جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa

جامعة عبد الرحمن ميرة-بجاية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قـسم القانون الخاص

الحماية القانونية للقاصر من مخاطر تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص القانون الخاص الشامــل

من إعداد الطالبتين:

مرتوس نضيرة

محلبي صبرينة

تحت إشراف الأستاذة:

إسعد فاطمة

تاريخ المناقشة 23 جوان 2018

لجنة المناقشة:

د.أيت شاوش دليلة---------- رئيسةً.

د.إسعد فاطمة---------- مشرفةً.

د.لفقيري عبد الله---------- ممتحناً.

السنة الجامعية 2018/2017

... نَرۡفَعُ دَرَجَٰتٖ مَّن نَّشَآءُۗ وَفَوۡقَ كُلِّ ذِي عِلۡمٍ عَلِيمٞ ٧٦

سُورَةُ يُوسُف

الآية 76

كلمة الشكر

بإكتمال هذا العمل فإني لأحمد الله تعالى وأشكره من قبل ومن بعد على توفيقه لنا.

شكر خاص وعرفان أكبر إلى أستاذتي وقدوتي في درب العلم

الأستاذة الدكتورة **اسعد فاطمة** لقبولها الإشراف على هذه المذكرة

أولا وعلى كل المجهودات التي بذلتها من أجل تصحيح هذا البحث

وتصويبه وعلى كل المعلومات التي زودتني بها وتلقنتها على يدها

منذ بداية العمل على هذه المذكرة ثانيا.

كما لا يفوتني تقديم جزيل الشكر أيضا إلى كل من قدم لنا يد العون

ا لإهداء

أولا لك الحمد ربي على كثير فضلك وجميل عطائك والصلاة والسلام على رسول الله

إلى أحب الناس أهدي ثمرة جهدي خلال مشواري الدراسي إلى من أناروا دربي بإعتلاء درجة العلم.

إلى من ربتني وأنارت دربي وأعانتني بالدعوات، إلى أغلى إنسان في هذا الوجود، إلى قرة عيني فيض الحنان، إلى من سهرت لأنام وتحملت ثقل الحياة وهمومها لأرتاح إلى من لها فضل ما أنا عليه، إلى نبع الحب والعطف إلى النور الذي يضيء حياتي " أمي الحبيبة " أطال الله في عمرها.

إلى من أحمل إسمه بكل افتخار، والدي العزيز حفظه الله ورعاه

إلى من كانوا ملاذي وملجئي إلى من تذوقت معهم أجمل اللحظات اخواتي مينة، مولود وكادير أسال الله أن يحفظهم لي.

إلى جدتاي العزيزتان اللتان لم تبخلا يوما علي ببركاتهما و دعواتهما، أطال الله في عمرهما.

إلى من شاركني خطاي في هذه المرحلة المهمة زوجي العزيز الذي كان بصمة خاصة في دراستي الجامعية حفظه الله لي.

إلى كل من يؤمن بأن العلم هو المخرج من كل الأزمات.

نضيرة

الإهداء

أولا لك الحمد ربي على كثير فضلك وجميل عطائك والصلاة والسلام على رسول الله

إلى أحب الناس أهدي ثمرة جهدي خلال مشواري الدراسي إلى من أناروا دربي بإعتلاء درجة العلم.

إلى من ربتني وأنارت دربي وأعانتني بالدعوات، إلى أغلى إنسان في هذا الوجود،

إلى قرة عيني فيض الحنان، إلى من سهرت لأنام وتحملت ثقل الحياة وهمومها

لأرتاح إلى من لها فضل ما أنا عليه، إلى نبع الحب والعطف إلى النور الذي

يضيء حياتي " أمي الحبيبة " أطال الله في عمرها.

إلى من أحمل إسمه بكل إفتخار، والدي العزيز حفظه الله ورعاه.

إلى من كانوا ملاذي وملجئي إلى من تذوقت معهم أجمل اللحظات أخواتي

صونية، لهنة وفيصل أسأل الله أن يحفظهم لي.

إلى جدي وجدتي العزيزان اللذان لم يبخلا يوما علي ببركاتهما و دعواتهما،

أطال الله في عمرهما.

إلى من شاركني خطاي في هذه المرحلة المهمة زوجي العزيز الذي كان بصمة

خاصة في دراستي الجامعية حفظه الله لي.

إلى كل من يؤمن بأن العلم هو المخرج من كل الأزمات

صبرينة

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

ق.م.ج: ---------- القانون المدني الجزائري

ق.أ.ج: ---------- قانون الأسرة الجزائري

ق.إ.م.إ: ---------- قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق.ت.ج: ---------- القانون التجاري الجزائري

ق.م.م : ---------- القانون المدني المصري

ط. : ---------- طبعة

ج: ---------- جزء

ع: ---------- عدد

د.د.ن: ----------دون دار النشر

د.ت.ن: ----------دون تاريخ النشر

د.ب.ن: ---------- دون بلد النشر

ص: ---------- صفحة

ص ص:---------- من الصفحة إلى الصفحة

ف:---------- فقرة

غ.أ.ش: ---------- غرفة الأحوال الشخصية

ج.ر.ج. ج.د.ش : ---------- جريدة رسمية جمهورية جزائرية ديمقراطية شعبية

م.ق:---------- المجلة القضائية

ثانيا: باللغة الفرنسية

Art : ----------Article.

P : ---------- Page

N.d : ---------- Non daté.

مقدمة

إقتضت حكمة الشرع والتشريع أنه ليس من العدل ترك القاصر يتصرف كيف ما شاء في أمواله لعدم قدرته على تمييز ما فيه مصلحته من غيره، فكان لابد من ضوابط تحد من تصرفاته من خلال فرض الحماية عليه وصيانة حقوقه وذلك بفرض نظام النيابة الشرعية عليه التي تكون إما عن طريق الولاية أو الوصاية أو التقديم، بحيث تناول المشرع الجزائري أحكامها في الكتاب الثاني من قانون الأسرة الصادر بموجب القانون رقم 84-11، بحيث قام بتبيان العلاقة بين القاصر ووليه الشرعي الذي يتولى رعاية ماله إما بمقتضى الولاية الأصلية أو النيابية.

ولتفعيل الحماية القانونية للقاصر ولأمواله الخاصة فإن القاضي يلعب دورا مهما في ذلك من خلال الرقابة على القاصر ونائبه، وتظهر هذه الرقابة أكثر عند تعارض مصالح النائب ومصالح القاصر، وهذه هي الجوانب التي نريد تسليط الضوء عليها نظرا لما نص عليه في القانون.

وتحصيلا لما سبق تكمن أهمية الموضوع وأسباب إختياره في أنه:

- يهتم بفئة حساسة في المجتمع وهي فئة القصر بإعتبارها من ضمن الفئات الضعيفة والعاجزة على تسيير وتدبير شؤونها الشخصية والمالية.
- توضيح أهم الأحكام التي تحكم تصرفات القاصر في كل من القانون المدني وقانون الأسرة، وإزالة كل لبس نحو حكم هذه التصرفات.
- يلاحظ أن التشريعات المقارنة عربية كانت أو غربية قد أولت إهتماما كبيرا وصل إلى حد سن قوانين خاصة به بغرض حمايته، خاصة على صعيد المعاملات المتعلقة بأمواله، بينما لا نجد ذلك في القانون الجزائري وما نجده لا يتعدى بضعة نصوص تضمنها التقنين المدني وتقنين الأسرة، ونصوص أخرى متناثرة في قوانين مختلفة.

وقد تعرضنا عند مباشرتنا لهذا الموضوع لعدة صعوبات من بينها:

- أنّ معظم الدراسات ركزت على الجانب الشخصي للقاصر مهملة بذلك الجانب المالي له.
- أن ليس هناك قانون خاص بالقاصرين، وبالتالي وجود قواعد عامة حاولنا إستخلاصها من حقوق الشخص البالغ ومقاربتها للقاصر نظرا لوجود نقطة إشتراك بينهما.

لكن مع ذلك تم تذليل هذه الصعوبات بالإجابة على إشكالية البحث والمتمثلة في السؤال التالي:

ما مدى أهمية الحماية القانونية التي سنها المشرع الجزائري للقاصر من مخاطر هذه التصرفات الدائرة بين النفع والضرر؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية إعتمدنا على المنهج الوصفي والتحليلي، لأن المنهج الوصفي هو المرحلة الأساسية التي يعتمد عليها الباحث عن طريق جمع المعلومات لإستعاب معمق للموضوع، أما التحليلي لأنه قياس مدى تأثير موضوعنا على الواقع القانوني من خلال تحليل الآراء الفقهية والمواد القانونية.

فعليه، قسمنا الموضوع إلى فصلين خصصنا دراسة تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر(**الفصل الأول**)، الذي قسمناه إلى مبحثين، تطرقنا لمفهوم القاصر وتصرفاته الدائرة بين النفع والضرر(**المبحث الأول**)، وبينا أحكام هذه التصرفات في كلا من القانون المدني وقانون الأسرة (**المبحث الثاني**).

أما(**الفصل الثاني**)، فخصصناه لدراسة حماية أموال القاصر من مخاطر تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر، حيث قسمناه إلى مبحثين تناولنا الحماية القانونية للقاصر من مخاطر تصرفات الدائرة بين النفع والضرر(**المبحث الأول**)، ثم عرضنا الحماية القضائية للقاصر من مخاطر هذه التصرفات(**المبحث الثاني**).

الفصل الأول

تصرفات القاصر الدائرة

بين النفع والضرر

يعتبر القِصَر مرحلة زمنية يمر بها كل شخص تمتد من ولادته حتى بلوغه سن الرشد، وله علاقة بالأهلية بحيث يتوقف عليها قدرة الشخص على إكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات من جهة، وعلى ممارسة الأعمال والتصرفات المتعلقة بهذه الحقوق والالتزامات على وجه يعتد به قانونا من جهة أخرى، بحيث تتدرج أهلية القاصر خلال هذه المرحلة من سن 13 سنة دون بلوغه سن19 سنة كاملة بحيث يعتبر ناقص الأهلية، وذلك طبقا لنص المادة 43 من ق.م.ج التي تقضي على: «كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون»[1]، فخلال هذه الفترة يكون الشخص أهلا لمباشرة بعض التصرفات وقادرا على التفريق بين النفع والضرر، بحيث تكون العقود التي يبرمها باطلة بطلانا نسبيا أي قابلة للإبطال في القانون المدني، وقد تكون موقوفة على إجازة الولي أو الوصي أو القاضي في قانون الأسرة.

تبعا لهذا فقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين تناولنا مفهوم القاصر وتصرفاته الدائرة بين النفع والضرر **(المبحث الأول)**، وتطرقنا إلى أحكام هذه التصرفات**(المبحث الثاني)** .

1- الأمر 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1957، يتضمن القانون المدني، ج.ر.عدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

المبحث الأول

مفهوم القاصر وتصرفاته الدائرة بين النفع والضرر

يطلق مصطلح القاصر على كل من لم يبلغ سن الرشد القانوني نسبة إلى قصور أهليته في إبرام التصرفات القانونية، بحيث تثبت له في هذه المرحلة أهلية أداء قاصرة تمنعه من مباشرة كل التصرفات القانونية، إذ خول له القانون مباشرة بعض التصرفات التي من المحتمل أن تكون نافعة ومحققة مصلحة له، أو ضارة تنجم عنها خسارة وهذا ما سيتم بيانه.

لإيضاح ما سبق ذكره قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، بحيث سنبين المقصود بالقاصر **(المطلب الأول)** والمقصود بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

المقصود بالقاصر

إهتمت الشريعة الإسلامية وكذا الشرع بالإنسان وهو صغير قاصر لم يكتمل عقله عناية خاصة تتناسب مع الضعف والقصور الذي يصاحب هذه المرحلة، فخصته بأحكام تنظم حياته وتعده للمرحلة التي يكون فيها كامل العقل والقدرة والإدراك، إذ يتوفر لدى الشخص القاصر إدراك ناقص لصغر سنه نسبيا، لذا يسمى ناقص الأهلية أو القاصر فهو يخضع لأحكام خاصة به[1].

قبل التطرق إلى بيان هذه الأحكام لابد من التطرق إلى تعريف القاصر في اللغة والإصطلاح الشرعي والقانوني، وكذا تمييزه عن باقي المصطلحات المرادفة له **(الفرع الأول)** ثم التطرق إلى بيان الأهلية التي تحكم هذا القاصر ومن في حكمه **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تعريف القاصر وتمييزه عن باقي المصطلحات المرادفة له

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف القاصر وتمييزه عن باقي المصطلحات المرادفة له.

1 – بن يحي أم كلثوم، القاصر مفهومه وأهليته في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي" فقه الأسرة "، دون دار نشر، دون بلد نشر، 2015، ص.1.

أولا: تعريف القاصر

قبل التطرق للمفهوم القانوني للقاصر، يتعين علينا إيضاح بعض المفاهيم العامة له:

أ-تعريف القاصر لغة:

القاصر لغة، بكسر الصاد من قصر عن الشيء إذا تركه عجزا، أو عجز عنه ولم يستطعه والقصور من التقصير والعجز[1]، ويمكن القول بأن القاصر هو الشخص العاجز عن إدراك الأمور على حقيقتها لصغر سنه، أو هو الشخص الذي وصل مرحلة من عمره مازالت قاصرة عن مرحلة البلوغ.

ب-تعريف القاصر اصطلاحا:

يعرف القاصر اصطلاحا على أنه كل شخص لم يبلغ الحلم[2]، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلۡأَطۡفَٰلُ مِنكُمُ ٱلۡحُلُمَ فَلۡيَسۡتَـٔۡذِنُواْ كَمَا ٱسۡتَـٔۡذَنَ ٱلَّذِينَ مِن قَبۡلِهِمۡۚ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمۡ ءَايَٰتِهِۦۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٞ ٥٩﴾[3].

كما عرفه الزحيلي على أنه: «هو من لم يستكمل أهلية الأداء، سواء كان فاقدا لها كغير المميز أم ناقصها كالمميز»[4].

فالقاصر في اصطلاح الفقهاء يطلق على الصغير والمجنون ومن يعتبر في حكمه كالمعتوه وذي الغفلة والسفيه وفاقد الإدراك[5].

1- محمد رواس قلعى جي، معجم لغة الفقهاء، ط.2، ج.1، دار النفائس، بيروت، 1988، ص.273.

2- سلطان بن عبد الله السويلم العنزي، أحكام الوصاية على القاصرين في النظام السعودي "دراسة تأصيلية مقارنة"، رسالة مقدمة إستكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجيستر، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2015، ص.17.

3 - سورة النور: الآية 59.

4- نقلا عن سلطان بن عبد الله السويلم العنزي، مرجع سابق، ص.18.

5 - باسم حمدي حرارة، سلطة الولي على أموال القاصرين، رسالة مقدمة إستكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجيستر في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2010، ص.12.

ج- التعريف القانوني للقاصر:

حسب الإجماع التشريعي هي حالة الشخص الذي لم يبلغ بعد سن الرشد، بالرغم من إختلاف القوانين بشأن هذا السن، أما بالرجوع إلى المشرع الجزائري فنجده قد ربط مفهوم القاصر مع الأهلية وذلك من خلال المادة 40 والمادة 42 من القانون المدني الجزائري، فتنص المادة 40 من ق.م.ج. على أن: «كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة»، وتنص المادة 42 ق.م.ج على أنه: «لا يكون آهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون.

يعتبر غير مميز، من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة» [1].

كما عرّفه القانون العربي الموحد لرعاية القاصرين في مادته الأولى بأنه: «... القاصر وهو الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني»[2].

وبالتالي يمكن تعريف القاصر بأنه حالة الشخص الذي لم يبلغ سن الرشد، الذي من خلاله يصبح الشخص كامل الأهلية للقيام بالتصرفات القانونية بنفسه.

ثانيا: تمييز القاصر عن بقية المصطلحات المرادفة

توجد عدة تسميات للقاصر وتعني جميعها صغر السّن، وما ينطوي عليه من ضعف عقلي ونفسي، وعلى هذا الأساس سنقوم بتوضيح التسميات المختلفة للقاصر.

أ- الحدث:

الحدث هو ذلك الشخص الذي لم تتوافر له ملكة الإدراك والإختيار لقصور عقله عن إدراك حقائق الأشياء وعدم التمييز بين النفع والضرر ومراد هذا هو اكتمال نموه العقلي والبدني،

1 - الأمر 75-58، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

2- القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين، إعتمده المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العدل العرب كقانون نموذجي إسترشادي بالقرار رقم 323 ـ ج24ـ 2002/3/4م، جامعة الدول العربية.

فالحدث ليس وصفا متعلقا بمن يرتكب الجريمة وإنما هو حالة يكون عليها صغر السّن باعتباره في سّن الحداثة[1].

كما ينبغي الإشارة إلى أن هناك إختلافات في تحديد سن الطفل الملقب بالحدث إذ فحسب التشريع الجزائري أن الحدث هو الشخص الذي لم يبلغ سن 18سنة، ويرتكب فعلا لو إرتكبه شخص بالغ إعتبر جريمة وذلك طبقا لنص المادة 02 من القانون المتعلق بحماية الطفل التي تنص: «يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي:

- الطفل كل شخص لم يبلغ 18 سنة كاملة، يفيد مصطلح الحدث نفس المعنى»[2]، أما بالنسبة للشريعة الإسلامية فالحدث هو كل شخص لم يبلغ الحلم[3].

ب- الصبي:

الصبي هو الذي لا يباشر أي عقد سواء كان من التصرفات النافعة نفعا محضا له كقبول الهبة، أو كان من التصرفات الضارة به ضررا محضا، كأن يتبرع بمال مملوك أو كان من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر.

فبالرجوع إلى نص المادة 42 فـ2 من ق.م.ج السالفة الذكر، نجدها أقرت على أن سن التمييز هو ثلاثة عشر سنة.

ج- الطفل:

تعتبر الطفولة من أهم مراحل التكوين ونمو الشخصية وهي المرحلة العمرية التي تبدأ من الميلاد حتى البلوغ، ويكون الطفل غير مسؤول عن

1-خلفي عبد الرحمان، بلحاج وردة، الحماية القانونية للطفل في التشريع الجزائري، ملتقى حول الطفولة والعنف، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس، الجزائر، 2014، ص.6.

2- قانون 15-12 مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل ج.ر.ج.ج عدد 39، الصادرة في 19 جويلية 2015.

3- محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للطفل المجني عليه، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1419هـ، ص ص.14-15.

نفسه وإنما يقع تحت كفالة أسرته أو فرد آخر في حالات استثنائية[1].

ففي التشريع الجزائري لم يرد نص صريح لتعريف الطفل على غرار التشريعات المقارنة المصري والتونسي، ولكنه بالرجوع إلى معاجم المصطلحات القانونية، ومواد القانون المدني الجزائري على وجه الخصوص نجد أن تعريف الطفل يحيلنا إلى تعريف القاصر، وهو الذي لا يستطيع القيام بمفرده بالتصرفات اللازمة لمباشرة حقوقه المدنية[2].

الفرع الثاني

أهلية القاصر ومن في حكمه

تعتبر الأهلية أهم ميزة تتميز بها الشخصية القانونية، بحيث تجعل الشخص أهلا لإكتساب الحقوق والإلتزام بالواجبات، وذلك بغض النظر عن الفترة التي يبدأ فيها هذه الصلاحية، وتعد أحكام الأهلية والقواعد المنظمة لها من النظام العام بحيث لا يحق للأشخاص التنازل عن أهليتهم أو تعديلها بل القانون هو من يتولى بيان أحكامها وحدودها[3]، وهذا طبقا لنص المادة 45 من ق.م.ج التي تنص على: «ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا تغيير أحكامها»[4]، وللشخص أهليتين، يكتسب الأولى هي أهلية الوجوب بمجرد ميلاده فهي تدور وجودا وعدما مع الحياة، فمتى بدأت الحياة والشخصية القانونية بدأت أهلية الوجوب في الثبوت، ومتى إنتهت الحياة والشخصية القانونية زالت أهلية الوجوب فهذه الأخيرة تثبت بالتالي لعديم التمييز كالصبي غير المميز أو المجنون؛ أما النوع الثاني فهي أهلية الأداء إذ يكتسبها الشخص في وقت لاحق من حياته، كما ترتبط بعدم إصابته بعارض من عوارض الأهلية[5]،

1- حمو بن إبراهيم فخار، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري والقانون المقارن، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص ص.19-20.

2 - إبتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1992، ص.189.

3 - إقروفة زبيدة، الإبانة في أحكام النيابة " دراسة فقهية قانونية "، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص.9.

4- الأمر 75-58، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

5- محمدي فريدة زواوي، مدخل للعلوم القانونية " نظرية الحق"، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، 2002، ص.75.

معنى ذلك أن يكون مناط أهلية الأداء هو التمييز والإدراك، فإكتمال التمييز يؤدي إلى إكتمال الأهلية ونقصه ينقص من أهلية الأداء، وإنعدام التمييز يعني إنعدام الأهلية[1].

بما أن محور دراستنا يقتصر على التصرفات الدائرة بين النفع والضرر الصادرة من القاصر، فبهذا تثبت لهذا الأخير أهلية أداء ناقصة، ولكن هذا لا يمنعه من القيام ببعض التصرفات، وكذا يدخل في حكمه كل من السفيه وذي الغفلة بإعتبارهما من ناقصي الأهلية رغم بلوغهما لسن الرشد.

كل هذا سيتم إيضاحه فيما يلي باعتبار أن أهلية الوجوب خارجة من إطار دراستنا، بحيث سنتطرق لأهلية الأداء وأحكامها **(أولا)**، السفيه وذي الغفلة **(ثانيا)**.

أولا: أهلية الأداء وأحكامها

أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه والتصرف فيها والإلتزام بالواجبات بنفسه، ومن التعريفات الفقهية لأهلية الأداء: « قدرة الشخص على التعبير بنفسه ولحسابه عن إرادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية»، أو هي: « صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية من بيع وهبة أو رهن...»[2].

وعند بعضهم الآخر هي: « صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية التي تؤدي إلى إكتسابه الحقوق وتحمله الإلتزامات على وجه يعتد به القانون »[3].

فرغم إختلاف ألفاظ هذه التعريفات إلا أن معناها واحد وهي قدرة الشخص على ترجمة إرادته لإنشاء آثار قانونية، فيباشر بنفسه عملا قانونيا بحق أو إلتزام[4].

1- فتحي عبد الرحيم عبد الله، أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف الإسكندرية، القاهرة، 2001، ص.91.

2- نقلا عن علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر،2011، ص ص.206-207.

3- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، د.د.ن، د.ب.ن، 1984، ص.88.

4 - محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية " دروس في نظرية الحق"، الجزء 2، دار هومه، الجزائر،2011، ص ص.507-508.

تثبت للصبي المميز أهلية أداء قاصرة لأن إستعداده في حال وسط بين غير المميز والبالغ فإقتضى ذلك أن له المجال في بعض التصرفات دون الأخرى حرصا عليه، لأنه لم يصل بعد إلى طور إكتمال العقل والبدن بالبلوغ، كما تثبت أهلية أداء ناقصة لكل شخص بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة[1].

تنحصر أهمية أهلية الأداء في مجال التصرفات القانونية، حيث تتجه إرادة الشخص إلى إحداث آثار قانونية معينة، فلا تترتب هذه الأخيرة إلا إذا توافرت لديه أهلية الأداء اللازمة ويقتضي ذلك ثبوت الإرادة لدى الشخص، بحيث يلزم لنشوء التصرف القانوني ما يترتب عليه من آثار قانونية أن تتحقق لدى الشخص أهلية الأداء التي تتوافق مع طبيعة التصرف القانوني الذي يباشره[2].

لما كانت أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به قانونا، فإن مناطها هو العقل والتمييز[3]، الذي يتطلب بلوغ سن معين والإدراك القائم على كمال الأهلية سلامة العقل وحرية الإرادة التي تجعل التصرف الشخصي دون إكراه مادي أو معنوي، فبذلك يكون الشخص قادرا على التعبير عن إرادته أثناء مباشرة الأعمال القانونية بنفسه، وما يترتب على ذلك من آثار قانونية فيكسب كل الحقوق ويتحمل كل الإلتزامات بإستثناء ما قيده القانون أو منعه[4].

ومن التصرفات التي يقوم بها الشخص المتمتع بأهلية الأداء نجد تصرفات قانونية وهي التي تحتاج إلى الإرادة في إنشائها وترتيب آثارها كعقد البيع والإيجار والهبة والكفالة...الخ؛ أيضا هناك تصرفات مادية وهي تلك التي تصدر من الشخص عن قصد أو غير قصد، أي سواء إتجهت إرادة الشخص إلى إحداثها أو لم تتجه فإن الآثار الناجمة عنها يكون قوامها هو

1 – بوعمرة محمد، أموال القصر في تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر1، 2013، ص.16.

2 – فتحي عبد الرحيم عبد الله، أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص.90.

3– محمد سعيد جعفور، مدخل للعلوم القانونية "دروس في نظرية الحق"، مرجع سابق، ص.514.

4 –أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية "دروس في النظرية العامة للحق"، دار الأكاديمية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص.86.

القانون وليس إرادة الشخص ذلك أن مثلا التعويض الناتج عن فعل الضرب والجرح العمدي هو القانون وحده الذي يقرر التعويض الملائم لإصلاح الضرر، لأن قوام التصرفات المادية هو القانون وليس الإرادة[1].

ثانيا: السفيه وذي الغفلة

إعتبر الفقهاء كل من السفيه وذي الغفلة من العوارض التي تنقص من إدراك وتمييز الإنسان، مما يؤدي إلى نقص أهلية الأداء لديه، فهي عوارض تنقص الأهلية ولكنها لا تعدمها[2].

يقصد بالسفه، الخفة التي تحمل على تبذير المال والصرف فيه على غير ما يقضي به العقل[3]، ولا يعتبر السفه خللا في عقل السفيه بل هي خفة تعتري الإنسان نتيجة ضعف بعض ملكات النفس، فهو يلحق بحسن التدبير فيفسده ولذلك فإنه لا يعدم الإدراك والتمييز، بل يؤدي إلى إنقاصهما ولا يجعل الشخص عديم الأهلية وإنما يجعله ناقص الأهلية، وينتج عن السفه إنفاق أمواله في غير الطريق الشرعي[4]، لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ۝ ﴾[5].

أما الغفلة فيقصد بها سلامة النية أو السذاجة التي تؤدي بالشخص إلى سهولة الوقوع في الغبن، فهي كل ضعف في الإدراك وبساطة العقل وعدم التمييز بين التصرفات المفيدة

1- أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية " النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في التشريع الجزائري"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.س.ن، ص ص.163-164.

2 – نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون " نظرية الحق "، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ص.175.

3- فاضلي إدريس، المدخل إلى القانون " نظرية القانون، نظرية الحق "، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ب.ن، 2014، ص.325.

4- عوض أحمد الزعيبي، المدخل إلى علم القانون، دار إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص.265.

5- سورة النساء، الآية 05.

والتصرفات الضارة[1]، فالغفلة كذلك ليست خللا في عقل ذي الغفلة بل هي السلامة الشديدة في الطوية لدى الإنسان التي تجرّه إلى الغبن في معاملاته وينخدع بسهولة لسلامة قلبه ونيته[2].

لقد حدد المشرع الجزائري أهلية كلّ من ذي الغفلة والسفيه في نص المادة 43 من ق.م.ج حيث نصت على: «كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون».

كما أضافت نص المادة 79 من نفس القانون: «تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة»[3]، وبالرجوع إلى نص المادة 85 من ق.أ.ج التي تنص على: «تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه»[4].

ومن خلال هذه المواد يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد سوى بين كل من القاصر المميز والسفيه وذي الغفلة في اعتبارهم جميعا ناقصي الأهلية.

كما يشترط لإعتبارهما ناقصي الأهلية صدور قرار بالحجر عليهما من قبل القاضي الشرعي، وهذا طبقا لنص المادة 101 من ق.أ.ج التي تنص على: «من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه»[5].

فإنه يمكن إصدار حكم بالحجر على السفيه وذي الغفلة وتعيين مقدم يقوم على شؤونهم، فبالنسبة لحكم التصرفات التي تصدر من السفيه وذي الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر، فإنها تأخذ حكم تصرفات الصبي المميز، أي أنها تقع صحيحة إذا كانت نافعة نفعا محضا، وباطلة بطلانا مطلقا إذا كانت ضارة ضررا محضا، وقابلة للإبطال إذا كانت دائرة بين النفع والضرر،

---

1 –مصطفى محمد الجمال، محمد حسن قاسم، النظرية العامة للقانون " القاعدة القانونية–الحقوق"، دار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، د.ت.ن، ص.191؛ فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص.325.

2– عباس الصراف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون " نظرية القانون ــ نظرية الحق"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014، ص.169.

3– الأمر 75–58، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

4– الأمر 84–11، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.عدد 24 الصادرة بتاريخ 12جوان 1984، المعدل بالأمر رقم 05–02 مؤرخ في 2005/02/27، ج.ر.عدد 15 الصادرة بتاريخ 2005/02/27.

5– الأمر 84–11، يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

ويبقى الحال كذلك إلى أن يرفع الحجر عنهما بحكم من القضاء، أما بالنسبة للتصرفات التي يجريها السفيه أو ذي الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر فإنها لا تكون باطلة أو قابلة للإبطال، إلاّ إذا وقعت نتيجة تواطؤ أو إستغلال من جانب المتعاقد الآخر أو المستفيد منها، وإذا لم يكن هناك ثمة شيء من هذا كانت التصرفات صحيحة مرتبة لآثارها حتى ولو كانت حالة السفه أو الغفلة معلومة للطرف الأخر[1].

فالقانون سوى بين كل من السفيه وذي الغفلة، وإعتبر كل منهما في حكم الصبي المميز[2]، وهذا طبقا لنص المادة 79 من ق.م.ج السالفة الذكر.

المطلب الثاني

المقصود بالتصرفات الدائرة بين النفع و الضرر

لتبيان المقصود بهذه التصرفات إرتأينا تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، بحيث نبين معنى التصرف الدائر بين النفع والضرر وضرورة صدوره من ناقص الأهلية **(الفرع الأول)**، ثم نتطرق إلى تبيان الحكمة من إعتبار هذه التصرفات دائرة بين النفع والضرر **(الفرع الثاني)**، ثم نتطرق إلى أنواع هذه التصرفات **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

تعريف التصرف الدائر بين النفع والضرر ووجوب صدوره من ناقص الأهلية

سنتناول في هذا الفرع **(أولا)** معنى التصرف الدائر بين النفع و الضرر، ثم وجوب صدوره من ناقص الأهلية **(ثانيا)**.

أولا: معنى التصرف الدائر بين النفع والضرر

يقصد بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر تلك التصرفات التي لا ترتب لمن يباشرها إغتناء محضا ولا إفتقارًا محضا لأنها قائمة على تقابل بين أخذ وعطاء فتحتمل بطبيعتها

1 – علي حسين نجيدة، المدخل لدراسة القانون " نظرية الحق"، دار الفكر العربي ملتزم الطبع والنشر، 1992، ص ص.162-163.

2- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص.175.

الكسب كما تحتمل الخسارة[1]، بمعنى أنها تحتمل أن تحقق مصلحة لمن يباشرها كما أنها تحتمل أن تكون ضارة به فتفوت عليه مصلحة وترتب عليه إلتزاما بدون مقابل أو ينجم عنها خسارة مالية له[2]، إذن يترتب على هذه التصرفات إلتزامات أو ديون على من يباشرها تقابلها حقوق تنشأ له في ذمة الغير، ومثالها البيع بحيث يأخذ فيه البائع الثمن ويعطي الشيء المبيع، والإيجار يأخذ فيه المؤجر الأجرة ويعطي منفعة الشيء المؤجر، فبمقتضى هذه التصرفات يأخذ شيئا ويعطي من ماله مقابلا لما يأخذ[3]، وبما أن للصبي المميز أهلية ناقصة بشأن تصرفاته القانونية الدائرة بين النفع والضرر، فما يباشره من تصرفات تكون باطلة بطلانا نسبيا أي قابلة للإبطال وتنتج آثارها كاملة بين العاقدين ويحتج به في مواجهة الغير، ومع ذلك يكون مهددا بالزوال وحق التمسك بإبطال العقد مخول للقاصر وحده دون الطرف الآخر المتعاقد معه، وذلك رعايةً لمصلحة القاصر.

يختلف هذا الحكم عما هو مقرر في ق.أ.ج يكون فيه العقد موقوفا على إجازة الولي أو الوصي فلا تترتب آثاره القانونية لحين صدور الإجازة[4]، وهذا ما سيتم إيضاحه لاحقا.

ثانيا: وجوب صدوره من ناقص الأهلية

يستوجب صدور التصرف الدائر بين النفع والضرر من ناقص الأهلية، فطبقا لنص المادة 42 من ق.م.ج السالفة الذكر.

فعديم التمييز حسب نص المادة أعلاه تعتبر جميع تصرفاته باطلة فلا يستطيع مباشرة أي عقد، فهذا لا يقتصر فقط على عقود التصرف وعقود التبرع وعقود الإدارة بل يمتد أيضا إلى عقود الإغتناء، ومثال ذلك الصبي غير المميز لا يستطيع أن يقبل الهبة لأنه فاقد التمييز فلا

1- محمد سعيد جعفور، فاطمة اسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص.14؛ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص.169.

2 -عبد الحميد الشورابي، البطلان المدني " الإجرائي والموضوعي"، د.ت.ن، ص.508.

3- عوض أحمد الزعيبي، مرجع سابق، ص.259.

4 - فتحي عبد الرحيم عبد الله، أحمد شوقي محمد الرحمن، مرجع سابق، ص.65؛ إقروفة زبيدة، مرجع سابق، ص ص.20-21.

تكون لإرادته أي اثر[1]، وكذا نص المادة 82 من ق.أ.ج التي تنص على أن: «من لم يلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة»[2].

فمن هنا نستخلص أن عديم التمييز تصرفاته تقع باطلة ويلحقها العدم لأنها غير معتبرة قانونا وشرعا، لذلك لا تلحقها الإجازة، وهذا ما نصت عليه المادة 102 من ق.م.ج المقابلة للمادة 141 من التقنين المصري على أنه: «لا يزول البطلان بالإجازة»[3].

من جهة أخرى، فالتصرفات الصادرة من شخص راشد كامل الأهلية تعتبر صحيحة ما لم يصبه عارض من عوارض الأهلية الجنون، السفه، العته والغفلة، ولم تكن المحكمة قد قضت قبل بلوغه سن الرشد بإستمرار الولاية أو الوصاية عليه، فجميع تصرفاته ولو كانت ضارة ضررا محضا تعتبر صحيحة[4].

فبمجرد بلوغ الشخص سن الرشد، وكانت له بذلك أهلية الإغتناء وأهلية الإدارة وأهلية التصرف وأهلية التبرع يباشر كل ذلك بنفسه، وذلك طبقا لنص المادة 40 من ق.م.ج السالفة الذكر، وتقابلها المادة 44 من القانون المدني المصري، مع ملاحظة أن سن الرشد طبقا لهذا القانون هو إحدى وعشرون سنة[5].

الفرع الثاني

الحكمة من إعتبار تصرف معين دائر بين النفع والضرر

بما أن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر هي تلك التصرفات التي تحتمل أن تجلب لصاحبها الربح كما تحتمل أن تجلب له الخسارة، دون أن يتضح بصورة أكيدة ما يترتب عليها

1- عبد الرزاق السنهوري " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام"، ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص.290.

2- الأمر 84-11، يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

3- القانون رقم 131 لسنة 1948، يتضمن القانون المدني المصري، مؤرخ في 1948/07/09، مجلة الوقائع المصرية، عدد108 مكرر.

4- محمد سعيد جعفور، فاطمة اسعد، مرجع سابق، ص ص.16-17.

5- القانون المدني المصري، الصادر بالقانون رقم 131 بتاريخ 1948/07/29، المادة 44 التي تنص على: « كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة».

من نتائج، فالهدف من إعتبار هذا التصرف دائر بين النفع والضرر هي طبيعته في ذاته دون النظر إلى واقعة معينة ولا نتيجة فعلية بمعنى أنه لا ينظر إلى ما يترتب على التصرف من ربح أو خسارة لأن من شأن هذا التصرف أن يحتمل الأمرين.

أضف إلى ذلك، فمادام هناك مقابل للمال الذي خرج فإن الأمر يتعلق بتصرف دائر بين النفع والضرر، وذلك بصرف النظر عما إذا كان هذا المقابل بخسًا أم معقولاً أم مبالغًا فيه، فالبيع مثلا حتى لو حقق للبائع كسبا كثيرًا، فهو تصرف دائر بين النفع والضرر طالما أنه بطبيعته يحتمل الكسب والخسارة، فالبائع يفقد ملكيته للشيء ولكنه يأخذ الثمن مقابلا لذلك دون النظر إلى مقدار ما حصل عليه البائع من المشتري، فقد يكون الثمن أقل من قيمة المبيع أو أكثر، دون النظر إلى الظروف التي يتم فيها والتي تختلف من شخص لآخر.

فالمهم هو أن تتجه غاية إرادة المتعاقدين إلى إجراء عملية تبادلية بين الحقوق والإلتزامات المختلفة فيما بينهما[1].

الفرع الثالث

أنواع التصرفات الدائرة بين النفع والضرر

تنقسم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر إلى ثلاثة أنواع، أعمال الإدارة **(أولا)**، أعمال التصرف **(ثانيا)** وأعمال الحفظ **(ثالثا)**.

أولاً: أعمال الإدارة

هي التصرفات التي تؤدي إلى إستغلال الشيء وإستثماره دون أن يخرج من ملك صاحبه، وذلك كالإيجار بالنسبة إلى المؤجر الذي لا يؤدي إلى المساس بأصل العين المؤجرة إذ يترتب عليه تمكين شخص من الإنتفاع بالعين المؤجرة من ملكية المؤجر، والأهلية اللازمة لإجراء هذه الأعمال هي أهلية الإدارة، فإذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشر سنة فيجوز أن يؤذن له في

1- محمد سعيد جعفور، مدخل للعلوم القانونية " دروس في نظرية الحق "، مرجع سابق، ص.520؛ رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، د.ب.ن، 2005، ص.112؛ مصطفى محمد الجمال، محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص.183.

إدارة أمواله كلها أو بعضها، إما من الولي أو من المحكمة وذلك لكي يتدرب القاصر على إدارة أمواله وذلك قبل أن يملك حق التصرف فيها ببلوغه سّن الرشد[1].

فأعمال الإدارة تدخل في مفهوم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، وقد أراد المشرع الخروج عن القاعدة العامة في قابلية تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر للإبطال أن يتيح للقاصر الفرصة للتمرن على إدارة أمواله قبل أن تكتمل أهليته ويصبح من حقه التصرف فيهاإ خاصة أن أعمال الإدارة أقل خطورة من أعمال التصرف بل ترد على منفعة فقط[2].

من أمثلة أعمال الإدارة الإيجار فيجوز للقاصر المأذون له أن يؤجر أمواله محل الإذن سواء كانت من المنقولات أم العقارات.

ثانيا: أعمال التصرف

هي تلك الأعمال التي تؤدي إلى إخراج شيء من ذمة صاحبه، كعقد الهبة الذي يترتب عليه إخراج المال الموهوب من ذمة مالكه، وكذا عقد البيع يتضمن خروج المبيع من ذمة البائع، أو تنطوي على تقرير حق عيني تبعي عليه، كالرهن بنوعيه بالنسبة للراهن لأن الرهن غالبا ما يفضي إلى إستفاء الدين من مال الصغير لذا يستوجب أن يُجنب القاصر من هذا الخطر رعاية لمصلحته.

فأعمال التصرف تدخل في نطاق الأعمال الخطرة، حيث يكون من شأنها أن تغير أو تهدد بصفة نهائية المركز المالي للشخص، ومثال ذلك بيع العقار لهذا لا يستطيع القيام بها إلاّ الشخص الذي يملك القدرة على التعرف على مصلحته، لذلك رأينا أن هذا التصرف ممنوع على القاصر ويخضع الولي أو الوصي لرقابة وإذن القضاء في إبرامه[3].

ثالثا: أعمال الحفظ

تعتبر أعمال الحفظ من الأعمال الضرورية والعاجلة للحفاظ على مصالح الشخص وأمواله بإعتبارها تهدف إلى تجنب إتلاف ماله، أو عنصر من عناصر ذمته فهي في ذات

1 – رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص.113.

2– محمد سعيد محمد خليفة، نظرية الحق، د.ب.ن، 1995، ص ص.152–153.

3– رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ص.469.

الوقت لا تمثل أي خطر على أمواله فهي لا تقتضي إلاّ نفقات قليلة بالقياس إلى المنافع التي تعود من إجرائها، ومثالها القيام بقيد الرهن الرسمي، وبما أن أعمال الحفظ تُعد من الأعمال الضرورية فلهذا رخص القانون لناقص الأهلية بالقيام بهذه الأعمال، بل وكذلك تُعد واجبة على كل الأشخاص الذين يتولون الولاية على مال الصغير بحيث تستهدف هذه الأعمال عدم خروج المال من ذمة القاصر[1].

1- غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015، ص.186.

المبحث الثاني

أحكام تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر

لتبيان أحكام تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر يجب التفرقة بين ما جاء به المشرع في القانون المدني الجزائري وما جاء به في قانون الأسرة الجزائري، وبالتالي في القانون المدني لم يتطرق إلى حكم هذه التصرفات، وطبقا لنص المادة 101 من ق.م.ج التي تنص على: «يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس(5) سنوات.

يبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم إنقطاعه.

غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا إنقضت عشر(10) سنوات من وقت تمام العقد»[1]، وعليه، يفهم أن نقصان الأهلية سبب من أسباب قابلية العقد للإبطال، على عكس قانون الأسرة الجزائري أين وضع المشرع أحكام هذه التصرفات بمقتضى نص المادة 83 من ق.أ.ج أين تبنى فكرة وقف تصرفات الصبي المميز على الإجازة التي إستمدها من فقه الشريعة الإسلامية، بحيث تنص المادة على: «من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء»[2].

للتعرف على أحكام التصرفات الدائرة بين النفع والضرر يقتضي منا دراسة حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر قبل الإجازة **(المطلب الأول)** ثم حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بعد الإجازة **(المطلب الثاني)**.

1- الأمر 75-58، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

2- الأمر 84-11، يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

المطلب الأول

حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر قبل الإجازة

لتبيان حكم هذه التصرفات الدائرة بين النفع والضرر قبل الإجازة سنتطرق إلى حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر قبل الإجازة في القانون المدني **(الفرع الأول)**، وحكمها قبل الإجازة في قانون الأسرة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر قبل الإجازة

في القانون المدني الجزائري

لإيضاح أوسع لحكم هذا التصرف نعرض في هذا الفرع المقصود بصحة التصرف والقابلية لإبطاله **(أولا)**، والهدف من تقرير دعوى إبطال التصرف الدائر بين النفع والضرر **(ثانيا)**، وأثر التصرف القابل للإبطال وحكم هلاك محل التصرف **(ثالثا)**.

أولا: المقصود بصحة التصرف والقابلية لإبطاله

نميز بين المقصود بصحة التصرف ثم قابليته للإبطال:

أ- المقصود بصحة التصرف

إن التصرف الصحيح هو ما توافرت فيه أركان وشروط الانعقاد السليمة التي يتطلبها المشرع[1]، فمن أجل صحته يستوجب توفر التراضي بين الطرفين وكذا يتعين أن يرد على محل وسبب تتوافر فيهما الشروط التي يتطلبها التقنين المدني.

فحسب نص المادة 59 من ق.م.ج : «يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية»[2].

وليكون التراضي صحيحًا يجب توفر شرطان:

- توفر الأهلية اللازمة لإبرام التصرف في كلا الطرفين.

1- محمد سعيد جعفور، فاطمة اسعد، مرجع سابق، ص.36.

2- الأمر 75-58، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

- أن يكون رضا الطرفين خاليًا من عيوب الإدارة[1].

إضافة على ذلك، يجب أن يكون المحل الذي ينصب عليه التراضي موجودًا أو قابلا للوجود، ومعينًا أو قابلا للتعيين ومشروعًا أي يجوز التعامل فيه. أما بالنسبة للسبب فيشترط أن يكون مشروعًا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وذلك طبقا لنص المادة 97 من ق.م.ج التي تنص على أنه: «إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام للآداب، كان العقد باطلا»[2].

ونخلص إلى أن معنى صحة التصرف أن ينتج آثاره منذ إبرامه، وتكون له قوته الملزمة، فتترتب عليه جميع آثاره، ما لم يعرض له ما يوقفه[3].

ب- المقصود بقابلية التصرف الدائر بين النفع و الضرر للإبطال

يقسم غالبية فقهاء القانون المدني البطلان إلى نوعين وهما البطلان المطلق والبطلان النسبي، غير أن ما يعنينا هو البطلان النسبي الذي عبر عليه المشرع الجزائري بالقابلية للإبطال، فالقابلية للإبطال جزاء وضعه القانون حماية لناقص الأهلية أو معيب الإرادة كأصل عام، فهو إذن مقرر لحماية مصلحة خاصة، وتأسيسا على ذلك لا يجوز لغير معيب الإرادة وناقص الأهلية التمسك بالإبطال، ولا يمكن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، بل يتعين على من وضع هذا الجزاء لحمايته التمسك به[4]، وهذا طبقا لنص المادة 99 من ق.م.ج: «إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق»[5].

1- محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومه، الجزائر، 1998، ص.33.

2- الأمر 75-58، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

3- محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1998، ص.83.

4- محمد بن محمد بن محمد بن إسماعيل الغشم، إجازة التصرفات، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني اليمني والمصري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلمة الحقوق، جامعة القاهرة، 1416هـ-1995م، ص.128.

5- الأمر 75-58، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

فالعقد القابل للإبطال يرتب آثاره إلى أن يقضى ببطلانه ما لم يكن قد أجيز ممن يملك الإجازة، فهو صحيح ونافذ قبل تقرير البطلان، ومن حالات كون العقد قابلا للإبطال نجد:

– حالة تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر، طبقا للمادتين 43 و101 من القانون المدني الجزائري السالفتين الذكر.

– حالة وجود عيب يشوب إرادة أحد المتعاقدين، طبقا للمواد 81 إلى 91 من القانون المدني الجزائري.

– حالة وجود نص خاص في القانون يقضي بأن العقد قابل للإبطال كما هو الأمر بالنسبة إلى بيع ملك الغير، طبقا للمواد 397، 398، 399 من القانون المدني الجزائري[1].

ثانيا: الهدف من تقرير دعوى إبطال التصرف الدائر بين النفع والضرر

تتمثل الغاية من تقرير دعوى إبطال التصرف الدائر بين النفع والضرر في تحقيق ثلاثة أهداف هي:

1- حماية ناقص الأهلية:

تتمثل هذه الحماية في إتجاه نية المشرع إلى إعطاء حق المطالبة في إبطال التصرف لناقص الأهلية، وإن تقرر ذلك فإنه لا يلزم إلاّ برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، دون ما أضاعه أو أنفقه في غير مصلحة[2]، وهذا طبقا لنص المادة 103 ف02 من ق.م.ج: «لا يلزم ناقص الأهلية، إذا بطل العقد لنقص أهليته، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد»[3].

2- تنبيه المتعاقد مع ناقص الأهلية:

يهدف المشرع الجزائري بهذا الجزاء إلى تنبيه الطرف المتعاقد إلى ضرورة التأكد من أهلية أداء الشخص الذي تعاقد معه، فإذا تبين له أنه ناقص الأهلية إمتنع عن التعاقد معه ولو فعل

1- محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ص.52، 76.

2 – فودة عبد الحكم، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، دار الفكر والقانون، ط.2، د.ب.ن، 1999، ص.697.

3- الأمر 75-58، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

ذلك، فإنه منح للمتعاقد فرصة إبطال هذا العقد خلال مدة زمنية قدرها خمس سنوات يبدأ سريانها من تاريخ بلوغ القاصر سن الرشد[1]، وهذا طبقا لنص المادة 101 من ق.م.ج السالفة الذكر.

3- حكم التدليس الصادر من ناقص الأهلية لإيهام المتعاقد معه بأنه كامل الأهلية:

يقصد بالتدليس هنا أن يقوم القاصر المميز مثلا بتقديم شهادة ميلاد مزورة لحمل شخص آخر على تصديقه فيبرم التصرف معه، فبالعودة للتقنين المدني نجد أنه لم يتطرق لحالات لجوء القاصر لإخفاء نقص أهليته بإستعماله للطرق الإحتيالية، لكن بالعودة لنص المادة 101 من ق.م.ج نجد أن للصبي المميز حق التمسك بالإبطال رغم إخفائه لنقص أهليته عند إبرامه العقد في حالة قصره [2].

ثالثا: أثر التصرف القابل الإبطال وحكم هلاك محل التصرف

سنعرض أثر التصرف القابل للإبطال ثم حكم هلاك محل التصرف القابل للإبطال قبل الإجازة.

أ- أثر التصرف القابل للإبطال

العقد القابل للإبطال عقد صحيح منتج لآثاره إلا أن يتقرر إبطاله، فلا فرق بينه وبين العقد الصحيح البات ما لم تلحقه الإجازة[3].

فالإجازة ليست تصحيح للعقد المجاز لأنه صحيح منذ نشأته حيث أن العقد كان منتجا لآثاره من حين صدوره[4].

يترتب على كون التصرف الدائر بين النفع والضرر صحيحًا منتجًا لآثاره نتيجة قانونية هامة تتمثل في حق أحد المتعاقدين طلب إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا العقد ومفاد ذلك أنه يحق للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد وفقا للمبادئ العامة المقررة في القانون[5]، التي قضت بها المادة 119 من ق.م.ج التي تنص على: « في العقود الملزمة

1 - فودة عبد الحكم، مرجع سابق، ص.697.

2- محمد سعيد جعفور، فاطمة اسعد، مرجع سابق، ص ص.47-48.

3- إقروفة زبيدة، مرجع سابق، ص.21.

4- محمد بن محمد بن محمد بن إسماعيل الغشم، مرجع سابق، ص.457.

5 - محمد سعيد جعفور، فاطمة اسعد، مرجع سابق، ص.56.

لجانبين، إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بإلتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إذا إقتضى الحال ذلك.

ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفي به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات»[1].

إضافة إلى ذلك لا تستطيع المحكمة أن تقضي بإبطاله من تلقاء نفسها، إن لم يتمسك به ذو المصلحة، وعند طلب إبطال العقد ليس ملزما أن يكون الطرف الآخر عالمًا بنقصان الأهلية لدى الآخر، أما إذا أخفى ذلك متعمدًا باستعماله لطرق احتيالية فيكون ملزمًا بإبطال العقد من خلال التعويض الذي يدفعه جراء الأضرار التي لحقت بالآخر، كما للمحكمة أن تقضي بإبقاء العقد قائما كتعويض عيني يتكافأ مع الضرر[2].

ب- حكم هلاك محل التصرف القابل للإبطال قبل الإجازة

يتمثل محل التصرف القابل للإبطال قبل الإجازة ضمن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، ومن بين هذه التصرفات:

البيع، الشراء، القسمة، الحوالة والرهن، الإيجار، المضاربة، الإجارة، الصلح، القرض والإقتراض[3].

يعتبر هذا المحل من أهم أركان انعقاد العقد، ويشترط فيه أن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة، بحيث يجب أن يستوفي محل الالتزام إذا كان شيئا الشروط التالية:

- أن يكون الشيء موجودًا أو قابلا للوجود.
- أن يكون داخلا في التعامل.
- أن يكون معينا أو قابلا للتعيين.

وهذا طبقا لنص المادة 92 ف01 من ق.م.ج:

---

1 - الأمر 75-58، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

2- كمال حمدى، الولاية على المال "الأحكام الموضوعية الاختصاص والإجراءات"، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1978، ص ص.128-129.

3- سيف رجب قزمال، النيابة عن الغير في التصرفات المالية "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009، ص.227.

«يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئا مستقبلا ومحققا»[1].

وعليه، فإذا كان التصرف الدائر بين النفع والضرر عقد صحيح ومنتج لأثاره ففي حالة هلاك المبيع إذا كان محل التصرف بيعا مثلا، نكون أما ثلاثة حلول:

- إذا هلك المبيع قبل إبرام العقد، فلا ينعقد البيع بين البائع والمشتري لانعدام المحل على أن يكون الهلاك بفعل البائع.
- وفي حالة هلاك بعض المبيع، كان للمشتري الخيار بين أخذ الباقي منه فيما يساويه من الثمن أو تركه[2].
- إذا تم إبرام العقد وهلك المبيع قبل تسليميه للمشتري بسبب لا يد للبائع فيه، سقط البيع وإسترد المشتري الثمن، والهلاك يكون على البائع إلى حين التسليم، إلاّ إذا وقع الهلاك بعد إعذار المشتري بتسلّم المبيع، وهذا ما تقضي به المادة 369 من ق.م.ج، بأنه: « إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع وإسترد المشتري الثمن إلاّ إذا وقع الهلاك بعد إعذار المشتري لتسليم المبيع».[3]

الفرع الثاني

حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر قبل الإجازة في قانون الأسرة الجزائري

أدرج المشرع الجزائري أحكام تصرفات الصبي المميز في قانون الأسرة في الفصل الأول تحت عنوان أحكام عامة من الكتاب الثاني النيابة الشرعية، ومن تفحص المادة 83 من ق.أ.ج السالفة الذكر نجد أن المشرع الجزائري إعتنق فكرة وقف تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر على الإجازة فقد إستمد هذه الفكرة من فقه الشريعة الإسلامية ولم يسلك النهج

1- الأمر 57-58، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

2- عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة"، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، 1969، ص.189.

3- الأمر 75-58، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

الذي سار عليه بموجب القانون المدني المستمد من قانون نابوليون، الذي قضى بالقابلية للإبطال بشأن هذه التصرفات[1].

للإلمام بأهم جوانب العقد الموقوف المذكور في نص المادة 83 من ق.أ.ج المذكورة أعلاه، نرى أنه ينبغي علينا الوقوف على المقصود بهذا التصرف وموقف الفقه من ذلك **(أولا)**، وكذا مدى ترتيب التصرف الدائر بين النفع والضرر لآثاره قبل الإجازة والهدف من جعل هذا التصرف موقوفا عليها **(ثانيا)**.

أولا: المقصود بالتصرف الموقوف وموقف الفقه من ذلك

نعرض المقصود بالتصرف الموقوف ثم موقف الفقه من وقفه.

أ- المقصود بالتصرف الموقوف

لم يورد القانون المدني الجزائري تعريفا للعقد الموقوف، كما فعل في تعريفه للعقد الصحيح والعقد الباطل.

يقصد بالتصرف الموقوف، ما إختل فيه أحد شروط النفاذ وهو منعقد وصحيح، لكن لتخلف أحد شروط النفاذ لا يرتب آثر إلا عند صدور الإجازة مما يملكها شرعا، وكونه موقوفا على الإجازة لا ينافي كونه صحيحا، كما يعرف أيضا على أنه العقد المشروع بأصله ووصفه الذي منع نفاذه تخلف أحد شروط النفاذ والذي يفيد حكمه بإجازته مما يملك حق الإجازة[2].

فالإجازة في العقد الموقوف هي التي تجعله ينتج آثاره، ولكنها لا تجعل العقد القابل للإبطال ينتج آثاره، فهو ينتجها بدونها، ومن يوم انعقاده، وتقتصر الإجازة بالنسبة إليه على أن تزيل عنه خطر البطلان الذي يهدده[3].

1-هبالي البختي، العماري محمد، تصرفات الصبي المميز، مذكرة لنيل إجازة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر 2005 -2008 ص.27.

2 - صلاح الدين شوشاري، نظرية العقد الموقوف "دراسة موازنة بالفقه الإسلامي"، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2001، ص.26؛ محمد بن محمد بن محمد بن إسماعيل الغشم، مرجع سابق، ص.57.

3- بوكرزارة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2014، ص.62.

كذا تعتبر تصرفات القاصر المميز الدائرة بين النفع والضرر، تصرفات صحيحة موقوفة لأنها من شأنها تحقيق فائدة جمة له، فهو تمرين مفيد له يكسبه مِراسا وتجربة ومعرفة بأحوال الناس ونتائج المعاملات وتعوده إغتنام فرص الكسب وإشعاره بمرارة الخسارة، ويهيئه لرشده ويختبر مواهبه الفكرية[1].

كما إعتنق المشرع الجزائري فكرة التصرف الموقوف أسوة بفقهاء الشريعة الإسلامية وهو العقد الصحيح الذي يتوقف نفاذه على الإجازة وذلك بموجب المادة 83 من ق.أ.ج السالفة الذكر، وعلى ذلك فسمي العقد موقوفا لأن نفاذه أو عدم نفاذه موقوف على إجازة صاحب الحق في الإجازة أو عدم إجازته.

بما أن العقد الموقوف مستمد من الفقه الإسلامي فلا تعرفه إلا القوانين المدنية العربية التي تأثرت به منها:

- مجلة الإلتزامات والعقود التونسية الصادرة في 1906 في بعض المواد القانونية[2].
- القانون المدني العراقي الصادر في 1951، المواد 134-136[3].
- القانون المدني الأردني الصادر في 1976 في المواد 171-175[4].

ب- موقف الفقه من التصرف الموقوف

العقد الموقوف لم يسلم من الخلاف، حيث إنقسم الفقهاء المسلمون بشأنه إلى فريقين:

- الفريق الأول وهم الأئمة الأربعة، الحنفية والمالكية وبعض الروايات من المذهبين الشافعي والحنبلي، فقد إتفقوا على أن العقد الصحيح هو ما أقره الشارع ورتب آثاره عليه، نظرًا لتوفر أركانه سليمة لا خلل فيها وشروط انعقاده، على أساس أنه عقد صدر من شخص توافرت فيه

1- عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، مصر، 1968، ص ص.294-295.

2- مجلة الإلتزامات والعقود التونسية الصادر بالأمر المؤرخ في 1906/12/15.

3- القانون المدني العراقي الصادر بالقانون رقم 40 لعام 1951.

4- القانون المدني الأردني الصادر بالقانون رقم 43 لعام 1976.

الأهلية اللازمة لإنعقاد العقد، لكن لكون إرادة المتعاقد ناقصة فإن العقد يتوقف على صدور الإجازة ممن يملكها.

– أما الفريق الآخر هم كل من فقهاء الشافعية في المذهب الجديد والحنابلة في إحدى الروايتين عنهم، فيرون أن جميع العقود الموقوفة باطلة وإن أذن بها الولي، لأن العقد عندهم، إما أن يكون صحيحا أو باطلا ولا يعترفون بإنعقاد العقد موقوفا على إجازة الولي أو غيره[1]، وقد إحتج هؤولاء الفقهاء في قولهم ببطلان تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر الموقوفة بما قاله الرسول صلى الله عليه وسلم: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يعقل»[2].

ووجه الدلالة في نظرهم أن هذا الحديث يدل على أن الصبي المميز لا يجب عليه شيء فلا يصح أن يقوم بتصرفات البيع والشراء لأن مباشرتهما تكون للولي[3].

أما الرأي الراجح وهو ما يجمع عليه أغلبية الفقهاء، وذلك لقوة أدلته هو الرأي القائل بإعتبار العقد الموقوف صحيحًا، ولما في إعتبار التصرف الموقوف من السعة والتيسير دون أن يلحق ضرر بأحد مادام متوقفًا على الإجازة[4].

ثانيا: مدى ترتيب التصرف الدائر بين النفع والضرر لآثاره قبل الإجازة والهدف من وقفه

سنتطرق لما مدى ترتيب التصرف الدائر بين النفع والضرر لآثاره قبل الإجازة ثم الهدف من وقفه.

أ– مدى ترتيب التصرف الدائر بين النفع والضرر لآثاره قبل الإجازة

يعتبر التصرف المتردد بين النفع والضرر موقوف، وهذا لا يعني أنه لم ينعقد أو أنه وقع باطلا، بل هو قسم من أقسام العقد الصحيح، فله وجود قانوني ومادي، إذ لو كان باطلا ما أمكن أن تلحقه الإجازة بعد ذلك، وكل ما في الأمر أنه قد تعرض له أحوال قبل إجازته، فقد

1– محمد بن محمد بن محمد بن إسماعيل الغشم، مرجع سابق، ص.61.

2– نقلا عن عبد الرزاق حسن فرج، مرجع سابق، ص.294.

3– بوكرزازة أحمد، مرجع سابق، ص.66.

4– محمد بن محمد بن محمد بن إسماعيل الغشم، مرجع سابق، ص.66.

يفسخ أو يرفض ممن له الحق في ذلك، وقد يقوم المتعاقدان بتنفيذه، وقد يهلك المحل، وقد يموت أطراف التصرف أو المجيز[1].

فهذا التصرف رغم صحته إلا أنه لا ينتج آثاره فور إبرامه بل يتراخى إلى حين ورود الإجازة عليه، ومؤدى عدم إجازته من طرف من خوله المشرع حق الإبطال أو الإجازة بقي هذا التصرف صحيحًا غير مرتب لآثاره وذلك لوقت غير محدد التاريخ[2].

نظرا لصدور التصرف الدائر بين النفع والضرر صحيحا من قبل الصبي المميز إلا أنه لا يرتب آثارا، وهذا راجع إلى أهليته الناقصة فبهذا لا يستقل برأيه، ولابدّ لنفاذ تصرفاته موافقة وليه أو ووصيه، لأن الصبي المميز يتمتع بأهليته أداء ناقصة[3].

ب- الهدف من وقف نفاذ التصرف الدائر بين النفع والضرر

إن الحكمة من جعل المشرع الجزائري تصرفات الصبي المميز موقوفة على الإجازة وذلك لتقرير حماية معينة للقاصر فإنه يهدف إلى:

1-فتح باب النفع للصبي المميز:

مفاد ذلك أن إعتبار تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر صحيحًا من شأنه تحقيق فوائد بالغة الأهمية له، فهم تمرين مفيد له يكسبه تجربة ومعرفة بأحوال الأشخاص، وكل ذلك يهيئه لرشده حتى يحكم له أو عليه عند بلوغه سن الرشد[4].

2-سد لباب الضرر على الصبي المميز:

مادام أن الصبي المميز مازال عقلة غير ناضج ورأيه ضعيف، ويخشى عليه من فساد تدبيره وعدم تقريره العواقب فتصرفه يحتمل النفع والضرر لذلك من الأجدر جبر هذا النقص إما بالإجازة التي تصدر من ممثله الشرعي المتمثل في الولي أو الوصي، وإما جبره بالرفض.

1-غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2011، ص.283.

2- هبالي البختي، العماري محمد، مرجع سابق، ص.31.

3- محمد سعيد جعفور، فاطمة إسعد، مرجع سابق، ص.82.

4- محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص.44.

فما دام هذا التصرف ينعقد موقوفًا على إجازة الولي أو الوصي فلا ضرر يترتب على صحة إنعقاده موقوفًا، فإن هو إقترن بموافقة ممثله الشرعي إعتبر في مصلحة الصبي ونفذ عليه كما لو باشره عنه ممثله القانوني[1].

وبتبيان الحكمة التي أرادها المشرع من جعل تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر موقوفا على الإجازة نكون قد إنتهينا من حكم تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر في كلا القانونين القانون المدني وقانون الأسرة وذلك قبل الإجازة.

المطلب الثاني

حكم تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر بعد الإجازة

بعدما بينا في المطلب الأول أن تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر قبل الإجازة تقع صحيحة قابلة للإبطال في التقنين المدني وتكون صحيحة وموقوفة في تقنين الأسرة، سنحاول في المطلب الثاني الوقوف على حكم التصرف الدائر بين النفع والضرر في الفترة اللاحقة على إجازته.

بالتالي نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، حيث نعالج حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بعد الإجازة في القانون المدني **(الفرع الأول)**، ونتناول حكم هذه التصرفات بعد الإجازة في قانون الأسرة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بعد الإجازة

في القانون المدني الجزائري

لإيضاح حكم هذه التصرفات إرتأينا التطرق لتعريف الإجازة في التصرف القابل للإبطال **(أولا)**، خصائص وصور إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر القابل للإبطال وشروطه **(ثانيا)**، ثم سنتطرق لصاحب الحق في إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر القابل للإبطال **(ثالثا)**، وأخيرا نتيجة إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر القابل للإبطال **(رابعا)**.

1- هبالي البختي، العماري محمد، مرجع سابق، ص.33.

أولا: تعريف الإجازة في التصرف القابل للإبطال

لم يعرف المشرع الجزائري الإجازة وهذا على غرار نظيريه الفرنسي والمصري، وبذلك سنعتمد على ما جاء به فقهاء القانون المدني بحيث يتبين لنا أن الإجازة هي:

«تصرف قانوني من جانب واحد يترتب عليه إسقاط حق طلب إبطال العقد القابل للإبطال بالنزول عنه ممن خوله القانون ذلك، وصيرورة العقد المجاز بات بعد أن كان مهددًا بالزوال»[1].

إذ فالإجازة في القانون المدني ترد على العقد القابل للإبطال، فتصحح البطلان الذي كان يهدد هذا التصرف، بتنازل من تقرر حق الإبطال لمصلحته عن هذا الحق.

تبعا لذلك فالإجازة تقوم بإزالة الخطر الذي يلحق العقد المنتج لآثاره القانونية إلا أن يحكم بإبطاله وهو العقد القابل للإبطال، أما العقد الباطل بطلانًا مطلق فلا ترد عليه الإجازة لأن ليس له وجود قانوني فهو في حكم العدم[2].

ثانيا: خصائص وصور إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر القابل للإبطال وشروطه

سنعرض خصائص إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر القابل للإبطال ثم صوره، وأخيرا شروطه.

أ- خصائص إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر القابل للإبطال: من التعريف المتقدم للإجازة يمكننا إستخلاص الخصائص التي تتصف بها الإجازة وهي ثلاث:

1- الإجازة تصرف قانوني إنفرادي:

يجمع فقهاء القانون المدني على أن الإجازة تصرف قانوني إنفرادي إذ تتم بإرادة منفردة هي إرادة من شرع له حق طلب الإبطال[3]، ويترتب على هذا الوصف أن:

1 - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص.472.

2- محمد سعيد جعفور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والشر والتوزيع، ط.2، الجزائر، 2009، ص.47.

3- عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص.474.

– الإجازة تحدث آثارها بمجرد تعبير المجيز عن إرادته في النزول عن حقه في التمسك بالإبطال حتى دون علم هذا العاقد بها، فالمجيز وحده له حق التمسك بالإبطال لمصلحته، وله أن يثبت الاختيار، فله إما المطالبة بالإبطال أو العدول عنه فيجيز العقد، وذلك بالنزول عن حقه في التمسك بالإبطال[1].

– المجيز لا يستطيع الرجوع عن الإجازة بحجة أن الطرف الآخر لم يقبلها بعد، فهي تلزم المجيز بمجرد صدورها ولا يستطيع الرجوع عنها، فهي تنتج أثارها إزاء المجيز تلقائيا.

– تعتبر أيضا الإجازة تصرف قانوني غير واجب التسليم، وذلك لأن للتعبير عن الإجازة لا حاجة لإبلاغها للطرف الآخر المستفيد منها، ذلك أنها لا تضيف إلى التصرف المتردد بين النفع والضرر أي عنصر جديد لم يكن له قبلها، إضافة إلى ذلك أنها لا تمس بحقوق الغير وإن كان من شأنها أنها قد تضر بالمجيز إذا تنازل عن حقه في الإبطال[2]، وكذا للمجيز إمكانية التمسك بالإجازة الضمنية، فلا يشترط فيها تدخل الطرف الذي وجهت إليه، وإذا حصل أن إتفقا طرفا العقد على أن يحصل المتنازل عن حقه في طلب الإبطال على مقابل أو تعويض نظير إجازته، فهو لا يعدو أن يكون مجرد صلح بين الطرفين[3].

2–الإجازة تصرف إسقاطي:

يقصد من الإجازة أنها تصرف إسقاطي، لأنها تسقط حق المجيز في إبطالها، فليس له بعد الإجازة أن يطالب بالإبطال، فإن تمت الإجازة يصبح التصرف نافذًا ولا يمكن إبطاله[4].

3– الإجازة تصرف كاشف:

إضافة إلى إعتبار الإجازة تصرف إنفرادي وإسقاطي، فهي أيضًا تصرف قانوني كاشف، لأن وظيفتها تنحصر في تثبيت الآثار المترتبة عن العقد المجاز، ويترتب على الأثر الكاشف

1– محمد حبار، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1986، ص.430.

2– محمد سعيد جعفور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ص.51،48–52؛ عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص.494.

3– محمد سعيد جعفور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص49.

4– محمد حبار، مرجع سابق، ص.453.

للإجازة أن العقد يصبح باتًا غير مهدد بالزوال منذ تاريخ إبرامه، وقد أشارت إلى هذا الأثر المادة 100 من ق.م.ج التي تنص على: «يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير»[1].

ب- صور إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر القابل للإبطال:

يمكن القول أن القاعدة العامة في التعبير عن الإرادة يمكن أن يتم بأية وسيلة مادامت كاشفة عن الإرادة سواء كانت لفظًا أو كتابة أو إشارة، والإجازة قد يعبر عنها إما صراحة أم ضمنًا[2]، فقد نصت على هذا المادة 100 من ق.م.ج المذكورة أعلاه.

1- الإجازة الصريحة:

تكون الإجازة صريحة إذا كان التعبير عنها مباشرًا بالوسيلة المألوفة للكشف عن الإرادة، ولا يلزم فيه أن يكون باللفظ أو الكتابة بل يمكن أن يتم بغيرهما فقد يكون بالإشارة أو بإتخاذ موقف قاطع بالدلالة على المقصود، وذلك وفقا لنص المادة 60 من ق.م.ج التي تنص على: «التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة والإشارة المتداولة عرفًا، كما يكون وباتخاذ موقف لا يدعو أي شك في دلالته على مقصود صاحبه»[3].

2- الإجازة الضمنية:

الإجازة الضمنية تتخذ مظهرا يدل على الإرادة بطريقة مباشرة، فقد يستدل عليها من أقوال أو أفعال أو تصرفات تفيد إنصراف نية الشخص عن التمسك بالإبطال، وإتجاه إرادته إلى النزول عن هذا الحق[4].

ج- شروط إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر القابل للإبطال:

يشترط لصحة إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر توفر الشروط التالية:

1- الأمر 75-58، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

2- محمد بن محمد بن محمد بن إسماعيل الغشم، مرجع سابق، ص.200.

3- الأمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

4- فاطمة اسعد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري "دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص.170.

1-بلوغ القاصر سن الرشد:

يشترط لصحة إجازة تصرفات ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر أن تصدر في الفترة اللاحقة على تاريخ زوال نقص أهليته أي بلوغه تسعة عشر سنة كاملة، وهو تاريخ بلوغ القاصر سن الرشد وذلك طبقا لنص المادة 40 من ق.م.ج السالفة الذكر[1].

2-اتجاه إرادة العاقد نحو الإجازة:

يتحقق هذا الشرط إذا كان المجيز عالما بحقه في طلب الإبطال الذي خوله له القانون، وينبغي أن يعلم من تقرر حق الإبطال لمصلحته بأنه يجيز عقدا معيبا، ذلك أن الإجازة لا يتصور حصولها في حالة علم المتعاقد بالعيب الذي كان يعتري العقد، فإذا إتجهت نية العاقد إلى إجازة العقد فإنه من باب أولى أنه كان عالما بسبب قابلية عقده للإبطال[2].

3- صدور الإجازة في المدة المقررة لها:

طبقا لنص المادة 101 من ق.م.ج السالفة الذكر، يحق لناقص الأهلية طلب إبطال العقد لمدة خمس سنوات وذلك من يوم زوال نقص أهلية، كما أن القانون خوله حق طلب إبطال تصرفه أو إجازته وذلك في مدة زمنية تتراوح بين يوم بلوغه سن الرشد وهي تسعة عشر سنة كاملة وبين يوم بلوغه الرابعة والعشرين من يومه[3].

ثالثا: صاحب الحق في إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر القابل للإبطال

يجيز التصرف القابل للإبطال من جعل له القانون حق التمسك بإبطاله فليس لغيره ذلك، وإعمالا بمقتضى نص المادة 99 من ق.م.ج السالفة الذكر، فبالنسبة للتصرف الدائر بين النفع والضرر المجيز هو الصبي المميز أو كل من يمثله قانونًا من ولي أو وصي، فبما أن الإجازة هي التخلي عن الحق في طلب إبطال التصرف، فلا يستطيع النزول عن هذا الحق إلا مالكه.

فالمشرع الجزائري لم ينص صراحة على صاحب الحق في إجازة التصرف القابل للإبطال، على غرار نظيره المصري الذي نص صراحة على أن إجازة التصرف الدائر بين النفع

1- الأمر 75-58، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

2- محمد سعيد جعفور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.90.

3- الأمر 75-58، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

والضرر تصدر إما من الصبي المميز نفسه أو من وليه أو من المحكمة بحد ذاتها وذلك وفقا لنص المادة 111 من القانون المصري التي تنص: «أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون»[1].

رابعا: نتيجة إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر القابل الإبطال

يتمثل أثر الإجازة في زوال حق العاقد الذي شرع الإبطال لمصلحة وفي التمسك بإبطال العقد، وتجعل العقد باتًا بعد أن كان مهددًا بالزوال، وتحفظ الحقوق والآثار التي رتبها العقد من أن يقضى عليها بالزوال بأثر رجعي، أي أنها تستند إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون الإخلال بحقوق الغير، فالأثر الرجعي للإجازة إنما يكون كما يقضي النص دون إخلاله بحقوق الغير[2].

فالعقد القابل للإبطال له وجود قانوني، فإذا وردت عليه الإجازة إستقر هذا الوجود نهائيا وسقط الحق بإبطال العقد، وترتب عليه زوال هذا الحق أو سقوطه، وهذا هو الأثر الجوهري للإجازة[3].

وخلاصة لما سبق، بما أن العقد القابل للإبطال هو عقد صحيح منتج لجميع آثاره، فتترتب عليه نتيجة قانونية هامة تتمثل أنه إذا لم ينفذ أحد الطرفين إلتزامه فإنه يحق للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد، فهنا تظهر الحماية القانونية التي خولها المشرع للقاصر في أن منح له وحده فقط الحق في التمسك بالإبطال العقد، وليس للطرف الآخر المتعاقد معه التمسك بهذا الحق وهذا طبقا لنص المادة 99 ق.م.ج السالفة الذكر، بالتالي فالتمسك بالإبطال قاصر

1- القانون المدني المصري الصادر بالقانون رقم 131 بتاريخ 1948/07/29.

2- محمد بن محمد بن محمد بن إسماعيل الغشم، مرجع سابق، ص.451؛ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الإلتزام، "مصادر الإلتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري"، المؤسسة الوطنية للكتاب، 3 شارع زيغوت يوسف، الجزائر، د.ت.ن، ص.81.

3- أنور طلبة، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.ت.ن، ص ص.184-185.

على من شرع لحمايته وسبب ذلك أن القابلية للإبطال تقرر رعاية لمصلحة خاصة بالنسبة إلى أشخاص معينين وعلى رأسهم ناقص الأهلية بسبب صغر سنه، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها بإبطال العقد، وإن تقرر إبطاله يزول كل أثر له ويعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإن كان مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية إذا بطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، فهنا يظهر جليا أن المشرع قد إتجهت نيته إلى تقرير حماية للقاصر.

الفرع الثاني

حكم تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر بعد الإجازة في قانون الأسرة الجزائري

لتبيان حكم تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر بعد إجازتها في قانون الأسرة الجزائري، ينبغي علينا التطرق لتعريف الإجازة في العقد الموقوف **(أولا)**، صاحب الحق في إجازة التصرف الموقوف **(ثانيا)**، خصائص وصور إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر الموقوف وشروطه **(ثالثا)**، نتيجة إجازة تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر الموقوفة **(رابعا)**.

أولا: تعريف الإجازة في العقد الموقوف :

إن الإجازة إذا صدرت من صاحب الحق فيها مستوفية شروط صحتها وطرق التعبير عنها مقبولة شرعًا، فهي التي تجعل العقد نافذا، فإنها تعتبر مرحلة هامة من مراحل العقد الموقوف، إذ بواسطتها فقط ينتقل من مرحلة الوقف إلى مرحلة النفاذ.

عرف بعض الفقه الإجازة بأنها: «تصرف شرعي في العقد بالإبقاء، توجب نفاذه وترتب عليه حكمه مستندًا إلى وقت وجوده»[1].

من هذا يمكن القول بأن إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر هي:

1- عجالي بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري -دراسة مقارنة- مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2005، ص.97.

«تصرف قانوني يصدر من صاحب الحق فيه لإبقاء تصرف معين موقوف النفاذ يخوله الخيار بين طلب إبطاله وإجازته، ويترتب عليه إنتاج آثاره»، وبهذا تعتبر الإجازة وسيلة لرفع المانع الذي كان يعترض سبيل العقد الموقوف لترتيب آثاره، كما أنها تصدر ممن كان التصرف موقوفًا في حقه لحمايته[1].

ثانيا: صاحب الحق في إجازة التصرف الموقوف

يقصد بالمجيز في الفقه الإسلامي الشخص الذي له القدرة على إمضاء العقد، ويسمى "من له حق الإجازة" و"من شرع عن الإجازة له"[2].

إذا أبرم الصبي المميز عقد دائرا بين النفع والضرر توقف هذا العقد على الإجازة ممن له حق الولاية أو الوصاية عليه، وهذا مانصت عليه المادة 997 من مجلة الأحكام العدلية التي قضت بما يلي: «...وأما العقود الدائرة بين النفع والضرر في الأصل، فتنعقد موقوفة على إجازة وليه، ووليه مخير بين إعطاء الإجازة وعدمها، فإن رآها مفيدة في حق الصغير أجازها وإلا فلا»[3]، وهو ما أشارت إليه أيضا المادة 428 من مرشد الحيران المستمد هو الآخر من الفقه الإسلامي، إلى أن الإجازة تكون من الولي أو الوصي[4]، ولهما أن يجيزا تصرفه المتردد بين النفع والضرر كالبيع والإجازة، وللصبي نفسه بعد بلوغه أن يجيز ما عقد وقت وجود وليه وهو ما خوله له الفقه الإسلامي، لأنه وبعد بلوغه سن الرشد ينتقل إليه حق إجازة تصرفاته الموقوفة التي كان قد باشرها حال صغره ولم يسبق لوليه أو وصيه أن أجازها أو ردها،لأن الإجازة لا ترد على العقد الباطل[5].

أما وطبقا للمادة 83 من ق.أ.ج السالفة الذكر، يتضح جليا أن هذا النص قد منح حق الإجازة للولي أو الوصي في تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر، لكنه أغفل أن يذكر أن لهذا الأخير حق إجازة تصرفاته بعد زوال نقص أهلية أي بلوغه سن الرشد، لأن

1- عبد الرزاق حسن فرج، مرجع سابق، ص.202؛ عجالي بخالد، مرجع سابق، ص.97.

2- فاطمة اسعد ، مرجع سابق، ص. 146.

3- مجلة الأحكام العدلية الصادرة في سنة 1876.

4- عجالي بخالد، مرجع سابق، ص.103.

5- فاطمة اسعد ، مرجع سابق، ص.150.

الممثل الشرعي لا يملك الإجازة أو حتى الرفض لزوال الولاية أو الوصاية على الصبي بعد بلوغه[1].

ثالثا: خصائص وصور إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر الموقوف وشروطه

سنتطرق لخصائص إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر الموقوف ثم لصوره وأخيرا شروطه.

أ- خصائص إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر الموقوف

من التعريف السابق للإجازة يتبين أن لها خصائص معينة، إذا توافرت أدت إلى إنفاذ العقد الموقوف وترتيب آثاره، ويمكن القول أن خصائص الإجازة هي أنها تصرف انفرادي بإرادة صاحب الحق فيه، كما أنها تصرف إسقاطي، إضافة إلى كونها تصرفًا كاشفًا، وسنرى كل خاصية على حدة:

1- الإجازة تصرف إنفرادي:

تصدر الإجازة في التصرف الموقوف بإرادة واحدة بحيث تهدف إلى إزالة المانع من النفاذ، وذلك لأنها تصدر ممن شرع الوقف لحمايته، ويترتب على كون هذه الإجازة كذلك ثلاثة نتائج:

النتيجة الأولى: عدم توقف الإجازة على قبول أو علم المتعاقد الآخر

إن الإجازة تحدث آثارها بمجرد التعبير عن إرادة المجيز، وليست بحاجة إلى إقترانها بقبول المتعاقد الآخر، بل حتى دون حاجة أن يكون على علم بها، وفي هذا إنصرف ابن الهمام إلى القول: "... له أن يجيز فإن أجازه بغير إذن صاحبه جاز" [2].

1 – محمد زكي عبد البر، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المدني المصري، مقال منشور في مجلة القانون والإقتصاد، السنة 25، شهر مارس وجوان 1955، العدد الأول والثاني، ص.42.

2- عجالي بخالد، مرجع سابق، ص.112.

النتيجة الثانية: الإجازة لا تقبل الرجوع فيها بعد صدورها

لا يستطيع صاحب الإجازة بعد التعبير عن رغبته في إجازة التصرف الموقوف الرجوع عنها، ولا يجوز له التمسك بإبطاله أو الرجوع عن الإجازة، إذ بها يصبح العقد نافذًا باتًا.

النتيجة الثالثة: عدم إشتراط تبليغ الإجازة إلى المتعاقد الآخر

تعتبر الإجازة حق خالص للمجيز ولا تخص إلا من يملكها فلهذا لا يشترط تبليغها إلى الطرف الآخر في التصرف، بل تنتج آثارها بمجرد التعبير عنها من قبل صاحبها[1].

2- الإجازة تصرف إسقاطي:

للمجيز الخيار بين فسخ العقد وإجازته، فإن هو فضل الإجازة سقط خياره، ولا يجوز له فسخه بعد ذلك لأن الإجازة إسقاط لحق الفسخ.

3- الإجازة تصرف كاشف:

تعني هذه الخاصية أن الإجازة متى صدرت لا تضيف أي شيء إلى العقد الموقوف بل ينحصر آثارها في إنفاذ العقد منذ لحظة إنشائه، فهي تصرف كاشف لما كان العقد موقوفًا عليه، ويترتب على ذلك أنه إذا ما أجيز العقد الموقوف صار نافذًا أو مستندًا حكمه إلى وقت إبرامه، لأن الإجازة لم تنشئ العقد إنشاءً بل أنفذته إنفاذًا[2].

ب- صور إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر الموقوف

تتخذ الإجازة بإعتبارها تعبيرًا إراديًا عن نقل العقد الموقوف من مرحلة الوقف إلى مرحل النفاذ صورتين تكون إما صريحة أو ضمنية

1- الإجازة الصريحة:

يقصد بالإجازة الصريحة أن يعبر صراحة صاحب الشأن عن رغبته في إجازة التصرف المتردد بين النفع والضرر ويكون هذا بطريقة مباشرة، ويعتبر كلا من اللفظ والكتابة والإشارة أهم طرق للتعبير الصريح وذلك طبقا لنص المادة 60 من القانون المدني السالفة الذكر.

1- فاطمة اسعد ، مرجع سابق، ص.154.

2-عجالي بخالد، مرجع سابق، ص ص.114-115.

فاللفظ يعتبر الأداة الرئيسية لتبادل الأفكار والتعبير عن الإرادة، فلا يشترط في اللفظ صيغة معينة أو لفظًا محددًا، فيجوز التعبير عنه بأي لفظ يحمل معنى الإجازة[1].

أما الكتابة فتعد من أهم وسائل التعبير عن الإرادة في العصر الحديث، وليس لها صورة معينة تفرغ فيها، بل يشترط أن تكون الكلمات المكتوبة دالة فعلا على إتجاه نية المجيز في العدول عن حقه في التمسك بالإبطال.

وبما أن الإجازة تصرف لا تشترط علم الطرف الآخر بها ولا حتى رضاه، فإنها متى صدرت الكتابة تنتج آثارها ونفذ العقد منذ إبرامه[2]، لذلك إذا كتب الصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد، ما من شأنه أن يفيد رغبته في التعبير عن إرادته في إجازة، زال المانع الذي كان يمنع نفاذ تصرفه الموقوف، فبدأ التصرف في إنتاج آثاره فورًا[3].

– أما بالنسبة للإشارة فقد إعتبرها المشرع الجزائري وسيلة للتعبير عن الإرادة، دون التفرقة بين صدورها عن قادر عن الكلام أو عاجز عنه، وذلك بموجب المادة 60 من ق.م.ج المطابقة للمادة 90 من ق.م.م التي تنص على: «التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة والإشارة المتداولة عرفا، كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه»[4].

2– الإجازة الضمنية:

يكون التعبير ضمنيًا وذلك إذا إتخذ صاحب الشأن تصرف أو فعل يفيد معنى العدول عن التمسك بحقه في طلب إبطال تصرفه الدائر بين النفع والضرر، وذلك كأن تصدر من الصبي المميز بعد بلوغه في تنفيذ إلتزامه محل العقد الموقوف[5].

ج – شروط إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر الموقوف

بينا فيما سبق أن تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر تنعقد موقوفة على الإجازة الصادرة من الولي أو الوصي وذلك قبل بلوغ الصبي المميز سن الرشد، وقد تصدر هذه

1– محمد سعيد جعفور، فاطمة اسعد، مرجع سابق، ص.146.

2– عجالي بخالد، مرجع سابق، ص.131.

3–مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الأول، الطبعة التاسعة 1967–1968، ص.327.

4–القانون المدني المصري، الصادر بالقانون رقم 131 بتاريخ 1948/07/29.

5– عبد الرزاق حسن فرج، مرجع سابق، ص.207.

الإجازة منه وذلك بعد بلوغه سن الرشد، وشروط صحة إجازة تصرف الصبي المميز يمكن إجمالها فيما يلي:

1- شروط صحة الإجازة الصادرة من الولي أو الوصي:

يستوجب في الإجازة الصادرة عن الولي توفر الشروط التالية :

- أن يكون تصرف الصبي المميز دائر بين النفع والضرر

تعد التصرفات الضارة بالصبي المميز باطلة فلا ترد عليها الإجازة، وذلك كالتبرعات بجميع أنواعها من هبة أو صدقة أو كفالة دين على غيره فلا يصح للولي إجازتها لأنه لا يملك إنشاء هذا التصرف، وكذا أن العقد يعد باطلا من أول الأمر[1].

- أن لا يكون الولي أو الوصي قد رد التصرف قبل بلوغ الصبي

للولي الخيار بين إجازة تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر أو رفضه، فإذا سبق للولي أن رد التصرف قبل بلوغ الصبي فإن التصرف يصبح باطلا ولا تلحقه الإجازة، فإن فعل تقع إجازته غير صحيحة[2].

- أن تصدر الإجازة من الولي أو الوصي قبل بلوغ الصبي

يشترط لصحة الإجازة الصادرة من الولي أو الوصي أن تصدر قبل بلوغ الصبي سن الرشد، ذلك أنه ببلوغ الصبي هذه السن تغدو حقا خالصًا له.

ففي حالة ما إذا قام الصبي المميز بتصرف دائر بين النفع والضرر دون إذن سابق من وليه أو وصيه، كان تصرفه موقوفًا على إجازة هذا الأخير، فإن ظفر بها والصبي لم يبلغ بعد، نفذ بأثر رجعي، إبتداء من تاريخ إبرامه، أما إذا إلتزم الولي أو الوصي الصمت إلى بلوغ القاصر سن الرشد، فإن حق الإجازة يخرج من بين يديه ويصبح حقا للقاصر[3].

2- شروط صحة الإجازة الصادرة من الصبي المميز:

يستوجب لصحة الإجازة الصادرة من الصبي المميز توفر ما يلي:

1- محمد سعيد جعفور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.117.

2- عجالي بخالد، مرجع سابق، ص.124.

3- محمد سعيد جعفور، فاطمة اسعد، مرجع سابق، ص ص، 150-151.

- أن تصدر الإجازة من الصبي بعد بلوغه

إذا بقي العقد الذي أبرمه الصبي المميز موقوفًا، ولم يبت فيه ممثله الشرعي بالإجازة أو الرد حتى بلغ الصبي رشده وإكتملت أهليته، فإن الحق في الإجازة أو الرد ينتقل إليه لأنه ببلوغه أصبح أهلا لمباشرة كل أنواع التصرفات بما فيها الضارة ضررًا محضًا[1].

- ألا يكون الولي قد رد التصرف قبل بلوغ الصبي

إضافة إلى وجوب بلوغ الصبي المميز سن الرشد من أجل إجازة تصرفاته الموقوفة يستوجب أن لا يكون ممثله الشرعي قد سبق له رد التصرف قبل بلوغه، فإذا رده يكون باطلا، والممثل لا يمكنه الرجوع في هذا الرد قبل بلوغ الصبي، فإذا أراد هذا الأخير إجازة العقد بعد بلوغه فعليه أن يتحرى، فإن كان وليه قد أجازه فلا يستطيع هو أن يرده، وإن كان الولي قد رده فلا يستطيع هو إجازته[2].

رابعا: نتيجة إجازة تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر الموقوفة

يترتب على الإجازة أن العقد الموقوف يصبح نافذا في حق من باشره في حالة قصره فإن هو فعل ذلك نفذ هذا التصرف وترتبت في ذمته نتائج، سواء كانت حقوقا أو إلتزامات[3].

فالإجازة الصادرة من الصبي المميز بعد رشده لها نفس أثر الإجازة الصادرة من الولي أو الوصي في حالة قصره، وهو سقوط حقه في رفع دعوى الإبطال مستقبلا.

فبهذا يكون أثر إجازة تصرفات القاصر المميز هو إنفاذ التصرف الموقوف بجعله يرتب آثاره التي من أجلها وجد، وسقوط حق التمسك بإبطال هذا التصرف من ذمة المجيز لأن الإجازة قد أخرجت هذا الحق من ذمته نهائيا[4].

وخلاصة لما سبق، عرفنا إن العقد الموقوف رغم صحته إلا أنه لا ينتج آثاره فور إبرامه بل يتوقف حتى ترد الإجازة عليه من الولي أو الوصي أو حتى القاصر بعد بلوغه سن الرشد،

1- مرجع نفسه، ص.152.

2-عجالي بخالد، مرجع سابق، ص.126.

3- محمد سعيد جعفور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ص.215، 122-123.

4- محمد سعيد جعفور، فاطمة اسعد، مرجع سابق، ص ص.158-159.

بشرط أن لا يكون النائب الشرعي قد سبق أن بث فيه بالإجازة أو الرفض والصبي لا يزال قاصرا، ومن هنا تظهر نية المشرع في تقريره الحماية القانونية للقاصر والتي تتجسد في المادة 83 من ق.أ.ج، أين جعل تصرفه موقوفا على الإجازة ومقترنا بموافقة الولي أو الوصي، حيث أن فكرة العقد الموقوف جديرة بالإعتبار إذ تجعل التصرف لا أثر له قبل الإجازة من الولي أو الوصي بالتالي يعتبر هذا عملا وقائيا يدخل في حماية القاصر.

الفصل الثاني

حماية أموال القاصر من مخاطر تصرفاته

الدائرة بين النفع والضرر

سبق أن بيّنا في فصلنا الأول مفهوم القاصر وتصرفاته الدائرة بين النفع والضرر وأحكام هذه التصرفات قبل إجازتها وبعدها، سنتطرق في هذا الفصل إلى الحماية المخولة لأموال القاصر بحيث تكمن هذه الحماية في الحماية القانونية والتي تتجلى في فرض النيابة الشرعية على القاصر لما له من عجز في التصرف في أمواله والتمييز بين ما فيه ضررًا ونفعًا له نتيجة لعدم إكتمال رشده، وكذا الحماية القضائية بحيث وضع المشرع مجموعة من النصوص القانونية التي تمنح للقاضي الحق في حماية القاصر، وذلك بفرض رقابته على النائب الشرعي المعين للقاصر وكذا بتقريره جزاءات عليه في حالة تجاوزه لحدود النيابة المفروضة عليه، فلهذا قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين فخصصنا دراسة الحماية القانونية للقاصر(**المبحث الأول**)، والحماية القضائية(**المبحث الثاني**).

المبحث الأول

الحماية القانونية للقاصر

يقصد بالحماية القانونية المخولة للقصر بأنها الحماية التي يسبغها القانون على الحقوق العامة والخاصة لتمكين أصحابها من التمتع بها وممارستها ومنع الغير من الإعتداء عليها أو المساس بها.

فالقانون ينشئ الحق ويضع الضوابط الكفيلة لإحترامه فإذا لم يستطع صاحبه أن يحصل عليه فإنه يستعين بسلطات الدولة في ذلك، ويطلب منها حماية حقه[1] ، فإقتضت حكمة التشريع إستثناء القاصر من التكاليف لنقص أهليته وطالما أنه ناقص الأهلية، فهو في هذه المرحلة لا يستطيع تمييز ما في مصلحته لعدم إكتمال عقله وحضور رشده، فيكون عرضة لخسارة أمواله، لهذا أوجب الشرع فرض النيابة الشرعية عليه للحفاظ على أمواله وحقوقه، فهذا هو الأصل، لكن خرج القانون عن هذا، وذلك بسنه نظاما بمقتضاه يؤذن له بتسلم أمواله لإدارتها بنفسه، ويصبح آهلا لإبرام بعض التصرفات التي كانت غير جائزة له، ولتوضيح أكثر قسمنا هذا المبحث لمطلبين بحيث نتناول الحماية القانونية للقاصر في ماله **(المطلب الأول)** وحماية أموال القاصر المرشد **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

الحماية القانونية للطفل القاصر في ماله

يكون القاصر عاجزا عن ممارسة التصرفات القانونية بنفسه بسب إنعدام أو نقص أهليته، ففي هذه المرحلة لا يستطيع القاصر تمييز ما في مصلحته نظرا لعدم إكتمال عقله ورشده وليس من العدل تركه يتصرف في أمواله مما يجعله عرضة لخسارتها وهدفا لضعاف النفوس من أفراد المجتمع، ومن هنا كان لابد من ضوابط تحد من تصرفاته المالية ومن هذه الضوابط فرض

1- محمد السيد عرفة، الحماية القانونية لحقوق المعاقين في الدول العربية "دراسة تحليلية مقارنة"، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، العدد 36، المجلد 18، د.ب.ن، د.ت.ن، ص.320.

النيابة الشرعية عليه حتى يقوم النائب بحفظ أمواله وإدارتها وصيانة حقوقه وحمايتها[1]، لذلك كان من الضروري وضع نظام قانوني يحقق هذا الهدف وقد إستجاب المشرع الجزائري لهذا المبتغى بصياغته لأحكام النيابة الشرعية في الكتاب الثاني من قانون الأسرة الجزائري.

لذا سنتناول في هذا المطلب أولى وأهم الوسائل التي شرعها القانون للمحافظة على أموال القصر والمتمثلة في كل من الولاية على مال القاصر **(الفرع الأول)** والوصاية كوسيلة لحماية القاصر **(الفرع الثاني)**، والتقديم **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

الولاية على مال القاصر

تختلف عبارات فقهاء الشريعة الإسلامية في التعبير عن الولاية على المال في المبنى، إلا أنها تتفق في المعنى حول أن الولاية على المال نيابة شرعية، يتولى بموجبها الولي الشرعي حفظ وتنمية أموال من تحت ولايته جبرا لعجزه عن النظر فيها تحقيقا لمصلحة المولى عليه.

فالولاية من حيث التعريف القانوني، لم يعرفها المشرع الجزائري، بل إكتفى ببيان أحكامها في قانون الأسرة، وطبقا لنص المادة 81 ق.أ.ج التي تنص: «من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون»[2].

يتبين لنا أن الولاية على المال سلطة يمنحها المشرع لشخص على آخر تجعل تصرفاته نافذة في حقه دون رضاه، فهي تشمل كل ما يتصل بأموال القاصر، ويلزم الولي بالقيام والإشراف على رعايتها وحفظها من التلف والضياع.

تثبت الولاية على مال القاصر طبقا لنص المادتين 87،92 من ق.أ.ج، للأب، الأم، وصي الأب، الجد، وصي الجد، مقدم، بحيث جاء في نص المادة 87 ف 01 ق.أ.ج ما يلي: «يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا»، وتنص المادة 92 من

1- وسام قوادري ، حماية أموال القاصر على ضوء التقنين المدني وتقنين الأسرة – دراسة نقدية تحليلية مقارنة – مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013، ص.11.

2- الأمر 84-11 يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

نفس القانون على: «يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار منهم الأصلح مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون»[1].

فبالرجوع إلى نص المادة 87 ق.أ.ج المذكورة أعلاه، نجد أن المشرع الجزائري جعل الولاية على مال القاصر للأب ثم الأم، فلا ولاية للجد حسب هذه المادة، وبهذا خالف المشرع الجزائري جميع المذاهب الإسلامية، لكن رجع بعد ذلك وجعل الولاية للأب ثم للجد، فوصي كل منهما بعد وفاته بشرط عدم وجود أم للقاصر تتولى أموره، أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وهذا حسب نص المادة 92 ق.أ.ج المذكورة أعلاه.

فنجد أن المشرع الجزائري وقع في خلط بين الأحكام بجعله الولاية للأب ثم للأم في المادة 87 ق.أ.ج، ثم قدم الجد على الأم في المادة 92 من نفس القانون.

أولا: الحكمة من الولاية على المال

يعجز القصر عن تمييز النفع من الضرر لإنعدام أو نقص أهليتهم، فإذا تصرفوا أضروا بمصالحهم ومصالح غيرهم، فكان لازمًا أن يعيّن لهم من يرعى مصالحهم ويصون حقوقهم، عملاً بقوله تعالى: ﴿ فَإِن كَانَ الذِي عَلَيْهِ الحَقَ، سَفِيها أَوْ ضَعِيفا أَوْ لاَ يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمَلَ هُوَ، فَيَمْلُلْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ﴾[2].

فالولاية تنهض لتحل مكان أهلية التعاقد بقصد ترشيد تصرف من إنعدمت أو قصرت أهليته بالنيابة عنه نيابة شرعية، فلا يتضرر بذلك المال ولا صاحبه.

فبالنسبة لصاحب المال، فالغرض من تنصيب الولي عليه، هو النظر في مصالحه بإعتباره يتعذر عليه ذلك، إذ لولاه لضاعت أمواله فالهدف من الولاية هو ترشيد التصرفات لتكون في مصلحة القاصر، إذ أن ضياع أمواله تتمخض عنه مفاسد كثيرة كما أن الولاية شرعت لحماية أموال القاصر من التلف والضياع، فإنها شرعت كذلك لحماية وصون الحقوق

1- الأمر 84-11 يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

2- سورة البقرة، الآية 282.

المالية للغير المتعلقة بأموال القاصر، فعدم الحفاظ على أموال هذا الأخير يؤدي إلى فوات حقوق الغير عليه مثل الدائنين والورثة [1].

ثانيا: الشروط الواجب توفرها في الولي

أولت الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية عناية خاصة للمال والتصرفات الواردة عليه، ما للمال من أهمية ولما للتصرفات المالية من خطورة على أموال القاصر، وفيما يلي شروط الولي على المال في قانون الأسرة.

لم يرد ذكر شروط الولي بصراحة في قانون الأسرة الجزائري ولكن يمكن إستنتاجها من خلال المادة 90 التي تناولت شرط عدم تعارض مصلحة الولي مع مصلحة القاصر، والمادة 93 التي تناولت الشروط الواجب توافرها في الوصي، فالمادة 90 ق.أ.ج جاء فيها: «إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعيّن القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناءًا على طلب من له مصلحة »، والمادة 93 نصت على أنه: «يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغا قادرا أمينا حسن التصرف، وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه هذه الشروط المذكورة»[2].

فالمشرع نص في المادتين على الشروط الواجب توافرها في الأوصياء على المال وهي:

1- الإسلام: إذ لا ولاية لكافر على مسلم ولا لمسلم على كافر، وذلك لقوله عزّ وجّل: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُواْ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٍۚ إِلَّا تَفۡعَلُوهُ تَكُن فِتۡنَةٞ فِي ٱلۡأَرۡضِ وَفَسَادٞ كَبِيرٞ ٧٣﴾[3]، وقوله أيضا: ﴿ ٱلَّذِينَ يَتَرَبَّصُونَ بِكُمۡ فَإِن كَانَ لَكُمۡ فَتۡحٞ مِّنَ ٱللَّهِ قَالُوٓاْ أَلَمۡ نَكُن مَّعَكُمۡ وَإِن كَانَ لِلۡكَٰفِرِينَ نَصِيبٞ قَالُوٓاْ أَلَمۡ نَسۡتَحۡوِذۡ عَلَيۡكُمۡ وَنَمۡنَعۡكُم مِّنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَۚ فَٱللَّهُ يَحۡكُمُ بَيۡنَكُمۡ يَوۡمَ ٱلۡقِيَٰمَةِۗ وَلَن يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لِلۡكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ سَبِيلًا ١٤١ ﴾[4].

1- عبد السلام الرفعي، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية " تطبيقاتها في المذهب المالكي، دراسة مقارنة"، إفريقيا الشرق، د.ب.ن، 1996، ص.50.

2- الأمر 84-11 يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

3- سورة الأنفال، الآية 73.

4- سورة النساء، الآية 141.

2-العقـــل: فـــلا ولايـــة لمجنـــون علـــى نفســـه، فكيـــف بغيـــره، فيشـــترط فـــي الـــولي أن يكون عاقلا متمتعا بأهلية أداء كاملة.

3-القدرة على مباشرة التصرفات: بجب أن تتوافر في الولي القدرة على إدارة أموال القاصر، التي تدخل في ولايته فإن كان عاجزًا، ضم إليه القاضي شخصاً آخر[1].

4-البلوغ: فلا تثبت الولاية للصبي ولو كان مميزاً لما ليس له من سلامة التفكير، فلا ولاية لقاصر على غيره[2].

5-الأمانة: والمقصود بالأمانة أن لا يكون الولي فاسقا يرتكب أمورا يخشى منها على القاصر وماله، وذلك أن الولاية مقيدة بشرط حسن النظر، فإشتراط الأمانة فيه حفظ للقاصر وماله[3].

6-حسن التصرف والقدرة على أداء أعباء الولاية: كون الولاية مسؤولية تتطلب سعي وقوة بدنية وعقلية من أجل تنمية مال القاصر والمتاجرة فيه من جهة، ومن أجل المحافظة على نفس القاصر من الإعتداء ورعايته في خلقه وماله وبدنه، وإذا كان عاجزاً لا يكون آهلا لذلك[4].

ثالثا: إنقضاء الولاية

ذكر المشرع الجزائري أسباب إنقضاء الولاية في المادة 91 من ق.أ.ج بحيث جاء في نصها ما يلي:«تنتهي وظيفة الولي:

1) بعجزه
2) بموته،
3) بالحجر عليه،
4) بإسقاط الولاية عنه»[5].

1- محمد صبري الجندي، النيابة في التصرفات القانونية "دراسة في التشريعات والفقه الإسلامي من منظور موازن"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص.57.

2- إقروفة زبيدة، مرجع سابق، ص.45.

3- محمد حسين فراج، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، د.ب.ن، د.ت.ن، ص.249.

4- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص.178.

5- الأمر 84-11، يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

من خلال نص هذه المادة نلاحظ أن المشرع قد حصر فيها الأسباب التي تنهي وظيفة الولي، دون ذكره للأسباب الأخرى المتعلقة بالقاصر التي قد تؤدي إلى انقضاء الولاية عليه.

أ- إنقضاء الولاية بسبب الولي

- **عجز الولي:** كأن تصبح حالة الولي الصحية البدنية أو العقلية لا تسمح له القيام بمهامه كما يجب، أو أصبح طاعنا في السن أو أصيب بشلل أو إغماء طويل.

فرغم أن الولاية إلزامية إلاّ أن القانون أجاز للولي طلب إعفائه منها إذا رأى نفسه عاجزا عن القيام بأعباء الولاية بسب ظروف أحاطت به، ويكون للمحكمة سلطة قبول أو رفض طلب التنحي بعد التحقق من دواعيه[1].

- **موت الولي:** تنتهي الولاية على مال القاصر بموت الولي موتا طبيعيا أو حكميا.

فالموت الطبيعي هو عامل طبيعي لإنتهاء الولاية على المال، وبوفاة الولي تنتقل الولاية إلى من يليه في المرتبة عملا بنص المادة 91 ف 02 ق.أ.ج السالفة الذكر، أما الموت الحكمي فتنتهي الولاية بفقدان الولي، لأن هدف الولاية هو حفظ أموال القاصر وتنميتها، وفقدان الولي يؤدي إلى إستحالة تحقيق هذا الهدف.

فبهذا تنتقل الولاية إلى من يليه مرتبة فإن لم يوجد فإلى المقدم الذي يعينه القاضي[2].

- **الحجر على الولي:** لا يستتبع فقد الولي أهليته إنتهاء الولاية إلا إذا صدر قرار من المحكمة بالحجر عليه.

فالحكمة من إنتهاء الولاية في حالة فقد الولي لأهليته أنه يصبح في هذه الحالة غير قادر على مباشرة شؤون الولاية وفي هذا أعمال بنص المادة السالفة الذكر[3].

1-سيف رجب قزمال، النيابة عن الغير في التصرفات المالية " دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009، ص.139.

2- عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص.467.

3- كمال حمدى، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال" القاصر- الولاية – الوصاية –الحجر القضائي- الغيبة- المساعدة القضائية- الحجر القانوني"، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.س.ن، ص.57.

كما نص المشرع المصري في قانون الولاية على المال في مادته الثانية على أنه: «لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو»[1].

أما المشرع الجزائري فقد نص على إجراءات الحجر في المادة 101 إلى 108 من ق.أ.ج، حيث أن المحجور عليه يعين له ولي أو وصي أو مقدم، فلا يعقل أن يبقى هو وليا على غيره[2].

– **إسقاط الولاية عن الولي:** يمكن أن تسلب الولاية من الولي في حالة ما إذا ثبت أن الأموال المولى عليها أصبحت بتصرفه فيها في خطر، أو إذا ثبت تخلف شرط من الشروط الواجب توافرها في الولي[3].

ب– إنقضاء الولاية بسبب القاصر

قد تنقضي الولاية على القاصر ببلوغه سن الرشد أو ترشيده أو موته:

– **بلوغ القاصر سن الرشد:** قد يكون البلوغ بلوغا جسميا أو بلوغا عقليا، فالبلوغ الجسمي فعلاماته جسمية عند الوصول إلى سن معينة، أما البلوغ العقلي فهو الرشد الذي يكون للإنسان فيه بصيرة مالية، يحسن بها التصرف في المال[4].

في القانون الجزائري قد نصت على ذلك المادة 40 من ق.م.ج السالفة الذكر، في حين أن ق.أ.ج لم يذكر حالة بلوغ القاصر سن الرشد كسبب من أسباب إنقضاء الولاية على مال القاصر، فببلوغ القاصر سن الرشد يصبح آهلا للتصرف في أمواله، ويكون في مكنة الغير التعاقد معه[5].

1– المرسوم التشريعي رقم 119، المتعلق بأحكام الولاية على المال المصري، مرجع سابق.

2– بوذراع عبد العزيز، الحماية القانونية لأموال القصر في القانون الجزائري ودور القاضي في ذلك، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004، ص.35.

3– جميلة موسوس، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2006، ص.85.

4– عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص.172.

5– كمال حمدى، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، مرجع سابق، ص.51.

– **ترشيد القاصر:** قد يؤذن للقاصر المولى عليه بالتصرف في ماله أو جزء منه إذا بلغ سنا معينة بغية التدرج به وتعويده على التعامل فيه دفعة واحدة عند بلوغه، وقد يكون تصرفه في ذلك المال صحيحا مرتبا لكافة آثاره القانونية مثله مثل التصرف الصادر عن شخص راشد[1].

– **موت القاصر:** إن الشخص القاصر هو محل إعتبار في الولاية، ووفاته يؤدي إلى زوال سبب وجود الولاية، ففي هذه الحالة يصبح مال القاصر تركة يستحقها ورثته لأن أموال التركة تنتقل ملكيتها إلى الوارث فورا وبمجرد موت الموروث، والميراث سبب لكسب الملكية، والملكية تنتقل بمجرد تحقق سبب إنتقالها[2].

الفرع الثاني

الوصاية كوسيلة لحماية القاصر

تختلف الوصاية عن الولاية، بحيث أن الولاية هي إلزامية يستمد الولي صفته من القانون مباشرة، أما الوصاية فهي إختيارية حيث أنه يمكن للوصي قبول هذه الوصاية أو رفضها، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يقدم تعريفا للوصاية رغم أنه قد تناول أحكامها في المواد 92 إلى98 ق.أ.ج.

فالوصاية هي وسيلة يمنحها القانون للشخص الذي أوكلت له مهمة رعاية مصالح القاصر بتعيين من الأب أو الجد أثناء حياتهما، إذا لم تكن هناك أم للقاصر تمارس عليه الولاية، فالوصي يعد نائبا قانونيا عن القاصر، ويهدف على صيانة ثروة القاصر، وإستثمارها في الوجوه التي تعود بالخير، والمنفعة على الصغير[3].

أولا: تعيين الوصي

خول القانون الجزائري للأب والجد حق تعيين وصي على الأبناء والحفدة القصر، ذكورا وإناثا في حياتهما ليقوم مقامهما بعد وفاتهما، وقد يتعدد الأوصياء حيث يكلف كل واحد بتولي جانب معين من شؤون القاصر، وقد يعين وصي واحد فأكثر على سبيل التخيير دون تحديد

1– محمد حسين فراج، مرجع سابق، ص.216.

2– أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص.67.

3– محمد كمال حمدى، الولاية على المال، منشأة المعارف، مصر، 1987، ص.76.

لوظائفهما، وحينئذ للقاضي السلطة في إختيار الأصلح والأكفأ، وعلى الحالين ما لم يكن للقاصر أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها بالطرق القانونية المادة 92 من ق.أ.ج السالفة الذكر.

قد ضرب المشرع صفحًا عن مسألة تعيين الأم –باعتبارها ولي تقوم مقام الأب بعد وفاته– للوصي على أبنائها القصر وهي أسبق من الجد في ترتيب الأولياء، فكيف يجعل للجد الحق في تعيين الوصي لحفدته وهو ليس وليًا ولا يكون ذلك للأم[1].

ثانيا: إلتزامات الوصي على أموال القاصر

تقع على عاتق الوصي عدة إلتزامات حددها الفقه والقانون، تستهدف حماية القاصر والمحافظة على ماله منها:

أ- **رعاية القاصر:** هو الإلتزام الرئيسي للوصي حيث يبذل قصار جهده لرعاية القاصر الذي هو تحت وصايته، وذلك لما يحتاجه من الوقوف إلى جانبه في الأمور الشخصية والمالية، حيث يقوم بالتصرفات التي تعود بالنفع على القاصر، وتقدير هذه التصرفات راجع إلى المحكمة[2].

ب- إحاطة المحكمة بالإجراءات القضائية: فالمحكمة قد ترى أن الصلح في الدعوى أكفل بتحقيق مصلحة القاصر فتأخذ بالصلح وتأمر الوصي بالإقرار بالحق المدعى تفاديا لنفقات التقاضي، هذا ما أخذه المشرع المصري[3].

ج – إيداع ما يحصله الوصي من نقود إلى جهة خاصة بالمحكمة: حسب المادة43 من قانون الولاية على المال المصري: «على الوصي أن يودع باسم القاصر كل ما يحصله من نقود بعد إستبعاد النفقة المقررة والمبلغ الذي تقرره المحكمة إجماليا لحساب مصروفات الإدارة

1- إقروفة زبيدة، مرجع سابق، ص.62.

2-جميلة موسوس، مرجع سابق، ص.137.

3- محمد كمال حمدى، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، مرجع سابق، ص.115.

وذلك خلال 15 يوم من تاريخ تسلمه، ولا يجوز أن يسحب شيء من المال المودع إلا بإذن من المحكمة»[1]، وهذا لم يرد في القانون الجزائري.

د- تقديم الحساب عند انتهاء الوصاية: وهو حساب يقدمه الوصي عند إنتهاء الوصاية، ويكون خلال أجل لا يتجاوز الشهرين، وذلك حسب نص المادة 97 من ق.أ.ج:«على الوصي الذي إنتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهدته ويقدم حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز الشهرين من تاريخ إنتهاء مهمته»[2].

بذلك وجب على الوصي تقديم كل المستندات اللاّزمة لإبراء ذمته.

ثالثا: انقضاء الوصاية

خصص المشرع الجزائري المادة 96 ق.أ.ج لتحديد الحالات التي يحكم بها لإنتهاء الوصاية مع الإشارة إلى أنه تنتهي مهام الوصي بنفس الأسباب التي تنتهي بها مهام الولي، غير أن الوصاية تنتهي أيضا بإنتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها أو تخليه عنها،أو عزله بناء على طلب من له مصلحة، بحيث تقضي نص المادة على ما يلي:« تنتهي مهمة الوصي:

1) بموت القاصر، أو زوال أهلية الوصي أو موته،
2) ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه،
3) بإنتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها
4) بقبول عذره في التخلي عن مهمته،
5) بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر»[3].

كما يلزم الوصي أن يسلم الأموال التي في عهدته عند إنتهاء مهامه مع تقديم حساب بالمستندات خلال شهرين من تاريخ إنتهاء مهمته وتقديم صورة عن الحساب إلى القضاء، وهذا طبقا لنص المادة 97 ق.أ.ج السالفة الذكر.

1- المرسوم التشريعي رقم 119 المتعلق بأحكام الولاية على المال المصري.

2- الأمر 84-11 يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

3- الأمر 84-11 يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

الفرع الثالث

التقديم

إضافة إلى الولاية والوصاية على مال القاصر، قد تمارس الحماية القانونية عليه لرعاية ماله من طرف شخص تعينه المحكمة وهو ما يسمى بالمقدم.

فالمقدم هو الشخص الذي ينصبه القاضي للقاصر لتدبير شؤونه المالية، لعدم وجود ولي أو وصي يقوم برعايتهما، وفي الشريعة الإسلامية يطلق فقهائها على المقدم اصطلاح القيم[1]، فيمكن إعتبار القيم بمثابة الولي أو الوصي في إدارة أموال القاصرين، من حيث الشروط والصلاحيات والأحكام إلا فوارق قليلة سنقدم على بيانها.

أولا: تعيين المقدم

يكون تعيين القيم بناء على طلب أحد أقارب القاصر أو بطلب ممن له مصلحة في ذلك، أو من النيابة العامة وهذا ما تنص عليه المادة 99 من ق.أ.ج التي ورد بها ما يأتي: « المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة».[2]

لتعيين المقدم يستوجب تقديم طلب في شكل عريضة من قبل الأشخاص المؤهلين لهذا الغرض حسب قانون الأسرة الجزائري، أو على شكل طلبات تقدمها النيابة العامة، وهذا طبقا لنص المادة 470 من ق.إ.م.إ التي تنص: « يقدم طلب تعيين المقدم في شكل عريضة، من قبل الأشخاص المؤهلين لهذا الغرض حسب قانون الأسرة، أو على شكل طلبات تقدمها النيابة العامة».

1- خوادجية سميحة حنان، محاضرات النيابة الشرعية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، الجزائر، د.س.ن، ص.46.

2- الأمر رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

كما يعين القاضي المقدم من بين أقارب القاصر وفي حالة تعذر ذلك، يعين شخصا آخر يختاره بموجب أمر ولائي بعد التأكد من رضاه وهذا ما تنص عليه المادة 471 من ق.إ.م.إ: «يعين القاضي المقدم بموجب أمر ولائي بعد التأكد من رضائه»[1].

ثانيا: الشروط الواجب توفرها في المقدم

لتحديد الشروط الواجب توافرها في المقدم يستوجب منا الرجوع إلى نص المادة 93 من ق.أ.ج السالفة الذكر، التي تبين شروط الوصي وهي: الإسلام، كمال الأهلية، القدرة وحسن التصرف، الأمانة، فمتى توفرت هذه الشروط في الشخص كان آهلا كي يعينه القاضي مقدما يرعى شؤون القاصر.

كما قد أكد تقنين الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 469 على شرطي الأهلية والقدرة على حماية مصالح القاصر في المقدم بحيث جاء في نصها ما يلي: « يعين القاضي طبقا لأحكام قانون الأسرة، مقدما من بين أقارب القاصر، وفي حالة تعذر ذلك يعين شخصا آخر يختاره.

يجب في الحالتين، أن يكون المقدم آهلا للقيام بشؤون القاصر وقادرا على حماية مصالحه»[2].

المطلب الثاني

حماية أموال القاصر المرشد

الأصل في القاصر أنه يخضع لأحكام النيابة الشرعية لإدارة أمواله وحمايتها، لعدم قدرته على ذلك بنفسه إلاّ أنه وبغرض إختبار صلاحية وإستعداد القاصر لتسلم أمواله نهائيا عند بلوغه سن الرشد، خرج القانون عن ذلك الأصل بسنه نظاما بمقتضاه يؤذن له بتسلم أمواله لإدارتها بنفسه، ويصبح آهلا لإبرام بعض التصرفات التي تعد حسب الأصل غير جائزة له، ويتمثل هذا النظام في الترشيد الذي يعتبر رخصة يصبح بموجبها القاصر المميز ذا أهلية كاملة

1- الأمر 08-09، مؤرخ في 18 صفر 1429، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج عدد 21 بتاريخ 25 فبراير 2008.

2- الأمر 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

التصرف بنفسه، ولحسابه في أمواله أو بعضها، بحسب مضمون الإذن الممنوح له، وتكون تصرفاته على غرار تصرفات الشخص القاصر صحيحة[1].

نظم المشرع الجزائري مسألة ترشيد القاصر في تقنيناته وذلك طبقا لنص المادة 84 من ق.أ.ج السالفة الذكر، المادة 5 من ق.ت.ج التي ورد في نصها: «لا يجوز للقاصر المرشد، ذكرا أم أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن إعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية:

– إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو إستحال عليه مباشرتها أو في حالة انعدام الأب والأم.

– ويجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري»[2].

والمادة 480 من ق.إ.م.إ التي تقضي بأنه: «يقرر قاضي شؤون الأسرة ترشيد القاصر بأمر ولائي حسب الشروط المنصوص عليها قانونا»[3].

إلّا أنه وبإستقراء هذه النصوص فإننا نأخذ على المشرع الجزائري مآخذ عديدة من شأنها أن تؤثر سلبا على الحماية القانونية الواجب توفيرها للقاصر المرشد، منها صدور الإذن بالترشيد الذي جعل مجال تطبيقه في طور التمييز، لذلك كان على المشرع وضع آليات لحماية هذه الأموال، وذلك بالرجوع عن هذا الإذن أو الحد منه.

1– علي فيلالي، مرجع سابق، 2011، ص.215.

2– الأمر 75–59 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم.

3– الأمر 08–09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

الفرع الأول

صدور الإذن بالترشيد

يشترط لصدور الإذن بالترشيد أن يكون القاصر قد بلغ سن التمييز، وهو ما يمكن فهمه من خلال نص المادة 84 ق.أ.ج، ونص المادة 42 ف2 ق.م.ج السالفتين الذكر، يتضح أنّ سنّ التمييز في القانون الجزائري هو 13 سنة.

الملاحظ من خلال هذا أن المشرع حدد للترشيد سنا مبكرة جد، وهذا يشكل خطورة كبيرة على أموال القاصر في حال ما إذا تم ترشيده في هذه السن[1]، على عكس التقنين التجاري الذي حدد سن ترشيد القاصر بثماني عشرة سنة وهو ما جاء في نص المادة 5 منه السالفة الذكر.

نجد أن صدور الإذن بترشيد القاصر قد يصدر ليشمل نوعين من الأعمال، إما إذن بمباشرة أعمال التصرف، فقد نص المشرع الجزائري بهذا الخصوص في نص المادة 84 ق.أ.ج المذكورة سابقا، فقد منح المشرع للقاصر الحق للحصول على إذن يمكنه من التصرف في أمواله بعد تسلمها، وهذا خلافا لأغلب القوانين العربية التي أخذت بالإذن بأعمال الإدارة.

فقد إنتقد المشرع الجزائري في هذه النقطة[2]، بحيث من غير المعقول أن يمنح من بلغ هذه السن حق التصرف في أمواله، حيث أن أمرا كهذا يعرض أموال القاصر لخطر الضياع، إذ يزيد الأمر سوءا أن جل التشريعات العربية لا تمنح المرشد إلا أهلية الإدارة وبقيود معينة، فالهدف من ترشيد المشرع للقاصر في هذه السن هو إعطاؤه فرصة كي يتدرب على كيفية إدارة أمواله والتصرف فيها ريثما يبلغ سن الرشد عاقلا[3].

أما الأشخاص الذين تثبت لهم المصلحة هم:

- الولي: وهو أول الأشخاص الذين تكون لهم المصلحة في ترشيد القاصر.

1- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص.267.

2- مرجع نفسه، ص.269.

3- قديري محمد توفيق، "حماية الذمة المالية للقاصر في القانون الجزائري"، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، عدد 14، د.ت.ن، ص.517.

– الوصي والقيم: بحيث يمكن لهما أن يطلبا من المحكمة أن تأذن لهما بتسليم القاصر أمواله للتصرف فيها.

– القاصر: بحيث يجوز له عند بلوغه سن التمييز أن يقدم إلى المحكمة طلب بتسلم أمواله له كلها أو بعضها لإدارتها.[1]

أما بالنسبة لصدور الإذن لممارسة التجارة، فقد فرق المشرع الجزائري بين الإذن الذي يمنح للقاصر حق إبرام أعمال التصرف، وبين الإذن الذي يمنح القاصر حق ممارسة الأعمال التجارية، وذلك طبقا لنص المادة 5 من ق.ت.ج السالفة الذكر.

أما المشرع الفرنسي فقد أبعد القاصر، ولو كان مأذونا له، عن الأعمال التجارية ومباشرة مهنة التجارة وإكتسابه صفة التاجر، بحيث يرى أن السن التي يمكن أن يؤذن فيها للقاصر بتسلم أمواله ستة عشر سنة لا تتناسب مطلقا مع مزاولة مهنة التجارة[2]، وهذا ما جاءت به المادة 487 من التقنين المدني الفرنسي[3].

فمن خلال نص المادة 5 من ق.ت.ج المذكورة سابقا، نلاحظ أنه حتى يزاول القاصر البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة أعمال التجارة، أن يحصل على إذن من الأب إذا كان على قيد الحياة أو من الأم في حالة وفاة الأب، أو غيابه أو سقوط سلطته بسبب عارض من عوارض الأهلية، أو من مجلس العائلة بشرط أن يكون مصادقا عليه من طرف المحكمة، كما جاءت المادة 6 من ق.ت.ج أكثر توضيحا بنصها على أنه: «يجوز للتجار القصر المرخص لهم طبقا للأحكام الواردة في المادة 5، أن يرتبوا إلتزاما أو رهنا على عقاراتهم.

غير أن التصرف في هذه الأموال سواء كان إختياريا أو جبريا لا يمكن أن يتم إلا بإتباع أشكال الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية »[4].

1– عبد العزيز مقفولجي، الرشداء عديمي الأهلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، 2003، ص.120.

2 –Mazeaud Jean, Leçon de Droit Civil, Montchrestien, Paris, n d, p. 226.

3 –Art 487 du code civil français: «mineur émancipé ne peut être commerçant».

4– الأمر 75–59 يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

يتضح من هذا النص أنه بالرغم من إجازة المشرع للقاصر بترتيب إلتزام أو رهن على الأموال العقارية، فإن هذا التصرف لا يتم إلا بعد إتباع الإجراءات الشكلية المتعلقة ببيع أموال القصر[1].

الفرع الثاني

الرجوع عن الإذن أو الحد منه

بما أن الهدف من ترشيد القاصر هو إعداده لتولي الإدارة، فإذا فقد القاصر صلاحية القيام بالأعمال المأذون له بها، فبالتالي يسلب الإذن الممنوح له والرجوع عنه، أو الحد منه حسب الظروف[2]، وذلك طبقا لما جاء في نص المادة 84 من ق.أ.ج: «للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع عن الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك».

إذن يتضح من خلال هذا النص أنه للمحكمة حق سلب الإذن من القاصر المرشد في حال ما أساء التصرف في أمواله، أو وجدت أسباب يخشى من بقائها في حوزته، فبالتالي يحق للمحكمة أن تورد الحجر عليه فيعود إلى مركزه القانوني السابق[3].

فيترتب على سحب الإذن أو سلبه زوال أهلية القاصر في التصرف في أمواله، كما يترتب عن الحد منه زوال الأهلية بالقدر الذي حد منه الإذن[4].

1- نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السادسة، 2004، ص ص.137-138.

2- محمد كمال حمدى، الولاية على المال، مرجع سابق ص.134.

3- كمال صالح البنا، أحكام الولاية على المال، عالم الكتاب، مصر، 1980، ص.51.

4- محمد كمال حمدى، الولاية على المال، مرجع سابق، ص.135.

المبحث الثاني

الحماية القضائية للقاصر من مخاطر

تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر

للقضاء دور كبير في رعاية والحفاظ على الحقوق المالية للقاصر، فله سلطات واسعة في تفعيل الحماية بصرفه عن شتى الإستغلالات التي تطول حقوق القاصر المالية، بحيث تستند هذه الحماية التي يعمل القاضي على توفيرها للقاصر إلى نص المادة 424 من ق.إ.م.إ التي تقضي بأن: «يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر»[1].

وعليه، قد منح قانون الإجراءات المدنية والإدارية دورًا إيجابيا للقاضي في الدعوى بأن منح له سلطات واسعة في مراقبة الولاية، فعليه يستوجب على من خولت له النيابة الإلتزام بعدم تجاوزها وإلاّ فرضت عليه جزاءات، ففي هذه الحالة قد منح المشرع للقاضي سلطة تعيين متصرف خاص يشرف على تصرفات القاصر وذلك في حالة حدوث تعارض بين مصالح القاصر ومصالح النائب الشرعي، وهذا ما سنتطرق إليه بحيث سنتناول دور القاضي في حماية أموال القصر **(المطلب الأول)**، ودور القاضي في حالة تعارض مصالح القاصر مع مصالح النائب الشرعي **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

دور القاضي في حماية أموال القصر

تتمحور سلطة القاضي في حماية أموال القصر على فرض الرقابة على النائب الشرعي للقاصر بحيث يمكن له مراقبة الولاية من تلقاء نفسه أو بطلب من النيابة العامة أو ممن تهمه مصلحة القاصر، وهذا استنادًا لنص المادة 465 من ق.إ.م.إ التي تقضي بما يلي: «يمكن

1- الأمر 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

للقاضي مراقبة الولاية من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ممثل النيابة العامة أو بطلب من أي شخص تهمه مصلحة من وضع تحت الولاية»[1].

كما يلزم الولي بالحصول على إذن قضائي قبل مباشرته للتصرفات المالية للقاصر المنصوص عليها في المادة 88 ق.أ.ج بحيث تقضي على: «على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام، وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1) بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة،
2) بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة،
3) إستثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الإقتراض أو المساهمة في شركة،
4) إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد»[2].

لضمان عدم خروج النائب عن الهدف الذي عينه القانون من أجله منح للقاضي حق تقرير جزاءات عليه في حالة إبرامه لتصرفات خارج نطاق السلطات الممنوحة له، لهذا سنتناول الرقابة على تصرفات النائب الشرعي للقاصر **(الفرع الأول)**، الجزاء المقرر للنائب الشرعي في حالة تجاوزه لسلطاته **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

الرقابة على تصرفات النائب الشرعي للقاصر

للقاضي مراقبة تصرفات من لهم النيابة الشرعية على أموال القاصرين، بحيث جعل الكثير من تصرفاتهم متوقفة على إذنه حفظًا لها من الضياع.

فعليه، يكون على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، وأن يباشر نيابته في الحدود التي رسمها القانون بحيث قد حظر عليه مباشرة تصرفات معينة إلاّ بإذن المحكمة، ومن بينها:

1- الأمر 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

2- الأمر 84-11 يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

- بيع وشراء وإستثمار أموال القاصر.
- تصرفات الرهن والإجارة في أموال القاصر.

أولا: البيع والشراء واستثمار أموال القاصر:

1- بيع أموال القاصر:

تتمثل مهمة الولي أساسا في رعاية أموال القصر الذين هم تحت ولايته، ويكون له بصفة عامة إدارتها والتصرف فيها مع مراعاة القيود المقررة قانونا، فإذا كان معروفا بحسن التصرف كان له إدارة مال ولده من بيع و شراء وإستثمار إلا التبرعات[1].

فنص المشرع الجزائري على هذه الطائفة من التصرفات في نص المادة 88 من ق.أ.ج السالفة الذكر، وتشمل كل من التصرف في العقار وبيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة، وكذا إستثمار أموال القاصر بالإقراض والإقتراض؛ ونصت المادة 04 من قانون الولاية على المال المصري على أن: «يقوم الولي على رعاية أموال القاصر، وله إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا القانون»[2].

بحيث تعتبر التصرفات التي تقع على العقار من أخطر التصرفات التي يقوم بها النائب الشرعي، لذا قيدها المشرع بضرورة الحصول على إذن القاضي في هذه التصرفات، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 41470 مؤرخ في 1986/06/30[3]، الذي قيد قسمة عقار القاصر من طرف القاصر بإذن قضائي، وباعتبار أن بيع العقار تصرف ناقل للملكية فهو يصنف ضمن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فلهذا قيده المشرع الجزائري بإذن القاضي وعلى هذا الأخير مراعاة حالة الضرورة والمصلحة قبل منحه الإذن، وهذا يعتبر صورة من صور حماية المشرع لأموال القاصر، وعلاوة على ذلك فإن ما يزيد من حماية لأموال القاصر، هو إشتراط المشرع بيع عقاره بالمزاد العلني زيادة عن الإذن المقدم من طرف القاضي، وذلك

1- محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص.412؛ نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص.291.

2- المرسوم التشريعي رقم 119، المتعلق بأحكام الولاية على المال المصري.

3- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 41470، مؤرخ في 1986/06/30، قضية (ز.ل.ل) ضد (ط.ع)، مجلة قضائية، عدد 2، سنة 1989، ص.81.

بما في المزاد من ضمان يتمثل في الحصول على ثمن أعلى للعقار المملوك للقاصر، وذلك وفقا لنص المادة 89 من ق.أ.ج التي تنص: «على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار في المزاد العلني»[1]، وما تجدر الملاحظة إليه في هذا الصدد أن نص المادة 89 بالصيغة الفرنسية لا يقتصر على بيع العقار وإنما أيضا بيع المنقول ذي الأهمية الخاصة، وهذا نصها:

«Le juge accorde l'autorisation, en tenant compte de la nécessité et de l'intérêt du mineur sous réserve que la vente ait lieux aux enchères publique».

فمن خلال نص المادة بالصيغة العربية نجد أن بيع العقار يتم بالمزاد العلني دون إشتراط هذا على المنقول على غرار النص باللغة الفرنسية الذي قد سوى على أن يتم بيع العقار والمنقول بالمزاد العلني كما أخضعهما لحكم واحد وهو الحصول على الإذن[2]، كما أكدت على نفس هذه القاعدة المادة 783 من ق.إ.م.إ في فقرتها الأولى التي جاء في نصها: «يتم بيع العقارات و/ أو الحقوق العينية المرخص ببيعها بالمزاد العلني، للمفقود وناقص الأهلية والمفلس...»[3].

2- شراء أموال القاصر:

وأيضا تجدر الإشارة أن الولي لا يجوز له أن يقوم بشراء أموال القاصر وذلك حسب نص المادة 410 من ق.م.ج: «لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى إتفاق أو نص قانوني أو قرار من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو بإسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة، كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى»[4].

1- الأمر 84-11 يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

2- سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، بن عكنون، 2008، ص.109.

3- الأمر 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

4- الأمر 75-58، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

فالحكمة من منع الولي من شراء أموال القاصر هو البحث عن مشتري يدفع أعلى الأثمان الذي يحقق النفع لموكله، فلو إشتراه لنفسه يشتريه بأقل الأسعار، فإذا حدث هذا فالعقد يكون قابلا للإبطال متوقفا على إجازة من أبرم البيع لحسابه طبقا للمادة 412 من ق.م.ج التي تنص على:«يصح البيع في الأحوال المشار إليها في المادتين 410 و411 إذا أجازه من تم البيع لحسابه»[1].

فهذا بالنسبة لكل ما يتعلق ببيع وشراء العقار أما فيما يخص بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة فلم يحدد المشرع الجزائري في المادة 88 فـ2 من ق.أ.ج السالفة الذكر معيارا معينا لمعرفة المنقول ذو الأهمية الخاصة، فما يعتبر ذو أهمية عند قاصر معين قد لا يعتبر عند غيره كذلك، ومن أمثلة المنقولات ذات الأهمية نجد الحقوق المعنوية كحق الملكية الأدبية، المحلات التجارية وأسهم البورصات[2].

بحيث يعتبر من المنقولات الأموال التي يمكن تغيير مكانها ونقلها من مكان لآخر دون تعرضها لضرر أو تلف، فقد إشترط المشرع على الولي الحصول على الإذن من المحكمة لبيع منقولات القاصر ذات الأهمية الخاصة، غير أنه لم يحدد ما المقصود بالأهمية الخاصة ، وإذا لم يحصل الولي على إذن المحكمة وقام بتصرف أو عمل من الأعمال السابقة فإن هذا التصرف لا يكون نافذا في حق القاصر لتجاوز الولي حدود النيابة القانونية المقررة له في القانون[3].

3- إستثمار أموال القاصر:

إضافة على ما سبق ذكره تتطلب الولاية على مال القاصر إستثماره وتنميته بوجه يحقق له النفع والمصلحة، فقد تستثمر أموال القاصر بالتجارة أو بالإقراض والإقتراض، كما يمكن أيضا إستثمارها بالمساهمة في شركة.

1- الأمر 75-58 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

2- غربي صورية، مرجع سابق، ص.204.

3- نبيل إبراهيم سعد، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص.184.

فبالنسبة للتجارة بأموال القاصر فهي تحتاج إلى خبرة ودراية لما فيها من خطورة على أمواله، لذا حرص المشرع على ضمها إلى التصرفات التي يتطلب القيام بها الحصول على إذن القاضي، وذلك طبقا لما جاء في نص المادة 88 ف 2 من ق.أ.ج، السالفة الذكر.

كما أن المادة 11 من قانون الولاية على المال المصري المقابلة لهذه المادة قيدت الولي بإستئذان المحكمة للإستمرار في تجارة آلت للقاصر، وهذا لما في التجارة من أهمية خاصة[1].

فتراعي المحكمة في منح هذا الإذن قدرة الأب على الإستمرار فيها ومدى نجاح هذه التجارة، وعدم تجاوز حدود الإذن[2].

كما يمكن استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الإقتراض لكن هذا فيه تعطيل لهذا المال لبقائه بدون إستثمار وهذا بإعتبار الإحتمال الوارد على الخسارة، والولي ممنوع من هذين التصرفين إلا إذا أذنت بهما المحكمة[3]، وهذا ما نصت عليه المادة 09 من قانون الولاية على المال المصري: «لا يجوز للولي إقراض مال الصغير ولا إقتراضه إلا بإذن المحكمة، وهذا بغرض التحقق من حاجة القاصر للإقتراض، وإن القرض لا يؤدي بماله إلى الضياع بأن يقدم لشخص مأمون لا يماطل في رده»[4].

لكن حتى يتم القرض لابد من توافر الشروط التالية:

- لا يجوز إقراض مال الصغير إلا لشخص يجوز موثوق، وذلك حتى لا يعرضه للتلف.
- ألا يقرضه الولي لمروءة أو مكافئة، لأنه لا حظّ للقاصر في ذلك.
- ألا يقرضه إلا ممن يملك الإسترداد منه متى شاء.[5]

كما نصت المادة 88 ف 3 ق.أ.ج السالفة الذكر على أن يستأذن الولي من القاضي في المساهمة في شركة، دون تحديد نوع الشركة أهي شركة أشخاص أم شركة أموال أم شركة

1- المرسوم التشريعي رقم 119، المتعلق بأحكام الولاية على المال المصري.

2- السبك صبري مصطفى حسن، الأهلية التجارية دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011، ص.73.

3- بوذراع عبد العزيز، مرجع سابق، ص.44.

4- المرسوم التشريعي رقم 119، المتعلق بأحكام الولاية على المال المصري.

5- باسم حمدي حرارة، مرجع سابق، ص.57.

مختلطة، لكن بالنسبة لشركة التضامن والتي تعتبر من أهم أنواع شركات الأشخاص فلا يستطيع القاصر الانضمام إليها لقيامها على الإعتبار الشخصي، فتكسب كافة الشركاء صفة التاجر[1]، والقاصر لا يمكنه إكتساب هذه الصفة لإنعدام أهليته، كما أن مسؤولية الشركاء في شركة التضامن صارمة ولا تحقق حماية للقاصر فهم شركاء بالتضامن بالربح كما بالخسارة وذلك طبقا للمادة 551 من ق.ت.ج التي جاء في نصها ما يلي: «للشركاء بالتضامن صفة التاجر وهم مسؤولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة .

فلا يجوز لدائيني الشركة مطالبة أحد الشركاء بوفاء ديون الشركة إلا بعد مرور خمسة عشر يوما من تاريخ إنذار الشركة بعقد غير قضائي»[2].

فحماية للقاصر قضت المحكمة العليا بعدم جواز التنازل عن حصص القاصر من طرف الولي بدون إذن القاضي أو التنازل عن المساهمة في شركة، حيث جاء في القرار: «من المقرر قانونا أنه يجب الإثبات لعقد رسمي، وإلا كان باطلا كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط، أو صادر بموجب عقد من نوع آخر، أو كان يقضي بإنتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة في رأسمال الشركة، وعلى الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام ...»[3].

ثانيا: تصرفات الرهن والإجارة في أموال القاصر:

1- رهن أموال القاصر:

يعد الرهن من الإجراءات التي ترد على العقار ولأهميته وحساسية هذا الأخير فقد كلفه المشرع بضمان خاص، إذا ما تعلق بعقار القاصر ويتمثل هذا في الحصول على إذن القاضي، وذلك طبقا لنص المادة 88 فـ2 من ق.أ.ج السالفة الذكر، وذلك لأن الرهن من أعمال التصرف التي قد تؤدي إلى الإضرار بمال القاصر أو تعريضه للخطر، كما يستوجب على

1- عمورة عمار، شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2010، ص.188.

2- الأمر 75-59 يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم.

3- المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 80160، مؤرخ في 1992/01/05، مجلة قضائية، عدد1، سنة 1995، ص.177.

القاضي مانح الإذن التأكد من قيام حالة الضرورة والمصلحة المنصوص عليها في المادة 89 ق.أ.ج، وكذلك إمكانية سداد الدين لاحقا[1].

بينما منعت المادة 06 فـ2 من قانون الولاية على المال المصري رهن الولي عقار القاصر لدين على نفسه منعا مطلقا، أي سواء بإذن المحكمة أو بدون ذلك، وهذا منع لإستغلال الولي لمال القاصر برهن العقار كلما إحتاج إلى ذلك مما يعرضه لخطر بيعه إذا عجز عن الوفاء[2].

2- إيجار أموال القاصر:

أما بالنسبة للإيجار، فللولي حق إيجار عقار القاصر، ولو زادت مدة الإيجار عن ثلاثة سنوات أو تمتد لأكثر من سنة من بلوغه سن الرشد وذلك بعد حصوله على الإذن من القاضي، لأنه ببلوغ القاصر سن الرشد تنتهي الولاية فلا يكون هناك محل بعد ذلك لأن يقيد النائب القاصر[3].

كما تنص المادة 468 من ق.م.ج على أنه: «لا يجوز لمن لا يملك إلاّ حق الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته عن ثلاث سنوات»[4].

ففي الحقيقة أن الولي صاحب حق الإدارة بقوة القانون، وله وكالة قانونية عامة، أما الإيجار لمدة تفوق ثلاث سنوات لابد له من وكالة خاصة طبقا للمادة 574 من ق.م.ج التي تنص: «لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء...»[5]،

1- الأمر 84-11 يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، المادة 89 التي تقضي: «على القاضي أن يراعي في الإذن: حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني».

2- المرسوم التشريعي رقم 119، المتعلق بأحكام الولاية على المال المصري، المادة 6 فـ2 التي تنص: «... ولا يجوز له (الولي) أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه».

3- محمد كمال حمدى، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، مرجع سابق، ص.44.

4- الأمر 75-58، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

5- الأمر 75-58، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

كما تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري إقتصر فقط على إشتراط الحصول على الإذن في إيجار العقارات ولم ينص على إيجار المحلات التجارية، وبالرغم من أن هذه الأخيرة قد تكون قيمتها أكبر من قيمة العقارات في بعض الأحيان[1].

حيث جاء في قرار المحكمة العليا: «من المقرر قانونا أنه على الولي أن يستأذن القاضي المختص في إبرام كل عقد إيجار يتعلق بأملاك القاصر، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير مؤسس.

فلما كان من الثابت في قضية الحال، أن الطاعن تصرف بمحض إرادته في ملك قاصرة، ليس له عليها صفة ولي، فإن قضاة الموضوع بتحميلهم إياه المسؤولية الناتجة عن تصرفه هذا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن»[2].

أما بالنسبة لقوانين الأحوال الشخصية العربية فقد نصت المادة 10 من المرسوم التشريعي المصري رقم 119 لسنة 1992 على أنه: «لا يجوز للولي بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد»[3].

إذن يمكن القول بأنه يمكن للولي رهن وإيجار مال المولى عليه، إذا كان في ذلك مصلحة له ودعت إليه الضرورة وذلك بعد حصوله على إذن من القاضي.

أما بالنسبة لتصرفات الوصي فتعتبر نفسها سلطات الولي وذلك طبقا لنص المادة 95 من ق.أ.ج التي تنص على: «للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد 88،89،90 من هذا القانون»[4].

أما فيما يخص بيع عقار القاصر فقد قيده القانون المصري بمسوغات شرعية عند بيعه، فهذه المسوغات ترجع كلها إما لطروء حاجة ماسة تدعو الوصي إلى البيع أو تحقق منفعة

1- عبد العزيز مقفولجي، مرجع سابق، ص.78.

2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 58220، مؤرخ في 1990/02/05، مجلة قضائية، عدد3، سنة 1993، ص.53.

3- المرسوم التشريعي رقم 119، المتعلق بأحكام الولاية على المال المصري.

4- الأمر 84-11، يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

للصغير، فقد كان هذا نفسه رأي الفقه الإسلامي[1]، وكذلك الحال بالنسبة لقوانين الأحوال الشخصية العربية التي أقرت على أنه لا يجوز للوصي إلا بإذن المحكمة جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله[2]، فعلى الوصي أن يستأذن من القاضي في بيع العقار فإن لم يستأذنه كان تصرفه باطلا بطلانا نسبيا لصالح القاصر، وهذا البطلان لا يزول إلا بإجازة القاصر الصريحة أو الضمنية وهو من أهل الإجازة شرعا، فالبطلان ينقلب أصليا غير قابل للإجازة إذا كان بيع العقار بلا مسوغ شرعي، غير أن هذه الحالة نادرة في العمل بوجود نظام الإستئذان، إذ القاضي لا يؤذن بالبيع عادة إلا بعد التأكد من توافر المسوغ الشرعي، إذن هذه الحالة لا تكون إلا إذا باع الوصي عقار القاصر بلا مسوغ ومن غير إذن القاضي، في هذه الحالة لا يكون البيع قابلا للإبطال موقوفا على الإجازة بل باطل بطلانا مطلقا، ولبيان سلطة الوصي بالنسبة للإيجار فهذه السلطة تختلف في القانون عن الشريعة الإسلامية، ففي الشريعة الوصي يملك تأجير ملك القاصر وإستئجاره لحسابه بشرط أن لا يغبن في عقده غبنا فاحشا[3]، أما في القانون فالأمر يختلف عن ذلك، فلا يجوز للوصي تأجير مال القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد إلّا بإذن القاضي، وذلك طبقا لنص المادة 95 ق.أ.ج السالفة الذكر التي تحيلنا إلى نص المادة 88 ق.أ.ج. أما في القانون المصري فتقضي المادة 39 من قانون الولاية على المال في فقرتها السابعة والثامنة على أنه لا يجوز للوصي مباشرة التصرفات الآتية إلّا بإذن المحكمة:

« إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ولمدة أكثر من سنة في المباني،

1- محمود سعد الدين الشريف، الولاية على مال القاصر في القانون المصري، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول،1941، ص ص.322-323.

2- عبد الله محمد سعيد ربابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني " دراسة مقارنة"، أطروحة للحصول على درجة الدكتورة في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن، 2005، ص.182.

3- محمود سعد الدين الشريف، مرجع سابق، ص ص.327،332.

إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة »[1].

فبالتالي إذا قام الوصي بتأجير مال القاصر لمدة أكثر من المدة المحددة قانونا فلا يبطل عقد الإيجار وإنما يجب إنقاص مدته إلى الحد القانوني الموضح أعلاه، وحق الإنقاص لا يكون للمستأجر، فالإنقاص لم يتقرر لمصلحته، وإنما الذي يملك هذا الحق هو القاصر بعد بلوغه سن الرشد، وكذلك للوصي أن يطلب الإنقاص نيابة عن ناقص الأهلية.

الفرع الثاني

الجزاء المقرر للنائب الشرعي في حالة تجاوزه لسلطاته

منح القانون النائب الشرعي حدودا ليمارس ضمنها نيابته، فيُعد الخروج عن هذه الحدود تجاوزا لسلطاته ومخالفة للقانون، إذ يستوجب على النائب الشرعي القيام برعاية أموال القاصر مراعيا في ذلك الأحكام المقررة في القانون، وحتى يضمن المشرع حماية القاصر من مثل هذه التجاوزات أعطى للقانون حق تقرير جزاءات عليها، وبما أن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى مسألة الجزاءات فبلا شّك أن القاضي حتى يقرر جزاء هذه التصرفات المجاوزة لحدود النيابة يعود إلى القواعد العامة، بإعتبار نيابة الولي والوصي والمقدم نيابة قانونية تطبق عليها القواعد العامة[2].

فيؤدي تجاوز الولي حدود الولاية الممنوحة له قانونا إلى عدم نفاذ وإنتاج تصرفه لأثاره في ذمة القاصر، كما يقول الدكتور حسن كيره في هذا الصدد أنه يفترض في تصرفات الولي المجاوزة لحدود ولايته أن تكون في مصلحة القاصر، لكن قد تكون موافقة لمصلحته في بعض الحالات لذا يستحسن إتخاذها في حق القاصر عن طريق إقرارها ممن يملك الحق في ذلك، ولا يأتي تحقيق ذلك عن طريق القول بإعتبار هذه التصرفات باطلة بطلانا مطلقا، لأن التصرفات الباطلة لا تسري عليها الإجازة[3]، وهذا طبقا لما جاء في نص المادة 102 فـ2 من ق.م.ج

1- المرسوم التشريعي رقم 119، المتعلق بأحكام الولاية على المال المصري.

2- قوادري وسام، مرجع سابق، ص ص.45-46.

3- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، مصر، 1971، ص ص.714-715.

التي تنص على أنه: «إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها و لا يزول البطلان بالإجازة»[1].

كما أنه لا يستقيم القول بإعتبار هذه التصرفات قابلة للإبطال رغم ما يسمح به ذلك من إمكان تصحيحها بالإجازة، لأن العقد الباطل بطلانا نسبيا صحيح منتج لآثاره منذ إنعقاده في حق القاصر إلى حين إبطاله أو تأييده بالإجازة من القاصر بعد بلوغه سّن الرشد[2].

لذلك يقضي المنطق القانوني إلى تكييف التصرفات المجاوزة لحدود الولاية بأنها تصرفات موقوفة على إقرارها ممن يملك حق الإقرار، ويتم بذلك إما من المحكمة أو القاصر بنفسه بعد بلوغه سن الرشد كامل العقل، وبذلك لا ترتب هذه آثارها إلاّ من وقت إقرارها، ولا يكون لهذا الإقرار أثر رجعي على الماضي[3].

بيد أن القضاء كان له موقف مخالف لهذا الرأي، ذلك أن أقرت المحكمة العليا ببطلان العقد الذي لم يتم فيه إستئذان المحكمة، حيث جاء في قرارها رقم 72353 مؤرخ في 10 أفريل 1991:

«حيث أن قضاة الموضوع أصابوا في تطبيق المادة 88 من ق.أ.ج لأن المشرع أراد أن يحمي حقوق وأموال القاصر، وبالتالي فكل عقد إيجار متعلق بأملاك القاصر لابد أن يوافق عليه القاضي المختص بهذا الشأن، وإلاّ أصبح عقدًا مخالفا للقانون وهو عقد باطل ولو ترتب على هذا البطلان أضرار فيتحملها المتسبب في إبرام عقد الإيجار المخالف للقانون»[4].

فمن خلال ما جاء بهذا القرار، نستخلص أن القضاء الجزائري حكم ببطلان تصرف الولي إذا صدر دون موافقة المحكمة متى كان القانون يوجب ذلك، ويتحمل الولي كل الأضرار

1- الأمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد "نظرية العقد"، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص.329.

3- حسن كيره، مرجع سابق، ص.615.

4- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 72353، مؤرخ في 1991/04/10، مجلة قضائية، عدد3، سنة 1993، ص.115.

الناتجة وللقاضي السلطة التقديرية لتقدير الجزاء الذي يقرره جراء تجاوز الولي حدود ولايته، نظرا إلى أن القانون لم ينص في هذا الشأن على حكم معين.

كذلك في حالة تجاوز الوصي لسلطاته ومخالفة القانون فقد أعطى المشرع للقاضي حق تقرير جزاءات في حق الوصي نتيجة إبرامه لتصرفات خارجة عن نطاق السلطة الممنوحة له، أو دون إحترامه الإجراء القانوني الواجب عليه وهو أخذ الإذن من القاضي، ومن بين هذه التصرفات هو تبرع الوصي من مال القاصر مثلا، فإذا تم هذا التصرف دون إذن المحكمة وطلب موافقتها عليه فيحكم عليه بالبطلان، ويتحمل الوصي كل الأضرار التي قد تحصل للقاصر[1].

قد تلحق بالوصي المسؤولية المدنية عما يلحق القاصر من أضرار وذلك أن نظام الوصاية هدفه حماية مصالح القاصر المالية، فإذا أخل بواجبه الشرعي والقانوني فيكون قد أضر بمصلحة القاصر وهذا ما نصت عليه المادة 98 من ق.أ.ج: «يكون الوصي مسؤولا عما يلحق بأموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره»[2].

كذلك يلزم الوصي طبقا للقانون أو بما تلزمه به المحكمة بتقديم حساب عن إدارته، وفي حالة ما إذا قصر الوصي في أداء الواجبات المفروضة عليه بمقتضى القانون أو أوقف تنفيذ القرارات التي تصدرها المحكمة، فللمحكمة سلطة الحكم عليه أو بعضه، أو عزله.

أيضا، جعل القانون للمحكمة في سبيل أحكام الرقابة على الوصي ولو كان مختارًا في أداء واجباته بحيث يجب عليه إبلاغ المحكمة أو النيابة كل أمر تقتضي المصلحة رفعه إليهما، ويلتزم الوصي بإجابته على كل ما يطلبه من إيضاحٍ عن إدارة الأموال، وتمكينه من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بالأموال[3].

فمن جهة أخرى، نجد أن المشرع قد ألزم المقدم على عكس النواب الشرعيين السابق ذكرهم، بوجوب تقديمه عرضًا دوريًا للقاضي عن إدارة أموال القاصر، وذلك طبقا لنص المادة

1- حسن كيرة، مرجع سابق، ص.617.

2- الأمر 84-11، يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

3- حسن كيره، مرجع سابق، ص.608.

471 فـ2 من ق.إ.م.إ حيث جاء في نصها: «يجب على المقدم أن يقدم دوريا وطبقا لما يحدده القاضي، عرضا عن إدارة أموال القاصر، وعن أي إشكال أو طارئ له علاقة بهذه الإدارة »[1].

فيترتب على إخلال النائبين الشرعيين السابق ذكرهم لواجباتهم أو تجاوزهم لسلطاتهم تقرير جزاءات عليهم هما:

أولاً: العزل

يقصد بعزل النائب الشرعي سلب النائب مهامه في إدارة والتصرف في أموال القاصر، وهو جزاء يتخذه القاضي ضد النائب الشرعي إذا رأى أن مصالح القاصر معرضة للخطر وللضياع[2]، وقد نصت المادة 91 من ق.أ.ج السالفة الذكر على إمكانية إسقاط الولاية عن الولي كسبب من أسباب إنتهاء ولايته، وكما نصت المادة 96 من ق.أ.ج السابق ذكرها بشكل صريح على إمكانية عزل الوصي إذا ثبت من أفعاله وتصرفاته ما يهدد مصلحة القاصر.

كما نصت المادة 20 من قانون الولاية على المال المصري، التي تقابلها المادة 173 من تقنين الأحوال الشخصية السوري، على أنه: «إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي، أو لأي سبب آخر فللمحكمة أن تسلب ولايته أو تحد منها»[3].

فطلب العزل يقدم للقاضي من طرف أي شخص تكون له مصلحة في ذلك متى أثبت أن النائب الشرعي مهما كان، وليا أو وصيا أو مقدما يعرض بتصرفاته مصالح القاصر للخطر، حيث يكون العزل بموجب أمر صادر من المحكمة ويخضع تقدير مدى سوء إدارة أموال القاصر للسلطة التقديرية للقاضي، ويرجع له وحده القرار في إبقاء النائب الشرعي أو عزله[4].

1- الأمر 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

2- الرفعي عبد السلام، مرجع سابق، ص.547.

3- المرسوم التشريعي، رقم 59 الصادر بتاريخ 10 سبتمبر 1953، المعدل بقانون رقم 34، الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1975، يتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

4- جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها والولاية العامة والخاصة، دار الهدى، الجزائر، د.ت.ن، ص.71.

ثانيا: التعويض

إذا قام النائب بتعريض أموال القاصر للخطر، فيكون مجبرا بتعويض القاصر عن خسارته حيث يكون ملزما برد ما ضاع من أموال القاصر نتيجة إهماله وتعديه عليها، أما ما ضاع من أموال القاصر بسب لا يد للنائب فيه، فلا يلزم بتعويض القاصر، وفي هذا قال الفقهاء إن: «ولي المحجور، كالأب والوصي والمقدم لا ضمان عليهم فيما يدعون من تلف مال محجورهم من غير تفريط »[1].

المطلب الثاني

دور القاضي في حالة تعارض مصالح القاصر مع مصالح النائب الشرعي

قد يحدث أن تتعارض مصالح القاصر في تصرف من التصرفات التي يبرمها النائب الشرعي نيابة عنه مع مصالح هذا القاصر، وفي هذه الحالة أعطى المشرع للقاضي الحق في تعيين متصرف خاص، يشرف على إبرام هذا التصرف، ويحافظ على مصالح القاصر وهذا ما نصت عليه المادة 90 من ق.أ.ج السالفة الذكر.

فسنبين فيما يلي الحالات التي تتعارض فيها مصالح كل من القاصر والنائب الشرعي **(الفرع الأول)**، ثم بيان كيفية تعيين القاضي للمتصرف الخاص في**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

حالات تعارض مصالح القاصر مع مصالح النائب الشرعي

نص المشرع الجزائري في المادة 90 من ق.أ.ج السابق ذكرهاعلى إمكانية وقوع تعارض بين مصالح الولي ومصالح القاصر، غير أنه لم يوضح الحالات التي تعتبر تعارضا بين هذه المصالح، عكس المشرع المصري الذي نص في المادة 31 من قانون الولاية على المال على حالات تتعارض فيها مصالح الولي ومصالح القاصر حيث جاء في نصها ما يلي: «تقيم المحكمة وصيا خاصا تحدد مهمته، وذلك في الأحوال الآتية:

أ. إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي أو مع مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته.

1- الرفعي عبد السلام، مرجع سابق، ص.547.

ب. إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه مع من يملكه الوصي.

ج. إبرام عقد من عقود المعاوضة أو تعديله أو فسخه أو إبطاله أو إلغائه بين القاصر وبين الوصي أو أحد من المذكورين في البند ب.

د. إذا آل إلى القاصر مال بطريق التبرع وشرط المتبرع أن لايتولى الولي إدارة المال.

هـ. إذا إستلزمت الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال.

و. إذا كان الولي غير آهل لمباشرة حق من حقوق الولاية»[1].

فمن خلال قراءة نص هذه المادة يمكننا القول أنه قد تتعارض مصالح النائب الشرعي ومصالح القاصر في هذه الحالات[2]:

أولاً: تعارض مصالح القاصر مع مصالح النائب الشرعي شخصيا

تتجسد هذه الحالة مثلا عندما يرغب الولي أن يشتري لنفسه مالاً مملوكا للقاصر، وفي هذا المجال منع القانون المدني هذا النوع من المعاملات في المادة 410 من ق.م.ج السالفة الذكر، والمادة 77 من ق.م.ج: «لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه بإسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون وقواعد التجارة»[3].

فتعتبر الحكمة التي جعلت المشرع الجزائري يمنع هذا التعاقد هو السعي لرعاية مصالح القاصر ومصالح الولي.

1- المرسوم التشريعي رقم 119، المتعلق بأحكام الولاية على المال المصري.

2- ماجدة مصطفى شبانه، النيابة القانونية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004، ص.110.

3- الأمر 75-58، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

ثانيا: تعارض مصالح القاصر مع قاصر آخر مشمول بالحماية

كأن يبيع مالا مملوكا لولده القاصر المشمول بولايته، وهو في نفس الوقت يشتريه لولد آخر له مشمول بولايته أيضا، وهذا أمر غير جائز خوفا من تفضيل أحدهما عن الآخر، وهو ممنوع طبقا لنص المادة 410 ق.م.ج السابقة الذكر.

وأمام هذا التعارض يفضل أن يكون للقاصر شخص آخر يراعي مصالحه المتعارضة، ويحقق له النفع في مثل هذه الصفقات، خشية في الميل أو الجنوح ناحية مصلحته أو مصلحة طرف غير القاصر[1].

الفرع الثاني

تعيين القاضي لمتصرف خاص

للقاضي سلطة تعيين متصرف خاص في حالة ما إذا كانت هناك تعارض بين مصالح القاصر ومصالح النائب الشرعي وهذا طبقا لنص المادة 90 من ق.أ.ج السالفة الذكر، حيث يتم تعيينه سواء من القاضي نفسه أو بطلب من النيابة العامة أو ممن يملك مصلحة في ذلك، سواء كانت مصلحة قائمة أو محتملة[2].

في حين أننا نجد أنّ بعض القوانين العربية أخذت في حالة تعارض المصالح بين القاصر ومصالح النائب الشرعي بنظام الوصي الخاص، حيث يعين القاضي وصيًا خاصًا متى رأى وجود هذا التعارض، فيقوم هذا الوصي الخاص بالتحقق من مدى أهمية وصلاح العقد للقاصر، ثم الإشراف عليه بدل المتصرف الخاص الذي جاء به المشرع الجزائري، وذلك على غرار تقنين الولاية على المال المصري في المادة 31 السالفة الذكر.

لم يحدد المشرع الجزائري الشروط القانونية الواجب توافرها في هذا المتصرف، ولكن لأنه سيقوم مقام النائب الشرعي في التصرف في أموال القاصر فإننا نرى وجوب أن تتوافر فيه نفس الشروط القانونية الواجب توافرها في النائب الشرعي، ومع ذلك فإنّ عدم وجود نص صريح

1- ماجدة مصطفى شبانة، مرجع سابق، ص.110.

2- عبد العزيز مقفولجي، مرجع سابق، ص.69.

في ذلك فإن سلطة إختيار المتصرف تعود للقاضي فالسلطة التقديرية ملك له ويعين من يراه مناسبًا لأداء المهمة .

للمحكمة تحديد المهمة الخاصة المسندة إلى المتصرف الخاص حيث لا يجوز لهذا الأخير تجاوز حدود تلك المهمة، وإن كان المشرع هو الذي نص على ضرورة تعيين متصرف خاص في حالة التعارض بين المصالح[1].

1- ماجدة مصطفى شبانه، مرجع سابق، ص.111.

خاتمة

تبين لنا من خلال هذه الدراسة التي كانت بعنوان «الحماية القانونية للقاصر من مخاطر تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر» أن للقاصر حق مباشرة هذه التصرفات، إلا أنه ولإعتباره ناقص الأهلية تقررت عليه حماية خاصة مفروضة قانونا وشرعا والتي تتجسد في مظهرين، أولهما هو فرض النيابة الشرعية عليه وذلك للحفاظ على أمواله وإدارتها فيما يعود عليه بالنفع بحيث تتمثل هذه النيابة في كل من الولاية، الوصاية والتقديم فتعتبر من أهم الوسائل التي شرعها القانون للمحافظة على حقوق القاصر ومصالحه المالية وصيانتها، أما المظهر الثاني لهذه الحماية فيتجسد في الحماية المخولة له من طرف القضاء بحيث تكون للقاضي سلطة فرض الرقابة على تصرفات النائب الشرعي، بحيث جعل التصرفات المخولة له متوقفة على إذنه وله حق تقرير جزاءات في حالة تجاوز النائب للحدود والسلطات الممنوحة له، فكل لضمان حماية فعالة للقاصر.

الإقتراحات:

- على الرغم ما جاء به المشرع من حماية إلا أنها ناقصة ومتناقضة، ومن الأفضل لو تدخل لتوضيح هذا الغموض، ولتدارك هذا النقص معتمدا في ذلك على مسار التشريعات العربية المقارنة خاصة أن هذه الأخيرة استمدت نظام الحماية للطفل القاصر من الشريعة الإسلامية التي تعتبر من أولى الشرائع التي إعترفت بحماية الطفل القاصر.
- منح المشرع سلطة واسعة للقاضي لحماية القاصر، ففرض عن طريق أحكام مختلفة رقابة صارمة على تصرفات النائب الشرعي، إلا أنه يعاب عليه في هذا الجانب أنه أهمل تنظيم بعض الآليات المهمة التي تضمن فعالية هذه الرقابة، والتي من أهمها فرض إلتزامات على النائب الشرعي أمام القضاء، وتوضيح الجزاء الذي يترتب على النائب الشرعي المتجاوز لحدود سلطته، والجزاء الذي يفرض عليه هو نفسه.
- إضافة فقرة جديدة للمادة 90 ق.أ.ج تنص على الحالات التي تعتبر تعارضا بين مصالح الولي ومصالح القاصر.

- تعيين وصي خاص بدل المتصرف الخاص وتحديد مهمته كما فعلت التشريعات العربية المقارنة.
- رغم سن المشرع الجزائري لبعض المواد التي تنص على حماية القاصر، إلا أنها تبقى عامة وغير كافية بالمقارنة مع التشريعات المقارنة التي خصصت قوانين خاصة تكفل هذه الحماية.

قائمة المراجع

القرآن الكريم.

أولا-المراجع باللغة العربية.

أ- الكتب:

1-إبتسام القرام: المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1992.

2-أحمد سي علي: مدخل للعلوم القانونية "دروس في النظرية العامة للحق"، دار الأكاديمية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

3-_____: مدخل للعلوم القانونية "النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في التشريع الجزائري"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ت.ن.

4-أحمد عوض الزعيبي: المدخل إلى علم القانون، دار الإثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.

5-أحمد نصر الجندي: التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

6-إدريس فاضلي: المدخل إلى القانون "نظرية القانون، نظرية الحق"، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ب.ن، 2014.

7-أم كلثوم بن يحي: القاصر مفهومه وأهليته في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "فقه الأسرة"، د.د.ن، د.ب.ن، 2015.

8-أنور طلبة: الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، الإسكندرية، د.ت.ن.

9-جمعة سمحان الهلباوي: الأهلية وعوارضها والولاية العامة والخاصة، دار الهدى، الجزائر، د.ت.ن.

10- حسن كيرة: المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، مصر، 1971.

11- حسين طاهري: الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

12- **رمضان أبو السعود:** النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، د.ب.ن، 2005.

13- **زبيدة إقروفة:** الإبانة في أحكام النيابة "دراسة فقهية قانونية"، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

14- **سيف رجب قزمال:** النيابة عن الغير في التصرفات المالية "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009.

15- **صبري مصطفى حسن السبك:** الأهلية التجارية "دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي"، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011.

16- **صلاح الدين شوشاري:** نظرية العقد الموقوف "دراسة موازنة بالفقه الإسلامي"، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001.

17- **عباس الصراف، جورج حزبون:** المدخل إلى علم القانون "نظرية القانون- نظرية الحق"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.

18- **عبد الحميد الشواربي:** البطلان المدني "الإجرائي والموضوعي"، د.ت.ن.

19- **عبد الحكم فودة:** البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، دار الفكر والقانون، ط.2، د.ب.ن، 1999.

20- **عبد الرزاق السنهوري:** الوسيط في شرح القانون المدني الجديد "مصادر الالتزام"، ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.

21- _____: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد "نظرية العقد"، ج.1، ط.2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

22- **عبد السلام الرفعي:** الولاية على المال في الشريعة الإسلامية "تطبيقاتها في المذهب المالكي، دراسة مقارنة"، إفريقيا الشرق، د.ب.ن، 1996.

23- **عبد الفتاح عبد الباقي:** نظرية العقد والإرادة المنفردة، د.د.ن، د.ب.ن، 1984.

24- **علي حسين نجيدة:** المدخل لدراسة القانون "نظرية الحق"، دار الفكر العربي ملتزم الطبع والنشر، 1992.

25- **علي علي سليمان:** ضرورة إعادة النظر في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.

26- **علي فيلالي:** نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011.

27- **عمار عمورة:** شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2010.

28- **غالب علي الداودي:** المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.

29- **فتحي عبد الرحيم عبد الله، أحمد شوقي محمد عبد الرحمان:** النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، القاهرة، 2001.

30- **فريدة محمدي زواوي:** مدخل للعلوم القانونية "نظرية الحق"، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، 2002.

31- **كمال صالح البنا:** أحكام الولاية على المال، عالم الكتاب، مصر، 1980.

32- **محمد حسنين:** الوجيز في نظرية الإلتزام، "مصادر الإلتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري"، المؤسسة الوطنية للكتاب، 3 شارع زيغوت يوسف، الجزائر، د.ت.ن.

33- **محمد حسين فراج:** الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، د.ب.ن، د.ت.ن.

34- **محمد حسين منصور:** نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.

35- **محمد سعيد جعفور:** إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط.2، الجزائر، 2009.

36- _____: تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2002.

37- _____: نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،1998.

38- _____: نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 1998.

39- _____: مدخل إلى العلوم القانونية "دروس في نظرية الحق"، ج.2، دار هومة، الجزائر، 2011.

40- **محمد سعيد جعفور، فاطمة اسعد:** التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.

41- **محمد سعيد محمد خليفة:** نظرية الحق، د.د.ن، د.ب.ن، 1995.

42- **محمد كمال حمدى:** الأحكام الموضوعية في الولاية على المال "القاصر- الولاية – الوصاية – الحجر القضائي – الغيبة – المساعدة القضائية – الحجر القانوني"، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ت.ن.

43- _____: الولاية على المال "الأحكام الموضوعية"، الإختصاص والإجراءات، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1978.

44- _____: الولاية على المال، منشأة المعارف، مصر، 1987.

45- **محمد صبري الجندي:** النيابة في التصرفات القانونية "دراسة في التشريعات والفقه الإسلامي من منظور موازن"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.

46- **محمود أحمد طه:** الحماية الجنائية للطفل المجني عليه، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1419هـ.

47- **مصطفى أحمد الزرقاء:** الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج.1، ط.9، 1967-1968.

48- **مصطفى محمد الجمال، محمد حسن قاسم:** النظرية العامة للقانون "القاعدة القانونية- الحقوق"، دار الجامعة للطباعة والنشر، بيروت، د.ت.ن.

49- **نادية فضيل:** القانون التجاري الجزائري "الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري"، ديوان المطبوعات الجامعية، ط.6، 2004.

50- **نبيل إبراهيم سعد:** المدخل إلى القانون "نظرية الحق"، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، د.ت.ن.

51- _____: نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

52- **نبيل صقر:** قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006.

ب- الوثائق الجامعية:

أولا: أطروحات الدكتوراه.

1- **بوكرزازة أحمد:** المسؤولية المدنية للقاصر "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، 2014.

2- **حمو بن إبراهيم فخار:** الحماية الجنائية للطفل في القانون الجزائري والقانون المقارن، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015.

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

4- **عبد الله محمد سعيد ربابعة:** الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني "دراسة مقارنة"، أطروحة للحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن، 2005.

5- **فاطمة اسعد:** نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، "دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.

6- **محمد بن محمد بن محمد بن إسماعيل الغشم:** إجازة التصرفات، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني اليمني والمصري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1995.

7- **محمد حبار:** نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1986.

8- **محمود سعد الدين الشريف:** الولاية على مال القاصر في القانون المصرين رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، 1941.

ثانيا: مذكرات الماجستير:

1- **باسم حمدي حرارة:** سلطة الولي على أموال القاصرين، رسالة للحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2010.

2- بخالد عجالي: نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري "دراسة مقارنة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2005.

3- جميلة موسوس: الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2006.

4- دليلة سلامي: حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، بن عكنون، 2008.

5- سلطان بن عبد الله السويلم العنزي: أحكام الوصاية على القاصرين في النظام السعودي "دراسة تأصيلية مقارنة"، رسالة مقدمة استكمالا للحصول على درجة الماجستير، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2015.

6- صورية غربي: حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015.

7- عبد العزيز مقفولجي: الرشداء عديمي الأهلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، 2003.

8- محمد بوعمرة: أموال القصر في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر1، 2013.

ثالثا: مذكرات الماستر:

1- وسام قوادري: حماية أموال القاصر على ضوء التقنين المدني وتقنين الأسرة – دراسة نقدية تحليلية مقارنة – مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2013.

رابعا: مذكرات المدرسة العليا للقضاء:

1- البختي هبالي، محمد العماري: تصرفات الصبي المميز، مذكرة لنيل إجازة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2005-2008.

2- عبد العزيز بوذراع: الحماية القانونية لأموال القصر في القانون الجزائري ودور القاضي في ذلك، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004.

ج- المقالات العلمية:

1- فاطمة اسعد: رفض إجازة التصرف الموقوف في الفقه الإسلامي والقانون المدني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2012.

2- محمد السيد عرفة: الحماية القانونية لحقوق المعاقين في الدول العربية "دراسة تحليلية مقارنة"، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، العدد36، المجلد18، د.ب.ن، د.ت.ن.

3- محمد توفيق قديري: حماية الذمة المالية للقاصر في القانون الجزائري، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد14، د.ت.ن.

4- محمد زكي عبد البر: العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المدني المصري، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة25، شهر مارس وجوان 1955، العددان الأول والثاني.

د-النصوص القانونية:

-النصوص الوطنية:

1- الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1957 المتضمن القانون المدني، ج.ر.ع، 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

2- الأمر 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري.

3- القانون 84-11 مؤرخ في 9 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.عدد 24 الصادرة بتاريخ 12 جوان 1984، المعدل بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 2005/02/27، ج.ر.ع 15، الصادرة بتاريخ 2005/02/27.

4- الأمر08-09 مؤرخ في 18 صفر1429، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج عدد 21، بتاريخ 25 فبراير 2008.

-النصوص الأجنبية:

1-مجلة الإلتزامات والعقود التونسية الصادر بالأمر المؤرخ في 1906/12/15.

2-القانون رقم 131 لسنة 1948، يتضمن التقنين المدني المصري مؤرخ في 1948/07/09، مجلة الوقائع المصرية، عدد108 مكرر.

3- التقنين المدني العراقي، الصادر بالقانون رقم 40 لعام 1951.

4- المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر بتاريخ 1953/09/10، المعدل بقانون رقم 34 الصادر بتاريخ 1975/12/31، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

5- التقنين المدني الأردني، الصادر بالقانون رقم 43 لعام 1976.

6- القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين إعتمده المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العدل العرب كقانون نموذجي استرشادي بالقرار رقم 323-ج 24- 2002/03/04، جامعة الدول العربية.

7- القانون 15-12 مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل ج.ر.ج.ج عدد 39، الصادرة في 19 جويلية 2015.

8- المرسوم التشريعي رقم 119، المتعلق بأحكام الولاية على المال المصري.

ن- القرارت القضائية:

1- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 41470، مِؤرخ في 1986/06/30، قضية (ز.ل.ل) ضد (ط.ع)، مجلة قضائية، عدد2، 1989.

2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 58220، مؤرخ في 1990/02/05، مجلة قضائية، عدد3، 1993.

3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 72353، مؤرخ في 1991/04/10، مجلة قضائية، عدد3، 1993.

4- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 80160، مؤرخ في 1992/01/05، مجلة قضائية، عدد1، 1995.

هـ- المعجم:

1-محمد رواس قلعى جي: معجم لغة الفقهاء، ط.2، ج.1، دار النفائس، بيروت، 1988.

و- الوثائق:

1- سميحة حنان خوادجية: محاضرات النيابة الشرعية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، الجزائر، د.ت.ن.

2-عبد الرحمان خلفي، وردة بلحاج: الحماية القانونية للطفل في التشريع الجزائري، مداخلة حول الطفولة والعنف، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس، الجزائر،2014.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

A Ouvrages

Mazeaud Jean, Leçons De Droit Civil, Montchrestien, Paris, n.d.

B – Textes juridiques

Code civil français.

الفهرس

الفهرس

قائمة المختصرات

مقدمة 02

الفصل الأول: تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر 04

المبحث الأول: مفهوم القاصر وتصرفاته الدائرة بين النفع والضرر 05

المطلب الأول: المقصود بالقاصر 05

الفرع الأول: تعريف القاصر وتمييزه عن باقي المصطلحات المرادفة له 05

أولا: تعريف القاصر 06

ثانيا: تمييز القاصر عن بقية المصطلحات المرادفة 07

الفرع الثاني أهلية القاصر ومن في حكمه 09

أولا: أهلية الأداء وأحكامها 10

ثانيا: السفيه وذي الغفلة 12

المطلب الثاني: المقصود بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر 14

الفرع الأول: تعريف التصرف الدائر بين النفع والضرر ووجوب صدوره من ناقص الأهلية 14

أولا: معنى التصرف الدائر بين النفع والضرر 14

ثانيا: وجوب صدوره من ناقص الأهلية..... 15

الفرع الثاني: الحكمة من إعتبار تصرف معين دائر بين النفع والضرر 16

الفرع الثالث: أنواع التصرفات الدائرة بين النفع والضرر 17

أولا: أعمال الإدارة 17

ثانيا: أعمال التصرف 18

ثالثا: أعمال الحفظ..... 18

المبحث الثاني: أحكام تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر 20

المطلب الأول: حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر قبل الإجازة 21

الفرع الأول: حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر قبل الإجازة في القانون المدني الجزائري 21

أولا: المقصود بصحة التصرف والقابلية لإبطاله 21

الفهرس

ثانيا: الهدف من تقرير دعوى إبطال التصرف الدائر بين النفع والضرر 23
ثالثا: أثر التصرف القابل الإبطال وحكم هلاك محل التصرف 24
الفرع الثاني: حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر قبل الإجازة في قانون الأسرة الجزائري 26
أولا: المقصود بالتصرف الموقوف وموقف الفقه من ذلك 27
ثانيا: مدى ترتيب التصرف الدائر بين النفع والضرر لآثاره قبل الإجازة والهدف من وفقه..... 29
المطلب الثاني: حكم تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر بعد الإجازة 31
الفرع الأول: حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بعد الإجازة في القانون المدني الجزائري 31
أولا: تعريف الإجازة في التصرف القابل للإبطال 32
ثانيا: خصائص وصور إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر القابل للإبطال وشروطه..... 32
ثالثا: صاحب الحق في إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر القابل للإبطال 35
رابعا: نتيجة إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر القابل للإبطال 36
الفرع الثاني: حكم تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر بعد الإجازة في قانون الأسرة
الجزائري 37
أولا: تعريف الإجازة في العقد الموقوف 37
ثانيا: صاحب الحق في إجازة التصرف الموقوف 38
ثالثا: خصائص وصور إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر الموقوف وشروطه 39
رابعا: نتيجة إجازة تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر الموقوفة..... 43
الفصل الثاني: حماية أموال القاصر من مخاطر تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر 46
المبحث الأول: الحماية القانونية للقاصر 47
المطلب الأول: الحماية القانونية للطفل القاصر في ماله 47
الفرع الأول: الولاية على مال القاصر 48
أولا: الحكمة من الولاية على المال 49
ثانيا: الشروط الواجب توفرها في الولي 50
ثالثا: إنقضاء الولاية 51

الفهرس

الفرع الثاني: الوصاية كوسيلة لحماية القاصر 54
أولا: تعيين الوصي 54
ثانيا: إلتزامات الوصي على أموال القاصر 55
ثالثا: إنقضاء الوصاية 56
الفرع الثالث: التقديم 56
أولا: تعيين المقدم 57
ثانيا: الشروط الواجب توفرها في المقدم 57
المطلب الثاني: حماية أموال القاصر المرشد 58
الفرع الأول: صدور الإذن بالترشيد 59
الفرع الثاني: الرجوع عن الإذن أو الحد منه 61
المبحث الثاني: الحماية القضائية للقاصر من مخاطر تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر 63
المطلب الأول: دور القاضي في حماية أموال القصر 63
الفرع الأول: الرقابة على تصرفات النائب الشرعي للقاصر 64
أولا: البيع والشراء واستثمار أموال القاصرين 65
ثانيا: تصرفات الرهن والإجارة في أموال القاصر 69
الفرع الثاني الجزاء المقرر للنائب الشرعي في حالة تجاوزه لسلطاته 73
أولا: العزل 76
ثانيا: التعويض 77
المطلب الثاني: دور القاضي في حالة تعارض مصالح القاصر مع مصالح النائب الشرعي ... 77
الفرع الأول: حالات تعارض مصالح القاصر مع مصالح النائب الشرعي 77
أولاً: تعارض مصالح القاصر مع مصالح النائب الشرعي شخصيا 78
ثانيا: تعارض مصالح القاصر مع قاصر آخر مشمول بالحماية 79
الفرع الثاني: تعيين القاضي لمتصرف خاص 79
خاتمة 82

قائمة المراجع 85
الفهرس 95
الملخص

ملخص

منح المشرع للقاصر حق القيام ببعض التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر لكن بإعتبار هذه التصرفات تحتمل الربح والخسارة أحاطه المشرع بحماية منها القانونية والتي تتجلى في فرض النيابة الشرعية حتى يتولى بموجبها الولي، الوصي أو المقدم بالحفاظ على أموال من تحت ولايته ومنع الغير من الإعتداء عليها، ومنها القضائية وهي الرقابة التي يفرضها القاضي على النائب الشرعي أثناء مباشرته للتصرفات المخولة له، حيث جعلها متوقفة على إذنه حفاظا على أمواله وتحقيق مصلحته، وكذا له حق تقرير جزاءات عليه في حالة تجاوزه أو مخالفته لحدود نيابته.

Résumé

Le législateur a attribué au mineur le droit à quelques actes de fonds qui se résume entre la lésion (préjudice) et du bien fait. En considérant ces actes, des bénéfices ou pertes sont probables, alors le législateur l’a entouré d’une protection réglementée (juridique), et cela se traduit par imposition d’un légiste tuteur dans lequel ce dernier, le mandataire ou l’intérim est chargé de préserver les biens qui est sous sa tutelle et interdire une tierce personne de porter atteinte, et d’une protection judiciaire qui se traduit par le contrôle imposé par le juge sur le légiste tuteur pendant l’exercice de ses actes qui lui sont procurés, car il les a (le juge) subordonné à ses permissions en préservant ses biens et atteindre ses intérêt, et il a même réservé des sanctions dans le cas où le tuteure légiste dépasse ses prérogatives par rapport aux actes qui lui sont attribués par la loi.