The rules of capacity in the civil codification and family codification, from the hypothesis of complementarity between the texts to the reality of conflicting rulings

Received: 25/04/2024; **Accepted:** 14/04/2025

Samir CHIHANI [1*], Hamza GATTAL [2]

1 Faculty of law and political science, laboratory "State and Organized Crime", University of Bouira (Algeria), s.chihani@univ-bouira.dz
2 Faculty of law and political science, laboratory "State and Organized Crime", University of Bouira (Algeria), h.gattal@univ-bouira.dz

قواعد الأهلية في التّقنين المدني وتقنين الأسرة، من فرضية التكامل بين النّصوص إلى واقع التعارض في الأحكام

ملخص

من المعلوم أن التّقنين المدني هو الشريعة العامة، يرجع إليه كلما لم يكن هناك نصّ على مسألة معينة في باقي القوانين ذات العلاقة، ومن بين هذه القوانين تقنين الأسرة. وقد تضمن التّقنين المدني أحكاما عامة بشأن قواعد الأهلية، وأحال ببعضها على نصوص تقنين الأسرة الذي لم يكن قد صدر بعد، وهذا يجسد في ظاهره مبدأ التكامل بين التّقنينين.

غير أن صدور تقنين الأسرة بعد تسع سنوات من صدور التّقنين المدني أظهر العكس في عديد المواضع، وبالخصوص في القواعد التي تحكم أهلية الأشخاص؛ لذلك كان الغرض من هذه الدراسة هو تحليل مضمون تلك القواعد مع تسليط الضوء على مواطن عدم الانسجام أو التعارض بينها، ثم إعطاء الحلول للخروج من حالة عدم الاتساق بين النّصوص أو حتّى التعارض بينها.

الكلمات المفتاحية:

قواعد الأهلية؛
قاصر؛
عديم أهلية؛
تعارض أحكام؛
تكامل بين التقنينات.

Abstract

It is known that the civil codification is the general Shariah, reffering to it whenever there is no text on a specific issue in the rest of the relevant laws. Among these laws; the codification of the family. The civil codification included general provisions regarding capacity rules, some of them reffered to the texts of the family codification which had not yet been issued, and this embodies in the phenomenon of the principle of complementarity between the two laws.

However, the issuance of the family codification nine years after the issuance of the civil codification showed the converse in many placements. Particularly in the rules governing the capacity of persons; therefore, the purpose of this study was to analyze the content of those rules, with shedding light the areas of incompatibility between them, and then providing solutions to get out of the state of incoherency between texts or even conflict between them.

Keywords:

Capacity rules;
Minor;
Incapacited;
Conflict of rulings;
Complementarity between codifications.

* Corresponding author. E-mail : s.chihani@univ-bouira.dz

Doi:

© Constantine 1 University, Algeria, 2025.

مقدمة:

تعدّ أهلية الأشخاص ذات أهمية كبرى في القانون عموما، وفي القانون المدني خصوصا، لما لها من دور في الحكم على التصرّفات القانونية صحة وبطلانا، وبالتالي تقرير وجودها أو عدمها؛ لهذا خصها المشرّع الجزائري كباقي نظرائه بأحكام خاصة، لكنه وزع بعضها وفرقها بين نصوص التّقنين المدني باعتباره الشريعة العامة، وبين نصوص تقنين الأسرة الذي أحال عليه التّقنين المدني بموجب نصّ المادّة 79 منه، بغرض إيجاد تكامل بين نصوصه وبين تقنين الأسرة، غير أن تفصيل ما يتعلق بمسائل الأهلية في تقنين الأسرة جعل نصوصه غير متلائمة مع ما ورد في التّقنين المدني، بل وبين نصوصه ذاتها، إلى درجة التّناقض في مرات عديدة.

عدم التجانس، والتناقض أحيانا، مردهما اختلاف مشارب واضعي التّقنينين؛ حيث إن واضعي التّقنين المدني متأثرون بالقوانين الغربيّة وفي مقدمتها التّقنين المدني الفرنسي، في حين يبدو جليا أن واضعي تقنين الأسرة متأثرون بالفقه الإسلامي والقوانين التي حذت حذوه.

فقد كان لتعاقب الحضارات على الجزائر بالغ الأثر في شتّى النواحي، ولم تكن الناحية التشريعية بمنأى عنها، فالمسلمون رسخوا قواعد التشريع الإلهي، والفرنسيون حاولوا إزالتها وتعويضها بقواعد تقنين نابوليون، فحدث أنّ الهيئة التشريعية الجزائرية عند وضعها لقوانينها زاوجت بين قواعد الفقه الإسلامي وبين قواعد القانون الفرنسي وبعض القوانين العربيّة السابقة لها[1]، وهذه الازدواجية كانت بسبب اختلاف مشارب أعضاء تلك الهيئة.

فصدر لنا التّقنين المدني سنة 1975[2]، متضمنًّا كثيرًا من القواعد الموجودة في تقنين نابوليون، مضافًا إليها قواعد من التّقنين المدني المصري ذي المأخذ الحنفي في غالبه، إضافة إلى بعض القواعد الأخرى للمذهب المالكي.

ثم صدر تقنين الأسرة سنة 1984[3] بعد أربع محاولات سابقة فاشلة[4]، والذي كان معظم ما جاء فيه مأخوذًا من الفقه الإسلامي بتعدّد مذاهبه[5]. وممّا تضمّنه: بعض القواعد المتعلقة بالأهلية، التي أحال إليها التّقنين المدني بموجب نصّ المادّة 79 منه، فكان من المفروض أن يكمّل[6] التّقنين المدني في المسائل التفصيليّة التي لم يذكرها، لكن حدث ما لم يكن مفترضًا وقوعه؛ حيث وردت في تقنين الأسرة نصوصٌ تناقض ما جاء في الشريعة العامة، ونصوصٌ أخرى تثير اللبس[7]، كما قرّر تقنين الأسرة بموجب المادّة 223 إلغاء كل نصّ مخالف لما ورد فيه؛ مما جعل القانونيين بمختلف أصنافهم في حيرة أمام هذا التّناقض وهذا اللبس.

هذا يجعلنا نتساءل حول ما إذا بقيت للتقنين المدني مكانته باعتباره الشريعة العامة أمام تقنين الأسرة الذي صدر بعده، لا سيما وأنه هو من أحالنا على تقنين الأسرة لتطبيق أحكامه فيما يتعلق بالأهلية، وأنه هو من بدأ بتنظيم القواعد المتعلقة بها بموجب المواد 40 إلى 45؟ وهل يمكن تطبيق مبدأ التكامل بين التّقنينين بخصوص القواعد المنظّمة للأهلية؟

للإجابة عن الإشكالية المطروحة، سنقوم بمعالجة الموضوع من خلال مبحثين: الأول يتعلق بحكم تصرّفات الصّبيّ المميّز في كل من التّقنين المدني وتقنين الأسرة، والثّاني يتعلق كذلك بحكم تصرّفات السّفيه وذي الغفلة، والمجنون والمعتوه. مع الإشارة في كل مرة إلى مواطن التعارض أو الخلل فيها، ومحاولة تصحيحها أو إعطاء وجهة النظر بشأنها.

المبـــحـــث الأول: تباين حكم تصرّفات الصّبيّ المميّز في نصوص التّقنين المدني عن نصوص تقنين الأسرة

تعرف الأهلية بعمومها بأنها: «صلاحية الشّخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات ومباشرة التصرّفات القانونية التي من شأنها أن ترتب له هذا أو ذاك»[8]. وهي تنقسم إلى قسمين: أهلية وجوب، والتي تثبت للشخص بمجرد ولادته حيًّا، وأهلية أداء والتي تثبت ابتداءً من سنّ التمييز، وتكتمل عند بلوغ سنّ الرشد القانوني.

وهذه الصلاحية لا تكون إلا بتوافر شروط معينة، منها بلوغ الشّخص سنًّا معيّنة تسمح له باكتساب الحق أو بتحمّل الالتزام، أو بإبرام تصرّف معين؛ لهذا نصّ المشرّع الجزائري في التّقنين المدني ضمن المواد 40، 42 و43 على هذه المسألة؛ فبدأ في نصّ المادّة 40 بتحديد سنّ الرشد بتسع عشرة (19) سنة ميلادية كاملة[9]، فإن بلغها عاقلا غير محجور عليه كانت له الأهلية الكاملة، ثم تلاه بنص المادّة 42 الذي جعل سنّ التمييز ثلاث عشرة (13) سنة[10]، بدلالة المفهوم، ثم أوضح بموجب نصّ المادّة 43 أن الصّبيّ الذي بلغ سنّ التمييز، والسّفيه وذا الغفلة؛ ناقصو أهلية.

من خلال هذا التّقديم تظهر الازدواجية في تقرير سنّ التمييز وسن الرشد، حيث نجد أن المشرّع الجزائري أخذ سنّ التمييز من نظيره التونسي الذي أخذه بدوره من التّقنين المدني الفرنسي، لكنه خالفهما بشأن سنّ الرشد الذي أخذه من الفقه الإسلامي، إذا لو أخذهما عن المشرّع الفرنسي معًا، لكان سنّ التمييز 13 سنةً، وسن الرشد 18 سنةً. ولو أخذهما عن الفقه الإسلامي لكان سنّ التمييز 7 سنوات، وسن الرشد 19 سنةً وفق الرأي الذي تبنّاه[11]. وهذا لا شك له أثره بخصوص التصرّفات التي يعقدها من لم يبلغ سنّ التمييز، أو من بلغها ولكنه لم يبلغ سنّ الرشد.

وقد جعل المشرّع الجزائري الصّبيّ المميّز ناقص أهلية بموجب نصّ المادّة 43 من التّقنين المدني الجزائري. وإذا كان المشرّع قد بين حكم تصرّفات كامل الأهلية[12] بموجب نصّ المادّة 40 من التّقنين المدني، فإنه لم يفعل ذلك بشأن ناقص الأهلية، إلا ما يمكن أن يُفهم من نصّ المادّة 101، ولكنه أحال على نصوص تقنين الأسرة بموجب نصين: أحدهما بدلالة المفهوم والآخر صريح في لفظه؛ فأمّا النّص الذي يشير إلى ذلك بدلالة المفهوم فهو نصّ المادّة 44 من التّقنين المدني[13]، الذي قرر أن تطبّق على ناقصي وفاقدي الأهلية أحكام الولاية والوصاية والقوامة[14]، وهذه الأحكام نصّ عليها المشرّع في تقنين الأسرة وخصّص لها الكتاب الثّاني منه تحت عنوان "النيابة الشرعية". وأما النّص الصريح فهو نصّ المادّة 79 من التّقنين المدني، الذي جاء فيه: «تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها **قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة**»[15].

ونتج عن تقرير بعض النّصوص الخاصة بأهلية الأشخاص في التّقنين المدني، وأخرى في تقنين الأسرة، ازدواجية في الرؤية لدى بعض الفقهاء في الجزائر[16]، حيث منهم من يرى تطبيق أحكام التّقنين المدني باعتباره الأصل والشريعة العامة، وبعضهم يرى تطبيق أحكام تقنين الأسرة. وقبل أن نرى الحجج التي يستندون إليها في رأيهم ومناقشتها، نعرض إلى حكم تصرّفات الصّبيّ المميّز في ظل التّقنينين المذكورين.

المطلب الأول: النظر في حكم تصرّفات الصّبيّ المميّز في التّقنين المدني

أتى ذكر الصّبيّ المميّز في التّقنين المدني ضمن المادتين 42 و43 من التّقنين المدني، ولكن هذين النّصين لم يبيّنا حكم التصرّفات التي يجريها بنفسه، فكان لا بد من النظر إلى نصوصٍ غيرها تفيد بذلك، وهذا ما وجده الفقهاء في نصّ المادّة 101 من التّقنين المدني، الذي ذكر سقوط الحق في الإبطال لناقص الأهلية بمرور زمن معين (الفرع الأول)، غير أن هذا الفهم لم يكن محل إجماع؛ لذلك كان هذا الرأي منتقدًا (الفرع الثّاني).

الفرع الأول: تصرّفات الصّبيّ المميّز قابلة للإبطال

جاء في نصّ المادّة 101 من التّقنين المدني الجزائري: «يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات.

ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب...».

من خلال هذا يظهر أن حكم تصرّف ناقص الأهلية هو القابلية للإبطال[17]، ربطًا بين سقوط الحق فيه الوارد في الفقرة الأولى من المادّة، وبين بدء سريان المدة في حق ناقص الأهلية الوارد في الفقرة الثّانية. غير أن ما يلاحظ على هذا النّص هو عدم تقريره بصريح العبارة بأن تصرّف ناقص الأهلية قابلٌ للإبطال مثلما فعل مع حالة الغلط والتدليس والإكراه، وحالة من به عاهتان إذا كان قد تمّ تسجيل قرار المساعدة القضائية، بل نصّ عليه بدلالة المفهوم وفق ما سنبينه لاحقا، كما أنه لم يوضّح أي نوعٍ من التصرّفات التي يلحقها الإبطال، هل هي التصرّفات الضارة ضررًا محضًا أم النافعة نفعًا محضًا أم الدائرة بين النّفع والضرر، وفق التفصيل الذي أورده المشرّع في نصّ المادّة 83 من تقنين الأسرة[18].

غير أن ما يثير الانتباه هو ما ذكره الدكتور علي فيلالي بشأن تصرّفات ناقص الأهلية، حيث قال بأن من لم يبلغ سنّ الرشد لا يكون له أن يباشر أي تصرّف قانوني بنفسه، سواءٌ كان نافعًا نفعًا محضًا أم لا، ودليله في ذلك مفهوم المخالفة لنص المادّة 40 من التّقنين المدني، والمادّة 78 من ذات التّقنين، رغم إقراره بصحة التصرّفات النافعة استثناءً[19].

وإذا عدنا إلى نصّ المادّة 101 من التّقنين المدني فإننا نجد الفقه الذي يُعْمِلُه بدل نصّ المادّة 83 من تقنين الأسرة يستدل بأن التّقنين المدني هو الشريعة العامة، فهو الأصل، وأن القاعدة العامة في اكتساب أهلية الأداء هو بلوغ سند الرشد طبقا لنص المادّة 40 من التّقنين المدني، وبمفهوم المخالفة، من لم يبلغ هذه السن لا يكون أهلا لمباشرة التصرّفات بنفسه بل عن طريق وليّه أو وصيه. فجعل هذا الاتجاه التصرّفات التي يبرمها ناقص الأهلية قابلة للإبطال إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، وباطلة إذا كانت ضارةً ضررًا محضًا، وصحيحةً نافذةً – استثناءً- إذا كانت نافعة نفعًا محضا[20].

يضاف إلى ذلك أن المادّة 83 من تقنين الأسرة لها مدلولان: الأول هو عدم نفاذ التصرّفات الدائرة بين النفع والضرر؛ فتكون موقوفة على إجازة الولي أو الوصي[21] وفق النّص العربي، في حين أنها خاضعة للإذن المسبق وفق النّص الفرنسي، وهذا يعني أن عدم توفره ابتداءً يجعل الإقدام على التصرّف غير جائزٍ، ومباشرته غير صحيحة، وبالتالي فالتصرّف وفق النّص الفرنسي هو البطلان، والأقرب إلى الصواب هو الحل الثّاني لا الأوّل[22].

الفرع الثّاني: مناقشة هذا الرأي

في مقابل هذا الرأي يذهب اتجاه آخر إلى أن التّقنين المدني، وإن كان الشريعة العامة، لا يُرْجَعُ إليه إلا إذا لم يوجد نصّ خاص بهذا الشأن، ونحن لدينا نصّ المادّة 83 من تقنين الأسرة الذي يبين تفصيلا حكم تصرّفات ناقص الأهلية[23] كما سنبينه لاحقا.

أما بخصوص المادتين 40 و78، ففي اعتقادنا أن هذا القول فيه نظر؛ حيث إنّ مفهوم المخالفة لا يؤخذ به في كل الحالات، ومن بين هذه الحالات أننا لا نأخذ بدلالة المفهوم إذا كان لدينا المنطوقُ، بمعنى إذا وجد نصّ صريحٌ في المسألة، فلا يسوغ العمل بمفهوم المخالفة.

فإذا نظرنا إلى نصّ المادّة 40 التي تجعل من بلغ سنّ الرشد متمتعًا بكامل قواه العقلية وغير محجور عليه، أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية، أي أنه أهل للتعاقد، وكذلك نصّ المادّة 78، فإنه ليس من السّليم أن نعزلهما عن باقي النّصوص، فالنّصوص تفهم بالجمع بينها؛ ولهذا نجد المشرّع الجزائري قد أعطانا ثلاثة أوصاف: كمال أهلية (المادّة 40)، عدم أهلية (المادة 42)[24]، نقص أهلية (المادة 43)[25]؛ فقرر في الأولى صحة جميع التصرّفات، وفي الثّانية بطلان جميعها، لكنه لم يبيّن حكم الثالثة، فلا يصح أن نغلب مفهوم المخالفة لنص المادّة 40 على مفهوم المخالفة لنص المادّة 42، إذ مفهوم المخالفة لهذه الأخيرة يقتضي أيضًا صحة جميع التصرّفات، وهو أيضًا غير صحيح؛ لأن نصّ المادّة يجعل من كان فاقد التمييز غير أهل لمباشرة حقوقه المدنية، ومفهوم المخالفة يقتضي أن من كان مميّزًا فهو أهلٌ لمباشرة حقوقه المدنية.

فهنا نجد مفهوم المخالفة لنصي المادتين 40 و78 يقابلهما مفهوم المخالفة لنص المادّة 42. وإذا وجد دليلان متعارضان متساويان في القوة فلا يحتج بأحدهما إلا إذا سنده دليل آخر يقوّيه. وهذا الدليل فعلاً موجود، وهو يقوي جانب ما جاء في حكم نصّ المادّة 42، حيث إن المشرّع الجزائري في نصوص التّقنين المدني قد ذكر بأن فاقدي الأهلية وناقصيها يخضعون لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة، وهذه الأحكام مقررة في تقنين الأسرة، وأكثر من ذلك، أنه بعد ذكر نصّ المادّة 78 من التّقنين المدني مباشرة أورد نصّ المادّة 79 الذي أحالنا به على نصوص تقنين الأسرة بخصوص ناقصي الأهلية وعديميها فيما يتعلق بقواعد الأهلية[26]. وإذا ذهبنا إلى تقنين الأسرة وجدنا أن المشرّع قد فرق بين الأصناف الثلاثة التي ذكرناها، ولم يجعل تصرّفات ناقص الأهلية باطلةً بطلانًا مطلقًا إلا إذا كانت ضارةً ضررًا محضًا، وكان ذلك بدلالة المنطوق وليس بدلالة المفهوم، وكما هو معلوم عند الأصوليين، دلالة المنطوق مقدّمة على دلالة المفهوم[27].

أما بالنسبة للاختلاف بين النّصين العربي والفرنسي للمادّة 83 من تقنين الأسرة، وأن الثّاني يجعل تصرّفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر باطلة؛ في نظرنا غير دقيق، ومردود عليه من عدة أوجه:

- **الوجه الأول:** أن النّص العربي هو النّص الرسمي، حتّى لو افترضنا أن النّص الفرنسي هو الأصل، إذ التطبيق يكون للنص العربي.
- **الوجه الثّاني:** أن الإذن لا يكون دائمًا مسبقًا بل قد يكون لاحقًا، فيكون بمعنى الإجازة إذا كان لاحقًا على التصرّف[28].
- **الوجه الثالث:** أن حكم البطلان لا مبرر له، إذ لا وجود لهذا الحكم لا في النّص العربي ولا في النّص الفرنسي، ولا يسوغ الحكم ببطلان أمر دون نصّ بذلك.

أما بخصوص القول بإعمال نصّ المادّة 101 من التّقنين المدني، فإنه لا يخلو كذلك من نظر، وذلك من عدة أوجه أيضًا:

- **الوجه الأول:** أن هذا النّص لم يذكر بأنّ تصرّفات ناقص الأهلية قابلة للإبطال بدلالة المنطوق، أي بصريح العبارة كما سبق وأشرنا، بل ذكر ذلك بدلالة المفهوم، ولكنه هنا بدلالة مفهوم المطابقة وليس مفهوم المخالفة، وهذا المفهوم لا يقوى كذلك أمام دلالة المنطوق الموجودة في نصّ المادّة 83 من تقنين الأسرة.
- **الوجه الثّاني:** أن هذا النّص لم يبيّن هل يشمل الإبطال التصرّفات الثلاثة أم يشمل التصرّفات الدائرة بين النفع والضرر، إذن لا وجود في نصّ المادّة 101 ما يبرر تخصيصه بالتصرّفات الدائرة بين النفع والضرر.
- **الوجه الثالث:** أنه لا مبرر مقنع لقصر الاستثناء على التصرّفات النافعة نفعًا محضًا وجعلها صحيحةً نافذةً دون حاجة لإجازة الولي أو الوصي، فهل هو النّص الصريح للمادّة 83 من تقنين الأسرة؟ وإذا كان كذلك فلماذا لم يتم

استثناء التصرّفات الدّائرة بين النفع والضرر، ولماذا لا تُذكر التصرّفات الضارة ضررًا محضًا، فحكماهما أيضًا مختلفان عما جاء به نصّ المادّة 101 من التّقنين المدني؟

- **الوجه الرابع:** أنّ نصّ المادّة 101 ملغى بنص المادّة 83 حسب بعض الفقه[29].

المطلب الثّاني: تعدد أحكام تصرّفات الصّبيّ المميّز في تقنين الأسرة

عندما صدر التّقنين المدني سنة 1975، أورد المشرّع الجزائري نصا فيه يحيل على تقنين الأسرة (مدونة الأحوال الشّخصية)، بخصوص ناقصي وعديمي الأهلية، هو نصّ المادّة 79، لكن تقنين الأسرة تأخّر تسع (9) سنوات حتّى خرج إلى النور، مما جعل الرجوع إلى نصّ المادّة 101 من التّقنين المدني حتميا وسائغا، لكن بصدور تقنين الأسرة اختلف الأمر، لا سيما وأنه أورد أحكاما تفصيلية بشأنه؛ حيث أورد نصّ المادّة 83 ثلاثة أحكام لتصرّفات الصّبيّ المميّز (الفرع الأول)، ثم أورد في المادّة 84 حكما خاصا بالصّبيّ الذي تم ترشيده يختلف عن الحكم الذي أتى به النّص السابق (الفرع الثّاني).

الفرع الأول: حكم تصرّفات الصّبيّ المميّز عموما

في البداية أورد المشرّع الجزائري في نصّ المادّة 81 حكما عامًّا مفاده أنّ فاقدي الأهلية وناقصيها يكونون تحت الولاية أو الوصاية أو التّقديم، وهذا لحمايتهم وتسيير شؤونهم، ثم قرّر في نصّ المادّة 83 أنّ الصّبيّ المميّز إذا أبرم تصرّفًا بنفسه، فإن هذا التصرّف يأخذ أحد الأحكام الآتية: البطلان المطلق إذا كان ضارًّا ضررًا محضًا، النّفاذ إذا كان نافعًا نفعًا محضًا، والوقف على الإجازة إذا كان دائرًا بين النّفع والضّرر، وهذا الحكم مأخوذٌ ممّا سار عليه جمهور الفقهاء المسلمين من حنفية ومالكية وحنابلة في رأي لهم[30].

فمع أنه جعل ناقص الأهلية تحت النيابة الشرعية بموجب نصّ المادّة 81، إلا أنه أعطى لنا فرضية قيامه بتصرّف قانوني معين، وبيّن حكم كل تصرّف فيما إذا كان يضر بمصلحته ضررا بيّنا، كأن يهب شيئا دون مقابل، فيكون ذلك التصرّف باطلا بطلانا مطلقا، أو كان التصرّف نافعا له دون أن يضر به، كأن يوهب له دون مقابل أو يوصى له بشيء، فيكون التصرّف صحيحا ونافذا دون النظر إلى مسألة النيابة الواقع تحتها، أو كان التصرّف دائرا بين الإضرار به وبين المنفعة، وهذا يكون في التصرّفات التي بِعوض كالبيع والإيجار... فيكون الحكم هو الوقف على إجازة نائبه القانوني.

ونعتقد أنه يمكن الجمع بين المادتين 101 من التّقنين المدني و83 من تقنين الأسرة، وإعمالهما معًا، وذلك وفق التفصيل الآتي:

إنّ نصّ المادّة 83 من تقنين الأسرة، قرر حكما بدلالة المنطوق، أي بصريح العبارة، في حين أنّ نصّ المادّة 101 من التّقنين المدني استنتجنا منه الحكم، فكان بدلالة المفهوم، وهو هنا مفهوم المطابقة لا مفهوم المخالفة، وهذا لا يقتضي أنّ ما استخلصناه منه صحيحًا؛ ومن ثم يمكن استعمال قاعدة الخاص يقيد العام بدل قاعدة النّص الجديد يلغي النّص القديم. بمعنى أن الحكم المتضمن في نصّ المادّة 83 يكون ساريًا، فيكون التصرّف موقوفًا إلى حين إجازته أو إبطاله، وفي الوقت نفسه يكون نصّ المادّة 101 ساريا كذلك، وهو أنّ حق هذا الشّخص في الإبطال يسقط بمضي 5 سنوات[31] من وقت زوال سبب نقص الأهلية، أي أنّ ناقص الأهلية يكون التصرّف موقوفًا بالنسبة إليه ولا ينفذ في حقه، فإذا أُجِيز أصبح نافذًا في حقه ورتّب كافة آثاره القانونية، أما إذا استعمل حقه في الإبطال فإنه يصبح كأن لم يكن، أمّا إن سكت ولم يُجِز التصرّف ولم يطلب إبطاله، بقي موقوفًا مدة من الزمن هي التي حدّدها نصّ المادّة 101 من التّقنين المدني، فيكون استعمال حق الإبطال مقرونًا بالمدّة المقررة في التّقنين المدني، فنكون بذلك أعملنا النّصين دون إلغاء أحدهما.

الفرع الثّاني: الإذن القضائي للمميز بالتصرّف (ترشيد القاصر)

تنصّ المادّة 84 من قانون الأسرة: «للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سنّ التمييز في التصرّف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك».

خلافا للقاعدة العامة وهي أن يمرّ الشّخص بمرحلتين قبل أن يكون راشدا، وهما: مرحلة ما قبل التمييز، ومرحلة التمييز؛ منح المشرّع للقاضي أن ينقل عديم التمييز إلى الرشد بمجرد أن يدخل في مرحلة التمييز، وهذا حكم خطير على حسب قول بعض الفقه[32].

فبإذن من القاضي يصبح الصّبيّ المميّز راشدا بالنسبة لبعض أمواله أو كلها، ولكن يبقى تحت رقابة القاضي، فإذا ما ثبت لديه أن بالمرشّد قصورٌ بخصوص تصرّف ما يهدّد مصالحه، جاز له الرجوع عن الإذن، فيرجع المرشد ناقص الأهلية من جديد.

فالحكم الذي أورده نصّ المادّة 84 من تقنين الأسرة هو صحة التصرّفات التي يعقدها الصّبيّ الذي بلغ سنّ التمييز إذا أذن له القاضي بمباشرتها مهما كان نوعها، ولا تكون خاضعة للولاية أو الوصاية[33]. ويكون ذلك إذا ما آنس القاضي في هذا الصّبيّ نباهة وحذقا يُمَكِّنانه من إجراء التصرّفات القانونية دون أن يُغبن.

وما يلاحظ على هذا النّص هو خطورته وعدم معقوليته؛ فهو **أولا** يجعل الصّبيّ المميّز راشدًا حتّى ولو كان عمره 13 سنة، بعد أن كان قبلها بيوم عديم التمييز[34]، عندما يمنحه القاضي الإذن بالتصرّف في كل أمواله أو حتّى بعضها. **وثانيا** أنه لم يفرّق بين أنواع التصرّف الثلاثة المذكورة في المادّة 83، فيمكن له بموجب هذا النّص أن يتبرع بأمواله دون مقابل، وتكون هبته صحيحة نافذة، وهذا الأمر لا شك فيه خطر على الذمة المالية لهذا الصّبيّ. **وثالثا** أنه يتعارض مع ما ورد في نصّ المادّة 2/38 من التّقنين المدني قبل تعديلها سنة 2005، حيث جاء فيها بأن يكون للقاصر الذي بلغ سنّ الثامنة عشر موطن خاص بالنسبة للتصرّفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها، أي التصرّفات المرشد بشأنها. غير أنه بتعديل التّقنين المدني سنة 2005، استبدلت عبارة "للقاصر الذي بلغ ثمانية عشر" بعبارة "للقاصر المرشد"، مما يظهر بأن المشرّع أحال الأمر إلى المادّة 84 من تقنين الأسرة لمنع التعارض، ولكن كان من الأجدر أن يحوّل الحكم من المادّة 38 من التقنين المدني إلى المادّة 84 من تقنين الأسرة، بحيث تصبح كالآتي: «للقاضي أن يأذن لمن بلغ سنّ الثامنة عشر في التصرّف...»[35].

ويرى بعض الفقه بأنه كان من الأجدر وضع مرحلة انتقالية بين مرحلة انعدام التمييز ومرحلة الترشيد[36]، كما هو الحال في بعض القوانين العربيّة، حيث اعتمدت سنّ السابعة للتمييز - أو الثّانية عشر كما هو الأمر عند المشرّع المغربي-، وأجازت لمن بلغ الخامسة عشر[37]، أو السادسة عشر[38]، أو الثامنة عشر[39] أن يُرَشَّد، ويكون ذلك مقصورًا على حق إدارة الأموال دون التصرّف فيها.

المبحث الثّاني: تعدد أحكام تصرّفات ناقصي الأهلية وعديميها وتعارضها في كل من التّقنين المدني وتقنين الأسرة

بيّنا سابقا حكم تصرّفات الصّبيّ المميّز في كل من التّقنينين المدني والأسرة، فبقي لنا أن نبيّن حكم تصرّفات باقي ناقصي الأهلية، وهما: السّفيه وذو الغفلة (المطلب الأول)، وكذلك عديمي الأهلية، وهما المجنون والمعتوه، والصّبيّ غير المميّز (المطلب الثّاني)، وذلك في كل من التّقنينين المذكورين.

المطلب الأول: حكم تصرّفاتهم في ظل التّقنين المدني

جاء التّقنين المدني - كشريعة عامة - بنصوص تتعلق بناقصي وعديمي الأهلية، بعضها يبيّن حكم التصرّفات التي يجريها هؤلاء، مثل ما جاء في نصّ المادّة 42 بخصوص المجنون والمعتوه (الفرع الأول)، وبعضها الآخر يبيّن وصفهم، مثل نصّ المادّة 43 الذي اعتبر السّفيه وذا الغفلة ناقصي أهلية (الفرع الثّاني)، وبعضها يبيّن القواعد التي تسري على هؤلاء، مثل نصّي المادتين 44 و79 اللتان تجعلان أحكام الولاية والوصاية والقوامة هي الواجبة التطبيق عليهم، وتحيل بذلك إلى نصوص تقنين الأسرة، وهو ما أدى إلى اختلاف الفهم، واضطراب الأحكام.

الفرع الأول: تصرّفات عديم الأهلية مصيرها البطلان

جاء في نصّ المادّة 42 من التّقنين المدني: «لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون».

من خلال ظاهر النّص يتبيّن أنّ جميع التصرّفات التي يجريها هؤلاء لا يُعتدّ بها، أي إنّها باطلة بطلانًا مطلقًا؛ لأنّ من لا يمكنه التمييز بين النّافع والضّار، أو لا يفهم المقصود من الخطاب الموجه إليه[40]، أو لا يدرك عواقب التصرّف الذي يجريه؛ لا يمكن أن تكون عبارته صحيحة، ولا يمكن أن تُحدِث أثرًا قانونيًّا.

وهذا الحكم على ما يبدو لم يفرق بين حالة الحجر من عدمها، بمعنى أنّ جميع تصرّفات هؤلاء تكون باطلةً بطلانًا مطلقًا، حتّى ولو لم يكون محجورًا عليهم، بخلاف ما يراه بعض الفقه[41] وتقرّه بعض التشريعات[42]، من أنّ هؤلاء يعتبرون كاملي الأهلية إذا لم يحجر عليهم بمفهوم نصّ المادّة 40 من التّقنين المدني، ونص المادّة 86 من تقنين الأسرة[43].

وفي اعتقادنا أن هذا الكلام الأخير سليم في الجُملة، لكن نصّ المادّة 40 لا يُسعف هذا القول، إذ لنا عليه عدّة ملاحظات هي:

- أنّه إذا كان نصّ المادّة 86 من تقنين الأسرة يفيد بذلك، فإن نصّ المادّة 40 فيه بعض الغموض؛ حيث اعتبر من بلغ سنّ الرشد متمتعًا بقواه العقلية، ولم يُحجر عليه، كامل الأهلية، وله أنْ يباشر جميع حقوقه المدنية؛ فكلمة

"الحجر" لم تُذكر إلا بعد عبارة **"متمتعًا بقواه العقلية"**، والصّبيّ غير المميّز، والمجنون والمعتوه، ليسوا متمتعين بقواهم العقلية.

- أنّ الشّخص الرّاشد المتمتع بقواه العقلية لا مجال للقول بالحجر عليه، إلا بالنسبة لمن حُكِمَ عليه بعقوبة جناية[44]، فيحجر عليه قانونًا ولو أنه بالغ سنّ الرشد ومتمتعٌ بقواه العقلية.

- أنّ عبارة المادّة جاءت فيها جملة اعتراضية وهي: **"ولم يحجر عليه"**، ومعلوم أنّ الجملة الاعتراضية يمكن حذفها دون أن تؤثّر على المعنى، فإن حذفناها أصبحت المادّة كالآتي: «كلّ شخص بلغ سنّ الرشد متمتعًا بقواه العقلية يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية»، وما يؤيّد هذا الفهم، هو نصّ المادّة 78[45] الذي يجعل كلّ شخص أهلاً للتعاقد ما لم يطرأ عليه عارضٌ من عوارض الأهلية، فلم يذكر الحجر.

- أنّ نصّ المادّة 86 من تقنين الأسرة ورد سليمًا من حيث الصياغة لمّا اعتبر أنّ من بلغ سنّ الرشد ولم يحجر عليه كامل الأهلية، فهو لم يذكر عبارة **"متمتعا بقواه العقلية"**، فيفهم من ذلك أنّ الشّخص قد يكون متمتعا بقواه العقلية، فيكون كامل الأهلية، وقد لا يكون متمتعًا بقواه العقلية، فننظر هل حُجِر عليه أم لا، فإنْ حُجر عليه فلا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية، وإن لم يُحجر عليه بعد أُعْتُبِر كامل الأهلية، بخلاف ما جاء في نصّ المادّة 40 من التّقنين المدني الذي قد يُفهم منه أنّ من بلغ سنّ الرشد متمتّعًا بقواه العقلية يُمكن الحجر عليه.

- أنّه يصعب الجمعُ بين القول بأنّ من بلغ سن الرشد غير متمتّع بقواه العقليّة أهلٌ لمباشرة حقوقه المدنية إذا لم يحجر عليه وفق نص المادّة 40، وبين أنّ من كان فاقد التمييز لجنون أو عته لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية، الوراد في نصّ المادّة 42؟! لا سيما وأنّ النّصين قد وُجدا قبل صدور نصّ المادّة 86 من تقنين الأسرة بتسع (9) سنوات.

لهذا نعتقد أنه يجب إعادة صياغة المادّة 40 من التّقنين المدني، بحيث تصبح منسجمة مع نصّي المادتين 42 و 78 من ذات التّقنين، ومع المادّة 86 من تقنين الأسرة، وذلك بحذف عبارة **"متمتّعًا بقواه العقلية"**، مع تعديل صياغة نصّ المادّة 42 أيضا بإضافة عبارة **"بعد الحجر"** بالنسبة للمجنون والمعتوه[46]، حتّى يكون التّناسق بين هذه المواد المذكورة.

الفرع الثّاني: أخذ تصرّفات السّفيه وذي الغفلة حكم تصرّفات الصّبيّ المميّز

نصت المادّة 43 من التّقنين المدني الجزائري: «كل من بلغ سنّ التمييز ولم يبلغ سنّ الرشد وكل من بلغ سنّ الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون». وهذا يعني أن السّفيه وذا الغفلة[47] يخضعان في تصرّفاتهما إلى نصّ المادّة 101، فتكون تصرّفاتهما قابلة للإبطال، دون النظر إلى مسألة الحجر عليها، ودون النظر هل التصرف نافعٌ نفعًا محضًا أو ضارٌّ ضررًا محضًا أو دائرٌ بين النفع والضرّر، مثلما ذكرنا بالنسبة إلى الصّبيّ المميّز، ولكنّ مفهوم المخالفة لنص المادة 78 من التقنين المدني يجعل ناقص الأهلية غير أهل للتعاقد، وفوق ذلك نجد نص المادة 79 من التقنين المدني يحيلنا إلى نصوص تقنين الأسرة، وأهم نص صريح في هذا التقنين هو نص المادة 85، والذي يجعل تصرفات السفيه غير نافذة وفق النص العربي، وباطلة وفق النص الفرنسي، وهو ما سنفصل الأمر بشأنه في المطلب الموالي.

المطلب الثّاني: حكم تصرّفات ناقصي وعديمي الأهلية في ظل تقنين الأسرة

نصت المادّة 81 من تقنين الأسرة على أن كلا من المجنون والمعتوه والسّفيه يخضعون للولاية أو الوصاية أو التّقديم، لكن هذا لا يكون ابتداءً أي بمجرد وجود حالة الجنون أو العته أو السفه، بل لا بد من الحجر على من به أحد هذه العوارض. وإذا نظرنا إلى النّصوص الواردة في هذا التّقنين وجدنا أن نصّ المادّة 85 أورد حكما يتعلق بالسّفيه، ونص المادّة 107 أورد حكما آخر بشأنه، وفي الوقت ذاته أغفل ذكر ذي الغفلة (الفرع الأول). غير أن ما يثير بعض الاستغراب أن نفس النّصين ذكرا الأحكام ذاتها بخصوص المجنون والمعتوه (الفرع الثّاني).

الفرع الأول: ازدواجية حكم تصرّفات ناقص الأهلية

مثلما ذكرنا آنفًا، نصت المادّة 85 من تقنين الأسرة على أنّ تصرّفات السّفيه تكون غير نافذة، وساوى بينه وبين المجنون والمعتوه، ومعنى عدم النّفاذ أنها صحيحة، ولكنها لا تسري في حقّه ولا في حقّ الغير. بَيْدَ أنّ النّص الفرنسي لهذه المادّة جاء فيه ما يفيد خلافَ ذلك، حيث ورد فيه بأنّ تصرّفاته تكون باطلةً بطلانًا مطلقًا[48]، وشتّان بين الحكمين. غير أنه من المعلوم أنّ النّص العربي هو النّص الرسمي، وهو الذي يجب الأخذ به، رغم الاعتراف بأن النّص الفرنسي هو الصّحيح، لا سيما إنْ علمنا أنّ المشرّع قد جمع مع السّفيه كلاً من المجنون والمعتوه، والكل يعلم أن الجنون والعته يختلفان عن السفه؛ فإن كان العارضان الأوّلَيان يعدمان الإدراك والتمييز، فإن العارض الأخير لا يعدمه بل ينقصه فقط،

مما يوجب القول بأنه لا بد أن يكون لتصرّفاتهما حكمًا مختلفًا، ولو أنّ هناك من الفقهاء المسلمين من جعل تصرّفات السّفيه باطلة[49]، رغم اتفاق الفقهاء على أن تصرّفات السّفيه المالية تأخذ حكم تصرّفات الصّبيّ المميّز[50].

ونشير إلى أنّ نصّ المادّة 85 لم يبيّن هل يكون هذا الحكم قبل الحجر أم بعده، غير أن النّص الذي تلاه ذكر أن كل من لم يحجر عليه بعد أن بلغ سنّ الرشد يعتبر كامل الأهلية، وبالتالي تصرّفاته جميعها صحيحة، وهذا طبعا يسري على السّفيه، لاسيما إن علمنا أن المادّة 101 من تقنين الأسرة تنص على الحجر عليه[51]، وأن هذا الحجر لا يكون من تلقاء ذاته بل بمقتضى حُكمٍ[52] طبقا لنص المادّة 103 من ذات التّقنين. غير أن نصّ المادّة 107 من تقنين الأسرة قضى بخلاف ذلك عندما سوّى بين المجنون والمعتوه وبين السّفيه[53]، حيث جعل تصرّفات السّفيه باطلة بطلانا مطلقا بعد الحجر عليه، وكذلك إذا كانت حالة السفه ظاهرة وفاشية أمام الناس أو للمتعاقد معه، وقلنا إنّ الصواب أنّ تصرّفات السّفيه قبل الحجر تكون صحيحة نافذة، أما بعده فتأخذ حكم تصرّفات الصّبيّ المميّز.

ونهيب في هذا المقام بالمشرّع أنّ ينُصّ على ذي الغفلة، ويجعلَ حكمه حكم السّفيه، وبالتالي حكم الصّبيّ المميّز، ولكن بعد الحجر وليس قبله[54]، مثلما قال به فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث يُلحِقُون ذا الغفلة بالسّفيه، ولو أنّهم لم يذكروا صراحةً الحجر عليه – عدا محمد بن الحسن وأبي يوسف الحنفيين-، لكن مع تصحيح نصّ المادّة 85 من تقنين الأسرة، وذلك بحذف كلمة "السّفيه" من النّص، واستبدال عبارة **"غير نافذة"** بكلمة **"باطلة"**، مع الإشارة إلى أنّ ذلك يكون بعد الحجر لا قبله. وكذلك إضافة عبارة **"أو ذو غفلة"** إلى نصّ المادّة 101 من تقنين الأسرة ما دام أن اتجاه المشرّع هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحجر على السّفيه وذي الغفلة؛ وهذا حتّى يكون هناك تجانس وتوافق بين نصّ المادّة 43 من التّقنين المدني، ونصوص المواد 85، 101، 107 من تقنين الأسرة.

الفرع الثّاني: تعدد أحكام تصرّفات عديم الأهلية

سَوَّى المشرّع الجزائري بين الجنون والعته، مع أن فقهاء الشريعة الإسلامية يفرقون بينهما من حيث إنّ العته قد يَعدِم التّمييز وقد لا يعدمه، بخلاف الجنون الذي يعدم التمييز باتفاقهم[55]؛ فجعل تصرّفهمَا وفق نصّ المادّة 85 من تقنين الأسرة هو عدم النّفاذ وفق النّص العربي، وذكرنا بأنّه قولٌ غير سليم، كما أنّه لم يقل به أحدٌ من فقهاء القانون أو من فقهاء الشريعة الإسلامية؛ ولذلك كان النّص السليم هو النّص الفرنسي الذي قضى بالبطلان. وهذا الحكم هو الذي يتوافق مع نصّ المادّة 42 من التّقنين المدني، حيث قرّرَا ذلك دون النّظر إلى كون المجنون أو المعتوه محجورًا عليهما أم لا[56]. وهذا لولا وجود نصّ المادّة 86 من تقنين الأسرة الذي يجعل تصرّفات من بلغ سنّ الرشد صحيحة ما لم يحجر عليه، ونص المادّة 101 من ذات التّقنين الذي يشير إلى الحجر على المجنون والمعتوه، ليضاف إليهما نصّ المادّة 107 الذي يقرّر صراحة أنّ تصرّفات المجنون والمعتوه تعتبرُ باطلة بعد الحجر عليهما، وهذا الحكم مأخوذ من الفقه الإسلامي[57].

فنصّ في المادّة 86 أن من بلغ سنّ الرشد ولم يحجر عليه بعد يعتبر كامل الأهلية، بمعنى أن تصرّفاته تكون صحيحة نافذة حتّى ولو كان مجنونا أو معتوها، وهذا موافقٌ لِمَا جاء في نصّ المادّة 107 من تقنين الأسرة بمفهوم المخالفة. وهذا النّص (أي 86) مأخوذ من المذهب المالكي الذي يرى وجوب صدور الحكم بالحجر ونشره حتّى يتحقق المقصود من عدم الأهلية الذي مقتضاه بطلان التصرّف، فإن لم يصدر الحكم ولم ينشر فلا يعتبر التصرّف باطلا رغم الإقرار بعدم أهلية المجنون والمعتوه[58]، لكنه في الوقت ذاته جعل تصرّفات المجنون والمعتوه باطلة قبل الحجر إذا كانت حالة الجنون أو العته ظاهرة وفاشية، أي يمكن تبيّنها من المتعاقد الآخر بسهولة، أو أنها شائعة بين الناس، وهو فيها قد اِتَّبَعَ ما جاء به التّقنين المدني الفرنسي في المادّة 503[59]، إذْ لم يَرِد ذلك في الفقه الإسلامي، لكنه يتفق مع المنطق والعدالة؛ فيتفق مع المنطق من ناحية أنّه لا يُعقل أنْ نُصحّح عقدًا يعلم فيه المتعاقد الآخر أو يعلم أهل المنطقة بأن المتعاقَد معه مجنونٌ أو معتوه؛ لأنّ مَنْ يتعاقد مع شخصٍ مثل هذا لا شكّ أنّه سيقوم بغَبْنه. كما أنّ هذا الحكم يحقّق العدالة؛ لأنّه بمقابلِ جعل تصرّفات المجنون والمعتوه صحيحةً قبل الحجر تحقيقًا لاستقرار المعاملات لا بد من معاملة المتعاقد سيء النّيّة الذي يعلم، أو الذي مِنَ المفروض أنْ يعلم بحالة الجنون أو العته، معاملةً مختلفةً بعدم اعتبار عقده صحيحا، والحكمِ عليه بالبطلان المطلق كما لو أنّه تم توقيع الحجر.

خاتمة:

في ختام هذه الدراسة المتعلقة بقواعد الأهلية المسطّرة في التّقنين المدني وتقنين الأسرة، ظهرت لنا عدة نتائج نجملها فيما يلي، لنقدم بعدها بعض التوصيات التي نراها تخدم الموضوع.

نتائج البحث:

- اعتماد المشرّع الجزائري عند وضعه للتقنين المدني وتقنين الأسرة، على مصادر متعدّدة ومختلفة الرؤية، وهذا ما أثّر على النّصوص الواردة فيهما شكلاً ومضمونًا.
- يفترض أن تكون العلاقة بين التّقنين المدني وتقنين الأسرة علاقة تكامل، حيث يعتبر التّقنين المدني الشريعة العامة، وتقنين الأسرة ليس قانونًا خاصًّا بالمعنى الحقيقي بل مكمّلٌ للتقنين المدني، لا سيما أن هذا الأخير يُحيل عليه بصريح النّصوص، غير أن الواقع يُخالف ذلك، إذ بينهما تعارضٌ في كثيرٍ من النّصوص.
- عدم الانسجام والتعارض لم يكونا فقط بين نصوص التّقنين المدني ونصوص تقنين الأسرة، بل كانا حتّى بين نصوص التّقنين الواحد؛ مثل عدم التّناسق بين نصّي المادتين 40 و42 من التّقنين المدني، والتعارض الموجود في نصّ المادّة 85 من تقنين الأسرة بين صيغتيه العربيّة والفرنسيّة، وكذا عدم التّناسق بينه وبين نصّ المادّة 107 من ذات التقنين.

الاقتراحات:

يجدر بالمشرّع الجزائري أن يقوم بإصدار قانون خاص ينظم المسائل المتعلقة بالأموال، على غرار قانون الولاية على المال المصري، فإن لم يفعل ذلك، فعلى الأقل أن يقوم بتحقيق علاقة التكامل المفترض وجودها بين التّقنين المدني وتقنين الأسرة، من خلال الأخذ ببعض المقترحات التي نراها مناسبة، نوردها كالآتي:

- تخفيض سنّ التمييز إلى سبع (7) سنين، مثلما هو عليه الأمر في جل التشريعات العربيّة، وعند الفقهاء المسلمين؛ حتّى تكون هناك فترة معقولة بين مرحلة التمييز ومرحلة الرّشد، تتيح للصّبيّ المميّز التّمرّن على إجراء بعض المعاملات، وتجعل – كذلك - التّرشيد في سنّ معيّنةٍ سائغًا.
- تحديد السّن التي يجوز أن يتمّ فيها ترشيد الصّبيّ المميّز، وذكر ذلك في نصّ المادّة 84 من تقنين الأسرة، وجعلها ثمانية عشر (18) سنة مثلما كانت عليه في نصّ المادّة 38 من التّقنين المدني قبل تعديلها، حتّى لا يكون الترشيد في سنّ مبكرة.
- تعديل صياغة نصّ المادّة 40 من التّقنين المدني، بحذف عبارة **"متمتعًا بقواه العقلية"**، لينسجم مع نصّي المادتين 42 و 78 من ذات التّقنين، ومع نصّ المادّة 86 من تقنين الأسرة.
- تعديل صياغة نصّ المادّة 42 بإضافة عبارة **"بعد الحجر"** بالنسبة للمجنون والمعتوه.
- تعديل نصّ المادّة 83 من تقنين الأسرة، وذلك بتبني إحدى النظريتين: البطلان مثلما هو عليه الأمر في أغلب التشريعات العربيّة، أو الوقف مثلما هو عليه الأمر في الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربيّة، بالنسبة لتصرّفات الصّبيّ المميّز، مع الإشارة بوضوح إلى ذلك في نصّ المادّة 101 من التّقنين المدني.
- إضافة إمكانية الصّبيّ المميّز إجازة التصرّف الذي أجراه إذا ما بلغ سنّ الرشد غير محجورٍ عليه.
- حذف كلمة **"السّفيه"** من نصّ المادّة 85 من تقنين الأسرة حتّى يكون الحكم ساريًا على المجنون والمعتوه فقط، مع استبدال عبارة **"غير نافذة"** بكلمة **"باطلة"**، حتّى يتوافق ذلك مع نصّ المادّة 42 من التّقنين المدني.
- إضافة **"ذي الغفلة"** إلى جانب السّفيه في نصّ المادّة 101 من تقنين الأسرة، باعتباره مثل السّفيه، حتّى يكون هناك انسجام بينه وبين نصّ المادّة 43 من التّقنين المدني.
- تغيير صياغة نصّ المادّة 107 من تقنين الأسرة باعتبار تصرّفات المجنون والمعتوه باطلة بعد الحجر، وتصرّفات السّفيه وذي الغفلة مثل تصرّفات الصّبيّ المميّز، على غرار ما هو الأمر في التّقنينات العربيّة والفقه الإسلامي.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: الكتب:

ابن عابدين (1423هـ - 2003م)، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، دار عالم الكتب، طبعة خاصة.

جمعية المرأة في الاتصال (جانفي 2008م)، قانون الأسرة تمييز في نصه وفي روحه، دار الصحافة، الجزائر.

سيد عبد الله علي حسين (1421هـ – 2001م)، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه، دار السلام، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر.

عبد الحي حجازي (1402هـ - 1982م)، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، ج1: مصادر الالتزام، مج1: نظرية الالتزام – تحليل العقد، مطبوعات جامعة الكويت.
عبد الرزاق أحمد السنهوري (1998م)، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
عبد الحق صافي (2006م)، القانون المدني، الجزء الأول: المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، الكتاب الأول: تكوين العقد، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، المغرب.
عبد العزيز بن عبد الله (1403هـ - 1983م)، معلمة الفقه المالكي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان.
علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (1351هـ)، المحلى بالآثار، تحقيق: محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرية، الطبعة الأولى، مصر.
علي علي سليمان (1992م)، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
علي علي سليمان (2003م)، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر.
علي فيلالي (2011م) نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر.
محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (1409هـ - 1989م)، المبسوط، تحقيق: خليل محيي الدين الميس، دار المعرفة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان.
محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (دون ذكر سنة النشر)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربيّة، القاهرة، مصر.
محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي (1423هـ- 2003م)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق: زكريا عميرات، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية.
محمد بن عبد الله الخرشي المالكي(1317هـ)، شرح مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوي، المطبعة الأميرية الكبرى، الطبعة الثّانية، بولاق، مصر.
محمد بن عمر الملقب بفخر الدين الرازي (1418هـ - 1997م)، المحصول في علوم أصول الفقه، تحقيق: طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، دون ذكر بلد النشر.
محمد حسنين (1985م)، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر.
محمد سعيد جعفور (2011م)، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الثّاني، دروس في نظرية الحق، دار هومة، الطبعة الأولى، الجزائر.
محمد صبري السعدي (2004م)، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، التصرّف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الطبعة الثّانية، عين مليلة، الجزائر.
محمد عليش (دون ذكر تاريخ نشر)، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار صادر، بيروت، لبنان.
محمدي فريدة (1997م)، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المنشورات الدولية، 1997.
الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت.
وهبة الزحيلي (2010م)، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر، دمشق، سوريا.

ثانيا: الأطاريح والمذكرات

سمير شيهاني (2005)، مركز الجنين في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، جامعة بومرداس.
عجالي بخالد (2005م)، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة بومرداس.
فيصل بلحاج (2012-2013م)، التعديلات الأخيرة الواردة في قانون الأسرة الجزائري ومقارنتها بالفقه الإسلامي دراسة مقارنة، من المادّة 1 إلى 31 نموذجا، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الجزائر 1.
محفوظ بن صغير (2008-2009م)، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، جامعة الحاج لخضر، باتنة.

محمد سعيد جعفور (1985)، إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر.

ثالثا: المداخلات:

قتال حمزة، سمير شيهاني، علاقة القانون المدني بقانون الأسرة: قواعد الأهلية نموذجا، مداخلة قدمت في الملتقى الدولي الموسوم بـ "القانون المدني بعد أربعين سنة"، يومي: 24 و 25 أكتوبر 2016، بجامعة الجزائر1، حوليات جامعة الجزائر1، عدد 5 (عدد خاص)، 2016.

رابعا: النّصوص القانونية

أ- النصوص الوطنية:

أمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن تقنين العقوبات الجزائري، معدل ومتمم، جريدة رسمية عدد 49 صادرة في 11 يونيو 1966، الصفحة 702.

أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78 صادر في 30 سبتمبر 1975، الصفحة 990.

قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 24 صادر في 12 يونيو 1984، الصفحة 910.

قانون رقم 91- 10، مؤرخ في 27 أبريل 1991، يتعلق بالأوقاف، جريدة رسمية عدد 21، صادر في 08 مايو 1991، الصفحة 690.

ب- النصوص الأجنبية:

ظهير شريف صادر في 9 رمضان 1331ه الموافق 12 أغسطس 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود المغربي، معدل ومتمم.

قانون رقم 131 لسنة 1948، بإصدار القانون المدني المصري، بتاريخ 9 رمضان 1367ه الموافق 16 يوليو 1948، جريدة الوقائع المصرية، عدد رقم 108 مكرر "أ"، صادر بتاريخ 29 يوليو 1948، معدل ومتمم.

القانون رقم 40 لسنة 1951، المتضمن القانون المدني العراقي، المؤرخ في 14 يونيو 1951، جريدة الوقائع العراقية عدد 3015، صادر بتاريخ 8 سبتمبر 1951، معدل ومتمم.

القانون المدني الليبي، 28 نوفمبر 1953، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 20 فبراير 1954.

القانون رقم 43 لسنة 1976 بإصدار القانون المدني الأردني، الجريدة الرسمية عدد 2645، الصادر بتاريخ 01 أغسطس 1976، معدل ومتمم.

مرسوم بالقانون رقم 67 لسنة 1980، بإصدار القانون المدني، جريدة الكويت اليوم، العدد 1335، صادر بتاريخ 29 صفر 1401ه الموافق 5 يناير 1981.

قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984، بتاريخ 14 فبراير 1984.

القانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1985، بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، بتاريخ 3 ربيع الثاني 1406 ه الموافق 15 ديسمبر 1985، الجريدة الرسمية، العدد 158، الصادر بتاريخ 17 ربيع الثاني 1406 ه الموافق 29 ديسمبر 1985م.

مرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2001، بإصدار القانون المدني البحريني، الجريدة الرسمية، العدد 2476، الصادر بتاريخ 9 مايو 2001.

ظهير شريف رقم 22. 04. 1 صادر في 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربيّة، الجريدة الرسمية عدد 5184، السنة 93، الصادرة بتاريخ 5 فبراير 2004، الصفحة 418.

مرسوم سلطاني رقم 2013/29 بإصدار قانون المعاملات المدنية العماني، مؤرخ في 25 جمادى الثانية 1434ه الموافق 6 مايو 2013م، الجريدة الرسمية عدد 1012.

Le code civil Français.

(1) – نقول هذا بكثير من التحفظ؛ كون أن هناك العديد من الباحثين يقولون بأن تقنين نابوليون ذاته مأخوذ في معظمه من الفقه المالكي.

انظر في ذلك: سيد عبد الله علي حسين (1421هـ – 2001م)، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه، دار السلام، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، ص50، ص74. وقد أورد صاحب الكتاب هذه المقارنات فيما يربو عن 1700 صفحة، في أربعة مجلدات.
عبد العزيز بن عبد الله، معلمة الفقه المالكي (1403هـ- 1983م)، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، ص41 وما يليها.
(2) - أمر 75-58 يتضمن القانون المدني، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، جريدة رسمية عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، الصفحة 990.
(3) - قانون 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 24، مؤرخة في 12 يونيو 1984، الصفحة 910.
(4) – انظر في ذلك: جمعية المرأة في الاتصال (جانفي 2008م)، قانون الأسرة تمييز في نصه وفي روحه، دار الصحافة، الجزائر، ص7-8.
(5) – حيث جاء في المشروع التمهيدي لتقنين الأسرة سنة 1981: «اعتمدت اللجنة في وضع هذه النّصوص على المصادر الأساسيّة التالية: القرآن الكريم، والسنة النبوية الثابتة ثبوتا مقبولا عند علماء الحديث، والإجماع والقياس والاجتهاد. وكذا اعتماد الفقه على المذاهب الأربعة وعلى غيرها في بعض المسائل». انظر في ذلك: محفوظ بن صغير (2008-2009م)، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، ص47- 48؛ فيصل بلحاج (2012-2013م)، التعديلات الأخيرة الواردة في قانون الأسرة الجزائري ومقارنتها بالفقه الإسلامي دراسة مقارنة، من المادّة 1 إلى 31 نموذجا، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الجزائر 1، الصفحة ح - ط.
(6) – انظر في هذا المعنى: محمد سعيد جعفور (1985م)، إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، ص103؛ عجالي بخالد (2005م)، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة بومرداس، الجزائر، ص82.
(7) – وهو الشيء نفسه الذي حدث للمشرع المغربي، انظر في تفصيل ذلك: عبد الحق صافي (2006م) ، القانون المدني، الجزء الأول: المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، الكتاب الأول: تكوين العقد، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، المغرب، ص137 وما بعدها.
(8) – محمد صبري السعدي (2004م)، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول: التصرّف القانوني: العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الطبعة الثّانية، عين مليلة، الجزائر، ص157؛ محمد سعيد جعفور (2011م)، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الثّاني: دروس في نظرية الحق، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، ص282.
وفي ذات المعنى: محمد حسنين (1985م)، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص107؛ عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص135.
مع أننا نرى بأن هذا التعريف يتداخل مع تعريف الشّخصية القانونية، فلا فرق بينهما إلا في حذف عبارة "مباشرة التصرّفات" عند إيراد تعريف الشخصية القانونية؛ لهذا نعتقد أنّ الأهلية هي مدى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ومباشرة التصرّفات، وليست الصلاحية ذاتها.
لمزيد من التفصيل حول المسألة انظر: سمير شيهاني (2005م)، مركز الجنين في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، جامعة بومرداس، الجزائر، ص35 وما بعدها.
وانظر في القول بعدم اختلاط الشخصية القانونية مع الأهلية: علي فيلالي (2011م)، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ص189.
(9) – نصت المادّة 40 من التّقنين المدني على: «كل شخص بلغ سنّ الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.
وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة».
أما سنّ الرشد في أغلب التشريعات العربيّة محدد بثمانية عشر (18) سنة، مثل المشرع الأردني في المادّة 43 مدني؛ السوري المادّة 46 مدني؛ القطري المادّة 49 مدني؛ السوداني المادّة 2/22 و56؛ المغربي المادة 209 أسرة؛ العماني المادة 41 مدني. وجعله المشرع المصري 21 سنة بموجب نصّ المادّة 44 من التّقنين المدني، اتباعا للتقنين المدني الفرنسي قبل تعديله بموجب قانون 5 جويلية 1974. وتبعه في ذلك المشرع الكويتي في المادّة 96 مدني، والليبي المادّة 44 مدني، والإماراتي المادّة 85 مدني. ولعل ذلك راجع إلى كيفية وضع هذه القوانين، إذ يعد السنهوري المساهم الرئيسي في وضعها؛ لذا نجدها قد تأثرت بما جاء في التّقنين المدني المصري.
وانفرد المشرع التونسي بجعله 20 سنة بموجب نصّ الفصل السابع من المجلة ولم يتّبع في ذلك أي مذهب فقهي. أما المشرع الجزائري فقد جعله تسع عشرة (19) سنة، أخذا بقول ابن حزم الظاهري، وأحد أقوال المالكية والحنفية. انظر في ذلك: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (1351هـ)، المحلى بالآثار، تحقيق: محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرية، الطبعة الأولى، مصر، ج1، ص88-91؛ محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطّاب الرعيني (1423هـ- 2003م)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق: زكريا عميرات، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، ج6، ص633؛ محمد عليش (دون ذكر تاريخ النشر)، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار صادر، بيروت، لبنان، ج3، ص166؛ محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (1409هـ -1989م)، المبسوط، تحقيق: خليل محيي الدين الميس، دار المعرفة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، ج6، ص53.
(10) – إذا نظرنا إلى التشريعات العربيّة بخصوص سنّ التمييز فإننا نجد غالبيتها قد جعلته سبع (سنوات)، جريًا على ما قرّره فقهاء الشريعة الإسلامية، مثل المشرع المصري في المادّة 45 مدني؛ الأردني المادّة 44 مدني؛ السوري المادّة 47 مدني؛ العراقي المادّة 97 مدني؛ الكويتي المادّة 86 مدني؛ الليبي المادّة 45 مدني؛ القطري المادّة 50 مدني؛ البحريني المادّة 73 مدني؛ العماني المادة 42 مدني؛ الإماراتي المادّة 86 مدني؛ السوداني المادّة 4/22 مدني.

وجعله المشرع المغربي اثني عشرة سنة (12) في الفصل 214 من مدونة الأسرة. ولم يجعله ثلاث عشرة (13) سنة إلا المشرع التونسي بمفهوم الفصلين 9 و10 من مجلة العقود والالتزامات، اتباعًا للمشرع الفرنسي بمفهوم بعض النّصوص، أهمها نصّا المادتين 60 و311-23.

(11) – قلنا الرأي الذي تبناه؛ لكون المشهور عند المالكية أنّ سنّ الرشد هو ثمانية عشر (18) سنة.
انظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج6، ص633؛ محمد عليش، شرح منح الجليل، ص166.

(12) – أما عديم الأهلية ممن لم يبلغ سنّ التمييز أو كان مجنونا أو معتوها، فإن تصرّفاته تكون باطلة بطلانا مطلقا، في التّقنينين، بموجب نصّ المادّة 1/42 مدني، و 82 و 85 في نصها الفرنسي من تقنين الأسرة.
Art. 85. «Les actes d'une personne atteinte de démence, d'imbécillité ou de prodigalité, accomplis sous l'empire de l'un de ces états sont nuls».

(13) – أما المشرع المغربي فقد نصّ على ذلك مباشرة في مدونة الأسرة ضمن المادّة 211، التي جاء فيها: «يخضع فاقدوا الأهلية، وناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية، أو الوصاية، أو التّقديم، بالشروط ووفقا للقواعد المقررة في هذه المدونة».

(14) – جاء في نصّ المادّة 44: «يخضع فاقدوا الأهلية، وناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية، أو الوصاية، أو القوامة، ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون».

(15) – وفي نفس السياق نصّ المشرع المغربي في الفصل 3 فقرة أولى من قانون الالتزامات والعقود: «الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية».

(16) – على رأسهم الدكتور علي فيلالي، والدكتور محمد سعيد جعفور رحمه الله.

(17) – والقابلية للإبطال مأخوذة من الفقه الغربي، بخلاف الوقف المأخوذ من الفقه الإسلامي كما سنراه لاحقا. انظر في هذا: عبد الرزاق أحمد السنهوري (1998م)، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، المجلد 2، ج1، الفقرة 3، ص276؛ محمد سعيد جعفور، نظرية الحق، ص551- 552.
ونشير هنا إلى أنّ المشرع المغربي كذلك وقع في ذات الإشكال الذي وقع فيه المشرع الجزائري، بخصوص اختلاف حكم تصرّفات القاصر بين نصوص قانون الالتزامات والعقود وبين مدونة الأسرة؛ حيث يجعل الفصل 4 من قانون الالتزامات والعقود تصرّفات القاصر التي بِعِوَضٍ قابلةً للإبطال إذا ما تمت دون إذن الأب أو الوصيّ أو المقدّم، على أنه يمكن تصحيحها من طرف نائبه القانوني، في حين تنص مدونة الأسرة في المادّة 225 بأن تلك التصرّفات تكون موقوفة على الإجازة.

(18)- تنص المادّة 83 من تقنين الأسرة: «من بلغ سنّ التمييز ولم يبلغ الرشد طبقًا للمادّة 43 من القانون المدني تكون تصرّفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى للقضاء».

(19) - علي فيلالي، نظرية الحق، المرجع السابق، ص214.

(20) – علي فيلالي، نظرية الحق، ص213- 214.
لكننا نشير إلى أن الدكتور يجعل من لم يبلغ سنّ الرشد غير أهل بتاتا لإبرام أي تصرّف قانونيّ، وأنّ القول بنفاذ التصرّفات النافعة نفعًا محضًا دون الرجوع إلى الولي أو الوصي لا يعني أنه أهل لمباشرة تلك التصرّفات.

(21) – أغفل المشرع الجزائري الإشارة إلى إمكانية إجازة الصّبيّ لتصرّفه عند بلوغه سنّ الرشد، بخلاف ما فعل المشرع المصري في نصّ المادّة 2/111، والليبي 2/11، والأردني 2/118، والسوري 2/112، والكويتي 2/87، والقطري 2/111، والبحريني 74؛ والعماني 93.

(22) - علي فيلالي، نظرية الحق، ص212-213؛ محمد سعيد جعفور، نظرية الحق، ص551، هامش رقم 589؛ إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري، ص28. مع التّنويه بأن الدكتور جعفور لم يقل بالبطلان.

(23) – حيث يبدو أن المشرع الجزائري قد ترك مهمة تبيان حكم تصرّفات الصّبيّ المميّز إلى تقنين الأسرة، وقد أخذ في ذلك بالتّقسيمات الثلاثة: البطلان، الصحة، الوقف على الإجازة. انظر في ذلك: محمد سعيد جعفور، نظرية الحق، ص543، ص547 هامش رقم 578، ص555 هامش رقم 602.
وهو ذات الموقف بالنسبة للمشرع المغربي، حيث نصّ الفصل 3 من قانون الالتزامات والعقود على أن الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية، كما نصت المادّة 211 من مدونة الأسرة على أن فاقدي الأهلية وناقصيها يخضعون لأحكام الولاية أو الوصاية أو التّقديم، بالشروط ووفقا للقواعد التي تقررها المدونة.

(24) – نصت المادّة 1/42 من التّقنين المدني: «لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون».

(25) – نصت المادّة 43 من التّقنين المدني: «كل من بلغ سنّ التمييز ولم يبلغ سنّ الرشد، وكل من بلغ سنّ الرشد وكان سفيها، أو معتوها، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون».

(26) – بل إن المشرع المغربي بصدد هذه المسألة نصّ صراحة في الفصل 3 فقرة 2: «وكل شخص أهل للإلزام والالتزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك». أي أن كل شخص يكون ذا أهلية للتعاقد ما لم ينص قانون الأحوال الشخصية على خلاف ذلك، وهذا يقتضي أن قانون الأحوال الشخصية هو الذي يحدد متى يعتبر الشخص أهلا لإبرام تصرّف معين ومتى يكون غير أهل لذلك، وليس قانون الالتزامات والعقود.

(27) - محمد بن عمر الملقب بفخر الدين الرازي (1418هـ - 1997م)، المحصول في علوم أصول الفقه، تحقيق: طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، ج5، ص433.

(28) – أما ما ذكره أستاذنا محمد سعيد جعفور رحمه من أنّ صاحب جامع الفصولين قال بأن الإذن يكون سابقًا، فهو غير صحيح، إذ لم يذكر ذلك بتاتًا، بل ذكره ابن عابدين (1423هـ- 2003م)، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ج4، ص323.
وحتى صاحب الفروق اللغوية (الحسن بن عبد الله العسكري) لم يَرِدْ في كتابه هذا الأمر إلا في النسخة التي طبعتها مؤسسة النشر الإسلامي بإيران، بتحقيق بيت الله بيات، في حين لم يرد ذلك في كل من: النسخة التي طبعتها دار العلم والثقافة بالقاهرة، بتحقيق محمد إبراهيم سليم،

والنسخة التي طبعتها دار الآفاق الجديدة ببيروت، بتحقيق لجنة إحياء التراث العربي، والنسخة التي طبعتها مؤسسة الرسالة، بتحقيق جمال عبد الغني مدغمش.
مع الإشارة إلى أن الدكتور محمد سعيد جعفور في رسالته: إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري، ص28، ومن قبله ابن عابدين في كتابه: رد المحتار، ج4، ص323؛ يذكران بأن الإذن إذا كان بعد وقوع التصرّف فهو إجازة.
(29) – كان الدكتور محمد سعيد جعفور رحمه الله يقول بأن نصّ المادّة 83 من تقنين الأسرة يلغي نصّ المادّة 101 تأسيسًا على أنه أحدث منه ومساوٍ له في القوة، غير أنّه رجع عن هذا القول لنفس العلّة وقال بأنّ نصّ المادّة 101 يلغي نصّ المادّة 83؛ لأنه عُدِّل سنة 2005، في حين أنّ نصّ المادّة 83 لم يعدّل منذ 1984. انظر: نظرية الحق، ص557.
وقد رد عليه الدكتور علي فيلالي بأن هذا الكلام غير سليم؛ لأن التّقنين المدني هو الشريعة العامة، وتقنين الأسرة هو تشريع خاص، فلا يلغي التشريع الخاص الشريعة العامة بل يقيده فقط في الحالة الخاصة التي نصّ عليها، فالخاص يقيد العام. انظر: علي فيلالي، نظرية الحق، ص213-214، هامش رقم 6.
غير أن هذا يقابله قول الدكتور علي علي سليمان (1992م)، الذي يرى أنه لا يمكن القول بأن التّقنين المدني نصٌّ عام وتقنين الأسرة نصٌّ خاص، وبالتالي لا يمكن إعمال قاعدة الخاص يقيد العام ولا يلغيه؛ ذلك أنّ تقنين الأسرة ما هو إلا مكمّل للتقنين المدني. انظر مؤلفه: ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص263.
وفي هذا الصدد ذكر الدكتور عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص140، بخصوص القانون المغربي، بأن إعمال قواعد الترجيح يكون في صالح مدونة الأسرة المغربيّة، وهذا راجع للمبررات الآتية:
- أن النّصوص المنظمة لقواعد الأهلية نصوص خاصّة، ومن ثم فإنها تطبق بدل النّصوص العامة التي نظّمت نفس الموضوع في حالة التعارض طبقًا لقاعدة "الخاص يقيد العام".
– أن قانون الالتزامات والعقود قانون سابق على مدونة الأسرة، والقاعدة أن اللاحق ينسخ السابق في حالة التعارض.
وهذا يعني أنه جمع بين قاعدتين، وجعلهما تعززان موقفًا واحدًا، وهو تطبيق نصوص مدونة الأسرة بخصوص قواعد الأهلية وليس نصوص قانون الالتزامات والعقود. ويظهر جليًّا أن هذا الرأي هو بخلاف ما اتجه إليه الفقه عندنا بخصوص فصل القاعدتين أو حتّى إلغائهما وعدم الاعتداد بهما في هذا الشأن.
وفي نظرنا أن قواعد الترجيح فعلاً تصبّ في مصلحة تقنين الأسرة، غير أن قول الدكتور علي فيلالي فيه بعض الصواب؛ فالمفروض أن الشريعة العامة تبقى قائمة للرجوع إليها في حالة عدم وجود نصّ خاص ولا تُلغى، لكن مع ذلك هناك ما يبرر القول بالإلغاء، فنص المادّة 223 من تقنين الأسرة لم يفرق بين تشريع وتشريع بل قرر إلغاء جميع النّصوص المخالفة له، وهناك أمثلة عن إلغاء بعض نصوص التّقنين المدني بنصوص خاصة، من بينها: نصّ المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري الذي قضى بعدم العمل بالمواد 471 إلى 474، و509 والمواد 514 إلى 537 من التّقنين المدني على عقود الإيجارات السكنية المبرمة بعد صدور هذا المرسوم؛ وكذلك القانون رقم 80- 07 المتعلق بالتأمينات؛ والقانون 87-19 المتضمن كيفية ضبط واستغلال الأراضي الفلاحية.
انظر في تفصيل المسألة: قتال حمزة، سمير شيهاني (2016م)، علاقة القانون المدني بقانون الأسرة: قواعد الأهلية نموذجا، مداخلة قدمت في الملتقى الدولي الموسوم بـ "القانون المدني بعد أربعين سنة"، يومي: 24 و 25 أكتوبر 2016، بجامعة الجزائر 1، حوليات جامعة الجزائر1، عدد 5 (عدد خاص)، ص185 وما يليها.
ومع ذلك نحن لا نقول بإلغاء نصّ المادّة 101 من التّقنين المدني ولا نصّ المادّة 83 من تقنين الأسرة، بل نوفّق بينهما، كما سنبين ذلك لاحقا.
(30)- حيث يرى هؤلاء أن التصرّفات النافعة التي لا تحتمل الضرر صحيحة ونافذة ولا تحتاج إلى إذن، بخلاف الشافعية الذين يرون أن الصّبيّ المميّز محجور عليه، ولا يصح منه أي تصرّف حتّى لو أذن له وليه بذلك. أما التصرّفات الضارة التي لا تحتمل النفع فلا تصح من الصّبيّ المميّز ولو أذن له وليه باتفاق العلماء. أما في المعاوضات، فتكون تصرّفاته صحيحة ولكنها موقوفة على إجازة وليه؛ لأن عبارة الصّبيّ المميّز صحيحةٌ ولا معنى لإلغائها، وتصحيح عبارته من طرف الولي إنما هو تعويدٌ له على التجارة واختبارٌ له لما وصل إليه من إدراك حتّى يسهل الحكم عليه برشده من عدمه بعد البلوغ. انظر في تفصيل ذلك: الموسوعة الفقهية الكويتية (1417هـ -1996م)، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الطبعة الأولى، الكويت، ج36، ص9-11.
وقد أخذ بهذا الحكم المشرع الأردني في نصّ المادّة 2/118 مدني، والمشرع العراقي في نصّ المادّة 1/97 مدني.
(31)- يرى الدكتور محمد سعيد جعفور أنّ مدة 5 سنوات طويلة ولا تخدم استقرار التعامل، والأفضل جعلها سنة واحدة. انظر مؤلفه: نظرية الحق، ص556.
ومدة السنة التي اقترحها الدكتور في الحقيقة مأخوذة من الفقه المالكي؛ حيث يمنح للمالك حق نقض بيع الفضولي خلال سنة إن لم يكن حاضرًا مجلس العقد. انظر في ذلك: محمد بن عبد الله الخرشي المالكي (1317هـ)، شرح مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوي، المطبعة الأميرية الكبرى، الطبعة الثّانية، بولاق، مصر، ج5، ص18؛ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (دون ذكر تاريخ نشر)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربيّة، القاهرة، مصر، ج3، ص12.
(32)- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص161.
(33) – انظر في هذا المعنى: علي فيلالي، نظرية الحق، ص215.
(34) – انظر في هذا المعنى: علي علي سليمان (2003م)، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، (الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، ص51؛ محمدي فريدة (1997م)، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المنشورات الدولية، الجزائر، ص78.
(35) – ترى الدكتورة محمدي فريدة، المرجع السابق، ص78، بأن الأفضل الأخذ بالتّقنين المدني في هذه المسألة. وهي محقّة بهذا الشأن، حتّى نتجنب عدم معقولية صيرورة الشخص راشدًا بعد أن كان عديم التمييز بفارق يوم واحد بينهما!
(36)- راجع: محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص161.
(37)- كالقانون المدني الأردني في المادّة 119، السوري في المادّة 113، العراقي في المادّة 98، وما يفهم من نصي المادتين 2/39 و94 من القانون المدني العُماني.

(38)- كمدونة الأسرة المغربيّة في المادّة 218، القانون المدني القطري في المادّة 112.
(39)- كالقانون المدني المصري في المادّة 112، الكويتي في المادّة 88، الليبي في المادّة 112.
على أن القانون المدني الكويتي نصّ في المادّة 94 بأن الصّبيّ الذي بلغ من العمر 15 سنة، أهل لأنْ يبرم عقد عمل غير محدّد المدة، أو عقد عمل محدّد المدة بحث لا يتجاوز السنة، كما له أن يتصرّف بكل حرية فيما يكسب من عمله.
(40)- فالصّبيّ المميّز كما قال الحطّاب، هو الذي يفهم الخطاب ويرد الجواب، بمعنى أنه إذا وجه إليه كلام بشيء من مقاصد العقلاء فَهِمَه، وأَحْسَنَ الجواب عنه. انظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج6، ص35.
(41)- انظر: علي فيلالي، نظرية الحق، ص220.
(42)- حيث ينص المشرع الكويتي في المادّة 99 من التّقنين المدني بأن: «تصرّفات المعتوه تسري عليها أحكام الصّبيّ المميّز المنصوص عليها في المادّة 87 نُصّب عليه قيم أم لم ينصّب». وهذا يعني أنها تكون صحيحة نافذة إذا كانت نافعة نفعًا محضًا، وباطلة إذا كانت ضارة ضررًا محضًا، وقابلة للإبطال إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، سواء تمّ الحجر عليه أم لم يتمّ. غير أن نصّ المادّة 85 من ذات التّقنين يقرر بأن: «الصغير (أي غير المميّز) والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم». وهذا يعني أن الحجر واقع عليهم دون حاجة لحكم قضائي بذلك، لتقرير الحجر، وتكون تصرّفات الأول والثّاني باطلة بمقتضى نصي المادتين: 1/86 و 1/98 على التوالي، في حين يكون حكم تصرّفات المعتوه مثل حكم تصرّفات الصّبيّ المميّز. وهذا يعني التسوية بين المعتوه والصغير غير المميّز بشأن الحجر من الجهة، والمخالفة بينهما بشأن حكم التصرّفات، وبالمقابل ساوى بين تصرّفات السّفيه وذي الغفلة بعد الحجر عليهما، وبين تصرّفات المعتوه عمومًا، في حين لم يساوِ بينهم بشأن الحجر، حيث لا يكون الحجر على السّفيه وذي الغفلة إلا بحكم، كما لا يكون حكم تصرّفاتهما قبل الحجر مثل حكم تصرّفات المعتوه، بل يكون حكمها مثل حكم تصرّفات الشخص البالغ غير المحجور عليه، ما لم يكن التصرّف قد وقع من طرف السّفيه أو ذي الغفلة قبل الحجر بسبب توقّع الحجر عليه، فيكون حكمه حينها مثل حكم تصرّف الصّبيّ المميّز لا الشخص الراشد.
(43)- تنص المادّة 86 من تقنين الأسرة: «من بلغ سنّ الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادّة 40 من القانون المدني».
(44)- طبقا لما نصت عليه المادّة 9 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن تقنين العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 49، صادر في 11 يونيو 1966، الصفحة 702.
(45) – نصت المادّة 78 من التّقنين المدني: «كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون».
(46)- إذ يعاب على المشرع الجزائري أنه سوّى بين الصّبيّ غير المميّز وكلاً من المجنون والمعتوه، في حين أن الصّبيّ غير المميّز محجور عليه لذاته دون حاجة إلى صدور حكم بذلك باتفاق الفقهاء، بينما المجنون والمعتوه لا بد من الحجر عليهما حتّى نحكم على تصرّفاتهما بالبطلان، إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته ظاهرة أو معلومة للمتعاقد الآخر. انظر في هذا: محمد سعيد جعفور، إجازة العقد القابل للإبطال، ص102- 103؛ نظرية الحق، ص524. وانظر كذلك: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج17، ص87.
(47)- السّفيه: هو من يبذر ماله، ويصرفه في غير موضعه الصحيح، بما لا يتفق مع الحكمة والشرع. والمغفل أو ذو الغفلة: هو من يغبن في البيوع، ولا يهتدي إلى التصرّفات الرابحة في بيعه وشرائه، لقلة خبرته وسلامة قلبه. ويختلف عن السّفيه بأنه ليس بمفسد لماله، ولا بمتّبع هواه، ولا يقصد الإفساد. انظر: وهبة الزحيلي (2010م)، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر، دمشق، سوريا، ج5، ص317- 326.
(48)-Article 85: «Les actes d'une personne atteinte de démence, d'imbécilité, ou de prodigalité, accomplis sous l'empire de l'un de ces états, sont nuls».
وانظر في التعليق على ذلك: محمد حسنين، المرجع السابق، ص110- 111.
(49)- وكذلك تصرّفات الصّبيّ المميّز. وهو قول الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد. انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج30، ص247.
(50)- الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 17، ص97.
(51)- تنص المادّة 107 من تقنين الأسرة: «تعتبر تصرّفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة أو فاشية وقت صدورها».
(52)- هو قول جمهور الفقهاء ما عدا محمد بن الحسن الشيباني من الحنفية، وابن القاسم من المالكية، الذينِ قالا بأنه لا يحتاج الحجر على السّفيه إلى حكم القاضي بل يكون محجورا عليه بمجرد توفر حالة السفه. انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 17، ص96- 97.
(53)- تنص المادّة 101 من تقنين الأسرة: «من بلغ سنّ الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه».
(54)- إذ تصرّفات الصّبيّ المميّز تأخذ الحكم المقرر في المادّة 83 من دون حاجة إلى الحجر، في حين تأخذ تصرّفات السّفيه – وكذلك ذي الغفلة- هذا الحكم بعد الحجر، أما قبله فتكون صحيحة نافذة.
انظر في ذات الاتجاه: محمد حسنين، المرجع السابق، ص111.
(55)- انظر في ذلك: محمد سعيد جعفور، نظرية الحق، ص531- 532.
(56)- نصت المادّة 85 من تقنين الأسرة: «تعتبر تصرّفات المجنون، والمعتوه والسّفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه». وهذا يلمّح إلى أن المشرع الجزائري يفرق بين حالة الإفاقة وبين عدمها كما هو الحال في الفقه الإسلامي، لكنه في باقي النّصوص لا سيما نصّ المادّة 107 من تقنين الأسرة و42 من التّقنين المدني لم يفرق بينهما. ومن الأحسن عدم التفرقة بينهما لصعوبة إثبات حالة الإفاقة من عدمها، ولأن المشرع الجزائري ذاته اعتبر تصرّفات المجنون والمعتوه قبل الحجر صحيحة نافذة، فلا داعي إذن للكلام عنها حال الإفاقة أو حال الجنون.
ومع ذلك نشير إلى أن المشرع الجزائري قد ذكر في القانون رقم 91- 10 المتعلق بالأوقاف، في المادّة 31، أنّ الوقف الذي يعقده المجنون في حالة إفاقته يكون صحيحا.
وقد نصّ المشرع الكويتي في المادّة 2/98 على حالة الجنون المتقطع، وجعل التصرّفات التي تُعقد في حال الإفاقة صحيحة.
(57)- حيث أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن المجنون والمعتوه يحجر عليهما. انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 17، ص92.
(58) – انظر في هذا المعنى: عبد الحي حجازي (1402هـ- 1982م)، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، ج1: مصادر الالتزام، مج1: نظرية الالتزام – تحليل العقد، مطبوعات جامعة الكويت، ص306.

(59) – **Article 503: «**Les actes antérieurs pourront être annulés si la cause qui a déterminé l'ouverture de la tutelle existait notoirement à l'époque où ils ont été faits».
هذا النّص أضيف بموجب القانون رقم 68-5، المؤرخ في 1968/01/03، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1968/01/4، وبقي ساريا إلى غاية 2008/12/31، إذْ عُدّل بشكل جذري بحيث لم يعد لهذا الحكم وجود، وذلك بموجب القانون رقم 2007-308 المؤرخ في 2007/03/5، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 2007/03/7، لكنه دخل حيز التّنفيذ بتاريخ 2009/01/01.