

تاريخ القبول: 2025-09-04

تاريخ الإرسال: 2025-08-04

**التصرفات القانونية للصبي المميز في القانون الجزائري****مقارنة بالفقه الإسلامي****Legal Acts of a Discerning Minor in Algerian Law  
Compared to Islamic Jurisprudence**

براهيم بلبالي \*

جامعة أدرار، مخبر الدراسات الشرعية والتراثية، (الجزائر)

bel.brahim@univ-adrar.edu.dz

(https://orcid=0000-0002-1332-4720)

**المخلص:**

يعد الصبي المميز ناقص الأهلية في كل من القانون الجزائري والفقه الإسلامي، والتصرفات القانونية للصبي المميز هي تصرفاته الإرادية، ويظهر من الاطلاع على نصوص القانون الجزائري أنها أعطيت حكمان يظهر بينهما شيء من التضارب؛ وتهدف الدراسة إلى الوقوف على واقع الاضطراب الحاصل في نصوص القانون الجزائري في حكم تصرفات الصبي المميز مع مقارنة حكمها في القانون الجزائري بحكمها في الفقه الإسلامي.

وقد خلصت الدراسة إلى وجود نوع من الاضطراب في حكم تصرفات الصبي المميز عند المقارنة بين المادة الثالثة والثمانين (83) من قانون الأسرة الجزائري والمادة الواحدة بعد المائة (101) من القانون المدني الجزائري، ولذلك يجب تعديل هاتين المادتين لتوحيد حكم هذه المسألة فيهما وفق ما تضمنه الفقه الإسلامي من حكم لها.

**الكلمات المفتاحية:** التصرف القانوني، التصرف الإرادي، الصبي المميز، نقص الأهلية

\*المؤلف المرسل

**Abstract:**

A discerning minor is classified as having diminished legal capacity under both Algerian legislation and Islamic jurisprudence, and the legal actions undertaken by such a minor fall under the category of voluntary legal acts. Upon examining the relevant provisions of Algerian law, it becomes evident that there exist two differing legal positions, which exhibit a degree of inconsistency.

This study seeks to explore the nature of this discrepancy in the legal treatment of a discerning minor's acts within the Algerian legal framework, particularly by analyzing the relevant provisions and comparing their stance with that of Islamic legal doctrine.

The findings indicate the presence of a legislative inconsistency, specifically when comparing Article 83 of the Algerian Family Code with Article 101 of the Algerian Civil Code. In light of this, the study recommends the harmonization and amendment of these two articles, in a manner that ensures coherence and aligns with the well-established principles of Islamic jurisprudence regarding the legal capacity and acts of a discerning minor.

**Keywords:** Legal act, Voluntary act, The discerning minor, Lack of legal capacity

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام الأتمان الأكملان على سيد المرسلين وعلى آله وصحبه والتابعين ومن تبغهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد

**مقدمة**

إن الناظر في القانون الجزائري، المقارن بين أحكام البطلان الواردة في القانون المدني، وبين أحكام الأهلية الواردة فيه وفي قانون الأسرة يدرك أن تصرفات الصبي المميز -وهو ناقص الأهلية- أعطيت حكمين، ففي أحكام البطلان جعل نقص الأهلية سببا لقابلية تصرفاته للإبطال دون تفصيل، وفي قانون الأسرة جعلت تصرفاته على ثلاثة أقسام؛ تصرفات نافذة، إذا كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطلة، إذا كانت ضارة ضرراً محضاً، وموقوفة على إجازة الولي، إذا كانت دائرة بين النفع والضرر.

والسؤال الذي ننطلق منه: ما حكم تصرفات الصبي المميز في القانون الجزائري مقارنة بأحكامها في الفقه الإسلامي خصوصا مع ما يظهر من تضارب بين ما ورد في أحكام البطلان في القانون المدني الجزائري وما ورد في أحكام الأهلية فيه وفي قانون الأسرة.

فهل ما ورد في مسائل الأهلية من حكم لتصرفات الصبي المميز يعد مناقضا لما تضمنته مسائل البطلان في هذه المسألة؟ وبالتالي يجب تعديل أحدهما لتوحيد التشريع في المسألة، أو لا تتناقض بينهما وإنما يحمل أحدهما على الآخر؟ وما كيفية ذلك الحمل؟ وما الحكم الذي أعطي لها في الفقه الإسلامي؟

ولمعالجة هذه الأسئلة يأتي هذا البحث مقسما إلى ثلاثة مطالب: (المطلب الأول): يتضمن عرض مفهوم التصرفات القانونية، لأنها هي التي يراد معرفة حكمها لدى الصبي المميز، وهي التي تتأثر صحة أو بطلانها بأهليته، وأما (المطلب الثاني) فيتضمن الوقوف عند أهلية الصبي المميز، لأنها التي تؤثر في تلك التصرفات، وأما (المطلب الثالث) فينעד لبيان حكم تصرفات الصبي المميز، وهو المقصود من البحث.

وقد استعنت في ذلك بمنهج تحليلي مقارنة بين القانون الجزائري والفقه الإسلامي بغية الوصول إلى حقيقة حكم تلك التصرفات في القانون الجزائري، والوقوف على مدى موافقته للفقه الإسلامي أو مخالفته له في ذلك.

### المطلب الأول: مفهوم التصرفات القانونية في القانون الجزائري والفقه الإسلامي

يعرض هذا المطلب مفهوم التصرفات القانونية لدى فقهاء القانون (الفرع الأول)، ثم ينظر في مدى وجود ذلك المفهوم في الفقه الإسلامي (الفرع الثاني)؛ ذلك أن تلك التصرفات القانونية هي التي يراد الوقوف على مدى تأثرها بطلانها وصحة، بمؤثر كون الصبي في مرحلة التمييز.

### الفرع الأول: مفهوم التصرفات القانونية لدى فقهاء القانون

يطلق فقهاء القانون التصرفات القانونية في مقابل الأعمال المادية؛ إذ إن أسباب نشوء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، التي تنشأ بفعل شخص، إما أن تتجه فيها إرادته إلى إحداث ذلك الأثر أو لا تتجه إلى ذلك، وإنما يرتبه القانون على ذلك

الفعل؛ فالقسم الأول: هو التصرفات القانونية، وتسمى أيضا التصرفات الإرادية، والثاني: هو الوقائع القانونية، وتسمى أيضا الأعمال المادية (عبد الرزاق السنهوري 2011، 131/1).

وعرف الأستاذ الدكتور العربي بلحاج التصرف القانوني: بأنه: "انصراف الإرادة بكل حرية وجدية لإحداث أثر قانوني معين من جانبيين، أو من جانب واحد". (العربي بلحاج 2015، 55).

ولما كان انصراف الإرادة أمرا كامنا في النفس، كان لا بد من إظهار ذلك الانصراف بالتعبير عنه؛ وعليه: فالأولى أن يقال في تعريف التصرف القانوني: هو التعبير عن انصراف الإرادة لإحداث أثر قانوني.

ثم إنه يجب أن يكون هذا العمل الإرادي محضا؛ أي: غير مقرون بفعل مادي؛ إذ لو كان مقرونا به لكان الأثر القانوني مترتبا على ذلك الفعل المادي، لا على العمل الإرادي، فمن يفعل لشخص فعلا ضارا، يترتب الالتزام بالتعويض على ذلك العمل المادي، حتى ولو كان من صدر منه الفعل الضار يقصد أثناء الفعل تعويض الضرر. ويجب أن تتجه إرادة صاحب العمل الإرادي إلى إحداث أثر قانوني؛ أي: إنشاء التزام مدني، أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه، وإلا لما اعتبر تصرفا قانونيا، فتوجيه شخص دعوة لصديقه لحضور حفل زفاف، أو لاحتساء كوب شاي في المقهى، أو نحو ذلك وقبول المدعو تلك الدعوة، لا يقصدُ من خلاله الداعي ولا القابل إحداث أثر قانوني (إنشاء الالتزام المدني)؛ ولذلك لا يعد تصرفا قانونيا.

والتعبير عن انصراف الإرادة لإحداث أثر قانوني قد لا يكون كافيا لذلك الإحداث إلا بعد ارتباطه بتعبير آخر على نفس المحل، وهو ما يسمى بالعقد، وقد يكفي به، وهو التصرف بإرادة منفردة.

ثم إن ذلك التعبير عن الإرادة قد يكون أثره اكتساب المتصرف لصالحه حقا، أو تحمله التزاما تجاه غيره، أو هما معا، فالأول: كقبول التبرعات، والثاني كصدور التبرعات سواء أكانت تتم بعقد أو تصرف بإرادة منفردة، والثالث: كالإيجاب أو القبول في تصرفات المعاوضة.

### الفرع الثاني: مفهوم التصرفات القانونية في الفقه الإسلامي

وهذا التقسيم للتصرفات وإن لم يرد بهذا الاسم في الفقه الإسلامي ولكن ورد بألفاظ مختلفة يدور معناها حول الأقوال التي تقابلها الأفعال، وقد ورد هذا التعبير في أكثر من مسألة، ومنها المسألة محل الدراسة، وهي مسألة انحصار التصرفات التي تتأثر بالحجر في التصرفات القولية، وهي التصرفات الإرادية.

جاء في شرح التلويح على التوضيح: "أَحْجَرُ هُوَ مَنْعُ نَفَازِ التَّصَرُّفَاتِ الْقَوْلِيَّةِ" (التفتازاني سعد الدين مسعود بن عمر بلا تاريخ، 382/2).

وفي الهداية للمرغيناني لما ذكر أسباب الحجر قال: "وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال؛ لأنه لا مرد لها؛ لوجودها حسا ومشاهدة، بخلاف الأقوال؛ لأن اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه" (المرغيناني برهان الدين علي بن أبي بكر بلا تاريخ، 277/3).

وفي فروق القرافي: (الْفَرْقُ الْخَامِسُ وَالثَّلَاثُونَ بَيْنَ قَاعِدَةِ الْأَسْبَابِ الْفِعْلِيَّةِ وَقَاعِدَةِ الْأَسْبَابِ الْقَوْلِيَّةِ) وَالْأَسْبَابُ الْفِعْلِيَّةُ كَالِإِحْتِطَابِ وَالِإِحْتِشَاشِ وَالِإِصْطِيَادِ وَالْأَسْبَابُ الْقَوْلِيَّةُ كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْقِرَاضِ وَكُلِّ مَا هُوَ فِي الشَّرْعِ مِنَ الْأَقْوَالِ سَبَبُ انْتِقَالِ الْمَلِكِ وَأَفْتَرَقَتْ هَاتَانِ الْقَاعِدَتَانِ مِنْ وُجُوهِ: أَحَدُهَا: أَنَّ الْفِعْلِيَّةَ تَصْحُحُ مِنَ السَّفِيهِ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ دُونَ الْقَوْلِيَّةِ (القرافي أبو العباس أحمد بن إدريس شهاب الدين بلا تاريخ، 204/1).

وجاء في شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصاري في باب الحجر: "قالجنون يسلبُ العبارة... بخلاف الأفعال... (والصبا) القائم بذكر أو أنثى ولو مميّزا (كذلك)" (البيجرمي سليمان بن محمد وزكرياء الأنصاري 1369هـ 1950م، 432-431/2) فقوله: "قالجنون يسلب العبارة" يعني: أن الجنون سبب في عدم الاعتداد بالتصرفات القولية للشخص المجنون؛ ولذلك قال بعدها: "بخلاف الأفعال"، والصبا أيضا يسلب العبارة بخلاف الأقوال.

والخلاصة أن التصرفات القولية أو التصرفات الإرادية هي التي تتأثر بنقص أهلية الصبي المميز، أو بالحجر عليه بسببه، دون التصرفات الفعلية، سواء ذلك في القانون أو الشريعة الإسلامية. فكيف قرر كل من القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي أهلية الصبي المميز؟

**المطلب الثاني: مفهوم الصبي المميز وأهليته في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي**  
 يعتقد هذا المطلب لتحديد أهلية الصبي المميز في فرعين؛ (الفرع الأول) يتضمن مفهوم الصبي المميز، و(الفرع الثاني) يقف عند أهليته.

### الفرع الأول: مفهوم الصبي المميز

يعد التمييز في كل من الفقه القانوني، وفقه الشريعة الإسلامية، مرحلة من المراحل التي يمر بها الشخص مما يترتب عليه تغيير في حكم أهلية الأداء لديه؛ إذ يفترض أن القوى العقلية في الإنسان المؤدية إلى تمييزه بين ما ينفعه وما يضره تتطور حسب تقدمه في العمر، فتكون منعدمة قبل سن التمييز، ثم تبدأ ناقصة، وتستمر كذلك إلى أن تتم بعد بلوغ الشخص سن الرشد.

يعرض هذا الفرع مفهوم الصبي المميز من خلال (أولا) تعريفه وتحديد سنه في القانون الجزائري، و(ثانيا) في الفقه الإسلامي.

### أولا: تعريف التمييز وتحديد سنه في القانون الجزائري

لم يعرف القانون الجزائري التمييز، وإنما ذكر سنه مباشرة في المادة الثانية والأربعين (42) منه، نصت المادة الثانية والأربعين (42) من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية على أنه: (يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة).

وقد كان سن التمييز في القانون الجزائري قبل تعديل هذه المادة بموجب القانون 10/05 ست عشرة سنة كاملة، وهو أمر مستغرب؛ إذ لا يعقل أن يتأخر التمييز بمفهومه السابق إلى هذه السن، كما لا يعقل أن يكون ما بين سن التمييز وهو ابتداء عقل الصبي وسن البلوغ وهو سن كمال العقل لديه ثلاث سنوات فقط؛ لأن سن البلوغ حددته المادة الأربعين من القانون المدني بتسع عشرة سنة لأنه مخالف لمفهوم التمييز، ومخالف لكثير من القوانين العربية، كالقانون المصري والأردني والعراقي والليبي والسوري التي اختارت

أن يكون سن التمييز سبع سنوات اتباعا لما هو مقرر عند بعض فقهاء الشريعة الإسلامية، ينظر: (علي علي سليمان 2006، 48-49)، و (العربي بلحاج 2015، 237 هامش 4).

ورغم تعديل سن التمييز في القانون الجزائري على النحو الذي تقدم إلا أنه لا يزال بعيدا عن سن التمييز في القوانين العربية السابقة، ولدى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية، وعن حقيقة التمييز المقررة في الفقه الإسلامي كما سيأتي.

#### ثانيا: تعريف التمييز وتحديد سنه في الفقه الإسلامي

قد عرف الصبي المميز لدى فقهاء المذهب المالكي (الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة بلا تاريخ، 541/1) والحنبلي (ابن أبي الفتح شمس الدين أبو عبد الله محمد 1423 هـ، 2003م، 69) بأنه: "هو الذي يفهم الخطاب، ويردّ الجواب"، والتعريف أيضا موجود في كتب الشافعية وإن استحسنوا غيره، ففي مغني المحتاج للخطيب الشربيني: "وَأَحْسَنُ مَا قِيلَ فِي حَدِّ التَّمْيِيزِ أَنْ يَصِيرَ الطِّفْلُ؛ بَحِيْثٌ يَأْكُلُ وَحَدَهُ وَيَشْرَبُ وَحَدَهُ وَيَسْتَنْجِي وَحَدَهُ، وَقِيلَ: أَنْ يَصِيرَ بَحِيْثٌ يَفْهَمُ الْخُطَابَ وَيُرَدُّ الْجَوَابَ" (الخطيب الشربيني: شمس الدين محمد بن أحمد 1415 هـ - 1994م، 394/2).

والمراد بفهم الخطاب ورد الجواب كما قال الخرشي: "إِذَا كَلَّمَ بِشَيْءٍ مِنْ مَقَاصِدِ الْعُقُلَاءِ فَهَمَهُ وَأَحْسَنَ الْجَوَابَ عَنْهُ لَا أَنَّهُ إِذَا دُعِيَ أَجَابَ" (الخرشي أبو عبد الله محمد بن عبد الله بلا تاريخ، 267/2).

والتمييز بهذا المعنى ليست له سن معينة تنطبق على جميع الأشخاص، فهو حالة يتصف بها الشخص، ويختلف من شخص لآخر؛ حيث تظهر تدريجيا فيه، وتوثر فيها البيئة التي ينشأ فيها الشخص، ووراثته من أقاربه، ومخالطته لأقرانه، وغير ذلك؛ ولذلك جاء في مصادر المالكية والحنابلة السابقة قولهم: "ولا ينضب بسن بل يختلف باختلاف الأفهام".

وفي روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة تعليلا لإمكانية تكليف الصبي المميز قوله: "لأنه يفهم ذلك، إلا أن الشرع حط التكليف عنه تخفيفا "لأن العقل خفي، وإنما يظهر فيه على التدريج"؛ إذ لا يمكن الوقوف بغتة على الحد الذي يفهم به خطاب

الشارع، ويعلم الرسول والمرسل، فنصب له علامة ظاهرة" (ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد 1423هـ-2002م، 155/1-156).

والأمر كذلك في فقه الشافعية جاء في الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي: "والتمييز أن يبلغ الطفل سناً يتوفر لديه فيه من النباهة والوعي ما يجعله قادراً على أن يستقل بطهارته وإصلاح شأنه، وهي قد تختلف ما بين طفلٍ وآخر" (مصطفى الخن وآخرون 1413 هـ - 1992 م، 127/2).

وذهب البعض إلى تحديد التمييز بسن معينة، ثم اختلفوا في تلك السن، فقيل: عشر سنوات، وقيل ست، (ابن اللحام، علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد 1420 هـ - 1999 م، 34)، وقيل ثمان (الحصني أبو بكر بن محمد تقي الدين 1994، 447)، وقيل سبع، وهو الذي عليه كثير من أهل العلم (محمد بن صالح بن محمد العثيمين 1428 هـ، 487/13)، واختار المعاصرون القول بأنه سبع اعتماداً على حديث: ( مروا ابناكم بالصلاة وهو أبناء سبع)، (عبد الوهاب خلاف بلا تاريخ، 139).

#### الفرع الثاني: أهلية الصبي المميز في القانون الجزائري والفقه الإسلامي

لم يعرف القانون الجزائري الأهلية مكتفياً بذكر أحكامها، وجاءت متفرقة في قانونين، القانون المدني عند ذكره لمميزات الشخص الطبيعي، وقانون الأسرة في إطار الأحكام العامة للنيابة الشرعية؛ ذلك أن النيابة الشرعية مبنية على انعدام الأهلية أو نقصانها.

وعرفت في الفقه القانوني بأنها: "صلاحية الشخص لاكتساب حقوق وتحمل التزامات، ولأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية المتعلقة بهذه الحقوق" (عمار بوضياف 2010، 56)، ويتضح من هذا التعريف أن الأهلية نوعان:

النوع الأول: صلاحية الشخص لاكتساب حقوق وتحمل التزامات؛ أي: صلاحيته لأن يكون محلاً للحقوق التي تتحقق له على غيره، والالتزامات التي تتحقق عليه لصالح غيره، وهذا النوع يسمى أهلية الوجوب، والمراد بالوجوب الثبوت؛ أي: ثبوت الحقوق له، وعليه.

والنوع الثاني: صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية التي تكسبه حقوقاً أو تحمله التزامات، ويسمى أهلية الأداء؛ أي: أهلية أداء التصرفات القانونية، بأن يكون أداء الشخص للتصرفات القانونية معتبر قانوناً في إثبات أثر تلك التصرفات.

وفي الفقه الإسلامي عرفت الأهلية في كشف الأسرار شرح أصول البزدي بأنها: "عِبَارَةٌ عَنِ صَلَاحِيَّتِهِ لِرُجُوبِ الْحُقُوقِ الْمَشْرُوعَةِ لَهُ وَعَلَيْهِ" (علاء الدين البخاري عبد العزيز بن أحمد بلا تاريخ، 237/4).

والمراد بالوجوب الثبوت فأهلية الشخص -حسب هذا التعريف- هي صلاحيته لثبوت الحقوق له وثبوت الواجبات عليه، وهذا التعريف هو نفسه تعريف أهلية الوجوب؛ ولذلك جاء في شرح التلويح على التوضيح: "الأهليَّة صَرِيحَانِ: أَحَدُهُمَا أَهْلِيَّةُ الْوُجُوبِ أَيِّ صَلَاحِيَّةُ لِرُجُوبِ الْحُقُوقِ الْمَشْرُوعَةِ لَهُ، وَعَلَيْهِ، وَالثَّانِيَةُ أَهْلِيَّةُ الْأَدَاءِ أَيِّ صَلَاحِيَّةُ لِصُدُورِ الْفِعْلِ مِنْهُ عَلَى وَجْهِ يُعْتَدُّ بِهِ شَرْعًا" (التفتازاني سعد الدين مسعود بن عمر بلا تاريخ، 321/2).

ولعل السبب في تعريفهم الأهلية عموماً بأهلية الوجوب أن هذه الأخيرة هي الحد الأدنى الذي يثبت للشخص من أنواع الأهلية وأن من ثبتت له أهلية الأداء ثبتت له أهلية الوجوب ضرورة؛ فلا يتصور ثبوت أهلية الأداء دون أهلية الوجوب بخلاف العكس.

والأهلية التي يتصور التصرف من ناقصها هي أهلية الأداء؛ لأنها هي أهلية التصرف، ولأن أهلية الوجوب تكون ناقصة عندما يكون الشخص جنيناً في بطن أمه، ولا يتصور في هذه المرحلة وقوع تصرفات من صاحبها.

#### أولاً: تعريف أهلية الأداء في القانون والفقه الإسلامي

عرفت أهلية الأداء لدى فقهاء القانون على أنها: "صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقاً أو تحمله التزامات على وجه يعتد به قانوناً" (محمد صبري السعدي 2004، 157)، ولذلك تسمى أهلية التصرف.

وفي الفقه الإسلامي: تقدم تعريف التفاضل لها بأنها: "صَلَحِيَّةُ لُصُورِ الْفِعْلِ مِنْهُ عَلَى وَجْهِ يُعْتَدُّ بِهِ شَرْعًا" (التفاضل سعد الدين مسعود بن عمر بلا تاريخ، 321/2). ولا يقصد بالفعل ما يقابل القول، ذلك أن الفقهاء كما يدرجون في أهلية الأداء صلاحية الشخص للتكليف بالأفعال التي يطالب بأدائها كالصلاة والصوم والحج، وصلاحية للمساءلة عن الأفعال التي ينهى عنها وهي أفعال، يدرجون فيها -أيضا- صلاحية لصدور العقود وما في حكمها منه وهي أقوال، ولذلك عرفها الزحيلي بقوله: "هي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه (أو لممارستها ومباشرتها) على وجه يعتد به شرعاً، وهي ترادف المسؤولية، وتشمل حقوق الله من صلاة وصوم وحج وسواها، والتصرفات القولية أو الفعلية الصادرة عن الشخص. فالصلاة ونحوها التي يؤديها الإنسان تسقط عنه الواجب، والجنابة على مال الغير توجب المسؤولية" ( وهبة بن مصطفى الزحيلي بلا تاريخ، 2965/4).

ومقصودهم بالاعتداد به شرعا أن يترتب على ذلك الفعل أو القول حكمه الشرعي، فإذا كان الفعل مما يطالب الشخص به فحكمه الشرعي -إذا أتى به على الوجه المطلوب شرعا- صحته وإجزؤه، فأهلية الأداء بالنسبة إليه هي أهلية المطالبة به وأهلية صحته من فاعله، وإذا كان الفعل مما ينهى الشخص عن إتيانه فحكمه الشرعي تحمل المسؤولية الدنيوية والأخروية عنه، فأهلية الأداء بالنسبة إليه هو تحمل تلك المسؤولية، وأما إذا الفعل قولاً من الأقوال التي يترتب عليها إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه، فوجه الاعتداد به شرعا هو اعتبار ذلك الحكم صحيحاً مرتباً لذلك الأثر، وأهلية الأداء بالنسبة إليه أهليته لصحة ذلك القول التي يترتب عليها إكسابه حقا أو تحمليه التزاما.

ونستنتج مما تقدم أن أهلية الأداء في القانون منحصرة في دائرة التصرفات القانونية، فلا تقع إلا على الأهلية للعقود والتصرفات الصادرة بإرادة منفردة، وأما في الفقه الإسلامي فتمتد لتشمل صلاحية الشخص لصدور جميع الأفعال منه على الوجه المعتد به شرعا، فتشمل صلاحيته لمطالبته بأداء الأفعال التي تدخل في دائرة حقوق الله سبحانه وتعالى، وصلاحيته لصحتها منه، كما تشمل صلاحيته لتحمل مسؤولية أفعاله، وتشمل

أيضا صلاحيته لأن تصدر منه التصرفات القولية التي تكسبه حقا على غيره، أو تحمله التزاما تجاه غيره.

### ثانيا: نقصان أهلية الأداء في القانون والفقہ الإسلامي

انطلاقا من التعريف المتقدم لأهلية الأداء في القانون فإن نقصانها فيه يعني أن يكون الشخص ليس صالحا لمباشرة جميع التصرفات القانونية؛ فالشخص إذا كان صالحا لمباشرة جميعها، فهو كامل الأهلية وإذا كان غير صالح للجميع، فهو عديم الأهلية، أما إذا كان الشخص صالحا لمباشرة بعض التصرفات القانونية دون البعض، فهو ناقص الأهلية.

والتصرفات القانونية التي لا تصح من ناقص الأهلية قسمان: قسم لا يصح ولو أجازه الولي، وهو التصرفات الضارة ضررا محضا؛ وهي تبرعاته، وقسم يصح بإجازة الولي، وهو التصرفات الدائرة بين النفع والضرر.

وقد نصت المادة الثامنة والسبعون (78) من القانون المدني الجزائري على أنه " كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون" ثم أحالت المادة التاسعة والسبعون (79) منه على قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة، غير أن الإطلاق الوارد في المادة الثامنة والسبعين (78) ليس على وجهه؛ لأن الصبي بنوعيه المميز وغير المميز، تثبت له الشخصية القانونية، وهو مع ذلك -إما: ناقص الأهلية، أو عديمها، حتى ولو لم يطرأ عليه أي عارض يجعله كذلك؛ إذ الصبا بنفسه له أثر في انعدام الأهلية أو نقصانها وهو أسبق من هذه الأهلية.

والصبي قبل بلوغه سن التمييز تعد أهلية الأداء بالنسبة إليه منعدمة، وهذا ما نصت عليه المادة الثانية والأربعون (42) من القانون المدني الجزائري بقولها: ( لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون...).

أما إذا بلغ الشخص سن الرشد متمتعا بقواه العقلية وكان غير محجور عليه لسفه ترتب على ذلك اعتبار أهليته كاملة، وهو ما نصت عليه المادة الأربعون (40) من

القانون المدني الجزائري بقولها: (كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية...).

أما ما بين هذين السنين فالشخص يعد ناقص الأهلية. ويعد كذلك إذا لم يكن مجنوناً أو معتوهاً؛ لأن الجنون والعته من عوارض الأهلية التي تعدمها، وإذا كانت معدمة لها في المرحلة التي يفترض فيها كمالها، فمن باب أولى أن تعدمها في مرحلة نقصانها. نصت المادة الثالثة والأربعون (43) من القانون المدني الجزائري على أنه: (كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفياً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون).

وفي الفقه الإسلامي: يكون الشخص ناقص الأهلية إذا كان غير مكلف بالأفعال التي يطالب ذو الأهلية الكاملة بأدائها، مع صحتها منه، أو كانت تصرفاته القولية ليست على درجة واحدة من الصحة والبطلان. فالصبي المميز تصح منه الصلاة والصوم والحج، رغم عدم تكليفه بها، وتصرفاته القولية بعضها صحيح وبعضها باطل والثالث موقوف على إجازة الولي كما سيأتي في المطلب الموالي.

**المطلب الثالث: حكم التصرفات القانونية للصبي المميز في القانون الجزائري والفقه الإسلامي**

إن التصرفات التي يراد بحث حكمها هنا هي التصرفات الواردة في العنوان، وهي التصرفات القانونية، دون الوقائع القانونية، وهي التي عبر عنها الفقه الإسلامي كما تقدم بالتصرفات القولية، أو الأقوال، وسيرد هذا المطلب مقسماً إلى ثلاثة فروع يتناول (الفرع الأول) حكم تصرفات الصبي المميز في القانون الجزائري، أما (الفرع الثاني) فيتناول حكمها في الفقه الإسلامي، وأما (الفرع الثالث) فينعتد للمقارنة بين حكمها في القانون الجزائري وحكمها في الفقه الإسلامي، واقتراح التعديلات المطلوبة في القانون لإزالة ما يظهر من اضطراب في ذلك الحكم.

**الفرع الأول: حكم تصرفات الصبي المميز في القانون الجزائري**

لقد تقدم أن الناظر في القانون الجزائري (القانون المدني، وقانون الأسرة) يلمح في تصرفات الصبي المميز حكيمين مختلفين: حكم يفهم مما ورد في مسألة التمسك

بالإبطال الواردة في المادة الواحدة بعد المائة الأولى (101) من القانون المدني، وآخر وارد في المادة الثالثة والثمانين (83) من قانون الأسرة، وسيقف هذا الفرع على واقع النصوص القانونية الجزائرية الواردة في حكم تصرفات الصبي مقسما إلى: (أولا): حكم تصرفات الصبي المميز طبقا لما ورد في مسائل الأهلية في القانون المدني وقانون الأسرة، و(ثانيا): حكم تصرفات الصبي المميز طبقا لما ورد في مسائل البطلان في القانون المدني.

#### أولا: حكم تصرفات الصبي المميز طبقا لما ورد في مسائل الأهلية

وهذا الحكم وارد في المادة الثالثة والثمانين (83) من قانون الأسرة، الواردة تحت عنوان الفصل الأول (أحكام عامة) من الكتاب الثاني (النيابة الشرعية) منه، فبعدما نصت المادة الواحدة والثمانون (81) منه على أن من كان فاقد الأهلية أو ناقصها يكون مستوجبا للنيابة الشرعية عنه، جاءت المادة الثانية والثمانون (82) منه لتتص على حكم تصرفات من لم يبلغ سن التمييز، ثم جاءت المادة الثالثة والثمانون (83) منه لتتص على حكم تصرفات من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد). وجاء فيها: " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء". وعليه فتصرفات الصبي المميز حسب هذه المادة على ثلاثة أقسام:

(أ): القسم الأول: التصرفات الضارة به ضررا محضا، وهي التصرفات التي تنقص ذمته المالية دون أن تزيدها، كتبرعه أو إبرائه لمدينه، أو إقراره بمال عليه، وهذه التصرفات حكمها البطلان المطلق، فلا تلحقها إجازة ولا يصححها التقادم. ويمكن لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانها.

(ب): القسم الثاني: التصرفات النافعة له نفعاً محضاً، وهي التصرفات التي تزيد في ذمته المالية ولا تنقصها، أي التصرفات التي تغني ذمته، دون إفقار لها، مثل قبوله التبرعات، وحكمها أنها صحيحة، وقد عبرت المادة الثالثة والثمانون عن هذا الحكم بالنفاذ، والنفاذ يقتضي الصحة؛ لأن العقد النافذ يعني: وَهُوَ الْعَقْدُ الصَّحِيحُ الَّذِي لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الْعَبْرِ،

وَيُفِيدُ الحُكْمُ فِي الحَالِ (علي حيدر 1991، 109/1). والمقصود هنا أن مستوجب لآثاره دون توقف على إجازة لا من المتصرف ناقص الأهلية ولا من غيره.

(ج): القسم الثالث: التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وهي تلك التصرفات التي تزيد في ذمته المالية وتتنقص منها، كبيعته وشرائه وتأجيريه واستجاره، وحكمها أنها تكون موقوفة على إجازة الولي أو ردها، ويظهر من عدم تحديد أمد لاتخاذ الولي موقفاً من تلك التصرفات أن ذلك يستمر إلى حين انتهاء ولايته ببلوغ الصبي المميز سن الرشد. ويبقى السؤال عن حكم تصرفات الصبي التي لم يتخذ وليه موقفاً منها أثناء قيام ولايته عليه أي قبل بلوغه سن الرشد، ما حكمها في تلك الحالة إذا بلغ صاحب التصرف سن الرشد، هل يجوز له إبطالها؟ وهل هذه الحالة هي المقصودة بما يأتي في القابلية للإبطال بسبب نقص الأهلية؟

#### ثانياً: حكم تصرفات الصبي المميز طبقاً لما ورد في مسائل البطلان

وهذا الحكم الثاني: يفهم من المادة الواحدة بعد المائة (101) من القانون المدني الواردة في القسم الثاني مكرر (بطلان العقد وإبطاله) من الفصل الثاني (العقد) بصفته أحد مصادر الالتزام، فبعدما نصت المادة التاسعة والتسعون (99) منه على أن حق التمسك بالإبطال في العقد القابل للإبطال يقتصر على من قرر الإبطال لمصلحته، جاءت المادة المائة (100) لتتص على سقوط ذلك الحق بالإجازة الصريحة أو الضمنية من قبل من تقرر الإبطال لمصلحته، ثم جاءت المادة الواحدة بعد المائة (101) لتتص على أنه: " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات، ويبدأ سريان هذه المدة في حال نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه السبب... " فيفهم من هذه النصوص أن تصرف الصبي المميز قابل للإبطال.

والتصرف القابل للإبطال في القانون يسمى أيضاً "الباطل بطلاناً نسبياً" وتسميته بالقابل للإبطال أولى؛ لأن التصرف الموصوف بهذا الوصف تصرف صحيح، لكنه مهدد بالزوال إذا طلب من قرر الإبطال لمصلحته إبطاله (محمد صبري السعدي، 2004، صفحة 248/1).

وقد عرفه الدكتور العربي بلحاج بأنه: جزء تخلف شرط من شروط الصحة" (العربي بلحاج، 2015، صفحة 372)، وشروط الصحة تنحصر في دائرة صحة التراضي، وهي كمال الأهلية وعدم شوب الإرادة بعيب من عيوبها وهي الغلط والتدليس والإكراه والغبن الناشئ عن استغلال.

ويأتي التصرف القابل للإبطال في مقابل التصرف الباطل بطلانا مطلقا، وهذا الأخير عرفه الدكتور العربي بلحاج بقوله: "جزء العقد الذي تخلف فيه ركن من أركان الانعقاد، وهي التراضي والمحل والسبب والشكل في العقود الشكلية، فلا يكون لهذا العقد وجود قانوني، ولا ينتج أي أثر قانوني" (العربي بلحاج 2015، 372)، وفي الحقيقة أن البطلان المطلق في القانون لا يقتصر على تخلف الأركان الأربعة، بل يتعداه إلى تخلف الشروط الأخرى في المحل والسبب، فيشمل عدم مشروعية المحل المنصوص عليه في المادة الثالثة والتسعين (93) من القانون المدني وكونه غير معين ولا قابلا للتعيين، المنصوص عليه في المادة الرابعة والتسعين (94) كما يشمل عدم مشروعية السبب المذكورة في المادة السابعة والتسعين (97)؛ وعليه فلا يبقى للقابلية للإبطال من اختلافات شروط الأركان إلا اختلال شرط صحة التراضي، بعدم كمال الأهلية، أو شوب الإرادة بعيب من عيوبها (محمد صبري السعدي 2004، 243، 250)

وإبطال التصرف القابل للإبطال مقرر -حصرا- لمصلحة للشخص الذي اعتبر رضاه معيبا لنقص أهليته أو وقوعه في غلط أو تدليس، أو إكراه أو غبن بسبب الاستغلال، إن شاء تمسك به فطالب به، أو تنازل عنه فأجاز التصرف، وعليه فلا يحق للطرف الآخر التمسك به (محمد صبري السعدي 2004، 258/1)، وهو ما قضت به المادة التاسعة والتسعون (99) من القانون المدني بقولها: " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق".

ويزول حق التمسك بالإبطال بأحد سببين: إجازة التصرف، أو تقادم ذلك الحق، أما الأول: فقد نصت عليه المادة المائة (100) بقولها: "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية، وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق

الغير". وأما الثاني: فقد نصت عليه المادة الواحدة بعد المائة (101) بقولها: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات...".

والذي يظهر من هاتين المادتين أن الذي يجيز التصرف أو يتمسك بإبطاله هو الشخص نفسه لا وليه، وذلك إذا تمت أهليته، أو اطلع على العيب الذي وقع فيه، لأن الفقرة الثانية من المادة الواحدة بعد المائة (101/1) نصت على مبدأ سريان مدة التقادم بقولها: "وبدأ سريان هذه المدة، في حال نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه..." والذي يهمننا في هذا البحث حالة نقص الأهلية. كما يظهر منها أنه لا فرق في ذلك بين التصرفات الضارة به أو الدائرة بين النفع والضرر، وهذا مكنم الخلاف بين ما هنا وبين ما تقرر في أحكام الأهلية.

والظاهر من نص المادة الواحدة بعد المائة (101) أن هذا الحكم ينطبق على جميع تصرفات الصبي المميز دون تفريق بين أنواع التصرفات الضارة به أو الدائرة بين النفع والضرر. وهذا يعد تناقضا واضحا في ظاهره مع ما تقدم من حكم لتلك التصرفات في المادة الثالثة والثمانين (83) من قانون الأسرة.

ولعل السبب في هذا الاضطراب ما هو معلوم من أن أحكام الأهلية في قوانين الدول العربية -أخذت من الفقه الإسلامي، ينظر: ( وهبة بن مصطفى الرُّحَيْلِيّ بلا تاريخ، 2960/4). ومنها القانون الجزائري -فقد أحال القانون المدني فيما لم يذكره من أحكام الأهلية إلى قانون الأسرة في المادة الرابعة والأربعين (44) منه، التي جاء فيها: "يخضع فاقدو الأهلية، وناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية، أو الوصاية، أو القوامة، ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون" والقانون الذي نظم هذه المسائل هو قانون الأسرة، ومسائل الأهلية قد وردت فيه بصفتها أحكاما عامة للنيابة الشرعية، وهذا القانون مأخوذ من الشريعة الإسلامية.

أما بالنسبة لنظرية البطلان فقد سار فيها القانون المدني الجزائري -مثل معظم التشريعات العربية - على نهج التشريعات اللاتينية على العموم (العربي بلحاج 2015،

371 هامش رقم 3) ينظر أيضا: (عبد الرزاق السنهوري 2011، 487/1 هامش رقم 1).

### الفرع الثاني: حكم تصرفات الصبي المميز في الفقه الإسلامي

تقدم أن التصرفات المالية للصبي المميز في القانون الجزائري وقع في حكمها اضطراب بين ما جاء في أحكام الأهلية، وما جاء في مسائل البطلان، والذي تقرر في قانون الأسرة في مسائل الأهلية أن تصرفاته على ثلاثة أقسام: الضارة ضررا محضا، باطلة، والنافعة نفعا محضا، صحيحة، والدائرة بين النفع والضرر، موقوفة على إجازة الولي، وهذا الحكم هو المقرر في الفقه الإسلامي على اختلاف بين مذاهبه في بعض التفاصيل، وسيرد تفصيل ذلك في الآتي مقسما تقسيم تلك التصرفات، (أولا) حكم التصرفات الضارة ضررا محضا، و(ثانيا) حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، و(ثالثا) حكم التصرفات النافعة نفعا محضا، مع ملاحظة أن هذه المصطلحات هي مصطلحات المذهب الحنفي؛ وعليه فيكون القانون قد أخذها منه.

#### أولا: التصرفات الضارة ضررا محضا،

وهذه التصرفات قد اتفقوا على عدم صحة ما يكون منجزا منها في حال الحياة، كالهبة سواء أكان ذلك بإذن وليه أم بغير إذنه، وأما مالا يكون منجزا إلا بعد الوفاة كالوصية والتدبير فاختلفوا في صحته.

ففي تحفة الفقهاء للسمرقندي: " فَأَمَّا التَّصَرُّفَاتُ الضَّارَّةُ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْإِقْرَارِ فَإِنَّهُ لَا تَصِحُّ وَلَا تَتَوَقَّفُ لِأَنَّ الْوَلِيَّ لَا يَمْلِكُ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ فَلَا مَجِيزَ لَهَا الْحَالُ " (علاء الدين السمرقندي أبو بكر محمد بن أحمد 1414 هـ - 1994 م، 37/2).

وجاء في مقدمات ابن رشد قوله: " لا اختلاف بين مالك وأصحابه أن الصغير الذي لم يبلغ اللحم من الرجال والمحيض من النساء، لا يجوز له في ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق - وإن أذن له في ذلك الأب أو الوصي - إن كان ذا أب أو وصي " (ابن رشد القرطبي 1408 هـ - 1988 م، 346/2).

وفي الذخيرة للقرافي: " وَتَصَحُّ [الوصية] مِنَ السَّفِيهِ الْمُبْدِرِ وَكَذَلِكَ الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ إِذَا عَقَلَ وَجَهَ الْفَرْقِ وَأَصَابَ الْوَصِيَّةَ بَأَن لَّا يَكُونُ فِيهَا تَخْلِيطٌ" (القرافي شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس 1994 م، 10/7).

وفي المجموع للنووي (9/ 155) " (وَأَمَّا) الصَّبِيُّ فَلَا يَصِحُّ بَيْعُهُ وَلَا شِرَاؤُهُ وَلَا إِجَارَتُهُ وَسَائِرُ عُقُودِهِ لَّا لِنَفْسِهِ وَلَا لِغَيْرِهِ سِوَا بَاعٍ بِغَيْرِ أَوْ بَغِيْبَةٍ وَسِوَاءَ كَانَ مُمَيِّزًا أَوْ غَيْرِهِ وَسِوَاءَ بِإِذْنِ الْوَالِيِّ أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَسِوَاءَ بَيْعِ الْإِحْتِبَارِ وَغَيْرِهِ" (النووي أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف بلا تاريخ، 156-155/9)، وإذا كان هذا حكم البيع وهو تصرف دائر بين النفع والضرر فالتصرف الضار ضررا محضا من باب أولى.

وجاء في الشرح الكبير لابن قدامة شمس الدين تعليلا لعدم صحة ضمان الصبي بإذن وليه أو بغير إذنه: "وأما الصبي المميز فلا يصح ضمانه... لأن هذا التزائم مال لا فائدة له فيه، فلم يصح، كالتبضع والتذرع، بخلاف التبئع" (ابن قدامة أبو الفرج شمس الدين عبد الرحمن بن محمد بلا تاريخ، 75/5).

#### ثانيا: التصرفات الدائرة بين النفع والضرر

وهذه اختلف في حكمها، فذهب الحنفية والمالكية وقول عند الحنابلة إلى أنها تكون موقوفة على إجازة الولي، وأضاف الحنفية والمالكية: أو إجازته هو إذا رشد. وذهب الحنفية إلى صحة تصرفاته إذا أذن بها الولي، وذهب الشافعية وقول عند الحنابلة إلى عدم الصحة ولو بإذن الولي، أو إجازته. وفرق بعضهم بين الإذن وعدمه فصححوها مع الإذن دون غيره.

جاء في تحفة الفقهاء للسمرقندي: "الصبي العاقل إذا باع ماله وهو محجور فإنه يُعقَد تصرفه موقُوفًا على إجازة وليه، وعلى إذن وليه بالتصريف أيضا، وعلى بلوغه أيضا... وهذا في التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع كالتبئع والإجازة" (علاء الدين السمرقندي أبو بكر محمد بن أحمد 1414 هـ - 1994 م، 37/2).

وفي المقدمات لابن رشد تنميما للنص السابق: "إن باع أو اشترى أو فعل ما يشبه البيع والشراء مما يخرج على عوض ولا يقصد فيه إلى فعل معروف، كان موقُوفًا على نظر وليه - إن كان له ولي، فإن رآه سدادا وغبطة أجازته وأنفذه، وإن رآه بخلاف ذلك

رده وأبطله، وإن لم يكن له ولي قدم له ولي ينظر له في ذلك بوجه النظر والاجتهاد، وإن غفل عن ذلك حتى يلي أمره كان النظر إليه في إجازة إنفاذ ذلك أو رده" (ابن رشد القرطبي 1408هـ - 1988م، 346/2).

وتقدم نص النووي في المجموع، وجاء في الشرح الكبير لابن قدامة شمس الدين: "فأما الصبي المميز والسفيه فيصح تصرفهما بإذن وليهما في إحدى الروايتين ولا يصح بغير إذنهما إلا في الشيء اليسير... ويحتمل أن يصح ويقف على إجازة الولي" (ابن قدامة أبو الفرج شمس الدين عبد الرحمن بن محمد بلا تاريخ، 6/4-7).

### ثالثاً: التصرفات النافعة نفعاً محضاً

وهذه التصرفات أيضاً اختلف فيها فذهب الحنفية، وقول عند المالكية، وقول هو الصحيح عند الحنابلة، إلى صحتها، وهو كذلك عند بعض الشافعية في قبول الهبة دون الوصية.

ففي تحفة الفقهاء: "وأما التصرفات النافعة كالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد وقَبُولِ الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ فَتَصِحُّ مِنْهُمَا [الصبي المميز والسفيه] من غير إذن" (علاء الدين السمرقندي أبو بكر محمد بن أحمد 1414 هـ - 1994 م، 37/2).

وفي عقد الجواهر الثمينة لابن شاس: "ويصح قبول المحجور عليه للهبة والوصية" (ابن شاس أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم 1423 هـ - 2003 م، 799/2)، لكن القرافي قال في الفرق الخامس والثلاثين (بين قاعدة الأسباب الفعلية وقاعدة الأسباب القولية): أن الأسباب القولية لا تصح من السفيه المحجور عليه مثل ما لو اشترى أو قبل الهبة أو الصدقة أو قارض أو غير ذلك من الأسباب القولية، ولا يترتب له عليها ملك (القرافي أبو العباس أحمد بن إدريس شهاب الدين بلا تاريخ، 204/1)، فقد جعل قبول الهبة والصدقة ونحوها من الأسباب القولية لا يترتب عليها ملك لأنها ليست صحيحة من السفيه المحجور عليه، وأورد الحطاب نص القرافي وجعله عاما في كل محجور عليه، سواء أكان سفيها أو صبيا مميزا، وعلل القول بنظر الولي في ذلك بقوله: "لأن المال قد يكون حراما وقد يكون فيه منة على الوالد أو ولده ولا يجب ذلك" (الحطاب شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد 1412 هـ - 1992 م، 54/6).

وفي مغني المحتاج: "أما الهبة له فالأصح في زوائد الروضة صحتها؛ لأنه ليس بتقويت بل تحصيل، ولا يصح قبول الوصية... والفرق بينهما كما قال شَيْخِي: أَنَّ قَبُولَ الْوَصِيَّةِ تَمَلُّكٌ، بِخِلَافِ قَبُولِ الْهَبَةِ" (الخطيب الشريبي: شمس الدين محمد بن أحمد 1415هـ - 1994م، 3/145-146).

والصحيح في المذهب الحنبلي صحة قبول التبرع منه (المرداوي علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بلا تاريخ، 4/269).

**الفرع الثالث: مقارنة حكم تصرف الصبي المميز في القانون والفقهاء الإسلامي واقتراح تعديل للقانون**

بعد تقرير حكم تصرفات الصبي المميز في كل من القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي يرد في هذا الفرع (أولاً) خلاصة المقارنة بينهما، و(ثانياً) اقتراح تعديل للنصوص القانونية السابقة الذكر لإزالة ما يظهر فيها من اضطراب.

**أولاً: مقارنة حكم تصرف الصبي المميز في القانون والفقهاء الإسلامي**

لقد رأينا مما سبق أن القانون الجزائري أخذ في حكم تصرفات الصبي المميز عند تقريره لمسائل الأهلية في المادة الثالثة والثمانين (83) من قانون الأسرة بما تقرر من حكم لتلك التصرفات في الفقهاء الإسلامي، وخصوصاً ما جاء في المذهبين الحنفي والمالكي، بل أوردها في تلك المادة بنفس مصطلحات المذهب الحنفي. فقد قسمها إلى ثلاثة أقسام؛ النافعة نفعاً محضاً، وحكمها الصحة، فلا يمكن لولي الصبي ولا للصبي نفسه بعد بلوغه سن الرشد أن يردّها، أما الضارة ضرراً محضاً فهي باطلة، ولا يمكن لهما إجازتها، وأما الدائرة بين النفع والضرر فلها حالتان: أن يفعلها الصبي دون إذن من وليه ولا رفض منه لها، وهذه يجوز لولي الصبي أن يجيزها أو يردّها وأما إذا أذن بها الولي فتكون صحيحة عند الحنفية وفي إحدى الروايتين عند الحنابلة، ولم يتعرض القانون لهذه لمسألة والذي يفهم من المادة الرابعة والثمانين (84) من قانون الأسرة أن ذلك من اختصاص القاضي بناء على طلب من له مصلحة في ذلك.

وأما إذا لم يتخذ الولي موقفاً من تلك التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيجوز للصبي المميز بعد اكتمال أهليته أن يردّها، وهذا الحكم هو المنصوص عليه في المادة

الواحدة بعد المائة (101) من القانون المدني، لكن وردت فيه بالإطلاق الشامل لجميع تصرفات الصبي المميز سواء أكانت نافعة له أو ضارة به أو دائرة بين النفع والضرر. ثانيا: اقتراح تعديل لما يظهر من تضارب بين نصوص القانون في حكم تصرفات الصبي المميز

وإزاء ما يظهر من تضارب بين النصين القانونيين سابق الذكر في حكم تصرفات الصبي المميز، لا بد من توحيد حكم المسألة، وأرى أن هذا التوحيد لا بد فيه من تعديل كل من المادة الواحدة بعد المائة (101) من القانون المدني، والمادة الثالثة والثمانون (83) من قانون الأسرة.

فأما تعديل المادة الواحدة بعد المائة الأولى من القانون المدني فيكون على النحو الآتي: " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات ويقتصر ذلك في حال نقص الأهلية على العقود الدائرة بين النفع والضرر، وعلى حالة ما إذا لم يكن الولي قد أجاز له أو رده حين قيام ولايته، ويبدأ سريان هذه المدة في هذه الحالة من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب...".

وأما تعديل المادة الثالثة والثمانين (83) من قانون الأسرة فيكون على النحو الآتي: " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته صحيحة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وإذا لم يتخذ الولي موقفا منها أثناء قيام ولايته، جاز لناقص الأهلية بعد كمالها أن يتمسك بإبطالها، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

وهذا التعديل يتوافق مع ما تضمنه القانون المدني المصري في المادة الحادية عشرة بعد المائة (111) منه حيث قرر أنه إذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطلة متى كانت صارة ضرراً محضاً، أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويؤول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو إذا

صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة وفقا للقانون. (عبد الرزاق السنهوري 2011، 275/1).

**خاتمة:**

بعد عرض حكم تصرفات الصبي المميز في القانون الجزائري ومقارنتها بما ورد في الفقه الإسلامي نصل إلى تقرير النتائج الآتية:

1/ وجود اضطراب واضح في نصوص القانون الجزائري في حكم تصرفات ناقصي الأهلية ومنهم الصبي المميز

2/ لم يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على حكم واحد للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر ولا للتصرفات النافعة نفعاً محضاً.

3/ لقد سار قانون الأسرة الجزائري في المادة الثالثة والثمانين (83) منه إزاء حكمه على تصرفات الصبي المميز مسار الفقه الإسلامي في تقسيم التصرفات إلى ثلاثة أقسام، كما سار في حكمها مسار جمهور الفقهاء.

4/ الحكم على تصرفات الصبي المميز بالقابلية للإبطال الوارد في المادة الواحدة بعد المائة (101) موجود في الفقه الإسلامي لكن وردة في تلك المادة مطلقاً، وورد في الفقه الإسلامي مقيداً بتقييد الأول: أن تكون تلك التصرفات من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، والثاني أن يكون الولي قد اتخذ موقفاً منها.

5/ يجب تعديل كل من المادتين الثالثة والثمانين من قانون الأسرة، والواحدة بعد المائة الأولى من القانون المدني بتقييد كل منهما بما تتضمنه الأخرى لكي لا يظهر بينهما أي تضارب.

**مصادر ومراجع:**

1. وَهْبَةُ بن مصطفى الرَّحْيَلِيّ، الفقه الإسلامي وأدلته. دمشق سورية: دار الفكر ، s.d.
2. ابن أبي الفتح شمس الدين أبو عبد الله محمد .المطلع على ألفاظ المقنع . المملكة العربية السعودية: مكتبة السوادي للتوزيع، 1423هـ. 2003م.

3. ابن اللحام، علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد. القواعد والفوائد الأصولية ومايتبعها من الأحكام الفرعية. بيروت: المكتبة العصرية 1420 هـ - 1999 م.
4. ابن رشد الحفيد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. القاهرة: المكتبة التوفيقية. s.d. ,
5. ابن رشد القرطبي. المقدمات الممهدة. بيروت لبنان: دار الغرب الإسلامي, 1408هـ - 1988م.
6. ابن شاس أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة. بيروت: دار الغرب الإسلامي 1423 هـ - 2003 م.
7. ابن قدامة أبو الفرج شمس الدين عبد الرحمن بن محمد. الشرح الكبير على متن المقنع. بيروت: دار الكتاب العربي. s.d. ,
8. ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد. روضة الناظر وجنة المناظر. بيروت: مؤسسة الريان 1423 هـ-2002م.
9. أسامة بن سعيد القحطاني وآخرون. موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي . الرياض: دار الفضيلة, 1433هـ 2012م.
10. البابرّي. العناية على الهداية . بيروت: دار الفكر. s.d. ,
11. البجيرمي سليمان بن محمد ,و زكرياء الأنصاري .حاشية البجيرمي على شرح المنهج (التجريد لنفع العبيد .مصر: مطبعة الحلبي, 1369هـ 1950م.
12. النقتازاني سعد الدين مسعود بن عمر .شرح التلويح على التوضيح .مصر: مكتبة صبيح بمصر. s.d. ,
13. الحصني أبو بكر بن محمد تقي الدين .كفاية الأخبار في حل غاية الاختصار . دمشق: دار الخبر, 1994.
14. الخطاب شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد . مواهب الجليل في شرح مختصر خليل .بيروت: دار الفكر, 1412هـ - 1992م.
15. الخطاب .مواهب الجليل في شرح مختصر خليل .بيروت: دار الفكر , 1412هـ 1992م.

16. الخرشي أبو عبد الله محمد بن عبد الله .شرح مختصر خليل للخرشي .بيروت: دار الفكر .s.d ,
17. الخطيب الشربيني: شمس الدين محمد بن أحمد .مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج .بيروت: دار الكتب العلمية1415 هـ - 1994م.
18. الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة .حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير . بيروت: دار الفكر .s.d ,
19. العربي بلحاج. مصادر الالتزام في ضوء قواعد الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية والاجتهادات القضائية العربية والفرنسية. عمان الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2015.
20. القرافي أبو العباس أحمد بن إدريس شهاب الدين) .الفروق) أنوار البروق في أنواء الفروق .بيروت: عالم الكتب.s.d ,
21. القرافي شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس .الذخيرة .بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1994 م.
22. المازري .شرح التلقين . بيروت: دار الغرب الإسلامي، 2008.
23. المرادوي علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان .الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف .بيروت: دار إحياء التراث العربي.s.d ,
24. المرغيناني برهان الدين علي بن أبي بكر .الهداية في شرح بداية المبتدي . بيروت: دار إحياء التراث العربي.s.d ,
25. النووي أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف .المجموع شرح المذهب .بيروت: دار الفكر .s.d ,
26. شمس الأئمة السرخسي .المبسوط .بيروت: دار المعرفة، 1414هـ 1993م.
27. عبد الرزاق السنهوري .الوسيط في شرح القانون المدني الجديد .القاهرة مصر: نهضة مصر، 2011.
28. عبد الوهاب خلاف .علم أصول الفقه .مكتبة الدعوة.s.d ,

29. علاء الدين البخاري اعيد العزيز بن أحمد .كشف الأسرار شرح أصول البزدوي . بيروت: دار الكتاب الإسلامي s.d. ,
30. علاء الدين السمرقندي أبو بكر محمد بن أحمد .تحفة الفقهاء .بيروت: دار الكتب العلمية, 1414 هـ - 1994 م.
31. علاء الدين الكاساني .بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع .بيروت: دار الكتب العلمية, 1406 هـ 1989م.
32. علي حيدر .درر الحكام شرع مجلة الأحكام .بيروت: دار الجبل, 1991.
33. علي علي سليمان .النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري .بن عكنون الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية, 2006.
34. عمار بوضياف .النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري .الجزائر: جسور للنشر والتوزيع, 2010.
35. لجنة مكونة من عدة فقهاء .مجلة الأحكام العدلية .كراتشي: نور محمد، كارخانه تجارتي كتب s.d. ,
36. مجلة الأحوال الشخصية. أمر 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية 13 أوت 1956 .  
<https://wrcati.cawtar.org/preview.php?type=law&ID=10> (accès le 07 09, 2025).
37. محمد بن صالح بن محمد العثيمين .الشرح الممتع على زاد المستقنع .جدة: دار ابن الجوزي, 1428 هـ.
38. محمد صبري السعدي .شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات . عين مليلة الجزائر: دار الهدى, 2004.
39. مصطفى الخن وآخرون .الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي .دمشق: دار القلم 1413 هـ - 1992 م.
40. ندير هواري « .الحماية القانونية للقصر المستهلكين «.مجلة التواصل 27 (2021), n° (2021): 383.

41. وزارة العدل المغربية. مدونة الأسرة 29. جويلية 2021-chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cour-constitutionnelle.ma/Documents/Lois/%D9%85%D8%AF%D9%88%D9%86%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%B3%D8%B1%D8%A9.pdf (accès le 07 09, 2025).
42. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية. الموسوعة الفقهية الكويتية ج 17 17 vols. الكويت: دار السلاسل, 1404-1427هـ.
43. وزارة العدل القطرية. الميزان البوابة القانونية القطرية. 2005 02 15. <https://www.almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=307&language=ar#:~:text=%D9%8A%D9%82%D9%88%D9%85%20%D8%A7%D9%84%D9%88%D9%84%D9%8A%20%D8%B9%D9%84%D9%89%20%D8%B1%D8%B9%D8%A7%D9%8A%D8%A9%20%D8%A3%D9%85%D9%88%D8%A7%D9%84,%D8%A7%D9%84%D9%87%D9%8A%D8%A6%D8%A9%20> (accès le 07 09, 2025).