع المحجور عليه ، إضافة إلى إمكانية نشر منطوق الحكم في إحدى الجرائد اليومية فالمشرع المصري بين إجراءات الشهر على عكس المشرع الجزائري ، وهذه الإجراءات تتمثل في ان تقوم النيابة العامة بمجرد رفع طلب الحجر بقيده في سجل خاص ، وتبين يوم وساعة تقديم الطلب ويقوم القيد في السجل مقام التسجيل .

وينتج الحجر أثره من تاريخ إجرائه ، متى قضى بإجابة الطلب وعلى النيابة العامة شطب القيد إذا قضى نهائيا برفض الطلب .

نص فقهاء الأحناف في الأصح عندهم أن المحبوس عندهم يمنع من الكسب ، لكن هذا المنع ليس بسبب عقوبة الحبس ، وإنما لمباشرة ذالك يتطلب تخلية سبيله ، وإعطاء حيزا كبيرا من الحرية ، وهذا ينافي الغاية في عقوبة السجن ، وفي هذا المجال قرروا بان المسجون لا يمنع من التصرفات

1 الحجر القضائي ،اسبابه ،اجراءات توقيعه ،واثاره / مجلة.

الشرعية :كالبيع والشراء والهبة والصدقة والإقرار ، وإذا استأجر رجلا ليحج عنه حجة الإسلام جازت الحجة عنه ، حتى لو فعل شيئا من ذالك نفذ ، قالوا لان الحبس لا يجب بطلان أهلية التصرفات[1].

كما أن عقوبة الحبس لا تسقط عنه الواجبات التي تترتب في ذمته ، فقرر الفقهاء بان للمحبوس أن ينفق على نفسه وعياله وأقاربه ، ولو امتنع من الإنفاق يضرب قالوا ولا يمنع من ذالك ولا عن شيء من التصرفات الشرعية ، وإذا كانت للناس حقوقا عليه ، فان القاضي يأمره أن يوكل من يخاصم عنه ويسمع الدعوى ، ويعذر إليه ، فان امتنع من التوكيل حكم عليه بعد أن يعذر إليه[2].

ولا باس أن نذكر في هذا المجال حكم المحبوس للقتل ، أو لعقوبة قد يهلك بسببها،كحد القطع ، وفي حكمه المحبوس حبسا مؤبدا ، فقد قضى المالكية بأنه كالمريض مرض الموت المشرف على الهلاك ، وبالتالي تكون اهليتها واحدة.

أما الأحناف فلا يعتبرونه كذالك ، لان الغالب فيه السلامة ، فانه يتخلص بنوع من أنواع الحيلة ، ولا يعتبر كالمريض إلا إذا قرب ليقتل أو يرجم لان الظاهر فيه هو الهلاك ، والسلامة بعد هذا نادر[3].

أما القانون الجزائري فقد اعتبر الحبس عارضا من عوارض الأهلية لذات الحبس كعقوبة تبعية حيث نص في المادة 7من قانون العقوبات على أن الحجر القانوني هو حرمان المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية عليه من مباشرة حقوقه المالية .

وتكون إدارة أمواله طبقا للأوضاع المقررة في حالة الحجر القضائي.

ولكن ما قرره الفقه الإسلامي من عدم عد الحبس عارضا من عوارض الأهلية هو الأصح والأقرب إلى المنطق ، لأنه لا علاقة بين معاقبة الشخص بسلب حريته وبين مباشرة سلطة إدارة أماله ، لان

---

1 هو علاء الدين ابو بكر ابن مسعود احمد الكساني بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ط2بيروت لبنان ،دار الكتاب العربي سنة 1982 ،ج7ص174

2 الكاساني مرجع سابق 7ص175

1هو شمس الائمة ابوبكر محمد ابن احمد بن ابي سحل السرخسي ،المبسوط ،بيروت لبنان، دار المعرفة سنة 1406هـ ج6ص168.

غرض الحبس هو كف أذاه من الناس ، وإدارة الأموال لا علاقة لها بالأذى وقد يكون الأمر مقبولا في عهد مضى،حيث تتطلب مباشرة إدارة الأموال حرية التنقل،

ولكن في عصرنا الحالي لم يعد لهذا المبرر داع ، وخاصة ونحن عصر تقدم نظم الاتصالات ،مما يمكن المسجون من متابعة نشاطاته أثناء تنفيذ عقوبة السجن .

المطلب الثالث :العوارض المعدمة للأهلية

إذا طرأت هذه العوارض على الشخص تعدم أهليته ، وتتمثل هذه العوارض في الصغر والعته والجنون وسنتطرق في هذا الفرع إلى دراسة هذه العوارض مع بعض التفصيل.

الفرع الاول :الصغر

اولا : لغة:

طراوة العمر وضد الكبر ، يقال طفل صغير بمعنى حديث السن ، جمع صغار ، الصغر والصغار خلاف العظم[1].

ثانيا : اصطلاحا

مدة عمر الشخص ما بين الولادة الى حين البلوغ[2].

يمر القاصر بمرحلتين أساسيتين قبل بلوغه سن الرشد ، المرحلة الأولى عندما يكون صغيرا منذ ولادته حتى سن الثالثة عشرة من عمره فيعتبر قاصرا غير مميز ، في هذه المرحلة لا يمكنه القيام بأي عمل ولو كان نافعا له ، وكل تصرفاته تكون باطلة بطلانا مطلقا ، وبالتالي فان البطلان يكون لحماية القاصر .

1محمد سعيد جعفور ،فاطمة سعاد ،المرجع السابق ص30 31.

2ابن منظور ،المرجع السابق ،ص 2452.

والمرحلة الثانية مرحلة التمييز تبدآ من بلوغ الصبي سن التمييز وهو الثالثة عشرة سنة إلى غاية بلوغه سن الرشد وهو التاسعة عشر سنة ، وفي هذه المرحلة يملك فيها الصبي صلاحية القيام ببعض التصرفات [1].

الفرع الثاني :العته

أولا :لغة

قيل التجنن والرعونة ، وقيل الدهش ، والمعتوه المدهوش من غير مس جنون ، وقيل الناقص العقل[2]. عته بمعنى تجنن ،و المعتوه المدهوش من غير مس جنون ، وقيل ناقص العقل او المجنون المصاب بعقله ، والعته الرعونة والتجنن.

ثانيا : اصطلاحا

العته هو وجود خلل في العقل ، أيضا يترتب عليه أن يكون المعتوه قليل الفهم مختلط الكلام ، فاسد التدبير إلا انه لا يضرب ولا يشتم[3].

والمعتوه عند الإمام مالك هو ذاهب العقل مطبق عليه والمجنون عنده هو فهو من يخنق أحيانا ويفيق أحيانا ويختنق مرة وينكشف عنه مرة ، وهذا المعنى للمعتوه انفرد به الإمام مالك رحمه الله ودرج عليه متقدمو المذهب .

وتم تعريف العته من طرف فقهاء القانون المدني الجزائري بأنه إطراب يعتري العقل دون أن يبلغ درجة الجنون ، يجعل المريض مختلط الكلام قليل الفهم فاسد التدبير، ويصف بعض الفقه العته بأنه

1موريس نخلة ،الكامل في شرح القانون المدني ،دراسة مقارنة ،الجزء الثالث ،منشورات الحلبي ،لبنان ،2001ص157.

2ابن منظور، المرجع السابق ج9ص42.

1عدنان ابراهيم سرحان ،نوري حمد خاطر شرح القانون المدني ،مصادر الحقوق الشخصية ،الالتزامات، دار الثقافة للنشر وال محمد توزيع، د.ب.ن، د.س.ن ص119

2 سعيد جعفور، المرجع السابق، ص.230

كالجنون خلل يصيب العقل ، ولكنه عن الجنون في أن صاحبه لا يكون في حالة هياج ، فهو عبارة عن جنون هادئ ، ويحجر على المعتوه كالمجنون ويعين له قيم يتولى شؤونه[1].

إلا أنني أفضل واشمل تعريف وجدته هو ما ذكره صاحب درر الحكام فقال "هو الذي اختل شعوره بان كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير ، ولكنه لا يشتم ولا يضرب كالمجنون ، بل يكون كلامه مختلطا فبعضه يشبه كلام العقلاء وبعضه يشبه ألفاظ المجانين "[2].

ثالثا : أنواع العته : قسم بعض فقهاء الشريعة الإسلامية إلى نوعين :

عته يعدم الإدراك والتمييز ، فيجعل صاحبه كالمجنون في جميع أحكامه ، ونوع ثاني يسمى بالجنون الساكن ، وهو عته يكون معه إدراك وتمييز ، ولكنه لا يصل إلى درجة الإدراك كالراشد العادي ، ويكون صاحبه كالصبي المميز في جميع أحكامه .

وعلى هذا الأساس المعتوه في نظر هؤلاء الفقهاء أما عديم التمييز أو مميزا ، ويترتب على ذالك أن يحكم على تصرفات المعتوه من حيث الصحة والبطلان طبقا لحالته العقلية ومقدار إدراكه وتمييزه ، فان كان مثل الصبي المميز اخذ حكمه ، وان كان مثل الصبي مميز كان في حكمه .

1. يذهب رأيا فقهيا أخر إلى الأخذ بحكم الصبي مع العقل ، أي الصبي المميز ، وهذا ما جنح إليه المشرع الأردني الذي سوى المعتوه في الحكم بالصبي المميز[3]،فنص في الفقرة الأولى للمادة 128من تقنينه المدني على أن "المعتوه في الصغير المميز" وبذالك يسري على المعتوه ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام .

2. بالرغم من أن العته في الواقع لا يعدم التمييز ، بل يقتصر على الإنقاص منه فلم يأخذ المشرع الجزائري بالتمييز بين نوعيه ، وإذا اكتفى بالنص في الفقرة الأولى للمادة 42/ 1من ق م ج على ما يلي :"لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون"

2علي حيدر ،مرجع سابق ،ص657.

3محمد سعيد جعفور ،المرجع نفسه، ص232.

1 محمد سعيد جعفور، المرجع السابق ،ص231.

ويثير هذا النص ملاحظتين :

لم يميز المشرع لجزائري بين العته المعدم للإدراك والتمييز وذالك المنقص لهما ، بل جعل العته درجة واحدة وذالك لدقة التفرق بينهما .

المشرع الجزائري سوى بين المجنون والمعتوه ، واعتبر كلا منهما فاقدا للأهلية لانعدام التمييز بين كل من المجنون والمعتوه ، لان الفرق بين المجنون والمعتوه يتمثل في خيط رفيع[1].

الفرع الثالث :الجنون

أولا: مفهوم الجنون لغة:

مصدر جن الرجل بالبناء للمجهول ، فهو مجنون أي زال عقله أو فسد ، وجن الشيء عليه أي ستره، وجنان الليل سواده وستره للأشياء[2].

هو زوال العقل مأخوذ من مادة جن ، وأجنة بمعنى سترة[3].

ثانيا :اصطلاحا :

الجنون مرض يصيب العقل ويفقده تمييزه ، فلا يعتد بأقواله وأفعاله ويعتبر الجنون انه اختلال في القوة بين الأمور الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب ، فتعطل أفعالها ولا تظهر أثرها ، ويعرف

أيضا بأنه مرض يعتري الإنسان يؤدي إلى زوال العقل[4].

وتم تعريفه أيضا بأنه مرض يصيب الإنسان فيعطل إرادته وإدراكه بحيث يمتنع عليه التمييز بين الخير والشر وبين الصالح والطالح في كثير من الأحيان ، ولذالك فان الذي يترتب على جنون الإنسان هو فقدانه أهلية الأداء ، ويكون حكمه حكم الصغير غير المميز فتكون تصرفاته باطلة

2ابن منظور لسان العرب، مرجع سابق ، ج2،ص،.813

3مجمع اللغة العربية ،المعجم الوسيط ،رقم الطبعة ،مكتبة الشروق الدولية ،د،ب،ن،2004ص.140

1عدنان ابراهيم سرحان ،مرجع سابق ،ص.119

جميعا[1].والمجنون كالصبي الغير مميزا في عجزه عن الاهتداء إلى التصرفات النافعة ، فيمنع من التصرف في ماله رعاية لمصلحته.وانه "مرض يزيل الشعور من القلب مع بقاء القوة والحركة في الأعضاء "[2]

وعرفه بعض المالكية المجنون بقوله "هو من لا يفهم الخطاب ولا يحسن رد الجواب وان ميز الإنسان من الفرس "[3] اي لا عبرة بمثل هذا التمييز.

ومن خلال هذه التعاريف يتضح لنا أن الجنون هو" اختلال العقل يمنع جريان الأفعال والأقوال على مقتضاه ،ويعدم فهم الخطاب ".

ثالثا :أسباب الجنون

لقد نظر علماء الأصول الأحناف في الأسباب التي تؤدي إلى الجنون ووجدوها أنها تنحصر في ثلاثة أسباب هي :

1 :جنون سببه نقصان جبل عليه الدماغ وطبع عليه في أصل الخلقة :

قالوا بان هذا النوع مما لا يرجى زواله ، ولا منفعة في الاشتغال بعلاجه ، ولا يصلح لقبول ما أعد قبوله من العقل كعين الأكمه ولسان الأخرس .

2 :جنون سببه خروج مزاج الدماغ عن الاعتدال بسبب خلط أو آفة :

أو كما قال أخر عارض اوجب زوال الاعتدال الحاصل للدماغ خلقه في رطوبة مفرطة أو يبوسة متناهية قالوا هذا النوع مما يعالج بما خلق الله تعالى لذالك من الأدوية ، ثم قالوا في هذين النوعين انه متيقن بزوال العقل فيهما ، وهذا لفساد أصلي أو عارض في محله ، كما يتيقن بزوال القوة الباصرة عن العين العمياء لفساد فيها بأصل الخلقة أو بعارض أمر أصابها .

2عباس الصراف ،جورج حزبون ،المدخل الى علم القانون ،نظرية الحق ودار الثقافة والنشر والتوزيع ،د،ب،ن،سنة2008ص157.

3سليمان الجمل ،حاشية الجمل ،ج4ص.213

3عليش ،منح الجليل ،ج2ص188.

3 :جنون سببه استيلاء الشيطان على الشخص:

فخيله الخيالات الفاسدة ويفزعه في جميع أوقاته ، فيطير قلبه ، ولا يجتمع ذهنه مع سلامة في محل العقل خلقه وبقائه على الاعتدال ، ويسمى هذا المجنون ممسوسا لتخبط الشيطان إياه وموسوسا لإلقائه الوسوسة في قلبه ، قالوا يعالج هذا النوع بالتعاويذ والرقى ، وفي هذا النوع لا يحكم بزوال العقل .

ومن خلال هذا يتضح لنا أن النوعين الأخيرين اللذان يعتبران في العصر الحديث أمراضا نفسية وليس جنونا هما اللذان يقصدانهما الفقهاء عندما يتحدثون على تزويج المجنون وغيرها من الأحكام ، لأنهم يعللون ذالك بقولهم لعل يكون فيه شفاء .

رابعا :أنواع الجنون

يكون الجنون أصليا أو طارئا كما يكون مطبقا أو متقطعا

1 :الجنون الأصلي والجنون الطارئ :

يتحقق الجنون الأصلي في حالة بلوغ الإنسان سن الرشد مجنونا ، أما الجنون الطارئ فيتحقق في حالة بلوغ الإنسان سن الرشد عاقلا ثم يطرأ عليه الجنون بعد ذالك[1].يزيل الجنون سواء كان أصليا أم طارئا العقل والتمييز ، ولهذا تزول أهليته ، فيصير كالصغير الغير المميز .

2 :الجنون المطبق والجنون المتقطع

ينقسم الجنون عند فقهاء الشريعة الإسلامية إلى جنون مطبق وجنون متقطع فالجنون المطبق هو ذالك الجنون المستمر الذي لا يفيق المصاب منه ، أي الذي لا تتخلله فترات تعقل أو فترات إفاقة ، بل يكون المجنون طيلة الوقت مجنونا ، وتكون كل تصرفاته كتصرفات الصغير الغير مميز أي باطلة بطلانا مطلقا .

1 محمد سعيد جعفور المرجع السابق ص228.

أما الجنون المتقطع ، فهو ذالك الذي تتخلله فترات إفاقة يعود فيها المجنون إلى وعيه أي هو الذي لا يستغرق كل أوقات المريض ، بحيث ينتابه الجنون في فترات متقطعة ، فيفيق منه تارة ويجن تارة أخرى .

وقد ميز فقهاء الشريعة الإسلامية بصدد حكم تصرفات المجنون جنونا متقطعا ، بين تلك الصادرة منه في فترات إفاقته وتلك الصادرة منه في فترات جنونه ، فجعلوا الأولى صحيحة ونافذة ترتب عليها الآثار المقصودة منها كتصرفات العاقل ، واعتبروا الثانية باطلة[1].

المشرع الجزائري لم يميز في التقنين المدني بين نوعي الجنون ، كما انه لم يفرق التصرفات التي يباشرها المجنون في حالة جنونه أو إفاقته ، بل اعتبر الجنون درجة واحدة ، واعتبر تصرفات المجنون جميعها باطلة متى صدرت منه بعد تسجيل قرار الحجر ، وذالك يرجع إلى صعوبة تعيين فترات الإفاقة وفترات الجنون بصورة دقيقة ، بحيث لا يمكن الجزم من أن تلك التصرفات الصادرة من ذالك الشخص إن كان في حالة جنونه أو في حالة إفاقته .

واعتبر المشرع الجزائري في القانون المدني جميع تصرفات لمجنون باطلة وذالك لصعوبة تعيين فترات الإفاقة ، لان ذالك يحتاج إلى الإثبات[2].

1 محمد سعيد جعفور ،المرجع السابق ص228.

1 محمد سعيد جعفور ،المرجع السابق ص228

ملخص الفصل الأول :

إن تصرفات ناقص الأهلية مبنية على الأهلية ، فالأهلية هي صلاحيات الإنسان للقيام بالحقوق وتحمل الالتزامات ، والقيام بالتصرفات القانونية التي يترتب عنها كسب الحقوق أو تحمل هذه الالتزامات ، وتنقسم هذه الأخيرة إلى أهلية أداء وأهلية وجوب ، فأهلية الأداء مناطها العقل والإدراك ، وقد تكون كاملة كقدرة فهم الخطاب بالعقل ، وقد تكون ناقصة كصدور بعض التصرفات دون بعضها الأخر ، أما أهلية الوجوب فمناطها الصفة الإنسانية أي تثبت له منذ ولادته حيا ، وسن التمييز لدى الصبي المميز هو بلوغ الصبي ثلاثة عشر سنة.وقد تصيب الإنسان عوارض فتعدم ليته كالسفه والغفلة والحجر أو تنقصها كالصغر والعته والجنون .

الفصل الثاني:

أحكام تصرفات ناقص الأهلية المالية

المطلب الأول:

حكم التصرفات المالية للقاصر غير المميز

المطلب الثاني:

حكم تصرفات القاصر المميز

المطلب الثالث :

النيابة في تصرفات ناقص الأهلية

تمهيد:

نظرا لعدم قدرة القاصر علي معرفة وإدراك ما وضع خصيصا لحماية مصالحه ، قد يخرج عن أحكام النيابة الشرعية ، ويبرم تصرفات بدون علم نائبه الشرعي ، مما يعرضه ويعرض أمواله للخطر ، نتيجة عدم كمال إدراكه وتمييزه اللذان يعتبران قوام التصرفات القانونية المالية ، فلا يستطيع التمييز الدقيق بين ما هو لمصلحته وما هو خلاف ذالك ، ومن هذا العمل كان علي المشرع الجزائري أن يوفر للقاصر حماية كافية. تحميه من الاستغلال ، والدفع بيه للقيام بتصرفات تضر به وتفقر ذمته المالية ، تتمثل في إخضاع تصرفات في هذه الحالة لأحكام خاصة.

وكما يعلم الجميع أن القصر عند الإنسان يمر بمرحلتين ، مرحلة ينعدم فيها العقل والإدراك يسمي القاصر فيها غير مميز ، ومرحلة يبدأ القاصر فيها التمييز بين الخير والشر ، و الفعل الضار و النافع ، ويسمي فيها بالقاصر المميز ، كان من البديهي أن تختلف أحكام تصرفاته في كل مرحلة ، وبالتالي فان التعرف علي أحكام تصرفات القاصر يقتضي منا دراسة حكم تصرفات القاصر غير المميز ، وتصرفات القاصر المميز ، والنيابة في تصرفات ناقص الأهلية كلا على حدى

المبحث الأول : حكم التصرفات المالية للقاصر غير المميز

يكون القاصر غير مميز منذ ولادته إلي بلوغه سن التمييز ، ففي هذه المرحلة يكون منعدم التمييز ، ولما كان مناط أهلية الأداء هو كمال التمييز[1] ، وكان التمييز عنده منعدما ، كانت أهلية الأداء منعدمة انعداما تاما .

لهذا الانعدام بطبيعة الحال تأثير علي تصرفاته ، إذا كنا نعلم مسبقا أن صحة إبرام هذه الأخيرة يتعلق في الأساس بمبدأ توفر أهلية الأداء ، ويتمثل هدا التأثير في إعطاء حكم واحد وعام لكل تصرف قد يصدر عن القاصر ، فمن البديهي أن يكون لهذا الحكم نتائج وآثار نتطرق إليها في موضوعنا .

المطلب الأول : بطلان تصرفات القاصر غير المميز

إذا كانت أهلية الأداء منعدمة عند القاصر غير المميز ، فمعني ذالك أن قدرته علي إبرام التصرفات القانونية منعدمة أيضا ، إذا قوام التصرفات القانونية هو الإرادة ، ولا إرادة لمن لم يبلغ سن التمييز ، وعليه فان إبرام القاصر غير المميز تصرفات فهي تكون في نظر القانون باطلة[2] .

وفي هذا نصت الفقرة الأولي من المادة 42 من التقنين المدني الجزائري :" لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد للتمييز لصغر في السن ، أو عته ، أو جنون" والملاحظ علي هذا النص عدم توضيحه لحكم تصرفات الصغير غير المميز ، عكس المادة 110 من التقنين المدني المصري ، التي نصت علي بطلان تصرفات الصبي غير المميز قاضية بأنه :" ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة ".وسن التمييز في القانون الجزائري هو 13 سنة بالفقرة الثانية من المادة 42 ت،م،ج.

---

[1] _أنور العمروسي ،الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري في القانون المدني ، دار محمود ، ط1 ،د،م،2006،ص102

2 حسين كيره ،مخل إلي القانون ،منشاة المعارف ،مصر ،1971 ص 577

البطلان هو الحكم الذي أخذت بيه جل القوانين العربية التي تطلعنا لها ومنها " مدونة الأسرة المغربية في المادة224 ، ومجلة الأحوال الشخصية التونسية الفصل 156، وتقنين الأحوال الشخصية الإماراتي م165 ، تقنين الأحوال الشخصية الموريتاني في م167، والتقنين المدني الأردني في م 117 ، والتقنين المدني العراقي م96 ، التقنين المدني القطري م110 ، تقنين المعاملات السوداني م54 .

أما في الفقه الإسلامي ، فتفق جميع المذاهب الفقهية الإسلامية علي ذات الحكم ، فالصبي غير المميز الذي لا عقل له ، لا يتمتع بأهلية التصرف لا كاملة ولا ناقصة ، وكل عقوده وتصرفاته باطلة لا تترتب عليها أي آثار شرعا ، لأنه فاقد التمييز والعقل ، وعباراته تكون ملغاة لا اعتبار لها ، فالأهلية شرط لجواز التصرف وانعقاده ، ولا أهلية بدون عقل .[1]

فالصبي غير المميز وان كان موضوعا تحت نظام السلطة الأبوية أي نظام الولاية ، يجب أن يكون محميا من جهة أخري بالنسبة للتصرفات التي يقوم بها بنفسه ، نتيجة عدم نضجه ، حيث أن حالته كعديم أهلية تجعل التزاماته التي يلتزم بها بنفسه باطلة [2]

والبطلان المقصود هنا هو البطلان المطلق ، فانعدام أهلية الأداء عند الصبي غير المميز ،تعني انعدام قدرته علي إجراء أي نوع من أنواع التصرفات القانونية، فتكون جميع التصرفات باطلة بطلان مطلق ، تلحق بالعدم سواء كانت تصرفات ضارة ضررا محضا ، أو نافعة نفعا محضا ، أو دائرة بين النفع أو الضر[3]، ولكن لا يمكن أن يترك الصغير هكذا ، وإنما يولي عنه في مباشرة هذه التصرفات القانونية نائب شرعي[4].

بذالك لا يستطيع من لم يبلغ سن 13 أن يقبل الهبة ، لأنها عقد ، والعقد يقوم علي تطابق الإيجاب مع القبول ، ومن لا تمييز لديه لا يمكن أن تكون لديه الإرادة الكاملة في التعبير عن القبول الذي

---

[1] محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب الرعيني ، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل ، ضبطه زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ،لبنان 1995 ،ج6 ،ص632النووي ، المرجع السابق ، المرجع السابق ، ج9 ، ص181.182، بن قدامه ، المرجع السابق ،ص336، محمد أبو زهرة ،لمرجع السابق ،ص435 ، احمد فراج حسين ، المرجع السابق ، ص482

[2] LAROCHE Florence, Les droit de l'enfant, Dalloz, Paris, 1996, p35.

[3] حسين كيرة ، المرجع السابق ،ص577

[4] أنور العمروسي، الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري في القانون المدني، دار محمود، ط2، د.م، 1116، ص211.

يحتاج إلي الإدراك ، ومن باب أولي لا يمكن أن يبرم عقدا كالبيع أو الإيجار أو الوكالة ، حتى مع توفر العوض لذات العلة ، كما يعد باطلا تصرفه الضار به كقيامه بالتبرع كالإعارة أو الكفالة دون عوض ، أو الهبة لأسباب ذاتها ، ولان هذا التصرف ينقص من ذمته المالية [1].

هذه القاعدة المتقدمة قاصرة علي الأعمال والتصرفات القانونية التي تصدر من الصبي غير المميز ، أما تلك التي تصدر من الغير لصالحه ، فينضر في أثرها ، متى كان هذا الأثر غير موقوف علي تدخل منه ، كما هو الشأن في الإقرار[2].

يلاحظ أن المشرع الجزائري في المادة 2/42ت.م.ج، عندما اعتبر أن كل من يبلغ سن 13 هو صبي غير مميز، إنما أقام قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس ، بمعني لا يجوز إثبات أن الصغير الذي لم يبلغ سن 13 هو صبي مميز ، أدرك التمييز قبل بلوغه هذا السن ، بهدف التوصل لإجازة بعض أعماله[3] .

لما اقر المشرع الجزائري بطلان التصرفات المالية لصغير عديم التمييز ، فإننا نري أن هذا الحكم يعتبر حكما صائبا ، لأنه مظهر من مظاهر حماية أموال شخص تنعدم عنه القدرة علي التمييز بين الخير والشر[4] .

المطلب الثاني: النتائج المترتبة عن اعتبار تصرفات القاصر غير المميز باطلة

تنص المادة 21 من ت.م.ج في فقرتها الأولى على أنه: «إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة».

تطبيقا لهذا النص يترتب على اعتبار جميع التصرفات الصادرة من الصبي غير المميز باطلة بطلانًا مطلقا النتائج الآتية:

---

[1] عبد الرحمن الشواربي ، البطلان المدني الاجرائي و الموضوعي، منشاة المعارف، مصر .د.ت.ص 510

[2] رمضان ابو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية مصر، 1999 ص119

3 محمد سعيد جعفور ، دروس في نظرية الحق الطبعة الأولى، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002. ص 526

[4]LAROCHE Florence, Op.cit. P35.

الفرع الأول : عدم جواز تصحيح بطلان هذه التصرفات بالإجازة أو بالتقادم

سوا ء كانت الإجازة منه شخصيًّا بعد بلوغه سن الرشد واكتمال أهليته ، أو من وليه أو وصيه قبل ذلك ، فالتصرف الباطل بطلانًا مطلقا هو تصرف معدوم لا وجود له ، ومن ثم لا تصححه الإجازة ؛ لأنه من غير المتصور إجازة العدم[1].

كما أنه لا يصحح بالتقادم ، فمبدئياً لا يحول العقد الباطل إلى عقد صحيح أبدًا ؛ لأن الزمن ليس من شأنه أن يعيد إلى وجود ما هو غير موجود[2].

الفرع الثاني : جواز تمسك كل ذي مصلحة بهذا البطلان

يراد بالمصلحة التي تجيز التمسك بالبطلان تلك التي تستند إلى حق يتأثر بصحة العقد أو ببطلانه[3]، فيكون صاحب المصلحة إما الصبي غير المميز بعد بلوغه سن الرشد ، أو نائبه الشرعي ، أو الشخص الذي تعاقد معه ، أو خلفهما الخاص ، أو الدائنين أو الغير ؛ بشرط أن يكون لهؤلاء مصلحة مشروعة في بطلان العقد[4].

التمسك بالبطلان قد يكون إما عن طريق رفع دعوى من طرف من له مصلحة ، تسمى دعوى البطلان ، يطلب فيها الحكم ببطلان التصرف القانوني بطلانًا مطلقًا ، أو عن طريق الدفع ببطلان التصرف ؛ فقد يحدث أن يطالب أحد الأطراف بتنفيذ العقد الباطل عن طريق القضاء ، عندئذٍ يحق للطرف الآخر أن يدفع تنفيذ العقد بالبطلان المطلق[5].

الفرع الثالث : جواز قضاء المحكمة بالبطلان من تلقاء نفسها

يجوز للمحكمة أن تقضي ببطلان تصرف الصبي غير المميز من تلقاء نفسها ، حتى لو لم يطلب ذوو الشأن ذلك ، بمعنى أنه يجوز للقضاة أن يقضوا ببطلان تصرف من التصرفات التي

---

[1] علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط8، الجزائر 2008 ، ص151

[2] أنور سلطان ، الموجز في النظرية العانة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر 1997 ، ص176

[3] سمير عبد السيد تناغو ،نظرية الالتزام ،منشاة المعارف مصر 2000 ص151

4 محمد سعيد جعفور ،دروس في نظرية الحق،مرجع سابق ، ص526؛

[5] أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام : مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية، مصر ،1997،ص175

يبرمها القاصر غير المميز حتى دون أن يثيره الأطراف ، فيكفي أن يطرح النزاع المتعلق بالتصرف أمام القضاء ، ومتى اكتشف القاضي بطلانه ، أقره دون النظر في طلبات الخصوم المتعلقة بالنزع[1].

المطلب الثالث: أثر تقرير بطلان تصرف القاصر غير المميز

البطلان المطلق يقع بقوة القانون ، فالعقد الباطل عقد معدوم ، وهذا يعني أنه لا يحتاج لاستصدار حكم من القضاء يقضي به ، وما للقاصر هنا أو الطرف المتعاقد معه أو أي شخص له مصلحة في البطلان ، سوى المضي في التصرف على هذا الأساس ؛ غير أن هذا الحكم وان كان سليمًا من الناحية النظرية ، إلاّ أن الاعتبارات العملية كثيرًا ما تدعو إلى الالتجاء إلى القضاء في شأن العقد الباطل ، كأن يطالب الطرف المتعاقد مع القاصر عديم التمييز تنفيذ العقد رغم بطلانه ، فيتوجب الأمر التمسك بالبطلان من طرف القاصر بعد بلوغه، أو من طرف وليه أو وصيه قبل ذلك ليصدر حكم المحكمة ببطلان العقد بأثر رجعي يعود إلى تاريخ إبرامه ، وبالتالي فإن حكم المحكمة الصادر ببطلان التصرف هو حكم تقريري كاشف لهذا البطلان وليس منشئًا له ، على أساس أن العقد في حكم العدم منذ نشوئه ، فليس للقاضي أي دور فيه سوى التأكد من قيامه فإذا ثبت قيامه (البطلان) وجب عليه الكشف عنه[2].

تنص المادة 1/103 ت.م.ج: «يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله ، فإن كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل».

ويفهم منها أنه إذا تقرر البطلان لأي سبب ، كانعدام التمييز لدى المتعاقد القاصر، يعاد المتعاقدان إلى حالتهما الأصلية ، فمثلاً إذا باع القاصر، يسترد المبيع ويرد الثمن ، وإذا اشترى، يسترد الثمن ويرد المبيع ، أما إذا استحال ذلك، يجوز للقاضي أن يحكم بتعويض عادل.

فلا يكتفي القاضي بتقرير البطلان ، بل يحكم أيضًا بإرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليه قبل التعاقد ، فيحدد لكل متعاقد الشيء الذي يجب عليه رده للمتعاقد الآخر، أو قيمة التعويض

[1] سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ،ص 99.

[2] أنور السلطان ، المرجع السابق ، ص176.

في حال استحال الرجوع للحالة الأصلية ، وذلك تسهيلاً لإجراءات التنفيذ ؛ لأن العبرة في التنفيذ بمنطوق الحكم كما قررت ذلك المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2995/14/81[1]

المبحث الثاني: حكم تصرفات القاصر المميز

تبدأ مرحلة التمييز عند الإنسان ببلوغه سن التمييز، وفي هذا الطور من حياته أعطى له المشرع أهلية تتناسب مع سنه ونموه والتطور الحاصل في إدراكه وتمييزه ، فاعتد في بعض المواطن بإرادته ، ولم يعتد بها في بعض آخر، وتبعًا لذلك قسم الفقه الإسلامي ، التصرفات القانونية أو التصرفات القولية[2] ،كما يسميها فقهاء الشريعة الإسلامية بالنسبة للقاصر المميز إلى ثلاثة أقسام: تصرفات نافعة له نفعًا محضًا ، وتصرفات ضارة به ضررًا محضًا ، وأخيراً

تصرفات دائرة بين النفع والضرر[3]، وسبق لنا أن تطرقنا إلى المقصود بكل قسم منها في الفصل الأول.

لم يتطرق المشرع الجزائري لهذا التقسيم ولا لحكم تصرفات القاصر بين نصوص التقنين المدني، ولكن بالمقابل قد أخذ بهذا التقسيم عند التطرق لأحكام تصرفات هذا القاصر، في تقنين الأسرة الجزائري ، في المادة 83 منه، وذلك بعد أن أحال التقنين المدني تنظيم القواعد المتعلقة بأهلية القصر إلى نصوص تقنين الأسرة من خلال نص المادة 79 منه.

وسنفصل فيها في هذا المطلب ، فنتناول حكم كل قسم من التصرفات على حدة ؛ التصرفات النافعة بالقاصر المميز ، ثم التصرفات الضارة به ، ثم أخيرً نبحث في حكم تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر .

---

[1] المجلة القضائية الجزائرية ، ع1 ، لسنة 1996 ، ص172

[2] محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر ، 2010، ص15، يقسم الفقه الإسلامي التصرفات إلى تصرفات قولية وهي التصرفات القانونية، والى تصرفات فعلية وهي الأعمال المادية،

3 الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرئع، دار الكتب العلمية، *السعودية ،2916، ج5، ص171*

المطلب الأول: تصرفات القاصر النافعة له نفعً محضًا

سبق أن عرفنا التصرفات النافعة نفعًا محضًا بأنها التصرفات التي تؤدي إلى تمليك الشخص مالاً، أو حصوله على منفعة دون أي تكليف.

كان حكم المشرع الجزائري فيما يتعلق بهذه التصرفات حكمًا واضحًا ودقيقًا في المادة 83 ت.أ.ج، ومطابقًا لحكم الفقه الحنفي والمالكي[1]، وحكم أغلب القوانين العربية[2]، تقتضيه حالة القاصر في هذه المرحلة التي تثبت له فيها أهلية ناقصة ، فتكون له فيها قدرة إدراك وتمييز لم تكن له في طور انعدام التمييز عنده[3].

أقر المشرع نفاذ التصرفات الصادرة من القاصر النافعة له نفعاً محضاً في نص المادة

83 ت.أ.ج: «من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 من ت.م.ج تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له...».

فبما أن هذا النوع من التصرفات نافع لا ضرر فيه ، كان من مصلحة القاصر تنفيذه دون حاجة إلى إجازة ولي أو وصي ، فلا مصلحة لأي منهما في إبطالها ما دامت من قبيل النفع المحض ، بل على عكس ذلك قد يكون في رفضهم مثل هذا التصرف ضرر به[4] .

---

1 الكاساني ،المرجع السابق، ص171 ؛ الحطاب الرعيني، المرجع السابق، ص630.

يرى الشافعية أن تصرف الصبي في المطلق سواءً كان مميز أو لا، ومهما كانت طبيعته، هو تصرف باطل، بينما الحنابلة في أحد القولين أن تصرف الصبي المميز لا يكون صحيحًا إلاّ بإذن وليه فما عدا ذلك هو باطل، أما في القول الآخر يقولون ببطلانه، انظر في تفصيل ذلك: عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج2، ص ص325-328 .

2 علي محي الدين ياغي، مبدأ الرضا في العقود: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار البشائر الإسلامية، ط1، لبنان ،1985، ج1، ص385. كذلك: م140 التقنين المدني المصري، م118 التقنين المدني الأردني ،م97 التقنين المدني العراقي، م112 التقنين المدني السوري، 111 التقنين المدني القطري، م225 مدونة الأسرة المغربية ،الفصل156مجلة الأحوال الشخصية التونسية، م1/55 تقنين المعاملات السوداني، م87/ 1التقنين المدني الكويتي.

3 علي محي الدين ياغي ،المرجع نفسه ، ص388،

4 شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر ، 2009 ،ص336

يفهم من عبارة النص السابق ، أن التصرفات النافعة نفعًا محضًا التي يباشرها القاصر المميز تنعقد صحيحة نافذة ، بمعنى أنها ترتب آثارها المقصودة منها دون توقف على إجازة أحد[1]، والظاهر أن مصطلح «نافذة» الذي استعمله المشرع الجزائري في الصياغة العربية لهذه المادة أكثر دلالة على المقصود من اصطلاح «valides» بمعنى «صحيحة»، الذي استعمله في الصياغة الفرنسية لها ؛ لأن لفظ valides يحتمل أن يكون التصرف صحيحًا نافذًا في ذات الوقت ، ويحتمل أن يكون صحيحًا موقوفًا ، بمعنى تعليق ترتيب آثاره إلى حين ورود الإجازة عليه[2].

من التصرفات الأكثر شيوعًا التي قد يبرمها القاصر، وتكون نافعة له هي قبول الهبة ، حيث يكفي في الموهوب له أهلية التمييز، فإذا كان الموهوب صبيًّا مميزاً ، فقد استوفى الأهلية الواجبة لقبول الهبة ، وجاز له أن يقبلها وحده ، وأن يقبضها ، دون إذن ولي أو وصي أو قيم ،ودون إذن المحكمة ؛ لأنها نافعة نفعًا محضًا[3].

الحكم بصحة تصرف القاصر المميز النافع نفعًا محضًا ، يحمل منفعة معنوية له ، تتمثل في إعطائه المجال للتمرن على إبرام التصرفات ، وإدراك منافع الأرباح ، ومضار الخسارة ؛ وذلك من غير أن يتضرر ماله ويلحقه نقصان[4].

المطلب الثاني: التصرفات الضارة بالقاصر ضررًا محضًا

لمّا كان من شأن هذا النوع من التصرفات أن يفقر الذمة المالية لصاحبها ، فإن حماية مصالح القاصر المالية تقتضي الحكم ببطلانها متى صدرت منه ، وهذا ما أقره المشرع الجزائري لكل تصرف يبرمه القاصر يلزمه اتجاه غيره دون مقابل ، وذلك في المادة 83 ت.أ.ج، سالفة الذكر.

---

[1] ينص القانون المدني العراقي في المادة 97 منه: «يعتبر تصرف الصغير المميز صحيحاً إذا كان في حقه نفع محض وان لم يأذن به الولي ولم يجزه».

2 محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية،ص22 .

3 عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5: العقود التي تقع على الملكية، م1 . الهبة والشركة، منشورات الحلبي الحقوقية ،ط3 . لبنان ،1998، ص105.

4 محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية، ص105 .

فهذه التصرفات تقع باطلة بطلانًا مطلقا ، إذا صدرت من القاصر المميز ، وتعتبر في حكم

التصرفات تقع باطلة بطلانًا مطلقا ، إذا صدرت من القاصر المميز ، وتعتبر في حكم

العدم كأنها لم تكن ، فلا يترتب عنها أي أثر ؛ نظراً لأن هذا الشخص يعد بالنسبة إليه عديم الأهلية[1].

مثال هذه التصرفات أن يكفل الصبي المميز دين سواه ، أو أن يتبرع على أي وجه ، كالهبة أو الوقف ؛ كل ذلك لا يصح ولا ينفذ ولو أذن به أو أجازه وليه[2]، فهي وقعت باطلة منذ صدروها ، والتصرف الباطل بطلانًا مطلقا لا يصحح بالإجازة ، إضافة إلى أنه وكما بيّنا سابقاً لو قام الولي عن القاصر ببعض هذه تصرفات الضارة ضرارً محضًا ، كانت باطلة غير جائزة ؛ لما فيها من ضرر على مصالح القاصر، فلا تصح منه التصرفات التي يترتب عليها إخراج شيء من مال الصغير ابتداءً ، فأولى أن لا تصح منه إجازتها متى قام بها القاصر انتهاءً [3].

إلى جانب الحكم العام في هذه التصرفات التي جاءت به المادة 83 ت.أ.ج، نجد المادة 30 من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم بالقانون رقم 02-10، تنص على بطلان وقف القاصر ، وهو تصرف ضار ضرارً محضًا كما سبق القول ، إذ قضت بأن: «وقف الصبي غير صحيح مطلقا سوا ء كان مميزا أو غير مميز ولو أذن بذلك الصبي»، وهو ما يمكن فهمه أيضًا من نص المادة 215 ت.أ.ج، التي اشترطت لصحة الوقف أن يكون الواقف بالغًا سن 19سنة، أي أن لا يكون قاصرا[4].

1محمد سعيد جعفور ،دروس في نظرية الحق، ص548

2فريدة محمدي زواوي، المدخل للعلوم القانونية: نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر ،2002، ص77.

3 مصطفى السباعي، الأحوال الشخصية، المطبعة الجديدة، ط5، سوريا .ص84

4 المادة 215 من تقنين الأسرة بها خطأ في الإحالة، فقد جاءت هذه المادة لتحديد الشروط الواجب توفرها في الواقف ،وأحالت في ذلك إلى المادة التي تحدد الشروط الواجبة في الواهب بحيث اعتبرتها نفسها، فكان من الواجب الإحالة للمادة 203 .وليس المادة 204 .

نشير أن حكم التصرفات الضارة بالقاصر في القانون الجزائري ، هو مطابق لحكم فقهاء الشريعة الإسلامية ، ومطابق لما نصت عليه جل القوانين العربية ، في ذات النوع من التصرفات[1]، فتعتبر التصرفات النافعة دائمًا صحيحة نافذة ، والتصرفات الضارة باطلة بطلانًا مطلقا.

إلاّ أننا نجد في حكم وصية الصبي المميز، اختلا فًا بين الاجتهادات الفقهية[2]، باعتبارها تصرفا ضارا به ضرارً محضًا ، بينه من يجيزها وبين من يقول ببطلانها:

الفرع الأول : الرأي القائل ببطلان وصية الصبي المميز

يمكن أن نجمع في هذا الرأي كل من الحنفية والشافعية ، حيث يشترط الشافعية في الموصي أن يكون بالغًا ارشدًا ، فلا تصح وصية الصبي المميز ، سوا ء كان مأذونًا له بالتجارة أو لا[3]، والى نفس الأمر ذهب الحنفية فاشترطوا البلوغ في الموصي ، وأبطلوا وصية كل شخص لا يتوفر فيه هذا الشرط ، بما فيهم الصبي المميز ، إلاّ أن هناك قول للشافعية

يورد في ذلك استثناءً تجوز فيه وصي الصبي المميز ، وهو إذا كانت صادرت منه على وجه من وجوه البر و الإحسان[4].

الفرع الثاني : الرأي القائل بصحة وصية الصبي المميز

قال بذلك كل من المالكية ، والحنابلة ، فيقول المالكية أن بصحة وصية المميز، ذلك أن البلوغ عندهم ليس شرطًا في الموصي[5]، أما الحنابلة فتجوز عندهم وصية ضعيف العقل في ماله كالصبي

---

[1] علي محي الدين ياغي، المرجع السابق، ص370و ما بعدها.

[2] مصطفى أحمد الزرقا ،المدخل الفقهي العام، دار القلم، الطبعة الأولى، سوريا، 1998. ج2. ص508

[3] عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الكتب العلمية، لبنان، 2003. ص282 . مصطفى أحمد الزرقا ، المرجع السابق .ج2 .ص508

[4] عبد الرحمن الجزيري ، المرجع نفسه ، ص284 ،

[5] عبد الرحمن الجزيري ، المرجع نفسه .ص282

المميز، رغم أنهم يعتبرون تصرفات الصبي المميز كلها باطلة ما لم يأذن الولي بها من قبل ، فقد أجازوا له الوصية لما فيه من ثواب للصبي المميز[1].

أمام هذا الاختلاف في المواقف بين المذاهب الفقهية الإسلامية ، فإن موقف المشرع الجزائري يظهر واضحًا من خلال المادة 186 ت.أ.ج التي تنص: «يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل بالغاً من العمر تسع عشرة 19 سنة على الأقل»، وبالتالي فبمفهوم المخالفة المشرع يعتبر وصية الصبي المميز باطلة ، ذلك أنه يشترط الأهلية القانونية الكاملة في الموصي ، ونفس الموقف أخذ به القانون المصري الذي اشترط الأهلية الكاملة في الموصي من خلال المادة 5 من قانون الميراث والوصية ، رغم أنه يبيح كاستثناء للصغير الذي بلغ 18 سنة أن يتصرف في ماله بطريق الوصية بإذن المحكمة ، ومدونة الأسرة المغربية كذلك تنص في المادة 279 منها على شرط الأهلية القانونية للتبرع في الموصي ، بما يعني بطلان الوصية الصادرة من الصبي المميز ، وهو كذلك نفس ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 211.

المطلب الثالث: حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر

بشأن حكم هذه التصرفات يجب أن نفرق بين ما جاء به التقنين المدني وبين ما جاء به تقنين الأسرة الجزائري.

الفرع الأول : حكم تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر في التقنين المدني

ذكرنا سابقا ، أن المشرع الجزائري حدد أحكام تصرفات القاصر من خلال نصوص تقنين الأسرة، ولم يتعرض إلى ذلك في التقنين المدني ، إلاّ أنه بخصوص التصرفات الدائرة بين النفع والضرر،

[1] عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني على مختصر الخرقي ،تحقيق عبد السلام محمد علي شاهين ،دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 1994. ص337 عبد الرحمن الجزيري المرجع نفسه ، ص284

يمكن أن نستفيد من نص المادة 101 ت.م.ج، ما من شأنه اعتبار نقص الأهلية سببًا من أسباب قابلية العقد للإبطال[1].

حيث قضت هذه المادة بأنه: «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...»

حكم هذه المادة وان كان عامًا لا يبين نوع العقد الذي تقصد المادة بطلانه ، ضارا أو نافعًا أو دائراً بين النفع والضرر ؛ إلاّ أن ما رجحه إليه الفقهاء والباحثون بهذا الخصوص أنه مما لاشك فيه أن العقد المقصود هنا هو التصرف الدائر بين النفع والضرر[2].

نحن من جهتنا نرى نفس الشيء ، وذلك يعود لسببين مهمين:

أنه من خلال اطلاعنا على بعض نصوص القوانين العربية ، التي أشرنا إليها من قبل ، قد وجدنا أن التصرفات النافعة والضارة للقاصر المميز متفق على حكمها بين هذه القوانين ، بينما الجدل الوحيد في الذي يثور بشأن حكم تصرفات القاصر المميز هو حول حكم تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر ، فمن القوانين من يأخذ بفكرة توقف هذا التصرف على الإجازة أسوة بالفقه الإسلامي ، ومنها من يأخذ بفكرة قابليته للإبطال ، بحيث لا نجدها تأخذ فكرة العقد الموقوف أبدًا ، فكانت القابلية للإبطال بديلا لوقف العقد ، في المواضع التي يأخذ فيها الفقه الإسلامي به ، مقتفية في ذلك مسلك الفقه الغربي[3].

1 محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية، مرجع سابق، ص18.

2 علي علي سليمان ،ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،1992، ص271؛ فريدة محمدي زواوي ،نظرية الحق، ص77؛ محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية، ص21؛ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص336.

[3]عبد الرازق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي،مرجع سابق ص35

أن نص المادة 212 ت.م.ج منقول حرفيًا عن نص المادة 2/222 من التقنين المدني المصري هناك اختلاف في الآجال القانونية فقط ، وهذا القانون يعتبر التصرفات القابلة للإبطال من بين تصرفات القاصر المميز كناقص أهلية ، هي التصرفات الدائرة بين النفع والضرر.

بالتالي فإن التصرف الذي تقصده المادة 212 ت.م.ج، بالقابلية للإبطال ، هو التصرف الدائر بين النفع والضرر ، وبذلك فإن هذا التصرف حسب التقنين المدني تصرف قابل للإبطال لصالح القاصر المميز ، فإذا لم يطلب القاصر إبطاله فإن العقد يبقى صحيحًا مرتبًا لآثاره.

الحكمة من تخويل القاصر بعد بلوغه ، حق طلب إبطال تصرفه المتردد بين النفع والضرر ، الذي أبرمه وهو لا يزال ناقص أهلية ، هي حمايته ، فأعطاه حقا في المطالبة بإبطال التصرف ، فإن هو فعل ، فإن المتعاقدين طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة 301 ت.م.ج ، يعودان إلى الحالة الأصلية التي كانا عليها قبل التعاقد ، وإلا فيحكم لهما بتعويض معادل في حالة استحالة إرجاع الحالة الأصلية[1].

مما يزيد في هذه الحماية هو أنه من خلال الفقرة الثانية من نفس المادة ، فإن القاصر فيحال طالب بالإبطال وحكم له بذلك ، فإنه لا يلزم برد إلاّ ما عاد عليه تنفيذ العقد من منفعة ،والعلة في ذلك أن القاصر قد يبدد الثمن الذي يقبضه فيما لا طائل منه ، فإل ازمه بعد ذلك برد الثمن معناه تعجيزه عن طلب الإبطال ، وبذلك تصبح الحماية التي قررها له القانون ، ممثلة في جواز طلب إبطال العقد، حماية صورية[2].

ويذهب الشراح إلى أنه ليس على القاصر لإثبات انتفاء المنفعة التي عادت عليه من تنفيذ العقد بل على الطرف الآخر إثبات مقدار ما أثري به لكي يتمكن من الاسترداد[3].

---

[1] محمد سعيد جعفور، فاطمة اسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة، ط3، الجزائر ،2009، ص45.

[2] أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام ،مرجع سابق ص180

[3] مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص85.

الحكم الخاص بالتزام القاصر بالرد في حدود ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ، ما هو إلاّ تطبيق لقاعدة عامة قررها المشرع في دعوى المستحق[1]، في المادة 148 من ت.م.ج: «إذا لم تتوافر أهلية التعاقد في من تسلم غير المستحق فلا يكون ملزمًا إلاّ بالقدر الذي أثري به»، وحكم هذه المادة عام ولذا يسري على القاصر سواءً كان حسن النية أم سيء النية[2].

من القوانين التي أخذت بفكرة قابلية تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر للإبطال ، نجد التقنين المدني المصري في المادة 1/111، تقنين الأحوال الشخصية العماني في المادة 144، التقنين المدني السوري في المادة 2/112، والتقنين المدني الكويتي في المادة 2/87 ، تقنين المعاملات السوداني في المادة 55.

الفرع الثاني : حكم تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضارة في تقنين الأسرة الجزائري

أخذ المشرع الجزائري فيما يتعلق بهذا النوع من التصرفات في المادة 84، بفكرة العقد الموقوف المعروفة في الفقه الإسلامي[3].

والعقد الموقوف عقد صحيح مشروع بأصله ووصفه ، ولكن لا ينتج أثره إلاّ بعد صدور الإجازة ممن يملكها قانونًا[4].

ومن القوانين التي أخذت بوقف هذه التصرف على إجازة الولي ، نجد التقنين المدني الأردني في المادة 2/118 ، التقنين المدني العراقي في المادة 1/97 ، تقنين الأحوال الشخصية الإماراتي في المادة 3/165 ، تقنين الأحوال الشخصية الموريتاني المادة 168 ، مجلة الأحوال الشخصية التونسية الفصل 156 ، مدونة الأسرة المغربية المادة 3/225.

---

[1] عبد الرازق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ج1: مصادر الالتزام ،مج1، منشوارت الحلبي الحقوقية ،ط3، لبنان ،1998، ص435

2 عبد الرازق أحمد السنهوري ،المرجع نفسه، مج2، ص293.

3 عبد الرازق حسن فرج، المرجع السابق، ص35

[4] عبد الرازق حسن فرج، المرجع السابق، ص38

يظهر بمقارنة هذه القوانين مع القوانين التي أخذت بفكرة قابلية هذا التصرف للإبطال ، أن الدول العربية كانت منقسمة في موقفها من تصرف القاصر المميز الدائر بين النفع والضرر ،بين الرأيين ، فمنها من أخذ بما ذهب إليه التشريع الغربي في اعتبار هذا التصرف قابلاً للإبطال ، ومنهم من ذهب مع ما جاء به بعض المذاهب الفقهية الإسلامية[1]، وهو اعتبار تصرف القاصر الدائر بين النفع والضرر تصرفا موقوفا ، فنصت صراحة على ذلك في نصوصها.

يعتبر تصرف القاصر المميز الدائر بين النفع والضرر ، تصرفا صحيحًا موقوفا لاعتبارين[2]:

أن القول بصحة تصرفه من شأنه تحقيق فائدة جمة له ، فهو تمرين مفيد له يكسبه مراسًا وتجربة ، ومعرفة بأحوال الناس ونتائج المعاملات ، ويعوده اغتنام فرص الكسب وإشعاره بمرارة الخسارة ، ويهيئه لرشده ويختبر مواهبه الفكرية.

أن القول بوقفه من جهة أخرى ، فيه سد لباب المضرة عن الصبي المميز؛ ذلك لأن في عقله نقصًا وفي أريه ضعفا ، ويخشى عليه مغبة تصرفه وفساد تدبيره ، وعدم تقديره العواقب ، وعدم هدايته للأصلح ؛ لاحتمال هذا التصرف النفع والضرر في حقه ، فكان تعلق تنفيذه على إجازة الولي أو الوصي حماية له من كل هذه المخاطر.

---

[1] يذهب الحنفية إلى القول بوقف تصرف الصبي المميز الدار بين النفع والضرر، وفي هذا لهم قولين الأول أوقفه على إجازة الولي والثاني على إذنه. انظر: الكاساني، المرجع السابق، ص2171؛ أبو بكر أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، لبنان، د.ت، ج25، ص28.

ويقول المالكية بوقف هذه التصرفات على إجازة الولي أو إجازة الصبي بعد بلوغه سن الرشد. انظر: الحطاب الرعيني، المرجع السابق، ص363.

أما الشافعية فيقولون في الأغلب ببطلان تصرفات الصبي مهما كان نوعها، وفي رواية عن أبي حنيفة أنه يجوز بغير إذن ويقف على إجازة الولي. انظر: النووي، المرجع السابق، ج9، ص185؛

في حين ينقسم الحنابلة إلى قولين، يقول أحدهما ببطلان تصرفات الصبي المميز، ويقول الثاني وهو ال ارجح بأنه موقوفة على إذن وليه. ابن قدامة، المرجع السابق، ص338.

[2] محمد سعيد جعفور ،فاطمة اسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر، مرجع سابق ،ص83.

إذًا فالسبب في هذا الحكم واضح ، حيث أن الصبي في طور التمييز قبل البلوغ يكون له من العقل والإدراك جانب غير قليل يعرف به ما فيه النفع أو الضرر ، إلاّ أن ذلك لا يكون كاملاً فيه ، فوجب جبر هذا النقصان ب أري وليه وإجازته [1].

يتضح مما سبق أن العقد الموقوف أو غير النافذ ، يعتبر منعقدًا صحيحًا قبل الإجازة أو الرفض ، فالإجازة من صاحب الحق تكسبه النفاذ والرفض يلغيه ، وبناءً على ذلك إذا تمت الإجازة كان لها أثر رجعي ، فيستفيد المتعاقدان من ثمرات العقد منذ انعقاده ؛ لأن الإجازة لم تنشأ العقد إنشاءً ، بل نفذته إنفاذًا ، أي فتحت الطريق لآثاره التي كانت موقوفة لكي تسري[2].

إلاّ أنه ما يؤخذ على المشرع في هذا النص جعله ، حق الإجازة مرتبطًا بالولي فقط ، ولم يذكر حق القاصر في إجازة تصرفه بعد بلوغه سن الرشد ، بالرغم من أن هذا هو مسلك الفقه الإسلامي في إجازة تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر[3].

الإجازة لا تنحصر في التعبير الصريح ، بل تكون بكل وسائل التعبير عن الإرادة من وسائل صريحة وضمنية ، قوليه أو فعلية ، فما يُقبل في إنشاء العقود ،

يُقبل في إجازة العقد الموقوف[4]

وهو ما جاءت به المادة 211 ت.م.ج، ويكون للإجازة طبقا لنص هذه المادة أثر رجعي ، حيث يبدأ نفاذ العقد من تاريخ إبرامه وليس من تاريخ الإجازة وذلك دون الإخلال بحقوق الغير.

فالحكمة الشرعية من توقف هذا التصرف على إجازة نائبه هي حماية أموال الصغير المتصرف بنفسه ، وحماية حقوقه من سوء تصرفه لعدم رشده[5].

---

[1] عبد الزارق حسن فرج، المرجع السابق، ص294-295.

[2] مصطفى أحمد الزرقا ،المرجع السابق، ج1، ص506.

[3] محمد سعيد جعفور ،فاطمة اسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر، مرجع سابق ،ص24.

[4] عبد الرازق حسن فرج، المرجع السابق، ص205وما بعدها.

[5] مصطفى أحمد الزرقا ،المرجع السابق،ج1، ص 507

الفرع الثالث : المفاضلة بين قابلية التصرف للإبطال وبين توقفه على الإجازة

من خلال ما تعرضنا له ، يظهر جليًّا التناقض الذي وقعت فيه نصوص القانون الجزائري فيما يخص حكم تصرفات القاصر المميز الدائرة بين النفع والضرر ، فبينما يحكم عليها التقنين المدني بالقابلية للإبطال ، مما يعني صحتها ونفاذها مع بقائها مهددة بالزوال بأثر رجعي ، في حال ممارسة صاحب الحق في الإبطال حقه ، يراها من جهة أخرى تقنين الأسرة الجزائري متوقفة على إجازة الولي مما يعني صحتها وتوقف نفاذها إلى حين البث في أمرها ، إما بإجازتها ؛ أو برفض إجازتها فيبطل التصرف ويصبح كأنه لم يكن.

نظرًا لاستحالة الجمع بين الحكمين معًا ، وعدم فصل المشرع في هذا الاختلاف ، كان من الواجب تحديد النص الأولى بالتطبيق إلى غاية فصل المشرع في هذه المشكلة ، وهنا تباينت الآراء والاتجاهات[1]، بين من يرى تطبيق التقنين المدني ، ومن يرى تطبيق تقنين الأسرة ، ولكل حججه.

ونذهب نحن مع الرأي القائل بتطبيق حكم المادة83 ت.أ.ج، أي مع فكرة التصرف الموقوف ، وذلك لاعتبارات عديدة:

أولاً: أن المشرع الجزائري جعل تقنين الأسرة القانون المختص بالحكم في مسائل الأهلية ، وذلك بصريح العبارة في نص المادة 79 التقنين المدني.

ثانياً: أنه تطبيقا للمادة الثانية من التقنين المدني في فقرتها الثانية ، فإن إلغاء نص قانوني قد يكون ضمنيًا إذا صدر نص جديد يعارض نصاً قديماً ، وبالعودة إلى تاريخ صدور كل من التقنين ، فإن نص تقنين الأسرة (الصادر في09 يونيو 1984) أحدث من نص التقنين المدني (الصادر في 26 سبتمبر 1975)، بما يعني اعتبار فحوى نص المادة 101 ت.م.ج المتعارض مع نص المادة 83 ت.أ.ج ملغى ضمنياً ، وان كان نص المادة 101 ت.م.ج قد عدل سنة 2005 بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، مما دفع الدكتور «محمد سعيد جعفور» للقول بأن نص

[1] علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني، المرجع السابق ص272.

المادة 101 المعدل هو من أصبح يلغي فحوى نص المادة 83 من تقنين الأسرة1، إلاّ أننا لا نؤيد هذا القول لسببين:

أن مقتضى فكرة الإلغاء الضمني ، أن ينظم النص الجديد ، نفس موضوع النص القديم من جديد ، بما يتعارض مع فحوى هذا الأخير2، وبالرجوع إلى مضمون التعديل الذي أدخل على المادة 101 ت.م.ج سنة 2005، نجده لم يمس بموضوع حكم تصرفات ناقص الأهلية ، بل جاء فقط متعلقا بالآجال القانونية لممارسة حق الإبطال ، مما يعني معه أنه لا محل لتطبيق فكرة الإلغاء الضمني هنا ؛ فتعديل المادة 101 ت.م.ج لم يأتي بجديد فيما يتعلق بموضوع اعتبار تصرفات ناقصي الأهلية قابلة للإبطال.

أن تأييد فكرة القابلية للإبطال التي جاءت بها المادة 101 ت.م.ج ، يعني ليس فقط إلغاء نص المادة 83 ت.أ.ج في الحكم الخاص بتصرفات القاصر الدائر بين النفع والضرر ، بل إلغاء كل الأحكام التي جاءت بها المادة 83 ت.أج المتعلقة بتصرفات القاصر ، والمادة 107 ت.أ.ج المتعلقة بحكم تصرفات المحجور عليه أيضًا ؛ ذلك أن حكم المادة 101 ت.م.ج جاء شاملًا لكل تصرفات ناقصي الأهلية ، ليس مبينًا لطبيعتها وما القول بأن قصد هذه المادة كان التصرفات الدائرة بين النفع والضرر إلاّ تفسير من فقهاء وشراح القانون الجزائري ، كما سبق وبيّنا.

ثالثاً: أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الثاني للقانون بنص المادة الأولى من التقنين المدني ، وكذا هي المرجع في حالة عدم وضوح حكم المشرع في مسألة معينة في تقنين الأسرة بنص المادة 222 منه، وبما أن النص التشريعي فيما يتعلق بتصرفات القاصر الدائر بين النفع والضرر غير واضح ، فلابد لنا من الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية، وهذه الأخيرة تعتبر هذا التصرف موقوًفا لا قابلاً للإبطال كما سبق وقلنا.

---

[1] محمد سعيد جعفور، دروس في نظرية الحق، ص 556-558.

[2] حسن كيرة، المرجع السابق، ص ص332 .336.

رابعًا: أن فكرة التصرف الموقوف هي الأكثر اتفاقا مع المنطق القانوني من فكرة التصرف القابل للإبطال ، ففي هذه الأخيرة يبقى العقد مهددًا بالإبطال لمدة 5 سنوات من بلوغ الصبي المميز سن الرشد ، وفي حالة ما إذا أبرمه عند بلوغه سن التمييز تمامًا أي ثلاث عشرة سنة ، يظل مهددًا بالإبطال بأثر رجعي لمدة 11 سنة، وفي هذا إخلال كبير بمبدأ استقرار المعاملات[1].

بالتالي فإننا نرى مع من يقول بهذا الرأي ، أي أن فكرة العقد الموقوف التي أخذ بها تقنين الأسرة هي الأصح ، وهي الأجدر بالتطبيق، وعلى المشرع أن يسارع باستدراك هذا الخطأ وتصحيحه.

ومع ذلك ، فإن الأمر يبقى غير محسوم ، وتبقى هذه مجرد آراء واجتهادات ، فعلى المشرع فض هذا التناقض ، وذلك إما عن طريق الأخذ بحكم المادة 101 ت.م.ج، وتعديل المادة 83 تقنين.أ.ج ليصبح حكم تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر قابلاً للإبطال بدل توقفها على الإجازة ، أو العكس من ذلك، الأخذ بحكم المادة 83 من ت.أ.ج وتعديل المادة 101 ت.أ.ج بما يتوافق معها ولا يناقضها ، فلا يكون هناك محل لطلب الإبطال ولا لسقوط الحق فيه [2].

المبحث الثالث: النيابة في تصرفات ناقص الأهلية

تعرف النيابة في التعاقد على أنها حلول إدارة النائب محل إرادة الأصيل ، وأن تنحصر مهمة إدارة النائب في الحدود المرسومة للنيابة ، وأن يتعامل النائب باسم الأصيل لا باسمه هو ، فتتحقق لديها عدة آثار قانونية.[3]

لذلك نجد أن هنالك نوعين من النيابة:

[1] علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق ،ص272.

[2] محمد سعيد جعفور، دروس في نظرية الحق، مرجع سابق،ص554.

[3] خليل أحمد حسن قدادة، 4خليل أحمد قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية –الساحة المركزية – بن عكنون، الجزائر، 1994.، ص37.

أ-النيابة القانونية

تعرف النيابة القانونية بأنها التي يستمد النائب صفته وإرادته من القانون ، حيث لا تشترك مع إرادة الأصيل في إبرامه للتصرف القانوني ، وبالتالي لا يعبر الناس في إبرامه لهذه التعريف إلا عن إرادته وحده ، وينتج عن ذلك أن الشخص النائب لا شخص الأصيل هو الذي يجب أن يكون محل اعتبار عند النضر في توافر الأهلية اللازمة وفي أثر العلم ببعض الظروف.

ب-النيابة الاتفاقية

نجد في هذه النيابة أن إرادة الأصيل تشترك مع إرادة النائب في إبرام التصرف على نطاق يضيق ويتسع بحسب ما إذا كنا بصدد وكالة عامة أو خاصة ، وبحسب ولهذا فإن الوكيل في لإبرامه للتصرف القانوني لا يعبر عن إرادته وحده ، وإنما يعبر أيضا في حدود معينة عن لإرادة الموكل ، حيث يترتب عن ذلك عدة نتائج ، منه ما يتعلق بأهلية ، ومنها ما يتعلق بعيوب الإرادة ، ومنها بالعلم ببعض الظروف المؤثرة[1] فنبين دور النيابة في حماية ناقص الأهلية ، وطبقا للمادة 81من قانون الأسرة تنص على ما يلي:

من كان ناقص الأهلية أو ناقصا لصغر السن ، أو جنون أو عته أو سفه ، يناوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون[2] يتضح لنا من خلال هذه المادة لما تشمله النيابة القانونية ، فنجد الولاية ، الوصاية ، والقوامة ، التي نتطرق لها.

المطلب الأول: الولاية

وهنا سوف نتطرق إلي الولاية تعريفا ، ونذكر أقسامها وأصحابها وشروطها ،وحقوق الولاية وصلاحياتها وانقضائها في الشرع القانون .

[1] جلال علي العدوي، ، ، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، دون طبعة، منشأة المعارف للنشر الإسكندرية 1997، ص210.

[2] المادة ،81من القانون ،84-11المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

الفرع الأول : التعريف بالولاية قانونا وشرعا وصلاحياتها

أولا : التعريف بالولاية قانونا وشرعا

أ-المقصود بالولاية قانونا

تعرف الولاية بأنها نيابة قانونية مباشرة ، تستند مباشرة إلى نصوص قانونية تنشئها وتنظمها ، وقد أدرجت مختلف التشريعات على الأخذ بهذه النيابة ، وعلى تعيين نائب قانوني لناقص الأهلية.[1]

وتعرف فقهاء الولاية قانونا كما يلي: "سلطة قانونية لشخص معين تخوله القيام بالتصرفات القانونية ، التي يكون المال محلا لها لحساب غيره من عديمي الأهلية أو ناقصيها ، أو كامليها ، ممن تقوم بهم بعض موانعها بحيث تتبع تلك التصرفات آثارها في حقهم."

ب-تعريف الولاية في الشرع

حيث نجد أن الولاية على مال الغير في الشريعة قد أقرتها الشريعة الإسلامية.

ومنه قوله تعالى:﴿ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُم مِّن وَلَايَتِهِم مِّن شَيْءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُوا ۚ وَإِنِ اسْتَنصَرُوكُمْ فِي الدِّينِ فَعَلَيْكُمُ النَّصْرُ إِلَّا عَلَىٰ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ سورةالانفال [72]،

ومنه قوله تعالى :﴿ اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ آمَنُوا ﴾سورة البقرة [257]،

ثانيا: أقسام الولاية

تنقسم الولاية من الناحية الموضوعية إلى ولاية على النفس وعلى المال ، ومن حيث إثباتها إذا كانت من طرف عديمي الأهلية أو ناقصيها ، وبحسب مصدرها كالقانون مثل ولاية الأب أو الجد

[1] محمد صبري السعدي، النيابة في التصرفات القانونية، دراسة في التشريعات والفقه الإسلامي من منظور موازن، دار الثقافة للنشر التوزيع عمان-الأردن، ،2012ص54.

الصحيح ، أما من ناحية المصدر كذلك قد يكون القضاء[1]، فنحن ما يهمنا هو التقسيم القانوني حيث تنقسم الولاية إلى قسمين:

أ-ولاية قاصرة

و تعرف الولاية القاصرة بأنها ولاية الإنسان على نفسه و ماله ، و هذا النوع من الولاية يوجب في الشخص البالغ العاقل الحر، و يخول لصاحبه الحق في جميع التصرفات سواء أكانت مالية أو غير مالية فتقع كلها نافذة ملزمة فيجب على الشخص الذي يتوفر فيه هذه الولاية الوفاء بالعقود التي يبرهما و يلتزم بها ، ما لم يترتب على تنفيذها ضرر بالغير ، و إذا ترتب فإن العقد يكون موقوفا على إجازة المتضرر.[2]

ب-ولاية متعدية

يقصد بالولاية المتعدية بأنها ولاية الشخص على غيره وهذا النوع ينقسم بدوره إلى:

1- ولاية على النفس

تكون الولاية على النفس في الأمور المتعلقة بشخص الولي عليه وهذا النوع من الولاية يشتمل على ضروب متعددة من المهام المتعلقة بذات المولى عليه ، كولاية الحضانة وولاية ضم الصغير بعد بلوغه أقصى سن الحضانة لأقرب عاصب ، ليقوم بتهذيبه وتوجيهه ...الخ ، وهذا النوع من الولاية يتولى فيه الأقرب من العصابات ، لتوفر الحنان فيهم.

---

[1] سيف رجب قزامل، ، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009.، ص ص123-125. .

[2] رمضان على الشرنباصي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي -نظرية العقد، الملك-الحق-العقوبة-الحسبة، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع الإسكندرية، ،2003ص ص90-91. .

2- الولاية على المال

يقصد بالولاية على المال بأنها القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال ومن فيها وتنفيذها، وبصيغة أخرى هي التي تجعل للولي حق التصرف في مال المولى عيها ويكون تصرفه نافذا من وقت تصرفه دون احتياجه إلى إجازة أحد ، و هذا النوع بدوره أيضا نجد لديه قسمين:

أ-ولاية أصلية

حيث تثبت الولاية الأصلية للإنسان سبب أبوته للصغير مثل ولاية الأب والجد الصحيح، فإنها تثبت لها سبب ولادة الصغير و هذا النوع هو ولاية إلزامية إجبارية حيث لا يملك الولي فيها عزل نفسه منها.

ب-ولاية نيابية

وتثبت الولاية النيابية للإنسان عن طريق استمدادها من شخص آخر كولاية الموصي ، وولاية الوكيل فإنها مستمدة من الموكل ، وولاية القاضي والإمام فإنها مستمدة من المسلمين ، إذ كل منها يعتبر نائبا عنهم.[1]

ثالثا : أصحاب الولاية

أ-إثبات الولاية في القانون الجزائري

نجد إثبات الولاية ضمن المادة 44 من القانون المدني الجزائري تنص على مايلي: يخضع فاقدو الأهلية أو ناقضوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية ، أو القوامة ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون[2]. يتمثل الولي القاصر في القانون الجزائري هو الأب ، وبعد وفاته تحل

[1] رمضان علي الشرنباصي، المرجع السابق، ص ص91-92. .

[2] المادة 44 ، من القانون75 58 ، المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم

الأم محله قانونا ، وبهذا تقضي المادة

8 من قانون الأسرة على ما يلي: يكون الأب وليا على أولاده القصر ، وبعد وفاته تحل الأم محله[1]

ب-إثبات الولاية في الفقه الإسلامي

فنجد رأي الفقه الإسلامي في الولاية بالنسبة للسفيه وذي الغفلة أمام حالتين فالحالة الأولى إذا كان السفه صاحبها البلوغ ، فحسب رأي جمهور الفقهاء خاصة المالكية والشافعية فالولاية تعود لمن كانت له لأن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما ، فإذا انعدم الرشد عادت الولاية وعملا لاستصحاب الحال قبل ذلك والحالة الثانية إن لم يتصل السفه أو الغفلة بالصغير فالولاية للقاضي ابتداء لأنه أدرى بمصلحة ناقص الأهلية أكثر مما كان، والولاية إذن حسب فقهاء الإسلام هي حق لكل الأب أو الجد ، ولا يصح لأيهما أن يتخلى عنها فلا تحتاج إلى تثبيت من القاضي لكن التخلي عنها يجب أن يكون بإذن من المحكمة و هي واجبة[2].

ج ـ إثبات الولاية لدي القوانين الاخري

تكون الولاية في القانون المصري للصغير الأب ثم الجد الصحيح[3] ، أما القانون السوري فقد جعل الولاية علي نفس القاصر وماله لأبيه ثم لجده العصبة ، وفي القانون الفرنسي تكون الولاية للأب إذا كانت السلطة للوالد المقررة قانونا، والقانون الفرنسي كلا لماني والسويسري [4].

رابعا: شروط الولاية وحقوق الولي

أ.شروط الولاية

تتمثل هذه الشروط وحسب المادة 93من قانون الأسرة في:

---

[1]لمادة 87 ، من القانون84 11 ، المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم

2سيف رجب قزامل مرجع سابق ص131. 136

بن شنيني حميد، النيابة في التعاقد، حميد بن شنيني، 2001-2002.مذكرة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-،ص63

[3]الأهلية القانونية، دراسة

[4] محمد صبري السعدي ،مر جع سابق ، ص 55

1.العقل والأهلية

يشترط في الولي أن يكون عاقلا متمتعا بأهلية أداء كاملة فالقاصر لا ولاية له على نفسه فلا تكون له ولاية على غيره بالأولى فمن المقرر بأنه لا ولاية لمن لا تتوافر له أهلية التصرف في ماله.

2.القدرة على مباشرة التصرفات

يجب أن تتوفر لدى الولي هذه القدرة على مباشرة التصرفات ، وإلا عين القاضي شخص آخر وأما شرط الاستقامة في الولي ، فقد كان محل خلاف في الفقه الإسلامي فلم يشترطها بعض الفقهاء كالحنفية وبعض الشافعية إذ كانت الولاية ولاية على النفس ، أما الحنابلة فيشترطون والأولى هو وجوب توفر الاستقامة في الولي والأمانة ، فما دام الهدف أن يكون أمينا على نفس القاصر أو على ماله ، فإنه لا مناط من توافر هذا الشرط.

3.اتحاد الدين:

أضاف الفقه الإسلامي شرط اتحاد الدين ، فإنه لا ولاية لغير المسلم على مسلم.[1]

ب. حقوق الولي

تتمثل هذه الحقوق وحسب المادة 88من قانون الأسرة فيما يلي :

1-جواز وتصرف الأب في العقار أو المحل التجاري.

2-جواز تعاقد الأب مع نفسه باسم القاصر سواء كان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر.

3-عدم سريان القيود المنصوص عليها في القانون على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع عن أبيه صريحا كان التبرع أو مستترا ، فلا يلزم الأب بتقدم حساب عن هذا المال.

4-حق الولي في أن ينفق على نفسه من مال الصغير إذا كانت واجبة عليه.[1]

1 بن شنيني حميد، مرجع سابق ، ص63.

الفرع الثاني : صلاحيات الولي

أولا : التزامات وواجبات الولي

أ-الالتزامات

تتمثل التزامات الوي فيما يلي:

1-قيام الولي برعاية أموال القاصر:

حيث يراعي الولي الأحكام المقررة في القانون ، ويثار في هذا المجال مدى مسؤولية الولي عما ارتكبه من أخطاء أثناء إدارته مال القاصر ، حيث لا يسأل الأب إلا عن خطأه الجسيم ، أما الجد فيسأل مسؤولية الوصي.

2-تحرير قائمه بما يكون للقاصر من مال: فيقوم الولي بتحرير قائمة بما يكون للقاصر من مال وما يؤول عليه منه وإيداعها لدى المحكمة التي يقع بدائرتها موطنه في مدى شهرين من بدء الولاية أو من أيلولة هذا المال للصغير ، وقد كان هذا الحكم أمرا لازما وضروريا لتمشي مع التطور التشريعي فيما يتعلق بأحكام الولاية ، فما دام القانون قد حد من حرية الولي في التصرف واستلزم إذن المحكمة لإمكان إبرام العديد من التصرفات ، وجزاء تخلف الولي لهذا الالتزام هو سلب ولايته أو الحد منها.

3-التزام الولي أو ورثته برد أموال القاصر إليه عند بلوغه: فيكون التزام الولي أو ورثته برد أموال القاصر إذ مادامت الولاية قد انتهت ببلوغه سن الرشد القانوني فإن نيابة الولي تنتهي ، ويكون عليه تسليم الأموال التي تحت يده.

4-التزام الولي بتقديم الحساب: تختلف مسالة الالتزام بتقديم الحساب إذا كان الأب أو الجد ، فإذا كان الأب لا يجوز للمحكمة بحال من الأحوال مسائلته عن أصل المال وذلك بالنسبة للمال الذي آل

---

[1] كمال حمدي، الولاية على المال، الأحكام الموضوعية (الولاية، الوصاية، الحجر، الغيبة، المساعدة القضائية) الاختصاص والإجراءات، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص ص. 50- 52.

إلى القاصر عن طريق التبرع ، أما إذا كان الجد فإنه مثل الوصي و هو أن يقدم حسابا مؤيدا بالمستندات عن إدارته .[1]

ب-القيود الواردة على التزامات الولي

تتمثل القيود الواردة على التزامات الولي في مجموع التصرفات التي لا يجوز له مباشرتها إلا بإذن المحكمة والتي إذا أبرم أي منها دون إذن المحكمة كان تصرفه غير نافذ في حق الصغير ، وهذه التصرفات هي:

1-التبرع من مال القاصر لأداء واجب عائلي أو إنساني ذلك لما في التبرع من خروج لمال الصغير بلا مقابل ، والمحكمة هي تصدر الإذن بالتبرع تقدر حالة الصغير المالية والغرض المراد التبرع من أجله وتحدد في قرارها ما يصرّح للولي التبرع به ، ومثال الواجب الإنساني مساعدة الضحايا والعائلة مساعدة الأقارب.

2-التصرف في مال القاصر ، إذا كان مورث القاصر قد أوحى بألا يتصرف وليه في المال الموروث ذلك تمشيا مع رغبة المورث في إبقاء أصل مال للقاصر كضمان لتربيته.

3-إقراض مال الصغير أو اقتراضه: ذلك لوضع حد احتمال ضياعه في حالة الاقتراض فقد يكون المقترض مفلسا أو مماطلا في أداء ما عليه من ديون.

4-تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغ سن الرشد بسنة ، ذلك ببلوغ القاصر سن الرشد تنتهي الولاية.

1 كمال حمدي، الولاية على المال، الأحكام الموضوعية (الولاية، الوصاية، الحجر، الغيبة، المساعدة القضائية) مرجع سابق ص. 53-55.

5-الاستمرار في تجارة آلت إلى القاصر: حيث تبحث المحكمة عندما يطلب منها الإذن بالاستمرار فيما إذا كانت التجارة التي آلت إلى القاصر تضمن معها ربحا معقولا يتناسب مع مخاطر الاتجار وما إذا كانت التجارة قادرة على الاستمرار.

6- قبول هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة ذلك إعطاء المحكمة إمكانية التحقق من وجود مصلحة للصغير ، ويمكن للولي قبول التبرع أو الهبة أو الوصية غير المقترنة بالتزام مثل الهبة.[1]

7-التصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه إلى الدرجة الرابعة، وهذا رعاية لمصلحة القاصر حيث يمنع على الولي في التصرف في عقار القاصر لأحد الجهات المذكورة إلا بإذن المحكمة.

8-رهن عقار القاصر لدين على نفسه، والحكمة من ذلك أن الرهن غالبا ما يؤدي إلى استيفاء الدين من العقار الضامن له وفي هذا تعريض لمال الصغير للخطر.

9-تصرف الجد في مال القاصر والصلح عليه والتنازل عن التأمينات أو أضعافها دون إذن المحكمة.[2]

ثانيا: صلاحيات الولي في القانون الجزائري

تتمثل صلاحيات الولي في القانون الجزائري في أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص وإذا أخل بالتزاماته هذه يكون مسئولا عن ذلك ، حيث يجب أن يتعرف فيه فيما يعود على القاصر بالنفع والمصلحة ، وهذا طبقا للمادة 88من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي: »الولي أن يتصرف في أموال القاصر ، تصرف الرجل الحريص حيث يكون مسئولا طبقا لمقتضيات القانون العام وعليه يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

[1] كمال حمدي، الولاية على المال، الأحكام الموضوعية (الولاية، الوصاية، الحجر، الغيبة، المساعدة القضائية) مرجع سابق ص. .50- 52

2 كمال حمدي، نفس المرجع السابق، ص 53.

1-بيع العقار ، وقسمته ، ورهنه ، وإجراء لمصالحه.

2-بيع المنقولات ذات الأهلية الخاصة.

3-استثمار أموال القاصر بالإقراض ، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.

4-إيجار عقار لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.» وتقضي المادة 89 من قانون الأسرة بما يلي: »على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة أو المصلحة ، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني.»

وتنص المادة 90من قانون الأسرة على ما يلي: »إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر بعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على من له مصلحة[1]»

ويضاف إلى صلاحيات الوالي في القانون الجزائري ، أن يراعي مصلحة القاصر في إدارته لأمواله ، ويجب أن يستأذن المحكمة في بعض التصرفات ، وهذا الإذن يراعي من طرف القاضي وبيع العقار بالمزاد العلني، وعند تعارض مصالح الطرفين يعين القاضي متصرفا آخر بناء على طلب من له مصلحة.

ثالثا: صلاحيات الولي لدى بعض القوانين الأخرى والفقه الحنفي

أ. صلاحيات الولي لدى بعض الدول الأخرى

نجد أن صلاحيات الولي لدى بعض الدول متشابهة في بعضها ومختلفة في بعضها الآخر كالسعي لتحقيق مصلحة القاصر فهو هدف مشترك بين هذه الدول ، وكمثال عنها نجد القانون الأردني فقد سوى بين الأب والجد فكلاهما مقيد بما ينفع المحجور ، وتكون عقودها في هذا الإطار صحيحة ما داما معروفين بالأمانة وحسن التصرف ، أما في الحالة المخالفة فلم يبني القانون حكم تصرفاتها ، وإن أجاز القاضي وحيث يجوز لأولياء الصغار بيع أموالهم غير المنقولة بإذن من الحكمة إذ توفر ما يلي:

[1] المواد 88 89 90 من القانون 84 11 المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم .مرجع سابق

1-إذا انتقلت إليهم تلك الأموال بالإرث وإذا كان الدين ناشئا عن ثمنها
2-من أجل نفقات الدراسة أو المعالجة الطبية سواء انتقلت إلىهم عن طريق الإرث أو بأية صورة أخرى.

قد أجاز القانون الأردني للأولياء والأوصياء كذلك التصرف ليس فقط في العقارات المملوكة وإنما في العقارات الأخرى كذلك ، وكذلك الحصول على إذن من المحكمة لرهن أموال المحجوزين.

ب. صلاحيات الولي لدى الفقه الحنفي

تكون صلاحيات الولي عند الفقه الحنفي ذلك إن أصبح للولي حق التصرف في أموال المحجور وإدارتها ، إلا أن ذلك مقيد بما يعود بالنفع على هذا الأخير ، ويميزون بين أن يكون الأب مستور الحال أولا ، وأن رهن مال الصغير للغير في دين على الصغير أو على الأب نفسه جائز دون إذن المحكمة[1]

الفرع الأول : انقضاء الولاية

نقصد بانقضاء الولاية انتهاؤها ، أي سقوطها ، فليس ثمة خلاف بينهما ، فكلاهما من للولاية ، وإن كان اصطلاح أو تعبير السقوط يحمل دلالة الجزاء ، وتنقضي الولاية بالأحكام التالية:

الفرع الثاني : انتهاء الولاية بحكم القانون

يكون انتهاء الولاية بحكم القانون في حالات الانقضاء الطبيعي للولاية التي عددها القانون فإذا توافرت حالة منه انتهت الولاية دون ما حاجة إلى صدور حكم بذلك بحيث لم ينص عليها ق.أ.ج. ويمكن حصر هذه الحالات فيما يلي:

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ص. 61 -65.

أولا: بلوغ القاصر سن الرشد ما لم تحكم المحكمة قبل السن باستمرار الولاية عليه

كانت الولاية قديما تنتهي ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه باستمرار الولاية عليه لسبب من أسباب الحجر ، وإذا كان معتوه أو مجنونا فإن الولاية تستمر ولو لم يصدر حكم بذلك ، في حين اشترط صدور حكم باستمرار الولاية على القاصر قبل بلوغه سن الرشد للسفه والغفلة والحكمة من اشتراط صدور هذا الحكم هي أن القاصر ببلوغه الرشد يصبح اهلا للتصرف ويكون في إمكان الغير التعاقد معه ، أما حسب القانون الحالي فقد سوى بين الجنون والعته والسفه والغفلة ذلك بصدور الحكم بالولاية قبل بلوغ القاصر ، وإذا لم يصدر فإن الولاية تنتهي بقوة القانون ورفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية للتوقيع عليه ،[1] ولا يوجد جدال أن قيام أي سبب من أسباب الحجر كالجنون أو العته أو السفه أو الغفلة بالقاصر قبل بلوغه سن الرشد يستدعي إصدار مثل هذا الحكم ، إلا أن الأمر يبق إذا قام بالقاصر قبل بلوغه سن الرشد بإقامة مساعد قضائي له أو إذا تبين أنه كان غائبا قبل بلوغه هذا السن ، حيث أن المساعد القضائي لا يكون نائبا عن القاصر ، وإنما تعيينه المحكمة المعينة بالولاية على المال على الشخص البالغ كامل الأهلية الذي في حاجة إلى المساعدة القضائية ، بما لا مجال معه للقول باستمرار الولاية على القاصر بعد بلوغه سن الرشد إذا ما كان في حاجة إلى تلك المساعدة ، ولا يمكن إثبات غيبة القاصر الغير البالغ للسن الرشد ، ولا مجال لإثارة إمكانية الحكم باستمرار الولاية عليه. وإذا رأى الولي قيام أحد عوارض الأهلية على القاصر قبل بلوغه ، عليه أن يطلب استمرار الولاية عليه إلى ما بعد بلوغه هذا السن ، وتجري المحكمة تحقيق هذا الطلب ، ويصدر حكمها بذلك بالضرورة قبل بلوغ القاصر سن الرشد ، وتظل الولاية قائمة إلى أن يزول سبب استمرارها ويكون ذلك بقرار من القضاء[2].

---

[1] كمال حمدي، الولاية على المال، الأحكام الموضوعية الولاية، الوصاية، الحجر، الغيبة، المساعدة القضائية الاختصاص والإجراءات، المرجع السابق، ص ص 57 ،59

2 كمال حمدي، الولاية على المال، الأحكام الموضوعية الولاية، الوصاية، الحجر، الغيبة، المساعدة القضائية الاختصاص والإجراءات، المرجع السابق، ص 60 61

ثانيا: سلب الولاية على الصغير

يترتب على الحكم بسلب الولاية أو وقفها على نفس الصغير سقوطها أو وقفها بالنسبة إلى المال ففي بعض الحالات إن سلب الولاية على النفس وسقوطها يترتب عليها حقوق ، فتكون وجوبيه في بعض الحالات وفي حالات أخرى يكون سلب أو وقف بعض حقوق الولاية على النفس جوازينا بالنسبة لكل أو بعض من تشملهم الولاية ، وتسلب الولاية ويسقط كل ما يترتب عليها من حقوق ولم ينص عليها ق .أ.ج عن:

1-من حكم عليه بجريمة الاغتصاب أو هتك العرض.

2-من حكم عليه لجناية وقعت على نفس أحد من تشملهم الولاية أو حكم عليه لجناية وقعت من أحد هؤلاء.

3-من حكم عليه أكثر من مرة لجريمة معينة.

4-إذا حكم على الولي بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة.

5-إذا حكم على الولي لأكثر من مرة لجريمة تعريض الأطفال للخطر أو الحبس ، من وجهه حق ولاعتداء جسيم متى وقعت الجريمة على أحد من تشملهم الولاية.

6-إذا حكم بإيداع أحد المشمولين بالولاية دارًا من دور الإصلاح ، ولا يجوز أن يقام الولي الذي حكم بسلب ولايته وصيا أو مشرفا أو قيما كما لا يجوز أن يختار وصيا.

ثالثا: موت الولي أو فقده أهليته

نجد بوفاة الولي تنقضي ولايته على مال الصغير ، ولا تنتقل الولاية إلى ورثته ، وإنما إذا كان الولي هو الأب فهي تنتقل إليه بحكم القانون ، وإلى الجد الصحيح في حالة عدم وجود وصي الأب المختار ولا يستتبع فقد الولي أهليته انتهاء الولاية ، إلا إذا صدر قرار من المحكمة بذلك. فتقضي المحكمة من انتهائها الولاية في حالة فقد الولي لأهليته بعدم قدرته على مباشرة شؤون الولاية.

رابعا: موت القاصر قبل بلوغه سن الرشد

ونجد بوفاة القاصر قبل بلوغه الرشد ، يصبح ماله تركة تقسم على الورثة ولم ينص عليه ق.أ.ج.[1]

خامسا: انقضاء الولاية بحكم من القضاء

يعرف انقضاء الولاية بحكم من القضاء بأنه الانقضاء العارض له ، ذلك بوجود الأسباب التالية:

أولا : تنقضي الولاية بشكل عارض إذا أصبحت أموال القاصر في خطر جسيم بسبب سوء تصرف الولي ، أو متى ظهر للمحكمة أن الولي لا يحسن الإدارة ، كأن يعهد بأموال القاصر إلى شخص غير مؤتمن ، أو كأن يتكرر منه التصرف بغبن فاحش.

ثانيا : نجد من أسباب انقضاء الولاية بشكل عارض هو غياب الولي أو حبسه لمدة طويلة تصبح فيها أموال المحجور أو مصالحه معرضة للخطر ، وكذلك لو كان الولي على المال وليا أيضا على النفس.[2]

ثالثا : إن سلب الولاية ينهيها في حين أن الحد من الولاية هو إنهاء لشق منها ، وقد يكون الحد من الولاية بمنع الولي من مباشرة أعمال معينة ، أو بإصدار تلك الولاية بالنسبة لمال معين ، لذلك يمكن القول بأن الحد من الولاية هو سلب جزئي للولاية ومن بين أسبابها أيضا عدم تقديم الولي قائمة بأموال القاصر تعريضا لمال القصر للخطر ، ذلك إذا اشتهر عن الولي سوء التدبير.[3] تنقضي الولاية حسب المشرع الجزائري كالتالي:

فتقضي المادة 91من قانون الأسرة على ما يلي: »تنتهي وظيفة الولي:

---

[1] كمال حمدي، الولاية على المال، الأحكام الموضوعية الولاية، الوصاية، الحجر، الغيبة، المساعدة القضائية، الاختصاص والإجراءات، المرجع السابق، ص ص62-64..

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص68. .

[3] كمال حمدي، الولاية على المال، الاحكام الموضوعية (الولاية، الوصاية، الحجر، الغيبة، المساعدة القضائية) الاختصاص الإجراءات، المرجع السابق، ص. 66.

1-بعجزه

2-بموته.

3-بالحجر عليه.

4-بإسقاط الولاية عنه.[1]

سادسا : أثر وقف الولاية وعودتها وانتهائها حسب الفقه الإسلامي:

1 . وقف الولاية

يتمثل وقف الولاية إذا كانت هناك ظروف مؤقتة للوقف ثم يزول السبب مثل إذا اعتبر الوالي غائبا ، أو اعتقل تنفيذا لحكم بعقوبة جنائية ، أو بالحبس مدة تزيد على سنة و هناك ظروف غير مؤقتة مثل المساعدة القضائية ، والتي يجوز تقريرها إذا توافر بالشخص عاهتين وتعذر عليه سببها التعبير عن إرادته لهذا فالقانون لم ينص على اعتبار تقرير مساعدة الولي قضائيا سببا للحكم بوقف الولاية. فيجب على المحكمة أن تعين وصيا مؤقتا إذا حكم بوقف الولاية ولم يكن للقاصر ولي آخر ، وفي هذه الحالة إن الولاية لا تنتهي ، وتنهي مهمة الوصي المؤقت بزوال السبب الذي من أجله أوقفت الولاية.[2]

2. عودة الولاية

تتمثل عودة الولاية في استرداد الولي للولاية ، يكون بعد سقوطها أو سلبها أو الحد منها أو وقفها ويصدر قرار المحكمة برد الولاية إلى الولي بعد التثبت من زوال الأسباب التي دعت إلى ذلك ، في حالة سلب الولاية تؤول الولاية إلى الجد الصحيح ، وإلا تقيم المحكمة وصيا على القاصر ، وفي الحد منها تقيم وصيا خاصا ، وفي حالة الوقف تقيم المحكمة وصيا مؤقتا ، وترتب على استردادها وجوب من قام على شؤون القاصر بتسليم الوالي الشرعي أموال القاصر التي كانت قد سلمت له.

---

[1] المادة ،91من القانون ،84 -11المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق

[2] . كمال حمدي، الولاية على المال، القاصر، الولاية، الوصاية، الحجر القضائي، الغيبة، المساعدة القضائية، الحجر القانوني، منشأة المعارف الإسكندرية، ،2001ص ص67 -69. .

3 . انتهاء الولاية في الفقه الإسلامي

يعتبر البلوغ سببا من أسباب النهاية بالنسبة للولاية حسب الفقه الإسلامي ، والسن القانونية هي غير محددة ، فهدا ما يدل على سعة أفق فقهاء الشريعة ، فهو يختلف بحسب حالة الشخص ، موطنه وظروف الحياة التي يعيشها وللبلوغ علامات ، منها ما هو خاص بالأنثى وهو الحيض والحمل، منها ما هو مشترك بين الرجال والنساء وهو الإنزال.[1]

المطلب الثاني: الوصاية

حسب المادة 81من قانون الأسرة السالفة الذكر ، يتبين لنا النوع الثاني أو الصورة الثانية للنيابة وهي الوصاية والتي ندرسها حسب الشكل التالي:

الفرع الأول : المقصود بالوصاية وصلاحياتها:

أولا: تعريف الوصاية لغة واصطلاحا وقانونا:

أ –**التعريف اللغوي** :تعرف الوصاية لغة بأنها مصدر مشتق من الفعل الرباعي أوصى فيقال: أوصى بشيء إليها أي جعلها وصيه مثلما نجده في الحديث النبوي الشريف: "استوصوا بالنساء خيرا فإنهن عندكم عوام.[2]

ب–التعريف الاصطلاحي

–عرف الحنفية الوصاية بقولهم: »طلب شيء من غيره ليفعله بعد وفاتها أو غيبتها كقضاء ديونها ، فعندهم هي إنابة بعد الموت أو الغيبة [3]، وعرفها المالكية بأنها عقد يوجب نيابة عن عاقده بعد موتها.لقوله تعالي "كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ

[1] سيف رجب قزامل ،نفس المرجع ، ص 164

[2] عبد الله محمد ربابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي دراسة فقهية قانونية مقارنة، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن ، 2008،ص19، رواه ابن ماجة بسند حسن عن عمرو بن الاحوص رضي الله عنه .

[3] عبد الله محمد ربابعة ، نفس المرجع، ص20

بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (180) فَمَن بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ ۚ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ"سورة البقرة (181)

ج-التعريف القانوني

يقصد بالوصاية قانونا بأنها هي تلك النيابة التي يعين فيها القانون أشخاصا يكون لهم حق اختبار آخرين لإدارة أموال عديمي الأهلية وناقصيها ، وتلك النيابة تشمل نيابة الوصي مختارا من الأب أو من الجد أو وصيا من القاضي الذي يجري اختياره بقراره ، أما المختار يجري تعيينه بإرادة منفردة ، وما على الوصي إلا قبول التفويض أو رفضه، وفي حالة رد الوصاية من طرف الوصي يستوجب علم الموصي.[1]

ثانيا: أركان الوصاية

أ-الصيغة

نجد في الصيغة بأن تنعقد الوصاية بكل ما يدل على الإرادة سواء كانت بألفاظ صريحة ، أم كنائية ، وتوافق الإيجاب والقبول فيها.

أ -الموصي

يقصد بالموصي الشخص الذي يسند أمر من هم تحت ولايته من القاصرين إلى من يقوم مقامه بعد الموت.

جـ-الوصي

ويعرف الوصي بأنه الشخص الذي ينصب على القاصرين لرعاية شؤونهم وإدارة أموالهم ورعايتها.

د-الموصي به

يتمثل الموصي بها في التصرف الذي يناط بالوصي ليقوم به

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 70 71

هـ-الموصي عليه

يقصد بالموصي عليه الشخص القاصر ، صغيرا أم كبيرا ، مجنونا أم سفيه ، أو معتوها.[1]

ثالثا: شروط الوصاية وضرورة الإعلام فيها

أ.شروط الوصاية

يشترط في الوصي عموما ما يشترط في الوالي ، فيشترط فيه البلوغ و العقل دائما و الإسلام كما يشترط فيه أن يكون كامل الأهلية ، عدلا أمينا قادرا على إدارة شؤون من له الوصاية عليه ، و لا يجوز الإيصاء لمجنون أو معتوه و لا يجوز الإيصاء لمن يكون مخالفا للقاصر في الدين ، و لا يشترط في الوصي أن يكون من الرجال ، فالأم يمكن أن تحل محل الوصي ولا يمكن لها أن توصي في حياتها ، أو الجد أو القاضي والشروط المطلوبة في الوصي في الشريعة الإسلامية هي الإسلام و الحرية، إضافة إلى العقل والأمانة و حسن التعرف و البلوغ ، كما نجد هذه الشروط لدى الدول الأخرى مثل مصر فعندها لا يجوز أن يكون وصيا من حكم عليه في جريمة مخلة بالآداب أو لجريمة كانت تقض قانونا سلب ولايته على نفس القاصر ، ومن كان مشهورا بسوء السيرة ، و من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر ، و إذا كانت هناك أسباب قوية تحرم من الوصاية ووجود عداوة ، أما عن قبول الوصي لهذه الوصاية فيتم التعبير عنها إما صراحة أو ضمنيا ، و من أوصى إليه ثم سكت و لم يصرح بالقبول وعدمه فمات الموصي فله الخيار إن شاء رد الوصاية و إن شاء قبلها.[2] وتتمثل شروط الوصاية في القانون الجزائري واستنادا إلى المادة 93من قانون الأسرة تقضي بما يلي: * يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغا قادرا أمينا حسن التصرف وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيها الشروط المذكورة.[3]

يتطلب تعيين الوصي من قبل القاضي ، مراعاة القيدين التاليين:

---

[1] عبد الله محمد ربابعة، المرجع السابق، ص ص11-116.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ص73-75. .

[3] المادة ،93من القانون ،84-11المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم

1-لا يجوز إقامة وصي من قبل القاضي، إلا إذا لم يوجد ولي جبري أو وصي مختار.

2-كما لا يجوز إقامة وصي من قبل القاضي إلا إذا استدعت الحاجة هذا الوصي. ويقوم القاضي بتعيين وصي عنده فقط بقيام الحاجة إليه، وهي التي تظهر في واحدة أو أكثر من الفروض

التالية:

1-إذا كان على الميت دين.

2-إذا وجد دين للميت على شخص آخر.

3-إذا أوصى الميت لشخص ولم يوجد وراث يستطيع الموصي له إثبات الوصية في مواجهتها.
4-إذا كان من بين الورثة صغير يستلزم الأمر وجود وصي يحمي مصالحه.
5-إذا كان للصغير مال ورثة عن أمه وله أب ولكنه غير أهل للولاية.

6-إذا كان الصغير على غيبة منقطعة.

7-إذا كان على التركة دين، وأن يكون القاضي ذا اختصاص في تعيين هذا الوصي كذلك. وتثبت الولاية في القانون الجزائري حسب المادة 94 من ق.أ.ج .

ب-ضرورة الإعلام في الوصاية

اختلف فقهاء المذهب الحنفي في ضرورة الإعلام في الوصاية حيث ذهب البعض إلى هذه الضرورة وآخرون إلى انتفائها ، وأن مرد خلافهم يعود إلى اختلاف في نظرت إلى طبيعة الوصاية فالرأي الأول يذهب إلى أنها خلافه ، وذهب الرأي الثاني إلى أن الوصاية نيابة، فيجب ألا تتم إلا بعلم النائب شأنها في ذلك شأن النيابة حال الحياة.[1] تعتبر الوصاية في القانون الجزائري ضمن النيابة ، والوصاية تكون حسب المادة 92من قانون الأسرة كما يلي: يجوز الأب أو الجد تعيين وصي للولد

[1] وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه العربي، مكتب الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص159.

القاصر إذ لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وإذا تحدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون[1]

رابعا: صلاحيات الوصاية

تتمثل صلاحيات الوصاية في السلطات التي تمنح للوصي ، والواجبات التي يقوم بها، وهي كما يلي:

أ . سلطات الوصي هي:

1 . أعمال الإدارة:

للوصي القيام بأعمال الإدارة لأنها تلحق بالأفعال النافعة ، والقانون استوجب إذن المحكمة لبعضها كرفع الدعاوى ، إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة ، إيجار الوصي أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما وإيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية. نجد أن الفقه الإسلامي يتفق مع القانون في أعمال الإدارة فلا مساس لها برأس المال ، وكذلك يتفقان في الدعاوى المستعجلة فللوصي أن يرفعها دون الحاجة إلى الإذن ، ولا يجوز عند جمهور الفقه الإسلامي للوصي أين يشتري أو يبيع مال القاصر من نفسه والعكس ، وبيع المال وغالبا ما ينهى الفقهاء على الحكم في البيع.

2 . أعمال التصرف:

يقصد بأعمال التصرف بأنها التي يجوز للوصي القيام بها دون الرجوع إلى المحكمة ، لكن هناك بعضها لابد من الرجوع إليها مثل جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية والتبعية والتصرف في المنقولات وكذلك في الصلح والتحكم و حوالة الحق والدين ، إقراض المال واقتراضها ، الإنفاق من مال القاصر.2 ونجد أيضا قبول التبرعات المقترنة بشرط ، والوفاء الاختياري

---

[1] . المادة ،92من القانون ،84-11المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم

[2] سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص ص278-281. .

بالالتزامات ، التنازل عن الحقوق والدعاوى وعن التأمينات ، وفيما يخص تزويج القاصر وتعليمه ورعايته وقسمة مال ، كل هذا وفقا للمادة 88 من ق.أ.ج. تدخل كل هذه التصرفات ضمن أعمال التصرف بإذن الوصي للسلطات التي يقوم بها دون مراقبة وأخرى تخضع للقضاة ببلدهم ، كأن يشترط على من يلي أمر اليتيم ألا يتصرف تصرفا إلا بعد أن يأذن له[1]: فنجد في القانون الجزائري حسب المادة 95بأنه: »للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد (88و 89و90) من هذا القانون.[2]

ب.واجبات الوصي

تتمثل واجبات الوصي فيما يلي:

أ-تسلمه أموال القاصر وقيامه على رعايتها.

ب-التزام الوصي بتقييم التأمينات ذلك حسب تقدير المحكمة لنوع التصرف وحالة الوصي.
ج-إحاطة الوصي المحكمة بالإجراءات القضائية والتنفيذ التي تتخذها ضد القاصر.
د-إيداع ما يحصل من نقود خزانة المحكمة ، أو أحد المصاريف الذي تحدده بعد استبعاد النفقة المقررة كذلك المبلغ الذي تقدره.

هـ-تقديم حساب عن إدارتها مؤيدا بالمستندات حتى يمكن للمحكمة فحصها. فنجد أن القانون حسب هذه الواجبات يتفق مع الفقه الإسلامي حولها ، ما عدا تقديم التأمينات بخصوص تصرف الأمين بل يترك له الأمر بعد التأكد من الشروط المطلوبة فإن فرط أو تعدى فإنها يضمن.[3]

نجد صلاحيات الوصي لدى بعض الدول الأخرى كالأردن ومصر كانت مؤيدة لما ورد في كتب الحنفية فمثلا ما يجوز للوصي القيام بها ، كأن يباشر مختلف أعمال الإدارة وصلاحية مباشرة التصرفات الضرورية التي لابد من القيام بها ، ومباشرة مختلف التصرفات النافعة نفعا محضا ،

---

[1] سيف رجب قزامل ،نفس المرجع ، ص ص282-283. .

[2] المادة ،95من القانون ،84-11المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

[3] سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص ص284-286. .

وهناك تصرفات لا يجوز للوصي القيام بها إلا بإذن المحكمة كبيع أموال المحجور ورهنها وكذلك الصلح ، إضافة إلى قسمة المال الشائع واستثمار النقود ، ولا يجوز له أيضا مباشرة التصرفات الضارة كهبة أموال الموصي والاقتراض ...الخ.[1]

الفرع الثاني: انقضاء الوصاية

نتناول في هذا المطلب فرعين الأول نخصصه إلى تبيان كيفية وقف الوصاية ، والثاني حالات انتهائها.

الأول: وقف الوصاية

يكون وقف الوصاية بأمر من المحكمة ، والتي تقيم في مثل هذه الأحوال وصيا مؤقتا ، ويكون على الوصي تسليم الأموال إلى الوصي المؤقت ، وللمحكمة أن تأمر الوصي الذي أوقفتها بمعاونة الوصي المؤقت في أي عمل ترى أن من المصلحة أن تستمر المعاونة فيه إلى أن ينتهي ، والوقف يكون لوجود أسباب جدية لذلك.[2]

الثاني: حالات انتهاء الوصاية

تتمثل حالات انتهاء الوصاية ووفقا للمادة 96 من ق.أ.ج كالتالي:

أ-وصول الشخص سن البلوغ: حيث نجد أن هذه السن مختلفة فمثلا القانون الجزائري هو 19سنة ، أما القانون الأردني 18سنة.

ب-عودة الولي إلى الولاية: وهذه العودة تكون في الحالات التي يجوز فيها ذلك.

ج-عزل الوصي أو قبول استقالته.

---

[1] محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص ص81-88. .

2كمال حمدي، الولاية على المال القاصر، الولاية، الوصاية، الحجر القضائي، الغيبة، المساعدة القضائية، الحجر القانوني، المرجع السابق ص 149

د-فقدان الوصي القدرة على ممارسة مهامه ذلك مثلا لفقدانه أهلية وغيابه.[1]

المطلب الثالث:القوامة

تتمثل القوامة في الصورة الثالثة للنيابة بعد الولاية والوصاية. لقوله تعالي "الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ۚ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ ۚ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا "النساء 34

الفرع الأول: تعريف القوامة:

أولا: المقصود بالقيم:

أ-المقصود بالقيم قانونا

يعين القيم قانونا إذا تقرر الحجر على شخص للجنون والعته أو السفه ، وكذلك الغفلة ، فإن المحكمة تعين قيما عليه لإدارة أمواله ، وعلى هذا يمكن تعريفه بأنه النائب عن المحجور عليه تقييمه محكمة الأحوال الشخصية لتمثيل المحجور عليه ، والقيام على رعاية أموالها وإدارتها ، تحت إشرافها ووفقا لأحكام القانون.[2]

ب-المقصود بالقيم في القانون الجزائري

يقصد بالقيم في القانون الجزائري حسب المادة 90 كما يلي: "المقدم هو تعيينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصا بناءا على طلب أحد أقاربها أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة"[3].

---

[1] محمد صبري السعدي ،المرجع السابق، ص97 99

[2] كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية -الاختصاص و الإجراءات ، المرجع السابق ، ص 211

[3] المادة من القانون 84 11 المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم

ج-المقصود بالقيم حسب فقهاء الشريعة الإسلامية

يتمثل المقصود بالقيم حسب فقهاء الشريعة الإسلامية كما يلي:

1) ولاية يفوضها القاضي إلى الشخص الكبير ويكون راشد بأن يتصرف لمصلحة قاصر.

2) ولاية يفوض بموجبها صاحبها حفظ المال الموقوف وتنميته.

3) ولاية يفوض بها الزوج تدبير شؤون زوجته وتأديبها.[1]

د-المقصود بالقوامة لدى الدول الأخرى

تعرف القوامة لدى بعض الدول العربية كما يلي: مثلا في الأردن تقرر القوامة على من أدرك سن الرشد رشيدا أي غير مصاب يعارض من عوارض الأهلية ، ثم ظهر بعد ذلك سفه أو غفلة ، وكذلك في سوريا والعراق ، أما في مصر فالقوامة تقرر على من أصيب بعارض من عوارض الأهلية بعد بلوغه من الرشد 21سنة.[2]

ثانيا: اختيار القيم وشروطها

أ-اختيار القيم

تتمثل الأولوية من يعهد إليه بالقوامة ، فتكون للابن البالغ ثم الأب ثم الجد ، ثم لمن تختاره المحكمة والجد الصحيح هو المقصود هنا ، فإذا لم تتوفر الشروط اللازمة فيهم فالمحكمة تعهد بالقوامة على من تختاره.[3]

---

[1] محمد صبري السعدي ،المرجع السابق، ص..100

[2] محمد صبري السعدي ،المرجع السابق، ص.101..

3كمال حمدي، الولاية على المال القاصر، الولاية، الوصاية، الحجر القضائي، الغيبة، المساعدة القضائية، الحجر القانوني، المرجع السابق ص 222

ب-شروط القوامة

يشترط فيمن يعين قيّما على السفيه أو ذي الغفلة ما يشترط في الوصي ، وهو أن يكون بإيجاز كامل الأهلية معروفا بالأمانة مستور الحال، وهذا أيضا ما نجده لدى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية كالمالكية مثلا والشافعية ، ولكن القانون المصري ذهب إلى الاستغناء عن بعض الشروط المطلوبة في الوصي فأجاز للمحكمة أن تعين الأب أو الجد قيما خلافا لما هو مقرر بالنسبة للوصي رغم سبق الحكم عليه بجريمة مخلة بالشرف أو النزاهة، أما في القانون الجزائري فما يشترط في الوصي يشترط كذلك في القيم.[1]

الفرع الثاني: حدود القوامة وأسباب انقضائها

ندرس هذا الفرع كما يلي:

الأول: حدود القوامة:

تتمثل حدود القوامة في:

أ: القيم هو نائب عن المحجور عليه والمحكمة تقوم بتعيينه ونيابته هي قانونية.

ب: إن الأحكام التي تسري على القوامة هي ذات الأحكام المقررة بالنسبة للوصاية والوصي.

ج: يكون ثمة محل لتعيين قيم خاص حيث تدعو إلى ذلك حاجة أو ضرورة، كما للمحكمة أن تقيم قيما مؤقتة إذا أوفق القيم أو حالت ظروف مؤقتة دون أداء لواجباتها.

د: يلزم القيم بالوجبات المفروضة على الأوصياء وتكون له حقوقهم.

هـ: تعيين مشرف على القيم ومدير مؤقت لإدارة أمول المطلوب الحجر عليه ، ذلك من طرف النيابة

[1] محمد صبري السعدي ،المرجع السابق، ص 105

العامة إذا رأت أن طلب توقيع الحجر يقتضي اتخاذ إجراءات تحقيق تستغرق فترة من الزمن يخشى خلالها من ضياع حق أو مال.[1]

و: حسب المشرع الجزائري من خلال المادة 100 من قانون الأسرة تقضي بما يلي: »يقوم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام.[2]

ثانيا: أسباب انقضاء القوامة

1 . انقضاء القوامة بحكم القانون

يكون انقضاء القوامة بحكم القانون برفع الحجر عن المحجور عليه ، بفقد القيم لأهليته وبثبوت غيابها القيم ووفاته ، وزوال السبب الموجب لتعيين القيم المؤقت.

2 . انقضاء القوامة بحكم القضاء

يكون انقضاء القوامة بحكم القضاء في حالة إذا توافرت أسباب جدية لذلك ، وتعين قيما خاصا ، إذن حتى في أسباب الانقضاء بالنسبة للقيم هي أيضا المقررة في شأن الوصي.[3]

[1] كمال حمدي، الولاية على المال القاصر، الولاية، الوصاية، الحجر القضائي، الغيبة، المساعدة القضائية، الحجر القانوني، المرجع السابق ص .213 -214

[2] المادة ،100من القانون ،84-11المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[3] كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية –الاختصاص و الإجراءات ، المرجع السابق ، ص ص215 -216..

خلاصة الفصل الثاني

وفي الأخير ومن خلال تطرقنا إلي موضوع تصرفات ناقص الأهلية تبين لنا أن كلا من الشريعة الإسلامية والقانون المدني يسعيان لي هدف واحد وهو حماية أموال وممتلكات القاصر . وذالك من خلال تقسيم تصرفات القاصر إلي ثلاث تصرفات : تصرفات نافعة له نفعا محضا ، تصرفات ضارة له ضرر محضا، تصرفات دائرة بين النفع والضرر

ومن وجهة نظري المتواضعة أرى أن الشريعة الإسلامية فصلت أحسن تفصيل في حماية القاصر لأمواله وحقوقه حيث راعت سن البلوغ والتصرفات الجائزة وغير الجائزة .

أما عن القانون فقد تقيد بمبدأ النصوص القانونية في حماية القاصر.

خـــاتـمـــــة

خاتمة

يتفق كل من الفقه والقانون الإسلامي فيما يتعلق تصرفات ناقص الأهلية حول هدف واحد، وهي حماية أموال القاصر.

فيتبين من خلال ما سبق دراسته بالتوصل لبعض النتائج وتسجيل بعض النقائص التي أدت إلى تقديم بعض الاقتراحات وفتح المجال للبحث عن الجوانب التي تعذر علينا التطرق لها، وتتمثل أهم هذه النقط في المذكرة في :

1: بالنسبة لمفهوم ناقص الأهلية في القانون والفقه الإسلامي :

فحسب القانون المدني الجزائري يعتبر ناقص الأهلية كل من كان سفيها وذي غفلة، إلى جانب الصبي المميز بينما قانون الأسرة أدرج الجنون، العته والسفه في مرتبة واحدة وهم عديمي الأهلية،

2: بالنسبة لأهلية ناقص الأهلية :

يعتبر كل من السفيه وذي الغفلة بأنهما ناقصا الأهلية، فحسب المادة 43من القانون المدني ووفقا للمادة 83من قانون الأسرة الجزائري هما ناقصا الأهلية مثل الصبي المميز، وسن التمييز حسب المشرع الجزائري هو13سنة وسن الرشد هو19، فعند فقهاء الشريعة الإسلامية هو سبع سنوات للتمييز و14للرشد بالنسبة للقوانين الأخرى كمصر وسوريا من السابعة إلى بلوغه الرشد وهو 21.

3: بالنسبة لحكم التصرفات التي يبرمها ناقص الأهلية :

تتمثل هذه التصرفات في :

-التصرفات النافعة نفعا محضا، حيث يملك فيها ناقص الأهلية حق مباشرتها لأنها تعود عليه بالنفع.

-التصرفات الضارة ضررا محضا، فهي تعد باطلة لأنها تعود عليه بالضرر.

-التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، موقوفة على الإجازة .

وحسب القانون المدني الجزائري الأصلي أن ناقص الأهلية قبل الحجر عليه يعتبر كاملا لها، وان الانتقاص منها بسبب السفه أو الغفلة لا يثبت إلا بالحجر، والاستثناء بوجود استغلال أو تواطؤ وأسباب الحجر ظاهرة وفاشية، وحسب فقهاء الإسلام كالمالكية والشافعية لا يحجر عليه، وان تصرف الصبي الدائر بين النفع والضرر هي البطلان قبل الإجازة، وهذا البطلان حسب القانون هو نسبي حيث يمكن لأحد المتعاقدين حق في إبطال العقد لمصلحته.

4: بالنسبة لحماية ناقص الأهلية :

وقصد حماية ناقص الأهلية وضعه القانون تحت شخص ينوب عنه، وطبقا للمادة44 من القانون المدني تتكون النيابة من الولاية والوصاية والقوامة، فبصفة عامة هناك تشابه عام في مهامها وهي التسيير الحسن لأموال ناقص الأهلية، إضافة إلى اخذ الإذن في بعضها من المحكمة مثل إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات، نجد هناك بعض المهام الخاصة بكل واحدة مثل الوصاية على الوصي تقديم التأمينات وحساب عن إدارته، فهناك خلاف حول إثبات هذه النيابة فالولاية تثبت في القانون المدني الجزائري للأب وان لم يوجد تحل الأم محله، أما عند الفقه الإسلامي هي حق لكل من الأب أو الجد.

بالنسبة للوصاية فالوصي المختار هو الذي يعينه الولي قبل وفاته، ليقوم مقامه إذا لم يكن ولي أخر وعند عدم وجودهما يعين القاضي وصي عنده، وفي حالة تعدد الأوصياء يعين القاضي الأصلح بينهم، أما القوامة تكون إذا تقرر الحجر على شخص لأحد عوارض الأهلية لإدارة أمواله، ففي القانون المدني الجزائري تعين المحكمة قيما إذا لم يكن هناك ولي ولا وصي عن طريق طلب احد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو النيابة العامة، فيما يخص الشروط أو أسباب الانقضاء هي تقريبا كلها متشابهة فيما بينها .

2 : بالنسبة للاقتراحات :

1-إعادة كل ما يتعلق بقانون ناقص الأهلية من الشريعة الإسلامية في القانون الجزائري.

2-توفير الظروف الملائمة وحماية ناقص الأهلية لتجنب كثير من الاستغلال له.

3-عدم التساهل في من يستغل ناقص الأهلية لمصلحته الشخصية لأن ذلك يشجع الغلول واخذ حقوق ناقص الأهلية

الفـــهـــارس

الفهارس

فهرس آيات القرآن الكريم

الآية الكريمة	رقم الآية	الصفحة
سورة الإسراء		
﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾	70	أ
سورة ص		
﴿ إِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلاَئِكَةِ إِنِّي خَالِقٌ بَشَراً مِّن طِينٍ فَإِذَا سَوَّيْتُهُ وَنَفَخْتُ فِيهِ مِن رُّوحِي فَقَعُواْ لَهُ سَاجِدِينَ ﴾	72	أ
سورة الأحزاب		
﴿ إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَن يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنسَانُ ۖ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا ﴾	72	ب
سورة الفتح		
﴿ وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا ۚ وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا ﴾	26	10
سورة المدثر		
﴿ وَمَا يَذْكُرُونَ إِلَّا أَن يَشَاءَ اللَّهُ ۚ هُوَ أَهْلُ التَّقْوَىٰ وَأَهْلُ الْمَغْفِرَةِ ﴾	56	10
سورة الأحقاف		
﴿ فَلَمَّا رَأَوْهُ عَارِضًا مُّسْتَقْبِلَ أَوْدِيَتِهِمْ قَالُوا هَٰذَا عَارِضٌ مُّمْطِرُنَا ۚ بَلْ هُوَ مَا اسْتَعْجَلْتُم بِهِ ۖ رِيحٌ فِيهَا عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾	24	24

الفهارس

سورة النساء		
﴿ وَلاَ تُؤْتُواْ السُّفَهَاء أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللّهُ لَكُمْ قِيَاماً وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلاً مَّعْرُوفًا.﴾	5	26
سورة النساء		
﴿ وَيَقُولُونَ حِجْرًا مَحْجُورًا ﴾	22	10
سورة النساء		
﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ۚ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ ۚ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا ﴾	34	81
سورة النساء		
﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ فَمَن بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ ۚ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾	181	74
سورة البقرة		
﴿ اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ آمَنُوا ﴾	257	

سورة الانفال	
﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُم مِّن وَلَايَتِهِم مِّن شَيْءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُوا ۚ وَإِنِ اسْتَنصَرُوكُمْ فِي الدِّينِ فَعَلَيْكُمُ النَّصْرُ إِلَّا عَلَىٰ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِير ﴾	72

60

فهرس الأحاديث النبوية

الحديث النبوي الشريف	الصفحة
" مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين،واضربوهم عليها وهم أبناء عشر سنين ، وفرقوا بينهم في المضاجع "	14
" رفع القلم عن ثلاث :عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق""	18
" استوصوا بالنساء خيرا فإنهن عندكم عوام.[1] ""	74

الفهارس

قائمة المصادر والمراجع

أولا: الكتب

1- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم

2- الفيروز بادي محمد بن يعقوب، القاموس المحيط ط8،مؤسسة الرسالة 2005

3- مصطفى إبراهيم والزيات احمد حسن والنجار ،محمد علي ،المعجم الوسيط2مج،تحقيق مجمع اللغة نشر دار الدعوةج1

4- البخاري كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البز دوي 4مج،تحقيق عبد الله محمود ،محمد عمر ،بيروت دار الكتب العلمية 1418مج

5- محمد الصغير بعلي ،مدخل للعلوم القانونية ،نظرية القانون والحق ،دار العلوم للنشر والتوزيع ،عنابه ،2006

6- جلال علي ألعدوي، أصول الالتزامات ،مصادر الالتزام ،منشاة المعارف للنشر ،الإسكندرية ،1997

7- محمد سعيد جعفور ،مدخل إلى العلوم القانونية ج2، ط1 ،دار هومة، الجزائر

8- محمد كمال الدين إمام ،الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية ،ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،بيروت 1996

9- وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته ط31،دمشق:دار الفكر 1430م

10-نبيل صقر ،قانون الأسرة نصا وفقها وتطبقا ،دار الهدى، الجزائر،د،س،ن

11-محمدي فريدة زواوي ،المدخل للعلوم القانونية ،نظرية الحق ،المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ،الجزائر ،1998

12-سيف رجب قزامل ،النيابة عن الغير في التصرفات المالية ،دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية

13-عباس الصراف ،جورج حزبون ،المدخل إلى علم القانون ،نظرية الحق ودار الثقافة والنشر والتوزيع ،د،ب،ن،سنة2008

14-أنور العمروسي ،الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري في القانون المدني ، دار محمود ، ط1 ،د،م،2006

15-حسين كيره ،مخل إلي القانون ،منشاة المعارف ،مصر ،1971

16-عبد الرحمن ألشواربي ، البطلان المدني الإجرائي و الموضوعي، منشاة المعارف، مصر .د.ت

17-محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب الرعيني ، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل ، ضبطه زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ،لبنان 1995

18-سمير عبد السيد تناغوا ،نظرية الالتزام ،منشاة المعارف مصر 2000

19-عبد الرحمن الجز يري: الفقه على المذاهب الأربعة، دار الفكر، لبنان ،2003

20-علي محي الدين باغي، مبدأ الرضا في العقود: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار البشائر الإسلامية، ط1، لبنان ،1985

21-شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر ، 2009

22-فريدة محمدي

23- زواوي، المدخل للعلوم القانونية: نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر ،2002

الفهارس

24-مصطفى السباعي، الأحوال الشخصية، المطبعة الجديدة، ط5، سوريا

25-مصطفى أحمد لازرقا ،المدخل الفقهي العام،مطبعة طبرين،دمشق ،د،ط،1387-1968 دار القلم، ط1، سوريا، ج2

26-عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الكتب العلمية، لبنان، 2003

27-عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه، المغني على مختصر ألخرقي ،تحقيق عبد السلام محمد علي شاهين ،دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 1994

28-محمد سعيد جعفور، فاطمة اسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة، ط3، الجزائر ،2009

29-محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية، الطبعة الأولى، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.

30-محمد صبري السعدي، النيابة في التصرفات القانونية، دراسة في التشريعات والفقه الإسلامي من منظور موازن، دار الثقافة للنشر التوزيع عمان-الأردن، ،2012

31-رمضان على الشرنباصي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي -نظرية العقد، الملك-الحق-العقوبة-الحسبة، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع الإسكندرية، ،2003

32-كمال حمدي، الولاية على المال، القاصر، الولاية، الوصاية، الحجر القضائي، الغيبة، المساعدة القضائية، الحجر القانوني، منشأة المعارف الإسكندرية، ،2001

33-عبد الله محمد ربابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي دراسة فقهية قانونية مقارنة، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008

34-وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه العربي، مكتب الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ،1998

35-علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرئع، دار الكتب العلمية، السعودية ،2016

36-جلال علي ألعدوي، ، أصول الاالتزامات، مصادر الالتزام، دون طبعة، منشأة المعارف للنشر الإسكندرية1997

37-سيف رجب قزامل، ، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009.

38-كمال حمدي، الولاية على المال، الأحكام الموضوعية (الولاية، الوصاية، الحجر، الغيبة، المساعدة القضائية) الااختصاص و الإجراءات، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2003

39-محمد حسن المنصور ، نظرية الحق، ماهية الحق، الاشياء محل الحق الشخص الطبيعي، الشخص المعنوي، منشاة المعارف بالاسكندرية 1948

40- القرافي هو احمد ابن ادريس بن عبد الرحمان المصري المالكي ت 684هـ، ، الفروق، دار العرب ،بيروت، ،1994،ج3

41-هو سعد الدين ابن عمر التفتزاني ،شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح، مصر، 1377،ج2ص322-321

42-هو عبد الله المحبوبي، التوضيح في حل غوامض التنقيح ، دار الكتب العلمية ، د. ط. 1416، ج2البخاري كشف الأسرار

43- وهبة مصطفى الزحيلي توفي 1919م، الفقه الاسلامي وادلته، ط3دمشق، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع،1997ج

44-ابن فارس ،معجم مقاييس اللغة ط1،بيروت لبنان ،دار الجيل، سنة1988ج 4ص 269،ابن منظور ،لسان العرب ،ج9

الفهارس

45-ابن منظور محمد ابن مكرم ،لسان العرب ،دار المعارف ،2008

46-علي حيدر ، علي حيدر ،توفي سنة1353ه ، درر الاحكام في شرح مجلة الاحكام ، دار عالم الكتاب، د. ب. ن. ط1سنة1423-2003،ج2

47-هو محمد امين ابن عمر المشهور باابنعابدين،رد المحتار على الرد المختار،في شرح تنوير الابصار المعروف،بحاشية ابن عابدين دار الفكر، ،بيروت لبنان، ط2، سنة1386ه ج6

48-هو علاء الدين ابو بكر ابن مسعود احمد الكساني بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ط2بيروت لبنان ،دار الكتاب العربي سنة 1982 ،ج7

49-هو شمس الائمة ابوبكر محمد ابن احمد بن ابي سحل السرخسي ،المبسوط ،بيروت لبنان، دار المعرفة سنة 1406ه ج6.

50-عدنان ابراهيم سرحان ،نوري حمد خاطر شرح القانون المدني ،مصادر الحقوق الشخصية ،الالتزامات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، د.ب.ن، د.س.ن

51-أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام : مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية، مصر ،1997،

52-الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرئع، دار الكتب العلمية، *السعودية ،2916، ج5،*

53-جلال علي العدوي، ، ، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، دون طبعة، منشأة المعارف للنشر الإسكندرية 1997،

ثانيا: المقالات

1- علي حيدر ،درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام ، 658,2

2- خالد حسين ،الحجر وأثاره القانونية ،مجلة الموثق ،العدد2،بن عكنون الجزائر ،2001

3- المجلة القضائية الجزائرية ، ع1 ، لسنة 1996

ثالثا: الكتب باللغة الأجنبية

1- LAROCHE Florence, Les droit de l'enfant, Dalloz, Paris, 1996

رابعا: البحوث الأكاديمية

1- عبد الرازق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتواره في الحقوق ،كلية الحقوق بجامعة القاهرة، مصر ،1968

2- بن شنيني حميد، النيابة في التعاقد، حميد بن شنيني، الأهلية القانونية، دراسة مقارنة-مذكرة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر2001-2002.

3- بوكرزازة احمد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة،2013-2014

خامسا: المحاضرات الجامعية

الفهارس

1- محفوظ لعشب ،المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري ط3 ،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر2006

2- البيد محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون مدخل الى القانون، نظرية الالتزام منشورات الحلبي للحقوق،لبنان2002

3- محمد حسن قاسم ،ا

4-لمدخل لدراسة القانون ،القاعدة القانونية ،نظرية الحق ،ج2 منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان ،د،س،ن

5- موريس نخلة ،الكامل في شرح القانون المدني ،دراسة مقارنة ،ج3 ،منشورات الحلبي ،لبنان ،2001

6- رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية مصر، 1999

7- علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط8، الجزائر 2008

8- أنور سلطان ، الموجز في النظرية العانة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر 1997

9- عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5: العقود التي تقع على الملكية، م1 . الهبة والشركة، منشورات الحلبي الحقوقية ،ط3 . لبنان ،1998

10- علي علي سليمان ،ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،1992

11- عبد الرازق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ج1: مصادر الالتزام ،مج1، منشورات الحلبي الحقوقية ،ط3، لبنان ،1998

12-خليل أحمد حسن قدادة، 4خليل أحمد قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية –الساحة المركزية – بن عكنون، الجزائر، 1994.

13-محفوظ لعشب ،المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري الطبعة الثالثة ،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر2006

سادسا: القوانين

1- قانون الأسرة الجزائري

2- القانون المدني

فهرس الموضوعات

الموضـــــوع	الصفحة

الفهارس

المقدمة	أ
الفصل الأول: الإطار العام لمفهوم ناقص الأهلية	9
تمهيد	9
المبحث الأول:المقصود بناقص الأهلية	10
المطلب الأول: تعريف ناقص الأهلية	10
المطلب الثاني: الصبي المميز	12
المطلب الثالث : المقصود بسن التمييز	13
المبحث الثاني:أقسام الأهلية	15
المطلب الأول: أهلية الأداء وأقسامها	15
المطلب الثاني : أهلية الوجوب	20
المطلب الثالث :أوجه التشابه بين أهلية الأداء وأهلية الوجوب	23
المبحث الثالث : عوارض الأهلية	24
المطلب الأول :تعريف عوارض الأهلية	24
المطلب الثاني :العوارض المنقصة للأهلية	25
المطلب الثالث :عوارض الأهلية	33
ملخص الفصل	39
الفصل الثاني:أحكام تصرفات ناقص الأهلية المالية	40

الفهارس

تمهيد	**41**
المبحث الأول: حكم التصرفات المالية للقاصر غير المميز	**42**
المطلب الأول: بطلان تصرفات القاصر غير المميز	**42**
المطلب الثاني: النتائج المترتبة علي اعتبار تصرفات القاصر غير المميز باطلة	**44**
المطلب الثالث : اثر تقرير بطلان التصرف القاصر غير المميز	**46**
المبحث الثاني:حكم تصرفات القاصر المميز	**47**
المطلب الأول: تصرفات القاصر النافعة له نفعا محضا	**48**
المطلب الثاني : تصرفات الضارة بالقاصر ضررا محضا	**49**
المطلب الثالث :حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر	**52**
المبحث الثالث : النيابة في تصرفات ناقص الأهلية	**60**
المطلب الأول :الولاية	**61**
المطلب الثاني :الوصاية	**76**
المطلب الثالث :القوامة	**83**
ملخص الفصل	**87**

الفهارس

خاتمة	88
فهرس الآيات	
فهرس الأحاديث	
فهرس المصادر والمراجع	
فهرس الموضوعات	
ملخص المذكرة	

ملخـــــــــــــص

ملخـــــص

لا شك أن تصرفات ناقص الأهلية حالة تكون داخل كل مجتمع لذلك عنيت بأهمية كبيرة سواء في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي وهذا ما تجلى في القوانين التي جاءت رادعة لكل من يحاول أن يخل بكيانها أو يحاول تفكيكها وخلال هذه الدراسة تطرقنا إلى تعريف تصرفات ناقص الأهلية لها كما عرجنا الإطار العام لمفهوم ناقص اللاهية وصولا إلى مكانتها ثم تطرقنا في الفصل الثاني من أحكام تصرفات ناقص الأهلية المالية وكيف تعامل كل من الفقه والقانون تجاه هذه الجرائم وختمناها بتأثير القرابة في درجة العقوبة فتارة تكون سببا في تشديد العقوبة وتارة في تشديدها .

الملخص باللغة الإنجليزية:

There is no doubt that the behavior of a person who is incapacitated is a condition that occurs within every society. Therefore, it concerned with great importance, whether in Islamic jurisprudence or positive law, and this was evident in the laws that came as a deterrent to anyone who tries to violate their existence or tries to dismantle them and during this study we dealt with the definition of behaviors of lacking capacity for them as well We levied the general framework of the concept of a non-divine in order to reach its status, then we touched on the second chapter of the provisions of the actions of the lack of financial capacity and how both jurisprudence and law dealt with these crimes and concluded it with the effect of kinship in the degree of punishment, sometimes it is a reason for the severity of the punishment and sometimes its severity