وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أحمد دراية– أدرار

جامعة أحمد دراية - أدرار
Université Ahmed Draia Adrar- alger

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية قسم العلوم الإسلامية

تصرفات ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر تخصص شريعة وقانون

من إعداد الطالبين :
-نواد أحمد
-ليشتي ابراهيم

إشراف الدكتور :
بوعلالة عمر

أعضاء لجنة المناقشة:

	الاسم واللقب	الرتبة	الصفة
01	د .فاتح قيش	استاذ مساعد	رئيسا
02	د .بوعلالة عمر	استاذ محاضر	مشرفا ومقررا
03	د .بلبالي ابراهيم	استاذ مساعد	عضوا مناقشا

السنة الجامعية1442 ه-1441ه/2021م-2022م

République algérienne populaire et démocratique

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche scientifique

UNIVERSITE AHMED DRAYA - ADRAR

BIBLIOTHEQUE CENTRALE

Service de recherche bibliographique

.....B.C/S.R.B/ /U.A/2021

جامعة أحمد دراية - أدرار

المكتبة المركزية

مصلحة البحث الببليوغرافي

الرقم: .....م ب ع م ب ب ا ح/ أ/2021

شهادة الترخيص بالإيداع

انا الأستاذ(ة): بو علاق عمر

المشرف على مذكرة الماستر.

الموسومة بـ: تصرفات ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي

من إنجاز الطالب(ة): لشتي ابراهيم

و الطالب(ة): نواد احمد

كلية: العلوم الإنسانية والإجتماعية والعلوم الإسلامية

القسم: العلوم الإسلامية

التخصص: شريعة وقانون

تاريخ تقييم / مناقشة: 04/07/2021

أشهد ان الطلبة قد قاموا بالتعديلات والتصحيحات المطلوبة من طرف لجنة التقييم، وان المطابقة بين النسخة والإلكترونية استوفت جميع شروطها.

ويمكنهم إيداع النسخ الورقية (02) والاليكترونية (PDF).

- امضاء المشرف

2021/07/14

مساعد رئيس القسم:-

قسم العلوم الإسلامية

د. بكراوي عبد الله

مساعد رئيس القسم مكلف بمابعد التدرج والبحث العلمي

ملاحظة: لاتقبل أي شهادة بدون التوقيع والمصادقة.

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أحمد دراية –أدرار

كليةالعلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلاميةقسم العلوم الإسلامية

تصرفات ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر تخصص شريعة وقانون

● من إعداد الطالبين:

- نواد أحمد
- ليشتي ابراهيم

إشراف الدكتور:

بوعلالة عمر

أعضاء لجنة المناقشة:

	الاسم واللقب	الرتبة	الصفة
01	أ.د. فاتح قيش	استاذ مساعد	رئيسا
02	د. بوعلالة عمر	استاذ محاضر	مشرفا ومقررا
03	د. بلبالي ابراهيم	استاذ مساعد	عضوا مناقشا

السنة الجامعية 1441-1442هـ /2020 -2021م

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أحمد دراية – أدرار

كليةالعلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلاميةقسم العلوم الإسلامية

تصرفات ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر تخصص شريعة وقانون

● من إعداد الطالبين:

- نواد أحمد
- ليشتي ابراهيم

إشراف الدكتور:

بوعلالة عمر

أعضاء لجنة المناقشة:

	الاسم واللقب	الرتبة	الصفة
01	أ.د. فاتح قيش	استاذ مساعد	رئيسا
02	د. بوعلالة عمر	استاذ محاضر	مشرفا ومقررا
03	د. بلبالي ابراهيم	استاذ مساعد	عضوا مناقشا

السنة الجامعية 1441-1442هـ /2020 -2021م

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الله تعالى:

﴿

ٱلْمُؤْمِنُونَ وَرَسُولُهُۥ ۖ وَسَتُرَدُّونَ إِلَىٰ عَٰلِمِ ٱلْغَيْبِ وَٱلشَّهَٰدَةِ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ ﴾

صدق الله العظيم

شكر وعرفان

-قال الله تعالى: قالوا سبحانك لاعلم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم".

-نشكر الله سبحانه على إلهامناالصبر والمثابرة خلال مشوارنا في هذا العمل،ونحمده تعالى فهو الذي اتخذناه وليا في كل خطوة خطوناها فكان منه العون وهو نعم الولي.

كما يطيب لنا أن نسجل عظيم الشكر لأستاذنا الفاضلالدكتور بوعلالة عمر الذي كان لنا خير موجه ومرشد إذ بعث فينا روح التفاؤل والإصرار وحب الوصول للنجاح وكما نشكر جميع الأساتذة الذين لم يبخلوا علينا بمساعدتهم.

إلى كل عمال مكتبة كلية العلوم الإسلامية وإلى كل من ساعدنا بكلمة لبناء هذا العمل فإلى هؤلاء نوجه شكرا جزيلا ونسأل الله أن يتقبل منا هذا العمل و يوفقنا في دراسة أخرى إن شاء الله و الحمد الله رب العالمين.

إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى من أرضعتني الحب والحنان والتي لاتقدر بثمن...أمي الغالية حفظها الله ورعاها وأمدها بالصحة والعافية.

إلي سبب وجودي في الحياة أبي الحليم الذي شجعني في مشوار طلب العلم.

إلي إخوتي وأخواتي كل باسمه، أحبكم حبا لو مر على ارض قاحلة لتفجرتمنها ينابيع المحبة

إلي الأساتذه الأبرار ومشائخي الكرام خاصة الشيخ نقار أحمد الذي علمني العلم الشرعي وحفظني القرآن الكريم وكذلك شيخي الفاضل سيدي الحاج أحمد خليلي والشيخ سالم والشخ عبدالكريم ساحسي

إلى كل من وقفه بجانبي، ولاأنسى جميع أصدقائي وأخص منهم بالذكر إبراهيم، محمد، بلقاسم، عبد الجبار، عبد القادر، أحمد، بشير، عبد العزيز، علي، عبداللطيف

إلى كل من كان له فضل علي في عملي هذا أهدي هذا البحث المتواضع راجيا من المولى عزوجل أن يتقبل مني ومن جميع المسلمين آمين

نواد أحمد

إهداء

أهدي وأتقرب بثمرة هذا العمل العلمي إلى من قال فيهما عزوجل

"واخفض لهما جناح الذل من الرحمة "

إلى روح *أبـــي الطيبة الطاهرة *

إلى مدرستي الأولى *أمي الغالية الحنونة*

إلى الذين عاشوا وترعرعوا في قلبي وضميري *إخواني وأخواتي*

*كل واحد باسمه وأبنائهم *

إلى السند القريب *أعمامي وعماتي وأخوالي وخالاتي وأبنائهم*

إلى من كان عونا لي في هذا العمل

أصدقائي وأخص بالذكر من قاسمني جهد هذا العمل

*صديقي أحمد *.

ليشتي إبراهيم

أهم الاختصارات

- **بدون رقم طبعة** **(لا: ط)**
- **بدون دار نشر** **(لا: ن)**
- **بدون تاريخ النشر** **(لا: ت)**
- **بدون مكان النشر** **(لا.م)**

المقدمة

-مقدمة:

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فهو المهتدي ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك وأشهد أن مُحَّدا عبده ورسوله ، أما بعد .

-تمهيد.

الإنسان كائن اجتماعي بطبعه يعيش في مجتمع مترابط وخلال حياته يمر بمراحل مختلفة بدأ طور الإجتنان إلى طور الإدراك والتمييز ولكونه اجتماعيا فإنه محتاج لتبادل المنافع مع بني جنسه ولذا لابد له من أهلية تجعله يقوم بتصرفاته كي تجعله أهلا للمعاملة مع الناس، ولتكون عبارته صالحة لثبوت الحقوق له وثبوت الحقوق عليه ،ولايوجد خلاف بين فقهاء القانون المدني والشريعة الإسلامية في أن مناط أهلية الأداء هو التمييز والعقل،فالعقل القاصر تثبت له أهلية أداء قاصرة ،والعقل الكامل تثبت له أهلية أداء كاملة والأول عقل الصبي المميز الذي يدرك الخير والشر ويعرف ما فيه النفع والضرر من الإلتزامات والتصرفات والثاني من بلغ رشده ووصل عقله إلى كماله.

وقد عني القانون الوضعي والشريعة الإسلامية بموضوع تصرفات ناقص الأهلية وهو من نقصت أهليته لسبب من الأسباب التي سنفصلها في هذه الدراسة، فوضعا أحكاما وضوابط تحكم هذه التصرفات بما يحفظ حق ناقص الأهلية من الضياع.

-ومن خلال هذه الدراسة أردنا تسليط الضوء على أحكام تصرفات ناقص الأهلية في التشريع الجزائري وبيان مدى اتساقها بين كل من القانون المدني وقانون الأسرة ومقارنة هذه الأحكام بما أوردته الشريعة الإسلامية من أحكام في هذا الباب

-تحديد الموضوع البحث.

تنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري على أن (كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد، وكان سفيها أو معتوها يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون)

وقد حكم القانون الجزائري بأنه إذا كان الشخص مميزا لكنه غير راشد ، كالصغير إذا بلغ سن التمييز ومن هو في حكمه كالبالغ سن الرشد الذي اعترى أهليته عارض ما فأنقص أهليته دون أن يعدمها

فإن تصرفاته النافعة نفعا محضا تكون صحيحة في حين تكون التصرفات الضارة به ضررا محضا باطلة أما تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر فهي في القانون المدني قابلة للإبطال ، أما في قانون الأسرة فهي تصرفات موقوفة على إجازة من يتولى شؤون القاصر وهذا القسم الثالث هو ما جاء هذا البحث لمعالجته بمنهجية مقارنة مثل ما هي محددة في العنوان .

-الإشكالية.

وقد حاولنا من خلال هذه المذكرة الإجابة عن الإشكالية التالية:

من هو ناقص الأهلية وما هي أقسام تصرفاته ؟

وفيم يتمثل النظام الشرعي والقانوني الذي يضبط تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر ؟

-أهمة الموضوع.

وتتجلى أهمية هذا البحث في كونه يمس موضوعا من الموضوعات الداخلة في مقصد حفظ المال وذلك لكونه يعالج كيفية حماية مصالح ناقص الأهلية من الضياع كما تظهر جليا بربطه بالواقع الجزائري سواء في المجال التشريعي أو الفقهي، وذلك من خلال معالجة خضوع حكم تصرفات ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر.

✓ **أهداف الموضوع:**

لكل بحث علمي هدف أو مجموعة من الأهداف يصبو لتحقيها، سواء لغرض تقديم حلول لبعض التساؤلات والإشكالات أو تزويد أفراد المجتمع بالعلم والمعرفة ولعل أهداف بحثنا لهذا الموضوع تكمن في:

-حب الإطلاع والإكتشاف.

-إضافة عمل يتم من خلاله توفير مادة نظرية تمكن الطلبة من الاستفادة منها.

-الاطلاع على الإشكالات والوقوف على الصعوبات التي يطرحها موضوع البحث.

-الاطلاع على بعض تطبيقات المبدأ في مجال القانوني والفقهي.

✓ **أساب اختيار الموضوع.**

وقد كان سبب اختيارنا لهذا الموضوع ما يلي:

-معالجة النقائص التي يعرفها هذا الموضوع من خلال ابراز اتجاه المشرع الجزائري دور الفقه الإسلامي في ذلك.

-الرغبة الذاتية في دراسة الموضوع من كافة جوانبه.

-معرفة الأحكام التي يتعرض لها ناقص الأهلية.

✓ **الدراسات السابقة.**

-فيما يخص مجال هذه الدراسة وجدنا هذا الموضوع ليس جديدا بل متناولا من قبل ، ومن الدراسات السابقة لهذا الموضوع مذكرة دكتوراة للأستاذ عادل حسين بعنوان نقص الأهلية وأثره في التصرفات دارسة مقارنة بين القانون والشريعة2016حيث درست هذه المذكرة في أربعة فصول.

✓ **الصعوبات.**

-انحصار الموضوع في جزئية معينة وصغيرة.

-قلة المصادر والمراجع التي تتناول الجزئية بضبط.

-نقص المراجع والمصادر في الفقه الإسلامي.

✓ **المنهج المتبع في الدراسة.**

-ولاستيعاب هذا الموضوع ارتأينا اعتماد المنهج التحليلي المقارن فهو تحليلي بالنسبة للنصوص القانونية والشرعية وهو مقارن بين عدة قوانين مدنية والتشريع إسلامي.

✓ **خطة البحث.**

لقد درسنا هذا الموضوع معتمدين على خطة مفادها مبحثان في كل مبحث مطلبان.

المبحث الأول: المقصود بناقص الأهلية وحكم تصرفاته.

المطلب الأول: مفهوم نقصان الأهلية.

الفرع الأول: التعريف بناقص الأهلية.

المطلب الثاني: حكم تصرفات ناقص الأهلية.

الفرع الأول: حكم تصرفات ناقص الأهلية في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: حكم تصرفات ناقص الأهلية في القانون الجزائري.

أولا: حكم تصرفات ناقص الأهلية في القانون المدني.

ثانيا: حكم تصرفات ناقص الأهلية في قانون الأسرة.

المبحث الثاني: حكم تصرفات ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر.

المطلب الأول: حكم تصرفات ناقص الأهلية قبل الإجازة.

الفرع الأول: المقصود بصحة التصرف والهدف من وقفه أوقابليته للإبطال.

أولا: التعريف بصحة التصرف.

ثانيا: الهدف من وقف التصرف أوقابليته للإبطال.

الفرع الثاني: أثر التصرف الموقوف أو القابل للإبطال وحكم هلاكه.

أولا: نتيجة التصرف الموقوف أوالقابل للإبطال.

ثانيا: حكم هلاك محل التصرف الموقوف أوالقابل للإبطال قبل الإجازة.

المطلب الثاني: حكم تصرفات ناقص الأهلية بعد الإجازة.

الفرع الأول: معنى إجازة التصرف الموقوف أوالقابل للإبطال.

أولا: تعريف إجازة التصرف الموقوف أوالقابل للإبطال.

ثانيا: شروط وخصائص الإجازة.

الفرع الثاني: صور الإجازة.

أولا: صور الإجازة.

ثانيا: أثر الإجازة.

المبحث الأول

المقصود بناقص الأهلية وحكم تصرفاته

المبحث الأول

المقصود بناقص الأهلية وحكم تصرفاته

المراد بالأهلية في مجال صحة التصرف وبطلانه أهلية الأداء لا أهلية الوجوب؛ لأن أهلية الأداء هي التي تجعل الشخص أهلا لتحمل الواجبات وأداء الالتزامات، وتكون عبارته صالحة لثبوت الحقوق له وثبوت الحقوق عليه، وأصل هذه التصرفات يعتمد على قصد الفاعل وإرادته. ومناط أهلية الأداء هو التمييز والعقل، وهي تتغير بتغير أطوار حياة الإنسان، أو بما يتعرض له في حياته من عوارض؛ فتكون في بداية الشخص الطبيعي منعدمة، وذلك منذ ولادته إلى بلوغه سن التمييز، ثم ناقصة، وتمتد من بلوغ سن التمييز إلى ما قبل بلوغ سن الرشد بيوم واحد، ثم تكتمل أهلية الشخص عند بلوغه سن الرشد متمتعا بكامل قواه العقلية وغير محجور عليه.

وينعقد هذا المبحث لبيان حكم تصرفات من لم تكتمل أهليته، بسبب الصّغر أو بسبب عارض من عوارضها، وقبل ذلك بيان المقصود بنقصان الأهلية ضمن المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مفهوم نقصان الأهلية

المطلب الثاني: حكم تصرفات ناقص الأهلية

المطلب الأول: مفهوم نقصان الأهلية

نص فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الإنسان بين مرحلة التمييز ومرحلة البلوغ، والمعتوه الذي لم يصل به العته إلى درجة اختلال العقل أو فقده، والسفيه المحجور عليه، يعتبر ضعيف الإدراك والتمييز، وبالتالي ناقص الأهلية.

في السياق ذاته نصت المادة**43** من القانون المدنيالجزائري[1]على أنَّ ((كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن التمييزوكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون)).

والملاحظ أن المشرع أشار في هذا النص إلى المقصود بناقص الأهلية، وإلى أسباب نقصها، وهو ما يتولى هذا المطلب تفصيله من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: تعريف ناقص الأهلية

الفرع الثاني: أسباب نقصان الأهلية

الفرع الأول: تعريف ناقص الأهلية

التعريف بناقص الأهلية في الجانبين الشرعي والقانوني يتضح تلقائياً من خلال تعريف الأهلية، وتفصيل ذلك كما يلي:

أولا: تعريف الأهلية في الفقه الإسلامي

تطلق الاهلية في اللغة على معنى الجدارة والكفاية والصلاحية لأمر من الأمور ، يقال: فلان أهل لعمل كذا، اذا كان جديراً وصالحاً للقيام به[2]. وفي اصطلاح علماء أصول الفقه تنقسم الأهلية الى قسمين هما:

1. أهلية الوجوب

وهي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه[3].وأغلب الفقهاء يعبرون عن أهلية الوجوب بالذمة. والذمة في اللغة: العهد، قال تعالى : ﴿**لا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلًّا وَلَا ذِمَّةً**﴾[4].وسمي

[1]الأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م. يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

[2]لويس معلوف، **المنجد في اللغة والإعلام**،ط: 23؛ بيروت: دار المشرق، 1978، ص 20.

[3]مصطفى الزرق،**المدخل الفقهي العام**،لا:ط؛ دمشق: دار الفكر العربي، د.ت، ج1 ص 793.

[4]سورة**التوبة**، الآية رقم: 10.

غير المسلمين الذين يقيمون في دار الإسلام على وجه الدوام بناء على عهد بيننا وبينهم: بأهل الذمة، أي أهل العهد[1].

وهي –أي الذمة– في الاصطلاح: وصف شرعي يُصيّر الإنسان أهلاً لما له وما عليه. وهي بهذا المعنى الاصطلاحي تثبت لكل إنسان، إذ ما من مولود يولد إلا وله ذمة، وبالتالي يكون أهلا للوجوب له وعليه[2].

2. أهلية الأداء

وهي صلاحية الإنسان المكلف (البالغ العاقل) لصدور الأفعال والأقوال منه على وجه يعتدّ به شرعاً. وأساس ثبوتها شرعاً التمييز أو البلوغ عاقلاً.

وأساس هذه الأهلية هو التمييز لا الحياة. وتتنوع كل من أهليتي الوجوب والأداءالى كاملة وناقصة، بحسب قدرتي العقل والبدن المتحققين في الشخص.

أ. أهلية الأداء الناقصة

هي التي تُثبت للإنسان قدرة قاصرة في دور التمييز إلى البلوغ والمعتوه الذي لم يصل به العته إلى درجة اختلاف العقل أو فقده، وإنما هو ضعيف الإدراك والتمييز، فهو كالمميز.ويفرق في هذه الأهلية بين حقوق الله وحقوق الناس.

ب. أهلية الأداء الكاملة

وهي تثبت بصفة كاملة لمن صار بالغاً (بلغ الحلم) عاقلاً، والبلوغ: يحصل إما بالأمارات الطبيعية كالاحتلام أو رؤية الحيض، وإما بتمام الخامسة عشرة عند جمهور الفقهاء.

والأصل أن أهلية الأداء تتحقق بتوافر العقل، ولما كان العقل من الأمور الخفية ارتبط بالبلوغ لأنه مظنّة العقل، والأحكام ترتبط بعلل ظاهرة منضبطة، فيعدّ الشخص عاقلاً، وتثبت له حينئذ أهلية أداء كاملة، ما لم يعترض عارض من عوارض الأهلية كالجنون أو السفه.

---

[1] عبد الكريم زيدان،الوجيز في أصول الفقه، ط:6؛ مؤسسة قرطبة، د.ت، ص 92.

[2] نفس المرجع السابق ص 93.

وإذا اكتملت أهلية الأداء أصبح الإنسان أهلاً للتكاليف الشرعية، فيجب عليه أداؤها، ويأثم بتركها، وتصح منه جميع العقود والتصرفات، وتترتب عليها مختلف آثارها، ويؤاخذ على جميع الأعمال الصادرة منه.

ثانيا: تعريف الأهلية في القانون

يعرف الفقه القانوني[1] بدوره الأهلية على أنها صلاحية الشخص لأن تثبِت له حقوقاً، ولأن تتقرر عليه واجبات والتزامات، على وجه يعتد به قانونا. وبهذا تنقسم الأهلية إلى نوعين:

أهلية الوجوب: ونقصد بها تمتع الشخص بالحقوق وقابليته لتحمل الالتزامات، التي يقرها القانون لهذا فهذه الأهلية تثبت لكل شخص من اللحظة التي كان فيها حملا إلى تاريخ تصفية تركته وسداد ديونه بعد موته.

أهلية الأداء: وهي قدرة الشخص على أن يقوم بالأعمال الناجمة عن تلك الحقوق والالتزامات وذلك بالوجه المعتد به قانونا وبهذا فهي تتعلق بالإرادةخلافا لأهلية الوجوب.وهي ترادف المسؤولية.

ويلاحظ الفرق بين التعريف الشرعي والقانوني، فالأول يذكر فيه كلمة (الإنسان) وعند رجال القانون يذكر لفظ (الشخص) ليشمل الشخص الطبيعي كالأفراد، والشخص المعنوي أو الاعتباري كالهيئات والمؤسسات العامة والشركات.

ولكن هذا لا يعني بأن الفقه الإسلامي لا يعترف بالشخصية المعنوية، فقد قرر الأصوليون بأنه قد يكون المحكوم عليه غير إنسان، فيقال: "بيت المال وارث من لا وارث له". وتصح الوصية للمسجد (أي تثبت له الحقوق والالتزامات)، ويقال: "للمسجد وقف". ويجوز الوقف على الجنين، ويثبت له الإرث، ويفترض بقاء ذمة الميت بعد وفاته حتى تنفّذ الحقوق المتعلقة بالتركة من مؤونة التجهيز والتكفين والدفن وسداد الديون وتنفيذ الوصايا.

[1] انظر: **الموسوعة القانونية**، متوفر على الخط: (https://elawpedia.com/view/171)،تاريخ الزيارة: 2021/4/1.

الفرع الثاني: أسباب نقصان الأهلية

انطلاقا من نص المادة**43** من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها[1] ((كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن التمييزوكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون))، وكذا نص المادة**81**من قانون الأسرة الجزائري[2]((منكانفاقدالأهليةأوناقصها لصغر السن، أو جنون أو عته أو سفه...))، يتبيّن بأن نقصان الأهلية يكون بسبب الصّغر، ويكون بعوارض تُنقص الأهلية. والتفصيل:

أولا: نقصان الأهلية بسبب صغَر السّن

عبر المشرع عن هذا السبب بعبارة "سن التمييز"؛ فقال: ((كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ... يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون)).

والمقصود بالتمييز هو أن يصبح للصغير بصر عقلي يستطيع به أن يميز بين الحسن والقبيح من الأمور وبين الخير والشر والنفع والضرر وإن كان هذا البصر غير عميق وهذا التمييز غير تام ولا مستوعب للنتائج.

فهذا الطور في الحقيقة هو طور الاستنارة العقلية يدخل فيه عقل الإنسان منطقة النور، وتأخذ فيه الحقائق والمدركات أمامه بالظهور حتى تستبين له في نهاية هذا الطور مكشوفة واضحة وبذلك يكوِّن هذا الطور مرحلة من المراحل الأساسية في أهلية الإنسان، إذ يتكون له فيه وعي صحيح ولكنه منبعث عن عقل غض لم ينضج ولم تكتمل استنارته[3].

---

[1] المادة 43 من القانون المدني عدلت بالقانون رقم 5 .

[2] القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984م المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005م

[3] الزرق. المدخل الفقهي العام، مرجع سابق،ج2 ص759.

ويعرف[1] التمييز بآثاره التي تبدو في تصرفات الطفل وهذه الآثار لا تظهر دفعة واحدة، بل تظهر تدريجيا، إذ تسبقه آثار من التعقل تقاربه كحبات العقد تشابه كل منها التي قبلها والتي بعدها لأن كل واحدة منها أكبر مما قبلها قليلا، وأصغر مما بعدها قليلا، ولكن الفرق بين اثنتين متباعدتين يظهر كثيرًا، وبذلك تتشابه أوائل طور التمييز بأواخر طور عدم التمييز الذي قبله، فلو جعل الانتقال من طور عدم التمييز منوطا بظهور آثار التمييز نفسه لكان المناط غير منضبط وحدود الأهلية الجديدة غير واضحة البداية، لذلك لم ينط الشارع أحكام التمييز بحقيقة التمييز لأن الأحكام تضطرب حينئذ.

وقداعتبر المشرع الجزائري تمام الثالثة عشر من العمر هو الوقت الذي يعتبر فيه الصغير مميزا فقد نصت الفقرة الثانية من المادة**42** من القانون المدني((يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة)).

فطبقا لمفهوم المخالفة لهذا النص فإن سن التمييز محددة في القانون الجزائري ببلوغ الشخص تمام الثالثة عشر سنة من عمره.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اعتبروا تمام السابعة من العمر في الحالة الطبيعية السليمة، هو الوقت الذي يعد فيه الصبي مميزا مستندين في ذلك إلى قول النبي ρ: «**مُرُوا أبناءَكم بالصَّلاةِ وهم أبناءُ سَبعِ سِنينَ**»[2]. ففهموا من ذلك أن بداية سن التمييز في نظر الشارع هو تمام السابعة؛ إذ هي السن التي تصح من الصبي الصلاة فيها، فمن بلغها كان ناقص أهلية الأداء. يقول وهبة الزحيلي: "**فأهلية الأداء الناقصة:** هي صلاحية الشخص لصدور بعض التصرفات منه دون البعض الآخر... وهذه الأهلية تثبت للشخص في دور التمييز بعد تمام سن السابعة إلى البلوغ"[3].

---

[1] جعفور مُحَّد سعيد، **تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي**، لاط،دار هوهمه ص11.

[2] أخرجه أبو داود في **السنن**، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة؛ والترمذي في**الجامع**، أبواب الصلاة، باب ما جاء متى يؤمر الصبي بالصلاة،وقال: حديث حسن صحيح.

[3] وهبة الزحيلي،**الفقه الإسلامي وأدلته** ، مرجع سابق، ج4 ص 121.

ثانيا: نقصان الأهلية بسبب أحد العوارض

القاعدة العامة في معظم التشريعات أن كل شخص طبيعي تكون له أهلية وجوب منذ ولادته، وبعد فترة من عمره تكون أهلية أداء ناقصة ثم تكتمل ببلوغه سن الرشد.

وتتأثر الأهلية بعدة عوارض قد تؤدي إلى انعدامها؛ فيصبح الشخص عديم الأهلية، أو تؤدي إلى نقصانها؛ فيصبح الشخص ناقص الأهلية. وارتباطا بموضوعنا فقد ذكر المشرع في نص المادة **43** من القانون المدنيالسالفة الذكر العوارض التي تُنقص الأهلية بقوله: ((وكل من بلغ سن التمييزوكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون)).

1- السَّفَهْ:

السَّفه في اللغة ضعف العقل وعدم المقدرة على التصرف الصحيح بالأموال.قال ابن فارس: "سَفَهَ: السين والهاء والفاء أصل واحد، يدل على خفة وسخافة، وهو قياس مطرد: فالسفه ضد الحلم "[1].

والسّفيه اصطلاحا هو: " البالغ الذي لا يحسن التصرف في المال"[2].وقد نصت المادة946 من مجلة الأحكام العدلية على أنالسّفيه هو " الذي يصرف ماله في غير موضعه ويبذر في مصاريفه ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف". وقد ذهبت معظم التعاريف الفقهية القانونية والقضائية إلى نفس معنى هذا التعريف..ومنه نصل إلى أن السفيه هو من ينفق ماله من غير روية في العواقب محمودة كانت أو غير محمودة.

[1] أحمد بن فارس بن زكريا، **معجم مقاييس اللغة**، ط:2،بيروت، دار الكتب العلمية، 2008م، م2، ص559 (مادة سفه).

[2] عليش، **منح الجليل شرح مختصر خليل**، لا:ط؛ طرابلس (ليبيا): مكتبة النجاح،د،ت،ج3، ص171.

2- الغفلة:

الغفلة في اللغةمصدر غَفَل يغفل غفولاً وغفلةً: تركه وسهى عنه، وأغفلتَ الشيء: تركته غَفَلاً وأنت له ذاكراً، والتغافل والتغفّل: تعمُّد الغفلة، والغُفلُ: من لا يرجى خيره ولا يخشى شره، وما لا علامة فيه[1].

والغفلة عن الشيء في الاصطلاح: هي أن لا يخطر ذلك بباله[2].وقيل: غيبة الشيء عن بال الإنسان وعدم تذكره له، قال تعالى: ﴿**وَهُمْ فِي غَفْلَةٍ مُعْرِضُونَ**﴾[3].فالمغفل : كل من يسهل خداعه؛ بمعنى: قواه العقليهتامة يعني إلا انه سهل الانقياد والخداع.

وقد عرفت محكمة النقض المصرية الغفلة بأنها: "ضعف بعض الملكات الضابطة في النفسترد على حسن الإدارة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبن في معاملاته مع الغير".فذوالغفلة هو من كان طيب القلب إلى حد السذاجة بحيث تجره طيبته وسلامة قلبه إلى سهولة خدعه وغبنه في معاملاته مع غيره.

وعلى غرار السفيه فإن ذا الغفلة كامل العقل إذ العلة ليست في عقله بل في سذاجته وفرط طيبة قلبه.والسفيه وذو الغفلة وإن اشتركا في معنى واحد -وهو ضعف الملكات الضابِطة للنفس- إلا أن السفيه في العادة يكون مبصرًا لعواقب أفعاله الفاسدة، ومع ذلك هو يتعمد القيام بها، أما ذو الغفلة، فالفعل يصدر عنه عن حسن نية وعدم إدراك لعواقبه.

2- العَتَهْ:

وهذا العارض ورد في نص المادة**81**من قانون الأسرة الجزائري((منكانفاقدالأهليةأوناقصها لصغر السن، أو جنون أو **عته** أو سفه...)).

العَتَهُ في اللغة: نقصان وفساد في العقل منذ وقت الولادة، يُقال: عَتِهَ، يَعْتَهُ، عَتَهاً

---

[1] ابن منظور، **لسان العرب**، لا: ط؛ بيروت: دار صادر، 1388هـ/ 1968م، ج11 ص 497.

[2] الجرجاني، علي بن مُحَمَّد بن علي الشريف،**التعريفات**،ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1403هـ /1983م، ص209.

[3] سورة **الأنبياء**، الآية1.

وعَتاهاً، أي: فَسَدَ عقلهُ، فهو معتوه[1].

و**العَتَهُ** في الاصطلاح: "آفة ناشئة عن الذات توجب اختلالا في العقل، فيصير صاحبه مختلط العقل، فيشبه بعض كلامه العقلاء وبعضه كلام المجانين"[2].

وبالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية"يعد في حكم المميز الشخص المعتوه الذي لم يصل به العته إلى درجة اختلال العقل وفقده، وإنما يكون ضعيف الإدراك والتمييز"[3].

وتجدر الإشارة إلى "أن المشرع الجزائري بعد أن اعتبر المعتوه عديم الأهلية بموجب الفقرة الأولى من المادة **42**من التقنين المدني"[4]، اعتبره في نص المادة **81** من قانون الأسرة ناقص الأهلية، وهذا خلل يجب تداركه.

المطلب الثاني: حكم تصرفات ناقص الأهلية.

لبيان حكم تصرفات ناقص الأهلية ارتأيناتقسيم هذا المطلب إلى فرعين بحيث نبين في الفرع الأول حكم تصرفات ناقص الأهلية من الناحيةالشرعية ثم نتحدث في الثاني عن حكم تصرفاته من الناحية القانونية.

الفرع الأول: حكم تصرفات ناقص الأهلية في الفقه الإسلامي:

سنبين في هذا الفرع أحكام تصرفات ناقص الأهلية وذلك كما يلي

أولا: حكم تصرفات الصبي المميز في الفقه الإسلامي

لقد اختلف فقهاء الشريعة في حكم تصرفات الصبي المميز حيث ذهب فقهاء الحنفية: إلى أن الصبي إذا كان غير مميز لا ينعقد شيء من تصرفه أصلا أما إذا كان مميزا فتصرفه يقتصر على ثلاثة أقسام.

أ)أن يتصرف تصرفا ضارا بماله ضررا بينا كالطلاق والعتق والقرض والصدقة وهذا لاينعقد أصلا ولا ينفذ ولو أجازه الولي.

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج13 ص 513.

[2] البركتي، مُحَمَّد عميم الإحسان، التعريفات الفقهية ، ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ/2003م ، ص 143.

[3] وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته ، ط:2؛ دمشق: دار الفكر، 1405هـ/1985م، ج4 ص 121.

[4] جعفور مُحَمَّد سعيد، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص56.

ب)أن يتصرف تصرفا نافعا نفعا محضا كقبول الهبة والدخول في الإسلام وهذا ينعقد وينفذ ولولم يجزه الولي.

ت)أن يتردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء فإن الأصل فيه احتمال كون الصفقة رابحة أو خاسرة فلا ينفي أن هذا الصفقة قد تكون بينة الربح فتكون من القسم الثاني لأن البيع والشراء في ذاته محتمل لأمرين وهذا القسم ينعقد موقوفا على إجازة الولي وليس للولي أن يجيزه إذا كان فيه غبن فاحش.[1]

بينما ذهب المالكية: إلى أنه إذا تصرف الصبي المميز ببيع وشراء ونحوهما من كل عقد فيه معاوضة فإن تصرفه يقع موقوفا فإن كانت فيه مصلحة تعين على الولي أن يجيزه وإن كانت المصلحة في رده تعين على الولي أن يرده ويلزم القاصر برد الثمن إن كان باقيا فإن كان قد أنفقه فإنه يؤخذ من ماله الموجود،فإن كان ماله الموجود قد نفذ ثم تجدد له مال فإنه لا يؤخذ منه شيء ويكون الثمن قد ضاع على المشتريأما الشافعية فقالوا بأنه لايصح تصرف الصبي سواء كان مميزا أو غير مميز فلا تنعقد منه عبارة ولاتصح له ولاية (مسلوب العبارة والولاية) فإذا نطق الصبي الذي أبواه كافران بإسلام لاينفع إسلامه ولو تولى نكاح حالا ينعقد ،لأن الصبي المميز تصح عبارته كما يصح إذنه للغير بدخول للدار على رأي الشافعة ويملك الصبي بالاحتطاب ونحوه،فإذا احتطب فقد ملك الحطب الذي جمعه فليس لغيره أن يأخذ منه،وكذلك إذا اصطاد فإنه يملك الصيد الذي يظفربه وإذا أتلف الصبي مال غيره فإن عليه ضمانه من ماله.[2] بينما ذهب الحنابلة إلى أن تصرف الصبي الذي لا يميز باطل مطلقا، (أما الصبي المميز فإنه يصح إذا أذن الولي وينفك الحجر عنه فيما أذن له فيه من تجارة وغيرها ويصح إقراره فيما أذن له فيه)[3].

ثانيا:حكم تصرفات السفيه وذي الغفلة في الفقه الإسلامي.

---

[1] جمعة سمحان الهلباوي ، الأهلية وعوارضها والولاية العامة والحاجة وأثرهما في التشريع الإسلامي،لاط.دار الهدي عين مليلة الجزائر،ص27.

[2] جمعة سمحان الهلباوي نفس المرجع السابق ص31.

[3] انظر في ذ لك، جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها والولاية العامة والحاجة وأثرهما في التشريع الإسلامي،لا ط.دار الهدي عين مليلة الجزائرص31.

-يرى الفقه أن السفه والغفلة حالتين تدخلان على عقل الإنسان فتجعلانه ناقصا من حيث التمييز وذلك لضعف في الملكات النفسية ،لكن السفيه يكون مبصرا بعواقب الفساد لكن يتعمده أما ذو الغفلة فهو يعمل على فساده بسلامة وحسن النية وفيما يلي سنبين حكم تصرفاتهما:

1-حكم تصرفات السفيه وذي الغفلة النافعة نفعا محضا:

إن هذا النوع من التصرفات، التي يترتب عليها منفعة السفيه وذي الغفلة،يقع صحيحا من السفيه وذي الغفلة،وهو يعتبر نافذا،أي مرتبا لآثاره من غير توقف على إجازة أحد، لأنه نفع خالص،فلا يجوز للولي رفضه.

2-حكم تصرفات السفيه وذي الغفلة الضارة ضررا محضا:

الأصلبطلان التصرفات الضارة ضررا محضا

على عكس النوع السابق، فإن هذا النوع من التصرفات يترتب عليه إفقار للمتصرف،لذا فهو لايصح ولا ينفذ إذا باشره السفيه أو ذو الغفلة ولو أجازه ممثله الشرعي و هو ما ذهب إليه فقهاء كل من المالكية والشافعية في أحد القولين عنهم وكذا الحنابلة في القول الراجح في مذهبهم كما ذهب كثير من فقهاء المذهب الحنفي وعلى رأسهم أبو يوسف ومُحَّد إلى صحتها استحسانا..[1]

ب- الوقف على النفس ومن بعده على أولاده أو على جهة خيرية وقد كان القياس ألا تنعقد وصية السفيه ووقفه لأنهما تصرفان يعدان من باب الهبات والصدقات، وذلك لاينعقد من السفيه لكونه ناقص الأهلية ولكن الفقهاء استحسنوا هذين التصرفين نظرا لاعتبارين:

فبالنسبة إلى الوصية فقد قالوا بجوازها لأنها تصرف مضاف إلى مابعد الموت ،وإذا كانت على طريق مايفعله أهل الصلاح لايضره منها شيء ،بل يناله النفع الأخروي من غير ضرر دنيوي، وهي مقيدة بالثلث إن كان له وارث[2] أما بالنسبة إلى الوقف فقد قالوا بجوازه أيضا،لأن وقف السفيه على نفسه ومن بعد ذريته ثم على جهة بر لا يعد إتلافا للمال ؛ بل صيانة له من أن تقع العقارات تحت سلطان

[1] للزيلعي، نصيب الراية لآحادثة الهدايه،الجزاء 5،ط،لاد.ن.ت،ص198.

[2] الرملي نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج،الجزء السادس،لاط،لات.ن.د.ص34.

الإسراف والتبذير من غير ضرر يلحق الورثة في ذلك التصرف، فهو يعد احتياطا من سوء العقبى يفعله كثير الراشدين[1].

3-حكم تصرفات السفيه وذي الغفلة المترددة بين النفع والضرر:

من تتبع آراء فقهاء الشريعة الإسلامية انتهينا إلى أن الراجح عندهم هو أن هذه التصرفات تنعقد من السفيه صحيحة موقوفة على إجازة وليه، فإن أجازها نفذت وإن أبطلها بطلت.

وقد قال بهذا الرأي كل من فقهاء المالكية والحنابلة في إحدى الروايتين عنهم، وهو قول الصاحبين أبي يوسف ومُحَّد من الحنفية، وبيان ذلك كما يلي:

1-فبالنسبة إلى المالكية: جاء في بداية المجتهد لابن رشد القرطبي أن (ما يفعله السفيه بعوض فهو موقوف على نظر وليه إن كان له ولي، فإن لم يكن له قدم له ولي)[2]

2- أما بالنسبة إلى الحنابلة: جاء في المغنى لابن قدامه أن ذلك يصح لأنه معاوضة ،فملكه بالإذن كالصبي،لأن الحجر على الصبي أعلى من الحجر عليه،فلا يصح تصرفه بالإذن فهنأولى، ولأنا لو منعنا تصرفه بالإذن لم يكن لنا طريق إلى معرفة رشده واختياره[3].

3- أما بالنسبة إلى صاحبي أبي حنيفة : فقد ورد في بدائع الصنائع للكاساني ما يلي (وأما عندهما فحكمه وحكم الصبي العاقل .....سواء ،فلا ينفذ بيعه ولاشراؤه وإجارته ... وما أشبه ذلك من التصرفات التي تحتمل النقض والفسخ....) [4].

بهذا نخلص إلى أن التصرفات المالية للسفيه وذي الغفلة تأخذ حكم تصرفات الصبي المميز فالتصرفات النافعة لهما صحيحة، والتصرفات الضارة بهما باطلة،أما التصرفات المترددة بين النفع والضرر فموقوفة على الإجازة في رأى أغلب الفقهاء.

---

[1] مُحَّد أبو زهرة،الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية،لاط دار الفكر العربي،للطبع والنشر،ص303.

[2] ابن راشد القرطبي، بداية المجتهد نهاية المقتصد،الجزاء الثاني،ط 1952م،ص334.

[3] ابن قدامه،المغني على مختصر الخرقي،الجزاء الرابع،ط 1347هـ،ص475.

[4] علاء الدين الكاساني،بدائع الصنائع في ترتب الشرائع، الجزاء السابع ،ط 1328هـ ص 169.

-الفرع الثاني: حكم تصرفات ناقص الأهلية في القانون الجزائري.

سيتم في هذا الفرع بيان الأحكام العامة لتصرفات ناقص الأهلية في القانون الجزائري عبر التعرض للأحكام الواردة في القانون المدني وقانون الأسرة

-أولا: حكم تصرفات ناقص الأهلية في القانون المدني.

تنص المادة 78 من القانون المدني الجزائري على أن: كل شخص أهل للتعاقد مالم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أوفاقدها بحكم القانون.ويعتبر كل من السفه والغفلة من عوارض الأهلية حيث يؤثران فيها ويجعلانها ناقصة غير كاملة .

ولبيان حكم هذه التصرفات ينبغي الوقوف على ما يقضي به التقنين المدني بخصوص تصرفات كل من الصبي المميز وتصرفات السفيه وذي الغفلة.

1 – حكم تصرفات الصبي المميز في القانون المدني:

قلنا فيما تقدم أن التقنين المدني الجزائري لم يأخذ بفكرة تقسيم تصرفات الصبي المميز إلى الأقسام الثلاثة المعروفة المشار إليها سلفا ، كما أنه لم يبين حكم هذه التصرفات، بل إنه ،فيما يبدو، ترك مهمة بيان هذا الحكم إلى ماسماه مدونة الأحوال الشخصية أو تقنين الأسرة بموجب نص المادة 79 منه التي تقضي بما يلي (تسري على القصر والمحجور عليهم وغيرهم من عديمي الأهلية المنصوص عليهم في مدونة الأحوال الشخصية)

ومع ذلك ،فإنه يستفاد من نصوص التقنين المدني ما من شأنه اعتبار نقص الأهلية سببا من أسباب قابلية العقد للأبطال يقوم إلى جانب الأسباب الأخرى، وهذا ما يتضح من مفهوم نص الفقرة الأولى من المادة 101 من هذا التقنين التي تقضي بأن الحق في طلب إبطال العقد بسبب نقص الأهلية يسقط بمضي عشر سنوات من زوال هذا السبب.[1]

[1] نقلا عن محمد حبار، نظرية بطلان التصرف في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي ،رسالة دكتوراه ،جامعة الجزائر 1980ص254.

غير أنه يلاحظ أن التقنين المدني الجزائري نص في الفقرة الثانية من المادة 101 المذكورة على ما يفيد أن لناقص الأهلية الحق في طلب إبطال العقد لمدة عشر سنين من يوم زوال نقص الأهلية، دون أن يبين أي عقد يمكن فيه ذلكوإن كان مما لاريب فيه أن المقصود به هو ذلك العقد الذي ينصب على تصرف دائر بين النفع والضرر[1].

وعلى هذا قد تناول بوضوح حكم تصرفات الصبي المميز،إذقضت المادة 111 من القانون المدني بما يلي (1- إذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا له،وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا .2- أما التصرفات المالية الدائر بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد،أوإذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون)

وإعمالا لهذا النص الأخير، الذي لايوجد له مقابل له في تقنيننا المدني يكون حكم تصرفات الصبي المميز المالية كما يلي:

أ-صحة التصرف النافع نفعا محضا.

ب-بطلان التصرف الضار ضررا محضا.

ت-قابلية التصرف الدائر بين النفع والضرر للإبطال لمصلحة الصبي المميز.

2- حكم تصرفات السفيه وذي الغفلة في القانون المدني

تنص المادة 43من القانون المدني على ما يلي(كل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون)[2].

فطبقا لهذا النص نرى أن التقنين المدني يسوي من حيث اعتبار الشخص ناقص التمييز بين كل من بلغ السادسة عشرة سنة (وهي سن التمييز طبقا للفقرة الثانية من المادة 42 من هذا التقنين) ومن بلغ سن الرشد(وهي 19 سنة حسب المادة 40 منه وكان سفيها أو ذا غفلة.ونحن إذا رجعنا إلى

[1] علي سليمان:تعلق على قانون الأسرة، مقال منشور بمجلة الشرطة، السنة 1984، العدد 25ص52.

[2] المادة 43 من القانون المدني –عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في يونيو 2005(ج،ر 44 ص 21.

تقنين الأسرة،إعمالا لمقتضى نص المادة 79 من التقنين المدني الذي يقضي بأنه (تسري على القصر والمحجور عليهم وغيرهم من عديمي الأهلية قواعد الأهلية المنصوص عليها في مدونة الأحوال الشخصية ولبيان حكم تصرفات السفيه وذي الغفلة المالية في القانون المدني نرى إبداء بعض الملاحظات الهامة التي يثيرها التمعن في نص المادتين 43 من التقنين المدني و85 من تقنين الأسرة.

الملاحظة الأولى إن المادة 85 من تقنين الأسرة وكذلك المواد 81،82،83، 84 و86 تتعارض مع نصوص التقنين المدني وذلك من جهة عدم تعرضها لحكم تصرفات ذي الغفلة ،كما أن نصوص التقنين الأول أغفلت ذكركلمة الغفلة بالرغم من اقتران السفه والغفلة الفقه الإسلامي وفي التقنينات المدنية العربية.

الملاحظة الثانية أن اتجاهتقنين الأسرة لم يكن صائبا في اعتباره السفيه عديم الأهلية حين ألحقه بالمجنون والمعتوه في الحكم ، في حين أن نص المادة 43 من التقنين المدني يعتبره ناقص الأهلية فقط .

الملاحظة الثالثة: إن المشرع في المادة 85 من تقنين الأسرة لم ينتبه إلى أن معنى عدم نفاذ التصرف إنما هو وقف هذا التصرف، وهذا علما بأن التصرف غير النافذ هو التصرف الموقوف وبأن التصرف الموقوف تصرف صحيح.

ونحن إذا تأملنا في الملاحظات السابقة قلنا أن السفيه وذا الغفلة طبقا لنص43 المادة من التقنين المدني يعتبران في حكم ناقص الأهلية لصغر السن لذا فإنه يحجر عليهما عملا بمقتضى المادة 101 من تقنين الأسرة

–ثانيا–حكم تصرفات ناقص الأهلية في قانون الأسرة.

إقتصر المشرع الجزائري في حكم تصرف ناقص الأهلية في قانون الأسرة على الصبي المميز دون السفيه وذي الغفلة كما أنه تدارك النقص الذي يشوب عدم نصه على أنواع وتقسيمات تصرفات الصبي المميز في حين إصداره لنص المادة 83 من قانون الأسرة والتي اعتمد فيها التقسيم الذي نادى به فقهاء الشريعة الإسلامية، وذلك بتقسيمها إلي ثلاثة أنواع.

وسنتولى الآن بيان حكم كل فسم من أقسام التصرفات المالية الثلاثة.

1-حكم التصرفات النافعة نفعا محضا:

قلنا فيما سبق إن التصرفات النافعة نفعا محضا هي تلك التصرفات التي يترتب عليها دخول شيء في ملك الصبي المميز من غير مقابل،كقبول الهبيه والوصية أو الانتفاع بالعارية[1]

2- حكم التصرفات الضارة ضررا محضا:

بينا فيما تقدم أن التصرفات الضارة ضررا محضا هي التصرفات التي يترتب عليها خروج شيء من ملك الصبي المميز من غير مقابل، بحث لا يجني المتصرف من ورائها فيها أي نفع مالي يدخل في ذمته وذلك، كالتبرعات بجميع أنواعها من هبة أو وقف أو كفالة دين على غيره نظرا لما فيه من التبرع بالتزام أداء الدين من غيره ونحو ذلك[2].

3-حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر:

هي التصرفات التي تكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال الشخصية وفقا للقانون [3]

[1] ينظر إلى مُحَّد سعيد جعفور و إسعيد فاطمة ،التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري ،ط2002،دار هومه،ص13.

[2] مُحَّد بن عابدين،رد المختار حاشية على الدار،الجزاء الرابع ،ط،1325هـ،لا.د.ن.ت.ص340 وبعدها.

[3] نقلا مُحَّد حبار نظرية بطلان التصرف في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي ، رسالة دكتوراة دولة ، جامعة الجزائر ، ص254.

المبحث الثاني

حكم تصرفات ناقص الاهلية الدائرة بين النفع والضرر

المبحث الثاني: حكم تصرفات ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر.

لقد أوضحنا سابقا حكم تلك التصرفات بشكل عام بأنها التصرفات التي تحتمل النفع والضرر كالبيع والشراء فهي يصح صدورها من السفيه وذي الغفلة لكنها تكون إما قابلة للإبطال ، ، أو موقوفة على الإجازة ومعنى هذا أن أهلية التصرف بعوض ، في كل من التقنينين ، لا تثبت للسفيه وذي الغفلة إلا ناقصة وبناء على النصين المذكورين، فإن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر تأخذ في القانون الجزائري حكما مزوجا فهي قابلة للإبطال في التقنين المدني وموقوفة على الإجازة في تقنين الأسرة وهذا ما سنبحث في هذا المبحث من خلال المطلبين.

المطلب الأول: حكم تصرفات ناقص الأهلية قبل الإجازة.

المطلب الثاني: حكم تصرفات ناقص الأهلية بعد الإجازة.

-المطلب الأول: حكم تصرفات ناقص الأهلية قبل الإجازة

تنحصر تصرفات ناقص الأهلية بصفة عامة في ثلاثة أنواع حيث تتمثل في تصرفات الصبي المميز والسفيه وذي الغفلة. والتي ندرس حكمها قبل الإجازة من خلال هذا المطلب.

-الفرع الأول :المقصود بصحة التصرف والهدف من وقفه أو قابليته للإبطال.

أولا: التعريف بصحة التصرف.

في القانون المدني : (يعرف القانون المدني صحة التصرف إما صحيح أو باطل)[1] ومايهمنا هنا هو التصرف الصحيح فما معناه وللإجابة عن التساؤل نقول إن كثيرا من فقهاء القانون المدني يعرفونه بأنه التصرف الصحيح هو ماتوافرت فيه أركان انعقاده وشروط صحته التي يتطلبها المشرع [2]

وشروط انعقاد العقد هي الرضى والمحل والسبب والشكل في العقد الشكلي والتسليم في العقد العيني وقد تكون شروط الصحة هي شروط الإلزام توافرها كما يكون العقد صحيحا ،وذالك بأن يكون كل من طرفيه متمتعا بالأهلية اللازمة لعقده وأن تكون إرادته سليمة خالية من العيوب التي تشوبها [3] في حين نجد من بين هذه التصرفات التصرفات التي قد تكون صحيحة بالنسبة لناقص الأهلية هي الدائرة بين النفع والضرر كالبيع مثلا بالنسبة للسفيه وذي الغفلة ، (فان تصرفاتهما الدائرة بين النفع والضرر قبل الحكم عليهما بالحجر تكون نافذة ، الا إذا كانت نتيجة هذه التصرفات بسبب وجود استغلال او تواطؤ)[4]ويقصد بالتواطؤ هنا التحايل على القانون للهرب من مقتضات حكم الحجر الذي يتوقف السفه أو ذا الغفلة فيغمد هذا وأذلك بالإتفاق مع من يتعاقد معه إلى التصرف استباقا للزمن ونري حالة التواطؤ هنا تعد تطبقا لقاعدة الغش يفسد كل شيء.[5]

---

[1] محمد سعيد جعفور ، نظريات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي ، لا ط دار هومه 1998 ص32.

[2] عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج1 مصادر الالتزام ، ط 1952 ، لا د ن ، ص170 .

[3] ينظر إلى ، محمد سعيد جعفور ، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي ، لا ط ، دار هومه ، 1998 ، ص 32 .

[4] محمد سعيد جعفور،تصرفات ناقص الأهلية المالية، نفس المرجع السابق ص75-76.

[5] عبد الفتاح عبد الباقي،نظريه العقد والإرادة المنفردة،لاط،لاد.ن.ت.ص283.

ثانيا: الهدف من وفق التصرف أو القابلية للإبطال.

يتبين لنا من خلال فهم معنى قابلية التصرف الدائر بين النفع والضرر للإبطال يمكننا أن نقول أن الحكمة التي دفعت المشرع إلى تقرير دعوى إبطال هذا التصرف والغاية التي يتوخى تحقيقها من وراء ذالك تعود إلى هدفين

1-الرغبة في حماية ناقص الأهلية ذاته

2-الرغبة في تنبيه المتعاقد مع ناقص الأهلية من جهة ثانية.

لقد استهدف المشرع من تخويل ناقص الأهلية حق طلب إبطال تصرفه المتردد بين النفع والضرر، الذي كان قد أجراه وهو لا يزال قاصرا –حمايته فأعطاه حقا في المطالبة بإبطال التصرف [1] فإن هو فعل ، فإن المتعاقدين ، طبقا لنص المادة 103 من التقنين المدني، يعودان (إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد... فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل)

وإعمالا لمقتضى نص الفقرة الثانية من المادة ذاتها (لا يلزم ناقص الأهلية إذا بطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ماعاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد) أي أن ناقص الأهلية لا يلزم بالرد ألا بالقدر الذي أثرى به ، أي النفع الحقيقي الذي عاد عليه ، دون ما أضاعه أو أنفقه في غير مصلحة[2]

2-الرغبة في تنبيه المتعاقد مع ناقص الأهلية :

إلى جانب ماسبق ، فإن الحماية التي قررها المشرع لناقص الأهلية تحمل في طياتها معنى تنبيه الطرف الأخر وهو التصرف إلى ضرورة تأكيده من أهلية أداء الشخص الذي يريد الإقدام على التعاقد معه ، فإذا تبين له أن الطرف الأخر ناقص الأهلية أحجم عن التعاقد معه ، إذ لو فعل ذالك لأتاح للمتعاقد معه فرصة تمكنه من مفاجائته في أية لحظة وذالك من خلال مدة زمنية قدرها عشر سنوات يبدأ سيرانها من تاريخ بلوغ القاصر سن الرشد[3] –مع العلم أن حق التمسك بالإبطال لا يبت هنا إلا لناقص الأهلية .

وهكذا- يتضح لنا أن لامجال للشك بأن يتقرر دعوى الإبطال التصرف المتردد بين النفع والضرر إلى جانب أنه يستهدف حماية ناقص الأهلية

---

[1] ينظر إلى عبد الرزاق حسن فرج ،الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، لا ط ، د. ت ن، ص 109

[2] ينظر في معنى هذا الحكم عبد الحميد الشورابي ، البطلان المدني (الإجرائي والموضوعي ، لا ط ، د. ت ن ، ص462 .

[3] محمد سعيد جعفور وأسعيد فاطمة ، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري مرجع سابق ص16.

3-حكم التدليس الصادر من ناقص الأهلية لإيهام المتعاقد معه بأنه كامل الأهلية ويقصد بالتدليس هنا هو أن يلتجأ الصبي المميز إلى تقديم شهادة ميلاد مزوره مثلا لحمل شخص أخر على تصديقه فيبرم التصرف معه والإجابة عن التساؤل المطروح نقول إن التقنين المدني جاء خاليا من أي نص يشير إلى حالة لجوء ناقص الأهلية إلى طريقة احتيالية لإخفاء نقص أهليته لكننا مع ذالك ، نرى أن هذا الأمر لا يثير إشكالا وهذا لاعتبارين [1]

-الأول مانصت عليه المادة 101 من التقنين المدني من تخويل الصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد في حق المطالبة بإبطال العقد الذي أبرمه لما كان قاصرا

-الثاني ماقضت به المادة 124 من التقنين ذاته من إلزام الشخص بالتعويض عندما يكون قد تسبب في ضرر [2] .

-الفرع الثاني أثر التصرف الموقوف أو القابل للإبطال وحكم هلاكه.

العقد الموقوف يقابل العقد القابل للأبطال فكلاهما يعالج الولاية على التصرف والولاية على المحل أي عقد ناقص الأهلية والتصرف في ملك الغير أما العقد القابل للإبطال فهو بمنزلة العقد الصحيح وهو نافذ ومنتج لجميع آثاره وله وجود قانوني باعتباره تصرفا قانونيا.[3] وإنما يكون للعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته الحق في طلب إبطاله وهذا العاقد هو أما ناقص الأهلية أو من شاب إرادته عيب من عيوب الإرادة أو المشتري في بيع ملك الغير وإذا عقدنا موازنة بين العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال نجد أن كليهما عقد صحيح الأول غير نافذ فلا ينفذ حتى يجاز والثاني نافذ فهو ينفذ حتى يبطل بعدم إجازته إذا يتنوع العقد إلى صحيح وباطل وفاسد ويقسم العقد الصحيح إلى موقوف ونافذ.[4]

---

[1] ينظر في ذالك إلى مُحَّد سعيد جعفور نظرية عيوب الإرادة ، ص 62 .

[2] مُحَّد سيعد جعفور،اسعد فاطمة ، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري،مرجع سابق ،ص71.

[3] عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4ص115 وما بعدها.

[4] أحمد إبراهيم،كتاب المعاملات الشرعية المالية، لا ط، لا د ن، 1936، ص96.

ويرى السنهوري أن العقد الموقوف عقد باطل حتى ينفذ بالإجازة إذا فالعقد الموقوف هو صورة عكسية عن العقد القابل للإبطال والأفضل أن يوقف عقد الصبي المميز حتى يجاز بعد أن يتبين لوليه نفع هذا العقد له أو حتى يتبين له هو ذلك بعد بلوغه سن الرشد وهذا أفضل من أن نحاول علاج الضرر المحتمل حدوثه بسبب نفاذ العقد القابل للإبطال حيث إن الوقاية خير من العلاج. [1]

أولا نتيجة التصرف القابل للإبطال

تكون نتيجة التصرف القابل للإبطال في حال كون ذلك التصرف خاليا من أي عيب من عيوب الإرادة ولم تكن هنالك أي عوامل تؤدي إلى إبطاله أنه يصح متى كان مشتملا على أركان الالتزام التي هي الرضا والمحل والسبب هذا في القانون المدني أما في الفقه الإسلامي فيرى الأئمة الأربعة أن النتيجة تكون بالنسبة لتصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر هي البطلان قبل الإجازة[2]

ثانيا: حكم هلاك محل التصرف القابل للإبطال قبل الإجازة

من المقرر قانونا أنه يجب أن يوجد محل الالتزام في العقد إذا كان محله نقل حق عيني قبل نشوء الالتزام أو أن يكون هذا المحل ممكن الوجود بعد ذلك فإذا هلك محل الالتزام بعد نشوءه يكون التصرف بعد ذلك قابلا للفسخ إذا تسبب هلاك الشيء في عدم قيام أحد طرفي التصرف بما التزم به فإذا كانت التصرف المتردد بين النفع والضرر عقد بيع مثلا وهلك المبيع فيه وإن كان الهلاك قبل إبرام العقد لم ينعقد البيع بين المتعاقدين لانعدام المحل سواء كان ذلك بسبب فعل من مالك الشيء أو بآفة سماوية أو غيرها[3].

أما إذا تم إبرام العقد وهلك المبيع في يد البائع قبل أن يسلمه إلى المشتري بسبب لا يد له فيه فسخ البيع واسترد المشتري الثمن وذلك لأن الهلاك يكون على البائع إلى حين التسليم ويستثنى من ذلك

---

[1] مُحَّد حسنين نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي،لا ط ، دار مؤسسة الكتاب ، ص 95.

[2] نقلا عن محمد البردي وكالة الحصول على درجة فقه الأصول ،كلية الشريعة ،القاهرة ، لا ط ، لا د ن ت ، 1946 ، ص 141.

[3] مُحَّد سعيد جعفور، إسعد فاطمة ، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق، ص58 .

إذا كان الهلاك قد حصل بعد إعذار المشتري بتسلم المبيع وذلك ما نص عليه القانون المدني بقوله"في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون"(المادة121 من القانون المدني وقد يري أحيانا أحد أطراف العقد أن التصرف سيلحق به ضررا، فيحق أن يطلب بفسخ العقد وإبطاله وتقرير التعويض يكون للقاضي أما في الفقه الإسلامي يري الشافعية والحنابلة أن النتيجة تكون بالنسبة للتصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر هي البطلان ذلك قبل الإجازة، وقد احتج هؤلاء الفقهاء في قولهم بالبطلان بما جاء في حديث الرسول ﷺ (رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق)[1].ووجه الدلالة في نظرهم أن الحديث يدل على أن الصبي المميز لايجب عليه شيء، كما يدل على إسقاط أقواله وأفعاله، فهو بذلك شبه بالصبي غير المميز[2] فألحقوا تصرفه المتردد بين النفع والضرر بالتصرف الضار ضررا محضا كالطلاق والعتاق غير أنه يمكن الرد على هذا الرأي بأن الطلاق والعتاق تصرفان ضاران بالصبي المميز ضررا محضا ، لذا فإن النظر السليم يقضي بعدم إلحاق التصرف المحتمل للنفع والضرر بالتصرف الذي هو ضرر محض .

– المطلبالثاني: حكم تصرفات ناقص الأهلية بعد الإجازة:

المجيز في التصرف الموقوف قد يكون ولي الصبي المميز بالنسبة إلى التصرف المتردد بين النفع والضرر، فهذا التصرف ينعقد موقوفا ولكنه ينفذ بإجازة من له الولاية عليه، وفي هذا المطلب سنبين معنى إجازة التصرف الموقوف أو القابل للإبطال وصور الإجازة وآثارها.

الفرع الأول: معنى إجازة التصرف الموقوف أو القابل للإبطال.

الفرع الثاني: صور الإجازة وأثارها.

[1]–رواه الإمام أحمد في المسند ج2ص188خلاصة حكم المحدث صحيح، نقلا عن الموسوعة الحديثية الدرر السنية تحت إشراف علوي بن عبد القادر السقاف.

[2]مُحَمَّد سعيد جعفور تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري ،مرجع سابق، ص42.

الفرع الأول: معنى إجازة التصرف الموقوف أو القابل للإبطال.

التعريف بالإجازة في الجانبين الشرعي والقانوني:

أولا: تعريف الإجازةفي الفقه الإسلامي:

عرفها المقري في المصباح المنير كما يلي {جاز العقد نفذ ومضى على الصحة وأجزت العقد جعلته جائزا نافذا }.[1]

وجاء في فتح القدير لابن الهمام {الإجازة تصرف في العقد بالإبقاء}[2].

ويتضح من القولين السابقين أن فقهاء الشريعة الإسلامية يستعملون لفظ الإجازة في العقود لحق إبقاء تصرف موقوف على النفاذ في حقه.

وفضلا عما سبق فان فقهاء الشريعة الإسلامية يستعملون مصطلح الموقوفة بمعنى ترتيب آثارها، فيقولون أن الإجازة تصرف شرعي يصدر من صاحب الإجازة في معنى "الإمضاء " وذلك في العقود النافذة التي يدخلها احد له الخيارات فتصبح غير لازمة ، فيقولون أنها تصير لازمة بإجازتها ممن له الخيار في فسخها ويسقط خياره بإمضائها أي بإجازتها [3].

ثانيا: التعريف بالإجازة في القانون المدني:

لم يعرف المشرع الجزائري الإجازة، وهذا على غرار نظيره الفرنسي والمصري، وقد أحسن صنعا إذ لم يفعل ذلك لأنه ليس من مهمة المشرع التعريفات ولا الخوض في التفصيلات.

وقد عرف فقهاء الغرب والعرب إلى تعريف الإجازة تعريفات شتى وبالرجوع إلى مؤلفات هؤلاء الفقهاء نجدهم قد انقسموا بصدد تعريف الإجازة إلى فريقين :

فريق أول يرى" أن الإجازة تصحح العقد الذي ترد عليه"، وفريق ثان يقول" أن الإجازة تقتصر على إزالة الحق في التمسك بالإبطال"[4]..

---

[1] أحمد بن محمد بن علي المقري ، المصباح المنير ، ج1 ، ط1316هـ ، بمصر ، ص54.

[2] ابن الهمام الحنفي ،فتح القدير ،شرح الهداية ،ط1316هـ بمصر ،ج5 ،ص 311..

[3] انظر أبو محمد عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي ،المغني ،ط1347 هـ ،مصرج4ص 79.

[4] محمد سعيد جعفور،إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي،لاط،دار هومه،ص11.

فمن خلال تعريف الفريقين الإجازة نستنتج بأن هناك من يرى أن الإجازة مبنية على تصحح العقد وهناك من يقتصر على الإجازة في إزالة الحق في التمسك بالإبطال.

ومن تتبع أقوال كثر من فقهاء القانون المدني يتبين لنا أن الإجازة"تصرف قانوني من جانب واحد يترتب عليه إسقاط حق طلب إبطال العقد القابل للإبطال بالنزول عنه ممن خوله القانون ذلك ،وصيرورة العقد المجاز باتا بعد أن كان مهددا بالزوال" [1].

من خلال هذا التعريف يتبين لنا أنه تعريف جامع مانع لتعريف الإجازة يشمل عنصرين أساسيين هما:

أ- فهي نزول عن طلب الإبطال .

ب- وهي ، فوق ذالك تصحيح للعيب الذي انتاب العقد والذي كان يؤدي إلى إبطاله

ثانيا : تعريف الإجازة في الفقه العربي:

حذا جانب هام من رجال الفقه العرب حذو نظائرهم الفرنسيين الذين قالوا إن الإجازة هي تصحيح العقد الذي يرد عليه،فعرفوا الإجازة تارة بأنها"عمل قانوني صادر من جانب واحد يزيل به المتعاقد عيبا في العقد يخوله القانون الحق في طلب إبطاله".[2]

فعرفوها مرة أخرى بأنها "النزول عن حق طلب الإبطال ممن يتقرر لصالحه ، وهي لذالك تصحيح العقد القابل للإبطال ويترتب عليها تطهير العقد من العيب الذي يعتريه "[3]

نستنتج من خلال التعريفين أن فقهاء العرب عرفوا الإجازة ضمن مجموعة من العناصر التالية

أ-الإجازة تصرف قانوني من جانب واحد .

ب-الإجازة هي نزول عن الحق في التمسك بإبطال العقد المعيب.

ج-الإجازة تطهير العقد من العيب الذي كان يعتريه .

---

[1] أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ،إجازة العقد القابل الإبطال ط 1983،لاد.ن.ت.ص6.

[2] أنو سلطان ،مصادر الالتزام،ط1970،لا د ت ن ، ص84.

[3] نقلا عن عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، ط 1984 ، لا د ن ت ، ص473 وما بعدها.

وبهذا نصل إلى أن تعريف الإجازة في الفقه الإسلامي يتفق مع تعريفها في القانون المدني فهي كلاهما تصرف صادر من صاحب الحق فيها ، يكون الغرض منه الإبقاء على العقد الذي ترد عليه ، وذالك عن طريق العدول عن طلب إبطاله أو فسخه على حسب تعبير الفقه الإسلامي.

ثانيا: شروط وخصائص الإجازة

"واشترط لقيام ألأطراف الثلاثة وقيام المبيع وقت صدور الإجازة كما في وقت صدور التصرف وإن كان هذا الاشتراط سليما من ناحية الصياغة الفقهية المجردة لكن قد تدعو الحاجة إلى إجازة العقد بعد موت أحد الأطراف الثلاثة أو بعد هلاك المحل فكان يجب أن لا تحول الصياغة الفقهية دون تحقق ذالك "[1]

1 شروط الإجازة في القانون المدني

تتمثل شروط الإجازة في الفقه الإسلامي في طريقتين أساسيتين .

الأولى: رفع المانع الذي كان يعترض نفاذ العقد فمنعه من ترتب أثاره.

الثانية: إمضاء العقد غير اللازم بسبب اقترانه بأحد الخيارات العقدية أو بأحد عيوب الإرادة.

ومن هذا يتضح أن محل الإجازة في الفقه الإسلامي يتمثل في حالة العقد الموقوف وحالة العقد الذي دخله خيار عقدي أو عيب إرادي أما العقد الباطل فلا تصح إجازته[2]

"ففي الفقه الإسلامي يعد الإكراه أكثر عيوب الإرادة بروزا. وما يهمنا هنا رأي فقهاء الشريعة الإسلامية، وعلى رأسهم زفر بن الهذيل، الذين يقولون بوقف تصرفات المكره على الإجازة. وعليه يجب أن تكون إرادة المجيز حرة من عيب الإكراه وهو يجيز تصرفه، وإلا كانت الإجازة نفسها موقوفة"[3].

1شروط الإجازة في القانون المدني:

أ – كون العقد المراد إجازته مما يقبل الإجازة:

---

[1] محمد حسنين ، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي ،مرجع سابق ،ص97.

[2] نقلا عن سعد الدين ابن مسعود عمر التفتازاني ، التلويح على التوضيح لمتن التنقيح ، ط 1377هـ ،ج2 ، بمصر ، ص.123

[3] علي عبد القادر المومني ،العقد الموقوف في القانون المدني الأردني لا،ط،لا دار النشر ،كلية الحقوق القاهرة ص7-12.

ب- علم المجيز بالعيب الذي شاب التصرف وزوال العيب عند صدور الإجازة

قلنا في ما تقدم إن الإجازة في القانون المدني هي العدول عن التمسك بالحق في طلب إبطال العقد لكن في أي نوع من العقد يمكن ذلك ؟ فهل تسوغ إجازة العقد الباطل؟ أو إن الإجازة تقتصر على العقد القابل للإبطال ؟ وللإجابة عن التساؤل التالي ندرس مدى جواز إجازة العقد الباطل

"-والعقد الباطل في القانون المدني هو ما تخلف فيه أحد أركانه أو اختل شرط من شروط المحل والسبب "[1].

لم يضع المشرع الجزائري قائمة يبين فيها متى يكون العقد باطلا لأن مهمته هنا إنما هي بيان أركان انعقاد العقد التي يترتب البطلان على تخلفها لذا فإنه للإلمام بحالات التي يكون فيها العقد باطلا يجب الرجوع إلى ما وضعه المشرع من أركان انعقاد العقد وإذا ما فعلنا ذالك انتهينا إلى أن العقدة يكون باطلا في الحالات الآتية

"أ-حالة إبرام عقد من شخص عديم الأهلية ، يستوي في ذالك أن يكون هذا الشخص صبيا غير مميز.

ب-حالة إبرام عقد ينعدم فيه التراضي أو المحل أو السبب أو عدم توفر شروط المحل أو السبب .

ج-حالة تخلف الشكل المطلوب لانعقاد القد الشكلي أو تخلف التسليم المطلوب لانعقاد العقد العيني.

د-حالة حكم القانون ببطلان العقد في صورة معينة"[2] .

ويفهم من هذه الحالات أن يكون العقد باطلا ومقتضى البطلان هنا أن لا يكون للعقد وجودا في نظر القانون فلا يترتب أي أثر باعتباره تصرفا قانونيا .

[1] السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ج1 ، ط1952 ، لا د ن ت ، ص486.

[2] محمد سعيد جعفور،إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي،مرجع سابق ص69.

علم المجيز بالعيب الذي شاب العقد زوال هدا العيب عند صدور الإجازة

فلا نستطيع بداهة أن ننزل طواعية واختيارا إلا على ما نعلم، فلا يمكن تصور نزول صحيح عن دعوى الإبطال إلابناء على العلم بالعيب الذي كان أساس هذه الدعوى، فبدون معرفة العيب لا يمكن أن توجد ثمة إجازة.

(ينعقد العقد المشيب بعدة عيوب من الإرادة التي لا تكون أثر للإجازة إلا إذا كان صاحب حق الإجازة عالما بهذه العيوب فإن كان يجهلها جميعها أو بعضها فإن أثر الإجازة لا ينصرف إلا إلى تلك التي كان عالما بها وقت صدور الإجازة)[1].

من التعريف المتقدم للإجازة يمكننا أن نستخلص الخصائص التي تتصف بها وهي ثلاث فهي تصرف قانوني إنفرادي ،تصرف إسقاطي ، تصرف كاشف

أولا- إجازة تصرف قانوني إنفرادي :

"معنى أن الإجازة تصرف قانوني إنفرادي وهو أنها تتم بإرادة منفردة ، وهي إرادة من خوله القانون حق طلب إبطال التصرف الدائر بين النفع و الضرر "[2]

-ويترتب على كون الإجازة تصرفا انفراديا ثلاث نتائج هامة

1-"إن الإجازة تحدث أثرها الذي سنقف عليه في المطلب القادم بمجرد تعبير المجيز عن إرادته في العدول عن حقه في التمسك بالإبطال

2-إن المجيز يلتزم بالإجازة بمجرد صدورها منه بحيث لا يستطيع الرجوع عنها ولو بحجة أن المتعاقد معه لم يقبلها

3-إن الإجازة تصرف قانوني غير واجب التسليم."[3]

---

[1] ينظر في ذالك إلى محمد سعيد جعفور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي ، لا ط، دار هومه ، ص88

[2] حسين نوري ، دروس في القانون ، الحق والالتزام وعقود التجارة ،لا ط ، د ت ن ، ص350

[3] محمد سعيد جعفور، التصرف الدائر بين النفع والضررفي القانون المدني الجزائري،مرجع سابق ص98.

ثانيا الإجازة تصرف إسقاطي (يقصد بهذا التصرف أنه أذا صدرت الإجازة إلى إخراج حق التمسك بإبطال التصرف من ذمة صاحبها، أي تسقط منه هذا الحق بحيث يمتنع عليه بعد ذالك أن يطالب بالإبطال ، فبالإجازة يسقط هذا الحق فإن هو سقط لن يعود)[1]

ثالثا إجازة تصرف كاشف "توصف الإجازة إلى جانب أنها تصرف انفرادي وإسقاطي ، بأنها تصرف قانوني كاشف لأن مهمتهما تنحصر في تأييد وتثبيت الآثار القانونية التي كان التصرف المجاز قد أنتجها في الفترة السابقة على الإجازة ، باعتبار هذا التصرف صحيحا منتجا لأثاره ويترتب عن ذالك الكاشف للإجازة أن التصرف المتردد بين النفع والضرر يصبح باتا غير مهدد بالزوال"[2] أو بعبارة أخرى ، إن الإجازة تكشف عن أن هناك تصرفا مترددا بين النفع والضرر قابلا للإبطال قد تترتب عليه أثاره ولا يخلق هذه الآثار .

أ-خصائص الإجازة في الفقه الإسلامي:

✓ الإجازة تصرف انفرادي :

في الفقه الإسلامي تتم الإجازة بإرادة واحدة فهي ليست تصرف تبادليا ويترتب على هذه الخاصية ثلاث نتائج هي:

النتيجة الأولى: الإجازة لا تتوقف على قبول الطرف الأخر أو علمه بها:

فلا يشترط الفقه الإسلامي لإنتاج الإجازة لآثارها قبول العاقد الآخر، بل إنه لا يشترط عليهماإبقاء الحق الأخر فلا يحتاج إلى علمه وقد جاء في المبسوط للسرخسي بصدد العقد غير اللازم لاقترانه بخيار الشرط مايلي (وإن اختيار البائع لزوم البيع والمشتري غائب : فهو جائز فالبيع لازم في الجانب الأول، وإنما يسقط البائع حق نفسه في الفسخ بالإجازة ، وذالك صحيح منه بعد غيبة المشتري فليس له بعد ذالك أن ينقض ، كما لو لم يكن في البيع خيار لواحد منهما)[3]

---

[1] ينظر إلى محمد سعيد جعفور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي ، المرجع السابق، ص52.

[2] محمد سعيد جعفور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص53 .

[3] نقلا عن أبو بكر السرخسي ،المبسوط،الجزء 13،ط 1331هـ ص47.

ويفهم من ذالك أن الإجازة ليست في حاجة إلى قبول الطرف الأخر في العقد فقد يكون البائع غائبا وهذا لا يتصور صدور قبوله منه.

كما في تبيين الحقائق للزيلعي قوله (وكالإجازة فإن علم الأخر بها ، لا يشترط ، فلهذا لا يشترط رضاه ، ولأنه لا ضرر فيها على صاحبه).

النتيجة الثانية: الإجازة لا تقبل الرجوع فيها بعد التعبير عنها:

فبإعمال صاحب حق الخيار حقه في الإجازة ، يسقط خياره ويلزم العقد بإمضائه ولا يجوز فسخه بعد ذالك ، أي لا يجوز الرجوع عن الإجازة إلى الفسخ ، ذالك أن الخيار لا يعود بعد سقوطه لأن الساقط لا يعود وقال بذالك مُحَّد بن الحسن إنه "ليس للبائع بعد الرضا (أي الإجازة) أن ينقض البيع " [1]

النتيجةالثالثة :الإجازة تصرف غير واجب التسليم:

يشترط الفقه الإسلامي تبليغ الإجازة إلى من وجهت إليه فهي تنتج آثارها بمجرد صدورها ممن خوله الشرع إياها وهذا لسببين:

الأول: "الإجازة لا تعني إلا المجيز وحده ولا يدخل العاقد الآخر فيها لأنها تصرف صادر من المجيز في حق ثابت له شرعا"[2]

الثاني: "الإجازة إبقاء لحق العاقد الآخر فلاضرر يلحقه من جرائها وبتالي فلا ضرورة تستدعي تبليغه بها وهذا ما يستفاد من أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية الذين يرون صحة الإجازة ولو لم يكن العاقد الآخر المستفيد منهاعالما بها أو كان غائبا" وبهذا قال عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي [3]

- ✓ الإجازة تصرف إسقاطي:

[1] نقلا عن مُحَّد بن الحسن بن فرقد الشيباني ،الأصل في البيوع ، ج6 ،لا ط ، مطبعة جامعة القاهرة 1954 ، ص 14.

[2] علاء الدين الكاساني ، بديع الصنائع ، ج5 ، المرجع السابق، ص 298.

[3] نقلا عن عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار ، ج2 ، حلب ، د.ن.ت ط ، ص13 .

"لقد كان لصاحب الخيار أن يختار بين فسخ العقد وإجازته، فإن هو آثر الإجازةسقط خياره ولايجوز له فسخه بعد ذلك لأن الإجازة إسقاط لحق الفسخ"[1] .

✓ الإجازة تصرف كاشف:

"يرى الفقه الإسلامي الراجح أن الإجازة تصرف كاشف ، ذلك أن هذا الفقه يعتبر((الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء)) وأن ((لإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة))في البيع وغيره من المعاوضات"[2] فيستفيد المتعاقد من المعروضات فإذا أجيز العقد الموقوف، اعتبر نافذا ومستندا حكمه إلى وقت إبرام العقد ثمرة العقد منذ انعقاده لأن الإجازة لم تنشئ العقد بل أنفذته إنفاذا،

الفرع الثاني صور الإجازة وأثرها .

أولا:صور الإجازة:

1-صور الإجازةفي الفقه الإسلامي:

تكونالإجازة صريحة إذا صدرت باللفظ أو بالفعل أو بالكتابة أو بالإشارة وتكون ضمنية إذاصدرت بغيرها من الطرق التي من شأنها أن تدل عليها.

أولا: الإجازة الصريحة:

أ- الإجازة باللفظ:

"اللفظ هو الوسيلة الأصلية للتعبير عن الإرادة وهو الأكثر وضوحا واستعمالا "[3].

ولا يشترط الفقهاء صيغا معينة أو ألفاظا محددة للتعبير عن إجازة التصرف الموقوف إذ أن "العبرة ب المقاصد والمعاني وليست بالألفاظ و المباني".[4].

[1] ينظر إلى أبن الهمام ، فتح القدير ، ج5 ، ، المرجع السابق، ص311 .

[2] عبد الرزاق حسن فرج ،نظرية العقد الموقوف ،مرجع سابق ص232.

[3] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1،المرجع السابق ص 517.

[4] وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ص553 .

ب – الإجازة بالفعل :

على قد تقع الإجازة بفعل من المجيز يدل على رغبته في العقد وموافقته التصرف، ولا يشترط أن يتلفظ بلفظ يدل على إجازته لهذا التصرف، فكل ما يدل على هذا المعنى دلالة واضحة من قول أو فعل ينعقد به العقد، كأن يقبض المالك الثمن كله أو بعضه من المشتري .

ج- الإجازة بالكتابة:

"إن النطق والفعل، ليسا وحدهما الوسيلة الوحيدة للتعبير عن الإجازة عما يكمن من أفكار في نفس الإنسان، وإنما قد يعبر عنها أيضا بواسطة الكتابة التي تعتبر وسيلة لنقل ما يمكن قوله شفاهة فهي قول مكتوب. فإذا صدرت الإجازة مكتوبة أخذت حكم التلفظ بالإجازة بشرط أن تكون الكتابة واضحة مستبينة والكتابة المستبينة هي التي لها بقاء بعد الانتهاء منها وتكون مفهومة ويستطاع قراءتها، مثل الكتابة على الورق أو اللوح أو الحائط"[1].

"ويشترط في الإجازة المكتوبة أن تحمل الكلمات المستعملة معنى التصرف الذي تقصده عرفا، لأنه إذا كانت تدل على مجرد الرغبة في الإجازة مستقبلا كأن يقول سوف أجيز فلا تتحقق الإجازة لا عند النطق ولا عند الكتابة" [2].

-الإجازة بالإشارة:

"الإشارة تعبير محض عن الإرادة يقوم مقام القول، والمقصود منها تحريك عضو من أضاء الجسم للدلالة على الرضا أو الرفض، كتحريك الرأس عموديا للدلالة على القبول أو تحريكه أفقيا للتعبير عن الرفض، وهو حسب مايقضي به عرف الناس في المجتمع "[3].

---

[1] محمد سعيد جعفور أسعد فاطمة التصرف الدائر بين النفع والضرر ،المرجع السابق ص167.

[2] نقلا عن محمد حبار، نظرية البطلان، التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي،رسالة دكتوراه، كلية الحقوق،جامعة الجزائر، 1986ص5 45.

[3] محمد بن إسماعيل الغشم،إجازة التصرفات دارسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني ،ص190.

وقد اختلف الفقهاء بصدد التعبير عن الإرادة بواسطة الإشارة بحسب ما إذا كان الشخص قادر على النطق أم لا بأن كان أخرس:

✓ إشارة القادر على النطق:

ذهب الرأي الراجح إلى أن الشخص القادر على النطق لا يعتد بإشارته، لأن الأصل في التعبير هو الكلام والإشارة لا تكون إلا لضرورة كما أن دلالة الإشارة، لا ترتقي منهما قويت إلي درجة اللفظ و الكتابة غير أن الكسائي خالف قول هذا المذهب إذ قال " إن الإشارة متى تعلقت بها العبارة نزلت منزلة الكلام لحصول ما وضع الكلام بها، وهو الإعلام والدليل عليه العرف " [1]

✓ إشارة الأخرس: ميز الفقهاء بين الأخرس الذي يعرف الكتابة والأخرس الذي لا يعرف الكتابة:

- الأخرس الذي يعرف الكتابة:

قال الفقهاء بأنه يمكن أن يعبر عن إرادته إما بالكتابة أو بالإشارة على حد سواء، لأن المناط هو الإفهام.[2]بينما قال بعض الفقهاء" بأنه يتعين عليه التعبير بالكتابة لا بالإشارة لكونها أوضح وعليه لا يجيزون انعقاد عقد الزواج بالإشارة مادام يعرف الكتابة" [3].

وخالفهم المالكية الذين" ذهبوا إلى جواز التعبير عن الإرادة بالإشارة وإنكان الشخص قادر على النطق" [4]

الفقهاء يرون أن إشارة الأخرس هي الوسيلة الأصلية في التعبير عن إرادته لكن بشرط أن تكون مفهومه، فقد ورد في مغني المحتاج للشربيني الخطيب أن:"إشارة الأخرس وكتابته كالنطق للضرورة لأن ذلك يدل على مافؤاده كما يدل عليه النطق من الناطق"

---

[1] الكساني بدائع الصنائع،ج3، المرجع السابق، ص110.

[2] فتح القدير، ج3، المرجع السابق، ص492.

[3] فتح القدير، ج3المرجع السابق ص436.

[4] محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،ج3، دار الفكر، بيروت، ص3.

وكما قال الكاساني"النطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشراء ولا لنفادهما وصحتهما فيجوز بيع الأخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك لأنه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك قامت لإشارة مقام عبارته" [1]

ونستنج من هذا إن الفقهاء قد اختلفوا في الحكم على إشارة الأخرس فهناك من الذين لا يجيزون تعبير الناطق بالإشارة ولو كانت واضحة للدلالة على الرضا وهذا كل من المذهبين الحنفي والشافعي .

وهناك من يجيزون ذلك فهم يرون أن لا فرق بين اللفظ والإشارة وبهذا المالكية والحنابلة وتعبير عندهم هو القادر على الكلام.

ثانيا: الإجازة الضمنية:

الإجازة الضمنية في الفقه الإسلامي هي تلك التي تستفاد من فعل يأتيه الشخص يقصد به النزول عن التمسك بحقه في فسخ العقد. وتسمى بالإجازة الفعلية. فإذا وجد أي فعل يدل على الإجازة فإنها تتحقق به وكما جاء في مواهب الجليل للخطاب أن:"للدلالة على الرضا يكفي فيها الفعل لأنه يدل على الرضا في كثير من الأمور دلالة عرفية"[2]

وقد أورد الفقهاء عدة حالات تدل على الإجازة الضمنية منها:

1-تسليم المالك الذي بيع ملكه دون إذنه، الشيء المبيع إلى المشتري من الفضولي .

2-قبض المالك ثمن الشيء من المشتري.

-2صور الإجازة في القانون المدني

3-أولا: الإجازة الصريحة:

الإجازة الصريحة "هي التي تنتج عن تعبير صريح عن الإرادة تتضح منه نية الشخص في العدول عن التمسك بالإبطال. وقد أفرد المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 60 لطرق التعبير عن الإرادة

[1] الكساني، بدائع الصنائع ،ج5، المرجع السابق ص135.

[2] نقلا عن الحطاب ، مواهب الجليل شرح مختصر أبي الضياء سيدي خليل ، لأبي عبد الله بن محمد بن عبد الرحمان ، ج 4 ،ط1329 هـ بمصر، ص228.

وهي تنص على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه "[1].

ثانيا: الإجازة الضمنية: " هي التي يستدل عليها من ظروف الحال، شريطة أن يفيد هذا الاستدلال،بشكل قاطع النزول عن حق التمسك بالإبطال"[2]

وعليه تعد الإجازة الضمنية للتصرف كل مسلك يستفاد منه عدول صاحب الحق في طلب الإبطال عن مباشرة حقه هذا ويعتبر التنفيذ الاختياري للتصرف القابل للإبطال أبرز صورة للإجازة الضمنية ومن صور هذا التنفيذ أن يتصرف المشتري ناقص الأهلية في المبيع الذي تسلمه من البائع طواعية واختيارا.

ثالثا–الأجازة المفترضة أو المقدرة

تنص المادة 101 من التقنين المدني على ما يلي"يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه عشر سنوات"[3]

فإذا بلغ الصبي المميز سن الرشد وكان بالخيار فله إما أن يجيز تصرفه الدائر بين النفع والضرر الذي كان قد أجراه وهو قاصر إجازة صريحة أ وضمنية ، وإما أن يعمل الحق الذي خوله إياه القانون في التمسك بإبطال هذا التصرف،ذلك خلال فتره حددها النص السابق بعشر سنين يبدأ سريان معولها من تاريخ اكتمال أهلية.

ومن ذالك نستخلص إن صور الإجازة في الفقه الإسلامي تتفق مع نظيراتها في القانون المدني فهي في كليهما تكون إما صريحة أو ضمنية وهذا مع مراعاة ما كنا قد أطلقنا عليه عبارة الإجازة المفترضة أو المقدرة كنوع ثالث في القانون المدني ، وهذا النوع وجدنا ما يقابله في الفقه الإسلامي بحالة سقوط خيار صاحب الخيار في الإجازة .

---

[1] أنظر المادة 60 من القانون المدني الجزائري .

[2] محمد سعيد جعفور أسعد فاطمة ، التصرف الدائر بين النفع والضرر،مرجع سابق ، ص106.

[3] أنظر المادة 140 من التقنين المدني المصري.

ثانيا : أثر الإجازة:

يترتب على صدور الإجازة الصحيحة في أي صورة من صورها السابقة أثر مزدوج بالنسبة إلى التصرف المجاز ذاته وأثر بالنسبة إلى إطراف هذا التصرف ويكون ذالك من خلال ماس نبينه في القانون المدني وما يقابله في الفقه الإسلامي من أثر .

1 في القانون المدني:

يتمثل أثر الإجازة في القانون المدني في أثار متعددة مختلفة ونجن اقتصرنا على أثرين فقط .

أ –أثر الإجازة في التصرف المتردد بين النفع والضرر القابل للإبطال ذاته.

"يترتب على الإجازة تثبيت هذا التصرف ، وذالك بخروج حق طلب إبطاه من ذمة المجيز، لأنه بمجرد التعبير عن إرادة الإجازة يزول خطر الإبطال الذي كان يحدق بالتصرف . وتكون نتيجة ذالك أن هذا التصرف يتأيد فيستقر نهائيا ، وتستقر معه الآثار التي كانت قد ترتبت عليه في المرحلة السابقة على إجازته وهذه الإجازة ليست من شأنها أن تزيد التصرف المجاز صحة ، لأنه كان صحيحا مرتبا لآثاره منذ إبرامه ".[1]

لقد سبق أن لنا إن الإجازة تصرف كاشف ، ذالك أنها لا تأتي بحال جديدة للتصرف المتردد بين النفع والضرر الذي ترد عليه ، بل هو يستمر في أنتاج أثاره فالإجازة لا تصحح عقدا باطلا [2] بل هي ترفع خطر الإبطال الذي كان يهدد عقدا قابلا للإبطال مستقبلا .

وتأسيا على ما نقوله هنا فإننا على عكس ما ذهب إليه كثير من فقهاء العرب والفرنسيين وعلى خلاف ما تقضي به المادة 100 من التقنين المدني من" أن الإجازة متى صدرت استند أثرها إلى تاريخ إبرام العقد ، أي أنها ذات أثر رجعي ، وهي بهذا الأثر الرجعي تصحح التصرف الذي تلحقه

[1] محمد سعيد جعفور أسعد فاطمة، التصرف الدائر بين النفع والضرر،مرجع سابق ، ص118.

[2] المادة 100 من التقنين المدني من التقنين المدني الجزائري .

عن طريق تطهيره من العيب الذي كان يعتريه وذالك من خلال التفرقة بين أمرين أولهما تمسك العاقد بالإبطال والحكم له به وثانيهما هو نزول عن دعوى الإبطال وإجازة التصرف ".[1]

ب-حالة إجازة التصرف

قلنا آنفا إن الإجازة لاتصحح التصرف القابل للإبطال الذي ترد عليه لأنه كان صحيحا مرتبا أثاره قبلها ، ولأن الإجازة لاتنشئ تلك الآثار ، بل ينحصر أثرها في تأييد هذه الآثار ورفع الخطر الذي كان يهدد التصرف بالإبطال مستقبلا ولما كان ذالك هو شأن الإجازة فإننا نرى مع أستاذنا علي علي سليمان[2] أن إقحام لفظ الإجازة في نص المادة 100 من التقنين المدني يعتبر خطئا ينبغي تداركه بتعديل هذا النص نظرا لأن التصرف المتردد بين النفع والضرر تصرفا صحيحا منتج لكل اثار التصرف الصحيح في التقنين المدني ومن هنا يتبين لنا أن الإجازة لايمكن أن تصحح التصرف القابل للإبطال.

أثر الإجازة في الفقه الإسلامي

تتمثل أثر الإجازة في الفقه الإسلامي في عدة أثار مختلفة ونحن اقتصرنا على أثرين فقط..

-أثر الإجازة في التصرف الموقوف.

-أثر الإجازة في العقد المقترن بخيار عقد أو بعيب إرادي.

يترتب على الإجازة أن يصبح العقد الموقوف نافذا فإذا كان سبب وقف العقد هو نقص أهلية العاقد ، فللصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد ، أومن من في حكمه ، أن يمارس حقه في إجازة تصرفه المتردد بين النفع والضرر الذي باشره في حالة قصره فإن هو فعل ذالك نفذ هذا التصرف وترتب في ذمته نتائجه ، سواء كانت هذه النتائج حقوقا أم التزامات .

وإذا صدرت الإجازة من ولي ناقص الأهلية ، قبل بلوغ الصبي سن الرشد ، نفذ التصرف الموقوف أيضا ، وكانت إجازة الولي بمثابة الإذن للصبي بإجراء التصرفات .

[1] علي علي سليمان ، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، ص97.

[2] محمد سعيد جعفور أسعد فاطمة، التصرف الدائر بين النفع والضرر،مرجع سابق ، ص120.

أما إذا كان التصرف قد صدر من الفضولي ، كبيع ملك الغير وغيره من المعاوضات أجاز صاحب الشأن، تصرفه ذالك ، (فإن هذا التصرف يصبح نافذا فترتب على ذالك أثاره بعد أن كانت موقوفة وينتج عن ذالك نتيجتين

أ-اعتبار مالك الشيء المبيع مالكا للثمن منذ وقت إبرام العقد لا من وقت صدور الإجازة منه وهذا إن كان هذا الثمن لا يزال قائما لأنه بدل ملكه ، إما إذا هلك الثمن في يد الفضولي قبل الإجازة ، ثم أجيز العقد فيهلك أمانة ، كما إذا كان الفضولي وكيلا في الابتداء وهلك الثمن في يده)[1]

ب-اعتبار المشتري من الفضولي مالكا للمبيع من وقت انعقاد البيع الصادر من الفضولي لامن وقت الإجازة الصادرة من المالك ، وذالك بكل ما يحدث في المبيع من زيادة كالكسب والنماء ، ولو حصل ذالك قبل الإجازة.فكل ما يحدث في محل (التصرف الموقوف من زيادة أو نماء يملكه من يثبت له ملك الأصل بالإجازة ، ولو كان النماء والزيادة حاصلا قبل صدور الإجازة من المالك الحقيقي لعقد الفضولي ومثل الزيادة والنماء ، ما يؤخذ كتعويض عما يكون لحق محل التصرف الموقوف قبل الإجازة . وقد جاء في الفتاوى الهندية أن ((كل ما يحدث في المبيع الموقوف من كسب وولد ....قبل الإجازة فللمشتري)).[2]

ومن كل هذا نستخلص أن العقد الموقوف إذا أجيز حررته الإجازة فأطلقت سراحه وأنتج أثره وعليه نقول إن أثر إجازة العقد الموقوف هو صورة عكسية لأثرها في العقد القابل للإبطال في القانون المدني

-أثر الإجازة في العقد المقترن بخيار عقدي أو بعيب إرادي .

-فإذا كان العقد مقترنا بأحد الخيارات العقدية ، كخيار الشرط وأخيار الرؤية أو خيار العيب ، أصبح غير لازم لمن ثبت لصالحه الخيار في فسخه أو إمضائه .كما جاء في البدائع الكاساني ، بصدد العقد المقترن بخيار العيب ، أن ((حكم المبيع بعيب وهو ثبوت الملك للمشتري في المبيع للحال ، ولكنه ملك غير لازم لأن السلامة شرط في العقد دلالة.))[3]

---

[1] ينظر غلى بن الهمام ، ج5 ، مرجع سابق ،ص 312

[2] ينظر في المعنى نفسه ، السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج4 ، ص194

[3] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج5 ، مرجع سابق، ص274

كما جاء في شرح الخرشي أن ((بيع الخيار بيع وقف بته على إمضاء يتوقع))[1]

فهذا العقد ، قبل ممارسة ذي الخيار لخياره ، ينتج جميع أثاره . فإذا فسخ هذا العاقد العقد ، انقضى مستندا حين صدوره . أما إذا أجازه في المدة المعنية لذالك ، فإنه يترتب على الإجازة إمضاء العقد ولزومه فيستمر في إنتاج أثاره وكأنه لم يكن غير لازم أبدا ، وذالك لسقوط الخيار بالنسبة إلى من صدرت منه الإجازة .

ونلاحظ من خلال قولنا المتقدم بصدق فيما إذا كان الخيار لواحد من المتعاقدين . إما إذا كان لهما معا ، فإن المسألة على حالها عند الإجازة إذ يلزم العقد أن أجازه والآخر على خياره حتى يجيزه هو أيضا فيصبح العقد لازما بالنسبة إليهما[2] أما إذا أجاز أحدهما وفسخ الآخر انفسخ العقد ، سواء كان ذالك على التعاقد أو على القران لأن الفسخ أقوى من الإجازة كما ورد في البدائع للكاساني.

- أما إذا كان العقد غير لازم بسبب عيب إرادي اعترى إعادة أحد المتعاقدين ، فقد شرع لهذا العاقد أيضا خيار بين فسخ العقد أو إمضائه ، فإن هو آثر الإمضاء ترتب عن ذالك أن يصبح العقد لازما في حقه فيستمر في ترتيب آثاره كما لو لم يكن غير لازم بالنسبة إليه أبدا .

ونخلص بذالك أن العقد غير اللازم يعتبر صورة مماثلة للعقد القابل للإبطال في القانون المدني ، فكل منهما ينتج آثاره إلى حين أن يعمل العاقد خياره في إجازته أو إبطاله .

[1] الخرشي ، شرح الخرشي على متن سيدي خليل لأبي عبد الله محمد الخرشي ، ط1317هـ ، بمصر ،ص19 .

[2] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج5 ، مرجع سابق، ص271.

خاتمة

خاتمة.

من قوانين خلال ما أوردناه في هذه الدراسة يتبين أن كلا من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي قد وضعا وأحكاما خاصة تضبط تصرفات ناقص الأهلية وذلك حفاظا على مصالحه وحرصا على عدم ضياع ماله نتيجة لتصرفات خاطئة من قبله نتيجة لضعف رأيه وعدم اكتمال عقله.

وقد اتفق القانون الوضعي الجزائري مع الفقه الإسلامي في اعتبار الشخص ناقص الأهلية متى كان صبيا مميزا أو كان سفيها أو ذا غفلة وقد انتهينا من عرض موقف قانوني مدني وفقه الشريعة الإسلامية من موضوع تصرفات ناقص الأهلية الى بعض النتائج المهمة وإلى عدد من الاقتراحات التي تبدو في نظرنا جديرة بالذكر وهي :

-خالف التقنين المدني وتقنين الأسرة في شأن تحديد سن التمييز مخالفة مع الفقه الإسلامي

-حذا المشرع الجزائري في تقنين الأسرة حذو فقهاء الشريعة الإسلامية في تقسيم تصرفات الصبي المميز من حيث اعتبارها ونتائجها.

-خالف تقنين الأسرة الفقه الإسلامي في جعل تصرف المتردد بين النفع والضرر موقوفا على إجازة الولي أو الوصي فقط

-اتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في الشخص الراشد المحجور عليه سبب السفه والغفلة وقد نظم المشرع الجزائري الأحكام المتعلقة بالتصرفات القانونية لناقص الأهلية بجملة من النصوص جاءت متفرقة بين كل من القانون المدني وقانون الأسرة، وظهر فيها الكثير من التعارض والتناقض، ولعل السبب الذي أدي إلى اضطراب هذه النصوص القانونية هو اعتماد المشرع على نظريتين متباينتين من حيث الأصل والأثر، فقد تبنى من جهةٍ نظرية العقد القابل للإبطال المعروفة في القانون الوضعي، وتبنى من جهة أخرى نظرية العقد الموقوف المعروفة في الفقه الإسلامي، وبالرجوع إلى الأحكام التي تضبط النظريتين يظهر لنا أنه من غير الممكن تطبيقهما على تصرف واحد

التوصيات:

وبالنظر إلى ماسبق فإنه على المشرع الجزائري أن يعيد النظر ويوحد الأحكام المتعلقة بتصرفات القاصر، فإما أن يعتبرها قابلة للأبطال، وإماأن يعتبرها موقوفة، والاختيار الأول يحتاج إلى إعادة صياغة نصوص قانون الأسرة ، كما يحتاج إلى ضرورة النص على جميع الأحكام المتعلقة بنظرية العقد الموقوف لأن قانون الأسرة قد جاء خلوا منها.

-كما أنه على المشرع أن ينظر من جديد فيما يتعلق بترشيد الصبي المميز، من حيث توحيد السن التي يسمح فيها بالترشيد في كل من القانون التجاري وقانون الأسرة والقانون المدني، ومن حيث الأحكام المنظمة لفكرة الترشيد، لأنه لايمكن أن نترك هذه المسائل لمحضالإجتهاد.

-كما لا يفوتنا أن ننوه إلى ضرورة تخفيض سن التمييز بالنسبة إلى الصبي المميز إلى الحد المعقول الذي تراعى فيه مقتضيات الحياة المعاصرة بما يراعي أعراف الناس وعملهم الذي جرت عليه العادة.

-إضافة نص إلى تقنين الأسرة يمكن من التمييز بدقة بين التصرفات التي تصدر من السفيه وذي الغفلة بعد الحجر عليهما وتلك الصادرة منهما قبل ذلك.

-ضرورة تعديل نصوص تقنين الأسرة التي تعتبر السفيه عديم الأهلية، بحيث يصبح وفقا لهذا التعديل ناقص الأهلية فقط.

وهذا ما تيسر لنا إنجازه وإيراده وما كان فيه من صواب وتوفيق فمن الله، وما كان من سهو خطأ وغفلة فمن النفس والشيطان، والحمد لله أولا وأخيرا، وصلى الله على سيدنا وتبينا مُحَّد وآله وصحبه ومن استن بسنته إلى يوم الدين.

ملخص هذه الدراسة.

إن ناقص الأهلية يحتاج إلى من يراقب تصرفاته المالية ويضبطها حتى لا يوقع نفسه في ما لا يحمد عقباه، وقد أخذ الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على عاتقها وضع أحكام تضبط هذه التصرفات حفاظا مصالح ناقص الأهلية.

-إلا أن المختصين في القانون والمشتغلين به قد لاحظوا أن المشرع الجزائري قد تناقض في سن الأحكام المتعلقة بهذا الموضوع بين كل من القانون المدني وقانون الأسرة نظرا لتبنيه نظريتين متباينتين في هذا الصدد فهو من جهة تصرف قابل الإبطال ترتب عليه جميع آثاره القانونية حتي قبل إجازته، وفي ذات الوقت هو تصرف موقوف ، لايرتب أي أثار كون تلك الأثار مرهونة بصدور الإجازة، وقد جاءت هذه الدراسة لمحاولة عرض هذه الأحكام وحل الإشكالات المتعلقة بها.

فهرس الآيات والأحاديث

فهرس الايات :

طرف الآية	السورة	رقم الآية	الصفحة
﴿لا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلًّا وَلَا ذِمَّةً﴾	التوبة	10	17
﴿وَهُمْ فِي غَفْلَةٍ مُعْرِضُونَ﴾	الانبياء	1	23

قائمة الاحاديث :

طرف الحديث	اخرجه	صحته	الصفحة
مُرُوا أبناءَكم بالصَّلاةِ وهم أبناءُ سَبعِ سِنينَ	ابوداود	حسن صحيح	21
رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتي يبلغ ، وعن النائم حتي يستيقظ، وعن المجنون حتي يفيق	احمد	صحيح	38

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع.

أولا –القرءان الكريم برواية ورش عن نافع.

الأحاديث

-الكتب.

1–جعفور مُحَّد سعيد، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي ، الجزائر، دار هومة ، 200.

2–لويس معلوف، المجند في اللغة والإعلام، ط: 23، بيروت دار المشرق ، 1978.

3 –مصطفي الزرقاء، المدخل الفقهي لا ط، دمشق: دار الفكر العربي .

4–عبد الكريم زيدان، الوجيز، في أصول الفقه، ط6: مؤسسة قرطبة.

5–جعفور مُحَّد سعيد، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي.

6–أحمد بن فارس بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة ، ط2، بيروت دار الكتب العلمة.

7–عليش، منح الجليل، شرح مختصر خليل لاط، طرابلس لبيا، مكتبة.

8–ابن منظور لسان العرب لا، ط، بيروت–دار صادرا.

9–الجرجاني، على بن مُحَّد بن على الشريف التعريفات ، ط1، بيروت، دار الكتب.

10–البركتي، مُحَّد عميم الإحسان، التعريفات الفقهية، ط1 ، بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ، 2003م.

11–وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، دمشق ، دار الفكر ، 1405–1985م، ج4.

12–جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها والولاية العامة والحاجة، وأثرهما في التشريع الإسلامي، دار الهدى عين مليلة الجزائر.

13–الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، ط1357هـ.

14-مُحَّد أبو زهرة الملكيةونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي.

15-ابن راشد القرطبي، بداية المجتهد نهاية المقتصد الجزاء الثاني، ط1952م.

16-ابن قدامة المغني على مختصر الخرقي، الجزاء الرابع، ط1347هـ.

17-علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتب الشرائع، الجزاء السابع ط1328.

18-الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ،ج6.

19- مُحَّد سعيد جعفور ، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي ، دار هومه ، 1998

20-مُحَّد سيعد جعفور، اسعد فاطمة، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري ، دار هومة للنشر والتوزيع الجزائر 2002.

21-عبد الرزاق أحمد السنهوري نظرية الإلتزام بوجه عام مصادر الإلتزام.

22- عبد الفتاح عبد الباقي ، نظريات العقد والإرادة المنفردة .

23-ابن الهمام الحنفي، فتح القدير، شرح الهداية، ط1316هـ.

24-مُحَّد سعيد جعفور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، ط1421، 2000 ، هـ، دار هومه الجزائر.

25-أبو مُحَّد عبد الله بن مُحَّد بن قدامة المقدسي المغني، ط1347هـ، مصر، ج4.

26-شمس الدين مُحَّد بن امُحَّد عرفة الدسوقي حاشية على الشرح الكبير، للدردين، ط1319هـ، مصر، ج3.

27-أحمد شوقي مُحَّد عبد الرحمن إجازة العقد القابل الإبطال، ط198.

28 -علي علي سليمان، ضرورة، إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ط1992.

29- أحمد إبراهيم ، كتاب المعاملات الشرعية المالية ، 1936.

30-مُحَّد بن عابدين ، رد المختار حاشية على الدار ،الجزء الرابع،الطبعة 1325 هـ

31-علي عبد القادر المؤمني،العقد الموقوف،في القانون المدني الأردني،دار النشر،كلية الحقوق القاهرة.

32-ابن راشد القرطبي،بداية المجتهد ونهاية المقتصد،الجزاء الثاني ط1952.

33-أحمد بن مُحَّد بن علي المقري ، المصباح المنير ، الجزء الأول ، طبعة 1316هـ.

34-بن الهمام الحنفي ، فتح القدير ، شرح الهدية ،الجزء الخامس ، طبعة 1316هـ .

35-سعد الدين بن مسعود عمر التفتازاني ، التلويح على التوضيح لمتن التنقيح ، طبعة 1377هـ

36-حسن نوري ، دروس في القانون الحق والالتزام وعقود التجارة .

37- أبو بكر السرخسي ، المبسوط ، طبعة 1331 هـ .

38- مجمد بن الحسن بن فرقد الشيباني ، الأصل في البيوع ، الجزء السادس ، مطبعة جامعة القاهرة .

39-عبد الله بن مُحَّد بن مودود الموصلي ، الاختيار لتعليل المختار ، الجزء الثاني ، حلب

40-الحطاب ، مواهب الجليل ، شرح مختصر أبي الضياء سيدي خليل ، لأبي عبد الله بن مُحَّد بن عبد الرحمان، الجزء الرابع ، ط 1329 هـ بمصر .

41الخرشي ، شرح الخرشي على متن سيدي خليل لأبي عبد الله مُحَّد الخرشي ، طبعة 1317 هـ بمصر .

-الأطروحات والمذكرات.

-عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دارسة مقارنة رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه كلية الحقوق القاهرة 1969.

مُحَّد حبار،نظرية البطلان في التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 1986.

- مُحَّد حسين نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي .

-المقالات العلمية.

-علي علي سليمان تعلق على قانون الأسرة، مقال منشور بمجلة الشرطة، سنة 1984، العدد25.

-النصوص القانونية.

نص المادة	رقم الصفحة
-المادة 43 من القانون المدني –عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في يونيو 2005 ج44.	20
المادة 60من القانون المدني الجزائري	50
المادة 140 من التقنين المصري	50
-المادة 83 من القانون يتضمن قانون الأسرة.	30
-المادة 100 من التقنين المدني الجزائري	51
الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20رمضان عام 1935 ، الموافق ل26سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم	16
القانون رقم 84 -11 –المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل 9يونيو سنة 1989 م المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 5- 2 المؤرخ في 27 فيفري 2005 م .	20

-الموقع الإلكترونية.

-الموسوعة القانونية، متوفرة على الخط ، 171، . (https://elawpedia.com/view/171

فهرس الموضوعات

فهرس.

-شكر وعرفان .....

-الإهداء.....

-الإهداء.....

- مقدمة.....أ-د

-المبحث الأول: المقصود بناقص الأهلية وحكم تصرفاته.....16

-المطلب الأول: مفهوم نقصان الأهلية.....16

-الفرع الأول: التعريف بناقص الأهلية.....17

-الفرع الثاني: أساب نقصان الأهلية.....20

-المطلب الثاني: حكم تصرفات ناقص الأهلية.....24

-الفرع الأول: حكم تصرفات ناقص الأهلية في الفقه الإسلامي.....24

-الفرع الثاني: حكم تصرفات ناقص الأهلية في القانون الجزائري.....28

-أولا: حكم تصرفات ناقص الأهلية في القانون المدني.....28

-ثانيا: حكم تصرفات ناقص الأهلية في قانون الأسرة.....30

-المبحث الثاني :حكم تصرفات ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر.....33

-المطلب الأول: حكم تصرفات ناقص الأهلية قبل الإجازة.....34

-الفرع الأول: المقصود بصحة التصرف والهدف من وقفه أو قابلية للإبطال.....34

-أولا: التعريف بصحة التصرف.....34

-ثانيا: الهدف من وقف التصرف أو قابلية للإبطال.....35

-الفرع الثاني: أثر التصرف الموقوف أو القابل للإبطال وحكم هلاكه.....36

-أولا: نتيجة التصرف الموقوف أو القابل للإبطال.....37

-ثانيا: حكم هلاك محل التصرف الموقوف أو القابل للإبطال قبل الإجازة.....37

-المطلب الثاني: حكم تصرفات ناقص الأهلية بعد الإجازة.....38
-الفرع الأول: معنى إجازة التصرف الموقوف أو القابل للإبطال..... 39
-أولا: تعريف إجازة التصرف الموقوف أو القابل للإبطال.....39
-ثانيا: شروط وخصائص الإجازة 41
-الفرع الثاني: صور الإجازة وأثرها.....46
أولا: صور الإجازة.....46
-ثانيا: أثر الإجازة.....51
-خاتمة.....56
- ملخص الدراسة 58
-فهرس الآيات والأحاديث 60
-قائمة المصادر والمراجع.....62
-فهرس الموضوعات.....68