

جامعة عبد الرحمن ميرة - بجاية -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

النظام القانوني لتصرفات الصّبي المميّز

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

شعبة: القانون الخاص / تخصص: القانون الخاص الشامل

تحت إشراف الأستاذة:

إسعد فاطمة

من إعداد الطالبتان:

يحياوي زهية

طهروست نبيلة

لجنة المناقشة:

- الأستاذة(ة) :رئيساً
- الأستاذة إسعد فاطمة مشرفاً
- الأستاذة(ة):.....ممتحناً

السنة الجامعية: 2012 / 2013

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

يشرفني أن اهدي باكورة أعمالي وثمره جهدي إلى:

- أمي العزيزة التي حملتني كرها، ووضعتني كرها وغمرتني حبا، وأعانتني عدة ودعاء.
- أبي العزيز الذي زرعتني بذرة، ورعاني شجيرة وعلمني فضلا وكفلني بعطفه دهرًا.
- وأسأل اله أن يجعل هذا العمل لهما عزًا وفخرًا.
- إلى كل من أعانني بمرجع أو وجهني إلى فكرة، أو شد أزرني بكلمة طيبة أو تكرم علي بصالح الدعاء.
- إلى كل المؤمنين بدولة القانون والحق فكرة، الحاملين للوائها شعارا، المدافعين عنها جهارا، المكافحين بغية إرساء دعائهما ليلا نهارا.
- إلى كل زملائي وزميلاتي .

الطالبة: زهية يحيايوي.

إهداء

قبل أن أبدأ سرداً شكري و عرفانا .
الحمد لله الذي وقّفتني أن خضت دربا من العلم والنجاح .
إلى الذي منحني اهتمامه وكان لي منبع الصبر والصمود فكان حقا أبا .
إلى التي ولدتني وكان حضنها لنفسي كونا .
والديا صانكما الله ورعاكما، وحفضكما وجزاكما خيرا على فضلكما الذي لم ينقطع علي يوما .
إلى إخوتي وأخواتي وكل أفراد عائلتي اعتزازا وامتنانا .
إلى زوجي الغالي و قرّة عيني ،إليك يا خير رفيق وأعز صديق " العيد" .
إلى كل من دعمني و ساندني إلى كل من ساهم في إنجاز هذا العمل المتواضع من قريب أو من بعيد .

أهدي ثمرة جهدي.

نبيلة

~ قائمة المختصرات ~

I- باللغة العربية :

- أ.: أستاذ.
الخ.: الى اخره.
ج.: الجزء.
ج.ر.ج.ج.: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.
د.: دكتور.
د.ب.: دون بلد.
د.ب.ن.: دون بلد النشر.
د.د.ن.: دون دار النشر.
د.س.: دون سنة.
د.س.ن.: دون سنة النشر.
د.م.ج.: ديوان المطبوعات الجامعية.
ص.: الصفحة.
ص.ص.: من صفحة الى صفحة.
ط.: الطبعة.
د.ط.: دون الطبعة.
ق.أ.ج.: قانون الأسرة الجزائري.
ق.ت.ج.: قانون التجاري الجزائري.
ق.ع.ج.: قانون العقوبات الجزائري.
ق.م.ج.: القانون المدني الجزائري.
ق.م.م.: القانون المدني المصري.

II - باللغة الفرنسية:

éd : édition.

p. : page.

op.cit. : opère-citato

T. : Tome.

مقدمة

ينفق جميع فقهاء القانون المدني والشريعة الإسلامية على أن مناط أهلية الأداء هو التمييز والعقل لأنه هو الذي يجعل الشخص مدركاً لعباراته ، فاهما ما يقصد بها ، وما ينتج عنها .
إلا أن التمييز يوجد في الشخص على التدرج شيئاً فشيئاً ، إلى أن يبلغ درجة الكمال ، ومن ثم ارتبطت أهلية الأداء به تدور معه وجوداً ، وعندما بنفس القدر ، فإذا اكتمل التمييز بأن بلغ الشخص سنّ الرشد تثبت له أهلية أداء كاملة ، وإذا انعدم هذا التمييز انعدمت معه أهلية الأداء . أما ما بينهما ، هو الصّبي المميّز فإنه تثبت له أهلية أداء ناقصة⁽¹⁾ .

تكون تصرفات منعدم التمييز باطلة لأن الوعي مفقود فيه ، ولا يعيها أصلاً في هذه المرحلة ، وقد نصّت المادة 82 من ق. أ. 82 على أنه : " من لم يبلغ سنّ التمييز لصغر سنّه طبقاً للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة " .

أما من بلغ سنّ الرشد وكان متمتعاً بقواه العقلية فيكون باستطاعته أن يقوم بجميع التصرفات القانونية ، دون أن يتوقف ذلك عن إذن ، أو إجازة ، لكونه استكمل الإدراك والتمييز ، وتثبت له أهلية الاغتناء ، وأهلية الإدارة ، وأهلية التبرّع⁽²⁾ .
غير أن ما يعيننا هنا هو : دراسة التصرفات المالية للصّبي المميّز في ظل القانون المدني وقانون الأسرة⁽³⁾ .

ونشير إلى أنه وإن كان هذا الموضوع يبدو بسيطاً بالنسبة لدارسي القانون ، ولا سيما القضاة خاصة فيما يتعلّق بحكم تصرفات الصّبي المميّز ، إلا أنه بعد تفحص مجمل الأحكام المذكورة والواردة في كلا القانونين وجدنا تعارض بين كثير من المسائل التي سنتولّى الإشارة إليها في هذه المذكرة خاصة مسألة التصرف الدائر بين النفع والضرر ، مسلطين الضوء على إبراز أهم أوجه عدم التناسق بين القانونين ، والإدلاء ببعض الاقتراحات التي نراها كفيلة لإزالة التناقض . مع الإشارة في هذه المقدمة إلى

¹ - فتحي الدريني ، النظريات الفقهية ؛ منشورات جامعة دمشق ، ط. 4 ؛ د. س. ن. ، ص. 315 .

² - الشرفاوي جميل ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، دار النهضة العربية ، د. ط. ؛ القاهرة ، مصر ، 1994 . ص. 49 .

³ - بن زيطة عبد الهادي ، " بداية الحياة الإنسانية و آثارهما القانونية بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري " ؛ المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، بجاية ، 2011 ، ص. 204-205 .

أنه لا القانون المدني، ولا قانون الأسرة تناول بالتفصيل تصرفات الصّبي المميّز⁽¹⁾، إنّما اكتفيا بالإشارة إليها من خلال المواد 43، 79، 101 من القانون المدني، والمادة 83 من قانون الأسرة، وهذا هو الدافع والباعث الذي أدى بنا إلى اختيار هذا الموضوع إضافة إلى جملة من المبررات الأخرى منها:

- 1) المساهمة في بناء دراسة خاصّة في هذا الموضوع من أجل إثراء المكتبة القانونية بهذه المذكرة لكون أن هذا الموضوع لم يحض باهتمام رجال القانون⁽²⁾ بالرغم من أهميته خاصة في نطاق العمل القضائي.
- 2) إثارة الإشكالات القانونية التي يطرحها هذا الموضوع، خاصّة وأن تصرفات الصّبي المميّز أدرجت ضمن قانونين، ولم يتناولها المشرّع بالتفصيل في أي منهما.
- 3) الشعور بالصّعوبات الجمة التي تعترض طريق القاضي نتيجة تناقض النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع الواحد، وتضاربها فضلاً عن تعددها، وتشتتها وما يقابل هذه المعضلة من شح في الدراسات الجزائرية المتخصصة التي تعالج موضوع تصرفات الصّبي المميّز رغم أهميته.
- 4) توضيح أهم الأحكام التي تحكم تصرفات الصّبي المميّز في كلا القانونين، وإزالة كل لبس حول حكم هذه التصرفات.

- 5) موقف القضاء الجزائري بشأن القانون الواجب التطبيق، والمنظم لتصرفات الصّبي المميّز.
- 6) وأما عن الصعوبات التي اعترضت سبيلنا خلال إنجاز هذه الدراسة، فتكمن في قلة المراجع الجزائرية، حتى وإن وجدت فإنّها عالجت الموضوع بطريقة سطحية، وجدّ مختصرة، ومن جهة أخرى انعدام الاجتهادات القضائية في مجال حكم تصرفات الصّبي المميّز، ممّا دفعنا إلى اللجوء إلى الأنظمة المقارنة، وخاصّة القضاء المصري الذي يزخر بتجربة غزيرة.

ولكي نوفى هذا الموضوع حقه ارتأينا معالجته بطرح الإشكالية التالية:

فيما تتمثل تصرفات الصّبي المميّز في كل من القانون المدني وقانون الأسرة، وهل وفق المشرّع في معالجتها في نظامين قانونيين مختلفين، أم أن ذلك أدى به إلى وقوعه في تناقض ممّا زاده تعقيدا فيما يخص القانون الواجب التطبيق عليها؟

¹ - محمد سعيد جعفرور، نظرات في صّحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقّه الإسلامي؛ دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، الجزائر، د.س.ن، ص.89.

² - حسنين محمّد، نظرية بطلان العقد في الفقّه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي؛ المؤسسة الوطنية للكتاب، د.ط، الجزائر 1988، ص.81.

الفصل الأول

مفهوم التصرفات القانونية

للصبي المميّز

تعتبر التصرفات القانونية المصدر الأساسي لنشأة الحقوق وتعديلها ونقلها وإنهائها، أو ما يسمى أيضا بالتصرفات الإرادية التي تتجه فيها إرادة الأشخاص إلى إنشاء حق يقابله التزام. إذن إذا كان الحق لا يمكن تصوّره إلا بوجود إرادة، فإن هذه الأخيرة لا يمكن تصوّرها هي الأخرى إلا بوجود أهلية⁽¹⁾.

والأهلية المقصودة هنا هي أهلية الأداء، حيث أن مناطها هو كمال التمييز والذي يتدرج بتدرج السن، ولذلك ميّز القانون بين ثلاث مراحل، والتي تتمثل في :
مرحلة الصّبي غير المميّز ، ثم تأتي المرحلة الثانية والتي ستكون محل دراستنا هذه ، وهي مرحلة الصّبي المميّز، أما المرحلة الثالثة فهي مرحلة سن الرشد التي يكون فيها للشخص أهلية كاملة أي بلوغه سن 19 سنة كاملة⁽²⁾.

ولكن هل تكفي هذه المعطيات للإمام بالتصرف القانوني؟ وفي حالة ما إذا كانت غير كافية، فما هو موقف المشرّع والفقّه منه؟ وما هي شروط صحته؟
هذا ما سنتطرق إليه في مبحث أول ثم ننتقل إلى مفهوم الصّبي المميّز وتمييزه عمّن في حكمه في مبحث ثان.

(1) - الجبالي عجة، مدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، ج.2، د.ط؛ بيرتي للنشر، الجزائر، 2009، ص.458.

(2) - نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، د.ط؛ منشأة المعارف، مصر، 2001، ص.171.

المبحث الأول

مفهوم التصرف القانوني

تطرق الكثير من الفقهاء إلى تعريف التصرف القانوني، وفي هذا الصدد شاع بينهم القول أن: "الحقوقي الجيد هو من يتحكم في موضوع التصرف القانوني"⁽¹⁾، وذلك لما له من أهمية بالغة ضمن دائرة القانون بوجه عام ونظرية الحق بوجه خاص، ويستلهم عظمته أساساً في كونه مصدر للالتزام أو مصدر للحق والالتزام على حد سواء، لكن ماذا يقصد بالتصرف القانوني في حد ذاته؟ وما هي شروط صحته؟

نتناول في المطلب الأول البحث عن مدى وجود تعريف تشريعي وفقهي له، وفي المطلب الثاني تمييز التصرف القانوني عن الواقعة القانونية ثم نبحث عن شروط صحته في المطلب الثالث .

المطلب الأول

تعريف التصرف القانوني

تقتصر دراستنا في هذا المطلب على البحث عن مدى وجود تعريف تشريعي للتصرف القانوني، وذلك في فرع أول ثم نلجأ إلى البحث عن تعريف فقهي له في فرع ثان.

الفرع الأول

التعريف التشريعي للتصرف القانوني

ساير المشرع الجزائري المشرع الفرنسي، والمصري في عدم وضع تعريف للتصرف القانوني، ولكن إذا قمنا بتفسيره على أنه كل إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني⁽²⁾، فإننا قد نجد مبعثراً بين مادتين من مواد القانون المدني الجزائري .

وفي هذا المعنى إذا تم هذا التصرف بإرادتين نكون أمام عقد، أما إذا اقتصر على إرادة واحدة نكون أمام تصرف قانوني بإرادة واحدة⁽³⁾.

(1) - الجيلالي عجة، المرجع السابق، ص.458.

(2) - أبو السعود رمضان، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، د.ط؛ مصر 1999، ص.480.

(3) - الجيلالي عجة، المرجع السابق، ص.459.

تأسيساً على ما سبق فإنّ المشرّع الجزائري عرّف العقد بمقتضى نص المادة 54 ق.م.ج. على أنه "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

كما أنه عرّف الإرادة المنفردة بموجب نص المادة 123 مكرر ق.م.ج. التي تنصّ على مايلي: "يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير، ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء أحكام القبول".

من خلال هذين النصين، توصل الدكتور عجة الجيلالي إلى استنتاج تعريف للتصرف القانوني على أنه : "منتوج إرادة أو أكثر لإحداث أثر قانوني معين".

ومن هذا التعريف ينفرد التصرف القانوني بالخصائص التالية :

أولاً: خاصية سلطان الإرادة : وذلك باعتبار أحكام المادة 54 ق.م.ج.(1) وأحكام المادة 123 مكرر ق.م.ج. أن التصرف القانوني منتوج إرادة أو أكثر(2).

ثانياً: خاصية كون الإرادة نابعة من الاتفاق : وبالتالي نكون أمام عقد، أما إذا كانت نابعة من الإرادة المنفردة للمتصرف، فنكون أمام تصرف بالإرادة المنفردة.

إن هذا التعريف التشريعي للتصرف القانوني اقتصر على جوانب معينة تتمثل في:

1- لا يمكن اعتبار الاتفاق بمعناه العام تصرف قانوني، ذلك لأن هناك اتفاقات لا ترتب أي آثار قانونية، وبالتالي لا يمكن اعتبارها تصرف قانوني بالمفهوم الصحيح للمصطلح، إذن فمصطلح الاتفاق أوسع من مصطلح التصرف القانوني.

2- إنّ اعتبار التصرف القانوني منتوج سلطان الإرادة، لا يمكن الأخذ به، لأنه في بعض الحالات يتراجع فيها سلطان الإرادة لمصلحة سلطان القانون، خاصة بعد استحداث فروع قانونية أخرى، مثل قانون المستهلك. هذه الفروع أدت إلى التقييد من مبدأ سلطان الإرادة، ومع تزايد هذا أدى بالفقه إلى إعطاء مفهوم جديد للتصرف القانوني، وهذا ما أشار إليه الدكتور عجة الجيلالي حيث قال: "إنّ

(1)- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، عدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل بالقانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جويلية 2005، ج.ر.ج.ج. عدد 44، لسنة 2005.

(2)- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، بالقانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جويلية 2005، المرجع نفسه.

التصرف القانوني وضع قانوني يتضمن المجال الذي يتركه المشرع لإرادة الأطراف لإحداث الآثار القانونية المرغوبة⁽¹⁾.

الفرع الثاني

التعريف الفقهي للتصرف القانوني

اقترح الفقه عدة تعريفات متباينة للتصرف القانوني، فهناك من عرفه على أنه: "كل إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني"، يتضح من هذا التعريف أن التصرف القانوني يتكوّن من ركنين هما: الإرادة والأثر القانوني، وعليه يتبين لنا أن كل تصرف خال من الإرادة وغير محدث لآثار قانونية لا يعدّ تصرفاً قانونياً.

إنّ نقد هذا التعريف، لأنه أخذ بالمفهوم الضيّف للتصرف القانوني، وذلك من حيث حصره له دون تحديد طبيعته وأطرافه⁽²⁾.

عرفه كاتب آخر على أنه: "إفصاح للإرادة بقصد إحداث أثر قانوني معين، أي بقصد إدخال تعديل على التنظيم القانوني القائم، فقد يكون من نتيجته إنشاء مراكز قانونية جديدة أو تعديل أو إنهاء مراكز قانونية موجودة"، يضيف الكاتب حسب هذا التعريف أنه تنقسم الأعمال القانونية إلى قسمين والمتمثلين في التقسيم الموضوعي والتقسيم الشكلي.

ويتوقف للتقسيم الموضوعي على العلاقة بين الأعمال القانونية والمراكز القانونية التي تكون نتيجتها إحداث تصرف من التصرفات التالية: إما تصرف يقرر قاعدة قانونية معينة، وعادة ما تتواجد هذه التصرفات في الاتفاقات الجماعية المتعلقة بعلاقات العمل، حيث كوّنت اتفاقية العمل على أنها مصدر من مصادر قانون العمل التي ينظمها قانون رقم 90-11 المؤرخ في 20 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل⁽³⁾، بمعنى أن هذا التصرف يحتل صفة المشرع. وقد يكون تصرف يقرر مركز شخصي ومثاله: العقد، فهو يهدف إلى إحداث أثر قانوني أو مركز قانوني، وهذا الأخير متصل بشخص معين أو أكثر، كما أنه يخضع للإرادة عند الإنشاء.

(1)- الجيلاني عجة، المرجع السابق، ص.460.

(2)- حسن فرج توفيق ، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق، د.ط ؛ مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية، د.س.ن، ص.315.

(3)- قانون رقم 29/91 مؤرخ في 21 سبتمبر 1991، يعدل ويتم قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، ج.ر.ج.ج، عدد 68 الصادرة في 25 سبتمبر 1991.

أما بالنسبة للتقسيم الشكلي، فإنه [توقف على تحديد الشكل الذي يتخذه شخص فأكثر للتعبير عن إرادته، مما يؤدي إلى استنتاج نوعين من الأعمال وهي:

أولاً: أعمال صادرة من طرف واحد، والتي يكون أساسها الإرادة المنفردة الصادرة عن المتصرف دون التزام الطرف الآخر بها.

ثانياً: وأعمال متعددة الأطراف التي يكون أساسها اقتران إرادتين أو أكثر لإحداث عمل قانوني معين⁽¹⁾. يعاب هذا التعريف لأنه مزج بين العمل القانوني والتصرف القانوني، بالرغم من أنهما يختلفان من حيث ما يلي:

1- يعتبر مصطلح العمل القانوني أشمل وأعم من التصرف القانوني، فإذا كان العمل القانوني يتكون من الأعمال الإرادية فإنه يشمل أيضاً الأعمال التنظيمية والصادرة عن أشخاص القانون العام، بينما التصرف القانوني ينصب على ما تحدثه إرادة شخص فأكثر من آثار قانونية وذلك في صورة عقد أو إرادة منفردة .

2- يخضع العمل القانوني لنظام قانوني مختلط، فهو يجمع بين قواعد القانون الخاص وقواعد القانون العام، على عكس التصرف القانوني الذي يخضع دائماً لقواعد القانون الخاص⁽²⁾.

وأمام قصور هذه التعريفات للتصرف القانوني، ارتأى الدكتور عجة الجيلالي إلى تعريفه على أنه "رابطة قانونية تنشأ بإرادة متصرف واحد أو أكثر، فإذا نظرنا إليها من ناحية الدائن تمثل حق وإذا نظرنا إليها من جانب المدين فإنها تمثل التزام"⁽³⁾.

يتضح هذا جليا في عقد البيع، أين تنشأ هناك علاقة قانونية بين البائع والمشتري حيث أن البائع (الدائن) يطالب بالثمن وهو حق له، وإذا نظرنا إلى هذا الحق من جانب المشتري (المدين) فهو التزام، في عقد البيع إذن هذه العملية التي تكون بين البائع والمشتري، فالبائع له حق على الثمن مقابل الشيء المبيع، والمشتري له حق على المبيع إذن هذا تصرف قانوني⁽⁴⁾.

(1)- أبو السعود رمضان، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، المرجع السابق، ص.479.

(2)- الجيلالي عجة، المرجع السابق، ص.462.

(3)- الجيلالي عجة، المرجع نفسه، ص.463.

(4)- AUBERT (Jean Luc), SAVAUX (Eric), Introduction au droit, Dalloz, Paris, 13^e éd, 2010, P. 228.

« Soit un contact de vente, cette opération est voulue par le vendeur et l'acheteur qui entendent, l'un, substituer a son droit de propriété sur une chose une créance de somme de l'argent, l'autre, devenir propriétaire de la chose, c'est un acte juridique ».

المطلب الثاني

تمييز التصرف القانوني عن الواقعة القانونية وأهمية ذلك

لتمييز التصرف القانوني⁽¹⁾ عن الواقعة القانونية لا بد من تحديد تعريف لهذه الأخيرة. تعرف الوقائع القانونية على أنها: وقائع تحدث تلقائياً بفعل الطبيعة كما قد تحدث بتدخل الإنسان بقصد. وذلك في حالة الفعل النافع، وتكون بقصد أو بدونه كحالة الفعل الضار، ويترتب على هذه الوقائع في مجموعها آثار قانونية في صورة حقوق والتزامات⁽²⁾.

الفرع الأول

تمييز التصرفات القانونية عن الوقائع القانونية

يظهر التمييز بين هاتين الطائفتين في التحديد التالي:

أولاً: أن الإرادة في التصرف القانوني هي ذات التصرف وجوهره، ولهذا يجب وصف التصرف القانوني بأنه إرادة محضة، بينما في الواقعة القانونية قد توجد الإرادة كما في الأفعال الاختيارية، وقد لا توجد كما في الوقائع الطبيعية، وإذا وجدت فإنها تتميز بالوضوح عن الإرادة في الوقائع القانونية⁽³⁾.
ثانياً: أن الأثر القانوني المترتب عن التصرف القانوني، إنما يترتب لأن الإرادة التي تعتبر جوهر التصرف القانوني قد اتجهت إلى إحداثه، أما في الواقعة القانونية، فإن جوهرها العمل المادي وحده وليست الإرادة.

الفرع الثاني

أهمية التفرقة بين التصرف القانوني والواقعة القانونية

تظهر الأهمية فيما يلي:

(1) - أنظر في تعريف التصرف القانوني، المطلب الأول من الفصل الأول من هذه المذكرة، ص.07.

(2) - نقيه محمد، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، د.ط؛ شركة دار الأمة للطباعة والترجمة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1995، ص.06.

(3) - أبو السعود رمضان، همام محمد محمود، المبادئ الأساسية في القانون، د.ط؛ منشأة المعارف، الإسكندرية

مصر 1995-1996، ص.285.

الإثبات: وذلك أنّ نشوء الحق وتعديله، أو تحديد أوصافه، نقله أو زواله، أو ظهور أي أثر قانوني يقتضي عند المنازعة فيه إثبات مصدره المباشر، أي إثبات الواقعة القانونية، أو التصرف القانوني المترتب لأي من تلك الآثار، مادامت هاتان الطائفتان مختلفتان في الجوهر كما سبق بيانه فإنه من الضروري اختلافهما في وسائل الإثبات، فالتصرف القانوني، باعتباره إرادة محضة متجهة إلى توليد حق أو تعديله أو انقضائه، أو توليد أي أثر قانوني بوجه عام فإنه يعني إحاطة هذا الأثر بمسلك إرادي بقصد ترتيبه، وهو المعمول به في الأصل أي إمكانية تهيئة أو إعداد دليل كتابي على هذا المسلك وقت وقوعه لكي يكون من بعد وسيلة إثباته إذا حصلت المنازعة فيه⁽¹⁾.

وليس الحال كذلك في شأن الوقائع القانونية التي هي محض أعمال مادية تترتب عليها آثارها بصرف النظر عن اتجاه أو عدم اتجاه الإرادة إلى هذا الترتيب. حيث تستصعب في الأصل تهيئة أو إعداد دليل كتابي يسجلها عند وقوعها⁽²⁾.

وأخيراً تظهر أهمية التفرقة بين التصرفات القانونية والوقائع القانونية في انفراد التصرفات القانونية بكل الأحكام المتعلقة بالإرادة وبقدرتها على ترتيب الآثار القانونية إذ هي على خلاف الوقائع القانونية إرادة محضة متجهة إلى ترتيب هذه الآثار⁽³⁾.

المطلب الثالث

شروط صحة التصرف القانوني

تنقسم شروط صحة التصرف القانوني إلى نوعين من الشروط، شروط متعلقة بالأهلية وأخرى متعلقة بسلامة لإرادة وخلوها من العيوب.

(1) - د. كيرة حسن، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية وأحكامها، ومصادرها، د.ط؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998، ص.340.

(2) - تقيّة محمد، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.08.

(3) - تقيّة محمد، المرجع نفسه، ص.10.

الفرع الأول

توفر الأهلية اللازمة في التصرف القانوني

لقيام التصرف القانوني صحيحاً لا بد أن يكون الشخص المتصرف ذا أهلية أداء كاملة، وأن تكون هذه الأخيرة خالية من العوارض والموانع، ولكن قبل التطرق إليها لا بد من تعريف الأهلية وذلك أولاً، ثم البحث عن عوارض وموانع الأهلية ثانياً.

أولاً: تعريف الأهلية:

الأهلية المقصودة في نطاق دراسة صحة التصرف القانوني هي أهلية أداء كاملة، وهي صلاحية الشخص بالقيام بالأعمال أو التصرفات القانونية لا أهلية الوجوب التي تلازم الشخص منذ ميلاده حتى وفاته⁽¹⁾. وتعرف أهلية الأداء بأنها: "صلاحية الشخص لممارسة الأعمال والتصرفات القانونية بنفسه على وجه يعتد به قانوناً"⁽²⁾.

ومثال ذلك: قيام الشخص بالبيع أو الإيجار أو هبة أمواله، ففي هذه الحالة يجب أن يكون الشخص الذي صدرت منه هذه التصرفات كامل الأهلية بحيث إذا نظرنا إليه من حيث كونه صالحاً لأن يكون مالكاً للشيء المشتري، قلنا أنه يتمتع بأهلية وجوب بالنسبة لحق الملكية⁽³⁾. لكي يكون التصرف القانوني صحيحاً في كل الأحوال، فإنه لا بد أن يكون صادراً عن ذي أهلية أداء كاملة، وأن تكون هذه الأهلية خالية من العوارض والموانع.

ثانياً: خلو الأهلية من العوارض و الموانع

تعتبر الأهلية بمثابة العمود الفقري لقيام الشخص بالتصرفات القانونية، وبالتالي لا بد أن تكون خالية من العوارض والموانع وعليه فإننا سنتطرق إليها بنوع من الإيجاز فيما يلي:

(1) - د.علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري؛ د.م.ج، الجزائر، 2007 ص.48.

(2) - محمد سلام مذكور، المدخل للفقهاء الإسلامي، تاريخه ومصادره ونظرياته العامة، دار النهضة العربية، ط.1؛ د.ب.ن. 1960، ص.63.

(3) - الجيلالي عجة، المرجع السابق، ص.148.

1- عوارض الأهلية:

تكتمل أهلية الإنسان ببلوغه التاسعة عشر سنة، وتصحُّ كامل تصرفاته. إلا إذا طرأ على أهليته عارض من عوارض الأهلية الآتية:

أ- الجنون والعتة: تنص المادة 1/42 من ق.م.ج، على ما يلي: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون"⁽¹⁾.

- الجنون: (Démence): هو حالة مرضية تصيب الشخص فتفقده القدرة والإدراك على تمييز العمل النافع من العمل الضار⁽²⁾.

- العته: (Imbécilité)⁽³⁾: هو الخلل الذي يصيب العقل دون أن يصل حد الجنون فيجعل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم⁽⁴⁾.

يفرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين الجنون، والعتة فيما يلي:

فالجنون يصاحبه اضطراب، وهيجان، أما العته فيلازمه الهدوء كما يفرقون أيضاً بين الجنون المستمر والجنون المتقطع⁽⁵⁾.

لم يفرق المشرع الجزائري، فإنه بين الجنون المتقطع والجنون المستمر لأنه من الصعب إثباته.

حكم تصرفات المجنون والمعتوه:

أما بالنسبة لحكم تصرفات كل من المجنون، المعتوه، فإن نص المادة 107 من ق.أ.⁽⁶⁾ فرقت بين التصرفات الصادرة قبل الحجر، والتصرفات الصادرة بعد الحجر عليهما، ففيما يخص حكم التصرفات الصادرة قبل الحجر فإننا نميز بين حالتين:

(1)- أمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/07 المرجع السابق.

(2)- د. السلطان أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط.10؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص.29.

(3)- يعقوبي م-ط. : معجم المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، عربي- فرنسي، ط.2؛ قصر الكتاب، الجزائر، 2001، ص.124.

(4)- السلطان أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.30.

(5)- الجنون المتقطع : هو الجنون الذي تتخلله فترات من الانقطاع وهو عكس الجنون المستمر.

(6)- وذلك بنصها على ما يلي : "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها".

حالة 01: إذا كانت حالة الجنون أو العته غير شائعة بين معظم الناس وقت إبرام التصرف القانوني فتصرفاتهما تعتبر صحيحة، ويعتبران كاملاً الأهلية.

حالة 02: إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان المتعاقد مع المجنون أو المعتوه على يقين من هذه الحالة فإن تصرفاتهما تكون باطلة بطلاناً مطلقاً رغم صدورهما قبل تسجيل قرار الحجر⁽¹⁾، أما فيما يخص حكم التصرفات الصادرة بعد توقيع الحجر فتكون باطلة بطلاناً مطلقاً⁽²⁾. وللإشارة، فإن قرار الحجر يكون بطلب من أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة⁽³⁾، كما يمكن رفعه بناءً على طلب المحجور عليه إذا زالت أسبابه، وذلك ما قضت به المادة 108 من ق.أ.⁽⁴⁾.

(1) السّفه والغفلة: تنص المادة 43 من ق.م.ج. على: "... وكل من بلغ سن الرّشد، و كان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية ..."⁽⁵⁾.

تعريف السّفه:

السّفه لغة: الإسراف والتبذير وقد ورد ذكر كلمة سفهاء في القرآن الكريم حيث يقول الله عز وجل " ولا تأتوا السفهاء أموالكم"⁽⁶⁾. وقد فسّر الفقهاء هذه الآية على أن السّفه لا يتحدد إلا إذا كان بصدد مال معين يقوم السّفه بتبذيره، وتبديده دون وجه حق.

اصطلاحاً: يقصد بالسّفه حالة نفسية تعترى الإنسان العاقل فتحمله على التصرف في ماله على خلاف مقتضى العقل والشرع⁽⁷⁾.

(1) - الحجر : هو المنع من التصرف في أموال الشخص وذلك لعارض يعيبه في عقله أو في تدبيره وهو نوعان: الحجر القضائي والحجر القانوني.

(2) - نبيل صقر، قمرابي عز الدين، قانون الأسرة نصاً وتطبيقاً، د.ط؛ دار الهدى، الجزائر، د.س.ن، ص.181-182.

(3) - نبيل صقر، قمرابي عز الدين، المرجع نفسه، ص.183.

(4) - وذلك بنصها على ما يلي : "يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه"

(5) - قانون رقم 05-10، مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل الأمر رقم 75 - 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

(6) - الآية 5 من سورة النساء.

(7) - عبد الفتاح تقيّة، "نطاق عوارض الأهلية في فقه أصول الشريعة الإسلامية، دراسة تحليلية"؛ المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2009، العدد. 01، ص.241.

السفيه شخص كامل العقل، ولكن تعثره خفة تجعله يتصرف خلاف مصلحته الخاصة ويكون إثبات حالة السفه بتقديم قرائن مادية على حدوثه وذلك من خلال أعمال قام بها السفيه، وأدت إلى ضياع المال بفعل تبذيره وإسرافه. وتقدير هذه المسألة هي متروكة للقاضي، كما يجب أن يكون سبب هذا التبذير مخالف للعقل والشرع، أما إذا أنفق الشخص أمواله في أعمال خيرية فلا تعد هذه الأعمال تبذيراً على عكس إن قام بتبذير أمواله في القمار أو الرهان الذي يعتبر عمل غير مشروع⁽¹⁾.

تعريف الغفلة:

الغفلة لغة: هي نقيض الفطنة ومنها جاءت كلمة إغفال ومغفل.

الغفلة اصطلاحاً: هي ضعف في الملكات النفسية تؤدي إلى إقبال الشخص على التصرفات دون أن يميز بين الربح والخاسر منها، فيُغيب سلامة نيته⁽²⁾.

وذو الغفلة هو شخص كامل العقل، ولكنه طيب القلب بحيث تجره طيبة قلبه إلى أن يغيب في المعاملات⁽³⁾، أما فيما يخص تقدير حالة الغفلة فيستقل بها قاضي الموضوع، ويقع عبء إثباتها على المدعي وذلك بكافة طرق الإثبات، كقيام الشخص بتصرفات أدت إلى ضياع المال نتيجة ضعف أو عدم فطنته، أو السهولة في خداعه.

أما التصرفات الناتجة عن الإهمال، أو السهو في التعامل، والتي من شأن الرجل العادي الوقوع فيها، فلا تعد مظهراً للغفلة⁽⁴⁾.

حكم تصرفات السفيه وذو الغفلة:

يعد حكم السفيه وذو الغفلة في مرتبة ناقص الأهلية، وذلك حسب نص المادة 43 من

ق.م.ج، فتقع تصرفاتهما:

- صحيحة إذا كانت نافعة نفعاً محضاً: كقبول الهبة والوصية. فهذه التصرفات تثبت للسفيه وذو الغفلة أهلية الاغتناء كاملة.

(1) - الجليلي عجة ، المرجع السابق، ص.157.

(2) - عبد الفتاح نقيه، المرجع السابق، ص.242.

(3) - زعلاني عبد المجيد، المدخل لدراسة القانون : النظرية العامة للحق؛ دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010 ص.181.

(4) - الصراف عباس وجورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، نظرية الحق و القانون، ط.1؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع د. ب. ن، 2008، ص.169.

- باطلة بطلاناً مطلقاً، إذا كانت ضارة ضرراً محضاً: كقيام السفيه أو ذا الغفلة بهيبة أمواله للغير وتجدر الإشارة إلى أنه تستثنى من هذه التصرفات الوصية⁽¹⁾ والوقف⁽²⁾ فيصح للسفيه وذا الغفلة إجراءهما، وذلك ما نستنتجه من المادة 10 من القانون رقم 91 - 10 المتعلق بالأوقاف⁽³⁾.
- قابلة للإبطال، إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، ومثالها: البيع والشراء⁽⁴⁾.
- ويترتب على قيام كل عارض من عوارض الأهلية السابقة الحجر على الشخص وذلك حسب نص المادة 101 من ق.أ. والذي تكون أحكامه وفقاً لنص المادة 107 من نفس القانون السالفة الذكر⁽⁵⁾ حيث تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد توقيع قرار الحجر باطلة، وقبله إذا كانت حالة السفه والغفلة ظاهرة وفاشية وقت صدور هذه التصرفات⁽⁶⁾.

حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا الصادرة في 2002/06/05، ملف رقم 230962 ما يلي: "لا يمكن الحكم على التصرفات القانونية الواقعة قبل الحجر إلا إذا أثبتت الخبرة بأن المرض كان متفشيًا وظاهرًا"⁽⁷⁾

(أ) موانع الأهلية:

إن بلوغ الشخص سن الرشد، وخلوه من عوارض الأهلية لا يؤدي حتماً إلى مباشرته للتصرفات بنفسه، حيث قد يتعرض هذا الشخص لمانع من موانع الأهلية⁽⁸⁾.

- (1) - الوصية: تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، وهي تكون في حدود ثلث التركة وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة.
- (2) - الوقف: هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير.
- (3) - وذلك بنصها على: "يشترط في الوقف لكي يكون وفقه صحيحاً ما يأتي:
- أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكاً مطلقاً.
- أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين"
- (4) - سنتطرق إلى هذه التصرفات بالتفصيل عند دراسة أنواع وأحكام تصرفات الصبي المميز في ق.م. و ق.أ. وذلك في لفصل الثاني من هذه المذكرة.
- (5) - قانون رقم 84 - 11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، المرجع السابق.
- (6) - د. بعلي محمد الصغير، المدخل للعلوم القانونية: نظرية القانون، نظرية الحق، المرجع السابق، ص.156.
- (7) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 230962 مؤرخ في 2002/06/05 (قضية م.ج. ضد ق.ح.) المجلة القضائية، عدد، 2، 2003، ص.296.
- (8) - أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية؛ دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع الإسكندرية مصر، 2003، ص.58.

تعرف موانع الأهلية على أنها: ظروف تطرأ على أهلية الشخص فتمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، وقد حصرها، الفقهاء في أربع حالات⁽¹⁾.

لكن هذا الحصر غير موفق لأن هذه الحالات ترد في الغالب على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر لعدم وجود قائمة محددة من طرف المشرع⁽²⁾.

1 المانع المادي و المانع الطبيعي:

- المانع المادي: يتقرر المانع المادي في حالتين:

حالة الغائب: وهو الشخص الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى مكان إقامته⁽³⁾، أو إدارة شؤونه بنفسه⁽⁴⁾.

أو بواسطة غيره، وذلك خلال مدة سنة فأكثر⁽⁵⁾ وتسبب في غياب ضرر للغير⁽⁶⁾.

حالة المفقود: وهو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه، ولا يعرف حياته أو موته، ولا يعتبر مفقوداً إلاّ بحكم⁽⁷⁾.

نص المشرع الجزائري على كلّ من الغائب والمفقود في المواد : 109، 110، 111

112، 113، 114، 115 من ق.أ.⁽⁸⁾.

تثبت هاتين الحالتين وجوباً بحكم قضائي، وحالة فقدان يقدرها القاضي ويعين بموجب نفس

الحكم مقدماً⁽⁹⁾ من أقارب المفقود، ويستلم ما استحقه من ميراث أو تبرع.

(1) - الجيلالي عجة، المرجع السابق ص.158.

(2) - أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.60.

(3) - محمد عبد الله هادي، أحكام المفقود، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون العراقي، ط1؛ دار الدجلة، عمان الأردن 2010، ص.26.

(4) - فيلالي علي، نظرية الحق، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص.227.

(5) - الفضل منذر، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات وأحكامها دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، ط.1؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص.130.

(6) - فيلالي علي، المرجع السابق، ص.228.

(7) - الفضل منذر، المرجع السابق، ص.131.

(8) - قانون رقم 11/84 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

(9) - المقدم : هو الشخص الذي تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو من له مصلحة، أو من النيابة العامة.

يظهر مما تقدم أن الحكم بفقد الشخص أو غيابه يعني في نفس الوقت الحجر عليه قضائياً والذي يكون مردّه فقدان والغيبة وليس لانعدام أو نقص التمييز، الأمر الذي يسبب أضراراً للغير نتيجة تعطيل مصالحهم.

- **المانع الطبيعي:** يقصد به أن يصاب الشخص بعاهتين: كأن يكون الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، مما يتعدّر عليه التعبير عن إرادته تعبيراً صحيحاً، حيث يجوز للمحكمة أن تعيّن له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي يجريها تحقيقاً لمصلحته.

حسب ما نصت عليه المادة 80 من ق.م. (1)، لا يرجع تعيين هذا المساعد القضائي إلى نقص في أهلية الشخص المصاب بالعاهة الجسمانية، بل هو شخص راشد كامل التمييز، متمتع بكل قواه العقلية، فهو كامل الأهلية، وإنما لكونه لا يستطيع التعبير عن إرادته تعبيراً واضحاً. ولا يعتبر المساعد القضائي نائباً بالمعنى الصحيح، فلا يقوم مقام المستفيد من المساعدة بل يقتصر دوره على حضور التصرفات التي يقدم عليها المعني بالمساعدة ولا يجوز لهذا الأخير أن ينفرد بالقيام بهذه التصرفات إلا إذا أذنت له المحكمة بذلك (2).

وتكون التصرفات الصادرة من ذي العاهتين قبل أن يعيّن له مساعد قضائي صحيحة. أما بعد تسجيل قرار تعيين المساعد القضائي، فيجوز لذي العاهتين القيام بهذه التصرفات دون مساعده المعين من قبل المحكمة، وإذا قام بها كانت قابلة للإبطال لمصلحته، وهذا ما نصت عليه المادة 80/2 من ق.م. (3).

وعلى ذلك إذا كان الشخص مصاباً بعاهة واحدة، فإن المساعدة القضائية لا تنقرر له بحسب الأصل، أو إذا كان مصاب بغير العاهات المحددة في القانون.

(1) - وذلك بنصها على: "إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعيّن له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تفتضيها مصلحته. - ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة"

(2) - فالإرادة التي يتم بها التصرف هي إرادة المستفيد من المساعدة وليس إرادة المساعد القضائي.

(3) - قانون رقم 05 - 10، مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج، عدد 44 لسنة 2005.

ونفس الأمر إذا كان الشّخص مصاباً بالعاهتين، و لكنه يستطيع التعبير عن إرادته، فلا تتقرر له المساعدة القضائية.

والملاحظ على هذا النّص أن المشرع الجزائري وقع في خطأ وذلك بقوله: "بسبب تلك العاهة" والصّواب "بسبب تلك العاهتين" فإذا توافر هذين الشّرتين حكمت المحكمة بتعيين المساعد القضائي الذي يُختار من بين أقارب المعاق أو أي شخص آخر تراه المحكمة مناسباً ويمكن للمحكمة أن تحدّد التصرفات موضوع المساعدة القضائية، كما يمكن لها عدم تحديد هذه التصرفات، وهذا ما يفهم من نص المادة 80 من ق.م.ج.(1).

ويبدأ آثار المساعدة القضائية في السريان فور تسجيل الحكم المتضمّن لها، والتأثير بذلك في سجلات الحالة المدنية للشّخص المعاق(2).

2) المانع القانوني و المانع القضائي:

- المانع القانوني: يقصد به وجود نص قانوني يمنع شخص معيّن من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، ومثاله التاجر المفلس الذي نصّت عليه المادة 1/244 من ق.ت.ج.(3).

والحكم بشهر الإفلاس الناتج عن توقف التاجر المفلس من دفع ديونه وعدم قدرته على ذلك يؤدي حتماً إلى التعيين الإجباري لوكيل التفليسة الذي يتولى إدارة أموال المفلس(4).

وشرحاً لهذا النّص يترتب على الحكم بالإفلاس أثرتين هما:

- غل يد التاجر المفلس عن التصرف في أمواله(5).
- حلول وكيل التفليسة محل التاجر المفلس بقوة القانون في ممارسة جميع الحقوق و الدعاوي المتعلقة بدمته طيلة مدة التفليسة، والحكمة من منع التاجر المفلس من مباشرة التصرفات القانونية هو حماية مصلحة جماعية الدائنين.

(1) - وذلك نصها : "... يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته".

(2) - الحيلالي عجة، المرجع السابق، ص.455.

(3) - وذلك بنصها : "يترتب بحكم القانون على الحكم بإشهار الإفلاس، ومن تاريخه، تخلي المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، بما فيها الأموال التي قد يكتسبها بأي سبب كان وما دام في حالة إفلاس يمارس وكيل التفليسة جميع حقوق ودعاوي المفلس المتعلقة بدمته طيلة مدة التفليسة".

(4) - د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج.1 : الزواج والطلاق؛ دم.ج، الجزائر، 1999 ص.114.

(5) - د. بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص.115.

- المانع القضائي:

يعتبر المانع القضائي بمثابة عقوبة تبعية⁽¹⁾ لعقوبة أصلية⁽²⁾، موصوفة على أنها جناية حيث يحرم الشخص من حقوقه المدنية طبقاً لنص المادة 07 من ق.ع، كما يحجر عليه حجراً قانونياً والمتمثل في: حرمان المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية من مباشرة حقوقه المدنية، وتكون إدارة أمواله طبقاً للأوضاع المقررة في حالة الحجر القضائي.

ويعتبر الحجر القضائي ضد المحكوم عليه جنائياً بمثابة عقوبة تكميلية تضاف إلى العقوبة الأصلية، تسلط عليه بقوة القانون، وبالتالي يصبح المحكوم عليه جنائياً عديم الأهلية، فلا يمكنه مباشرة التصرفات بنفسه، ويستمر الحجر القانوني على المحكوم عليه طيلة تنفيذ العقوبة الأصلية بمعنى مدة سجنه.

وهذا ما جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا، حيث جاء في حيثياته: "... أن وضعية المحكوم عليه بعقوبة تجعله في حكم المحجور عليه فهو محروم قانوناً من التصرف في أمواله، فلا يحق له إجراء أي تصرف في أمواله فإن حرّيته مقيدة تجعله قاصراً عن القيام بأي تصرف مالي ما دام سجيناً..."⁽³⁾.

وتكون التصرفات التي يقوم بها الشخص المحجور عليه قانوناً، أثناء مدة تنفيذ العقوبة الأصلية باطلة بطلاناً مطلقاً⁽⁴⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه خلال تنفيذ العقوبة يتولى المقدم إدارة أموال المحجور عليه قانوناً. فيتصرف باسم ولحساب هذا الأخير، ويجب تفادي الخلط بين حالة انعدام الأهلية هذه، وبعض الحالات التي يمنع الشخص من التصرف في بعض ممتلكاته، كأن تكون محل حراسة قضائية لكونها محل نزاع إذ يبقى الشخص يتمتع بأهليته، وهذا ما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا: "إن تعيين حارس قضائي

(1) - تتمثل العقوبات التبعية وفق للمادة 06 من ق.ع فيما يلي: الحجر القانوني والحرمان من الحقوق الوطنية وهي لا تتعلق إلا بعقوبة الجناية.

(2) - تتمثل العقوبات الأصلية وفقاً للمادة 5 من ق.ع فيما يلي: الإعدام، السجن المؤبد، السجن المؤقت لمدة تتراوح بين 05 سنوات إلى 20 سنة.

(3) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 43476 مؤرخ في 1986/06/29، (قضية ج.م. ضد ح.ق) المجلة القضائية، عدد 1، 1993، ص.14.

(4) - فيلالي علي، نظرية الحق، المرجع السابق، ص.226.

لا تؤثر على الأهلية للشخص الذي توضع أملاكه تحت الحراسة القضائية ما لم يؤدي ذلك التعيين إلى تجريد المعنى بالأمر من الدعاوي التي قد يمارسها بوصفه مالكاً للشيء الموضوع تحت الحراسة⁽¹⁾.

الفرع الثاني

خلو الإرادة من العيوب

نعالج في هذا الفرع تعريف الإرادة وطرق التعبير عنها وذلك أولاً، ثم نتطرق ثانياً إلى عيوب الإرادة بإيجاز.

أولاً: تعريف الإرادة و طرق التعبير عنها:

يقصد بالإرادة لغة: التصميم على أمر معين، واصطلاحاً: تعبير جاد صادر عن شخص يتخذ مظهر معين، ويؤدي إلى إحداث أثر قانوني أما إذا لم تتجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، فلا تكون أمام إرادة معتبرة قانوناً⁽²⁾.

ويدخل في هذا المعنى إرادة الهازل، وذلك لأن العبرة بالتعبير الجاد وليس الهزلي، كما تستبعد كذلك الإرادة المتعلقة على شرط المشيئة⁽³⁾، ونفس الشيء بالنسبة لإرادة فاقد التمييز، كالصبي غير المميز، والمجنون، وفاقد الوعي لسكر، أو مخدر، أو مرض يؤثر على الإدراك والتمييز كالمريض مرض الموت⁽⁴⁾.

إن الإرادة قد تكون باطنة⁽⁵⁾. كما قد تكون ظاهرة⁽⁶⁾. والملاحظ أن المشرع الجزائري أخذ

(1) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 56092 مؤرخ في 12/02/1990، (قضية، ق.أ ضد م.ب)

المجلة القضائية، عدد 01 الصادرة في 1991، ص.12.

(2) - د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، المجلد 2 ج.1، ط.3 جديدة؛ منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص.244.

(3) - كمن يقول لشخص أبيعك منزلي إن أردت أنا.

(4) - د. أبو زهرة محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د.ط؛ دار الفكر العربي، 1996، ص.218.

(5) - هي الإرادة الحقيقية التي اتجهت إليها نفس المتصرف، والتعبير عنها ليس إلا قرينة قابلة لإثبات العكس.

(6) - وهو ذلك التعبير الذي يتخذ مظهراً معيناً، والذي يدل على إرادة صاحبها، دون الاعتداد بحقيقتها وهذا المظهر قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس.

بالإرادتين معاً، وذلك من خلال نص المادة 60 من ق.م.ج⁽¹⁾، مراعيّاً في ذلك استقرار المعاملات، فتارة نجاه قد غلب الإرادة الباطنة وذلك ما نستشفه في تكوين التصرف القانوني، حيث أن المشرع لا يعتدّ إلا بالإرادة السليمة من العيوب. التي يترتب على وجودها في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ وذلك ما نصّت عليه المادة 111/2 من ق.م.ج.

ولكن من جهة أخرى نجد بعض الأحكام التي غلب فيها المشرّع الجزائري الإرادة الظاهرة، وهو ما نصت عليه المادة 61 من ق.م.ج⁽²⁾، حيث جعل التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه. بمعنى أنه من وجه إليه إيجاب قبله ثم عدل، ولكن القبول وصل إلى علم الموجب قبل وصول العدول فإن نتيجته الانعقاد، وذلك على أساس الإرادة الظاهرة، وهو ما قضت به المادة 62 من ق.م.ج⁽³⁾. كما أخذ المشرّع الجزائري أيضاً بالإرادة الظاهرة في تفسير العقد إذا كانت عبارة العقد واضحة، حيث منع القاضي أن ينحرف عن عبارة العقد الواضحة عن طريق تفسيرها للتعرف على إدارة المتعاقدين، وذلك ما نصت عليه المادة 111/1 من ق.م.ج⁽⁴⁾.

وتأسيساً على ما تقدم فإن المشرّع الجزائري أخذ بالنظريتين معاً، نظرية الإرادة الباطنة أساساً، ونظرية الإرادة الظاهرة في حالات معينة تفرضها متطلبات استقرار المعاملات في المجتمع⁽⁵⁾.
إن التعبير عن الإرادة يتم بطريقتين:

- **التعبير الصريح:** في هذه الطريقة يعبر الفرد عن إرادته صراحة ويكون ذلك باللفظ كأن يقول: أنا موافق، أو بالكتابة كأن يكتب: عبارة "موافق". أو أن يستعمل الإشارة المتداولة عرفاً مثل: تحريك رأسه

(1) - وذلك بنصها على ما يلي: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً"

(2) - وذلك بنصها على: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه، بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك".

(3) - وذلك بنصها على: "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يبين العكس من التعبير أو طبيعة التعامل"

(4) - وذلك بنصها على: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين".

(5) - الحيلالي عجة، المرجع السابق، ص.465.

من الأسفل إلى الأعلى وهي إشارة تدل على قبول الشيء، أو تحريكه من اليمين إلى اليسار التي تدل على الرفض، أو يتخذ موقف لا يدع الشك من مقصود صاحبه⁽¹⁾.

- **التعبير الضمني:** هو ذلك المظهر الذي يتّخذه المتصرف للتعبير عن إرادته حيث تستخلص هذه الأخيرة من وقائع التصرف⁽²⁾، ومثاله: إذا سأل شخص صاحب المطعم عن ثمن الطعام ثم جلس وأكل فإن قيامه بالأكل تعبیر عن إرادته في قبول الثمن، كذلك حالة عقد الفندق الذي يتم بين النزيل وصاحب الفندق، فمبيت النزيل في الغرفة دليل على إرادته في إبرام التصرف، وقد نص عليه المشرع في المادة 60/2⁽³⁾.

ويختلف السكوت والتعبير الضمني عن الإرادة: فالتعبير الضمني يتجسد في اتخاذ موقف معين، أي أنه عمل تستخلص فيه الإرادة من ظروف تدل عليها، أما السكوت فهو من العدم، والسكوت لا يعمل شيء يمكن أن تستنتج منه إرادته⁽⁴⁾، وهنا يمكن التساؤل على مدى صلاحية السكوت كطريقة للتعبير عن الإرادة؟

ولقد أجابنا المشرع عن هذا التساؤل في نص المادة 68 من ق.م.ج⁽⁵⁾، واستناداً إلى هذا النص تبين لنا أن هناك أصل يرد عليه استثناء.

فمن حيث الأصل: إن السكوت لا يصلح للتعبير عن الإرادة، ولا ينسب لسكوت قول وإلا كانت حرية الشخص في خطر.

ومن حيث الاستثناء: فإن السكوت في معرض الحاجة بيان، وهنا يعتبره المشرع دليل على الموافقة، إذا كان هذا السكوت في حالة من الحالات التالية:

(1) - السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.246.

(2) - د. الجليلي عجة، مدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المرجع السابق، ص.468.

(3) - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل ومتمم، المرجع السابق.

(4) - حسن فرج عبد الرزاق، دور السكوت في التصرفات القانونية، د.ط؛ دن، د.ب.ن، 1980، ص.8.

(5) - وذلك بنصها على: "إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم

يكن ينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

ويعتبر السكوت في الرد قبولاً، إذا إتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب بمصلحة من وجه إليه".

- حالة إذا كانت طبيعة المعاملة تعتبر السكوت دليلاً على الرضا، كحالة إرسال البائع لفاتورة إلى المشتري، فإن سكوت المشتري، وعدم اعتراضه عليها، يعد بمثابة قبول لها.

- العرف الجاري العمل به.

ثانياً: **عيوب الإرادة**: تتمثل عيوب الإرادة فيما يلي:

أ- **الغلط**: يُعرّف الغلط على أنه: وهم يقع في ذهن الشخص المتعاقد حين إبرامه للتصرف القانوني حيث يجعله يتصور الشيء الذي تعاقد عليه على غير حقيقته⁽¹⁾. وقد عالج المشرع الجزائري في المواد من 81 إلى 85 من ق.م.ج.

1- **شروط الغلط**: إن الشرط الوحيد الذي نصّ عليه المشرع والذي يجب توافره في الغلط ليعتد به هو أن يكون الغلط جوهرياً، ويكون كذلك إذا بلغ حداً من الجسامّة، بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط⁽²⁾. ولا يشترط أن يشترك المتعاقدان في الوقوع في الغلط، بل يكفي أن يقع فيه أحد الأطراف، ولو جهله الثاني⁽³⁾.

2- **تطبيقات الغلط**: لقد ضربت الفقرتين 2 و 3 من المادة 82 من ق.م.ج. أمثلة لهذا الغلط الجوهرية فنصّت على أنه: ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظراً لشروط العقد ولحسن النية، كمن يشتري شيئاً على أنه من الذهب، فيتبين له أنه من النحاس⁽⁴⁾.

أو إذا وقع في ذات المتعاقد، أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو الصفة السبب الرئيسي في التعاقد، كمن يؤجر سكناً لسيدة كان يعتقد أن سلوكها لا غبار عليه، ثم اتضح أنها كانت تحترف الدعارة فيما مضى⁽⁵⁾.

(1) NICOLAEU (Patrick), dicojuris, lexique de droit privé, ellipses, éd. Marketing, Paris, 1996. P. 149. « L'erreur consiste à croire vrai ce qui est faux ou l'inverse, c'est-à-dire à croire faux ce qui est vrai... ».

(2) - دريال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، د.ط؛ دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر 2004، ص. 24.

(3) - إن المشرع بهذه الكيفية يكون قد بسط حمايته على المتعاقد الذي وقع في غلط بحيث لم يلزمه بعقد لم يكن يقصده كما انه حمى الطرف الآخر، بحيث اشترط ان يبلغ الغلط حداً من الجسامّة، وبذلك لا يتقاضي بادعاء المتعاقد معه بالبطان لكونه قد وقع في غلط.

(4) - د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج.1: التصرف القانوني، العقد و الإرادة المنفردة، ط.5؛ د.م.ج، الجزائر، 2007، ص.102.

(5) - إخلف خليصة، يوسف خوجة سعدية، النظام القانوني لعقد الإيجار في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011-2012، ص.16.

وهذا ما جاء في أحد أحكام للمحكمة العليا حيث حكمت بأنه: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله وأنه يعتبر الغلط جوهرياً إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو الصفة السبب الرئيسي في التعاقد"⁽¹⁾. وفي حكم آخر قرّرت بأن: "الغلط في صفة من الصفات الأساسية للشخص يمكن أن يشوب الإرادة في مجال عقد الزواج، كما هو الحال عند إخفاء الزوج، أو سكوته عن عجزه الجنسي في عقد الزواج"⁽²⁾.

وتطبيقاً لنظرية الغلط الجوهري فإن الغلط في صفة عرضية أو ثانوية للشيء أو الشخص، أو الغلط في قيمة الشيء، أو الغلط في الباعث الدافع إلى التعاقد، وكذا الغلط في الأرقام، والحساب كلها لا تؤثر أصلاً على سلامة الرضا ولا تعيب الإرادة و ذلك حسب ما نصت عليه المادة 84 من ق.م.ج.

3- آثار الغلط: يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب من القضاء إبطاله، وذلك ما نصّت عليه المادة 81 من ق.م.ج. ويقع عبء إثبات الغلط وفقاً للمبادئ العامة على من يدّعيه، ويكون ذلك بكافة طرق الإثبات، غير أنه لا يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع مقتضيات حسن النية، ويبقى من وقع في الغلط ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ العقد⁽³⁾.

ب- الإكراه: la violence والصحيح هو : Contrainte⁽⁴⁾:

يُعرف الإكراه على أنه: تهديد المتعاقد دون وجه حق بخطر يبعث في نفسه رهبة تحمله على التعاقد⁽⁵⁾، وعليه قد يتعاقد شخص ليس بإرادته بل بسبب الضغط عليها بطريقة التهديد الذي يُولد

(1) - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 49339، مؤرخ في 14/11/1988، (قضية ع، ب. صد م. ف)، المجلة القضائية، عدد 4، 1990، ص.120.

(2) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 49228 مؤرخ في 19/10/1987 (قضية م. ب. ضد ع. أ).

(3) - د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.104.

(4) - ديب لطيفة، قاموس المصطلحات الحقوقية والتجارية، عربي- فرنسي، ط.1؛ دار علاء الدين للنشر والتوزيع والترجمة، دمشق، سوريا، 2005، ص.55.

(5) - دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.28.

في نفسه رهبة وخوفاً، يخاف فيها على نفسه، أو أمواله، أو شرفه، أو نفس، أو مال، أو شرف أحد أقاربه⁽¹⁾.

1 شروط الإكراه:

- أن يصدر الإكراه من المتعاقد أو من نائبه، وهنا يشبه الإكراه التدليس فيجب أن يصدر الإكراه إما من المتعاقد معه، أو من نائبه، أما إن صدر من الغير فلا يعتبر إكراه إلا أن يُثبت المُكره أن المتعاقد معه كان يعلم، أو من المفروض أنه يعلم بذلك الإكراه⁽²⁾.

- أن يكون الإكراه دافعاً إلى التعاقد، ويقصد بذلك أن تكون الرهبة أو الخوف الذي أحدثه الإكراه مؤسسة، بحيث ليست مجرد مزاعم لا يصدقها الواقع والرهبة تكون كذلك إذا كان الخطر المهدد به جسماً كالتهديد بالقتل أو الضرب أو خطف الأولاد، ويكون كذلك حال، ووشيك الوقوع⁽³⁾.

إن تقدير تلك الرهبة التي وقعت في نفس المكره يجب أن تتم بصفة ذاتية وذلك بالنظر إلى سنّ وجنس المكره، وكذا مستواه الثقافي ووضعه الاجتماعي كما يجب أن يكون ذلك الخوف هو الذي دفع المكره إلى التعاقد⁽⁴⁾.

- أن يكون الإكراه غير مشروع، والإكراه يكون كذلك، إذا كانت الوسيلة المستعملة كالتهديد بالقتل، أو كانت الغاية فقط هي الموصوفة بغير المشروعة كمن يهدد آخر بشهر إفلاسه إن لم يدفع فوائد ربوية عن مبلغ القرض الذي في ذمته⁽⁵⁾.

2 آثار الإكراه:

يتوجب على الطرف المكره إثبات الإكراه الواقع عليه من المتعاقد معه أو من الغير، وله في ذلك الاستعانة بكل وسائل الإثبات، ومتى تحقق ذلك كان له أن يطلب إبطال العقد مع التعويض أما إن كان الإكراه من الغير ولم يستطع المكره إثبات تورط المتعاقد معه، فليس له إلا الرجوع على

(1) - د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق الجزائر، ص.64.

(2) - د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.65.

(3) - حسن فرج توفيق، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بين القوانين العربية، د. ط؛ الدار الجامعية، د.ب. ن، د.س. ن، ص.167.

(4) - د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.66.

(5) - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص.168.

الغير بدعوى المسؤولية التقصيرية طالباً التعويض فحسب وهذا ما نصت عليه المادة 89 من ق.م.ج.(1).

ت - الاستغلال La lésion:

يعرف الاستغلال على أنه: اختلال فاحش في الأداءات(2)، نتيجة استغلال متعاقد ما في المتعاقد الثاني من ضعف نفسي(3).

وقد عالجه المشرع الجزائري في المادة 90 من ق.م.ج.

1 شروط الاستغلال:

يمكن ردّ شروط الاستغلال إلى عنصرين: مادي ومعنوي.

- العنصر المادي: ويتحقق بوجود ثلاثة عناصر أخرى فرعية تتمثل في:

- عدم تعادل الأداءات: ومثل ذلك البيع بثمن باهظ أو بثمن بخس ويُتصور هذا الاختلال في الأداءات سواء في عقود المعاوضات(4) من بيع وإيجار إلخ...، محددة كانت أو احتمالية مثل أن يكون الثمن في البيع عبارة عن إيراد مرتب مدى الحياة إلا أن احتمالات الخسارة أكبر بكثير من احتمالات الكسب كمن يشتري عقاراً من شيخ هرم لقاء إيراد زهيد.

ويتصور الاختلال في الأداءات في عقود التبرع بما فيها من ميزة التبرع حيث يتنازل طرف

عن شيء، دون مقابل مما يجعل طبيعة هذه العقود هو هذا الاختلال في الأداءات.

- الاختلال الفاحش في الأداءات: لماً كان لا يكاد يخلو منه أي عقد، فإن الواجب توافره إذن، أن يكون ذلك الاختلال فادحاً، ولكن الإشكال يظهر حينما يراد تقدير الاختلال الفاحش ذلك أن المعيار المستعمل، إما أن يكون موضوعياً، بحيث ننظر إلى قيمة الأداءات بحسب سعر السوق، أو أن يكون

(1)-الأمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ينصمّن القانون المدني، المعدل والمتمم المرجع السابق.

(2)- أنظر في تعريف الاستغلال: دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص.30؛ محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب

الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقّه الإسلامي، د.ط؛ دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د.س.ن

ص.90؛ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.67؛ توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق

ص.171.

(3)-HESS-FALLON (Brigitte), SIMON (Anne-Marie), droit civil, 7^{ème} éd, éd DALLOZ, Paris, 2003, P.227. « c'est le préjudice résultant d'un déséquilibre grave entre les prestations... elle résulte d'un prix insuffisant ou excessif... »

(4)- NICOLAEU (Patrick), dicojuris, Op.Cit, P.150. « la lésion est un déséquilibre important dans les prestations des parties à un contrat ».

المعيار شخصياً، وذلك بالرجوع إلى الطرف المُستغل في تقويم الأداءات، ولعل الأقرب إلى تحقيق استقرار المعاملات هو الأخذ بالمعيار الأول⁽¹⁾.

• أن يقع الاختلال في الأداءات وقت إبرام العقد⁽²⁾: وهذا الشرط واضح، على اعتبار أن الاختلال الذي يقع بعد إبرام العقد إنما يجد حله في نظرية الظروف الطارئة لا في نظرية الاستغلال⁽³⁾.

- العنصر المعنوي: ويتمثل هذا في عنصرين فرعيين:

• الطيش البين و الهوى الجامح: فالطيش عبارة عن خفة أو اندفاع في الشخص يؤدي به إلى سوء التقدير، وعدم الاكتراث للتصرف الذي يبرمه⁽⁴⁾.

ومثال ذلك الشاب الذي يرث مالا طائلاً فيستغل آخرون طيشه، فيجعلونه يبرم لهم تصرفات ضارة به، أما الهوى الجامع فهو شدة تعلق شخص بشيء معين أو شخص⁽⁵⁾، ومثال ذلك تعلق شيخ هرم بزوجه الشاب فيؤدي به ذلك إلى عقد تصرفات لمصلحتها ولمصلحة أخيها بحيث تكون هذه التصرفات ضارة بالشيخ⁽⁶⁾.

وسواء استغل الطيش البين أو الهوى الجامع فإنه لا بد أن يكون ذلك هو الدافع إلى إبرام العقد⁽⁷⁾.

• نية الاستغلال: أي أن تكون لدى المُستغل تلك النية الخبيثة في الاستفادة من الضعف الذي في الطرف المُستغل، سواء كان طيشاً بيناً أو هوى جامح⁽⁸⁾.

(2) آثار الاستغلال:

للطرف المُستغل بعد إثبات ما سبق، دعويان هما: الإبطال وإنقاص الالتزامات⁽⁹⁾، فإذا طلب الطرف المستغل إبطال التصرف، كان للقاضي السلطة التقديرية في إجابة طلبه، أو العدول عن

(1) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.68.
(2) GILLES (Taonmina), RICCI (Jean Claude), introduction au droit, 1^{ère} éd ; éd. DALLOZ, Paris, 2006, P.16.
« ... il ne peut être question de lésion qu'au moment de la conclusion du contrat... ».

(3) - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.69.

(4) - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص.98.

(5) - محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص.99.

(6) - دريال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.31.

(7) - خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج.4 : عقد البيع؛ د.م.ج، الجزائر د.س.ن، ص.59.

(8) - خليل أحمد حسن قدارة، المرجع نفسه، ص.60.

(9) - أنظر المادة 1/90 من ق.م.ج. التي تنص على: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع

ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر... جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد".

ذلك، والاكتفاء بإنقاص التزامات الطرف المستغل ليردّها إلى الحد الذي يرتقي معه الاختلال الفاحش في الأداءات⁽¹⁾.

أما إذا اختار إنقاص الالتزامات فحسب، فلا يستطيع القاضي إبطال العقد لأنه بذلك يكون قد حكم بما لم يطلب منه⁽²⁾.

ويجب أن ترفع دعوى الاستغلال خلال سنة من يوم إبرام العقد⁽³⁾، وهي مدة لا تخضع لا للوقت وللانقطاع⁽⁴⁾ وإذا لم يجد القاضي أن الطرف الآخر قد استغل طيش المستغل أو هواه رفض دعوى الاستغلال.

(1) - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.71.

(2) - خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص.62.

(3) - أنظر المادة 2/90 من ق.م.ج التي تنص على: "ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة..."

(4) - دريال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.32.

- التمييز بين الاستغلال والغبن:

إذا كان الاستغلال هو: ما ذكرناه سابقاً، فإن الغبن هو الخسارة المالية التي تلحق، في عقود المعاوضات أحد المتعاقدين نتيجة عدم التعادل بين الالتزامات التي يوجبها العقد على أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر⁽¹⁾، ومن ثم يتميز الغبن عن الاستغلال في أمرين:

- الأمر الأول: إن الغبن لا يُتصور في التبرعات، إذ أن أحد المتعاقدين يقدم فيها أداءً معيناً بدون مقابل، فالغبن، باعتباره عدم التعادل المادي لا يُتصور إلا في المعاوضات؛ أما الاستغلال، كما رأينا سابقاً فيمكن أن يقع في جميع التصرفات.

- الأمر الثاني: أن الغبن يقاس بمعيار مادي، فينظر فيه إلى ما بين جميع التصرفات المتقابلة من تفاوت في القيمة المادية، فإذا بلغ الفرق بينهما حداً معيناً كان ذلك غبناً، بينما معيار الاستغلال كما رأينا هو معيار شخصي⁽²⁾.

وبهذا نصل إلى أن الغبن عيب في العقد، وليس عيباً في إرادة العاقد⁽³⁾، فهو يتحقق بمجرد التفاوت المادي، بغض النظر عما إذا كانت إرادة المغبون سليمة، أو مشوبة بأي عيب من عيوب الإرادة⁽⁴⁾، أما في الاستغلال فإن عدم التعادل بين الالتزامات كان نتيجة استغلال أحد الطرفين حالة ضعف يوجد فيها الطرف الآخر، بحيث تُفسد إرادته فيندفع إلى التعاقد تحت تأثير هذا الاستغلال⁽⁵⁾.

والأصل أن الغبن لا يكفي لوحده للطعن في العقد بالإبطال، ذلك أن السماح به يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات⁽⁶⁾، ولأن الغبن عيب في العقد ذاته، فهو لا يترتب عليه أثر إلا في العقود التي

(1) -MARTY (G), RYNAUD (P), droit civil, T.2, les obligations, 1962, P.137. « La lésion est le préjudice que subit une partie au contrat à raison du déséquilibre entre les prestations réciproquement stipulées ».

(2) - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي المرجع السابق، ص.100.

(3) - الرشيدان محمود علي، الغبن في القانون المدني، دراسة مقارنة، ط.1؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2010، ص.215.

(4) - الرشيدان محمود علي، المرجع نفسه، ص.216.

(5) - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.101.

*الغبن: في البيع والشراء: الوكس، غبنه، يغبنه، غبناً، أي خدعه، أنظر في هذا: ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم لسان العرب، المجلد 09؛ دار صادر، بيروت، لبنان، 1956، ص.253.

(6) - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي المرجع السابق، ص.103.

خصها المشرع بذلك بالشروط المقررة في شأن كل منها⁽¹⁾، وقد نصت المادة 91 من ق.م.ج أنه يجب أن يراعي في تطبيق المادة 90 الخاصة بالاستغلال عدم الاختلال بالأحكام الخاصة بالغبن* في بعض العقود⁽²⁾.

ث - التدليس:

يعرف التدليس على انه استعمال طريقة احتيالية غير شريفة عند إبرام العقد، تدفع بالمتعاقد معه إلى إبرام ذلك العقد⁽³⁾.

ولقد عالج المشرع الجزائري في المواد 86-87 من ق.م.ج.

1 شروط التدليس: وهي ثلاثة على التوالي:

- اللجوء إلى طرق احتيالية قصد تضليل المتعاقد معه، حيث تولد هذه الطرق الغلط في ذهن المتعاقد فتخفي الحقيقة عنه حسب نص المادة 1/86 من ق.م.ج⁽⁴⁾، وهذا بهدف التأثير على إرادة العاقد، ودفعه إلى التعاقد، ويقوم هذا العمل من جانب المدلس على عنصرين: أحدهما مادي المتمثل في الطرق والوسائل التي اتخذها المدلس والثاني معنوي والمتمثل في نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع⁽⁵⁾.

- ويعتبر مجرد السكوت أو الكذب أو اصطناع المستندات أو التزوير فيها أو كتمان الحقيقة كلها طرق احتيالية للتأثير على إرادة العاقد.

- وأما بالنسبة للعنصر المعنوي، فانه يجب لقيام التدليس ان يقترن باستعمال الحيل أو الكذب أو الكتمان بنية التضليل، وذلك بان يقصد المدلس خداع العاقد الاخر، والوصول الى غرض غير مشروع فادا انتقت هذه النية انعدم التدليس.

(1) - أنظر المادة 358 من ق.م. الخاصة بالغبن في بيع العقار، والمادة 360 منه الخاصة بالغبن في بيع تم عن طريق المزاد العلني بمقتضى القانون.

(2) - قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

(3) - NICOLAEU (Patrick), Op.cit, P.132. « le dol : manœuvre tremperie exercée par une personne à l'encontre d'une autre pour amener cette dernière à consentir un acte juridique ».

(4) - وذلك بنصها على: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة، بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد"

(5) - حبار محمد، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن؛ رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، د.س.ن، ص.206.

- أن تكون الطرق الاحتيالية هي الدافع الى التعاقد:
- يشترط المشرع الجزائري في المادة 1/86 من ق.م.ج أن تكون الحيلة مؤثرة، أي ان تبلغ من الجسامة حدا يعتبر دافعا للمتعاقد على التعاقد وجسامة الحيلة يرجع فيها الى المعيار الشخصي وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما اذا كان التدليس هو العامل الدافع الذي حمل الطرف الثاني الى التعاقد اد من الناس من يصعب خداعه، ومنهم من يسهل غشه ، مع مراعاة ظروف، وأحوال المتعاقدين ودرجة دكاهه ، خبرته ،ثقافته، سنّه ، وجنسه.
- ويفرق الفقه الفرنسي، بين التدليس الذي هو تضليل وتدليس الذي يقتصر أثره على قبول التعاقد بشروط أبهظ، بينما المشرع الجزائري واعتبرهما عيوب للرضا ويقرر بشأنهما إبطال العقد. خاصة وأن نص المادة 86 جاء عما ومطلقا، ولقد هاجر القضاء الفرنسي هذه التفرقة التي كان يأخذ بها قديما وصار يقضي بإبطال العقد متى ظهر له أن المدعي، لو علم الحقيقة، لكان قد تعاقد بشروط أخرى.
- أن يكون تدليس صادرا من المدلس أو من نائبه: فالطرق الاحتيالية لا يحاسب عليها إلا المتعاقد المدلس أو نائبه.
- 2- آثار التدليس: باعتبار التدليس طريقا احتياليا فإنه يجوز إثباته بكل طرق الإثبات ومتى أثبتته المدلس عليه، جاز له، إما المطالبة بإبطال العقد أو التعويض فحسب⁽¹⁾.
- وتجدر الإشارة إلى أن ما يميز نقص الأهلية عن باقي عيوب الإدارة هو أن القانون قد أقام في حالة نقص الأهلية، قرينة قاطعة على أن إرادة ناقص الأهلية معيبة، أما بالنسبة لعيوب الإرادة (الإكراه، الغلط، التدليس والاستغلال) فلا بد لمن عيبت إرادته من إثبات العيب الذي أفسدها لكي يقضي له بإبطال التصرف القانوني.

(1) - محكمة المحمدية، قرار رقم 3-85 مؤرخ في 05/26 . 1986 . نقلا عن د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 114.

المبحث الثاني

مفهوم الصبي المميز

إن مناط أهلية الأداء هو التمييز، فإذا كان الشخص فاقداً له تكون أهليته منعدمة، وإذا كان غير مكتمل التمييز يعتبر ناقص الأهلية بمعنى صبي مميز، أما إذا كان بالغاً لسن الرشد فتكون لديه أهلية الأداء كاملة، تصلح لإبرام جميع التصرفات القانونية. ولكن قبل التعرض إلى المقصود بالصبي المميز، وتمييزه عنّ يدخل في حكمة لابد لنا من تحديد معنى سنّ التمييز وبدايته.

المطلب الأول

تعريف التمييز

ندرس هذا المطلب في فرعين، حيث نتطرق في فرع أول إلى تحديد معنى التمييز ثم في فرع ثان نبين سنّ التمييز.

الفرع الأول

معنى التمييز

المقصود بالتمييز هو أن يتمتع الصغير ببصر عقلي، بحيث يمكنه من التفرقة بين الحسن والقبيح من الأمور، وبين الخير والشر، وبين النفع والضرر⁽¹⁾. وبمعنى آخر هي مرحلة وسطى من الإدراك التام من جهة، وعدم الإدراك المطلق من جهة ثانية، فالصبي المميز في هذه المرحلة يستطيع أن يفهم الأمور والمعاملات القانونية بصورة عامة وأن يميز بينها، ويدرك إلى حد ما يترتب عليها من نتائج. ولكن صغر سنه وقلة خبرته، وعدم نضج عقله، لا يخوله ذلك إلى الارتقاء إلى إجراء التصرفات بنفسه كالكبير الراشد، وإنما تختلف حدود أهليته، ومداهها تبعا لأنواع التصرفات التي يرغب في إجرائها لذلك عومل فيها معاملة وسطا بين الصغير غير المميز والبالغ العاقل⁽²⁾.

(1) - محمد سعيد جعفرور، فاطمة إسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري؛ دار هومة

للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص.18.

(2) - بن شنيّتي حميد، المدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية الحق، ج.2، ط.2؛ د.د.ن، الجزائر، 2009، ص.165.

الفرع الثاني

بداية سنّ التمييز

إنّ التَّمييز الحقيقي ليس له سنّ معيّن، فقد يُبكر وقد يتأخر، وذلك لأنه أمر خفي ونفسي فهو يختلف بحسب استعداد الإنسان، وبيئته ودرجة ذكائه، ومواهبه العقلية.

وقد افترض المشرع الجزائري سنّ معيّن من عمر الإنسان ليكون بداية لطور التمييز، وهو بلوغ الشّخص الثالثة عشرة من العمر، فنصّ على ذلك في الفقرة الثانية من المادة 42 من ق.م.ج. على أنّ: "يعتبر غير مميّز، من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة"، ونصّ في المادة 43 من التقنين ذاته على أنّ: "كل من بلغ سن التمييز، ولم يبلغ سن الرشد... يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون".

وبمفهوم المخالفة لنص المادة 42/2 وإعمالاً بما تقضي به المادة 43 السابقين، فإنّ سن التمييز محدّد في القانون الجزائري ببلوغ الشّخص تمام الثالثة عشرة سنة⁽¹⁾.

إنّ، ما تم الإشارة إليه في المادتين السابقتين جاء نتيجة تعديلها حيث أنّ المشرع الجزائري قبل تعديل المادة 42/2 كان قد حدّد سن التمييز ببلوغ الشّخص السادسة عشرة من العمر والتي تعتبر سن متأخرة، خصوصاً وأنّ المشرع خفّض سن الرشد، وجعلها تسعة عشرة سنة، وبذلك فلا يفصل بين سن التمييز وسن الرشد إلاّ ثلاث سنوات⁽²⁾.

أمّا فقهاء الشريعة الإسلامية، فقد اعتبروا سنّ التمييز ببلوغ الشّخص تمام السابعة من العمر، مستندين في ذلك إلى قول النبي صلى الله عليه وسلم: "أمروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع". وهو ما اقتدى به كثير من المشرعين العرب في تحديد سنّ التمييز بتمام السابعة، مع رفع سن الرشد إلى واحد وعشرين سنة⁽³⁾.

(1) - محمد سعيد جعفرور، اسعد فاطمة، المرجع السابق، ص. 19-20.

(2) - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمّن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

(3) - محمد سعيد جعفرور، اسعد فاطمة، المرجع السابق، ص. 21.

المطلب الثاني

تعريف الصبي المميز

بعد ما عرفنا معنى التمييز، وبداية سن التمييز، في المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الثاني، فإننا سنبحث في هذا المطلب عن مدى وجود تعريف تشريعي للصبي المميز في فرع أول، ثم إلى مدى وجود تعريف فقهي له، في فرع ثان.

الفرع الأول

التعريف التشريعي للصبي المميز

إن تعريف الصبي المميز لم ينصّ عليه المشرع الجزائري بنص صريح، وإنما نستنتجه من خلال العبارة المنصوص عليها في نصّ المادة 43 ق.م.ج. التي تنصّ على: "كل من بلغ سن التمييز، و لم يبلغ سن الرشد"⁽¹⁾ إذن يكون الشخص صبيًا مميزًا، إذا بلغ سنّ ثلاثة عشرة سنة من عمره، إلى ما قبل دخوله سنّ تسعة عشرة سنة .
ومنه فإنّ خلال هذه المرحلة يكون الصبي واعياً بتصرفاته، وسلوكاته، وتكون لديه أهلية ناقصة⁽²⁾.

الفرع الثاني

التعريف الفقهي للصبي المميز

عرّف فقهاء الشريعة الإسلامية، الصبي المميز بأنه هو الذي يفهم، ويعرف أن البيع يسلب ملكية المبيع من البائع أي البيع سالب للملك، والشراء يدخل المبيع في ملك المشتري، أي الشراء جالب للملك، وأنّ يميّز الغبن الفاحش من اليسير⁽³⁾.

(1) - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

(2) - بودراع عبد الغاني، بوحارة سفيان، مسؤولية الآباء التقصيرية على أولادهم القصر في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق، جامعة بجاية 2011/2012، ص.19.

(3) - شريفي نعيمة، أقمون تلجة، الحماية المدنية للطفل في ظل الاتفاقيات الدولية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، المدرسة العليا للقضاء، 2006، 2007، ص.8.

وقد تبنت المادة 943 من مجلة الأحكام العدلية التعريف السابق، حيث نصت على أن: "الصغير غير المميز هو الذي لا يفهم البيع والشراء، أي لا يعلم كون البيع سالب للملك، والشراء جالب له، ولا يميز الغبن الفاحش من اليسير، والطفل الذي يميز هذه المذكورات يقال له صبي مميز"⁽¹⁾.

المطلب الثالث

تمييز الصبي المميز عمّن في حكمة

نصب اهتمامنا في هذا المطلب على دراسة ثلاث مسائل: فالأولى تتعلق بتمييز الصبي المميز عن السفية، والثانية تتمحور بتمييزه أيضاً عن ذا الغفلة والمسألة الثالثة بوضع خطوط الفرق ما بين السفية وذا الغفلة لنصل في الأخير إلى أنّ كل من السفية وذا الغفلة يعتبران ناقصي الأهلية.

الفرع الأول

تمييز الصبي المميز عن السفية

إنّ للتمييز الصبي المميز عن السفية لا بد لنا من تعريف كلاهما، ثم التطرق إلى الحكم الذي اعتبر كلاهما ناقص الأهلية.

ففيما يخص تعريف الصبي المميز كما أشرنا إليه آنفاً، فهي المرحلة التي يتجاوز فيها الشخص أو القاصر سنّ الثالثة عشرة سنة، دون أن يبلغ التاسعة عشرة سنة، ففي هذه المرحلة لا يكون الشخص عديم الأهلية، أو كاملها، وإنما يكون ناقص الأهلية⁽²⁾ كما جاء في المادة 43 ق.م.ج. التي تنصّ على: "كل من بلغ سن التمييز... يكون ناقص الأهلية...".

أما السفية فهو ذلك الشخص الذي ينفق ماله على غير مقتضى العقل والشرع فيعمل على تبذيره دون ضابط من عقل أو منطق⁽³⁾.

وسبب جعله ناقص الأهلية ليس بحكم سنه، وإنما بحكم ضعفه في الإدراك وعدم اهتدائه إلى النافع من التصرفات، والضار منها⁽⁴⁾.

(1) - محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي، د.ط؛ دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص.13.

(2) - بعلي الصغير محمد، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق والقانون، د.ط؛ دار العلوم الجزائر، د.س.ن، ص.151.

(3) - محدي فريدة، مبدأ نسبية العقد؛ رسالة دكتوراه، معهد الحقوق، ابن عكنون، الجزائر، ص.81.

(4) - بن شنيته حميد، مدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المرجع السابق، ص.167.

ولقد جعل المشرع الجزائري السفيه ناقص الأهلية حكمه في ذلك حكم الصبي المميز وذلك في نص المادة 43 ق.م.ج. التي تنص على "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون"⁽¹⁾.

الفرع الثاني

تمييز الصبي المميز عن ذي الغفلة

يجدر بنا تعريف مصطلح الغفلة، وذلك للوصول إلى تحديد معنى ذو الغفلة ومنه فالغفلة هي: عارض مرضي تصيب الشخص وتجعله طيب القلب إلى حد السذاجة بحيث تؤدي به طبيته، وبلاهته إلى السهولة في أن يُغين في التصرفات⁽²⁾.

وذو الغفلة يخضع في الأساس لنفس الحكم مع السفيه، إذ يعتبر ناقص الأهلية كالصبي المميز، وهذا ما جاء في المادة 43 السالف الذكر التي تنص على: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون"⁽³⁾.
ومنه فإن نقص أهلية ذو الغفلة ليس بالنظر إلى سنه وإنما بالنظر إلى عقله وتصرفاته.

الفرع الثالث

تمييز السفيه عن ذي الغفلة

يعتبر كل من السفيه، وذو الغفلة ناقص الأهلية شأنه في ذلك شأن الصبي المميز، ولكن يختلفان في أن السفيه، كما عرفناه سابقاً هو: الذي ينفق ماله دون تدبير، أما ذو الغفلة فهو ذلك الشخص الذي يقع بسهولة في غبن بسبب نيته وطيب قلبه.

أما جمهور الفقهاء فإنهم يلحقون ذا الغفلة بالسفيه رغم وجود فرق بينهما: فالسفيه كامل الإدراك غير أنه فاسد التدبير مغلوب بهواه بالإسراف في المال، أما ذو الغفلة فهو ضعيف الإدراك فلا يهتدي إلى التصرفات الرباحة فيغيب في البيع لسلامة قلبه.

(1) - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

(2) - سعوادي هلال، سنة رابع، غانم مصطفى، نظرية بطلان العقد في القانون المدني الجزائري؛ مذكرة لنيل شهادة اللسانس، كلية الحقوق، جامعة بجاية 2001/2002، ص.62.

(3) - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالأمر رقم، المرجع السابق.

الفصل الثاني

أنواع تصرفات الصبي

المميز وأحكامها

صنّف فقهاء الشريعة الإسلامية تصرفات الصبي المميّز إلى ثلاثة أنواع كما سنبينها لاحقاً وتبنى هذه الفكرة في ق.أ.ج، وخصّ لكل نوع منها حكماً، واستند الفقهاء في تقسيمهم لهذه التصرفات إلى معيار المنفعة والمصلحة التي تعود على الصبي المميّز من وراءها، أما ق.م.ج. لم يتبن هذه الفكرة إنّما اكتفى بالإشارة إليها بالتلميح. هذا ما يتضح جلياً من خلال تحليل مواده، وعليه فإن كلا القانونين يتفقان حول حكم التصرفات الضارة ضرراً محضاً، والنافعة نفعاً محضاً، غير أنهما يختلفان و يتعارضان فيما يخصّ حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، ممّا نتج عنه إشكال فيما يخصّ القانون الواجب التطبيق عليها.

وعليه سنخصّص هذا الفصل لدراسة أنواع تصرفات الصبي المميّز والاستثناءات الواردة عنها في المبحث الأول، وأحكام هذه التصرفات والقانون الواجب التطبيق عليها في المبحث الثاني.

المبحث الأول

أنواع تصرفات الصبي المميّز

يقسم فقهاء القانون المدني، وفقهاء الشريعة الإسلامية التصرفات القانونية تبعاً لمراحل الأهلية إلى أقسام ثلاث: تصرفات نافعة نفعاً محضاً، تصرفات ضارة ضرراً محضاً، وأخرى دائرة من النفع والضرر.

ويلاحظ أن تقنيننا المدني لم يحدّ حذو، الفقه الإسلامي، في تقسيمه للتصرفات القانونية إلى الأقسام الثلاثة المذكورة، وذلك على خلاف تقنين الأسرة الذي اعتنق هذه الفكرة بمقتضى المادة 83 من ق.أ.ج⁽¹⁾. التي ستكون مصبّ دراستنا المفصلة في حينها.

وعليه ندرس في هذا المبحث أنواع تصرفات الصبي المميّز في القانون المدني وذلك في مطلب أول، ثم نتطرق إلى أنواعها في قانون الأسرة، وذلك في مطلب ثان، والانتقال بعدها إلى بعض الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة في تصرفات الصبي المميّز، وذلك في مطلب ثالث.

المطلب الأول

تصرفات الصبي المميّز في القانون المدني

ظهر إن القانون المدني الجزائري فيما يتعلق بتصرفات ناقص الأهلية، لاسيما تصرفات الصبي المميّز، مضطرباً بصدها. بحيث نجده حدّد سنّ التمييز في المادة 42/2 من ق.م.ج⁽²⁾، دون تقسيمها واكتفى بإحالتها إلى قانون الأسرة⁽³⁾، مع أن القانون المدني هو المختص بذلك لا هذا الأخير⁽⁴⁾. وهكذا لم يبين القانون المدني التصرفات التي يكون الصبي المميّز أهلاً لمباشرتها، واقتصر على التعرض لأهلية عديمي التمييز فنص في المادة 42/1 من ق.م.ج: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر في السنّ أو عته أو جنون".

(1) - أمر رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1948، المتضمن قانون الأسرة، معدل و متمم. المرجع السابق.

(2) - قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

(3) قانون الأسرة هو المختص في إطار الأحوال الشخصية أي مجاله تبيان حالة الشخص: صبيّاً مميّزاً، أو راشد أو عديم التمييز، وكذلك علاقته بأسرته وحالته العائلية.

(4) - قانون المدني: هو المختص بتبيان التصرفات المالية الصادرة عن الصبي المميّز والحكم عليها بالصحة، أو القابلية للإبطال، أو البطلان المطلق.

ثم حدّد ناقصي الأهلية في المادة 43 من نفس القانون، وأحالنا إلى قانون الأسرة بموجب المادة 79 من ق.م. ج التي تنصّ على: "تسري على القُصر وعلى المحجور عليهم، وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية، المنصوص عليها في قانون الأسرة"⁽¹⁾.

وبهذا المفهوم يكون المشرّع المدني، لم يساير فقهاء الشريعة الإسلامية في الأخذ بفكرة تقسيم تصرفات الصبي المميّز إلى الأقسام الثلاثة المعروفة، وإن أشار إليها بالتلميح لا بالتصريح في المادة 2/101 من ق.م. إلى التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر فقط⁽²⁾، التي تقضي: "... ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب...".

غير أن جُل القوانين العربية نظمت تصرفات الصبي المميّز وأحكام هذه التصرفات في التقنيات المدنية مستمّدة إياها من الشريعة الإسلامية تارة، ومن التقنيات الغربية الحديثة تارة أخرى، ومثال ذلك تناول القانون المدني المصري هذه الأحكام من المواد 110 إلى 117 من ق.م. م وقد قسّم هذه التصرفات في المادة 111 من نفس القانون إلى تصرفات نافعة نفعاً محضاً، وضارة ضرراً محضاً، وأخرى دائرة بين النفع والضرر⁽³⁾.

المطلب الثاني

تصرفات الصبي المميّز في قانون الأسرة

إنّ المشرع الجزائري تدارك النقص الذي يشوب عدم نصّه على أنواع وتقسيمات تصرفات الصبي المميّز في القانون المدني، حين إصداره لنص المادة 83 من ق.أ. والتي اعتمد فيها التقسيم الذي نادى به فقهاء الشريعة الإسلامية، وذلك بتقسيمها إلى ثلاثة أنواع تتمثل في: تصرفات نافعة نفعاً محضاً، وأخرى ضارة ضرراً محضاً، و تصرفات مترددة بين النفع و الضرر⁽⁴⁾.

(1)- قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل الأمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المرجع السابق.

(2)- هبالي البختي، العماري محمد، تصرفات الصبي المميّز، المرجع السابق، ص.30.

(3)- القانون المدني المصري: <http://shaban.almontada.infot/81-topic>

(4)- حيار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص.249.

الفرع الأول

التصرفات النافعة نفعاً محضاً

يتفق جل فقهاء الشريعة الإسلامية على أن التصرفات النافعة نفعاً محضاً هي تلك التي يترتب عليها اغتناء الشخص دون مقابل يعطيه، فيدخل في ذمته ما لا دون أن يخرج منه مقابلاً له⁽¹⁾، أو هي التي يكتسب بموجبها القاصر المميّز حقوقاً جديدة تضاف إلى تلك التي كان يملكها صاحب التصرف، ولكن لا تزیده، أو تحمّله التزامات جديدة.

تتمثل على العموم في جميع التبرعات التي تنثري ذمته كقبول الهبة أو الوصية أو الانتفاع بالعارية، وليس في هذا النوع من التصرفات أي ضرر يلحق به.

نشير إلى أن المشرّع الجزائري في نص المادة 83 من ق.أ. لم يوصف النفع بالمحض، بل اكتفى بالقول: «... نافعة له...» على عكس ما ورد على لسان فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري، وذلك في نص المادة 111 منه التي أطلقت عليه مصطلح "...نافعة نفعاً محضاً..."⁽²⁾. نعتقد أن هذا السهو من المشرّع قد يفتح مجالاً لتفسير هذا النص تفسيراً واسعاً، ممّا يؤدي بهم إلى إدراج بعض التصرفات التي لا تكون نافعة نفعاً محضاً، ونأمل أن يتدارك المشرّع هذا السهو بإدراجه وصف "المحض" حتّى لا يترك أي مجال للتأويل.

الفرع الثاني

التصرفات الضارة ضرراً محضاً

إنّ التصرفات الضارة ضرراً محضاً هي تلك التي يترتب عليها خروج شيء من ملك الصبي المميّز من غير مقابل⁽³⁾، بحيث لا يكون فيها أي نفع مالي له، وذلك كالتبرعات بجميع أنواعها، من هبة، وقف، أو كفالة دين على غيره و نحو ذلك.

وبهذا فإنّ التصرفات الضارة هي التي من شأنها أن تنشئ في جانب الصغير المميّز التزاماً دون أن تكسبه حقاً، بمعنى هي التي تفقر ذمته المالية دون عوض أو تسقط له حقاً في ذمة الغير⁽⁴⁾.

(1) - د.أبو السعود رمضان، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، المرجع السابق، ص.483.

(2) - المادة 111 من القانون المدني المصري <http://shaban.elmontada.info/81-topic>

(3) - د.أبو السعود رمضان، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، المرجع السابق، ص.483.

(4) - د.فيلاي علي، نظرية الحق، المرجع السابق، ص.212.

رغم بساطة هذا المعيار إلا أنه قد تتداخل بعض التصرفات في أكثر من تقسيم مما قد يترتب عنه وصفين، ضارا من جهة و نافعا من جهة أخرى، وأبرز مثال يساق في هذه المسألة الوصية التي اعتبرها فريق من فقهاء الشريعة الإسلامية وعلى رأسهم الإمام الشافعي الذي اعتبرها تصرفا نافعا نفعاً محضاً، وذلك لأنه فيها ثواب له في الآخرة و بما أنها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت فإنه لن يحرم مما أوصى به في الدنيا، فهي إذن خير لا يلحق بالصبي المميّز ضرراً في ماله.

كما اعتبرها الحنفية من التصرفات الضارة ضرراً محضاً⁽¹⁾، ولقد استدّلوا على ذلك بأن الوصية شرعت في حق البالغ ليتدارك بها ما فاته من تقصير في واجباته الشرعية؛ أما الصغير فلم تشرع في حقه لعدم حاجته إليها؛ لأنه غير مكلف شرعاً، هذا من جهة، ومن جهة ثانية؛ فإن قي الوصية إهدار لحق الوارث في المقدار الموصى به في التركة وفي ذلك يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: ((لأن تدع ورتك أغنياء خير من أن تدعهم عائلة يتكفون الناس))⁽²⁾.

وبالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري من رأي الفريقين وبالتحديد في نص المادة 184 من ق.أ. ج التي تنصّ على أن: "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"⁽³⁾، فمن خلال هذا النصّ يبدو واضحاً أن الوصية تعتبر بالنسبة للصبي المميّز تصرفاً ضاراً ضرراً محضاً، ومنه فهي من قبيل التبرع بالمال من دون مقابل، وبالتالي فإنّ واضعي قانون الأسرة قد مالوا إلى الاتجاه الثاني من آراء الفقه الإسلامي.

كما نشير إلى أن إقراض مال اليتيم، وإن كان يبدو ضاراً به؛ إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية استثنوه إذا صدر من القاضي؛ لأنه يترتب عليه صيانته أو الحفاظ على مال اليتيم من الضياع؛ لأنّ القرض مضمون على المقترض في جميع الأحوال؛ إلا أنه لا يوجد مقابل هذا الاستثناء في القانون الجزائري، ولكن عملاً بنص المادة 222 من ق.أ.ج. التي تنصّ على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية...". ، فإنه يكون عقد القرض نافعا نفعاً محضاً إذا صدر من القاضي.

(1)- د. الطعيمات هاني، فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية، ط.1؛ دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007، ص.234.

(2)- المرجع نفسه، ص.235.

(3)- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

الفرع الثالث

التصرفات الدائرة بين النفع والضرر

هي تلك التصرفات التي تحتل أن تجلب لصاحبها الربح، كما تحتل أن تجلب له الخسارة، دون أن يتضح بصورة أكيدة ما يترتب عليها من نتائج⁽¹⁾، فهي تؤدي أحيانا إلى تحقيق منفعة، وأحيانا أخرى إلى إلحاق ضرر بالذمة المالية للصبي المميّز⁽²⁾، بمعنى يحتمل الاغتناء ولكن ليس اغتناءً محضاً، وقد يحتمل الافتقار وهو أيضا ليس افتقارا محضاً، وإنما يقوم على نوع من الأخذ والعطاء، فعند خروج مال من ذمة الشخص يدخل في ذمته مقابل لهذا المال، ومثال ذلك أن يقدم القاصر المميّز على بيع شيء يملكه حيث يكتسب بموجب عقد البيع حقا على المشتري⁽³⁾ - أي الحق في ثمن البيع -، غير أنه يتحمّل في مقابل ذلك التزاما بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، ونفس الشيء بالنسبة للإيجار والشركة.

المطلب الثالث

بعض الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة في تصرفات الصبي المميّز

إن المشرّع الجزائري اعترف للقاصر بصلاحيّة إبرام بعض التصرفات كاستثناءات على القاعدة العامة لتصرفات الصبي المميّز وتتمثل في:

الفرع الأول

قيام الصبي المميّز بأعمال الإدارة

أجاز المشرّع الجزائري طبقا لنص المادة 84 من ق.أ.⁽⁴⁾، للقاصر التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، وقد فسّر الفقهاء مصطلح التصرف على أنه يعني الإدارة والحكمة من وراء هذا الإذن تمكينه من التدرب على إدارة أمواله.

وقد اشترط في ذلك: أن يكون الصبي المميّز قد بلغ من التميّز، والملاحظ أن المشرّع الجزائري لم يحدّد بدقّة هذا السن بل أخذناه من نص المادة 42 من ق.م.ج، وذلك ببلوغه ثلاثة عشرة

(1) - بن شنيّتي حميد، مدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية الحق، المرجع السابق، ص.166.

(2) - حبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري والفقّه الإسلامي، المرجع السابق ص.249.

(3) - د.ز علاني عبد المجيد، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق، المرجع السابق، ص.138-139.

(4) - دلاندة يوسف، قانون الأسرة، د.ط؛ دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص.105.

كاملة، ومثل هذا السنّ قد لا يكون مناسباً لمنحه إدارة أمواله، وكان على المشرّع رفع هذا السنّ إلى حدود ستّة عشرة سنة كاملة حتى يتلاءم مع ما يقتضيه هذا التصرف من نُضج عقلي وبدني⁽¹⁾.
- الحصول على إذن قضائي، ومعنى ذلك أن التصرف لا يكون صحيحاً، إلّا إذا كان القاصر مأذون له قضائياً، بمباشرة، وهذا الإذن قابل للمراجعة متى أدى تصرف القاصر إلى الضرر بمصلحته⁽²⁾.

الفرع الثاني

قيام الصبي المميّز بإبرام عقد الزواج

يتمتع الصبي المميّز بأهلية إبرام عقد الزواج في الحالات التالية:

- حالة زواج القاصرة المخطوفة، والمبعدة عن خاطفها، وقد نصّت على هذه الحالة المادة 326/2 من ق.ع.⁽³⁾، وهكذا يكون زواج القاصرة المخطوفة بخاطفها حاجزاً أمام المتابعة يحول دون معاقبة الجاني ويستفيد منه حتى الشريك.
- وأساس هذه الحالة في الواقع يعود إلى نصّ المادة 07 من ق.أ.⁽⁴⁾، ومنه فإنه تشترط لزواج القاصرة استصدار رخصة من القاضي، وهي التي تؤهلها للزواج بخاطفها⁽⁵⁾.
- حالة زواج المرأة بتمام سنّ الثمانية عشر سنة، وذلك عملاً بنصّ المادة 07 السالف الذكر⁽⁶⁾، ويُعدّ هذا السنّ بمثابة أهلية للزواج وهو أقل من السنّ المقرّرة في المادة 40 من ق.م، الذي يحدّد سنّ الرشد بتسعة عشرة سنة كاملة⁽⁷⁾.

(1) - د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.180.

(2) - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص.180-181.

(3) - وذلك بنصّها على: "إذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد هذا الأخير إلّا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم الصّفة في طلب إبطال الزواج".

(4) - وذلك بنصّها على: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك المصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

(5) - د. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط.1؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص.162.

(6) - قانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

(7) - د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.163.

الفرع الثالث

اكتساب الصبي صفة التاجر

يكتسب القاصر أهلية القيام بالعمل التجاري إذا بلغ من العمر ثمانية عشر سنة وتوافرت فيه الشروط القانونية التي نصّت عليها المادة 05 من ق.ت.ج⁽¹⁾، حيث ألزمت هذا الأخير بجملة من الشروط والتمثلة في:

- حصوله على إذن مسبق من والده، وفي حالة وفاته، أو سقوط سلطته أو استحاله عليه مباشرتها، يحصل على الإذن من أمه إن وُجدت، وإلا حصل على قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من طرف المحكمة⁽²⁾.

- تقديم هذا الإذن الكتابي كدعم لطلب التسجيل في السجل التجاري.

وتخضع تصرفات الصبي المميّز في هذا المجال إلى الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر، والمنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري حيث يُشترط بيعها بالمزاد العلني، وبناءً على أمر صادر عن رئيس المحكمة حسب ما نصّت عليه المادة 89 من هذا القانون⁽³⁾.

(1)- وذلك بنصها على: "لا يجوز للقاصر المرشد، دكرا أم أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشرة سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشداً بالنسبة للتعهدات التي يبرمها من أعمال تجارية:

- إذا لم يكن قد حصل مسبقاً على إذن والده أو أمه أو على قرار مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة فيما إذا كان والده متوفياً أو غائباً أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحاله عليه مباشرتها أو في حال انعدام الأب والأم.

- ويجب أن يُقدم هذا الإذن الكتابي دعماً لطلب التسجيل في السجل التجاري".

(2)- الجيلالي عجة، مدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص.148-149.

(3)- وذلك بنصها على: "على القاضي أن يراعي في الإذن:

حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني"

المبحث الثاني

أحكام تصرفات الصبي المميّز

لبيان حكم تصرفات الصبي المميّز، ينبغي الوقوف على ما يقضي به القانون المدني و ذلك مطلب أول، ثم قانون الأسرة، وذلك في مطلب ثان.

المطلب الأول

حكم تصرفات الصبي المميّز في القانون المدني

إن القانون المدني لم يأخذ بفكرة تقسيم تصرفات الصبي المميّز إلى الأقسام الثلاثة المعروفة المشار إليها آنفا في المبحث الأول من الفصل الثاني، كما انه لم يبين حكم هذه التصرفات، و اكتفت المادة 43 منه على اعتباره ناقص الأهلية⁽¹⁾.

كما أن المشرع أحال في شأن قواعد الأهلية إلى قانون الأسرة و ذلك ما نصت عليه المادة 79 ق.م.ج المعدلة التي تنص على: "تسري على القصر و المحجور عليهم، و على غيرهم من عديمي الأهلية وناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة". إلا انه وباستقراء بعض نصوص القانون المدني الجزائري الوارد تحت عنوان بطلان العقد، وإبطاله ولاسيما المواد 99، 100، 103، فإنه يستفاد منها أن نقص الأهلية سبباً من أسباب قابلية العقد للإبطال، بالإضافة إلى حالة وجود عيب من عيوب الإرادة، أو حالة ورود نص خاص يقضي بالقابلية للإبطال⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس، وعملا بما تقضي به نص المادة 101/2 من ق.م.ج. تكون تصرفات الصبي المميّز قابلة للإبطال لمصلحته، وذلك باعتباره ناقص الأهلية و لكن هذا النص لم يبين أي نوع من هذه التصرفات التي تكون قابلة للإبطال⁽³⁾ وحسب المنطق فإن هذا النص جاء بحكم يسري على جميع التصرفات التي يبرمها القاصر المميّز دون استثناء سواء كانت نافعة نفعاً محضاً أو ضارة ضرراً محضاً أو دائرة بين النفع و الضرر و ذلك لسببين الأول: يتمثل في أن المشرع لم يأخذ بفكرة تقسيم التصرفات، والثاني أن هذا النص جاء عاماً و مطلقاً مما ينبغي تعميم الحكم وهو القابلية للإبطال.

(1)- الجيلالي عجة، مدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المرجع السابق، ص.146.

(2)- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/07، المرجع السابق.

(3)- محمدي فريدة زواوي، مبدأ نسبية العقد؛ رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص.77.

إلا أن فقهاء القانون و على رأسهم الأستاذ على علي سليمان والأستاذ محمد سعيد جعفر يرون أن المقصود بالعقد القابل للإبطال بسبب نقص الأهلية للصغر في السن الوارد في نص المادة 101/2 ق.م.ج. إنما هو التصرف الدائر بين النفع والضرر⁽¹⁾.

و على هذا النحو يكون القانون المدني الجزائري لم يتطرق لحكم تصرفات الصبي الضارة ضررا محضا و النافعة نفعاً وهو نقص كان على المشرع أن يتحاشاه باعتباره أنه هو المختص بالحكم في ذلك.

أما بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر يكون حكمها هو القابلية للإبطال، باعتبار أن هذا الحكم يختلف اختلافا تاما عن الحكم الذي سنتطرق إليه في قانون الأسرة ومنه يجدر بنا التطرق إلى العقد القابل للإبطال، ومن له الحق بالتمسك بهذا الإبطال وزواله، وما هي الحكمة من تقرير دعوى إبطال التصرف الدائر بين النفع والضرر.

الفرع الأول

العقد القابل للإبطال

يقسم غالبية فقه القانون المدني البطلان إلى نوعين هما: البطلان النسبي والمطلق غير أن ما يهمننا هو البطلان النسبي الذي عبر عليه المشرع الجزائري بالقابلية للإبطال. وهو جزء تخلف شرط من شروط الصّحة لعدم توافر الأهلية اللازمة لإبرام العقد لدى المتعاقدين، أو فساد الإرادة بأحد عيوب الرضا، و العقد القابل للإبطال هو عقد منتج لجميع آثاره إلى أن يتقرر إبطاله، فلا فرق بينه وبين العقد الصحيح البات⁽²⁾. بمعنى أن وجوده كان مهدداً بالزوال، فإن لحقته الإجازة كما سنوضحها لاحقا استقر نهائيا، وعليه فإن بيع الصبي المميّز هو تصرف ناقل للشيء المبيع منه إلى المشتري ومستحق ثمنه حتى يبطل.

(1)- محمد سعيد جعفر، اسعد فاطمة، التصرف الدائر بين النفع والضرر، المرجع السابق، ص.6.

(2)- د.فودة عبد الحكم، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، ط.2؛ دار الفكر والقانون، د.ب.ن، 1999، ص.473.

الفرع الثاني

الحق بالتمسك بإبطال العقد وزواله

إن الحق في التمسك بإبطال العقد هو حق مخول للقاصر فقط، وليس للطرف المتعاقد معه أن يتمسك به، وذلك ما نستخلصه من نص المادة 99 ق.م.ج⁽¹⁾ التي تنص على: "إذا جعل القانون حقا لأحد المتعاقدين في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق" إذن الحق في التمسك بإبطال القاصر العقد شرع من أجل حمايته ذلك أن القابلية للإبطال تقرر رعاية لمصلحة خاصة وبالنسبة إلى أشخاص معينين و على رأسهم ناقص الأهلية بسبب صغر السن، ومنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها لأن الأمر لا يتعلق بالنظام العام⁽²⁾.

يسقط هذا الحق إذا لم يتمسك به صاحبه خلال (05) سنوات من يوم بلوغ القاصر سن الرشد، وذلك ما قضت به المادة 101 ق.م.ج، وهذه المدة هي مدة تقادم يرد عليها الوقف والانقطاع، وقد كانت هذه المدة 10 سنوات قبل تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05/10 المؤرخ في 20 يونيو 2005⁽³⁾.

أما بالنسبة لزوال هذا الحق فيزول بالإجازة التي هي: تصرف قانوني من جانب واحد يهدف إلى التنازل عن طلب الإبطال فبالإجازة يستقر هذا الوجود القانوني نهائيا بعد أن كان مهدداً بالزوال. وقد تكون الإجازة صريحة أو ضمنية وذلك ما قضت به المادة 100 ق.م.ج. وتستند هذه الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون الإخلال بحقوق الغير بمعنى أن لها أثر رجعي تستند إلى التاريخ الذي تم فيه إبرام العقد مع مراعاة حقوق الخلف الخاص للمتعاقدين ذوي المصلحة في إبطال العقد⁽⁴⁾.

ويرى الأستاذ علي سليمان أن لفظ الإجازة "la confirmation" الوارد في نص المادة 100 ق.م.ج. هو خطأ إذ أن الواقع أن العقد المشوب بعيب قصر السن هو عقد صحيح ينتج كل آثاره

(1)- أمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-07، المرجع السابق.

(2)- د. السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج. 1، د. ط؛ د. د. ن، د. ب. ن، 2008، ص. ص. 428-429.

(3)- محمدي فريدة زواوي؛ مبدأ شبه العقد، المرجع السابق، ص. ص. 77-78.

(4)- فيلالي علي، نظرية الحق، المرجع السابق، ص. 213.

وليس بحاجة إلى إجازة تصححه لأن الإجازة لن تزيده صحة من يوم انعقاده، و إنما العيب شخصي وليس موضوعي وهو رأي صائب، ذلك أن نصوص المادتين 100 و 101 ق.م.ج. لم تكن موفقة حين استعملت لفظ الإجازة في حين أنه ليس هناك إجازة بل هناك تنازل عن الحق في طلب الإبطال⁽¹⁾.

الفرع الثالث

تقرير الإبطال و الآثار المترتبة عليه

لكي يتقرر الإبطال لأبد أن ترفع الدعوى أمام القضاء المختص، فلا يكفي لإبطال العقد الذي أبرمه الصبي المميّز أن يعلن من جانبه الإبطال، كما أنه لا يشترط لإبطال تصرف القاصر أن يكون قد لحقه ضرر من التصرف أو أصابه غبن و إذا تقرر إبطال العقد يزول كل أثر له ويعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليهما قبل إبرام العقد و إن 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 و هذا ما قضت به المادة 103 من ق.م.ج التي تنص على: "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد". وبهذا المعنى إذا أبطل العقد فإن القاصر لا يرد إلا ما قد يكون تبقى في يده مما أعطاه العاقد الآخر، وما أنفقه وعاد عليه بمنفعة أو فائدة كأن يكون قد سدد ديون عليه، ويقع على المتعاقد الذي يطالب بالرد تقديم الدليل على المنفعة التي عادت على القاصر⁽²⁾، أما إذا استخدم هذا الأخير ما حصل عليه من مال في إشباع شهواته كأن أنفقه مثلا في القمار فإنه لا يلزم بالرد⁽³⁾.

الفرع الرابع

الغاية من تقرير دعوى إبطال التصرف الدائر بين النفع و الضرر

تتمثل الغاية من تقرير دعوى إبطال التصرف الدائر بين النفع والضرر في تحقيق هدفين

هما:

(1) - هبالي البختي، العماري محمد، تصرفات الصبي المميّز، المرجع السابق، ص.27.

(2) - محمد سعيد جعفر، إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري؛ رسالة الماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ابن عكنون، الجزائر، 1985، ص.115.

(3) - محمد سعيد جعفر، اسعد فاطمة، التصرف الدائر بين النفع والضرر، المرجع السابق، ص45-46.

أولاً: الرغبة في حماية الصبي المميّز: تتمثل هذه الحماية في اتجاه نية المشرع إلى إعطاء حق المطالبة في إبطال التصرف للصبي المميّز، وإن تقرر ذلك فإنه لا يلزم إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.

ثانياً: الرغبة في تنبيه المتعاقد مع ناقص الأهلية: يهدف المشرع الجزائري بهذا الجزاء إلى تبيه الطرف المتعاقد بضرورة التأكد من أهلية أداء الشخص الذي تعاقد معه، فإن تبين له أنه قاصر، امتنع عن التعاقد معه، ولو فعل ذلك، فإنه منح للمتعاقد معه فرصة إبطال هذا العقد في المدة المقررة قانوناً⁽¹⁾.
بعد أن انتهينا من حكم تصرفات الصبي المميّز في القانون المدني ننتقل في المطلب الثاني لتناول حكم هذه التصرفات في قانون الأسرة.

المطلب الثاني

حكم تصرفات الصبي المميّز في قانون الأسرة

أدرج المشرع الجزائري أحكام تصرفات الصبي المميّز في قانون الأسرة في الفصل الأول المعنون أحكام عامة من الكتاب الثاني النيابة الشرعية.
ومن خلال نص المادة 83 ق.أ. نجد أن المشرع الجزائري سلك مسلكاً مغايراً لما سلكه في القانون المدني متبنياً فكرة الفقه الإسلامي في تقسيم التصرفات القانونية إلى ثلاثة (03) أقسام، وتقرير حكمها بحسب كل قسم وبذلك قضت المادة 83 ق.أ. على: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء"⁽²⁾.

وإعمالاً لهذا النص ندرس هذا المطلب في ثلاثة فروع حيث نتطرق في الفرع الأول إلى حكم التصرفات النافعة ثم حكم التصرفات الضارة في الفرع الثاني وحكم التصرفات المترددة بين النفع والضرر في الفرع الثالث.

(1)- فودة عبد الحكم، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص.697.

(2)- أمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج.، عدد 31 الصادرة في 1984/07/31، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 ج.ر.ج.ج.، عدد 15 الصادرة في 2005/02/27.

الفرع الأول

حكم التصرفات النافعة

قلنا آنفاً بأن التصرفات النافعة نفعاً محضاً هي تلك التصرفات التي يترتب عليها دخول الشيء في ملك الصبي المميّز من غير مقابل، ويكون حكم هذه التصرفات النفاذ وذلك لأن الصبي المميّز له أهلية أداء كاملة، بمعنى أهلية الاغتناء فيما يتعلق لمباشرة هذا النوع من التصرفات، وفي هذا الصدد نصت المادة 83 ق.أ. على: "من بلغ سن التمييز... تكون تصرفاته نافذة متى كانت نافعة له" بمعنى أن هذه التصرفات ليست صحيحة فحسب بل ترتب آثارها على الفور دون حاجة إلى إرادة من أي شخص كان⁽¹⁾، ويكون شأن هذه التصرفات كشأن التصرفات الصادرة من كامل الأهلية والحكمة من تنفيذ هذه التصرفات من غير إجازة الولي، أو الوصي، والحكم بصحة تصرفه النافع. له منافع معنوية كبيرة إذ بذلك يُمرّن على التصرفات النافعة، ويدرك المنافع والأرباح، والغبن والخسران، كما يهتدي إلى أبواب المعاملة المالية بالتجربة من غير أن يلحق ماله نقص⁽²⁾.

والملاحظ أن المشرّع الجزائري استعمل مصطلح "نافذة" في نص المادة 83 ق.أ. وهو المصطلح الأكثر دلالة على المقصود من اصطلاح "valide" بمعنى صحيحة الذي استعمله في الصياغة الفرنسية⁽³⁾، لأن لفظ "صحيح" يحتمل أن يكون التصرف صحيحاً نافذاً، وفي ذات الوقت يحتمل أن يكون صحيحاً موقوفاً بمعنى يفيد تعليق ترتيب آثاره إلى حين إجازته لمن خوله القانون ذلك، أما المقصود من نص المادة 83 من ق.أ. بالنسبة للتصرفات النافعة نفعاً محضاً التي تتعدّد صحيحة نافذة، والتي ترتب آثارها المقصودة فور ترتيب الالتزام⁽⁴⁾.

وعلى هذا الأساس يكون الصبي المميّز كامل الأهلية بالنسبة إلى التصرفات النافعة، ودليل ذلك هو الإقرار بصحة، ونفاذ تصرفاته، ولا يمكن اعتباره ناقص الأهلية، كما ورد في نص المادة 43 من ق.م.ج. التي أدرجت كذلك في نص المادة 83 من ق.أ. التي تنص على: "كل من بلغ سن التمييز ولم

(1)- فيلالي علي، نظرية الحق، المرجع السابق، ص.212.

(2)- محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.114.

(3)- نص المادة 83 ق.أ. باللغة الفرنسية : les actes de la personne ayant atteint l'âge de discernement sans être majeure au sens de l'article 43 du code civil ,sont valides dans le cas ou ils lui sont profitables... »

(4)- هبالي البخنتي، العماري محمد، تصرفات الصبي المميّز، المرجع السابق، ص.33.

يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 من القانون المدني... وذلك لان وصف الصبي المميّز من غير المعقول أن نصف الشخص بناقص الأهلية وتكون تصرفاته صحيحة.

ولعلّ المشرّع الجزائري حين وصف الشخص بناقص الأهلية أراد حمايته أو تقرير مصلحة له، وكان عليه إما جعل هذه التصرفات موقوفة، وبالتالي معلقة على إجازة من له مصلحة في ذلك، أو جعلها قابلة للإبطال، بمعنى بقائها مهددة بخطر الإبطال مدة زمنية معيّنة .

أما و أن المشرّع الجزائري في نص المادة 83 من ق.أ. اعتبر تصرفات الصبي المميّز النافعة صحيحة فمعنى ذلك أنه كامل الأهلية لمباشرتها، وعليه فإنه لم يكون صائباً بوصفه ناقص الأهلية أثناء مباشرته هذه التصرفات ولكن يبقى هذا الوصف صحيحاً، وذلك أثناء مباشرته للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر فقط التي سنعالجها في الفرع الثالث بعد التطرق لحكم التصرفات الضارة ضرراً محضاً في الفرع الثاني⁽¹⁾.

الفرع الثاني

حكم التصرفات الضارة

أشرنا سابقاً أن التصرفات الضارة ضرراً محضاً هي التصرفات التي يترتب عليها خروج شيء من ملك الصبي المميّز من غير مقابل، بحيث لا يحقق أي كسب من جراء ذلك بل يترتب التزاماً في ذمته كالتبرعات مثلاً⁽²⁾، فلا يستطيع الصبي المميّز أن يباشر هذا النوع من التصرفات لأنها تستلزم أهلية التبرّع، وإذا قام به فلا يصح ولا يُنفذ وذلك لما فيه من ضرر عليه⁽³⁾، بل يقع باطلاً وفي هذا نصت المادة 83 من ق.أ. على ما يلي: "من بلغ سن التمييز... تكون تصرفاته... باطلة إذا كانت ضارة" والبطلان المقصود هو البطلان المطلق حيث يترتب ابتداءً ولا يمكن تنفيذ هذا التصرف حتى ولو أجازة الولي، أو الوصي لأن كلاهما لا تصح منهما الإجازة، وذلك لأن كل من الولاية والوصاية تشترط فيهما دائماً المصلحة، وليس من مصلحة الصبي المميّز إخراج شيء من ماله بدون مقابل⁽⁴⁾ .

(1) - هبالي البختي، العماري محمد؛ تصرفات الصبي المميّز، المرجع نفسه، ص.33-34.

(2) - بن شنيّتي حميد، مدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المرجع السابق، ص.165.

(3) - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج.2، د.ط؛ د.م.ج، الجزائر، 1999، ص.253.

(4) - فيلالتي علي، نظرية الحق، المرجع السابق، ص.214.

وما دام أن التصرف الضار الذي يُبرمه الصبي المميّز يقع باطلاً بطلان مطلق فإنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها وذلك عملاً بالمادة 102 من ق.م.ج.

كما أن المشرع الجزائري أورد نصوص خاصة تتضمن بطلان التصرفات الضارة حيث نجد نص المادة 184 من ق.أ. ينص على ما يلي: " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع" والمادة 186 من التقنين ذاته التي اشترطت من الموصي أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر تسع عشر (19) سنة على الأقل⁽¹⁾.

إذن من خلال هذين النصين يتجلى واضحاً أن الوصية تصرف بطريق التبرع بحيث يجب أن تكون صادرة من شخص بالغ سن الرشد ومتمتعاً بقواه العقلية، وأن وصية الصبي المميّز لا تصح منه بل تبطل بطلاناً مطلقاً باعتبارها تصرفاً ضاراً ضرراً محضاً ونفس الشيء بالنسبة للوقف الصادر من الصبي المميّز فهو باطلاً ولو أذن له بذلك وهذا ما قضت به المادة 30 من القانون المتعلق بالأوقاف⁽²⁾.

وبهذا المعنى يكون الصبي المميّز فاقد الأهلية سواء بالنسبة للوصية، أو الوقف، أو كل تصرف ضار ضرراً محضاً على أساس أن الجزء الذي قرره المشرع هو البطلان المطلق لحكم هذه التصرفات، وبالتالي فلا يمكن اعتباره ناقص الأهلية كما وصفه المشرع في المادة 43 من ق.م.ج. المحتوية أيضاً في المادة 83 ق.أ.ج. لأن الجزء المترتب على انعدام الأهلية يكون البطلان المطلق، والجزء المترتب بسبب نقص الأهلية يكون من المفروض القابلية للإبطال لأنه من غير المعقول أن يصف المشرع الصبي المميّز بناقص الأهلية، ويكون حكم تصرفاته البطلان الذي يعتبر الوصف الأصح أثناء مباشرة هذه التصرفات من فاقد، ومنعدي⁽³⁾ الأهلية.

(1)- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.254.

(2)- قانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف.

(3)- هبالي البختي، العماري محمد؛ تصرفات الصبي المميّز، المرجع السابق، ص.36.

الفرع الثالث

حكم التصرفات المترددة بين النفع والضرر

التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، كما سبق وأن ذكرناها هي تلك التصرفات المحتملة للنفع والضرر⁽¹⁾، كأن يُقدم القاصر المميز على بيع شيء يملكه حيث يكسب بموجبه عقد البيع حقا على المشتري أي الحق في الثمن، كما أنه يتحمل في مقابل ذلك التزاما بنقل ملكية المبيع إلى المشتري⁽²⁾، وقد نصت المادة 83 من ق.أ. بصدد حكم هذا النوع من التصرفات على ما يلي: "من بلغ سن التمييز... وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت بين النفع والضرر..."⁽³⁾.

من خلال هذا النص يتبين أن المشرع الجزائري على عكس القانون المدني تبني فكرة وقف تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر على الإجازة التي استمدها من فقه الشريعة الإسلامية على عكس القانون المدني الذي قضى بالقابلية للإبطال فيما يخض هذه التصرفات. وللإمام بأهم جوانب العقد الموقوف على الإجازة المنصوص عليها في نص المادة السالفة الذكر أعلاه ينبغي الوقوف على المقصود بهذا العقد والآثار التي يترتبها وذلك قبل وبعد الإجازة، ثم الحكمة التي قررها المشرع من وقف هذا التصرف على الإجازة.

أولاً: تعريف العقد الموقوف:

تستخلص فكرة العقد الموقوف من الشريعة الإسلامية حيث أن العقد لا يترتب دائما آثاره فور انعقاده صحيحاً، وإنما يكون إما نافذا إذا توفرت جميع أركانه، وشروطه، وإما يكون موقوفاً⁽⁴⁾، فماذا يقصد بالعقد الموقوف؟

أ- الوقف في اللغة:

يقال: وقفت الدار وقفا: أي حبستها في سبيل الله، ووقفت الأمر على حضور زيد: علقت الحكم فيه بحضوره.

(1)- محمد سعيد جعفرور؛ إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.114.

(2)- فيلاللي علي، نظرية الحق، المرجع السابق، ص.214.

(3)- أمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05، المرجع السابق .

(4)- صلاح الدين محمد شوشاوي، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط.1؛ الدار الثقافة للنشر والتوزيع، ص.25.

ب-الوقف في الاصطلاح: لم يورد القانون المدني الجزائري تعريفا للعقد الموقوف، كما فعل في تعريف العقد الصحيح و العقد الباطل، وأهم تعريف قيل في العقد الموقوف ما يلي :

العقد الموقوف: هو ذلك التصرف المشروع بأصله ووصفه الذي يتوقف ترتيب أثره بفعل الإجازة الصادرة ممن يملكها شرعاً⁽¹⁾.

ومنه فإن العقد الموقوف هو عقد صحيح، ويتوقف ترتيب أثره على إجازته ممن يملكها شرعاً، فبيع الصبي المميّز هو تصرف دائر بين النفع والضرر، يكون صحيحاً موقوفاً على إجازة وليّه، أو وصيّه على عكس التصرف البات الصادر من كامل الأهلية الذي ينتج أثره في الحين، وفي هذا المثال انتقال الملك في الحال إلى المشتري⁽²⁾.

ثانياً: آثار العقد الموقوف: تتمثل آثار العقد الموقوف فيما يلي :

أ/قبل الإجازة: بما أن العقد الموقوف يعتبر قسماً من أقسام العقد الصحيح، وذلك لماله من وجود قانوني ولكن كل ما في الأمر أن هناك مانعاً يحول دون ترتيب، أثاره في الحال المتمثل في عدم رضا صاحب الشأن مستقبلاً بل أن هذا التصرف يتراخى إلى حين ورود الإجازة عليه، ويؤدي عدم إجازته بقاء هذا التصرف غير نافذ إلى وقت غير محدد.

ذلك لأن نص المادة 83 من ق.أ. لا تقيد الإجازة بمدة زمنية معينة ويترتب على رفض الإجازة من الممثل القانوني للصبي المميّز بطلان ذلك التصرف⁽³⁾.

ب/بعد الإجازة: إن المشرع الجزائري في نص المادة 83 من ق.أ. جاء بلفظ "الإجازة" التي تعني نفاذ العقد الموقوف، وهي بهذا المعنى تصرف قانوني منفرد يصدر عن إرادة منفردة يهدف إلى إزالة العيب الذي لحق بالتصرف القانوني وعليه تكون الإجازة بمثابة رفع المانع الذي كان يحول دون هذا التصرف الموقوف في ترتيب آثاره، وبإعمالها يُصبح تصرف الصبي المميّز المتردد بين النفع والضرر الذي باشره في حالة قصره نافذاً في حقه، ويترتب عليه الحقوق والالتزامات.

(1)- منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات وأحكامها، ط.1؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص.123-124.

(2)- حسنين محمّد، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي؛ المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988، ص.81.

(3)- غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، ط.1؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، 2011، ص.282-283.

إن الإجازة تنفذ التصرف الموقوف مستمداً حكمه إلى وقت إبرامه، وتكون نتيجة الأثر الرجعي، أي أن المتصرف يستفيد من ثمرات تصرفه منذ إبرامه ومنه إذا قام الصبي المميز بإبرام عقد بيع قبل بلوغه سن الرشد، فإنه يترتب على إجازته امتلاك المشتري للمبيع، وامتلاك البائع الثمن وذلك من وقت إجراء البيع وكان المبيع بعد إجراء البيع، و قبل حصول الإجازة قد أنتج ثماراً كأن يكون بُستاناً فيُثمر فإنَّ للمشتري امتلاك تلك الثمار و ذلك تبعاً لتملك أصله⁽¹⁾.

إن الإجازة دائماً تكون لاحقة عن التصرف، ولا تكون أبداً سابقة له، وهنا يظهر الفرق بين الإجازة التي تكون لاحقة عن التصرف بعكس الإذن الذي هو ترخيص بالقيام بالتصرف قبل حصوله، وذلك لأنه يكون سابقاً على إبرام التصرف، وتكون تصرفات المأذون فيها نافذة من تاريخ مباشرتها⁽²⁾. وللتنبية فإنَّ المشرع الجزائري خول إجازة تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر لممثله القانوني المتمثل في الولي أو الوصي، في حين أنه أغفل ذكر إجازة الصبي المميز نفسه بعد بلوغه سن الرشد لهذا التصرف الذي قام به عندما كان ناقص الأهلية، وذلك إن لم يقم ممثله القانوني بإجازته، أو رفضه والصبي لا يزال مميزاً.

وكان على المشرع أن يقرر له هذا الحق بعد أن يُصبح راشداً مع تقييده بمدة زمنية⁽³⁾، كما فعل في نص المادة 101 من ق.م.ج. التي تنص على ما يلي: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس 05 سنوات، ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب".

ثالثاً : الحكمة من وقف التصرف الدائر بين النفع و الضرر :

إنَّ المشرع الجزائري عند تقريره حماية القاصر، وذلك بوقف تصرفه الدائر بين النفع والضرر على الإجازة فإنه كان يهدف إلى:
أ- تحقيق فوائد جمة للصبي المميز: إن اعتبار تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر صحيحاً من شأنه تحقيق فوائد بالغة الأهمية له، فهي تجربة مفيدة له، حيث تكسبه معرفة بأحوال الناس، ونتائج

(1)- فوده عبد الحكم، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، المرجع السابق، ص.493.

(2)- غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، المرجع السابق، ص.284.

(3)- اسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق، وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية.2، د.م.ج. الجزائر، 1990، ص.203.

المعاملات وتعوده على الكسب، كما تمرّنه على مضاضة الخسارة، وكل ذلك يهيئه لرشده ويساعده على اكتساب مواهب فكرية حتى يحكم له أو عليه عند بلوغه سن الرشد⁽¹⁾.

ب- حماية الصبي المميّز من الأضرار :

قلنا أن الصبي المميّز يتمتع بعقل غير ناضج ورأيه ضعيف مما يؤدي إلى غبنه بسهولة، وفساد تدبيره، وعدم تقديره للعواقب، وبما أن التصرف الذي قام به يحتمل النفع والضرر كان على المشرّع جبر هذا النقص إما بالإجازة التي تكون من ممثله الشرعي المتمثل في الولي، أو الوصي، وإما جبره بالرفض ومنه فإن انعقد موقوفاً لا يرتب أي ضرر له، وإذا اقترن بموافقة ممثله اعتبر في مصلحة الصبي المميّز، ونفذ عليه⁽²⁾.

المطلب الثالث

الإشكالات القانونية المثارة والقانون الواجب التطبيق

كثيرا ما تعترضنا صعوبات فيما يتعلق بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر التي تصدر من الصبي المميّز⁽³⁾، نتيجة اختلاف الأحكام الخاصة بها بين القانون المدني وقانون الأسرة، كما يتعذر تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من التصرفات، وهذا ما سنطرق إليه في هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول

اختلاف حكم تصرفات الصبي المميّز الدائرة بين النفع والضرر

بين القانون المدني وقانون الأسرة

تبين لنا ممّا سبق أنّ أحكام ق.أ. تختلف عن أحكام القانون المدني الذي لا يأخذ بفكرة وقف تصرفات الصبي المميّز، والتي يأخذ بها ق.أ. وبالتالي فإنّ مشرعنا وقف حيال هذا النوع من التصرفات

(1)- محمّد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقّه الإسلامي، د.ط؛ دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص.

(2)- محمد سعيد جعفرور، اسعد فاطمة، التصرف الدائر بين النفع والضرر، المرجع السابق، ص.83-84.

(3)- الهلباوي جمعة سمحة، الأهلية وعوارضها والولاية العامة والخاصة وأثارهما في التشريع الإسلامي، د.ط؛ دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د.س.ن، ص.12.

موقف الحائرين⁽¹⁾، حيث أعطى حرية الاختيار بين فكرة قابلية هذا التصرف للإبطال، التي استمدها من تقنين نابليون وعلى رأس هذه التقنيات التقنين المصري، وبين فكرة العقد الموقوف على الإجازة التي استمدها من الفقه الإسلامي، مسايرا في ذلك بعض التقنيات العربية⁽²⁾.

تتجلى أوجه الاختلاف بين هذين الحكمين في كون أن العقد الموقوف حتى وإن كان منعقدا فإنه لا ينتج آثاره قبل أن يجاز من ذي الشأن أما العقد القابل للإبطال فهو عقد صحيح ومنتج لآثاره، فإن أجزى فلن تزيد له الإجازة صحة، إنما تزيل عنه خطر الإبطال الذي كان يهدده⁽³⁾.

وعليه يكون عقد البيع الذي يبرمه الصبي المميّز أبرز مثار يضرب في هذا المقام، باعتباره من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، والذي يحتمل وصفين:

يكون هذا العقد صحيحا نافذا من يوم إبرامه بمعنى أنه ناقلا لملكية المبيع من البائع إلى المشتري مقابل ثمن نقدي معين، ما لم يتقرر إبطاله ممن خول له القانون ذلك، هذا من وجهة نظر القانون المدني.

كما أن هذا التصرف يحتمل وصفا آخر إذ يكون موقوفا على إجازة الولي أو الصبي المميّز بعد بلوغه سن الرشد، إلى حين ذلك لا ينتج هذا التصرف آثاره بحيث لا المشتري يمتلك المبيع، ولا البائع يستحق الثمن إلا بعد الإجازة من ذي الشأن، هذا من وجهة نظر ق.أ. باعتبار أن هذا الأخير مكمل للقانون المدني كان ينبغي مراعاة الاتساق، والانسجام بينهما في الأحكام الواردة في هذا الشأن⁽⁴⁾.

ولتفادي هذا التناقض كان على مشرنا العمل على توحيد الحكم فيما يخص هذا التصرف، وذلك بأن يسلك أحد المسلكين:

أولاً: فيما أن يأخذ بأحكام القانون المدني التي تعتبر هذا التصرف صحيحا، ومنتجا لآثاره على حين تقرير إبطاله كما قضى بذلك المشرع المصري في المادة 111 ق.م.م، التي تقضي: "أما التصرفات 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 بسبب الأحوال

(1) - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائري، د.ط؛ المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983 ص.49.

(2) - الهلباوي جمعة سمحة، المرجع السابق، ص.14.

(3) - محمد حسنين، المرجع السابق، ص.53.

(4) - أبو السعود رمضان، الوسيط في شرح أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون اللبناني، د.ط؛ دار الجامعية، د.ن.ب، 1986، ص.68.

ووفقاً للقانون⁽¹⁾. وحينئذ يجب تعديل المادة 83 من ق.أ.ج، حتى نتفادى التعارض مع أحكام القانون المدني، وإن كنا نأمل تعديل أحكام القانون المدني للأسباب التي سنشير إليها لاحقاً.

ثانياً: أن يأخذ بفكرة العقد الموقوف المنصوص عليها في المادة 83 من قانون الأسرة، فلا يكون هناك محل لطلب الإبطال، وهنا ينبغي تعديل أحكام المادة 101 من ق.م.ج، لتنسجم مع أحكام المادة 83 من ق.أ.ج، حتى تبقى فكرة العقد الموقوف على الإجازة هي السائدة، وحبذا لو أن المشرع يفضل هذا الحكم، كون أن هذه الفكرة جديدة بالاعتبار، إذ لا تجعل للتصرف أي أثر قبل إجازته من طرف صاحب الحق في ذلك، ويعتبر هذا التصرف وقائياً، كما تجدر بنا الإشارة إلى أن هذه الفكرة هي الرأي الراجح لدى فقهاء القانون والشريعة الإسلامية⁽²⁾.

إذا كان المشرع في كلتا الحالتين يرمي إلى توفير الحماية للصبي المميز إنه لمن الأنسب أن يختار الحالة الثانية.

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر

أمام هذا التعارض الموجود بين نصين قانونيين يحمل كل منهما حكماً مخالفاً للآخر، فإنه يستحيل الجمع بينهما وطالما أن هذين الحكمين توزعا بين كل من القانون المدني وقانون الأسرة، وبهذا الصدد نود ذكر بعض الآراء لرجال القانون في هذه المسألة.

أولاً: القانون المدني هو القانون الواجب التطبيق:

وذلك على أساس أن القانون المدني هو الذي ينظم الأموال وليس قانون الأسرة، ذلك أن هذا الأخير ينظم الأحكام التي تتعلق بالأحوال الشخصية بما فيها حالة الشخص، وعلاقته بأسرته. أما جلّ التصرفات المالية التي يقوم بها الصبي المميز والأحكام المتعلقة بها تدخل ضمن اختصاص القانون المدني دون غيره، وقد تبنت هذا الرأي الدكتورة فريدة محمدي -زواوي- وذلك بالقول⁽³⁾: "وفي هذا التعارض بين القانون المدني وقانون الأسرة كان يجب الأخذ في هذا المجال بالقانون المدني لأنه هو

(1) - القانون المدني المصري، المرجع السابق.

(2) - هبالي البختي، العماري محمد؛ تصرفات الصبي المميز، المرجع السابق، ص.18.

(3) - محمدي فريدة- زواوي-، مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص.56.

الأصل بالنسبة للتصرفات القانونية". وبحسب رأيها إذا كان الشرع الجزائري يودّ تبني فكرة العقد الموقوف الواردة في ق.أ.ج، عليه تعديل القانون المدني.

وحسب أنصار هذا الرأي فإن الحكم الذي يجب أن يعتد به هو القابلية للإبطال، ويعاب على هذا الرأي أن ق.أ. وإن كان ينظم الأحوال الشخصية، إلا أنه ينظم التصرفات المالية كذلك وخير مثال على ذلك نصّه في الكتاب الرابع منه على التبرعات، الذي تناول فيه الوصية، الهبة، الوقف، وكذلك نظم التركات، والتصرّف في أموال القصر ببيعها وتأجيرها.

ثانيا: قانون الأسرة هو القانون الواجب التطبيق:

يرى أنصار هذا الفريق أنه مادام أن الحكمين واردين في نصين قانونيين مختلفين، وباعتبارهما متساويين في القوة لحل الإشكال يجب إعمال المبدأ الذي يقضي بأن التشريع اللاحق يلغي التشريع السابق المساوي له أو الأدنى منه درجة، و عليه فإن النص الأحدث هو نص المادة 83 من ق.أ. الصادر سنة 1984⁽¹⁾، والذي يعدّ لاغيا للنص القديم ألا وهو نص المادة 101 من ق.م، خاصة أن المادة 223 من ق.أ. تنصّ صراحة بأنها تلغي جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون⁽²⁾.

حسب هذا الرأي فإن الحكم الذي يجب أن يعتد به هو وقف تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر.

لكن المشرع الجزائري لم يتوقف عند هذا الحد، ففي أخسر تعديل أحدثه على ق م، وبالتحديد المادة 101 منه جعل تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر قابل للإبطال، فهو بهذا التعديل يلغي المادة 83 ق أ ج، بإعتباره جاء لاحقا لتعديل ق أ ج، هذا فيما يخص موقف المشرع الجزائري. ونحن من جهتنا نرى أنّ الرأي الصائب هو وقف تصرف الصبي المميز، رعاية لمصلحة هذا الأخير، وما يترتب من سلبيات على إبطال العقد بعد سريانه خاصة وأنه يصعب إعادة الطرفين المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها سابقا.

(1)- أمر رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، معدّل ومتمم. المرجع السابق.

(2)- وذلك بنصها: "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا النص"

خاتمة

يتفق كل من القانون المدني وقانون الأسرة، فيما يخص تصرفات الصبي المميز حول هدف واحد وهو حماية أمواله، بالرغم من إختلافهما حول حكم هذه التصرفات.

وقد سمحت هذه الدراسة بالتوصّل لبعض النتائج، وتسجيل بعض النقائص، والاختلالات التي كانت حافزاً لنا لتقديم بعض الاقتراحات، وفتح أفق البحث فيما تعدّر علينا الإلمام بتفاصيله، والتصدي لتدقيقاته بين كنايا هذه المذكرة، والتي يمكن إيجاز ما حوته محطاتها في:

I- بالنسبة للصبي المميز في القانون الجزائري :

الصبي المميز في هذا القانون هو ذلك الشخص الذي تجاوز الثالثة عشرة سنة، وهو ما قضت به المادة 2/42 من القانون المدني المعدّل والمتمم بالقانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 بأنه "... يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة...".

II- بالنسبة لأهلية الصبي المميز :

يعتبر الصبي المميز ناقص الأهلية حسب نص المادة 43 من القانون المدني التي قضت "... كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد... يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون"، ونفس الشيء يقال على المادة 83 من ق.أ.ج، التي احتوت المادة 43 من ق.م.ج.

إلا أنه وعلى حد تعبيرنا سابقاً، فإن هذا الوصف بنقصان الأهلية لا ينطبق في الواقع، خاصة مع تطبيق قانون الأسرة ، وعليه خلصنا بأن تكون أهلية الصبي حسب نوع التصرف كالاتي:

- 1) كامل الأهلية بالنسبة للتصرفات النافعة نفعاً محضاً.
- 2) ناقص الأهلية بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر.
- 3) عديم الأهلية بالنسبة للتصرفات الضارة.

III- بالنسبة إلى التصرفات التي يبرمها الصبي المميز :

في نظر القانون المدني: التصرفات التي يبرمها الصبي المميز في ظل القانون المدني نوع واحد على أساس أنه لم يأخذ بفكرة تقسيم التصرفات.

في ظل قانون الأسرة : وهي ثلاثة أنواع :

- تصرفات نافعة نفعاً محضاً.
- تصرفات ضارة ضرراً محضاً.
- تصرفات دائرة بين النفع والضرر.

VI - بالنسبة لحكم تصرفات الصبي المميز:

تكون تصرفات الصبي المميز الضارة ضرراً محضاً باطلة، وعلى القاضي أن يقضي بالبطلان إذا رفعت إليه دعوى سواء كانت أصلية بشأن بطلان العقد، أو بمناسبة النظر في دعوى أخرى أثناء المطالبة بهذا العقد.

تكون تصرفات الصبي المميز النافعة نفعاً محضاً صحيحة ونافذة، ولا يمكن إبطالها بسبب صغر السن وعلى القاضي أن يقضي بتنفيذ هذا العقد، إذا طلب منه ذلك .
بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر: توصلنا في هذه الدراسة إلى أن هناك تعارض بين أحكام القانون المدني، وأحكام قانون الأسرة بشأن هذا النوع من التصرفات التي يقوم بها الصبي المميز، وتساءلنا عن الحكم الذي يجب أن يعتد به، هل القابلية للإبطال. أم العقد الموقوف على الإجازة؟ وخلصنا بعد إعمال المبادئ القانونية العامة في التحليل إلى أن الحكم الصائب في هذه التصرفات هو الذي جعلها موقوفة على إجازة من خوله القانون ذلك، وهو الممثل الشرعي للصبي المميز سواء كان ولياً أو وصياً.

V - بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على تصرفات الصبي المميز:

تعبيراً على ما سبق في مضمون هذه المذكرة فإن أحكام قانون المدني هي المطبقة على تصرفات الصبي المميز، ولا مجال لتطبيق قانون الأسرة، حتى وإن كان من المستحسن إدراج هذه الأحكام ضمن قانون الأسرة.

ونشير بالمناسبة إلى أنّ المادة 83 من ق.أ.ج. رغم ما أوردته إلا أنها أغفلت عن جملة من المعطيات بشأن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، ذلك أنها لم تحدّد المدّة التي يستطيع فيها الولي أو الصبي المميز إجازة التصرف، ومنه يفهم أن شرط صحّة الاجازة، أو الردّ هو أن يصدر كل منها قبل بلوغ الصبي المميز سنّ الرشد، دون تقييد الولي أو الوصي بأيّة مدّة، وكان على المشرّع أن يحدّد مدّة زمنية تكون قصيرة لتنفيذ هذا العقد.

كما أن المادة السالفة الذكر لم تفصل في مصير تصرف الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر، إذا لم يسبق لوليه أو وصيه أن بت فيه بالإيجاز، وكان على المشرّع أن يحدد مدة معينة لتتم فيها الإجازة بحيث إذا انقضت اعتبر العقد مجازاً، ولهذا نقترح صياغة المادة 83 من ق.أ.ج. كالآتي:
"...إذا كان الصبي مميزاً اعتبرت تصرفاته صحيحة إذا كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطلة إذا كانت ضارة

ضرراً محضاً، أما إذا كانت دائرة بين النفع والضرر فهي موقوفة على إجازة الصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد، أو على إجازة وليه قبل بلوغه سن الرشد، ويجب أن تصدر الإجازة أو الرد خلال سنة واحدة، يبدأ سريانها من تاريخ علم الولي بصدور هذا التصرف من الصبي المميز، أو من تاريخ بلوغ هذا الأخير سن الرشد، وإذا انقضت هذه المدة دون إجازة التصرف، أو رده أعتبر هذا التصرف نافذاً.

قائمة المراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: باللغة العربية

I- الكتب

أ- المؤلفات العامة:

- 1- أبو السعود رمضان، الوسيط في شرح أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون اللبناني، د.ط؛ دار الجامعة، د.ب.ن، 1986.
- 2- أبو السعود رمضان، همام محمد محمود، المبادئ الأساسية في القانون د.ط؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1995 - 1996.
- 3- أبو السعود رمضان، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، د.ط؛ د.م.ج، مصر، 1999.
- 4- أبو زهرة محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د.ط؛ دار الفكر العربي، د.ب.ن، 1996.
- 5- أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، د.ط؛ دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 6- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ط.2؛ د.م.ج، الجزائر، 1990.
- 7- الجيلالي عجة، مدخل للعلوم القانونية، ج.2: نظرية الحق، د.ط؛ برتي للنشر، الجزائر، 2005.
- 8- الرشدان محمد علي، الغبن في القانون المدني، دراسة مقارنة، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
- 9- السلطان أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط.10؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- 10- السنهوري أحمد عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج.1، ج.2، ج.6، ط.2؛ منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
- 11- السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد 2، ج.1، ط.3؛ منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.

- 12- الصراف عباس، جورج حزيون، المدخل إلى علم القانون، نظرية الحق والقانون، ط.1؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، د.ب.ن، 2008.
- 13- الطعيمات هاني، فقه الأحوال الشخصية، في الميراث والوصية، ط.1؛ دار الشروق للنشر والتوزيع عمان، الأردن، 2007.
- 14- الفضل منذر، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات وأحكامها، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، ط.1؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.
- 15- بعلي محمد الصغير، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، نظرية الحق؛ دار العلوم، الجزائر د.س.ن.
- 16- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج.1، الزواج والطلاق، د.م.ج، الجزائر 1999.
- 17- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج.1: التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ط.5؛ د.م.ج، الجزائر، 2007.
- 18- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط.1؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2012.
- 19- بن شنيبي حميد، المدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية الحق، ج.2، ط.2؛ د.د.ن، الجزائر 2009.
- 20- تقيية محمد، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزامات في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، د.ط شركة دار الأمة للطباعة والنشر والترجمة والتوزيع، الجزائر، 1995.
- 21- حسن فرج توفيق، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بين القوانين العربية، الدار الجامعية، د.س.ن .
- 22- خليل أحمد قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ط.4؛ عقد البيع، د.م.ج، الجزائر د.س.ن.
- 23- دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، د.ط؛ دار العلوم، الجزائر 2004.
- 24- زعلاني عبد المجيد، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، دار هومه للنشر والتوزيع الجزائر، 2009.

25- غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، ط1؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن 2011.

26- فتحي الدريني، النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، د.س.ن.

27- فيلاي علي، نظرية الالتزامات، موفم للنشر والتوزيع، 2002.

28- محمد حسن، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائري، د، ط؛ المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983.

ب- المؤلفات الخاصة:

1- محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي، د.ط هومة للطباعة والنشر، والتوزيع، الجزائر، 2002.

2- محمد سعيد جعفرور، اسعد فاطمة، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.

3- حسين فرج عبد الرزاق، نظرية العقد الموقوف في الفقہ الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون المدني د.ط؛ د. ب ن، الجزائر.

4- شوشاري محمد صلاح الدين، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقہ الإسلامي، ط1؛ الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، د.ب.ن، ب.س.ن.

5- الهلباوي جمعة سمحة، الأهلية وعوارضها والولاية العامة والخاصة وأثارهما في التشريع الإسلامي د.ط؛ دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د.س.ن.

6- هادي محمد عبد الله، أحكام المفقود دراسة مقارنة بين الفقہ الإسلامي والقانون العراقي، د.ط؛ دار الدجلة، عمان، الأردن، 2010.

II- الأطروحات و المذكرات:

1- بودراع عبد الغاني، بوحارة سفيان، مسؤولية الآباء التقصيرية على أولادهم للقصر في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2012/11/20.

2- اخلف خليصة، يوسف خوجة سعديّة، النظام القانوني لعقد الإيجار في القانون المدني الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2011 - 2012.

3- حبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، د.ط د.ب.ن، د.س.ن.

- 4- حبار محمد، قانون العقد، المسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارنة، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص. معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، د.س.ن.
- 5- شريف نعيمة، أقمون ثلجة، الحماية المدنية للطفل في ظل الاتفاقيات الدولية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، 2006-2007.
- 6- محمد سعيد جعفر، إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري، رسالة الماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 1985.
- 7- محمدي فريدة -زاوي - مبدأ نسبية العقد، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق، الجزائر، د.س.ن.

III- المقالات العلمية:

- 1- بن زيطة عبد الهادي، "بداية الحياة الإنسانية وآثارها بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011.
- 2- تقيّة عبد الفتاح، "نطاق عوارض الأهلية في فقه أصول الشريعة الإسلامية، دراسة تحليلية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2009، عدد 1.

IV- النصوص القانونية:

- 1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج. عدد 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جويلية 2005، ج.ر.ج.ج. عدد 44، لسنة 2005، ومعدل ومتمم بالقانون رقم 07-05 مؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر.ج.ج. عدد 31 الصادرة في 13 مايو 2007.
- 2- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج. عدد 24، بتاريخ 12 يونيو 1984، معدل بالأمر رقم 02-05 مؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر.ج.ج. عدد 15 بتاريخ 27 فبراير 2007.
- 3- قانون رقم 91-29 مؤرخ في 21 ديسمبر 1991، يعدل ويتم القانون رقم 11-90، مؤرخ في 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، ج.ر.ج.ج. عدد 68، الصادرة في 25 ديسمبر 1991.

V- المواقع الإلكترونية:

- 1- القانون المدني المصري: <http://shaban.almontada.infot/81-topic>

VI- الأحكام و القرارات:

- 1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 49228 مؤرخ في 19 10 1987، (قضية، م.ب ضد م.ب)، المجلة القضائية عدد4 1990
- 2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 56092 مؤرخ في 12 02 1990، (قضية ق.أ ضد م.ب)، المجلة القضائية، عدد 1، الصادرة في 1991.
- 3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 43476 مؤرخ في 29 06 1986، (قضية ج.م ضد ح.ق)، المجلة القضائية عدد 1، 1993.
- 4- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 49339 مؤرخ في 14 11 1988 ، (قضية ع.ب ضد م.ن)، المجلة القضائية عدد4، 1994 .
- 5- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 230962 مؤرخ في 05 06 2002، (قضية م.ج ضد ق.ج)، المجلة القضائية عدد2 ، 2003.

VII- القواميس القانونية:

- 1- ابن منصور جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، المجلد 9؛ دار صادر بيروت، لبنان 1956.
- 2- ديب لطيفة، قاموس المصطلحات الحقوقية والتجارية، عربي-فرنسي، ط.11؛ دار علاء الدين للنشر والتوزيع والترجمة، دمشق، سوريا، 2005.
- 3- يعقوبي م.أ، معجم المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، عربي-فرنسي، ط.2؛ قصر الكتاب الجزائر، 2001.

ثالثا: باللغة الفرنسية

1)- Ouvrages

- 1- AUBERT (Jean-Luc) SAVAUX (Eric), Introduction au droit ,DALLOZ ,paris, 13^{eme} éd, 2010.
- 2- FLAUR (Jaques) .AUBERT (Jean – Luc).Droit civil .les obligations. Le fait juridique.9^{eme} éd, DALLOZ, paris, 2001.

- 3- HESS.FALLON (Brigitte) SIMON. (Anne -marie), Droit civil.7^{eme} éd. éd. DALLOZ, paris, 2003.
- 4- GILLES (Taomina) .RICCI. (Jean- Claude). Introduction au droit. éd DALLOZ , Paris.
- 5- MARTY (G) .RYNAUD (P), Droit civil.t2.les obligations.1962.

2)- DICTIONNAIRES JURIDIQUES

- 1- NICOLAEAU (Patrick), dicojuris. lexique de droit privé. ellipse Marketing.paris.1996.

فهرس الموضوعات

1.....	مقدمة
4.....	الفصل الأول : مفهوم التصرفات القانونية للصبي المميّر
5.....	المبحث الأول: مفهوم التصرف القانوني
5.....	المطلب الأول: تعريف التصرف القانوني
5.....	الفرع الأول: التعريف التشريعي للتصرف القانوني
7.....	الفرع الثاني: التعريف الفقهي للتصرف القانوني
9.....	المطلب الثاني: تمييز التصرف القانوني عن الواقعة القانونية وأهمية ذلك
9.....	الفرع الأول: تمييز التصرف القانوني عن الواقعة القانونية
9.....	الفرع الثاني: أهمية تمييز التصرف القانوني عن الواقعة القانونية
10.....	المطلب الثالث: شروط صحة التصرف القانوني
11.....	الفرع الأول: توفر الأهمية اللازمة في التصرف القانوني
11.....	أولاً: تعريف الأهمية
11.....	ثانياً: خلو الأهلية من العوارض والموانع
12.....	أ- عوارض الأهلية
12.....	1- الجنون والعتة
13.....	2- السفه والغفلة
15.....	ب-موانع الأهلية
16.....	1- المانع الطبيعي والمادي
18.....	2- المانع القانوني والقضائي
20.....	الفرع الثاني: خلو الإرادة من العيوب
20.....	أولاً: تعريف الإرادة وطرق التعبير عنها
23.....	ثانياً: عيوب الإرادة
23.....	أ- الغلط
24.....	ب-الإكراه
26.....	ت-الإستغلال

30.....	ث-التدليس.....
32.....	المبحث الثاني: مفهوم الصّبي المميّز.....
32.....	المطلب الأول: تعريف التميّيز.....
32.....	الفرع الأول: معنى التميّيز.....
33.....	الفرع الثاني: بداية سنّ التميّيز.....
34.....	المطلب الثاني: تعريف الصّبي المميّز.....
34.....	الفرع الأول: التعريف التشريعي للصّبي المميّز.....
34.....	الفرع الثاني: التعريف الفقهي للصّبي المميّز.....
35.....	المطلب الثالث: تمييز الصّبي المميّز عن في حكمه.....
35.....	الفرع الأول: تمييز الصّبي المميّز عن ذا الغفلة.....
36.....	الفرع الثاني: تمييز السفية عن ذا الغفلة.....
38.....	الفصل الثاني: أنواع وأحكام تصرّفات الصّبي المميّز.....
39.....	المبحث الأول: أنواع تصرّفات الصّبي المميّز.....
39.....	المطلب الأول: تصرّفات الصّبي المميّز في القانون المدني.....
40.....	المطلب الثاني: تصرّفات الصّبي المميّز في قانون الأسرة.....
41.....	الفرع الأول: تصرّفات نافعة نفعاً محضاً.....
41.....	الفرع الثاني: تصرّفات ضارة ضرراً محضاً.....
43.....	الفرع الثالث: تصرّفات دائرة بين النفع والضرر.....
43.....	المطلب الثالث: الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة في تصرّفات الصّبي المميّز.....
43.....	الفرع الأول: قيام الصّبي المميّز بأعمال الإرادة.....
44.....	الفرع الثاني: قيام الصّبي المميّز بإبرام عقد الزواج.....
45.....	الفرع الثالث: اكتساب الصّبي المميّز صفة التاجر.....
46.....	المبحث الثاني: أحكام تصرّفات الصّبي المميّز في القانون المدني.....
47.....	الفرع الأول: العقد القابل للإبطال.....
48.....	الفرع الثاني: الحق في التمسك بإبطال العقد وزواله.....

49.....	الفرع الثالث: تقرير الإبطال والآثار المترتبة عليه.....
49.....	الفرع الرابع: الغاية من تقرير دعوى إبطال التصرف الدائر بين النفع والضّرر.....
50.....	المطلب الثاني: حكم تصرفات الصّبي المميّز في قانون الأسرة.....
51.....	الفرع الأول: حكم التصرفات النافعة.....
52.....	الفرع الثاني: حكم التصرفات الضارة.....
54.....	الفرع الثالث: حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضّرر.....
54.....	أولاً: تعريف العقد الموقوف.....
55.....	ثانياً: آثار العقد الموقوف.....
56.....	ثالثاً: الحكمة من وقف التصرف الدائر بين النفع والضّرر.....
57.....	المطلب الثالث: الإشكالات القانونية المثارة، والقانون الواجب التطبيق.....
57.....	الفرع الأول: الإشكالات القانونية المثارة حول التصرف الدائر بين النفع والضّرر.....
59.....	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على التصرف الدائر بين النفع والضّرر.....
62.....	خاتمة.....
66.....	قائمة المراجع:.....
72.....	الفهرس:.....