



جامعة الشهيد حمه لخضر. الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



عوارض الأهلية وأثرها في عقود التبرعات على ضوء
قانون الأسرة الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم
فرع الحقوق . تخصص القانون الخاص

إشراف الأستاذ الدكتور:

خلف فاروق

إعداد الطالبة:

معمري إيمان

لجنة المناقشة

الاسم و اللقب	الدرجة العلمية	المؤسسة	الصفة
أ.د. رحمانى إبراهيم	أستاذ	جامعة الوادي	رئيسا
أ.د. خلف فاروق	أستاذ	جامعة الوادي	مشرفا ومقررا
أ.د. كيجل عز الدين	أستاذ	جامعة بسكرة	مناقشا
د. بوساحة نجاة	أستاذ محاضر (أ)	جامعة الوادي	مناقشا
د. حسونة عبد الغني	أستاذ محاضر (أ)	جامعة بسكرة	مناقشا
د. زرقاط عيسى	أستاذ محاضر (أ)	جامعة ورقلة	مناقشا

السنة الجامعية: 2020/2019



جامعة الشهيد حمه لخضر. الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



عوارض الأهلية وأثرها في عقود التبرعات على ضوء
قانون الأسرة الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم
فرع الحقوق . تخصص القانون الخاص

إشراف الأستاذ الدكتور:

خلف فاروق

إعداد الطالبة:

معمري إيمان

لجنة المناقشة

الاسم و اللقب	الدرجة العلمية	المؤسسة	الصفة
أ.د. رحمانى إبراهيم	أستاذ	جامعة الوادي	رئيسا
أ.د. خلف فاروق	أستاذ	جامعة الوادي	مشرفا ومقررا
أ.د. كيجل عز الدين	أستاذ	جامعة بسكرة	مناقشا
د. بوساحة نجاة	أستاذ محاضر (أ)	جامعة الوادي	مناقشا
د. حسونة عبد الغني	أستاذ محاضر (أ)	جامعة بسكرة	مناقشا
د. زرقاط عيسى	أستاذ محاضر (أ)	جامعة ورقلة	مناقشا

السنة الجامعية: 2020/2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا
وَاجْسُرُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا
النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا
إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا
فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ
بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾.

سورة النساء، الآية رقم (5) و (6).

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

سورة المائدة، الآية (1).

شكر وتقدير

الحمد لله دائم الفضل والمنة، والصلاة والسلام على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وآله وصحبه الطيبين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، ومصادقا لقوله تعالى ﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾ سورة إبراهيم، الآية رقم 7.

فالحمد لله رب العالمين على توفيقى في إنجاز هذا البحث العلمي المتواضع، كما أتقدم بجزيل الشكر لصاحب الفضل الأستاذ الدكتور خلف فاروق الذي تكرم بقبول الإشراف على هذه الأطروحة، فكان سنداً قوياً وخيراً مرشداً ودليلاً، سخياً وكرماً بتوجيهاته ونصائحه في كل خطوة خطوتها في هذا البحث فله منى كل التقدير والاحترام، فبارك الله فيه وفي علمه وعمله، وأسأل الله أن يجزيه خير الجزاء وأن يرفع درجاته في الدنيا والآخرة.

كما أتوجه بوافر الشكر والامتنان إلى السادة أعضاء لجنة المناقشة الذين تكرموا بقبول مناقشة هذه الأطروحة، وتحمل عناء قراءتها وتصويبها.

والشكر موصول لكل أفراد الأسرة الجامعية بجامعة الوادي التي احتضنتنا كباحثين وبالأخص كلية الحقوق والعلوم السياسية التي تشرفنا بالانتساب إليها.

معمري إيمان

إهداء

إلى الينبوع الذي لا يمل العطاء، من حاكت سعادتي بخيوط منسوجة من قلبها

إلى والدتي العزيزة

إلى من سعى وشقى لأنعم بالراحة والهناء، الذي لم ييخل بشيء من أجل دفعي

لطريق النجاح الذي علمني أن أرتقي سلم الحياة بحكمة وصبر إلى والدي العزيز

إلى من حبهم يجري في عروقي ويلهج بذكراهم فؤادي

إلى أخواتي آية، تريدة، هديل

إلى رفيقة الدرب صديقتي الأستاذة ميدون مفيدة، شكرا لك على ماجدتي به علي من

توجيهات فعسى يعود عليك ذلك بالأجر والثواب

إلى من رافقوني في السراء والضراء، أصدق الأصدقاء والأحباب والزملاء، الذين

مهدوا لي الطريق لاكتساب العلم

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع.

مقدمة

بين الإنسان والمال صلة قديمة نشأت معه منذ وجوده، فهو يسعى إلى تحقيقها بشتى الطرق والوسائل، فقد كان المال ولا يزال موضع اهتمام الناس ومحور نشاطهم، لأنه محل انتفاعهم وسد حاجياتهم وتلبية طلباتهم، وقد اقتضت طبيعته أن يكون قابلا للتداول بينهم بالتملك والانتفاع والتصرف فيه واستهلاكه تحقيقا لنفعهم منه، وذلك التداول الذي يتم بمختلف الوجوه الناقلة للملكية، سواء أكانت عن طريق المعاوضات أو التبرع أو غيرها من وجوه نقل الملكية.

فالأصل في الإنسان أنه حر في أن يستغل ملكه أو لا يستغله على الوجه الذي يراه مناسباً وله الحرية المطلقة في التصرف في أمواله كلها أو بعضها، بتصرفات عوضية أو تبرعية. فالتصرف طالما أبرم في حالة الحياة فهو تصرف صحيح ونافذ في حق الدائنين أو الورثة، وليس لأي منهم الاعتراض، وهذه السلطة تثبت للشخص على جميع أمواله، وهي ما يعرف بحق الملكية.

إلا أن هذه الحرية قد قيدتها القوانين الوضعية استثناء بما يتقرر للغير من حقوق على الشيء، وهذا ما أدى إلى سن تشريعات مستقاة من الشريعة الإسلامية والتي تعد مسلكاً صائباً لأن الشريعة غنية بالحلول القانونية التي من شأنها أن تحقق العدالة وترسخ لدى الناس ثقة بالتشريع وتوجد نوعاً من التوافق أو التوفيق بين مصالح الأفراد المتعددة أو المتضاربة، ومن هذا المنطلق وجدنا أن التشريع الإسلامي والتشريعات القانونية تمنع الإنسان من بعض التصرفات التي يترتب عليها إضرار بالنفس وبالآخرين.

فمن نعم الله تعالى على الإنسان أن أكرمه وفضله على خلقه، وسائر الكائنات بأن جعل له عقلاً يفكر به، ويقدر الأمور لقوله تعالى: {وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا}¹، ومنه فإن أهليته ترتبط ارتباطاً وثيقاً بقدرته على التمييز، هذه القدرة تختلف من شخص إلى آخر، ويرجع ذلك إما لصغر سن، أو لإصابته بمرض عقلي.

¹ سورة الإسراء، الآية 70.

كما أن الإنسان قد تصادفه موانع تعيقه من ذلك، فمثلا أن أهلية الشخص تمر بأدوار مختلفة تتفاوت فيها أهلية أدائه بين الانعدام والنقصان والكمال، وخلال فترة الأطوار التي يمر بها حتى يبلغ سن الرشد، قد يقوم ببعض التصرفات رغم عدم إدراكه لمصالحه، فتبقى هذه التصرفات غير مستقرة ومعرضة للجزاء القانوني "كالبطالان مثلا"، ومن بين هذه التصرفات تلك التي تصدر مشوبة بعارض من عوارض الأهلية؛ فقد يتصرف المالك ناقص أو فاقد الأهلية تصرفات تعود بالضرر عليه أو على الغير كأن يهب أو يوصي أو يقف ماله دون علم ودراية، الأمر الذي يتطلب توافر الأهلية في الشخص القائم بعقد التبرع سواء بهبة أو وصية أو وقف، لذلك لزم إعطاء هذه التصرفات التي تشوبها عوارض الأهلية أحكاما محددة خاصة تلك التي ترد على عقود التبرعات، وذلك حماية له من تبديد أمواله وضياعها.

يعتبر المصاب بإحدى عوارض الأهلية عاجزا عن ممارسة التصرفات القانونية بسبب انعدام أهليته أو نقصها، وفي هذه المرحلة لا يستطيع تمييز ما فيه مصلحته نظرا لعدم اكتمال عقله، وليس من العدل تركه يتصرف في أمواله بما يجعله عرضة لخسارتها.

وانطلاقا من عدم اكتمال أهلية الشخص أو نقصانها فإن قدرته على إبرام عقود التبرعات، تكون إما معدومة أو محدودة، فيمنع من مباشرة هذه التبرعات، وحماية له ولأمواله من أي اعتداء وضع المشرع الجزائري نظاما خاصا يرمي من ورائه إلى تكريس هذه الحماية، فبموجبه ينوب بعض الأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط القانونية عن المصاب بإحدى عوارض الأهلية في مباشرة التبرعات التي يعجز عن القيام بها، وهو ما يعرف "بنظام النيابة الشرعية".

وقد تناول المشرع الجزائري أحكام الأهلية في الكتاب الثاني "النيابة الشرعية" بالفصل الأول تحت عنوان "أحكام عامة" في المواد (81) إلى (86) من قانون الأسرة الجزائري، وتكلم عن أحكام النيابة الشرعية بالنسبة للمصاب بإحدى عوارض الأهلية في المواد من (87) إلى (108) من قانون الأسرة الجزائري، كما تطرق إلى عقود التبرعات في الكتاب الرابع "التبرعات" بالباب الأول "الوصية- الهبة- الوقف" بنص المواد من (184) إلى (220) من قانون الأسرة الجزائري.

وبما أن التشريع الإسلامي قد بلغ الغاية القصوى من التجلي والإجادة في تحديد معنى عوارض الأهلية وأحكامها، فقد رأينا أنه يستوجب اكتشاف ذلك وخاصة فيما يتعلق بآثارها في إبرام عقود التبرعات، فالواقع أن معظم التشريعات العربية قد اعتمدت فيما يتصل بهذا الموضوع على الفقه الإسلامي مصدرا، ذلك لأنها أتاحت اللجوء إلى الشريعة الإسلامية إذا لم يوجد الحكم في التشريع والعرف، وهذا ما تناوله المشرع الجزائري في المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري بنصها: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

- أهمية الدراسة:

تبرز أهمية هذا الموضوع لنقص الدراسات فيه، إذ تناولت الموضوع مقسما إلى شقين أولهما؛ تعرضت للأهلية وعوارضها، وثانيها تناولت عقود التبرعات فقط كنظرية عامة أو كل عقد تبرع على حدى، من دون تناوله في دراسة تامة بكامل جزئياته، مما يستلزم البحث فيه والتحليل والاستنتاج.

وأثناء تناولنا للموضوع سنبين فيه المركز القانوني للأفراد المصابين بإحدى عوارض الأهلية في إبرام عقود التبرعات، ثم الحماية القانونية لمن أصيب بها.

- إن موضوع الأهلية من المواضيع الهامة، لكونه يبحث في أهلية الإنسان التي يتوقف عليها تشريع الأحكام، من حيث صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه، والقيود التي تفرض لحماية مصلحة ناقصي الأهلية أو عديميها.

- إن أهمية عقود التبرعات تكمن في كونها تصرفات ذات خطورة، فغني عن البيان أن التبرع هو في النهاية تضحية بالمال أو بالجهد دون مقابل إلى الطرف الآخر أي المتبرع له، لذلك تسارعت التشريعات في وضع الحماية اللازمة لمن يريد الإقدام على هذه التبرعات، وتقييده بضوابط قانونية إن كان قد تسرع في ذلك، بالتشديد على تبين صحة رضائه وأهليته الكاملة وعزمه الأكيد الذي لا يدع له أي شك، بل وحماية الغير من هذا التصرف التبرعي إذ قد يعود بالضرر عليه، من الدائنين مثلا، أو الأقارب المستحقين للنفقة أو للميراث، فاستدعى الأمر الانتباه إلى ضوابط مثل هذا التبرعات على الوجه الصحيح.

- إن استقرار التعامل بين الناس هو أمر بالغ الأهمية، فالثقة المتبادلة بين المتعاملين لا تتحقق إلا إذا كانت إرادة أطراف التعامل قادرة على إدراك كل أثر يترتب على تعاملهم مع بعضهم لذلك فإنه من الأهمية بمكان التعرف على أحكام عقود التبرعات التي تصدر من شخص غير مدرك لأفعاله.

- تتعدد التصرفات التي يقوم بها فاقدو الأهلية وناقصوها، ولكن تبقى هذه التصرفات غير مستقرة والمعاملة مهزوزة ولا تستقر إلا بمعرفة حكم القانون في التصرفات التبرعية صحة أو بطلاناً.

- إن معرفة حكم القانون في هذه التبرعات يحقق حماية وحفظاً لأموال فاقدي الأهلية أو ناقصيها من الغير الذي يريد استغلالها لمصلحته عند التعامل مع هذه الطائفة.

- أسباب اختيار الموضوع:

من بواعث تطرقنا لموضوع عوارض الأهلية وأثرها في عقود التبرعات على ضوء قانون الأسرة الجزائري، عدة أسباب ذاتية وأخرى موضوعية منها:

1- أسباب ذاتية: تتمثل في الرغبة في دراسة موضوع "أثر عوارض الأهلية على عقود التبرعات" لأنه من المواضيع ذات الصلة بمجال تخصصنا "الأحوال الشخصية" وكذا في جمع عناصر الموضوع لأنها تمس واقع حياة المجتمع التي اشتد فيها الخصام بمعاملات الناس المالية، علاوة على ما يثيره موضوع البحث من رغبة لدينا في تناول أحكامه بالدراسة والتحليل.

2- أسباب موضوعية: تتمثل في أهمية عقود التبرعات ومكانتها في المنظومة التشريعية، التي تجعل البحث فيها ضرورة علمية ملحة، ومدى تعلق موضوع الدراسة بأهلية الأشخاص هذا من جهة، وكونه يتناول جانب الأموال وكيفية المحافظة عليها من جانب آخر، إذ أن الحفاظ على المال عد أحد المقاصد الكلية للشريعة الإسلامية.

بالإضافة إلى الكشف عن مدى الارتباط الوثيق بين الأهلية وعقود التبرعات في قانون الأسرة الجزائري، كون أحكام عقود التبرعات ومدى تأثير عوارض الأهلية عليها مشتتة بين قانون الأسرة والقانون المدني والقوانين الخاصة، إذ أن بعضها جاء بالتنصيص عليها في قانون الأسرة، وأخرى في القانون المدني، والبعض الآخر له قانون خاص كالوقف مثلاً، فكان لابد من

دراسة تمعن النظر في مختلف هاته التشريعات، وتستخرج الحكم الرابط الجامع بينها، والقواعد والضوابط التي تحكمها، وهو ما يعمق البحث والتدقيق، والانتهاء برؤية واحدة تكون عبر بحث مستقل يجمع بين عقود التبرعات وعوارض الأهلية ويبين أثر هذه الأخيرة عليها.

- أهداف الدراسة:

الهدف من الدراسة يكمن في التعرف على العوارض المؤثرة في تصرفات الأشخاص الواردة على عقود التبرعات، والإحاطة والإلمام بالنصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع. بالإضافة إلى إبراز الآليات القانونية التي اعتمدها المشرع في تحديد الأثر القانوني لعوارض الأهلية على عقود التبرعات، وتبيان الوصف القانوني لعقود التبرعات الصادرة من شخص عديم أو ناقص الأهلية مما يجعل مبادئها واضحة للمجتمع. مع محاولة تقديم إضافة علمية لما سبق تقديمه من دراسات في مجال قانون الأسرة لتكون لبنة إضافية في صرح الدراسات القانونية.

- إشكالية الدراسة:

لعقود التبرعات خصوصية تكمن في كونها تنازلا عن المال بدون مقابل، مما يتطلب عناية تشريعية خاصة بها، كونها تؤدي إلى افتقار شخص واغتناء الدمة المالية لشخص آخر؛ فإبرام عقود التبرعات يتطلب توفر أهلية قانونية كاملة في الشخص المتبرع، فبالنظر لما يترتب على هذه التبرعات من افتقار في ذمة المتبرع، لما قد يؤثر على حقوق الغير كالورثة المستقبليين للمتبرع ودائنيه، فإن إنشاء عقود التبرعات لابد أن تضافى عليه قيود تحمي المصاب بإحدى عوارض الأهلية بما يسمح بترتيب آثاره كما أرادها المشرع دون إهدار لحقوق الغير.

وأمام هذه الخصوصية في المنظومة التشريعية، سوف نتناول في هذا البحث العوارض التي تؤثر في أهلية الفرد وأثرها بمركزه القانوني في عقود التبرعات، والحماية القانونية لكل من أصيب بعارض من عوارض الأهلية في إبرام عقد من عقود التبرعات على ضوء قانون الأسرة الجزائري، أي أن مشكلة البحث تكمن في تحديد هذه العوارض التي تؤدي إلى انعدام الأهلية أو إلى إنقاصها في قانون الأسرة الجزائري، وهل يمكن القول بوجود عوارض أخرى، وفي تحديد الإجراءات اللازمة لحماية من أصابه عارض من عوارض الأهلية على تصرفاته في عقود

التبرعات.

وبمفاعلة كل ما سبق من إشكالات تطبيقية ونصوص قانونية، يثار التساؤل الآتي:

ما هي الأحكام القانونية المقيدة لتصرفات الشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية المقررة لحمايته في إبرام عقود التبرعات على ضوء قانون الأسرة الجزائري؟.

ولقد ذللنا هاته الإشكالية العامة بالإشكالات الفرعية الجزئية التالية:

- ما هي العوارض التي تعدم أو تنقص الأهلية في قانون الأسرة الجزائري؟.
- ما هو أثر عوارض الأهلية على عقود التبرعات في قانون الأسرة الجزائري؟.
- ما هي الآليات القانونية التي اعتمدها المشرع الجزائري لحماية ناقص أو عديم الأهلية في إبرام عقود التبرعات؟.
- كيف تعامل القضاء الجزائري مع عقود التبرعات الصادرة من الشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية؟.
- منهج الدراسة:

للإجابة على كل هذه التساؤلات، فإن طبيعة البحث تستدعي الاعتماد على عدة مناهج، بداية المنهج الوصفي؛ وذلك بغرض إعطاء الصورة الفعلية للأهلية كما هي مقررة أحكامها في القانون الجزائري وتبيان أثر عوارضها على عقود التبرعات، مع التطرق لمواقف القضاء والمبادئ التي سار عليها الاجتهاد القضائي وعلى أساسها صدرت قرارات المحكمة العليا، أي من خلال محاولة الربط بين الجانب النظري والتطبيقي، وذلك من خلال الإسقاط العملي للاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

إلى جانب ذلك اعتمدنا في الدراسة على المنهج التحليلي؛ وهذا من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالأهلية وتكييف حقيقتها مع إنشاء عقود التبرعات، ومدى تناسب القرارات القضائية في هذا الجانب مع إبراز أثر عوارض الأهلية في إبرام عقود التبرعات والاستناد لبعض الآراء القانونية وفقا لقانون الأسرة والقانون المدني، كما حاولنا من خلال البحث تناول مختلف المعلومات الخاصة بالموضوع لإعطاء شرح يخدم مفرداته.

كما قد استعنا في البحث بالمنهج المقارن، وهذا في سبيل تبيان أوجه الاختلاف والتشابه

ما بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري مع الرجوع إلى القانون المدني بالإضافة إلى مقارنة ذلك بما ورد في بعض نصوص القوانين العربية التي تم اختيارها على أساس عدم تطرق مشرعا الجزائري لبعض الجزئيات محل الدراسة وقد تم التطرق لها في قوانين هذه الدول بالشرح والتفسير.

- صعوبات الدراسة:

غير أن الخوض في غمار هذا البحث لم يخل من الصعوبات والمعوقات، من أهمها تشعب حيثيات الموضوع وجزئياته بين عدة قوانين عامة وخاصة، فالمنتبع للدراسات السابقة في عوارض الأهلية وأثرها في عقود التبرعات على ضوء قانون الأسرة الجزائري يلمس نقص المكتبة العلمية لبحوث تستقرئ وتخرج بالقواعد التي تجمع العقود المذكورة ومدى تأثيرها بعوارض الأهلية بحكم واحد، سواء أكان الأمر شاملا لكل عقود التبرعات (الوصية- الهبة- الوقف)، أم مقتصرًا على جزئية منها، وهو ما حرصنا للتطرق له في هذا البحث.

- الدراسات السابقة:

هناك عدة دراسات علمية سابقة تناولت موضوع عقود التبرعات من جوانب مختلفة، ولا شك أن الباحثة قد استفادت منها، وحاولت استثمار النتائج العلمي لأصحابها؛ فمنها من تناول عقود التبرعات وعوارض الأهلية كنظرية عامة، وعلى سبيل المثال نجد كل من الدراسات التالية:

1- عبد المالك رابح، بعنوان: النظام القانوني لعقود التبرعات (الوصية، الهبة، الوقف) في قانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي، أطروحة دكتوراه علوم تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2016/2017.

2- خالد سماحي، بعنوان: النظرية العامة لعقود التبرعات (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه علوم تخصص قانون خاص، كلية الحقوق جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2012/2013.

3- يوسف نواصة، بعنوان: عقود التبرع في الشريعة الإسلامية وأحكامها ومقاصدها، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1.

وبعضها الآخر تناول جانبا من أحكام عوارض الأهلية لكن ليس باعتبارها قاعدة عامة؛

أو لم يتناول كل ما يتعلق بعقود التبرعات، بل اقتصر أمره على البحث والتعمق في جانب أو جزئية منها وفصل تناولها، وعلى سبيل المثال نجد كل من الدراسات التالية:

1- بوكرزازة أحمد، بعنوان: المسؤولية المدنية للقاصر، أطروحة دكتوراه علوم تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة قسنطينة 1، السنة الجامعية 2014/2013.

2- محمد توفيق قديري، بعنوان: النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية)، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2018/2017.

وهناك من الدراسات التي تناولت عقدا واحدا من التبرعات، وفصلت في أحكامه المختلفة، بدءا بتكوينه وأركانه وانتهاء بانقضائه، مع ما يستتبع ذلك من أحكامه وآثاره، وعلى سبيل المثال نجد كل من الدراسات التالية:

1- محمد حسنين، بعنوان: عقد الهبة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1987.

- خطة الدراسة:

وبناء على ما سبق ذكره من عناصر، لاسيما من إشكالية البحث وأسباب اختياره، وبالنظر إلى أهميته والأهداف المرجو تحقيقها، ومراعاة لطبيعة هذا الموضوع فقد آثرنا بحثه في مقدمة وبابين؛ حيث تطرقنا في الباب الأول إلى النظام القانوني للأهلية ضمن فصلين، الأول منهما ورد فيه بيان ماهية الأهلية والإطار القانوني المنظم لها به مبحثين تناولنا في المبحث الأول منه مفهوم الأهلية، وفي المبحث الثاني التمييز بين عوارض الأهلية، في حين يكرس الفصل الثاني نطاق ارتباط الأهلية بعقود التبرعات، وهو مفصل في مبحثين؛ الأول التعريف بعقود التبرعات، والثاني تناولنا فيه تنظيم عقود التبرعات.

أما الباب الثاني فتطرقنا من خلاله لمسؤولية المصاب بإحدى عوارض الأهلية في إبرام عقود التبرعات، ويتمحور في فصلين؛ حيث خصص الفصل الأول لبحث كيفية تنظيم عقود التبرعات في حالة الإصابة بعارض من عوارض الأهلية، ضمن مبحثين الأول تناول أحكام تصرفات المصاب بإحدى عوارض الأهلية في عقود التبرعات، والثاني تمحور حول بعض

خصوصيات الأهلية في عقود التبرعات، بينما ورد في الفصل الثاني التطرق لحماية أموال المصاب بعارض من عوارض الأهلية في إبرام عقود التبرعات من خلال بحثين؛ الأول عالج مسألة الحجر على المصاب بإحدى عوارض الأهلية في عقود التبرعات، والثاني كرس النيابة الشرعية على مال من أصيب بإحدى عوارض الأهلية في عقود التبرعات.

الباب الأول

النظام القانوني للأهلية

الأصل في الإنسان البالغ العاقل أنه يتمتع بالأهلية الكاملة، وهي صلاحيته لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وأن يكون قادراً بأن يلتزم بنفسه بمباشرة هذه الحقوق فتترتب الآثار الشرعية والقانونية على أقواله وأفعاله، وبذلك يملك الصلاحية التامة لمباشرة جميع التصرفات القانونية سواء كان بعوض أو بغير عوض، لكن الإنسان البالغ العاقل لا يبقى على حال واحد فقد يعتريه الضعف والمرض وقد يبذر أمواله ويسرف في نفقاته نتيجة لذلك، حيث تتعرض أحوال الإنسان وملكاته العقلية للعجز والضعف، ويطلق العلماء على هذه العوامل التي تؤثر في أهلية الإنسان عوارض الأهلية، وهذه العوارض تصيب الكثير من الناس وتترك أثراً جمة على الحياة وتؤثر على أحوال الناس الشرعية والقانونية خاصة تعاملاتهم المالية.

وعلى ضوء ما سبق، سنعتمد في تقسيم هذا الباب إلى فصلين؛ نتناول في الفصل الأول ماهية الأهلية والإطار القانوني المنظم لها، أما الفصل الثاني فسوف نخصصه لنطاق ارتباط الأهلية بعقود التبرعات.

الفصل الأول

ماهية الأهلية والإطار القانوني المنظم لها

من المهم كثيرا تحقق الأهلية اللازمة لإمكان مباشرة التصرف القانوني، والذي يعرف بأنه اتجاه الإرادة المحضة إلى إحداث نتائج قانونية معينة بفعل هذه الحركة وحدها دون حاجة إلى الاقتران بفعل مادي، وهي تتجه خاصة إلى إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو انقضائه والتصرفات القانونية منها ما يصدر عن إرادة الشخص منفردا: كالوقف والوصية والإقرار وتسمى بالعمل القانوني الصادر من جانب واحد، ومنها ما يصدر عن إرادتين ولا يتم تكوينه إلا باتفاقهما، وتسمى بالعمل القانوني الصادر من جانبين وهو العقد، وأنواع العقد معروفة كالبيع والإيجار وغيرهما من العقود المسماة وغير المسماة¹، إذ يهم الشخص قبل إبرام عقد ما إلى معرفة ما إذا كان القانون يجيز له ذلك أم أنه ممنوع من مباشرة مثل هذا التصرف، وكذلك معرفة ما إذا كان الطرف الآخر في العقد أهلا لما يقرره التعاقد من حقوق وما يفرضه من التزامات² (المبحث الأول).

ذلك أنه ليس كل إنسان تصح منه تصرفاته كلها أو بعضها في نظر الشريعة والقانون، بل لابد من اتصافه بصفات تجعله أهلا لقبول الأحكام الشرعية، وتحمل المسؤوليات والتزام الآثار المترتبة على أعماله، وهذه الأهلية أيضا تختلف قوة وضعفا باختلاف المراحل التي يمر بها الإنسان منذ تكوينه جنينا في بطن أمه إلى أن يصل إلى سن الرشد (المبحث الثاني).

¹ محمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992، ص 22.

² محمد السعيد رشدي شاهين، أعمال التصرف وأعمال الإدارة في القانون الخاص (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة عين شمس القاهرة، السنة الجامعية 1983، ص 295.

المبحث الأول

مفهوم الأهلية

تثبت الشخصية القانونية للشخص الطبيعي بولادته حيا، وهذا ما نصت عليه المادة (1/25) من القانون المدني: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته"¹، وتعتبر الأهلية القانونية أهم ما يميز الشخصية القانونية؛ لأنها تسمح للشخص الطبيعي أو حتى الاعتباري بممارسة أي نشاط، ما لم يكن مخالفا للقانون أو يكون الإنسان القائم به معرضا لأحد عوارض الأهلية، وتتأثر الأهلية بحسب تدرج سن الإنسان وتمييزه، كونها تختلف باختلاف أدوار الحياة من جهة وباختلاف سلامة العقل وقدرته على الإدراك والتمييز من جهة أخرى، لذلك تستدعي هذه الدراسة التعرض لتعريف الأهلية (المطلب الأول)، وتسليط الضوء على مراحل تدرج الأهلية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف الأهلية

سنبحث في هذا المطلب بإيجاز عن المقصود من الأهلية (الفرع الأول)، ثم بيان أنواعها (الفرع الثاني).

الفرع الأول/ المقصود من الأهلية

لا شك أن معرفة المعنى الدقيق لأي مصطلح قانوني هو أمر في غاية الأهمية، سواء كان ذلك من حيث اللغة أو من حيث الاصطلاح، لأنه لا بد أن تكون تلك المعرفة مستوعبة المعنى الذي تقتضيه قواعد اللغة، والمعنى الذي تعارف عليه أهل الاصطلاح.

¹ القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم (58/75) المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية رقم (78) المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالأمر رقم (05/07)، المؤرخ في 13 ماي 2007 الجريدة الرسمية رقم (31) المؤرخة في 13 ماي 2007.

أولا/ المعنى اللغوي للأهلية

الأهلية من مادة أهل وهي ذات معان متعددة حسب وضعها في الجملة ومن أهم معانيها: الأقارب والعشيرة والزوجة¹، فأهل الرجل أقاربه وذووه، لقوله تعالى: ﴿وَنَادَى نُوحٌ رَبَّهُ فَقَالَ رَبِّ إِنَّ ابْنِي مِنْ أَهْلِي وَإِنَّ وَعْدَكَ الْحَقُّ وَأَنْتَ أَحْكَمُ الْحَاكِمِينَ﴾²، وهذه الآية جاءت على لسان سيدنا نوح، وقوله تعالى: ﴿وَأْمُرْ أَهْلَكَ بِالصَّلَاةِ وَاصْطَبِرْ عَلَيْهَا﴾³.

وأهل الشيء أصحابه، وأهل الأمر ولاته، وأهل الدار سكانها، ويقال فلان أهل لذلك؛ أي أنه يستوجب ذلك الأمر ويستحقه⁴، ففي قوله تعالى: ﴿هُوَ أَهْلُ التَّقْوَى وَأَهْلُ الْمَغْفِرَةِ﴾⁵، أي أن الله هو المستحق لأن يتقى فلا يعصى وأهل للمغفرة لمن اتقاه⁶، وتستعمل بمعنى الجدارة والكفاية للأمر، يقال فلان أهل للرئاسة أي هو جدير وقادر على تحمل أعبائها⁷.

والأهلية مؤنث الأهلي، والأهلية للأمر الصلاحية له⁸، ولهذا يشترط في كل من يتحمل المسؤولية أن يكون ذا أهلية، أي أن تكون عنده الصلاحية والكفاءة، ومنه قوله تعالى في حق المؤمنين: ﴿وَأَلْزَمَهُمْ كَلِمَةَ التَّقْوَى وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا﴾⁹.

ثانيا/ المعنى الاصطلاحي للأهلية

الأهلية هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام، بمعنى أن يكون الشخص صالحا لأن تلزمه حقوق للغير، وتثبت له حقوق من قبل غيره، وصالحا لأن يلتزم بهذه الحقوق¹⁰، وتعرف

¹ أنيس إبراهيم، المعجم الوسيط، بيروت- لبنان، دار إحياء التراث العربي، الطبعة 2، الجزء 1، دون سنة نشر، ص31.

² سورة هود، الآية 45.

³ سورة طه، الآية 132.

⁴ الفيروز أبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، بيروت-لبنان، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة، 1426هـ/2005م، ص 963.

⁵ سورة المدثر، الآية 56.

⁶ ابن منظور جمال الدين أبو الفضل محمد بن بكر، لسان العرب، دار المعارف، دون سنة نشر، ص 164.

⁷ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دمشق، دار القلم، الطبعة الثانية، الجزء 1، 1425هـ/2004م، ص 783.

⁸ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مصر، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة 4، 1425هـ/2004م، ص 32.

⁹ سورة الفتح، الآية 26.

¹⁰ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، القاهرة، دار الفكر العربي، دون طبعة، دون سنة نشر، ص329.

أيضا: بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه¹، وهي صلاحية الشخص لما يجب له من حقوق وعليه من التزامات وقدرته على استعمال هذه الحقوق وأداء الالتزامات². عرفها "الزرقا" بصفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلا صالحا لخطاب تشريعي³، وتعبيره بأن الأهلية صفة مقدرة راجع إلى كون الأهلية أمرا معنويا غير محسوس، واستخدامه عبارة (محلا صالحا لخطاب تشريعي) أصوب من عبارة كشف الأسرار (الحقوق المشروعة له وعليه)، إذ الخطاب التشريعي أعم من الحقوق، فالخطاب التشريعي متعلق بأفعال العباد كلها، سواء كانت اقتضاء أو تخييرا أو وضعاً⁴، بينما الحق: (اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء، أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقا لمصلحة معينة)، وهذا التعريف لا يشمل حكم الإباحة أو الحق العام⁵.

ثالثا/ المعنى القانوني للأهلية

الأهلية هي صلاحية الشخص لأن تتعلق به حقوق له أو عليه، ولأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية والقضائية المتعلقة بهذه الحقوق، ويقصد بها صلاحية الشخص لأن يكون أهلا لمباشرة التصرفات التي ترتب حقا أو التزاما⁶، وتعرف أيضا بأنها: قدرة الإنسان وصلاحيته في علاقته مع غيره من الناس لأن يتلقى الحقوق أو يتحمل الالتزامات، وأن يتصرف على نحو يعتد به من طرف الغير⁷، وهذه الأهلية لا تتوافر في الشخص مرة واحدة.

¹ عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تحقيق محمد المعتصم بالله، بيروت، دار الكتاب العربي، طبعة 1997، المجلد 3، الجزء 4، ص 393.

² منير محمد أحمد الصلوي، نظام الحجر على فاقد الأهلية في الفقه الإسلامي والقانون اليمني (دراسة مقارنة)، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة 2، 1431هـ/2010م، ص 41.

³ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، الجزء 2، ص 783.

⁴ عبد الوهاب علي السبكي، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، بيروت، عالم الكتب، طبعة 1999، المجلد 1، الجزء 1، ص 484.

⁵ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، بيروت، مؤسسة الرسالة، طبعة 2، 1977، ص 193-194.

⁶ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة القطرية، مصر، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2010، ص 309.

⁷ نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي (مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي)، الجزائر، دار هومة، 2017، ص 235.

إن التأمل في هذه التعاريف الفقهية والقانونية وحتى اللغوية، يتبين لنا أن الأهلية على شقين:

1/ الشق الأول: يختص بأهلية الوجوب، وهي مجرد صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق ولتحمل الواجبات.

2/ الشق الثاني: يختص بأهلية الأداء، وهي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية¹. والجدير بالذكر أن الأحكام المتعلقة بالأهلية تعتبر من النظام العام، لأنها تهم الكافة ومصلحة المجتمع، بحيث أنه لا يجوز لأحد التنازل عنها، أو تغيير أحكامها أو مخالفتها، وإلا كان الاتفاق باطلا (المادة 45 من القانون المدني)؛ فلا يجوز للشخص أن يتنازل عن أهليته أو يتفق على تقييدها أو توسيعها أو التعديل في أحكامها؛ ولا يجوز الاتفاق مثلا على مخالفة القواعد المنظمة لسن الرشد المنصوص عليه في المادة (2/40) من القانون المدني بالزيادة فيه أو إنقاصه².

فإذا أعطى القانون الأهلية لشخص، فلا يجوز الاتفاق على حرمانه منها، كما لا يجوز الاتفاق على اعتبار شخص ما مكتمل الأهلية حين يعتبره القانون ناقصها، وهذا ما يعرف بالقواعد الآمرة، فالقواعد الآمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها أو التعديل في أحكامها وإلا عد هذا الاتفاق مخالفا للنظام العام وبالتالي يتسم بالبطلان³. والمفروض في الشخص أن يكون كامل أهلية الأداء، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وعبء إثبات عدم الأهلية يقع على من يدعيه، فإذا نجح في إثبات ذلك كان العقد باطلا، ولا يحتج المتعاقد الآخر بأنه كان يعتقد أن المتعاقد معه ذو أهلية⁴.

¹ بوكريزة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر، أطروحة دكتوراه علوم تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة قسنطينة 1، السنة الجامعية 2013/2014، ص 30.

² بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا (المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة)، الجزائر، دار هومة، الجزء الأول، 2015، ص 373.

³ أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام (دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز)، عمان، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2009، ص 96.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، بيروت- لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 2، الجزء الأول، 1998، ص 320.

فالأهلية إذن هي عبارة عن قابلية وجدارة، وهذه القابلية والجدارة إما أن تكون متعلقة بثبوت الحقوق لصالح الشخص أو ثبوتها عليه لصالح حق الغير، وإما أن تكون متعلقة بصحة صدور التصرفات منه، والمقصود بالشخص هنا الشخص الطبيعي، وهو الإنسان؛ وأضيفت الصلاحية للشخص لبيان أن الأهلية من خصائص الإنسان¹.

الفرع الثاني/ أنواع الأهلية

الأهلية بشكل عام تعني صلاحية الشخص للإلزام والالتزام، أي أن يلتزم بحقوق الغير وتثبت له حقوق من قبل الغير، فإذا كان الشخص صالحا للالتزام بالحقوق التي يوجد أسبابها القولية عندئذ يكون لديه الأهلية بنوعيتها الوجوب والأداء²، ومنه تنقسم أهلية الشخص إلى قسمين؛ يكتسب الأولى وهي أهلية الوجوب بمجرد ميلاده، أما أهلية الأداء فيكتسبها في وقت لاحق وهي تمر بمراحل معينة، كما ترتبط بعدم إصابة الشخص بعارض من عوارض الأهلية.

أولا/ أهلية الوجوب

أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص بأن تكون له حقوق وعليه التزامات³، ويقصد بالصلاحية القابلية لأن تتعلق به حقوق له وعليه، ولا تعني القدرة؛ إذ القدرة لا تكون إلا بعد أن تكتمل القدرات العقلية لدى الشخص، ولا يتم التكليف إلا بعد اكتمال العقد⁴.

والأصل في هذه الأهلية أن تكون كاملة لأنها تتصل بالشخصية القانونية⁵، وأهلية الوجوب بهذا التعريف تعبر عن ذات الشخص منظور إليه من الناحية القانونية، فالشخص سواء كان طبيعيا أو شخصا اعتباريا، إنما ينظر إليه القانون من ناحية أنه صالح لأن تكون له حقوق

¹ دليلة براف وخالد بوشمة، أهلية الجنين والحقوق المترتبة عليها (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري)، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، العدد التاسع، 2015، ص 328.

² حبيب عبيد مرزة العماري، الخصم في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، بيروت - لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2012، ص 36.

³ علي عبد العالي الأسدي، النظرية العامة لتعاقد الشخص مع نفسه (دراسة مقارنة)، بيروت - لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2012، ص 62.

⁴ محمد علي الشرفي، بحث في العلاقة بين أهلية الوجوب والذمة (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، مجلة الدراسات الاجتماعية، كلية الشريعة والقانون، جامعة صنعاء، العدد السادس عشر، ديسمبر 2003، ص 225.

⁵ محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات (العقد)، تونس، الطبعة 2، 1997، ص 87.

وعليه واجبات، فكل إنسان - بعد أن أبطل الرق - شخص قانوني تتوافر فيه أهلية الوجوب، وتثبت له هذه الأهلية من وقت ميلاده،¹ بمقتضى إنسانيته، فالأصل في ثبوتها كونه إنساناً.²

حيث عرفها البزدوي رحمه الله بقوله: أما أهلية الوجوب فتكون بناء على قيام الذمة وأن الآدمي يولد وله ذمة صالحة للوجوب بإجماع الفقهاء رحمهم الله³، وقال تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِي آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ﴾⁴، وقال تعالى: ﴿وَكُلُّ إِنْسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَائِرَهُ فِي عَقِبِهِ﴾⁵، وقال السرخسي رحمه الله: أصل هذه الأهلية لا يكون إلا بعد ذمة صالحة لكونها محلاً للوجوب⁶، فهي تثبت بثبوت الذمة⁷، لأن الذمة هي محل الوجوب⁸، ومناطق هذه الأهلية هو صفة الإنسانية ولا علاقة لها بالسن، أو العقل أو الرشد⁹، بل إن كل إنسان في أي طور كان أو صفة يعتبر متمتعاً بأهلية الوجوب، سواء أكان جنيناً أو مولوداً، صبياً أم بالغاً، رشيداً أم سفيهاً، عاقلاً أم مجنوناً، صحيحاً أم مريضاً، ذكراً أم أنثى، وعلى هذا يمكن القول أن أساس

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، نهضة مصر، الطبعة 3، المجلد 1، الجزء 1، 2011، ص 220.

² محمد سراج، أصول الفقه الإسلامي، الإسكندرية، منشأة المعارف ودار الجامعة الجديدة للنشر، دون طبعة، 1998، ص 78.

³ عبد العزيز البخاري، مرجع سابق، ص 237.

⁴ سورة الأعراف، الآية 172.

⁵ سورة الإسراء، الآية 13.

⁶ النظائر أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، أصول السرخسي، تحقيق أبو الوفا الأفغاني، الهند، لجنة إحياء المعارف النعمانية، الجزء 2، دون سنة نشر، ص 333.

⁷ الذمة تعتبر من المميزات الأساسية للشخصية وهي تعبر عن مجموع ما يكون للشخص من حقوق وما يتحمل من التزامات مالية فهي الوعاء الذي تتجمع فيه الحقوق والالتزامات المالية للشخص، والذمة المالية وحدة مستقلة عن العناصر المكونة لها، فقد تتغير أو تزول تلك العناصر، ولكن الذمة تبقى قائمة ولو كانت خالية من عناصرها. يراجع: نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون (نظرية الحق)، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 1، 2010، ص 163؛ إبراهيم رحمانى، مفهوم الذمة في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، العدد 8، جوان 2009، ص 60.

⁸ شويفر عبد العالي، اشتراط الأهلية في الزواج (دراسة فقهية قانونية)، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، المجلد 9، العدد 2، 2016، ص 211.

⁹ ياسر محمد سعيد قدو، أثر الحالات النفسية في قضايا الأحوال الشخصية، مصر، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1439هـ/2018م، ص 48.

ثبوت أهلية الوجوب للإنسان بالاستهلال، وهو ما يدل من الولد على حياته من رفع صوته بالبكاء والصياح عند الولادة، إذ بالحياة تكون للإنسان ذمة وعليها تتبني أهلية الوجوب وعليه تثبت للجنين لوجود الحياة فيه¹، بل قد تثبت للجنين في بطن أمه فيكتسب حقوقاً من الميراث أو الوصية، وأيضاً تثبت له بعد وفاته حتى تسدد التركة لأن انتقال التركة لا يكون إلا بعد سداد الديون².

وكذلك الشخص الاعتباري هو شخص قانوني تتوافر له أهلية الوجوب، لأن الشخصية الاعتبارية ليست إلا القابلية لامتلاك الحقوق وتحمل الالتزامات، فإذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية³.

وأهلية الوجوب لها عنصران؛ هما العنصر الإيجابي، والعنصر السلبي:

أ / **العنصر الإيجابي:** يتمثل في الإلزام وهو يؤهل الشخص لأن تثبت له الحقوق دون أن تثبت عليه⁴، وله التصرف في هذه الحقوق، وتتمثل الحقوق في حق الميراث وحق الهبة له، والوصية له، وهذه الحقوق يكتسبها ولو كان جنيناً في بطن أمه، إذ أن الجنين تصح الهبة له ويترك له أوفر النصيبين في الميراث⁵.

ب / **العنصر السلبي:** يتمثل في الالتزام وهو يثبت للشخص ما وجد حياً فيكون أهلاً لأن يكون مديناً كما أثبت له العنصر الأول أن يكون دائناً، وهذا العنصر يستتبع وجود الذمة⁶. وهذا العنصر لا يثبت للجنين، لأن ثبوت الحقوق عليه إنما يكون بفعل منه أو بالالتزام يلتزمه

¹ بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة 1، 2014، ص 44-45.

² أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ص 93.

³ رفعت محمد رزق، الأهلية (عوارضها - موانعها - انقطاعها)، القاهرة، دار الحقانية، الطبعة الأولى، 2007، ص 11.

⁴ محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي (نظرية الحق)، القاهرة، دار الكتاب الحديث، الجزء 4، 1425هـ/2005م، ص 58.

⁵ محمد علي الشرفي، مرجع سابق، ص 226.

⁶ محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي (نظرية الحق)، المرجع السابق، ص 58.

بعبارته أو بعبارة وليه أو الوصي عليه، ولا يتصور هذا في حق الجنين¹.

وقد نصت على ذلك المادة (25) من القانون المدني بقولها: تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته، على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا²، فإذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها، وذلك كالجنين الذي يولد ميتا³.

وهذه الأهلية ثابتة لكل إنسان باعتباره إنسانا من حين بدء تكوينه جنينا إلى الموت في جميع أطوار الحياة، لأنها مبنية على خاصية فطرية في الإنسان، وتمر هذه الأهلية بطورين؛ الأول تكون فيه ناقصة والثاني تكون فيه كاملة⁴.

1/ أهلية الوجوب الكاملة: تثبت للإنسان منذ ولادته حيا، فيصير أهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وتدور مع الشخص وجودا وعدما فيظل محتفظا بأهلية الوجوب طول حياته، ولا يفقدها إلا بوفاته⁵، فبعد ولادته حيا تتسع أهليته وتدخل في مرحلة أكمل، ولكنها لا تمتد إلى أهلية الأداء؛ بسبب فقدان الوعي في هذا الطور وهو ما قبل سن التمييز. فإذا كان الشخص أهلا لترتب الالتزامات المالية عليه فهو ذو أهلية وجوب كاملة⁶، ومعناها صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وعليه، وتثبت أهلية الوجوب الكاملة للإنسان بمجرد ولادته، فهو هنا كيان مستقل بذاته تماما، فتصبح ذمته صالحة للالتزام⁷.

¹ عبد الفتاح محمود إدريس، مدى اعتبار الأنوثة من عوارض الأهلية (بحث فقهي مقارن)، مجلة البحوث الإسلامية، مصر، العدد 20، 1438هـ/2017م، ص 9.

² القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

³ محمد الزين، مرجع سابق، ص 87.

⁴ زهران بن إبراهيم كادة، الجهل بالأحكام الشرعية وأثره في الفقه الإسلامي، دمشق، معهد التهذيب والتعليم للعلوم الشرعية، دون طبعة، 1428هـ/2007م، ص 8.

⁵ منير محمد أحمد الصلوي، مرجع سابق، ص 46.

⁶ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، الجزء 2، ص 785.

⁷ فراس وائل طلب أبو شرح، الولاية على المال في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا جامعة الخليل فلسطين، السنة الجامعية 2007/2008، ص 19.

2/ أهلية الوجوب الناقصة: ومعنى أهلية الوجوب الناقصة كون الشخص أهلا لثبوت بعض الحقوق له فقط وليس بأهل لترتب الالتزامات عليه¹، ومن هذا الصنف الجنين في بطن أمه²، ويشترط عند انفصاله عن أمه أن يكون حيا³، فجعلت له ذمة صالحة لاكتساب الحقوق التي فيها نفع محض ولا تحتاج إلى قبول؛ وذلك كالميراث والوصية والاستحقاق في الوقف، وأما الحقوق التي هي نفع محض وتحتاج إلى قبول كالشراء والهبة فلا تثبت له، لأنه لا عبارة له معتبرة شرعا، وفي هذه المرحلة لا تثبت على الإنسان حقوق لغيره في ذمته⁴.

وأهلية الوجوب تكون ناقصة عند الجنين، لأنها تثبت له حقوقا ولا تثبت عليه واجبات، وحقوقه التي تثبت له على خطر الزوال لسببين:

- أولهما/ أنه يحتمل الحياة والبقاء، فقد يولد ميتا، فيكون في حكم العدم ولا يثبت له شيء من الحقوق، وقد يولد حيا، فتكون له حقوق الإنسان كاملة، وقد كان مع هذا الاحتمال لا يصلح لأن تثبت عليه حقوقا مطلقا، ولكنه لما كان موجودا فعلا، وإن لم تتحقق حياته الإنسانية في ظاهر الوجود تثبت له حقوق.
- ثانيها/ أنه يعتبر وهو موجود في بطن أمه جزءا منها، إذ يتحرك بحركتها، ويعطيه الشارع بعض ما يلحقها من أحكام⁵.

ثانيا/ أهلية الأداء

أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق⁶، وفي تعريف آخر تعني صلاحية

¹ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، الجزء 2، ص 785.

² العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 2014، ص 156.

³ عبد الفتاح تقيّة، نطاق عوارض الأهلية في فقه أصول الشريعة الإسلامية (دراسة تحليلية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، العدد 1، 2009، ص 250.

⁴ فراس وائل طلب أبو شرح، مرجع سابق، ص 19.

⁵ محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 330.

⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 317.

الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعا¹، ولمباشرة التصرفات القانونية على الوجه الذي يعتد به القانون، أيا كان نوع التصرف إجارا أو بيعا أو غير ذلك من أنواع التصرفات² ومناطها العقل والتمييز لا الوجود والحياة كما في أهلية الوجوب³، فحيث يوجد العقل والتمييز تتوافر أهلية الأداء، كاملة أو ناقصة أو معدومة تبعا لما إذا كان التمييز كاملا أو ناقصا أو معدوما⁴.

كما تعرف بأنها: صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل، ويرى بأنها أساس لممارسة الأعمال والتصرفات الشرعية، وهذه الأعمال تعتمد قصد الفاعل وإرادته، فلا بد في ممارستها من عنصر التمييز والتعقل، فتبدأ أهلية الأداء في الإنسان متى أصبح مميزا، ولكنها تكون فيه قاصرة ثم تتم بتمام قدرته جسما وعقلا، وذلك ببلوغه ورشده، فيحمل عندئذ جميع التكاليف الشرعية ويمارس جميع الحقوق⁵.

أي أنها لا تثبت لكل شخص مهما بلغ عمره -كما هو الحال بالنسبة إلى أهلية الوجوب- وإنما ترتبط بقدرة الشخص على التمييز، هذه القدرة تختلف من شخص لآخر، ويرجع ذلك، إلى صغر السن، أو إلى التأثير بعوارض الأهلية⁶، وقدرة الشخص على التمييز ربطها المشرع بسن الإنسان فمن لم يبلغ الثالثة عشر (13) من عمره فهو عديم التمييز، ومن بلغ الثالثة عشر (13) ولم يكمل التاسعة عشر (19) من عمره فهو ناقص التمييز ومن بلغ التاسعة عشر (19) من عمره وفقا للقانون المدني الجزائري اعتبر كامل الأهلية⁷.

¹ سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، مصر، مكتبة صبيح، الجزء 2، دون سنة نشر، ص 321.

² أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ص 93.

³ محمد سراج، مرجع سابق، ص 81.

⁴ حسني محمود عبد الدايم، مرض الموت وأثره على عقد البيع، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، الطبعة 1، 2007، ص 6.

⁵ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، الجزء 2، ص 786-787.

⁶ خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء 4، طبعة 2001، ص 55.

⁷ المواد (40) و(42) و(43) من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

فهي صلاحية الشخص لاستعمال الحق، ويقع أن تتوافر للشخص أهلية الوجوب دون أهلية الأداء، فيكون مستمتعا بالحق وهذه هي أهلية الوجوب، دون أن يستطيع استعماله بنفسه¹، وهذه هي أهلية الأداء على عكس أهلية الوجوب، فأهلية الوجوب ملازمة للصفة الإنسانية في الوجود، بل إنها تثبت للجنين في بطن أمه وإن كانت فيه ناقصة، وذلك لأنها ليست أساسا لممارسة الأفعال وتحمل مسؤولياتها ونتائجها².

وهذه التعاريف سواء في الاصطلاح الشرعي أو القانوني لا تختلف كثيرا عن بعضها وتبين بأن أهلية الأداء هي قدرة الشخص أو صلاحيته للقيام بالتصرفات القانونية بإرادته، مع إدراكه لما يترتب عنها من آثار.

إن أساس ثبوت أهلية الأداء؛ هو التمييز والعقل، فإذا كان موجودا وناقصا تكون ناقصة وإذا كان كاملا فتكون كاملة، وهي بدورها تنقسم إلى نوعين؛ أهلية أداء كاملة وأهلية أداء ناقصة³:

1/ أهلية الأداء الكاملة: يقصد بها صلاحية الإنسان لصدور جميع التصرفات منه على وجه يعتد به الشارع، دون أن يتوقف نفاذها على إجازة أحد⁴، وهي تثبت بكمال العقل والبدن⁵، حيث يتمتع الشخص بأهلية الأداء الكاملة إذا كان بالغا سن الرشد ولم يعتره عارض أو حجر⁶، ولما كان العقل والفهم في الصبي⁷ خفيا وظهوره فيه على التدريج، ولم يكن له ضابط يعرف

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، مرجع سابق، ص 268.

² محمد سلام مذكور، أصول الفقه الإسلامي، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة 1، 1976، ص 84.

³ خلاف عبد الوهاب، علم أصول الفقه، القاهرة، دار الحديث، دون طبعة، الجزء 1، 2003، ص 13؛ عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة، دون طبعة، دون سنة نشر، ص 95.

⁴ عبد الفتاح محمود إدريس، مرجع سابق، ص 10.

⁵ أبو عبد الله شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج، التقرير والتحبير على تحرير الكمال بن الهمام، دار الكتب العلمية، الطبعة 2، الجزء 2، 1403هـ/1983م، ص 164.

⁶ حبيب عبيد مرزة العمري، مرجع سابق، ص 47.

⁷ الصبي هي الذي مازال لم يبلغ بعد ولم تظهر عليه أي علامة من علامات البلوغ. أحسن زقور، أحكام القصر في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، العدد 5، جويلية 2007، ص 77.

به، جعل له الشارع ضابطا وهو البلوغ وحط عنه التكليف قبله تخفيفا عليه¹، حيث أن علامات البلوغ المشتركة بين الذكر والأنثى: الاحتلام، وهو خروج المني في يقظة أو منام لوقت إمكانه والإنبات على خلاف فيه، وهو ظهور شعر العانة، وتزيد الأنثى بعلامتين: وهما الحيض والحمل²، فتتحقق هذه الأهلية إذا في من بلغ الحلم عاقلا، وتثبت له حينئذ أهلية أداء كاملة فيصبح أهلا للتكاليف الشرعية، ويجب عليه أداءها ويأثم بتركها، وتصح منه جميع العقود والتصرفات، وتترتب عليها مختلف آثارها ويؤاخذ على جميع الأعمال الصادرة منه³، وقد ربطها الفقهاء بالبلوغ، لأنه مظنة العقل والإنسان ببلوغه عاقلا يصير مكلفا بالتكليفات الشرعية كلها من صلاة وزكاة وصيام وحج، وهو مسؤول أمام الله عن القيام بهذه التكليفات.

أما بالنسبة لمعاملاته المالية فيشترط لها مع البلوغ الرشد⁴، لذا فإنه إذا بلغ الشخص رشيدا اكتملت أهليته وارتفعت الولاية عنه، وسلمت إليه أمواله، ونفذت تصرفاته⁵ لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾⁶.

كما أخذ قانون الأسرة الجزائري بسن الرشد الوارد في المادة (40) من القانون المدني وهي تسعة عشر (19) سنة كاملة، فإذا بلغه القاصر ولم يحجر عليه، لجنون أو عته أو سفه، فيعتبر كامل الأهلية، إذ جاء في المادة (86) من قانون الأسرة أن: "من بلغ سن الرشد ولم

¹ علي بن محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق عبد الرزاق عفيفي، دار الصميعي، الجزء 1، 1424هـ/2003م، ص 200.

² الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الجزء 8، ص 188.

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، دار الفكر، الطبعة الثانية، الجزء 1، 1405هـ/1985م، ص 566.

⁴ باسم حمدي حرارة، سلطة الولي على أموال القاصرين، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية غزة، السنة الجامعية 1431هـ/2010م، ص 13.

⁵ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتاب، الطبعة 3، الجزء 4، 1417هـ/1997م، ص 516.

⁶ سورة النساء، الآية 6.

يحجر عليه، يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة (40) من القانون المدني¹.

2/ أهلية الأداء الناقصة: يقصد بها صلاحية الإنسان لصدور بعد التصرفات منه دون البعض الآخر على وجه يعتد به شرعا، إلا أن هذه التصرفات يتوقف نفاذها على إجازة غيره لها فإن أجازها نفذت وإلا بطلت²، وهي التي تثبت للصبي المميز وتستمر معه حتى يبلغ عاقلا، ويترتب على وجودها في الإنسان صحة بعض تصرفاته دون البعض الآخر³، ويكون قادرا على فهم الخطاب التشريعي إجمالا⁴ وقد يعبر عنها بالقاصرة، وذلك لقصور العقل والبدن لأن المعتبر في وجوب الأداء ليس مجرد فهم الخطاب بل مع قدرة العمل به، وهو بالبدن، فإذا كانت كلتا القدرتين منحلة عن درجة الكمال كما في الصبي غير العاقل أو إحداها كما في الصبي العاقل أو المعتوه البالغ كانت الأهلية ناقصة، وتثبت هذه الأهلية للإنسان بالتمييز وتستمر معه حتى يبلغ جسما وعقلا⁵، وهي تكون بالنسبة للصبي المميز ومن يشبهه، ولا تكون إلا في المعاملات المالية وسائر العقود والتصرفات، أما التكاليف الشرعية من صوم وصلاة وحج وغيرها فالصبي المميز فيها كغير المميز⁶.

وخلاصة القول؛ تنقسم الأهلية إلى قسمين هما: أهلية الأداء وأهلية الوجوب، حيث تركز أهلية الأداء على العقل والتمييز في حين مناط أهلية الوجوب هو الحياة والذمة⁷. وأساس أهلية الأداء الكاملة هو شروط التكليف الشرعية الكاملة، وأساس أهلية الوجوب الكاملة هو إمكان أداء الحق ولو بالنيابة، وأساس أهلية الأداء الناقصة هو التمييز، أما أساس أهلية

¹ تنص المادة (40) من القانون المدني الجزائري على أنه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"، مصدر سابق.

² عبد الفتاح محمود إدريس، مرجع سابق، ص 10.

³ باسم حمدي حرارة، مرجع سابق، ص 13.

⁴ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، الجزء 2، ص 801.

⁵ زهران بن إبراهيم كادة، مرجع سابق، ص 9.

⁶ محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 333.

⁷ نستطيع القول أن مناط أهلية الوجوب هو الحياة والذمة، لأن الحياة ترتبط بالذمة للإنسان، حيث أن وجود الحياة يؤدي إلى وجود الذمة للشخص، وكليهما يؤدي إلى حق الإنسان في أهلية الوجوب، وأنه لا فرق بين الذمة وأهلية الوجوب لأن الهدف واحد، وهو أن يصبح الإنسان أهلا للالتزام والإلزام، وأن أهلية الوجوب هي ذمة الإنسان. يراجع: يوسف أحمد علي مفلح، مدى كفاية النظام القانوني لأهلية الأداء (دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي)، رسالة دكتوراه، كلية القانون جامعة عمان العربية للدراسات الإسلامية، الأردن، السنة الجامعية 2007/2008، ص 5.

الوجوب الناقصة هو الذمة¹، وهي وصف شرعي يصير الإنسان أهلاً لما له ولما عليه، لأنه لو قلنا أن أساسها هو الحياة نجد أن أهلية الوجوب الناقصة ثابتة للإنسان حتى بعد موته، حتى تسد التركة لأن انتقالها للورثة لا يكون إلا بعد سداد الديون، وعليه فأساس أهلية الوجوب الناقصة هو الذمة، وليس الحياة.

يتضح مما سبق أن العلاقة بين الأهليتين الوجوب والأداء، إنما هي علاقة تشابه في التسمية لا في المدلول، ذلك لأن الواضح أن هناك اختلافاً كبيراً بين الأهليتين، كما أن هناك وجه للتشابه بينهما:

1/ أوجه الاختلاف بين أهلية الأداء وأهلية الوجوب: تختلف أهلية الأداء عن أهلية الوجوب في عدة أوجه:

- أهلية الأداء مناطها التمييز أما أهلية الوجوب فتدور مع الحياة وجوداً وعدماً.
 - أهلية الأداء تتعلق بما يتمتع به الشخص من قدرة على إبرام التصرفات بطريقة وإرادة سليمة وتمييز مدرك ما يترتب على التصرف من آثار، أما أهلية الوجوب يكتسبها الشخص باعتباره إنساناً، بغض النظر عن سلامة إرادته بمجرد ولادته وحتى وفاته فتظل أهلية الوجوب صفة لصيقة بالشخص حتى وفاته.
 - فقدان أهلية الأداء لا يعني فقدان أهلية الوجوب، فمن افتقد أهلية الأداء لا يفقد أهلية الوجوب طالما مازال متمتعاً بالشخصية القانونية.
 - أهلية الأداء لا تثبت إلا للأشخاص الطبيعيين، أما أهلية الوجوب تثبت لكل من الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري أيضاً.
- 2/ أوجه التشابه بين أهلية الأداء وأهلية الوجوب:**

- تعريفهما واحد عند شرح القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية، ويرى بعض فقهاء الشريعة، أن علاقة أهلية الأداء بأهلية الوجوب علاقة الفرع بالأصل، بمعنى أن أهلية الوجوب هي الأصل وأهلية الأداء متفرعة منها باعتبار أن كل الناس يشتركون في أهلية الوجوب ويكتسبونها، أما أهلية الأداء فليست لكل شخص، فالصغير والمجنون والمعتوه يفقدون أهلية الأداء ولا يكتسبونها

¹ شويفر عبد العالي، مرجع سابق، ص 211.

إلا بعد أن تكتمل مداركهم العقلية¹.

- أن ثبوت أهلية الأداء، يستلزم قطعاً ثبوت أهلية الوجوب، لأن مناط أهلية الأداء هو كمال العقل وقوة البدن، وهما لا يتحققان إلا بتحقيق الحياة للإنسان، فإذا تحققت الحياة ثبتت أهلية الوجوب لأن مناطها الحياة.

- لا يمكن للإنسان أن يتصور بأن تثبت للمكلف أهلية الأداء دون أن تثبت له أهلية الوجوب لأن الشخص إنما يصلح لأداء حقوق ثبت وجوبها له أو عليه، فإذا ما انتفى هذا الوجوب انعدمت صلاحيته للأداء².

ومنه، فإن الأهلين تشبهان في الشكل والتسمية، كما أن أهلية الأداء تتضمن أهلية الوجوب.

ثالثاً/ التمييز بين الأهلية وغيرها من المصطلحات المشابهة

الأهلية مناطها التمييز، لأن الإرادة لا تصدر إلا عن تمييز، فمن انعدم تمييزه انعدمت أهليته، ومن كان ناقص التمييز كانت أهليته ناقصة، ومن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية، غير أنه هناك أمور تلتبس بالأهلية وجب التفريق بينها على النحو التالي:

1/ الأهلية والولاية على المال: الولاية على المال هي نفاذ الأعمال القانونية على مال الغير³ وتعني صلاحية شخص للتصرف في مال غيره أو هي بعبارة أخرى نفاذ التصرف على مال الغير، كصلاحية الولي، أو الوصي أو المقدم (القيم) في التصرف في أموال القصر أو المحجور عليهم، بينما الأهلية -كما رأينا- تعني صلاحية الشخص بالنسبة إلى أمواله ونفسه⁴ وبعبارة أخرى هي صلاحيته للقيام بعمل ينتج أثره في حقه أي في ماله⁵، ويتناول رجال الفقه والقانون الولاية من خلال ثلاثة أوجه:

أ / ولاية قانونية مصدرها القانون، كولاية الأب والجد، وهي ولاية إجبارية قانونية.

¹ بوكريزة أحمد، مرجع سابق، ص 31.

² عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص 256.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، مرجع سابق، ص 268.

⁴ خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص 56.

⁵ بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 38.

ب / ولاية قضائية مصدرها القضاء بحيث تختار قيما على فاقد أو ناقص أهلية الأداء كالجنون العته، السفه، الغفلة، أو بسبب الإصابة بعاهة جسمانية حسية.

ج / ولاية اتفاقية مصدرها الاتفاق، وتتخذ عدة أوجه، كالوصاية والوكالة.
ومن أهم أوجه الاختلاف بين أهلية الأداء والولاية:

أ / الولاية هي صلاحية قيام شخص ببعض التصرفات نيابة عن الغير ولحسابه، بينما أهلية الأداء وهي صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات بنفسه فالولاية هي حادث طارئ استثنائي فلا يكتسبها إلا في حالات محددة، أما أهلية الأداء فتلازم الشخص.

ب / أهلية الأداء تتطلب قدرة كافية وإرادة واعية ومتنورة، بينما الولاية لا يرتبط وجودها بقدرة الولي على الإرادة السليمة أو عدم قدرته، بل تتوقف على وجود نيابة عن الغير للقيام بهذه التصرفات لحساب الغير.

ج / فقدان أهلية الأداء يختلف عن فقدان الولاية من حيث الآثار المترتبة على التصرفات:
- فقدان أهلية الأداء يترتب عليه عيب في تصرف فاقد الأهلية ومن حقه التمسك بإبطاله إن كانت أهلية أدائه ناقصة، أما إن كانت أهليته منعدمة فإن تصرفه يعتبر باطلا.
- بينما فقدان الولاية يترتب عليه عدم انصراف أثر التصرف إلى الغير والذي يتم التصرف باسمه لحسابه تطبيقا لمبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية والذي يعني أن الشخص لا يلزم بإرادته إلا نفسه¹.

2/ الأهلية وعدم قابلية المال للتصرف: قد يوقف بعض الأشخاص أموالهم لمصلحة أحد الجمعيات الخيرية، وبالتالي لا يستطيع التصرف في هذه الأموال، لكن عدم قابلية المال للتصرف في هذه الحالة، لا ترجع إلى نقص أو انعدام الأهلية، وإنما يرجع إلى عدم قابلية هذه الأموال للتصرف بأي وجه من وجوه التصرف².

3/ الأهلية والمنع من التصرف: قد يمنع شخص من التصرف لمصلحة مشروعة، ولا يرجع

¹ بوكرزاة أحمد، مرجع سابق، ص 32.

² الوقف هو: حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق، وهذا ما تنص عليه المادة (213) من القانون رقم (11/84) المؤرخ في 09 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم (02/05) المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية رقم (15).

ذلك لنقص في التمييز عند الشخص الممنوع كما في نقص الأهلية، ولا لعدم قابلية المال للتصرف¹، كالمريض مرض الموت حيث يمنع من التصرف في أمواله في حدود معينة، وذلك حتى لا يضر بالورثة، وبالتالي إذا وقع منه التصرف فيما تجاوز، فإن هذا التصرف لا يسري في حق الورثة، ويعتبر المال الذي تصرف فيه، وكأنه لم يخرج قط من التركة، وكذلك النائب، لا يجوز له أن يتعاقد مع نفسه ما لم يحصل على ترخيص من الأصيل أو يقر الأصيل هذا العمل من النائب، وذلك لمصلحة الأصيل.

كما يمنع عمال القضاء من شراء الأشياء المتنازع عليها والتي تدخل اختصاص المحكمة التي يعملون في دائرتها، وكذلك المحامون ممنوعون من التعامل مع موكلهم في الحقوق المتنازع عليها، والمنع بالنسبة للقضاء والمحامين يتعلق بالنظام العام، وبالتالي جزاءه البطلان المطلق.

فهؤلاء الأشخاص لا يستطيعون التصرف، ليس لأنهم عديمي التمييز أو ناقصي الأهلية، وإنما محظور عليهم التصرف بنص القانون وذلك حماية للأهداف والمصالح، أما الشخص الذي فقد أهليته، فأساس الحظر بالتصرف راجعا إلى انعدام أهليته أو نقصانها².

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، مرجع سابق، ص 269؛ أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، القاهرة، دار الكتب القانونية، 2006، ص 226.

² خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص 56-57.

المطلب الثاني

تدرج الأهلية

لما كانت أهلية الأداء تتدرج بالسن من الانعدام إلى النقصان ثم إلى الاكتمال، ولما كان التمييز أمراً نسبياً، فقد أقام المشرع الجزائري - كغيره من المشرعين - قرينة على المراحل التي يمر فيها الإنسان حتى تكتمل له أهلية الأداء¹، فتختلف أهلية أداء الشخص القاصر باختلاف مراحل حياته²، ومناطها الإدراك أو التمييز أو الإرادة ففاقد التمييز فاقد للإرادة لأنه فاقد للإدراك، وناقص التمييز، ناقص الإدراك وناقص الأهلية، وكامل التمييز كامل الأهلية لأنه كامل الإدراك³، وحيات الشخص بوجه عام تنقسم إلى ثلاث مراحل:

- المرحلة الأولى: من الولادة إلى سن التمييز.

¹ بوكريزة أحمد، مرجع سابق، ص 49.

² القاصر لغة: بكسر الصاد من قصر عن الشيء إذا تركه عجزاً، أو عجز عنه ولم يستطعه، وهو العاجز عن التصرف السليم، والقصر من الحبس، لقوله تعالى: ﴿حُورٌ مَّقْصُورَاتٌ فِي الْخِيَامِ﴾ (سورة الرحمن، الآية 72)، مقصورات بمعنى حبس على أزواجهن، وقال تعالى: ﴿وَعِنْدَهُمْ قَاصِرَاتُ الطَّرْفِ أُنْزَابٌ﴾ (سورة ص، الآية 52)، وقال تعالى: ﴿فِيهِنَّ قَاصِرَاتُ الطَّرْفِ لَمْ يَطْمِئِنَّهُنَّ أَنْسَ قَبْلَهُمْ وَلَا جَانٌ﴾ (سورة الرحمن، الآية 56)، أي مصونات لا يطمحن إلى غيرهم. يراجع: أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، تحقيق عبد العظيم الشناوي، القاهرة، دار المعارف، الطبعة 2، دون سنة نشر، ص 505.

القاصر اصطلاحاً: هو من لم يستكمل أهلية الأداء، سواء أكان فاقداً لها كغير المميز أم ناقصها كالمميز. يراجع: وهبة الزحيلي، مرجع سابق، الجزء 7، ص 746.

وفي الاصطلاح القانوني: القاصر هو كل شخص لم يبلغ سن الرشد المحدد الذي تحدده القواعد القانونية الخاصة بأحكام الأهلية، وتبعاً لانعدام أهلية أدائه أو نقصها يكون مميزاً أو غير مميز، فقد جاء في المادة (81) من قانون الأسرة أنه: "من كان فاقداً للأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانوناً ولي، أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون"، فالقاصر حسب نص هذه المادة هو فاقداً للأهلية أو ناقصها وهو الذي لم يبلغ سن الرشد، فلا يمكن أن يؤسس نفسه طرفاً مدنياً أمام القضاء، لمباشرة حقوقه دون إدخال وليه في الدعوى فينوب عنه. يراجع: قديري محمد توفيق، حماية النعمة المالية للقاصر في القانون الجزائري، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الرابع عشر، 2017، ص 512؛ بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقاً لأحدث التعديلات ومعلقاً عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 4، 2010، ص 435.

³ منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية)، عمان - الأردن، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، دون طبعة، الجزء الأول، 1996، ص 152-153.

- المرحلة الثانية: من سن التمييز إلى ما قبل بلوغ سن الرشد.

- المرحلة الثالثة: مرحلة البلوغ.

فالأهلية مناطها التمييز¹، لأن الإرادة لا تصدر إلا عن تمييز، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية، ومن نقص تمييزه كانت أهليته ناقصة، ومن انعدم تمييزه انعدمت أهليته²، ومنه فالأهلية تتدرج من انعدام التمييز إلى نقص الأهلية ثم إلى كمالها.

الفرع الأول/ انعدام ونقصان الأهلية

الأصل في الإنسان الأهلية، أما نقص وانعدام الأهلية فهو استثناء، وهذا النقص إما أن يكون طبيعياً أو طارئاً.

أولاً/ انعدام الأهلية

تبدأ هذه المرحلة من لحظة ولادة الصبي حتى إكماله السابعة من عمره، وفي هذه المرحلة من عمر الإنسان تكون له أهلية الوجوب بحيث يترتب عليه الحقوق والالتزامات، ولكن لعدم اكتمال البنية الجسدية للفرد، وضعف جسده وقصور عقله يعتبر فاقداً للتمييز ولا تكون له أهلية

¹ التمييز لغة: من ماز الشيء ميّز أي عزله وفرزه، وميّر بمعنى ماز، قال تعالى: ﴿تَكَادُ تَمَيِّزُ مِنَ الْغَيْظِ﴾ (سورة الملك، الآية 8)؛ التمييز في الاصطلاح: هو معرفة معاني الألفاظ التي تنشأ بها العقود بالعلم بآثار تلك العقود والغبن فيها من فاحش ويسير. يراجع: محمد سلام مذكور، أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 80.

- كما أن المقصود بالتمييز هو أن يصبح للصغير بصر عقلي يستطيع به أن يميز بين الحسن والقبيح من الأمور وبين الخير والشر والنفع والضرر وإن كان هذا البصر غير عميق وهذا التمييز غير تام ولا مستوعب للنتائج، فهذا الطور في الحقيقة هو طور الاستتارة العقلية يدخل فيه عقل الإنسان منطقة النور، وتأخذ فيه الحقائق والمدرجات أمامه بالظهور حتى تستبين له في نهاية هذا الطور مكشوفة واضحة وبذلك يكون هذا الطور مرحلة من المراحل الأساسية في أهلية الإنسان، إذ يتكون له فيه وعي صحيح ولكنه منبعث عن عقل غرض لم ينضج ولم تكتمل استنارته. يراجع: مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، الجزء 2، ص 801؛ يوسف أحمد علي مفلح، مرجع سابق، ص 29.

- والمقصود بعدم التمييز أنه إذا ولد الإنسان حياً خرج إلى الحياة صغيراً ضعيفاً لا تمييز له ولا إدراك، حيث لا يمكنه في ذلك الحين أن يفرق بين النافع والضار من الأمور، ولا بين الخير والشر، ويطلق عليه في هذه المرحلة (الصبي غير المميز)، ثم ينمو بعد ذلك بدنياً وعقلياً حتى يمكنه التمييز بين الأشياء ويعتبر في هذه الحالة صبياً مميزاً. يراجع: جمال مهدي محمود الأكنشة، مسؤولية الآباء المدنية على الأبناء القصر في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)، الإسكندرية- مصر، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2009، ص 116.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، مرجع سابق، ص 268.

الأداء القانونية¹، ويسمى بالصبي غير المميز، والواقع أن التمييز ليست له سن معينة يظهر فيها أو يتكامل بتمامها فالتمييز قد يظهر في الصبي قبل بلوغ السابعة وقد يتأخر عنها تبعا لاختلاف الأشخاص واختلاف بيئاتهم واستعدادهم الصحي والعقلي، ولكن الفقهاء حددوا مراحل التمييز أي الإدراك بالسنوات حتى يكون الحكم واحدا للجميع ناظرين في ذلك إلى الحالة الغالبة في الصغار، وقد كان هذا التحديد ضروريا لمنع اضطراب الأحكام، ولأن جعل التمييز مشروطا بسن معينة يمكن للقاضي أن يعرف بسهولة إذا كان الشرط قد تحقق أم لا، لأن هذا الشرط وصف محسوس يسهل ضبطه والتعرف عليه².

كان هذا موقف الفقه الإسلامي عموما، إلا أنه بالنسبة للمشرع الجزائري تبدأ هذه الحالة من الميلاد وتنتهي ببلوغ سن التمييز، حيث تقدر سن التمييز بثلاث عشرة (13) سنة ومن لم يبلغها يعتبر فاقدا للتمييز معدوم الأهلية³، فميلاد الطفل تثبت له أهلية الوجوب أو الشخصية القانونية، ولكن لا تثبت له أهلية الأداء لانعدام الإدراك والتمييز لديه، فالصغير دون (13) سنة لا يعد أهلا لمباشرة أي تصرف فهو لا يستطيع مثلا قبول الهبة لأنه فاقد التمييز، ومن ثم فليس لإرادته أثر، وهذا ما نصت عليه المادة (42) من القانون المدني، فلا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون، ويعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة، فتثبت الولاية على ماله لوليه ثم لوصيه⁴، وعليه يعتبر كل من المجنون والمعتوه عديمي الأهلية لأنهم في حكم الصبي غير المميز.

ولما كان الصغير في هذه السن ليست له أهلية أداء، فيكون عاجزا عن أداء حقوقه والتزاماته بنفسه، فإن وليه يقوم بمباشرة هذه الحقوق والالتزامات نيابة عنه، ومما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أنه: "من المقرر قانونا أنه ليس لأحد الإعلان تلقائيا أنه فاقد الأهلية، وأن تقرير ذلك يخضع لأحكام القانون، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انعداما

¹ يوسف أحمد علي مفلح، مرجع سابق، ص 20.

² عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، بيروت، دار الكاتب العربي، الجزء 1، دون سنة نشر، ص 601.

³ تنص المادة (42) من القانون المدني الجزائري على أنه: "يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشر (13) سنة"، مصدر سابق.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، مرجع سابق، ص 276.

في الأساس القانوني، ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن طرفي الدعوى أبرما عملية تبادل مسكنين وأن قضاة الاستئناف قضوا بإبطال هذه العملية على أساس أن المدعي عليه غير أهل لإبرام عقد تبادل السكن معتمدين على شهادة طبية متجاهلين بقضائهم القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹.

ثانيا/ نقصان الأهلية

وهذه الفترة من حياة الصبي يتوافر له الإدراك تدريجيا، ولذا فقد أجاز له الشرع والقانون بعض التصرفات دون البعض فثبت للصبي المميز أهلية أداء ناقصة تقوى تدريجيا عنده بازدياد إدراكه حتى تكتمل أهلية أدائه عندما يبلغ الصبي رشيدا، حيث يعتبر ناقص الأهلية كل من السفیه وذو الغفلة ومن بلغ سن التمييز (13 سنة) ولم يبلغ سن الرشد (19 سنة)، وفي هذا الصدد نصت المادة (43) من القانون المدني على أنه: " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفیه أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"²، ويستطيع ناقص الأهلية مباشرة التصرفات النافعة له نفعا محضا، كقبول الهبة والوصية.

بينما تنص المادة (84) من قانون الأسرة على أن للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، وسن التمييز هي ثلاثة عشر (13) سنة، فيظهر هنا التعارض بين نص القانون المدني ونص قانون الأسرة، ويفضل الأخذ بالقانون المدني لأن الأخذ بقانون الأسرة يؤدي إلى اعتبار الشخص الذي كان بالأمس عديم الأهلية (13 سنة إلا يوم) راشد بمرور يوم واحد (13 سنة ويوم). ثم أن القانون المغربي حدد سن التمييز باثنتي عشرة (12) سنة³، إلا أن القانون المصري والسوري والأردني فقد أخذوا بالفقه الإسلامي ليحددوه

¹ قرار رقم (59327) بتاريخ 1990/05/21، المجلة القضائية، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، العدد 1، 1993، ص 116.

² القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

³ الصغير المميز هو الذي أتم اثنتي عشرة (12) سنة شمسية كاملة، وهذا حسب نص المادة (214) من القانون رقم (70.03) مدونة الأسرة المغربية.

بسبع (7) سنين¹، ومنه يتبين أن المشرعين الجزائري والمغربي احتاطا في تحديد سن التمييز ورفعها فوق ما جاءت به الشريعة الإسلامية بالضعف تقريبا، وقد يعود ذلك إلى كون المشرع الجزائري خاصة في المادة (84) من قانون الأسرة الجزائري أجاز للقاضي أن يأذن للمميز بالتصرف جزئيا أو كليا في أموال طالما أنه رفع سن التمييز إذ لا يعقل أن يأذن القاضي بالتصرف للمميز ذو سبع (7) سنين حسب القوانين المصري والسوري والأردني وغيرهم من القوانين العربية، لأن التصرف متى تحقق رتب آثارا.

فمتى كان من المقرر قانونا أن القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني لا يمكن أن يؤسس نفسه طرفا مدنيا أمام القضاء لمباشرة حقوقه المدنية دون إدخال وليه في الدعوى، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون، ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قاصرة أسست نفسها طرفا مدنيا أمام القضاء وطالبت الحكم بالتعويض لها فإن قضاة الاستئناف بإشارتهم لذلك، دل على أنهم قبلوا ادعاءها مبدئيا رغم كونها لم تبلغ سن الرشد القانوني لمباشرة حقوقها المدنية، فإنهم بهذا القضاء ودون إدخال ولي القاصرة في الدعوى خالفوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض قرارهم.

وقبل هذا القرار كان المجلس الأعلى قد قرر أنه: "متى نص القانون صراحة على أنه لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا للصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك، فإن الطعن بالنقض المسجل من حدث يعتبر غير مقبول لكونه غير حائز على أهلية التقاضي، ومتى كان التصريح بالطعن من شخص الحدث، فإنه يتعين القضاء بعدم قبول الطعن شكلا"².

¹ وهذا ما نصت عليه المادة (2/45) من القانون رقم (131) لسنة 1948 بإصدار القانون المدني المصري على أنه: "وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز"؛ وكذلك نص المادة (2/47) من القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (84) بتاريخ 1949/05/18 بأنه: "وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز"؛ والمادة (2/44) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 تنص أنه: "وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز".

² قرار رقم (28432) بتاريخ 1984/01/10، المجلة القضائية 1989، العدد 4؛ قرار (24941) بتاريخ 1983/03/15، المجلة القضائية 1989، العدد 1، ص 340.

الفرع الثاني/ كمال الأهلية

يعتبر الشخص الذي بلغ سن (19) سنة كاملة، كامل الأهلية لإدارة أمواله والتصرف فيها كما يشاء، هذا إذا لم يكن قد أصيب بعارض من عوارض الأهلية أو بمانع من موانعها.

وبناء عليه إذا بلغ الشخص رشيدا كملت أهليته، وارتفعت الولاية عنه، وسلمت إليه أمواله، ونفذت تصرفاته وإقراراته، وإن بلغ غير رشيد بقي ناقص أهلية الأداء، واستمرت الولاية المالية عليه عند جمهور الفقهاء، فلا تنفذ تصرفاته، ولا تسلم إليه أمواله.

فالأصل أن كمال أهلية الأداء بالعقل، ولكنها ربطت بالبلوغ لأن البلوغ مظنة العقل والأحكام ترتبط بعقل ظاهرة منضبطة، فالبالغ سواء كان بلوغه بالسن أو بالعلامات يعتبر عاقلا وأهلا للأداء وكامل الأهلية، ما لم يوجد ما يدل على اختلال عقله أو نقصه¹.

أولا/ تعريف البلوغ

1/ البلوغ في اللغة: هو الوصول والإدراك يقال بلغ المكان وصل إليه، وكذا إذا شارف عليه، ومنه بلغ الغلام أي أدرك².

2/ البلوغ في الاصطلاح: هو انتهاء حد الصغر³، أو هو عبارة عن قوة تحدث في الشخص يخرج بها من حال الطفولة إلى غيرها⁴، ولما كان البلوغ قوة تحدث في الشخص يخرج بها من حال الطفولة إلى غيرها، وتلك القوة لا يكاد يعرفها أحد جعل الشارع لها علامات يستدل بها

¹ بوكريزة أحمد، مرجع سابق، ص 35-36.

² محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، دون طبعة، 1986، ص 26.

³ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، الرياض، عالم الكتاب، طبعة خاصة، الجزء 9، 1423هـ/2003م، ص 225؛ أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية)، تحقيق زكرياء عميرات، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء 8، ص 153.

⁴ محمد الخرشني أبو عبد الله علي العدوي، الخرشني على مختصر سيدي خليل بهامشه حاشية العدوي، مصر، المطبعة الأميرية الكبرى، الجزء 5، الطبعة 2، 1317هـ، ص 291.

على حصولها، وهذه العلامات منها ما هو مشترك بين الرجال والنساء، ومنها ما هو مختص بالنساء، كما أن هذه العلامات منها ما هو متفق عليه بين العلماء، ومنها ما هو مختلف فيه¹.

ويعرف البلوغ عندما يصل الصبي إلى المرحلة التي يكون فيها الجسم والعقل أقرب إلى التمام، تصبح أهلية الأداء له كاملة، والبلوغ يعرف بظهور علامة من العلامات الطبيعية في حالة وجودها²، وأدنى سن يصدق وجودها فيه اثنتي عشرة (12) سنة في الغلام وتسع (9) سنوات في الفتاة، فإن لم يوجد شيء من العلامات الطبيعية كان البلوغ بالسن، وهو عند الجمهور خمس عشرة (15) سنة للذكر والأنثى وعند ابن حنيفة قدره بثمان عشرة (18) سنة للذكر وسبع عشرة (17) سنة للأنثى، وقدره المالكية للذكر والأنثى ببلوغ سن (18) كاملة، وقد يكفي الدخول فيها³.

غير أنه لم يعتبر قانون الأسرة الجزائري ولا بقية القوانين الوضعية، انتهاء مرحلة الصغر بالبلوغ الطبيعي؛ لأن علامات البلوغ التي تظهر على الشخص، ليست أمراً منضبطاً؛ فقد تتقدم أو تتأخر حسب قدرات كل إنسان، والبيئة التي يعيش فيها، حارة أو باردة، حضرا أو بدوا.

إلا أن القوانين الوضعية لها نظرة أخرى في سن البلوغ؛ فهي تحدد نهاية مرحلة الصغر ببلوغ الصغير ذكراً كان أو أنثى السن القانوني، والذي يسمى سن الرشد، وهو السن الذي ينتهي فيه الحجر الطبيعي الذي يفرضه الشرع والقانون على الصغار⁴، فقد نصت المادة (86) من قانون الأسرة على أنه: "من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقاً لأحكام

¹ أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب للشيرازي، تحقيق محمد نجيب المطيعي، جدة- المملكة العربية السعودية، مكتبة الإرشاد، الجزء 13، دون سنة نشر، ص 19؛ محمد الخرشي أبو عبد الله علي العدوي، مرجع سابق، ص 291.

² محمود عبد المجيد المغربي، أحكام العقد في الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، المكتبة الحديثة، 1988، ص 91.

³ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة 2، الجزء 10، 1424هـ/2002م، ص 94؛ علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني أبو الحسن برهان الدين، الهداية في شرح بداية المبتدئ، تحقيق طلال يوسف، بيروت- لبنان، دار إحياء التراث العربي، الجزء 3، دون سنة نشر، ص 38.

⁴ منير محمد أحمد الصلوي، مرجع سابق، ص 316.

المادة (40) من القانون المدني¹، وسن الرشد حسب المادة (2/40) من القانون المدني الجزائري هو (19) سنة.

3/ علامات البلوغ: للبلوغ علامات وأمارات طبيعية تدل عليه وترشد إليه، فإذا ظهرت واحدة منها في الشخص فإنه يعد في نظر الشرع بالغاً، وقد لا تظهر أياً من هذه العلامات أو تتأخر لأي سبب من الأسباب رغم بلوغ السن الذي تظهر فيه عادة؛ فهنا يلجأ الفقهاء لتحديد البلوغ بالسن وهو ما يطلق عليه "البلوغ التقديري"².

ويرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن علامات البلوغ هي الاحتلام بالنسبة للذكر والأنثى، وهو محل إجماع³، لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾⁴، ووجه الدلالة في الآية أن الله تعالى أمر الأطفال بالاستئذان بعد الاحتلام فدل على أنه بلوغ، وقوله صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاث، عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل"⁵، وهو دليل على أن البلوغ بخروج المني في النوم أو اليقظة بجماع أو غيره، ومن علامات البلوغ أيضاً الإنبات بالنسبة للذكر والأنثى والحمل والحيض بالنسبة للأنثى⁶.

واختلفوا في مقدار السن التي إن بلغها الصغير أصبح بالغاً مكلفاً إلى ثلاثة آراء:
- **الرأي الأول:** ببلوغ الصبي خمس عشرة سنة يصير بالغاً مكلفاً بالأحكام الشرعية ذكرًا كان أو أنثى وهو قول الشافعي وأحمد وأبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية وفي رواية عن المالكية والإمام أبي حنيفة⁷، ودليلهم بأن بن عمر رضي الله عنه قال: عرضني رسول الله

¹ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

² منير محمد أحمد الصلوي، مرجع سابق، ص 316.

³ أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، بيروت- لبنان، دار الفكر، الطبعة 1، المجلد 3، 1441هـ/2019م، ص 26-27.

⁴ سورة النور، الآية 59.

⁵ أبو داود سليمان بن الأشعث السخستاني، سنن أبي داود، اعتنى به مشهور حسن سلمان، الرياض، دار المعارف، الطبعة 1، الجزء 4، دون سنة نشر، ص 244.

⁶ منير محمد أحمد الصلوي، المرجع السابق، ص 313-314.

⁷ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، مرجع سابق، ص 94.

صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة، فلم يجزني، وعرضني يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني، وهذا يدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما رد ابن عمر يوم أحد لأنه لم يكن بالغاً، وعدم رده يوم الخندق دليل على بلوغه فدل ذلك على أن سن الخامس عشرة هو حد البلوغ¹.

- **الرأي الثاني:** أن سن البلوغ في الذكر إتمام ثماني عشر سنة وفي الأنثى إتمام السابع عشرة سنة وهو مذهب أبي حنيفة، ودليلهم قوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا﴾²، وقوله صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل"³، ففي الآية دليل على تعليق حكم التكليف والخطاب على الاحتلام، وفي الحديث كذلك دليل على بناء الأحكام في بلوغ الصبيان على الاحتلام، فلا يجوز الأخذ بغيره، إلا إذا تحقق عدم وجوده فهو شرط وإذا لم يتحقق الشرط يظل التكليف مرفوعاً إلى غاية تحقيقه أو نياس من وجوده، فالمرجو أن الاحتلام لا يتجاوز هذه المدة وهي ثماني عشرة سنة ولا يحتمل وجوده بعدها⁴.

- **الرأي الثالث:** إذا أتم كل من الذكر والأنثى ثماني عشرة (18) سنة، فقد أدركا سن البلوغ ويصيران مكلفين بالأحكام الشرعية وهو المشهور عند المالكية، وهناك رواية عندهم على خلاف المشهور وهي إتمام كل من الذكر والأنثى ست عشرة (16) سنة⁵، وأدلتهم نفس أدلة أصحاب الرأي الثاني وقالوا أن هذا السن هو الذي يتحقق فيه اليأس من الاحتلام.

¹ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، الرياض، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، 1419هـ/1998م، كتاب المغازي باب غزوة الخندق الحديث رقم (4097)، ص 779.

² سورة النور، الآية 59.

³ أبو داود سليمان بن الأشعث السخستاني، مرجع سابق، ص 244.

⁴ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، مرجع سابق، الجزء 10، ص 63.

⁵ أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق عميرات زكريا، بيروت، دار عالم الكتب، الجزء 5، دون سنة نشر، ص 59.

سبب الاختلاف هو أن البلوغ يعرف بعلامات متفق عليها وأخرى مختلف فيها، فإذا لم تظهر على الصغير علامة من علامات البلوغ وتقدم في السن، فهل يبقى صغيراً ولا يجري عليه قلم التكليف؟ أم أن هناك سن معينة يعتبرها الفقهاء حداً فاصلاً بين البلوغ وعدمه؟.

والرأي المختار هو مذهب الجمهور¹، القائل بأن البلوغ عند الذكر والأنثى هو تمام الخمس عشرة (15) سنة، وذلك لقوة الأدلة التي استندوا عليها والتي تؤيد ما ذهبوا إليه، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم رد سبعة من الصحابة وهم أبناء أربع عشرة سنة ولم يجزهم في القتال؛ لأنه لم يرى أنهم قد بلغوا بعد، ثم عرضوا عليه وهم أبناء خمس عشرة فأجازهم، ومنهم زيد بن ثابت وعبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

ثانياً/ تعريف الرشد

1/ الرشد في اللغة: الرشد والرشد بمعنى الاستقامة على طريق الحق، والرشد من حسن تقديره فيما قدر²، وهو من الصلاح والهدى إلى صواب الأعمال، كما في قوله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾³، فالرشد: نقيض الغي، والرشد: الهداية والدلالة، والرشد من صفات الله تعالى وهو الذي أرشد الخلق ودلهم إلى مصالحهم⁴.

2/ الرشد في الاصطلاح: اختلف الفقهاء في تبيان حقيقة الرشد على رأيين.

- **الرأي الأول:** الرشد هو الاستقامة والاهتداء في حفظ المال وإصلاحه، وهو مذهب جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة والزيدية⁵، وهم يعتبرون أن الرشد ليس الورع والتقوى والصلاح في الدين، بل يرون أنه البصيرة المالية في حفظ المال وإصلاحه وحسن التصرف فيه⁶، ودليلهم

¹ شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، الجزء 3، 1415هـ/1994م، ص 134؛ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، الجزء 2، ص 817.

² الفيروز أبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، مرجع سابق، ص 282.

³ سورة البقرة، الآية 256.

⁴ ابن منظور جمال الدين أبو الفضل محمد بن بكر، مرجع سابق، ص 1649.

⁵ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، مرجع سابق، الجزء 10، ص 87؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، مرجع سابق، الجزء 4، ص 516.

⁶ مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، الجزء 2، ص 819.

قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾¹، حيث قال ابن عباس في تفسير هذه الآية: يعني صلاحاً في العقل وحفظ المال².

- **الرأي الثاني:** الرشد هو الصلاح في الدين وإصلاح المال وهو مذهب الشافعية³، ودليلهم الآية نفسها التي استدل بها أصحاب الرأي الأول، ووجه الدلالة فيها أن الرشد هو الحلم والعقل والوقار، ولا يكون ذلك إلا لمن كان مصلحاً لماله ودينه، ولأن إفساده لدينه يمنع رشده، وحفظه لماله⁴.

وعليه فقد اتفق الفقهاء على أنه من بلغ رشيداً، كملت أهليته وارتفعت الولاية عنه، وسلمت إليه أمواله، وتصبح تصرفاته نافذة⁵.

والرأي المختار هو الرأي الأول القائل بأن الرشد يتحقق بالصلاح في المال، وذلك لأن المعاملات المالية هي التي يتعلق بها الحجر.

3/ تحديد سن الرشد: سن الرشد هي المرحلة التي يكتمل فيها النمو الجسمي والعقلي للإنسان⁶، وقد اختلفت القوانين في تحديدها، باعتبار أن النصوص الشرعية لم تحدد سناً معينة للرشد، كما هو الحال بالنسبة لسن البلوغ، لكنها تركته لأولي الأمر يحدّدونه حسب الظروف والمصالح تبعاً لاختلاف البيئات، وسهولة المعاملات أو تعقيدها⁷، فأصبح من الضروري زيادة الاحتياط في حماية الصغار وصيانة ذممهم وأموالهم، برفع سن الرشد وهذا لا ينافي أحكام الشريعة الإسلامية، بل يوافق مبادئها وفقهها في رعاية المصالح⁸.

¹ سورة النساء، الآية 6.

² أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، مرجع سابق، ص 27.

³ أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق محمود مطرجي، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، المجلد 3، 2019، ص 304.

⁴ منير محمد أحمد الصلوي، مرجع سابق، ص 317.

⁵ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، الجزء 2، ص 821 - 820.

⁶ نجيمي جمال، مرجع سابق، ص 239.

⁷ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، القاهرة، دار الفكر العربي، الطبعة 3، 1957، ص 439؛ منير محمد أحمد الصلوي، المرجع السابق، ص 319.

⁸ مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، الجزء 2، ص 826.

أ/ سن الرشد في الشريعة الإسلامية: جاءت الشريعة الإسلامية لتكون خالدة، عامة وقابلة للتطبيق في كل زمان ومكان، فلم تحدد سن الرشد، لأن الرشد يختلف باختلاف البيئات والأوضاع الاجتماعية والاقتصادية وبحسب العلم والتربية والأخلاق ولكن لا رشد قبل البلوغ، فقد يصاحب الرشد البلوغ وقد يتأخر عنه، ولذلك جاء القرآن الكريم بمبدأ عام وثابت وهو ربط تمام أهلية الشخص بإيناس رشده بعد البلوغ، لقوله تعالى: ﴿وَابْتَأُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾¹.

وعليه لم يحدد الفقهاء سنا للرشد كالبلوغ؛ لأن النصوص لم تحدد ذلك²، وترك تحديد سن الرشد لولاة الأمر، بحسب مقتضيات الزمن والسياسة الشرعية، في المصالح المرسل³، وإذا كانت النصوص الشرعية لم تحدد سنا للرشد، فليس هناك ما يمنع تحديده بسن معينة، لاستقرار المعاملات، وتحديد المرجع عند الاختلاف، وضبط الأحكام المتعلقة بالرشد⁴.

ب/ سن الرشد في قانون الأسرة الجزائري: حدد قانون الأسرة الجزائري سن الرشد بتسع عشرة (19) سنة كاملة، بناء على نص المادة (2/40) من القانون المدني، فيعتبر الشخص كامل الأهلية ببلوغه هذا السن، ما لم يحجر عليه⁵.

ج/ سن الرشد في القانون المقارن: ويمكن التطرق إلى سن الرشد في بعض القوانين العربية الأخرى، فالقانون الأردني يحدده بثمانى عشرة (18) سنة⁶، أما القانون المدني المصري

¹ سورة النساء، الآية 6.

² منير أحمد محمد الصلوي، مرجع سابق، ص 319.

³ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، الجزء 2، ص 824.

⁴ محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، بيروت- لبنان، المكتبة العلمية، 2007، ص 434.

⁵ تنص المادة (40) من القانون المدني الجزائري على أنه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر 19 سنة كاملة"، مصدر سابق.

⁶ تنص المادة (2/43) من القانون المدني الأردني على أن: "سن الرشد هي ثمانى عشرة (18) سنة شمسية كاملة"، مصدر سابق.

والإماراتي فقد حددا سن الرشد بإحدى وعشرين (21) سنة¹، وكذلك العراقي واللبناني أما القانون المدني اليمني حدد سن الرشد ببلوغ الصغير خمس عشرة (15) سنة²، والقانون السوري جعلها ثمانين سنة (18) شمسية³، وبالنسبة لمدونة الأسرة المغربية نصت المادة (209) على أن سن الرشد القانوني (18) سنة شمسية كاملة⁴، أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية فقد جاء في الفصل (153) منها "يعتبر محجورا للصغر من لم يبلغ سن الرشد وهي عشرون (20) سنة كاملة"⁵.

من خلال ما تقدم؛ نلاحظ عموماً أن القواعد القانونية في تحديد سن الرشد، تهدف لحماية أموال القصر، فقدره الفرد القانونية لإبرام المعاملات المالية والتصرفات المختلفة، تتطلب نضجاً جسمياً وعقلياً كافياً لمباشرة العقود المالية، وبمجرد وصول الشخص إلى سن الرشد المحدد قانوناً، تكتمل أهليته، فيقوم بجميع التصرفات القانونية التي تستلزمها الحياة المدنية.

هذا، وقد يحدث أن يطرأ على الإنسان أمور تؤثر في تمييزه، وبالنتيجة في أهليته تأثيراً يختلف قوة وضعفاً، فقد تزيلها أو تنقص منها، وقد اصطلح على تسمية ما يؤثر في تمييز الشخص وحسن تدبيره للأمور أو مباشرة تصرفاته القانونية بنفسه عوارض الأهلية⁶، وهو ما سنتطرق له في المبحث الموالي.

¹ تنص المادة (1/44) من القانون المدني المصري على أن: "سن الرشد هي إحدى وعشرون (21) سنة ميلادية كاملة؛ وتنص المادة (85) من القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985 والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987 بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، سلسلة التشريعات والقوانين لدولة الإمارات العربية المتحدة (6)، دبي، إعداد معهد دبي القضائي، 1423هـ/2011م، على أنه: "ويبلغ الشخص سن الرشد، إذا أتم إحدى وعشرين (21) سنة قمرية".

² جاء في المادة (50) من القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002 أن: "سن الرشد خمس عشرة (15) سنة، إذا بلغها الشخص متمتعاً بقواه العقلية رشيداً في تصرفاته".

³ المادة (46) من القانون المدني السوري تنص على أن: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد هو ثمانين سنة (18) سنة شمسية كاملة"، مصدر سابق.

⁴ مدونة الأسرة المغربية، مصدر سابق.

⁵ مجلة الأحوال الشخصية التونسية، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، 2014.

⁶ هند فالح محمود صالح العلاف، نظرية البطلان في القانون المدني (دراسة تحليلية مقارنة)، مصر - الإمارات، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2015، ص 229.

المبحث الثاني

التمييز بين عوارض الأهلية

بعد وقوفنا على الأهلية وأنواعها، يحسن أن نتعرف ما على يؤثر على هذه الأهلية من عوارض تسبب زوالها بعد ثبوتها، وعوارض الأهلية هي أمور تعرض للشخص فتؤثر على التمييز عنده، ومن ثم على أهليته وقد تحدث هذه العوارض لدى الشخص قبل بلوغه سن الرشد فتؤدي إلى الحكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية، وقد تطرأ بعد بلوغه سن الرشد لعدم أهليته أو تنقص منها فتؤثر في مركزه القانوني، حيث تترتب عليه آثار قانونية تختلف باختلاف العارض الذي أصابه، وهي أنواع، إما عاهات تصيب العقل كالجنون والعتة، أو عاهات تفسد التدبير كالسفه والغفلة، وهذه العوارض تضمنتها النصوص القانونية، كما أن الفقه الإسلامي ذكر عوارض أخرى إلى جانب هذه العوارض وقسمها إلى نوعين.

المطلب الأول

مفهوم عوارض الأهلية

تتأثر الأهلية بعوامل أخرى غير السن؛ إذ قد يتعرض الشخص بعد بلوغه سن الرشد لعارض من العوارض فيؤثر على أهليته وتصرفاته القانونية فيحد منها أو ينقصها أو يفقدها حسب الأحوال، ومنه سنحاول في هذا المطلب الوصول إلى المقصود من عوارض الأهلية (الفرع الأول) وأنواع هذه العوارض (الفرع الثاني).

الفرع الأول/ تعريف عوارض الأهلية

قد تطرأ على الإنسان بعد اكتمال أهليته عوارض تؤثر في هذه الأهلية، فما هو المقصود بعوارض الأهلية؟

أولاً/ التعريف اللغوي للعوارض

العوارض في اللغة جمع عارض¹، وكل مانع منعك من شغل وغيره من الأمراض فهو عارض، وقد عرض عارض، أي حال حائل ومنع مانع، ومنه قيل لا تعرض لفلان، أي لا

¹ الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، مرجع سابق، ص 645.

تعرض له فتمنعه باعتراضك أن يقصد مراده ويذهب مذهبه، ويقال سلكت طريق كذا فعرض لي في الطريق عارض، أي جبل شامخ قطع علي مذهبي علي صوبي، والعارض السحاب يعترض في الأفق ومنه قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا رَأَوْهُ عَارِضًا مُسْتَقْبِلَ أَوْدِيَّتِهِمْ قَالُوا هَذَا عَارِضٌ مُّمْطِرُنَا بَلْ هُوَ مَا اسْتَعْجَلْتُمْ بِهِ رِيحٌ فِيهَا عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾¹، سمي بذلك لأنه يبدو في عرض السماء²، وهي الآفة التي تصيب الفؤاد، أي العقل الذي يحصل به الفهم والإدراك والتمييز.

ثانيا/ التعريف الاصطلاحي للعوارض

العوارض هي التي تمنع الإنسان من الاكتساب، وتتنافى مع الرضا، فتمنع صحة الأعمال، كما تعوق عن الفهم والعمل بالصواب³، وهي أمور تعرض على الأهلية فتمنعها من البقاء على حالها⁴، وهي أحوال تطرأ على الإنسان بعد كمال أهلية الأداء، فتؤثر فيها بإزالتها أو نقصانها، أو تغيير بعض الأحكام بالنسبة لمن عرضت له من غير تأثير في أهليته⁵، أي ما يعترض على نوعي الأهلية فيزيلهما أو أحدهما أو يوجب تغييرا في بعض أحكامهما⁶.

فقد سميت عوارض لمنعها الأحكام المتعلقة بأهلية الوجوب أو الأداء عن الثبوت، إما لأنها مزيلة لأهلية الوجوب كالموت، أو لأهلية الأداء كالنوم والإغماء، أو مغيرة لبعض الأحكام مع بقاء أصل الأهلية للوجوب والأداء كالسفر⁷، ومعنى كونها عوارض أنها ليست من الصفات الذاتية كما يقال: البياض من عوارض الثلج⁸.

¹ سورة الأحقاف، الآية 24.

² محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مرجع سابق، ص 179؛ ابن منظور جمال الدين أبو الفضل محمد بن بكر، مرجع سابق، ص 2889.

³ العربي بختي، مرجع سابق، ص 161.

⁴ عبد العزيز أحمد بن محمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تحقيق محمد المعتصم بالله، بيروت، دار الكتاب العربي، طبعة 1997، المجلد 3، الجزء 4، ص 370.

⁵ الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، الجزء 7، ص 161.

⁶ سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، مرجع سابق، ص 330.

⁷ أبو عبد الله شمس الدين محمد بن محمد، مرجع سابق، ص 172.

⁸ سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، المرجع السابق، ص 358.

الفرع الثاني/ طبيعة عوارض الأهلية

لا يتيسر لنا الوقوف على طبيعة عوارض الأهلية إلا على أساس طبيعة الأهلية ذاتها، ولما كانت الأهلية صفة لاصقة بالشخص تجعله صالحا لأن يباشر بنفسه تصرفاته على وجه يعتد به شرعا نظرا لكمال تمييزه عن عقل أو عن عقل ورشد عند معظم الفقهاء، لزم أن يكون العارض المؤثر في الأهلية مؤثرا في هذه الصلاحية، ويلحق بالإنسان وصف انعدام الأهلية أو نقصانها بسبب هذا الأمر غير العادي الذي أثر في تمييزه وعقله أو في رشده عند من يشترطه، فما هي الشروط اللازمة لتوفر عارض من عوارض الأهلية، وكيف نميز بين عوارض الأهلية والأمور التي قد تشابهها؟.

أولا/ شروط قيام عوارض الأهلية

شروط قيام عوارض الأهلية عديدة نذكر منها:

1/ أن تكون عوارض الأهلية أمورا غير عادية، فهي أمور استثنائية تعرض لبعض الأشخاص دون البعض الآخر وليست عادية يشترك فيها جميع الناس، وإلا انتفت عنها صفة العارض إذا كان من لوازمهم إذن، فهي أمور استثنائية غير عادية.

وعلى ذلك؛ فإن انعدام الأهلية بسبب الصغر والموت، وانعدام التمييز بسبب النوم، لا يدخل تحت مدلول العوارض، لأن الصغر والموت والنوم أمور عادية يمر بها كل إنسان.

2/ إن عوارض الأهلية هي أمور لاصقة بالإنسان تؤثر في صلاحيته لمباشرة التصرفات، فكما أن الأهلية صفة في الإنسان، فإن العارض المؤثر فيها صفة لاصقة به، وعلى ذلك يتميز العارض بصفة الاستمرار، وإن كان لا يشترط فيه الدوام، ويترتب على ذلك ثبوت الأهلية على من يصاب بعارض من العوارض لثبوت عجزه عن مباشرة التصرفات القانونية، حيث نصت المادة (81) من قانون الأسرة على أنه: "من كان فاقدا الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون"، وقد نص المشرع الجزائري على نفس الحكم بقوله: "يخضع فاقدوا الأهلية، وناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون"¹.

¹ وهذا ما نصت عليه المادة (44) من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

3/ تؤثر عوارض الأهلية في التمييز والعقل أو في الرشد، لما كانت الأهلية مناطها التمييز بالعقل أو العقل والرشد عند معظم الفقهاء، لذا لزم أن يكون العارض المنافي لها مؤثرا في هذه الأمور أيضا. فإذا توفر العقل والرشد، توفرت الأهلية ولا يؤثر فيها ما قد يطرأ للشخص من أمور تجعل تصرفه معينا أو موقوفا على إجازة غيره نظرا لانعدام رضاه أو لمنع الشارع إياه من التصرف محافظة على حقوق الغير التي تتأثر من هذا التصرف¹.

ثانيا/ التمييز بين عوارض الأهلية وبعض الأمور المشابهة لها

تشبه الأهلية مع بعض الأمور من حيث آثارها، وإن اختلفت عنها من حيث طبيعتها كعيوب الرضا وأحوال المنع من التصرف.

1/ تمييز عوارض الأهلية عن عيوب الرضا: على خلاف عوارض الأهلية والتي هي أمور طارئة للإنسان تؤثر في عقله أو رشده، لها صفة الاستمرارية، وتؤثر في قدرة الإنسان على أن تنتج تصرفاته الشرعية والقانونية آثار، فإن عيوب الرضا أمور وقتية تطرأ للشخص بصدد تصرف معين تجعل رضاه معيبا فلا ينتج التصرف أثره لعدم توفر الرضا اللازم لصحة التصرف².

والذي يميز نقص الأهلية عن باقي عيوب التراضي، هو أن القانون قد أقام في حالة نقص الأهلية قرينة قاطعة على أن إرادة ناقص الأهلية معيبة، أما بالنسبة لعيوب الإرادة الأخرى كالإكراه والغلط والتدليس والاستغلال والغبن، فلا بد لمن عيبت إرادته من إثبات العيب الذي أفسد إرادته لكي يقضى له بإبطال العقد، كما أن طلب إبطال العقد هو حق مقرر لطرفيه، وفقا لما تنص عليه المادة (99) من القانون المدني، ولا يثبت هذا الحق إلى الغير³.

والحقيقة أن الأهلية في نظر المشرع المدني الجزائري ليست ركنا في الالتزام، وإنما هي شرط صحة التراضي وسلامة الإرادة من العيوب التي قد تشوبها، تؤدي إلى مجرد إمكانية إبطال العقد.

¹ بوكريزة أحمد، مرجع سابق، ص 38 - 39.

² المرجع نفسه، ص 39.

³ بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 380.

ومن ناحية أخرى، فإن القاعدة العامة في البطلان، هي إرجاع العاقدین إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد¹؛ غير أنه في حالة ناقص الأهلية، لا يرد الآخر إلا مقدار ما عاد عليه هو من المنفعة.

2/ تمييز عوارض الأهلية عن حالة المنع من التصرف: قد يمنع الشخص من إبرام التصرف بالرغم من سلامة عقله وتوفر رشده، ويرجى من المنع غالبا تحقيق مصلحة مشروعة للغير وهي المحافظة على حقوق الغير والتي تتأثر بهذا التصرف.

ومن أهم الحالات التي يوردها الفقه الإسلامي وبعض التشريعات كالمنع بسبب مرض الموت أو الأنوثة؛ فبالنسبة لمرض الموت مثلا فقد اعتبره جمهور الفقهاء من عوارض الأهلية على أساس أنه يغير في بعض الأحكام المتعلقة بالأهلية التامة فيمنعها عن الثبوت، ولم يعدوه عارضا حقيقيا لأنه لا يؤثر في الأهلية بنوعيتها نظرا لثبوت الذمة والعقل².

خلافا لذلك فإن التشريعات الوضعية ومنها القانون المدني الجزائري فقد نص عن أحكامه ضمن أنواع البيوع، حيث نظم المشرع أحكام البيع في مرض الموت وبين أثره نحو البائع والمشتري في حالة حسن أو سوء نيته، وأثر ذلك أيضا نحو الورثة فإذا باع المريض مرض الموت لوارث، فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة، أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه، ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال³.

فالمريض له ذمة صالحة لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، وله أيضا عبارة صالحة لصدور الأفعال منه على وجه يعتد به شرعا، لكن لما كان المريض يعجز عادة عن السعي وتحصيل المال جعلوا المرض من أسباب تعلق حق الورثة أو الدائنين بماله⁴.

كما جاء في نص المادة (409) من القانون المدني على أنه: "لا تسري أحكام المادة

¹ من المقرر قانونا أنه في حالة بطلان العقد، يعاد المتعاقدین إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا للقانون (المادة 1/103 من القانون المدني). وهذا ما أكدته القرار رقم (136156) بتاريخ 1997/02/18، المجلة القضائية لسنة 1997، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، العدد 1، 1999، ص 10.

² بوكريزة أحمد، مرجع سابق، ص 40.

³ وهذا ما نصت عليه المادة (408) من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

⁴ علي بن محمد بن رمضان الرشيد، الآثار الناشئة عن الرجوع في الهبة، الإسكندرية- مصر، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2010، ص 363.

(408) على الغير الحسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع"¹، ولكن كيف عرف مرض الموت لدى الفقه الإسلامي؟ وما هي شروط تحققه؟. عرفه بعض الفقهاء المعاصرين بأنه: "المرض الذي يعجز الرجل عن ممارسة أعماله المعتادة خارج البيت، ويعجز المرأة عن أعمالها المعتادة داخل البيت، ويغلب فيه الهلاك ويتصل به الموت دون أن يستمر سنة كاملة على أي حال من غير ازدياد"²، وعرفه آخرون بأنه المرض الذي يغلب فيه الهلاك عادة ويعقبه الموت متصلا به³.

وكقاعدة عامة فإن الفقه الإسلامي يقيد تصرفات المريض مرض الموت بأحكام خاصة على أساس أنه في حالة المتوفى تتعلق بماله حقوق دائنيه وورثته، وبالتالي فإن المريض يمنع عنه التصرف كلما ترتب على التصرف الإضرار بالدائنين أو الورثة، إلا إذا كان التصرف من حاجاته الخاصة كالنفقة الضرورية له، وحتى يتحقق مرض الموت، ومن ثم يمنع المريض من التصرف في أمواله يجب أن يتحقق شرطان رئيسيان: أولهما عجز المريض عن القيام بأعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك، والثاني أن يعقبه الموت مباشرة.

فبالنسبة للعجز عن القيام بالأعمال المعتادة فيختلف الحال بين الرجل والمرأة، ويختلف أيضا تبعا لاختلاف الناس وظروفهم، وفي تحديد نوعية المرض ومعرفته فيما إذا كان في عداد مرض الموت أو عدمه فيرجع عادة إلى تقارير الأطباء، وعلى العموم فمتى كان الإنسان في وضع يغلب فيه الهلاك سواء كان مريضا أو كان وجوده في حالة خطرة تدعو إلى الهلاك غالبا كما لو وجد في باخرة وقد تلاطمت عليها الأمواج وتعرضت للغرق وأجرى الشخص

¹ وقد أكدت المحكمة العليا هذه الأحكام حيث قررت أنه: "من المقرر قانونا أن عقد البيع المنجز أثناء مرض الموت لفائدة الوارث لا يكون نافذا إلا إذا أقره باقي الورثة ولما تبين في قضية الحال أن زوجة المورث قد استغلت مرضها لإبرام عقد البيع قبل وفاته بثلاثة عشر يوما، وأن القرار المطعون فيه قد استثنى العقد المذكور من التركة أثناء القسمة دون أن يبين في حيثياتها حالة المرض الذي أثاره الطاعنون، فإنه استوجب النقض". القرار رقم (139123) بتاريخ 1996/07/09، المجلة القضائية، العدد 4، 1991، ص 68-69-70، عن جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر، منشورات كليك، الطبعة 1، الجزء 2، 2013، ص 842.

² مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، الجزء 2، ص 804.

³ حسني محمود عبد الدايم، مرجع سابق، ص 101؛ أحمد محمد أحمد أبو طه، عوارض الأهلية وأثرها على العلاقة الزوجية (دراسة تأصيلية من منظور الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية)، الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة 1، 2014، ص 10.

تصرفاته وهو بذلك الحال، فيكون تصرفه قد صدر منه وهو مريض بمرض الموت. وعلى ذلك فإن طبيعة مرض الموت حتى وإن اختلف حولها الفقهاء فإن ما استقر عليه الفقه والقضاء يقضي بعدم اعتبار مرض الموت عارضا من عوارض الأهلية، فتصرف المريض وإن أضر الدائنين أو الورثة يعتبر صحيحا، ولا يجوز لهم طلب إبطاله لأنه صادر من أهله، وإنما يعتبر فقط غير نافذ في حقهم¹.

المطلب الثاني

تأثير وجود العوارض على أهلية الشخص

جميع ما تقدم في الأهلية هو بناء على الحالة الطبيعية التي يكون فيها الشخص سليما غير أنه قد يطرأ على حالته عوارض، وهذه العوارض ذات تأثير على أهلية الإنسان والعوارض هي جمع لكلمة عارض، وهو الشيء أو الأمر غير الاعتيادي الذي يحصل لبعض الأشخاص فتعدم أهليتهم أو تحدّها، كما أن العوارض هي صفة لاصقة بالإنسان إلا أنها ليست لازمة له فهي مزيلة أحيانا لأهلية الوجوب كما في الموت إذ أن الموت عجز تام، مناف لأهلية أحكام الدنيا، من كل ما فيه تكليف، والأداء كحالتى النوم، والإغماء، فإن النائم والمغمى عليه عاجزان عن استعمال قدرتهما الحسية لعدم مقدرتهما على استعمال حواسهما، وهما عاجزان أيضا عن أداء الأفعال الاختيارية، كالقيام والقعود وغيرهما، وأحيانا أخرى لا تزيل هذه العوارض أهلية الوجوب، ولا الأداء، ولكنها تغير بعض الأحكام مع بقائهما -أي أهلية الوجوب والأداء- كما في حالة السفر.

والأهلية ليست درجة واحدة، فكما هي مختلفة في القوة والضعف، باختلاف مراحل الإنسان التي يمر بها، تختلف كذلك أنواعها بين ما ذكره علماء الفقه والشرعية الإسلامية (الفرع الأول)، وما نص عليه المشرع الجزائري (الفرع الثاني).

¹ بوكريزة أحمد، مرجع سابق، ص 41.

الفرع الأول/ أنواع عوارض الأهلية

تقسم العوارض إلى نوعين؛ النوع الأول عوارض سماوية والثاني عوارض مكتسبة، ولا يترتب على هذا التقسيم أي أثر في الأحكام¹، وإنما هو لمجرد الترتيب.

تؤثر هذه العوامل والعوارض والأسباب في تصرفات الإنسان، إلا أن تأثيرها يختلف من حالة إلى أخرى، فبعضها يزيل الأهلية والصلاحية بشكل عام، وبعضها ينقصها، وبعضها يغير في الأحكام وترتيب الآثار المقررة شرعا وقانونا².

أولا/ العوارض السماوية

العوارض السماوية هي المؤثرات في الأهلية الخارجة عن إرادة الإنسان وتصرفه³، أي ليس للإنسان في إصابته بها دخل ولا اختيار⁴، تحصل له من قبل صاحب الشرع (الله تعالى) بدون اختيار منه، ولهذا نسبت إلى السماء، لأن ما لا اختيار للإنسان فيه ينسب إلى السماء لأنه خارج عن قدرته، وأهمها الجنون، والصغر، والعته، والنسيان، والنوم، والإغماء، والحيض، والنفاس، والرق⁵.

1/ عارض الجنون:

أ/ الجنون لغة: من جن؛ وهو الستر، وهو زوال العقل أو فساد فيه⁶.

ب/ الجنون اصطلاحاً: هو مرض يصيب الإنسان فيعطل إرادته وإدراكه بحيث يمتنع عليه التمييز بين الخير والشر والصالح والطالح في كثير من الأحيان، ومن أجل ذلك فإن الذي يترتب على جنون الإنسان هو فقدان أهلية الأداء ويكون حكمه حكم الصغير غير المميز

¹ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، الجزء 2، ص 798.

² حسني محمود عبد الدايم، مرجع سابق، ص 11.

³ ياسين علي فتحي، السكر من عوارض الأهلية، مجلة كلية العلوم الإسلامية، جامعة الموصل، المجلد 11، العدد 2، 1440هـ/2019م، ص 260.

⁴ العربي بختي، مرجع سابق، ص 162؛ محمد سراج، مرجع سابق، ص 83.

⁵ حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 9.

⁶ الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، مرجع سابق، ص 1187؛ أنيس إبراهيم، مرجع سابق، مادة جنن.

وتكون تصرفاته باطلة جميعها¹.

فالمجنون هو من فقد وانعدم تمييزه، فلا يعتد بأقواله ولا أفعاله، وهو محجور لذاته بحكم القانون²، وقد يكون هذا الجنون ممتدا لا تتخلله إفاقة أو متقطعا تتخلله الإفاقة، ويشتبه الجنون المتقطع الذي تتخلله الإفاقة بعض الأمراض النفسية الشديدة³.

2/ عارض الصغر:

أ/ الصغر في اللغة: ضد الكبر⁴.

ب/ الصغر اصطلاحاً: الصغير هو من لم يبلغ من ذكر وأنثى، وهو وصف في الإنسان من حين ولادته إلى أن يبلغ الحلم وسببه عدم تكامل قوى الإنسان البشرية⁵، والصغير تثبت عليه الولاية باتفاق العلماء⁶، لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾⁷، أي اختبروهم في حفظهم لأموالهم حين بلوغهم سن النكاح، فإذا أبصرتم وعلمتم منهم حفظاً لأموالهم وصلاً في تدبير معاشهم فادفعوا إليهم أموالهم⁸.

3/ عارض العته:

أ/ العته لغة: التَّجُنُّنُ والرَّعُونَةُ، وقيل العته الدهش، وقيل: المعثوه ناقص العقل⁹.

ب/ العته اصطلاحاً: اختلال في العقل يجعل صاحبه قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير¹⁰، قد يترتب عليه فقد الإدراك والتمييز، والمعثوه هو الذي تشبه تصرفاته العقلاء أحياناً، وتصرفات

¹ بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 58.

² ياسر محمد سعيد قدو، مرجع سابق، ص 54.

³ محمد سراج، مرجع سابق، ص 83.

⁴ ابن منظور جمال الدين أبو الفضل محمد بن بكر، مرجع سابق، ص 2453.

⁵ جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها والولاية العامة والخاصة وأثرهما في التشريع الإسلامي، عين مليلة- الجزائر، دار الهدى، دون سنة نشر، ص 19.

⁶ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، مصر، المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة 1، الجزء 5، 1315هـ، ص 203؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، مرجع سابق، الجزء 4، ص 325-327.

⁷ سورة النساء، الآية 6.

⁸ فراس وائل طلب أبو شرح، مرجع سابق، ص 24.

⁹ ابن منظور جمال الدين أبو الفضل محمد بن بكر، المرجع السابق، ص 2804.

¹⁰ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص 191.

المجانين أخرى¹، والعته نوعان هما:

- **الأول:** عته لا يبقى معه إدراك ولا تمييز وصاحبه يكون كالمجنون، فتعدم أهلية الأداء دون الوجوب ويكون في حكم المجنون.

- **الثاني:** عته يبقى معه إدراك وتمييز ولكن ليس كإدراك العقلاء، وهذا النوع من العته يكون الإنسان البالغ فيه كالصبي المميز في الأحكام، فتثبت له أهلية أداء ناقصة، أما أهلية الوجوب فتبقى له كاملة².

ويرى الأستاذ "أحمد نشأت": أن العلماء قد اختلفوا كثيرا في وضع التعريف الاصطلاحي للمعتوه وأنهم أخيرا قالوا: إن أحسن ما قيل فيه هو من كان قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التدبير، إلا أنه لا يضرب ولا يشتم، والمعتوه بعيد عن المجنون، وإنما ينقصه الفهم الكافي لإدارة أعماله وتقدير معاملاته لعجز طبيعي فيه أو لضعف طرأ عليه بسبب التقدم في السن وقد يكون هذا النقص في الفهم ضعيفا إلى درجة يأذن له القاضي معها بالعمل، بحيث إذا أقر بكسب أو إرث صح، وليس من الضروري أن تتناول قلة الفهم سائر المسائل العامة البسيطة كمعرفة الأيام والأبناء والأقارب والأمور المنزلية اليومية³.

وعلى ذلك فإن العته كالمجنون هو خلل يصيب العقل، يذهب بسلامة الإدراك، ولكنه يختلف عنه في أن صاحبه لا يكون في حالة هياج، فهو يعد جنون هادئ، والعته مرض عقلي يصيب الشخص عادة بسبب التقدم في السن أو المرض كتصلب شرايين المخ، وإذا كانت الشيخوخة وهي أولى مراحل انحطاط العقل، لا تكفي وحدها للقول بانعدام الإرادة، إلا أنها قد تكون سببا في إصابة الشخص بالعته، كما أن العته من الناحية الطبيعية يختلف عن الجنون في أنه تارة يعدم التمييز عند الشخص، وتارة يحد منه فحسب، وتأخذ الشريعة الإسلامية هذه التفرقة، فتعطي المعتوه في الحالة الأولى حكم الصبي غير المميز والمجنون، وتعطيه في الحالة الثانية حكم الصبي المميز.

¹ نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، عين مليلة - الجزائر، دار الهدى، 2006، ص 286.

² عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 104.

³ نشأت أحمد، العته الموجب للحجر، على الموقع: www.mohamoon.net/law، بتاريخ 2018/08/17، على الساعة 13:22، ص 2.

4/ عارض النسيان:

أ/ النسيان لغة: من نسي المرء الشيء نسيانا أي لم يتذكره، وهو ضد الذكر والحفظ¹.
 ب/ النسيان اصطلاحاً: هو زوال المعلومة عن الفكر وعدم استحضارها عند الحاجة²، وهو آفة تعتري الإنسان وتجعله لا يتذكر الشيء وقت الحاجة إليه، والسهو والشك والنسيان واحد عند الفقهاء من حيث الحكم، لأن الإنسان قلما يخلو من النسيان، وهو غالباً ما يحصل عند تزامن الحوادث، والنسيان أو ضعف الذاكرة عند علماء النفس هو أمانة من أمارات الشيخوخة، كما قال تعالى: ﴿.. وَمِنْكُمْ مَنْ يُرَدُّ إِلَى أَرْدَلِ الْعُمْرِ لِكَيْ لَا يَعْلَمَ بَعْدَ عِلْمٍ شَيْئًا..﴾³، فيقول العلماء إن النسيان لا يؤثر على أهلية الشخص، سواء أكانت أهلية كاملة أو ناقصة، فهو لا ينقص الأهلية ولا يعدمها، ولكن يحد من بعض أحكامها⁴.

5/ عارض النوم: عرفه علماء اللغة بأنه غشية ثقيلة تهجم على القلب فتقطعه عن المعرفة بالأشياء، لهذا اعتبر آفة مزيلة للقوة والعقل⁵، أما اصطلاحاً: فالنائم من حجب حسه فلا يستيقظ، فأختل ضبطه فلا يدري⁶.

فالنوم عارض يصيب كل إنسان ولا يسقط أهلية الوجوب ويؤخر المطالبة بالأحكام حين يستيقظ فيبطل ما يصدر منه حال نومه من أقوال وأعمال إلا ما كان إتلافاً لمال الغير أو عدواناً عليه، فيضمن في ماله فلو انقلب النائم على إنسان فقتله كان فيه الدية ولا قصاص لعدم العمد مثل انقلاب الأم على رضيعها وهي في حالة النوم⁷.

وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نجد أنها لا تصنف النائم مع من غيب عقله، ولا تحكم على تصرفاته سلباً أو إيجاباً، لهذا وجب العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية بشأن ذلك.

¹ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مرجع سابق، ص 274.

² أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي، حاشية الطحطاوي، بيروت - لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م، ص 657.

³ سورة النحل، الآية 70.

⁴ العربي بختي، مرجع سابق، ص 172.

⁵ أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، مرجع سابق، ص 631.

⁶ أحمد بن غنيم النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، دار الفكر، الجزء 1، 1415هـ/1995م، ص 114.

⁷ بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 60 - 61.

6/ عارض الإغماء:

أ/ الإغماء لغة: غمي على المريض، وأغمي مضمومتين: غشي عليه ثم أفاق، ورجل غمي: مغمي عليه للواحد وللجميع، أو هما غميان، وهم أغماء¹، وأغمي عليه: عرض له ما أفقده الحس والحركة.

ب/ الإغماء اصطلاحاً: هو فتور يزيل عمل القوى بغتة فيفقد الوعي دون اختيار منه فيعجز ذو العقل عن استعماله مع قيامه²، مما يعني أنه عارض يمنع فهم الخطاب فوق منع النوم له فيلزمه ما يلزم النوم ولكونه يزيد عنه جعلوه ناقضاً للوضوء في جميع الأحوال حتى في الصلاة³.

وبالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بأحكام فقدان الأهلية، فإننا لا نجد فيها ذكراً للإغماء ولا لحكم تصرفاته باطلة أم جائزة، وكونه يرتفع به التكليف أم لا، لهذا ينبغي العودة في هذا الأمر إلى أحكام الشريعة الإسلامية، حيث اعتبره "ابن رشد" مرضاً من الأمراض التي يرتفع بها التكليف⁴، فحكمه حكم النائم لغياب العقل والإدراك، وبذلك تكون إقراراته وعقوده كلها باطلة كالبيع والشراء والهبة والوقف...⁵.

7/ عارض الرق:

أ/ الرق لغة: الضعف واللين وضد الغلظة⁶.

ب/ الرق اصطلاحاً: هو ضعف حكمي يتهياً الشخص به لقبول ملك الغير له بالاستيلاء عليه

¹ الفيروز أبادي مجد الدين بن محمد بن يعقوب، مرجع سابق، ص 1319؛ مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، مصر، مطابع الدار الهندسية، الطبعة الأولى، 1400هـ/1980م، ص 455.

² عبد العزيز أحمد بن محمد البخاري، مرجع سابق، ص 279؛ هيثم هلال، معجم مصطلح الأصول، مراجعة وتوثيق محمد التونجي، دار الجيل، الطبعة الأولى، 1424هـ/2003م، ص 40.

³ محمد خضري بك، أصول الفقه، تونس، دار المعارف، دون طبعة، 1989، ص 119.

⁴ أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الجواد، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة 1، الجزء 1، 1416هـ/1996م، ص 439.

⁵ صالح بن سعود آل علي، عوارض الأهلية المؤثرة في المسؤولية الجنائية، الرياض، شركة العيبكان للأبحاث والتطوير، الطبعة الأولى، الجزء 2، 1432هـ/2011م، ص 656.

⁶ الفيروز أبادي مجد الدين بن محمد بن يعقوب، المرجع السابق، ص 887-888؛ مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، المرجع السابق، ص 274.

ليصبح مملوكاً¹؛ وهو أن الشرع لم يجعله صالحاً لأمر كثيرة يملكها الحر مثل الشهادة والولاية²، فالرقيق عبارة عن تملك الإنسان للإنسان سواء كان المالك أم المملوك ذكراً أم أنثى فيجوز في الشرع أن يملك الرجل الرقيق من الرجال والنساء، وأن تملك المرأة الرقيق من الرجال والنساء؛ فيمتلك بالاستيلاء كما يملك الصيد وسائر المباحات بالنسبة لأهل الحرب عندنا لأن الحروب هي غالباً ما ينتج عنها الرقيق في السبي وغيره وإنما شرع ذلك جزاء في الأصل لأن الكفار لما امتنعوا عن عبادة الله وتوحيده جزاهم الله تعالى في الدنيا بالرق الذي صاروا به عبيد عبيده حيث ألحقوا بالبهايم في التملك والابتدال ولكونه جزاء من الله للكافر في الأصل لذلك لا يثبت على المسلم ابتداء.

وفي وقتنا الحاضر لا يوجد رقيق في هذا العصر الذي نعيش فيه والفضل في ذلك لله عز وجل صاحب التشريع الذي حث على إعتاق الرقيق كقربى لله عز وجل وكفارة لبعض الذنوب مثل جماع الرجل زوجته في نهار رمضان، أو الظهار³.

8/ عارض المرض:

أ/ المرض لغة: من الضعف والوهن، والمرض كل ما خرج بالكائن الحي عن حد الصحة والاعتدال، والمريض من به مرض أو نقص أو انحراف⁴.

ب/ المرض اصطلاحاً: هو آفة تحصل للجسم تخرجه عن مجراه الطبيعي فتضعفه⁵، والمرض نوعان من حيث الأحكام عند الفقهاء:

- الأول: مرض يتصل بالموت ويسميه الفقهاء (مرض الموت)؛ وهو المرض الذي يكون

¹ عبد العزيز أحمد بن محمد البخاري، مرجع سابق، ص 281.

² سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، مرجع سابق، ص 338.

³ نادي محمد تيسير سمور أبو خلف، الأهلية أقسامها، أطوارها، عوارضها وعلاقتها بقانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا قسم القضاء الشرعي جامعة الخليل، السنة الجامعية 1428هـ/2008م، ص 65.

⁴ الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، مرجع سابق، ص 655؛ مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، مرجع سابق، ص 578.

⁵ عبد العزيز أحمد بن محمد البخاري، المرجع السابق، ص 307؛ سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، المرجع السابق، ص 352.

نتيجته الموت غالباً ولا يشفى منه المريض حتى يقضى عليه بالموت؛ وبتعبير آخر هو مرض يضني الشخص حتى يصبح صاحب فراش ويخاف منه الموت غالباً فلا يقدر على القيام فلا يمر عاماً كاملاً على حاله دون ازدياد.

- **الثاني:** المرض الذي لا يخشى على صاحبه الموت، فيستمر أكثر من عام دون ازدياد، فقد يستمر أعواماً على حاله، أو قد يشفى منه أو يخف المريض من ذلك المرض؛ لأن المرض إذا طال ولم يتغير لا يخشى منه الموت، وكذا إذا قام المريض من فراشه وصلى وهو قائم فلا يصنف على أنه (مرض الموت) فيمكن تسميته بمرض اللاموت¹.

ولكل واحد من هذه الأنواع حكمه وآثاره عند الفقهاء من حيث تصرفات صاحبه ومدى تأثيره في أهلية الشخص، فالمرض يعطل سلوك الإنسان في كثير من أمور معاشه وحياته الطبيعية، وتختلف قوة تأثيره عليه بحسب المرض وبحسب بنية الإنسان نفسه ومدى تحمله لهذا المرض ومقاومته له وفيما إذا أدى به إلى الموت أم لا.

- **أهلية الأصم والأبكم:** الأصم والأبكم عاجز عن التعبير عن أفكاره بالكلام فيستعاض عن ذلك بالإشارة، ونظراً لهذه الإعاقة العضوية لديه يطرح السؤال عما إذا كان يعتبر عديم الأهلية وبالتالي غير قادر على التعاقد، فهل يفقه الأصم والأبكم معنى الالتزام والالتزام المقابل وما يتفرع عنهما من نتائج قانونية؟.

يمكننا القول بالاستناد للآراء الطبية، ولما هو مشاهد في الحياة العامة، أن الأصم أو الأبكم مالكا لقواه العقلية وقادراً على فهم الأعمال التي يقدم عليها، إذ لا تنقصه سوى ملكة الكلام والسمع، وقد تطور تعليم الصم والبكم بالإشارة إلى درجة أصبحوا قادرين على وعي وإدراك الخطاب الموجه إليهم، ولاسيما من يتقن مخاطبتهم بالإشارة وبالتالي فإن الأعمال التي يقدمون عليها تعتبر سليمة من الوجهة القانونية ما لم يقم الإثبات على الغش والخداع والاحتيال، الأمر المعرض له كل إنسان والذي يخوله طلب إبطال الأعمال القانونية التي أقدم عليها بتأثيرها.

- **الضرير (فاقد البصر):** ما قيل عن الأصم والأبكم ينطبق برأينا على الضرير فاقد البصر طالما أنه يتمتع بكامل قواه العقلية؛ ففقدان البصر يشكل عاهة جسدية غير مؤثرة في القوى

¹ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، مرجع سابق، الجزء 6، ص 224.

العقلية، فكم من ضرير متفوق الذكاء والفهم، وبالتالي طالما بإمكان الضرير أن يفقه معنى الالتزام وموضوعه وهو مدرك لنتائج، فإن أهليته كاملة، أما إذا حصل استغلال أو خداع له أو أوقع في الغلط، فإن إبطال العقد ممكن بطلبه كما هو ممكن بطلب أي شخص مكتمل الحواس¹.

فإذا اجتمعت لدى الشخص علتين من هذه العلل الثلاث -الصم، البكم والعمى-²، وتعدر عليه بسببها التعبير عن إرادته، وهو ما يعرف بالمانع الطبيعي من التعبير عن الإرادة، فإنه في سبيل حماية هذا الشخص من أن يقع في خطأ عند التعبير عن إرادته، وإسهاما في تحقيق استقرار المعاملات، ولئلا تكون التصرفات القانونية عرضة للنقض أو الإبطال، أو تتعقد موقوفة³، أجازت بعض التشريعات للقضاء تعيين وصي لهذا الشخص⁴، بينما أجازت تشريعات أخرى إقامة مساعد قضائي يشترك مع هذا الشخص في إبرام التصرفات القانونية⁵.

وما يمكننا قوله في هذا الصدد بالنسبة لأهليته، أنه في حالة العجز الطبيعي يكون تمييز وأهلية الشخص كاملة وإدراكه سليم، ومن ثم تنشأ إرادته وتكون صحيحة، إلا أنه ليس له القدرة في التعبير عنها بشكل صحيح لعللة جسمانية، لهذا تقرر حمايته خشية خطئه في إعلام المتعاقدين الآخر.

9/ عارض الحيض:

أ/ **الحيض لغة:** هو السيالان؛ فالتحييض: التسييل، ومن حاضت المرأة: سال دمها⁶.
ب/ **الحيض اصطلاحاً:** هو دم أسود خاثر يرخيه الرحم إذا بلغت المرأة ثم يعتادها في أوقات

¹ مصطفى العوجي، القانون المدني (العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية)، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 4، الجزء 1، 2007، ص 286-287.

² الشخص الذي نقصده هنا هو كامل الأهلية بأن بلغ سن الرشد ولم يعتري أهليته أي عارض من عوارض الأهلية، وكان لديه علتين من هذه العلل.

³ معتز محمود المعموري، العلة وأثرها في اعتبار التصرفات القانونية، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق جامعة بابل، المجلد السابع، العدد الثاني، 2015، ص 418.

⁴ المادة (104) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

⁵ المادة (117) من القانون المدني المصري؛ والمادتين (39) و(70) من القانون رقم (119) لسنة 1952 المتعلق بأحكام الولاية على المال والمعدل بقرار وزير العدل رقم (9) لسنة 1953، جمهورية مصر العربية.

⁶ الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، مرجع سابق، ص 641.

معلومة¹، أما الاستحاضة فهي الدم الذي يخرج من الفرج دون الرحم². وفي الشرع نجد مفهوم الحيض لا يختلف عن المفهوم اللغوي؛ إذ هو عبارة عن الدم الذي ينفضه رحم المرأة البالغة السليمة عن الداء أي عن النفاس، بعد بلوغها في أوقات معتادة. ويسمى أيضا الطمث، وهو الدم الذي يفرزه غالبا رحم المرأة التي لا داء فيها ولا حبل كل شهر قمري، أثناء فترة نشاطها الجنسي الذي يمتد من سن البلوغ إلى سن الإياس (اليأس)³. وحكمه أن الحيض لا ينقص الأهلية مطلقا، ولكنه كشأن بعض العمليات البدنية التي تعتري الجسم البشري يغير بعض أحكامها في بعض العبادات، إذ لا تصح الصلاة من المرأة الحائض، ويحرم عليها أداؤها كما يحرم عليها الصوم فرضا ونفلا بل عليها تأخيرها، ولا يصح منها إن صامت⁴.

10/ عارض النفاس:

أ/ النفاس لغة: ولادة المرأة، فإذا وضعت فهي نُفساء⁵.

ب/ النفاس اصطلاحا: هو الدم الخارج عقب الولادة من المرأة فيتتنفس الرحم به⁶.

فالنفاس كالحيض، ولكنه كان غذاء يتجمع للولد في بطن أمه فعندما ينتهي دور نمو الولد في الرحم، فإنه يخرج معه وبعده يتتنفس الرحم بنزوله بعد أن كان ممسوكا متحشرا به⁷، وخروج

¹ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري، بيروت- لبنان، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، الجزء 1، 1424هـ/2003م، ص 273؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، مرجع سابق، الجزء 1، ص 188؛ عبد العزيز أحمد بن محمد البخاري، مرجع سابق، ص 312.

² قاسم بن عبد الله القنوني، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، 1424هـ/2004م، ص 14.

³ اليأس: القنوط وهو انقطاع الأمل والرجاء. يراجع: الفيروز أبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، مرجع سابق، ص 582؛ مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، مرجع سابق، ص 684.

⁴ العربي بختي، مرجع سابق، ص 174.

⁵ الفيروز أبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، المرجع السابق، ص 578؛ مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، المرجع السابق، ص 627.

⁶ محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، بيروت، دار المعرفة، دون طبعة، الجزء 3، 1414هـ/1993م، ص 212.

⁷ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، الجزء 1، ص 134.

الولد منه دليل على أن الدم النازل من الرحم بخلاف الحيض هنا إذ لا يوجد في الحيض مثل ذلك¹، وحكم النفاس الذي يعقب الولادة أنه لا ينقص أهلية المرأة، ولكنه يغير بعض أحكامها، مثله مثل الحيض².

11/ عارض الموت:

أ/ الموت لغة: من مات: سكن ونام وبلي وما لا روح فيه، والميت: ضد الحي؛ الذي فارق الحياة³.

ب/ الموت اصطلاحاً: هو انقطاع تعلق الروح بالبدن ومفارقته وتبدل حال⁴، وهو العجز الكلي المضاد للحياة بحيث يصبح المخلوق بلا روح⁵، لقوله تعالى: ﴿الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ﴾⁶؛ فالموت مخلوق فيلزم من وجوده انتفاء الحياة، ويلزم وجود الحياة انتفاء الموت، فالحياة ضد الموت، والموت ضد الحياة.

والموت سواء الحقيقي الذي يكون بخروج الروح من البدن، أو الحكمي الذي يكون بقضاء القاضي معدم للأهلية بنوعيتها -أهلية الوجوب وأهلية الأداء- وهذا لأن مناط أهلية الوجوب هو إدراك ما في الحياة، فإذا انتهت حياة المرء انتهت أهليته كذلك؛ أي إن مات الإنسان حقيقة أو حكماً ألغيت أهليته، ومن ثم انفصلت أمواله عنه، وانتقلت إلى الدائنين والورثة، ولا يستحق منها إلا ما يستعمل في تجهيزه وتكفينه.

وفضلاً عن هذا فإن الميت إذا كان متزوجاً فإن زوجته تنفصل عنه، وبعد انقضاء عدة الوفاة تحل للأزواج، وتتزوج إن أرادت ذلك⁷.

¹ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، مرجع سابق، الجزء 1، ص 300.

² العربي بختي، مرجع سابق، ص 174.

³ الفيروز أبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، مرجع سابق، ص 160 - 161؛ مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، مرجع سابق، ص 594.

⁴ أبو عبد الله شمس الدين محمد بن محمد، مرجع سابق، ص 189.

⁵ عبد العزيز أحمد بن محمد البخاري، مرجع سابق، ص 313؛ سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، مرجع سابق، ص 353.

⁶ سورة الملك، الآية 2.

⁷ العربي بختي، المرجع السابق، ص 175.

12/ عارض الهرم: الهرم هو مرحلة من العمر، تبدأ فيها الوظائف الجسدية والنفسية والعقلية في التدهور بصورة أكثر وضوحاً مما كانت عليه في الفترات السابقة، فمحل الهرم من ذلك كله أن ينظر في عقله، فلا يلحق بالمجنون لأن أصل العقل موجود عند الهرم بخلاف المجنون فالأقرب أن يلحق بالمعتوه، أو الصبي، إذ حكم المعتوه حكم الصبا مع العقل؛ أي لا فرق بين العته والصبا من حيث مناط الأهلية والأحكام؛ فالصبي عديم العقل في أول صباه، ناقص العقل في آخره، والمعتوه إما أن يكون لديه تمييز، وإما أن لا يكون، وهذا الرد إلى أرذل العمر¹، لقوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ ثُمَّ يَتَوَفَّاكُمْ وَمِنْكُمْ مَنْ يُرَدُّ إِلَى أَرْذَلِ الْعُمُرِ لِكَيْ لَا يَعْلَمَ بَعْدَ عِلْمٍ شَيْئًا إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ قَدِيرٌ﴾².

ثانياً/ العوارض المكتسبة

العوارض المكتسبة هي المؤثرات في الأهلية التي للإنسان فيها كسب واختيار³، أي للإنسان دخل في تحصيلها واكتسابها بمحض إرادته⁴، وهي نوعان الأول ما يكون من نفس الإنسان كالسكر والجهل والخطأ والسفر والدين المستغرق، والثاني ما يكون من غيره عليه، وهذا هو كما في الإكراه والإفلاس⁵.

1/ عارض الجهل:

أ/ **الجهل لغة:** الجهل والجهالة؛ ضد العلم والمعرفة⁶.

ب/ **الجهل اصطلاحاً:** اعتقاد الأمر على خلاف ما هو عليه⁷.

¹ صفية علي أحمد الشرع، الهرم عارضا من عوارض الأهلية (دراسة تأصيلية تطبيقية)، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد 9، العدد 4، 1435هـ/2013م، ص 12 - 16.

² سورة النحل، الآية 70.

³ ياسين علي فتحي، مرجع سابق، ص 260.

⁴ العربي بختي، مرجع سابق، ص 162.

⁵ حسني محمود عبد الدايم، مرجع سابق، ص 11.

⁶ الفيروز أبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، مرجع سابق، ص 980؛ مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، مرجع سابق، ص 124.

⁷ عبد العزيز أحمد بن محمد البخاري، مرجع سابق، ص 330؛ سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، مرجع سابق، ص 358.

أما قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا﴾¹، فالجهل الفطري نحن معذورون به، أما الذي نحاسب عليه فهو عدم إزالتنا لهذا الجهل الذي يمكن علاجه بالتعلم وإنما جعل الجهل من العوارض المكتسبة لا السماوية مع أنه موجود في أصل الخلقة، فذلك لأنه يمكن إزالته بالتعلم وكسب العلم، فكان ترك اختيار العلم فيه بمنزلة كسب الجهل؛ فكان من العوارض المكتسبة من هذا الوجه².

والجهل عدة أقسام:

(1) القسم الأول منها لا يكون الجهل فيها عذرا بحال من الأحوال وهي:

- الجهل الذي يكون من مكابرة العقل وترك البرهان في أصل العقيدة، ويدخل في هذا جهل الكفار وجهل أصحاب الأهواء من المبتدعة والبلغاة ونحوهم.
- الجهل الناشئ عن المكابرة ولكن له شبهة في الكتاب والسنة.
- الجهل الناشئ عن اجتهاد في دليل شرعي من حيث لا يجوز الاجتهاد، فهذه الأنواع الثلاثة ليست عذرا بحال من الأحوال وتنفيذ على صاحبها الأحكام الشرعية كما هي.

(2) ثلاثة يعذر فيها الجاهل عذرا متفاوتا:

- الجهل الناشئ عن اجتهاد سائع هو عذر غير مقبول ويجوز القضاء بحسبه.
- الجهل الناشئ عن خطأ وشبهة كمن وطئ أجنبية يظن أنها زوجته.
- الجهل الناشئ عن عدم العلم بالأحكام الشرعية في غير دار الإسلام، كمن أسلم في دار الحرب فشرب الخمر أو فعل ما هو محرم في الإسلام من غير أن يعلم بحرمة، فهذا الجهل عذر مقبول لا يؤاخذ صاحبه، غير أن المقرر في القوانين الوضعية كقاعدة عامة أنه متى نشرت بالطرق المقررة القواعد القانونية من نصوص دستورية أو مراسيم حكومية ... كأن تنشر بالجريدة الرسمية فإن العلم بها يصبح مفروضا بالنسبة للجميع؛ إذ أن الدفع بالجهل بالقانون

¹ سورة النحل، الآية 78.

² عبد العزيز أحمد بن محمد البخاري، مرجع سابق، ص 330.

غير مقبول وهذه القاعدة ثابتة في القوانين الوضعية مدنية كانت أو جزائية ولا يرد على هذه القاعدة إلا استثناءات قليلة جداً¹.

2/ عارض السكر:

أ/ السكر لغة: سكر: نقيض صحا؛ والسكر: أَلْمُءٌ، وهو اختلاط العقل عند الإكثار من شرب الخمر².

ب/ السكر اصطلاحاً: هو فقدان الوعي والإدراك بتناول مادة مسكرة كالخمر ونحوها³، ويعرف بأنه سرور يغلب على العقل بمباشرة بعض الأسباب الموجبة له فيمنع الإنسان عن العمل بموجب عقله من غير أن يزيله⁴، والسكر إنما يكون بالخمر أو بالحبوب المخدرة أو ببعض الأدوية المهدئة التي تستعمل لبعض الأمراض النفسية إذا استعملت لغير المرضى النفسيين⁵، وينقسم السكر إلى قسمين:

- سكر غير محذور: كسكر المضطر إلى شرب الخمر، والسكر الحاصل من الأدوية وحكمه يشبه الإغماء، لا يصح معه تصرف ولا طلاق.

- سكر محرم: وهو لا يبطل التكليف فيلزم السكران الأحكام وتصح عباراته من الطلاق والبيع والشراء، والإقرار وتزويج الصغار والتزوج والإقراض والاستقراض⁶، فالسكران لا يدري ما يقول والفهم مناط التكليف وحيث لا فهم لا تكليف ودليل القائلين بوقوع طلاقه وسائر تصرفاته القولية ومؤاخذته مؤاخذه كاملة على جرائمه لأن السكران هنا هو الذي تسبب في إزالة عقله بمباشرة ما هو محرم عليه فلا يستحق بمعصيته التخفيف، وما نستخلصه أنه إذا تجاوزنا كل هذا فمؤاخذه السكران عن جرائمه تؤيدها قاعدة سد الذرائع إلى المفساد وهي قاعدة تشهد لها أصول الشريعة

¹ أبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق عدنان درويش ومحمد المصري، بيروت- لبنان، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، 1419هـ/1998م، ص 350؛ توفيق حسن فرج، مدخل للعلوم القانونية، بيروت، الدار الجامعية، 1993، ص 397؛ صالح بن سعود آل علي، مرجع سابق، ص 590 إلى 603.

² الفيروز أبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، مرجع سابق، ص 409؛ مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، مرجع سابق، ص 315.

³ العربي بختي، مرجع سابق، ص 176.

⁴ عبد العزيز أحمد بن محمد البخاري، مرجع سابق، ص 352.

⁵ ياسين علي فتحي، مرجع سابق، ص 257.

⁶ محمد خضري بك، مرجع سابق، ص 122-123.

ونصوصها الكثيرة¹.

3/ عارض الهزل:

أ/ الهزل لغة: نقيض الجد فيقول قائل: فلان يهزل في كلامه إذا لم يكن جادا².

ب/ الهزل اصطلاحاً: هو ما يراد بالشيء ما لم يوضع له، أي هو إطلاق اللفظ على وجه لا يراد به معناه الحقيقي³، والهزل لا ينافي أهلية الوجوب والأداء⁴، حيث أن الهزل لا يسقط أهلية الهازل ولا ينقصها، غير أن العلماء قسموا تصرفاته من حيث تأثيرها بالهزل إلى نوعين:

- قسم يقبل الفسخ كالبيع والإجارة ...

- قسم لا يقبل الفسخ كالزواج والطلاق... فهذه التصرفات لا يؤثر فيها الهزل، بل تقع صحيحة، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: "ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة"⁵.

4/ عارض الإكراه:

أ/ الإكراه لغة: الكره بالفتح والضم الإيذاء والمشقة، وبالضم: ما أكرهت نفسك عليه، وبالفتح ما أكرهت غيرك عليه والإكراه في اللغة أيضاً: حمل إنسان على أمر لا يريده⁶.

ب/ الإكراه اصطلاحاً: حمل الغير على ما يكرهه بالوعيد والإلزام والإجبار على ما يكرهه⁷، والإكراه نوعين:

- الإكراه الملجئ: وهو ما يكون بتهديد الشخص في نفسه أو في عضو من أعضائه أو في

¹ محمد تقية، الوجيز في أصول الفقه، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة 11، دون سنة نشر، ص 118.

² أبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق مهدي المخرومي وإبراهيم السامرائي، مؤسسة دار الهجرة، دون طبعة، الجزء 4، دون سنة نشر، ص 14.

³ عبد العزيز أحمد بن محمد البخاري، مرجع سابق، ص 357؛ سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، مرجع سابق، ص 372.

⁴ محمد سراج، مرجع سابق، ص 91.

⁵ أبو داود سليمان بن الأشعث السخستاني، مرجع سابق، ص 666.

⁶ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مرجع سابق، ص 562؛ أحمد بن محمد بن علي الفيومي، مرجع سابق، ص 532.

⁷ علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، دون سنة نشر، ص 31.

جميع ماله¹؛ وهذا النوع من الإكراه يجعل المكره كالألة يحركه المكره كما يشاء فهو يعدم الرضا، ويفسد الاختيار².

- **الإكراه غير الملجئ**: وهو ما يكون التهديد فيه بشيء يمكن احتماله وإن شق الصبر عليه ومعياره ذاتي فما يشق على شخص قد لا يشق على غيره، وهذا الإكراه معدم للرضا غير مفسد للاختيار³.

وحكمه أن الإكراه لا ينافي أهلية الوجوب والأداء لوجود مناطهما وهو الإنسانية والعقل والتمييز⁴ ولكنه يغير بعض أحكامها، وتصرفات الإنسان منها القولي ومنها الفعلي؛ وبالنسبة لتصرفات الشخص القولية، نجد العلماء قد قسموها إلى قسمين:

- **القسم الأول من التصرفات القولية**: عده العلماء لا يقبل الفسخ، ويتمثل ذلك في الزواج والطلاق واليمين، فهذه التصرفات لا وجود للإكراه فيها فهي تصح من المكره ومن غير المكره⁵، وقد ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن طلاق المكره لا يقع، واحتجوا على ذلك بالحديث "إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"⁶، وذهب الحنفية إلى وقوع طلاق المكره، واحتجوا على ما ذهبوا إليه بالقياس، فقد قاسوا المكره على الهازل⁷.

- **القسم الثاني من التصرفات القولية**: فهو في رأيهم يقبل الفسخ، وتصير فاسدة بالإكراه، سواء أكان ملجئ أو غير ملجئ، ويتمثل ذلك في البيع والإجارة ونحوهما. أما بالنسبة للتصرفات الفعلية، فقد قسموها بدورها إلى قسمين أيضا:

¹ بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 67.

² عبد العزيز أحمد بن محمد البخاري، مرجع سابق، ص 1503.

³ بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص 67.

⁴ محمد سراج، مرجع سابق، ص 100.

⁵ العربي بختي، مرجع سابق، ص 181.

⁶ محمد ناصر الدين الألباني، سنن ابن ماجه، تصنيف أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير (ابن ماجه)، الرياض، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، دون سنة نشر، كتاب الطلاق باب طلاق المكره والناسي الحديث رقم (2045)، ص 353.

⁷ يقول ابن ملك في شرحه على المنار "إن هذه التصرفات (يقصد ما لا يقبل الفسخ) لا تحتل الفسخ، وتتوقف على قصد الاختيار، دون الرضا، بدليل أنها لا تبطل بالهزل، فلا تبطل بالإكراه. يراجع: مولى عبد اللطيف الشهير بابن ملك، شرح منار الأنوار في أصول الفقه، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، 1308هـ، ص 370.

- **القسم الأول من التصرفات الفعلية:** يعد فيه المكره كأنه آلة بيد من يكرهه ويرغمه على فعل الشيء، كأن يكره إنسان ما إنسانا آخر على إتلاف ماله، أو إزهاق روحه، ونتيجة هذه الأفعال يتحمل نتائجها الأمر وليس المنفذ، فالقصاص في جريمة القتل يكون بحق الشخص الذي أمر بالقتل، وليس الذي نفذه، أي الذي أكره على القتل.

- **القسم الثاني من التصرفات الفعلية:** لا يصح أن يعتبر المكره فيها آلة بيد المكره، كالسرقة مثلا، إذ تعتبر نافذة على المكره، ولكن لا يجب عليه فيها الحد لوجود الشبهة فيها¹.
وقد نصت المادة (88) من القانون المدني على الإكراه بقولها: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق"².

5/ عارض السفه:

أ/ **السفه لغة:** يقال سَفَها وسَفاهاً وسفاهة: خف وطاش وجهل³.

ب/ **السفه اصطلاحاً:** خفة تعتري الإنسان، فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة، والمراد به هنا ما يقابل الرشد وهو تبذير المال وإنفاقه في غير حكمه، لو في أمور الخير عند الحنفية كبناء المساجد والمدارس والملاجئ⁴.

من حيث أهلية السفه، فإن السفه لا يحدث خلافاً في أهليته، فالسفيه عاقل سواء كان تصرفه في أوجه الخير كبناء المساجد والمدارس، أو في أوجه الشر كالصرف على القمار وشرب المسكرات، وعد السفه من العوارض المكتسبة لأن السفه يعمل باختياره وإرادته إلا أنه لا يعمل وفق مقتضى العقل، وتثبت للسفيه الأهلية بنوعيتها فالسفه لا ينافيها ولكن السفه غير رشيد.

لذلك فهو مخاطب بكل ما يؤاخذ به العقلاء مؤاخذه تامة ويسأل عما يرتكبه من جنایات ويصح زواجه وطلاقه وعتقه وإقراره عن نفسه ويصح يمينه ونذره وتقام عليه الحدود وهو أهل للقصاص بالرغم من أن هذه الجرائم هي من التي تدرأ عنها العقوبات بالشبهات، ولو كان

¹ العربي بختي، مرجع سابق، ص 182.

² القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

³ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 434.

⁴ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، الجزء 4، ص 129 - 130.

السفيه ناقص الأهلية لما صح منه ذلك¹.

6/ عارض الخطأ:

أ/ الخطأ لغة: ضد الصواب؛ وليس ضد العمد.

ب/ الخطأ اصطلاحاً: هو كل تصرف يصدر عن الإنسان بغير قصده، وقد ذكر الخطأ في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً﴾²، وعن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"³.

يرى علماء الشرع أن الخطأ في القول أو الفعل لا يفقد أهلية الشخص ولا ينقصها، ولكنه يغير بعض أحكامها، فبالنسبة للعقوبات كالقصاص والحدود يعتبر الخطأ فيها شبهة، فيسقط منها بالخطأ ما يسقط بالشبهة، وما لا يسقط بالشبهة منها فلا أثر للخطأ فيه.

أما بالنسبة لحقوق العباد، فإنه لا أثر للخطأ فيها مطلقاً، فإذا اتلف إنسان مالا يملكه غيره، وهو يظن أنه ماله، فإنه يضمنه ولا يعفى فيه عن خطئه⁴، فهو عذر صالح لسقوط المؤاخذه عن العبد فيما بينه وبين الله سبحانه، وأما في حقوق العباد فيسقط عنه الإثم المترتب على الفعل إذا تعدى عليهم، ويترتب في ذمته الضمان⁵.

7/ عارض الردة:

أ/ الردة لغة: ارتد الشخص أي رد نفسه إلى الكفر، والردة هي الارتداد عن الدين⁶، وقطع الإسلام بنية أو قول أو فعل بعد اعتناقه، كسجود لصنم واستخفاف بالمصحف ونحو ذلك.

ب/ الردة اصطلاحاً: هي الخروج عن الإسلام بالاعتقاد أو بالأقوال أو بالأفعال إلى غيره من الأديان⁷، ولا يحكم على شخص بالردة إلا إذا كان بالغاً وعاقلاً غير مجنون، وقاصداً الكفر

¹ بوكريزة أحمد، مرجع سابق، ص 46.

² سورة النساء، الآية 92.

³ محمد ناصر الدين الألباني، مرجع سابق، ص 353.

⁴ العربي بختي، مرجع سابق، ص 180.

⁵ فراس وائل طلب أبو شرح، مرجع سابق، ص 31.

⁶ أبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، مرجع سابق، ص 7.

⁷ أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، تحرير ألفاظ التنبيه، تحقيق عبد الغني الدقر، دمشق، دار القلم، الطبعة 1، 1408هـ، ص 312.

باختياره، وغير مكره عليه، والردة لا تفقد الأهلية ولا تنقصها، ولكنها تغير بعض أحكامها ولهذا نجد أنهم قسموا تصرفات المرتد عن الإسلام إلى أربعة أقسام:

- **القسم الأول:** منها لا يعتمد على تمام الولاية، كقبول الهبة والطلاق... فهذه تنفذ ولا أثر للردة عليها.

- **القسم الثاني:** وهو ما يعتمد من التصرفات على اعتناق دين من الأديان، مثل الإرث والزواج والذبح وغيرها... فهذه التصرفات الفعلية لا تصح من المرتد عن الإسلام لأنه بخروجه من الملة أصبح كمن لا دين له ولو تنصر أو تهود.

- **القسم الثالث:** هو يعتمد من التصرفات على المساواة بين المتعاقدين في الدين، وهو شركة المقايضة ونحوها....

- **القسم الرابع:** وهو عقود المعاوضة، وعقود التبرع كالهبة والإجارة والوصية ونحو ذلك.

والذي يجدر ذكره في مسألة ردة الشخص أنه إذا تم الحكم بردته وقام بالفرار إلى دار الكفر فإنه يعتبر كالميت، ومن ثم تسقط أهليته بقسميها، ثم تقسم تركته، وتتزوج امرأته بعد أن تنتهي العدة¹.

8/ عارض السفر:

أ/ **السفر لغة:** ضد الحضر²، وهو الخروج للارتحال وقطع المسافة.

ب/ **السفر اصطلاحاً:** قصد المسير من موضع إلى موضع مسيرة ثلاثة أيام سير الإبل والماشي على قدميه³، والرجل ما دام غريباً عن أهله وبلده يعتبر مسافراً لأن السفر غالباً ما يكون به مشقة حتى لو كان بوسائل حديثة مثل الحافلة أو القطار أو الطائرة، ولذلك جعل السفر سبباً للرخص وأقيم مقام المشقة، حتى إن هذه المشقة تكون موجودة في السفر ولو قدمت له كل وسائل الراحة في السفر فلا بد أن تلحق به مشقة مقارنة بمكان إقامته⁴، فالسفر يعتبر

¹ العربي بختي، مرجع سابق، ص 183.

² الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، مرجع سابق، ص 408؛ مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، مرجع سابق، ص 312.

³ عبد العزيز أحمد بن محمد البخاري، مرجع سابق، ص 376؛ سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، مرجع سابق، ص 386.

⁴ نادي محمد تيسير سمور أبو خلف، مرجع سابق، ص 79.

سببا للترخص بخلاف المرض لأنه لا ضابط له، فالذي به برص تظل الصلاة مفروضة عليه أربع ركعات في صلاة الظهر بخلاف المسافر لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته"¹، وما دام أنه صدقة وقد أمر صلى الله عليه وسلم بالقبول فنتوقف تلك الرخصة على القبول ولا تحتل الرد.

الفرع الثاني/ تقسيمات المشرع الجزائري لعوارض الأهلية

العارض من عوارض الأهلية عامل طبيعي، أو جسماني يصيب الشخص في عقله واتزانته²، فهي ما يؤثر في أهلية الإنسان بما يزيلها أو ينقصها، والعوارض المقصودة هي الخارجة عن إرادة الشخص، وهي المذكورة في النص: صغر السن، أو الجنون، أو العته، أو السفه³، فقد يبلغ الشخص التاسعة عشر كامل الأهلية، ثم يطرأ عليه عارض من عوارض الأهلية يؤثر في تمييزه، فيفقد أو ينقص منه، ويميز القانون الجزائري بين نوعين من هذه العوارض.

أولا/ تحديد العوارض التي تعدم الأهلية

العوارض التي تعدم الأهلية تشمل العوارض التي تصيب الشخص في عقله فتذهب بأهليته كلية، وهذه العوارض هي الجنون والعته لأن كلا منهما عاهة تلحق عقل الإنسان فتعدم فيه الإدراك والتمييز معا، ومن ثم لا يكون المجنون أو المعتوه أهلا لمباشرة حقوقه المدنية، ويأخذ حكم الصبي غير المميز⁴.

1/ الجنون: الأصل أن يكون الشخص أهلا لمباشرة حقوقه المدنية، فإذا بلغ وكان متمتعا بقواه العقلية يكون كامل الأهلية، وهذا ما نص عليه القانون المدني الجزائري بأن كل شخص بلغ سن

¹ مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، دون سنة نشر، كتاب صلاة المسافرين وقصرها باب صلاة المسافرين وقصرها الحديث رقم (686)؛ أبو داود سليمان بن الأشعث السخستاني، مرجع سابق، كتاب صلاة السفر باب صلاة المسافرين الحديث رقم (1199).

² أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوداني، مصر - الإمارات، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2014، ص 399.

³ نجيمي جمال، مرجع سابق، ص 237.

⁴ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوداني، المرجع السابق، ص 399.

الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسع عشرة (19) سنة كاملة، ولا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر سنه أو عته أو جنون¹.

يعد الجنون أحد العوارض التي تؤثر في العقل، ولم تتطرق القوانين المدنية العربية إلى تعريف الجنون وإنما تركت ذلك إلى الفقه القانوني الذي استمد ذلك من الشريعة الإسلامية فقد عرفه الدكتور "أحمد حشمت أبو سنتيت" بأنه: "اضطراب في العقل يجعل الشخص فاقداً للتمييز"²، كما عرفه الدكتور "أنور سلطان" بأنه: "مرض يعتري الشخص يؤدي إلى زوال العقل"، إن التعريف الأخير للجنون ليس دقيقاً، ذلك أن الجنون ليس مرضاً محدد الأعراض كما لاحظنا ذلك وإنما هو مصطلح يطلق على سبيل العموم على العديد من حالات الاضطراب والنقص العقلي³.

وللجنون في الشريعة الإسلامية والقانون عدة تقسيمات⁴؛ فمن حيث وقت حدوثه يكون على نوعين:

أ/ جنون أصلي: ويكون إذا ولد الشخص أصلاً وهو فاقداً لقواه العقلية.

ب/ جنون طارئ: ويكون إذا ولد الشخص متمتعاً بقواه العقلية، ولكن يحدث أن يطرأ مرض أو عاهة يعيق نمو القوى العقلية للشخص فيؤدي إلى زوالها أو نقصها بشكل كبير يفقد الشخص تمييزه، أي أن يبلغ الشخص عاقلاً ثم يطرأ عليه الجنون بعد البلوغ.

أما من حيث استمرار الجنون فيقسم إلى نوعين أيضاً:

أ/ الجنون المطبق: هو الجنون الذي لا يعقل صاحبه شيئاً، ويستوعب كل أوقات المريض ويعبر عن صاحبه بالمجنون المغلوب.

ب/ الجنون غير المطبق أو المتقطع: هو الجنون الذي لا يعقل صاحبه شيئاً، ولكنه جنون غير مستمر فقد يجن الشخص مدة من الزمن ويفيق أخرى، فيفقد هما الشخص إدراكه وتمييزه

¹ المادتين (40) و (42) من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

² أحمد حشمت أبو سنتيت، القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، مطبعة مصر، الطبعة 2، 1954، ص 135.

³ ندى سالم حمدون ملا علو، أثر الأمراض النفسية في التصرفات القانونية (دراسة مقارنة)، مصر - الإمارات، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، 2012، ص 103.

⁴ عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص 585.

في مدد الجنون ويستعيدهما في مدد الإفاقة¹، وهكذا فإن الجنون المطبق يعدم الأهلية تماماً وأما الجنون غير المطبق أو المتقطع، فإن العلماء قالوا: إذا طرأ على الشخص الجنون المتقطع يعد كالجنون جنونا مطبقا، وإذا زال عنه يعد كالسليم منه فتكون للمتمتع بعقله أهلية كاملة إذا كان بالغاً، أو أهلية ناقصة إذا كان مميزاً. وقد ذكر العلماء أن اللوم طرف من الجنون والملموم هو من أصابه مس من الجن أو خبل وكذلك الصرع الذي يعتري الإنسان، فإذا فاق منه عاد إليه كمال عقله.

كما عد الخرف جنونا، لأن بينهما تقارب واعتبروا أن الخرف رتبة متوسطة بين الإغماء والجنون، وهي إلى الإغماء أقرب².

إذا الجنون عارض يصيب الشخص في عقله فيذهب بأهليته أي يعدم الإدراك والتمييز عنده، وبالتالي تنعدم فيه أهلية الأداء، وتحديد الجنون في الشخص وعدمه متروك لقاضي الدعوى وله أن يستعين بالمتخصصين في هذا الشأن³.

2/ العته: هو آفة تعتري العقل فتوجب خللا فيه، ومن ثم تنقصه، وتجعل المصاب به متخلفاً عقلياً، أو ضعيف الملكات العقلية، بحيث يستطيع الإدراك والتمييز إلى حد ما، ولكن ذلك لا يرقى إلى تدبير الأمور تدبيراً سليماً والحكم عليها حكماً صحيحاً، إلا أن بعض حالات العته تصل إلى درجة زهاب العقل، فيصير المعتوه فيها كالمجنون، ويسري على المجنون وإن اختلف عنه في كون جنونه يتسم بالهدوء⁴.

وعرف المعتوه بالذي تشبه تصرفاته العقلاء أحيانا وتصرفات المجانين أحيانا أخرى⁵ وقال "الرجاني" في التعريفات: المعتوه هو من كان قليل الفهم مخلط الكلام فاسد التدبير⁶، إلا

¹ ندى سالم حمدون ملا علو، مرجع سابق، ص 103-104؛ جمعة سمحان الهلباوي، مرجع سابق، ص 31-32.

² العربي بختي، مرجع سابق، ص 165-166.

³ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوداني، مرجع سابق، ص 392.

⁴ العربي بختي، المرجع السابق، ص 167-168.

⁵ طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار الخلدونية، الطبعة 1، 2009، ص 176.

⁶ علي بن محمد السيد الشريف الرجاني، مرجع سابق، ص 186.

أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون فتصرفاته لا يصحبها هياج¹، وأضاف "المناعي": المعتوه هو من كان قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التدبير، ضعيف الرأي، ناقص العقل².

وعلى ذلك، فإن العته كالجنون هو خلل يصيب العقل ولكنه يختلف عنه في أن صاحبه لا يكون في حالة هياج، فهو عبارة عن جنون هادئ، والعته مرض عقلي يصيب الشخص عادة بسبب التقدم في السن أو المرض كتصلب شرايين المخ، وإذا كانت الشيوخوخة وحدها وهي أولى مراحل انحطاط العقل، لا تكفي وحدها للقول بانعدام الإرادة، إلا أنها قد تكون سببا في إصابة الشخص بالعته³.

كما أن العته يختلف عن الجنون في أنه تارة يعدم التمييز عند الشخص، وتارة يحد منه فحسب، فتعطي المعتوه في الحالة الأولى حكم الصبي غير المميز والمجنون، وإذا كان يصحبه تمييز فالمعتوه قاصر الأهلية يأخذ حكم الصبي المميز، وتأخذ الشريعة الإسلامية بهذه التفرقة⁴.

أما القانون الجزائري فقد جعل العته كالجنون، وسأوى بينهما في الحكم، حيث جاء في المادة (42) من القانون المدني: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون"⁵، ونصت المادة (85) من قانون الأسرة على أنه: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة، إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه"⁶.

وعليه نصت المادة (44) قانون مدني جزائري على أنه: "يخضع فاقدا الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة، ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في

¹ عبد العزيز سليم، الدفع بالجنون أو الدفع بعدم المسؤولية بسبب الجنون في القضايا الجنائية والمدنية والشرعية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1998، ص 8.

² عبد الرؤوف بن المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق عبد الحميد صالح حمدان، القاهرة، عالم الكتب، الطبعة الأولى، 1410هـ/1990م، ص 309؛ مندر الفضل، مرجع سابق، ص 162.

³ بوكريز أحمد، مرجع سابق، ص 44.

⁴ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، القاهرة، دار الفكر العربي، دون طبعة، 1416هـ/1996م، ص 283.

⁵ القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

⁶ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

القانون"¹، فمن خلال هذه النصوص يتبين لنا أن المشرع اعتبر العته عارضا من العوارض المعدمة للأهلية.

ثانيا/ تحديد العوارض التي تنقص الأهلية

تشمل العوارض التي تصيب الشخص في تقديره وتدبيره، فتتقص من أهليته وهي السفه والغفلة، وشأن السفه وذي الغفلة شأن الصبي المميز الذي لم يبلغ سن الرشد²، هذه العوارض تنقص الأهلية ولكن لا تعدها، وتتمثل هذه العوارض المنقصة للأهلية في السفه والغفلة.

1/ السفه: السفه هو الذي لا يحسن إدارة ماله فينفقه فيما لا يحل، ويعمل فيه بالتبذير والإسراف³، والسفه آفة عارضة، وانفعال مؤقت، يحمل الإنسان على عدم إدراك منفعه في لحظة ما، فيتصرف كمن لا عقل له، فيبذر ماله ويتلفه⁴، فلا يدفع له ماله قبل البلوغ بدليل قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَنْسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا ﴾⁵، وقد عد السفه من العوارض المكتسبة، لأن السفه يعمل باختياره ورضاه على خلاف مقتضى العقل⁶.

وقد جعل المشرع الجزائري السفه ناقص الأهلية في نص المادة (43) من القانون المدني بقوله: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا للقانون"⁷، وقد أخضعه المشرع الجزائري إلى أنظمة الولاية والوصاية والقوامة على غرار بقية العوارض، فنصت المادة (81) من قانون الأسرة على أنه: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر في السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون"⁸.

2/ الغفلة: ذو الغفلة هو الذي يسهل خداعه ولا يقدر عواقب الأمور، ويرجع ذلك لضعفه

¹ القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

² أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوداني، مرجع سابق، ص 399.

³ جمعة سمحان الهلباوي، مرجع سابق، ص 39.

⁴ العربي بختي، مرجع سابق، ص 177.

⁵ سورة النساء، الآية 6.

⁶ عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 118.

⁷ القانون المدني الجزائري، المصدر السابق.

⁸ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

الذهني¹، فلا يهتدي إلى التصرفات الرباحة المفيدة فيجبن في المعاملات لسلامة قلبه ونيته غبنا فاحشا²، والغفلة في رأي العلماء صورة من صور ضعف الملكات العقلية، ومن سماتها أنها لا تؤثر في العقل ولا تخل به، لكنها من جانب آخر تؤثر في حسن الرأي ومعرفة المصلحة فيصبح من أصيب بالغفلة لا يحسن تقدير الأمور تقديرا سليما، ولا يهتدي إلى ما ينفعه بسبب ضعف الإدراك³.

ومناطق التفرقة بين السفه والغفلة وإن كانا يشتركان في معنى واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس إلا أن الصفة المميزة للسفه هي أنه صفة تعتري الإنسان فتحمله على تبذير المال وإنفاقه على خلاف مقتضى العقل والشرع، أما الغفلة فتعتبر صورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية التي ترد على حسن الإدارة والتقدير⁴، فذو الغفلة ليس بمفسد لماله ولا يقصد الفساد⁵.

وعليه فإن رجال القانون يجمعون بين السفه والغفلة باعتبارهما عارضا من عوارض الأهلية، ولأن الغفلة يقصد بها سهولة التردّي في الغبن لسلامة القلب والنية وبساطة العقل وعدم كمال التمييز بين الربح والخاسر من التصرفات⁶.

حدد المشرع الجزائري أهلية المغفل في نص المادة (43) من القانون المدني بقوله "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"، ووفقا لنص المادة (79) من القانون المدني فإنه: "تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة"⁷، وبالرجوع إلى نص المادة (85) من قانون الأسرة فإنه:

¹ لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2014، ص 295.

² منذر الفضل، مرجع سابق، ص 163.

³ العربي بختي، مرجع سابق، ص 175.

⁴ كمال حمدي، الولاية على المال، الإسكندرية، منشأة دار المعارف، 2003، ص 203؛ عبد العزيز سليم، مرجع سابق، ص 11.

⁵ أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد (الولاية والوصاية وشؤون القاصرين والإرث والتخارج)، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1433هـ/2012م، ص 63.

⁶ حسن كيرة، المدخل إلى القانون، الإسكندرية، منشأة المعارف، الطبعة 5، ص 587.

⁷ القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

"تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه"¹، وعلى ذلك فقد سوى المشرع الجزائري بين كل من القاصر المميز والسفيه وذو غفلة في اعتبارهم جميعا ناقصي الأهلية.

ثالثا/ سن التمييز وعلاقته بعوارض الأهلية

1/ معنى التمييز: المقصود بالتمييز هو أن يصبح للصغير بصر عقلي يمكنه من التمييز بين الحسن والقبيح من الأمور، وبين الخير والشر، والنفع والضرر، وإن كان هذا البصر غير عميق وهذا التمييز غير تام ولا مستوعبا للنتائج، لأنهما ينبعان عن عقل غض لم ينضج بعد، ولم تكتمل استنارته²، ويصبح الصغير مميزا عندما يستطيع أن يعرف ويميز بين ما ينفعه وما يضره، وأن يستغني عن غيره عند الأكل والشرب وقضاء الحاجة³.

فإذا شب الطفل وصار صيبا بأن ترقى من أولى درجات الصغر إلى ما بعدها، وظهر فيه شيء من آثار العقل، وصار عارفا للمراد من العقود ولمعاني الألفاظ والعبارات الدالة عليها والمستعملة فيها، فقد أصاب بذلك نوعا من أهلية الأداء.

لكن نظرا لكون عقله لا يزال ناقصا لم ينضج بعد، عومل في التزاماته وتصرفاته معاملة وسطا بين الصغير غير المميز والبالغ العاقل الراشد⁴.

2/ بداية سن التمييز: ليس لبداية سن التمييز الحقيقي سن معينة من عمر الإنسان أو علامة طبيعية، لأنه أمر نفسي خفي، فهو قد يبكر وقد يتأخر بحسب اختلاف استعداد الإنسان وبيئته ودرجة ذكائه ومواهبه العقلية.

ويعرف التمييز بآثاره التي تبدو في تصرفات الطفل وهذه الآثار لا تظهر دفعة واحدة بل تظهر تدريجيا، إذ تسبقه آثار من التعقل تقاربه كحبات العقد تشابه كل منها التي قبلها والتي بعدها، لأن كل واحدة منها أكبر مما قبلها قليلا وأصغر مما بعدها قليلا، ولكن الفرق بين اثنتين متباعدتين يظهر كبيرا، وبذلك تتشابه أوائل طور التمييز بأواخر طور عدم التمييز الذي

¹ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

² مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، الجزء 2، ص 759.

³ نجيمي جمال، مرجع سابق، ص 237.

⁴ أحمد إبراهيم، الأهلية وعوارضها في الشرع الإسلامي، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الأولى، العدد 1، ص 360.

قبله، فلو جعل الانتقال من طور عدم التمييز منوطا بظهور آثار التمييز نفسه لكان المناط غير منضبط وحدود الأهلية الجديدة غير واضحة البداية، لذلك لم ينط الشارع أحكام التمييز بحقيقة التمييز لأن الأحكام تضطرب حينئذ¹.

ومن أجل ذلك جعل الشارع سنا معينة من عمر الإنسان لتكون بداية لسن التمييز وثبتت عندها الأحكام، فاعتبر المشرع الجزائري تمام الثالثة عشرة (13) سنة من العمر هو الوقت الذي يعتبر فيه الطفل مميزا، فقد نصت المادة (2/42) من القانون المدني على أنه: "يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة (13) سنة"، ونصت المادة (43) كذلك أنه: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد... يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"²، فطبقا لمفهوم المخالفة لنص المادة (2/42)، وإعمالا لمقتضى المادة (43) السابقة، فإن سن التمييز محددة في القانون الجزائري ببلوغ الشخص تمام الثالثة عشر (13) سنة.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اعتبروا تمام السابعة من العمر في الحالة الطبيعية السليمة هو الوقت الذي يعد فيه الصبي مميزا، مستنديين في ذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم "مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع"، ففهموا من ذلك أن بداية سن التمييز في نظر الشارع هو تمام السابعة (7)، إذ هي السن التي تصح من الصبي الصلاة فيها، فمن بلغها كان ناقص أهلية الأداء³.

3/ التعريف بالصبي المميز: هو الذي بلغ سنا أصبح يميز فيها بين معاني ألفاظ العقود⁴، وقد عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية، بأنه هو الذي يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له بمعنى أن البيع يسلب ملكية المبيع من البائع والشراء يدخل المبيع في ملك المشتري، وأن يعلم

¹ محمد سعيد جعفر، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، الجزائر، دار هومة، 2002، ص 11.

² القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

³ نلاحظ أن بعض التشريعات العربية سلكت ما ذهب إليه الفقه الإسلامي في تحديد سن التمييز بتمام السابعة (7) من العمر مع رفع سن الرشد إلى عشرين (20) أو واحد وعشرين (21) سنة، فمثلا المادة (2/45) من القانون المدني المصري التي تحدد سن التمييز بتمام السابعة (7)، والمادة (2/44) منه التي تحدد سن الرشد ببلوغ الشخص إحدى وعشرين (21) سنة.

⁴ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 270.

الغبين الفاحش من اليسير، ويقصد به تحصيل الربح والزيادة¹.

رابعاً/ مدى تعرض أنواع الأهلية للعوارض

1/ أهلية الأداء: عوارض الأهلية إنما تؤثر في أهلية الأداء لا غير، فتفقدها أو تنقصها، أو تحد من صلاحياتها لبعض الأحكام.

2/ أهلية الوجوب: لا يؤثر فيها أي عارض من العوارض، لأن مناطها هو الحياة الإنسانية وهي لا تتأثر أصلاً بهذه العوارض، أما أهلية الأداء مناطها العقل والتمييز، وهما قد يتأثران بهذه العوارض كلياً أو جزئياً، فجعلت لذلك هذه العوارض؛ عوارض لأهلية الأداء خاصة².

وعليه فإن عوارض الأهلية ليست أمور أصلية، وإنما طارئة تعترض الأشخاص ولا تكون عامة قد تكون مستمرة وقد تكون مؤقتة، ولها قابلية التأثير على عقل وتمييز الشخص فتعدم قدرته أو تنقص منها، ولذلك نجد النوم والموت مثلاً لا تكون عارضا لأنها من الأمور التي يمر بها كل إنسان في حياته، ولا تكون طارئة عليه، حيث أن انعدام تمييز الإنسان وقت نومه لا يمكن اعتباره عارضا، وإن اعتبرت تصرفاته وقت نومه غير صحيحة وذلك لفقدان الرضا والاختيار بسبب النوم وليس لنقص في أهلية النائم.

¹ أحمد أبو الفتح، المعاملات في الشريعة الإسلامية، دون طبعة، الجزء 1، دون سنة نشر، ص 144؛ عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، طبعة 1969، ص 258.

² محمود مفلح موسى الذيابات، تصرفات المعتوه في المعاملات المالية (دراسة فقهية)، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات الفقهية والقانونية جامعة آل البيت، السنة الجامعية 2010/2009، ص 20؛ العربي بختي، مرجع سابق، ص 162.

الفصل الثاني

نطاق ارتباط الأهلية بعقود التبرعات

لقد فطر الله الخلق على احتياج بعضهم لبعض، فالكل يعمل في عمله متعاوناً مع غيره في مهنته وهذه حكمة الله في خلقه لتسيير هذه الحياة الدنيا، لذلك كان لابد من ضوابط بينهم تنظم هذه العلاقات القائمة على التمليك والأعيان والمنافع وغيره؛ فوضع الشارع ما يسمى بالعقود والتي قوامها تصرفات الإنسان في معاشه ما بين بائع أو مشتري أو صانع ونحو ذلك وأخضع ذلك كله لنص الشارع¹، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾²، وقوله: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ﴾³، وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "رحم الله رجلاً، سمحاً إذا باع، وإذا اشترى، وإذا اقتضى"⁴.

وقد شرع الإسلام عقود التبرعات كضمان اجتماعي مراعاة لمصالح الناس، ودعماً لقيم التكافل والمودة في المجتمع لأنها عقود تنظم المعاملات المالية الإحسانية، التي يجريها المتبرع بإرادته الحرة تقرباً إلى الله، وهي عقود ملزمة، ومن العقود التي تدخل ضمن عقود التبرعات في قانون الأسرة الجزائري (الهبة، الوقف، الوصية)، والتي ستكون محل دراستنا في هذا الفصل.

ورغم ما لعقود التبرعات من أهمية، إلا أنها قد تبطل أو تعاب بتعرض أحد أطرافها لعارض من عوارض الأهلية أو عيب من عيوب الإرادة، ويعتبر التبرع في الشرع عقداً يكون فيه النفع لأحد المتعاقدين دون الآخر يقوم على أساس المنحة أو المعونة من أحد الطرفين، فما هي عقود التبرعات (المبحث الأول)، وكيف نظمها المشرع الجزائري (المبحث الثاني).

¹ إياد إبراهيم محمد عودة، أثر الإكراه على المعاملات المالية (دراسة فقهية مقارنة)، مذكرة الماجستير في الفقه المقارن، كلية التربية - قسم الدراسات الإسلامية، جامعة الأزهر غزة، السنة الجامعية 1433هـ/2012م، ص 127.

² سورة المائدة، الآية 1.

³ سورة النحل، الآية 91.

⁴ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، مرجع سابق، كتاب البيوع باب السهولة والسماحة في الشراء والبيع الحديث رقم (2076)، ص 391 - 392.

المبحث الأول

التعريف بعقود التبرعات

قسم الفقهاء المعاملات المالية باعتبار طبيعتها إلى أقسام متعددة وهي المعاوضات، والتبرعات، والتملكات، والإسقاطات، والإطلاقات، والتقييدات، والمشاركات، والتوثيقات، والاستحفاظات، ولكل نوع مميزات يمتاز بها عن غيره¹، وعقود التبرعات هي ما يهمننا في بحثنا، فما هو المقصود بعقود التبرعات؟.

¹ التملكات: وهي ما يقصد بها تملك شيء، عين أو منفعة، فإن كان التملك بعوض فهي عقود المعاوضات؛ كالبيع والإجارة... ونحوها مما فيه معاوضة ومبادلة بين الطرفين، وإن كان التملك مجاناً بغير عوض فهي عقود التبرعات؛ كالهبة والوقف....

– الإسقاطات: وهي ما يقصد بها إسقاط حق من الحقوق سواء ببذل أو بدون بدل، فإن كان الإسقاط بدون بدل من الطرف الآخر فهو الإسقاط المحض؛ كالإبراء عن الدين، والتنازل عن حق الشفعة، وإن كان الإسقاط ببذل أو عوض من الطرف الآخر، فهو إسقاط المعاوضة؛ كالصلح في الدين والعفو عن القصاص بالدية.

– الإطلاقات: وهي التي يكون المقصود منها إطلاق يد الإنسان في تصرف لم يكن ثابتاً له من قبل ذلك كعقد الوكالة والقضاء والإمارة والمضاربة والإيصاء.

– التقييدات: هي منع الشخص من التصرف كانت يده قد أطلقت فيه؛ كعزل الوكيل، والحجر على المأذون بالتجارة؛ بسبب الجنون أو العته أو السفه...

– التوثيقات: هي التي يقصد بها ضمان الديون لأصحابها، وتأمين الدائن على دينه، وهي الكفالة والحالة والرهن، وتسمى هذه العقود (التأمينات أو عقود الضمان).

– المشاركات: هي التي يقصد بها المشاركة في المال والعمل والريح؛ كعقود الشركات بأنواعها، ومنها المضاربة والمزارعة والمساواة.

– المحفوظات: هي التي يراد منها حفظ المال لصاحبه؛ كعقد الإيداع، وبعض خصائص الوكالة.

يراجع: وهبة الزحيلي، مرجع سابق، الجزء 4، ص 244-245؛ عبد الودود السريتي، المدخل لدراسة بعض النظريات في الفقه الإسلامي، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1997، ص 200؛ عبد الستار أبو غدة، بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، الناشر بيت التمويل الكويتي، 1993م/1413هـ، ص 151-155؛ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، الجزء 1، ص 304؛ محمد عثمان بشير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية (المال-الملكية-العقد)، الأردن، دار النفائس للنشر والتوزيع، الطبعة 2، 1430هـ/2010م، ص 44.

المطلب الأول

المقصود بعقود التبرعات

للعقد أنواع؛ وكل نوع يضم مجموعة من العقود لها ما يميزها عن غيرها من العقود الأخرى بخصائص وأحكام، ومن هاته الأنواع: عقود التبرعات مثل عقد الهبة، الوصية والوقف والوكالة بدون أجر، والعارية، والقرض بدون أجر وغيرها.. وتقابلها عقود المعاوضات مثل البيع والإيجار وغيرها، ونظرا لما تتميز به عقود التبرع من أحكام كثيرة، تختص بها عن سائر العقود الأخرى، لابد في دراستنا لها من فهم مصطلح العقد وتعريفه (الفرع الأول)، من ثم نتناول مفهوم التبرع (الفرع الثاني).

الفرع الأول/ تعريف العقد

ل للوصول لمعنى العقد يجب تعريفه لغة واصطلاحا، ومن ثم نعرفه من الجانب القانوني.

أولا/ التعريف اللغوي للعقد

العقد في اللغة هو: نقيض الحل؛ عقده يعقده عقدا وتعقدا، ومن معاني العقد العهد، التوكيد، الالتزام، الإيجاب، الربط¹. ويقال: عقد النية على فعل كذا، إذا أكدها وقواها، وفي هذا المعنى قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾²، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجْلَهُ﴾³

وعلى هذا فالعقد في اللغة يطلق على كل ما يدل على الالتزام سواء أكان من جانبيين أو من جانب واحد لوجود معنى الربط والأحكام⁴.

¹ ابن منظور جمال الدين أبو الفضل محمد بن بكر، مرجع سابق، ص 3030 - 3031؛ أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، مرجع سابق، ص 421.

² سورة المائدة، الآية 89.

³ سورة البقرة، الآية 235.

⁴ عبد الودود السريتي، مرجع سابق، ص 79.

ثانيا/ التعريف الاصطلاحي للعقد

إن المتتبع لأقوال الفقهاء عند كلامهم على العقود يجد أن مدلول العقد في الاصطلاح لا يبعد عن معناه اللغوي وإن كان أخص منه، فهو عندهم يدور حول معنيين أحدهما عام والآخر خاص¹، وفيما يلي تفصيل ذلك.

عرف العقد عند الحنفية: بأنه تعلق كلام أحد العاقلين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل، وهو مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر أو كلام الواحد القائم مقامهما²، أو هو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول³، وعرفه المالكية: بكونه ربط القول بالقصد القائم بالقلب⁴، وجاء عند الشافعية: العقد هو كل تصرف يستقل به الشخص بإيجاب وقبول⁵، أما عند الحنابلة: العقد هو الإيجاب والقبول⁶، أو هو الإيجاب والقبول بما دل عليه عرفا⁷.

كما عرفه بعض الفقهاء المحدثين: الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما⁸، وعرفه "الزرقا": بأنه ارتباط إيجاب وقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله⁹.

¹ حنان بنت محمد حسين جستيه، أقسام العقود في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، السنة الجامعية 1419هـ/1998م، ص 43.

² محمد أمين الشهير بابن عابدين، مرجع سابق، الجزء 4، ص 59.

³ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، الرياض، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة خاصة، الجزء 1، 1423هـ/2003م، ص 21.

⁴ أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق محمد عبد القادر عطا، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة 3، الجزء 2، 1424هـ/2003م، ص 146.

⁵ أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق زهير الشاويش، بيروت، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة، الجزء 3، 1412هـ/1991م، ص 340.

⁶ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، مرجع سابق، الجزء 6، ص 5.

⁷ محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، المملكة العربية السعودية، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، الجزء 8، 1425هـ، ص 101.

⁸ علي حيدر، المرجع السابق، ص 105.

⁹ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، الجزء 1، ص 382.

فمن خلال هذه التعريفات نرى أن معظمها متفقة في المعنى، تشير إلى ارتباط طرفي العقد بإيجاب وقبول على وجه مشروع.

التعريف المختار: هو تعريف "الزرقا" -رحمه الله-: "العقد ارتباط إيجاب وقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله"، وسبب اختيار التعريف كونه سهلا ومختصرا لا يوجد خلل في بنيته، وقد شمل التعريف اللغوي فلم يبتعد عنه وهذا هو الأفضل، كما تناول التعريف ما تناولته التعريفات الاصطلاحية الأخرى مع إكمال الفائدة بذكر ما خلا منه غيره.

شرح التعريف:

- ارتباط: أي ارتباط معتبر في نظر الشارع بين شخصين نتيجة لاتفاق إرادتهما.
- الإيجاب: أول بيان يصدر من أحد العاقدين، معبرا عن جزم إرادته في إنشاء العقد أيا كان هو البادئ منهما.
- القبول: هو ما يصدر من الطرف الآخر بعد الإيجاب، معبرا عن موافقته عليه.
- على وجه مشروع يظهر أثره في المحل: بمعنى أن غاية العقد أو موضوعه يكون ثبوته كحكم شرعي للعقد الواقع، أي أثرا أصليا يرتبه الشرع ويثبت كنتيجة للعقد¹.

ومنه نلاحظ أن للعقد معنيين معنى عام وخاص:

أ/ فالمعنى العام: يطلق على كل التزام قطعه الإنسان على نفسه، سواء كان هذا الالتزام في مقابله التزام آخر كالبيع، أو لم يكن في مقابله التزام آخر كالطلاق واليمين والنذر، وسواء كان هذا الالتزام التزاما دينيا كفعل الواجبات وترك المحرمات، أو كان التزاما دنيويا كالهبة.

ب/ أما المعنى الخاص: فهو ارتباط الإيجاب بالقبول الإلزامي كعقد البيع وعقد النكاح، وهذا المعنى هو المقصود عند الفقهاء².

¹ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، الجزء 1، ص 382.

² حسن محمد بودي، حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، المكتبة القانونية، 2004، ص 37.

وهكذا، أضفى جمهور الفقهاء القدامى وصف العقد ليس فقط على البيع والإيجار والشركة والقسمة وغيرها من التصرفات التي تقوم على توافق الإرادتين، بل أضفوه أيضا على الوقف والوصية والطلاق والعق والبراء من الدين، وهي تصرفات تقوم على إرادة واحدة، ولازال البعض من فقهاء الشريعة المعاصرين يسيرون على ما سار عليه أسلافهم، فيرون عقدا في كل تصرف قانوني، حتى لو كان تصرفا صادرا من جانب واحد¹.

ثالثا/ التعريف القانوني للعقد

يعرف العقد في القانون بأنه: "توافق إرادتين على إنشاء التزام"²، وهو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه³، فالعقد يتكون من إرادتين متطابقتين موضوعهما إنشاء التزام أو مجموعة من الالتزامات على عاتق أحد طرفيه أو كليهما، ومثل هذا التطابق بين الإرادتين كاف وحده لإنشاء الالتزامات طالما كان موضوعهما غير مخالف للنظام العام والآداب دون حاجة إلى أي إجراء آخر⁴، ولقد عرف القانون المدني الجزائري العقد في المادة (54) منه بأن العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص، نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما⁵.

واضح أن هذا التعريف مقتبس من المادة (1101) من القانون المدني الفرنسي⁶، وهو يتضمن العقد والالتزام معا، ذلك أنه إذا كان موضوع العقد هو إنشاء الالتزام، فموضوع الالتزام

¹ حسني محمود عبد الدايم، مرجع سابق، ص 63.

² فايز محمد حسين وأحمد أبو الحسن، الموجز في نظرية الالتزامات في القانون الروماني، بيروت- لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010، ص 35.

³ محمد سعيد جعفر، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقہ الإسلامي، الجزائر، دار هومة، دون طبعة، 1998، ص 8.

⁴ عكاشة عبد العال وطارق المجنوب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1998، ص 429.

⁵ القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

⁶ Selon l'article (1101) du C. Civ. Fr "le contrat est une convention parchose"
Réforme du droit des obligations un supplément au code civil 2016 à jour de l'ordonnance n° 131/2016 du 10 février 2016.

هو عمل ايجابي بإعطاء شيء، أو القيام بفعل سلبي بالامتناع عن عمل، بالإضافة أن الالتزام مفاده وجود شخص ملزم أو عدة أشخاص ملزمين، وهو المدين المكلف بأداء أو بامتناع¹.

عبر المشرع الجزائري عن العقد بالاتفاق في المادة (54) من القانون المدني، وجعلهما لفظين مترادفين، فالعبرة أن تكون أمام إرادتين أو أكثر، متجهين إلى إحداث أثر قانوني معين وهي النهج الذي سار عليه الفقهاء المسلمين حيث استعملوا اصطلاح العقد في نفس المعنى الذي يمكن لاصطلاح الاتفاق أن يفيد.

ويلاحظ أن بعض فقهاء القانون المدني يميز بين الاتفاق والعقد، فيرى أن الاتفاق هو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، أما العقد فيرى فيه توافق الإرادتين الذي يستهدف إنشاء الالتزام فحسب، فإذا كان يعدل الالتزام أو ينقله أو ينهي، فهو ليس بعقد وبذلك فإن العقد في نظر هؤلاء أخص من الاتفاق وأضيق منه نطاقا، لأن كل عقد اتفاق ولكن ليس كل اتفاق عقدا².

ذلك أن الاتفاق في القانون المدني الجزائري لا يكون عقدا إلا إذا أنشأ التزاما كما في عقد البيع، أو نقله كما في حوالة الحق من الدائن الأصلي إلى الدائن الجديد، أو عدله كما في الاتفاق على اقتران أجل أو شرط بالالتزام، أو أزاله كما في الوفاء الذي ينقضي به الدين؛ بأن تتجه إرادة أطراف العقد إلى إحداث أثر قانوني معين، فإذا لم يكن المقصود هو إحداث هذا الأثر، فإننا لا نكون بصدد العقد، ولكن ما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه:

- خلط بين تعريف العقد والالتزام، لأن العقد رابطة تقوم على اتفاق يثبت هذه الرابطة أو يعدلها أو ينهيها، ويترتب عليها التزامات سواء كان عملا أو امتناعا عن عمل.

- تمييزه بين العقد والاتفاق، واعتباره العقد نوعا من الاتفاق، أي جعله العقد نوعا والاتفاق جنسا، وما يلاحظ هنا أن العقد والاتفاق اسمان بمعنى واحد.

¹ بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 87.

² محمد سعيد جعفر، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق، ص 9.

- كما أنه مازال يحتفظ في صياغتها بكلمة "منح" والتي معناها يلتبس بمفهوم الهبة، مع أن المقصود هو الالتزام بأداء، وهو واجب قانوني يتمثل في نقل حق عيني من طرف المدين وكان يستحسن التعبير عنه بكلمة "بإعطاء" بدلا من كلمة "بمنح".

وعلى كل حال، كان من الأفضل تجنب صياغة التعريفات في القانون المدني، تماشيا مع القوانين المدنية الحديثة، بقدر الإمكان فيما لا ضرورة لتعريفه، إذ لا يوجد تعريف يخلو من الانتقادات، ثم إن التعريفات هي في الحقيقة من صلب أعمال الفقهاء¹.

والفارق بين التعريفين الفقهي والقانوني؛ أن بعض علماء الفقه يعرفون العقد بأنه كل تصرف ينشأ عن حكم شرعي، وهذا التصرف قد يتم بإرادة واحدة ويترتب عليه حكما شرعيا فيكون عند بعض الفقهاء عقدا بينما يعده الفقه القانوني غير عقد²، كما أن التعريف الفقهي يؤكد على الارتباط الذي يعتد الشارع به وليس مجرد اتفاق الإرادتين، إذ قد يحصل اتفاق بين إرادتين على شيء يحرمه الشارع، وبذلك يكون تعريف العقد عند القانونيين غير مانع من دخول العقد الباطل فيه³، هذا ما ينبغي الوقوف عنده إذ لا بد أن يكون التعريف جامعا مانعا، وهو تعريف الفقهاء للعقد، فالعقد المعتبر في الإسلام هو العقد المشروع الذي ينضم للنظام موجود من قبل وهو النظام النوعي للعقد المبرم الذي وضعه الشارع ليسير عليه الناس، وما على الأفراد إلا التقيد التام بأحكام الشرع الذي نظم لهم العقود⁴.

¹ بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 90-91.

² سلامة عبد الفتاح حليبة، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2005، ص 49.

³ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، الجزء 1، ص 384.

⁴ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، الجزء 4، ص 82.

والعقود التي نصادفها في قسم الأحوال الشخصية، كالزواج والكفالة والهبة والوقف وغيرها، لا تخضع للقواعد العامة التي تطبق في نظرية الالتزام، وإن سميت عقوداً، لأن الأثر المترتب عليها ليس هو إنشاء التزام بالمعنى الفني المحدد في نظرية الالتزام¹.

رابعاً/ الفرق بين العقد وبعض المصطلحات المشابهة

1/ الفرق بين العقد والتصرف: التصرف هو كل ما يصدر عن شخص بإرادته ويرتب عليه الشرع أحكام مختلفة²، بحيث يشمل أقوال وأفعال لا تدخل في مفهوم العقد -ولو بمعناه الواسع- كالدعوى والإقرار، فكلها تصرفات تترتب عليها أحكام، وهي لا تعد عقوداً بوجه من الوجوه³.

وعلى هذا الأساس يتبين أن التصرف يشمل العقد بمدلوله الخاص وغيره من التصرفات التي ليست بعقد، وعليه فالعقد نوع من أنواع التصرف، فكل عقد تصرف وليس كل تصرف عقد⁴.

¹ من المقرر قانوناً أن الهبة تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، أي للقواعد الواردة في قانون الأسرة. قرار رقم (179724) بتاريخ 1998/03/13، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص 277، عن جمال سايس، مرجع سابق، الجزء 3، ص 1138.

² الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، الجزء 12، ص 81.

³ التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة المحضة إلى إحداث نتائج قانونية معينة بفعل هذه الحركة وحدها دون حاجة إلى اقتران بفعل مادي، اللهم الطريقة التي يتم بها التعبير عن حركة هذه الإرادة وهي تتجه خاصة إلى إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو انقضائه.

والتصرفات القانونية منها ما يصدر عن إرادة الشخص منفرداً، كالوقف والوصية والإقرار، والوعد بجعالة، والإيجاب الملزم، والتعاقد لمصلحة الغير، وعمل الفضولي، والإبراء، وإجازة العقد القابل للإبطال، والطلاق والنذر، وغيرها من التصرفات القانونية التي تصدر عن إرادة واحدة من دون حاجة إلى إرادة شخص ثانٍ، وقد تسمى بالعمل القانوني الصادر من جانب واحد، ومنها ما يصدر عن إرادتين ولا يتم تكوينه إلا باتفاقهما، وتسمى بالعمل القانوني الصادر من جانبين: وهو العقد.

وأنواع العقد معروفة كالبيع والإيجار والقرض والعارية وغيرها من العقود المسماة وغير المسماة، وهكذا فإن العقد أو الاتفاق هو الصورة الأصلية للتصرف القانوني، ولكن الأفضل القول بأن العقد صورة من صور التصرف القانوني لا تختلف عن صورة التصرف الفردي إلا أن هذا من عمل فرد، وذلك من عمل جماعة مع التسوية بينهما في الطبيعة. يراجع: محمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 14.

⁴ حنان بنت محمد حسين جستية، مرجع سابق، ص 51.

2/ الفرق بين العقد والوعد: العقد هو إنشاء التزام في الحال وليس في المستقبل، بينما الوعد هو الإخبار عن إنشاء معروف أو التزام في المستقبل¹.

3/ الفرق بين العقد والالتزام: الالتزام هو التصرف المتضمن إرادة إنشاء حق من الحقوق أو إنهاءه، أو إسقاطه دون أن يتوقف تمامه على التزام أو تصرف من جانب آخر²، فيدخل فيه التصرف الذي يوجد بالإرادة المنفردة كالوقف والطلاق، والتصرف الذي لا يوجد إلا بإرادتين كالبيع والإجارة وعلى ذلك يكون الالتزام أعم من العقد، لأنه يشمل باعباره التزاما متبادلا بين العاقلين ويشمل غيره من الالتزامات التي توجد بالإرادة المنفردة كالوقف³.

ومنه يتبين أن التصرف أوسع من العقد والالتزام لأن التصرف يكون بالقول أو بالفعل بخلاف العقد والالتزام فلا يكونان إلا بالقول، فكل عقد أو التزام تصرف والعكس غير صحيح، كما أن الالتزام أوسع من العقد لأن الالتزام يكون من جانب واحد أو من جانبين، والعقد لا يكون إلا من جانبين، فكل عقد التزام وليس كل التزام عقد.

الفرع الثاني/ مفهوم التبرع

التبرع في اللغة من تبرع بالعطاء، أي تفضل بما لا يجب عليه، وفعله متبرعا، أي متطوعا⁴، فالتبرعات جمع تبرع، وهو أن تفعل الشيء من غير أن يطلب إليك فعله، أو تفعله بدون أن تطلب عليه عوضا⁵.

¹ عز الدين محمد خوجة، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مراجعة عبد الستار أبو غدة، مجموعة دله البركة إدارة التطوير والبحوث، الطبعة الأولى، 1414هـ/1993م، ص 14 15.

² محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي (نظرية العقد)، القاهرة، دار الكتاب الحديث، الجزء 5، 1425هـ/2005م، ص 36.

³ عبد الودود السريني، مرجع سابق، ص 83 - 84.

⁴ الفيروز آبادي محي الدين محمد بن يعقوب، مرجع سابق، ص 706.

⁵ أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد 05، 1932/1933، ص 605.

أما في القانون فالتبرع عمل قانوني، مضمونه تقديم التزام بدون انتظار مقابل له، وقد يكون عقداً، يستدعي اتفاق إرادتين فأكثر لإنشائه، وقد يقتصر قيامه على صدور إرادة منفردة من المتبرع¹.

أولاً/ تعريف التبرع بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

سنتناول في هذا الفرع تعريف التبرع في مختلف التشريعات، فنبدأ بمفهومه في الفقه الإسلامي ثم القانون الجزائري، وأخيراً في القوانين العربية والغربية.

1/ تعريف التبرع في الفقه الإسلامي: التبرع في الفقه الإسلامي هو أن يلزم الشخص نفسه شيئاً لم يكن لازماً عليه على سبيل التبرع².

قال "الحطاب" -وهو من فقهاء المذهب المالكي-: الالتزام (ويقصد التزام التبرع)، هو إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً، أو معلقاً على شيء فهو بمعنى العطية³.

وهناك ملاحظتان على هذا التعريف:

- أن الالتزام المذكور إذا كان مطلقاً أي من غير تعليق فإنه يدخل فيه كل أنواع التبرع سواء كان على شكل عقود أي باتفاق إرادتين، أم تصرفاً بالإرادة المنفردة.
- أنه جعل العطية بمعنى التبرع، وهذا إطلاق عام فيها، ولهم معنى لها خاص يقابل ما في القانون، وهو التبرع المقتضي للتمليك فتكون بمعنى الهبة، وعرفوها على هذا المعنى بما يلي:

¹ خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه علوم تخصص قانون خاص، كلية الحقوق جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2012/2013، ص 16.

² خالد سماحي، أهمية التمييز بين عقود المعاوضات والتبرعات، مجلة دراسات قانونية، الجزائر، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، المجلد 2014، العدد 20، 2014، ص 128.

³ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عيش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، بيروت- لبنان، دار المعرفة للطباعة والنشر، الجزء الأول، دون سنة نشر، ص 217.

"العطية تمليك متمول بغير عوض إنشاء"؛ والمتمول هو الأمور المتملكة أي التي يصح تملكها وهي الحقوق المالية¹.

ويقول "أحمد إبراهيم": التزام التبرع هو إلزام الإنسان نفسه شيئاً من المعروف، وإيجابه على نفسه من تلقاء نفسه، إما بنية القربى إلى الله تعالى ويسمى "نذراً"، وإما لإيصال نفع إلى شخص أو جماعة من الناس أو لما يعود نفعه على الناس².

وبناء عليه؛ فإن إطلاق التبرع في الفقه الإسلامي هو ما يقابل المعاوضة، فيعم كل أنواع التبرع سواء كان تمليكا للعين أو للمنفعة، أو تقديم خدمة، أو تنازل عن حق، أو مجرد امتناع نشأ من عقد؛ أي باتفاق إرادتين أو من خلال تصرف بالإرادة المنفردة، أي التصرف التبرعي أي كان³، وحسب بعض الفقه التبرع هو تمليك شخص لآخر شيئاً متمولاً أو منفعة بدون عوض، ويتضح من خلال هذا التعريف أن الغاية التي يقوم عليها التبرع هي تمليك الشيء المتبرع به أو الاستفادة من منافعه ولن يتأتى ذلك إلا بحيازة المتبرع عليه للشيء المتبرع به⁴.

2/ تعريف التبرع في القانون الجزائري: التبرع عمل قانوني، مضمونه تقديم التزام بدون انتظار مقابل له، وقد يكون عقداً يستدعي اتفاق إرادتين فأكثر لإنشائه، وقد يقتصر قيامه على صدور إرادة منفردة من المتبرع⁵.

وبالنسبة للقانون الجزائري لم يعرف التبرع، حيث لم يورد قانون الأسرة تعريفاً لعقد التبرع مع أنه عنون باب فيه بـ "كتاب التبرعات" عندما ذكر أحكام ثلاثة عقود مشهورة فيه وهي: الوصية، الهبة والوقف، لكن القانون المدني الجزائري عرف عقد المعاوضة الذي يقابل عقد

¹ أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجناف والطاهر المعموري، بيروت- لبنان، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1993، ص 549؛ وفسره القرافي بقوله: المتمول ما بذل العقلاء الثمن لأجله. فهو يعني كل ما يقصد بالعوض. يراجع: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة، بيروت، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، الجزء 5، 1994، ص 54.

² أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مرجع سابق، ص 605.

³ خالد سماحي، أهمية التمييز بين عقود المعاوضات والتبرعات، مرجع سابق، ص 129.

⁴ محمد عماد الدين أغربي، شرط الحوز في عقود التبرع، مجلة منازعات الأعمال، المغرب، العدد 45، أكتوبر 2019، ص 92.

⁵ خالد سماحي، أهمية التمييز بين عقود المعاوضات والتبرعات، المرجع السابق، ص 126.

التبرع؛ ففي المادة (58) منه نص على أن: "العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء، أو فعل شيء ما"، ويبدو شبه مطابق لتعريف القانون المدني الفرنسي¹.

وقد انتقد هذا التعريف الأستاذ عبد الرزاق السنهوري ورأى أنه معيب لأنه أقرب لأن يكون تعريفا للعقد الملزم للجانبين²، ومنه نخلص إلى أن القانون الجزائري لم يعرف عقد التبرع، ولم يتناوله كتصرف مستقل، بل أورد أحكاما مختلفة لأنواع من التبرع وأورد تعريفا لبعضها كعقد الهبة مثلا، أو للعقد المسمى الذي يعرض له وصف التبرع (كعقد الوكالة مثلا) في مواضع مختلفة من القانون المدني وقانون الأسرة.

3/ تعريف التبرع في القوانين العربية: القوانين العربية كذلك لم تنص على تعريف للتبرع، ولم تتناوله كتصرف مستقل، وإن تناولته كما سبق ذكره مع القانون الجزائري كوصف يعرض لبعض العقود، فتترتب عليه أحكام معينة.

كما تطرقت إلى جزئيات في التبرع، فأشارت في نصوصها إلى أحكام التصرفات المنضوية تحت التبرع، وربما عرفت ذلك النوع من عقود التبرع كما فعلت مع الهبة وغيرها، دون تناول لأحكام عامة وقواعد كلية في هذا النوع من العقود.

ولعل سبب عدم إيراد القوانين العربية لتعريف خاص بالتبرع تأثرها بالقانون المدني الفرنسي الذي لم يأت بتعريف للتبرع، لكنه بالمقابل أورد تعريفا لعقد التفضل، واستدرك ذلك في تعديل سنة (2006)³ فأورد تعريفا للعطية، وهما قسمان للتبرع.

إلا أنه تميز القانون المدني اليمني بأن عبر بمصطلح (التبرع) وخصه بأحكام، فقد جاء فيه أن "التبرع بلا عوض يلحق بالعقد ولا يتم إلا بقبض المتبرع له العين المتبرع بها قبضا

¹ في المادة (1106) منه، حيث ذكر بأنه عقد يلزم كل طرف بإعطاء شيء أو بفعله، ونصها كما يلي:

Art (1106): Le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose.

Réforme du droit des obligations un supplément au code civil 2016 à jour de l'ordonnance n° 131/2016 du 10 février 2016.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 135.

³ Réforme du droit des obligations un supplément au code civil 2016 à jour de l'ordonnance n° 131/2016 du 10 février 2016.

تماماً، وعقد التبرع بشرط العوض لا يتم إلا بقبض العوض"¹، ونص في المادة (168) أحوال شخصية يمنى "الهبة هي عقد تبرعي يملك به مال، أو تباح به منفعة حال الحياة"².

4/ تعريف التبرع في القوانين الغربية: القانون الفرنسي لم يعرف عقد التبرع، لكنه عرف عقدين يعتبران مكونين وقسمين لعقد التبرع، وهما: العطايا، وعقد التفضل حيث أن العطايا عندهم تختص بالتبرع الذي يقتضي التملك، وخصها في تصرفين هما الهبات بين الأحياء والوصية، وجعل عقد التفضل مختصاً بالتبرع بإسداء خدمة³.

عقد التفضل⁴ (contrat de bienfaisance) ورد إصداره الأول في قانون نابليون سنة (1804)، في المادة (1105) منه بما يلي: "عقد التفضل هو العقد الذي يقدم فيه أحد أطرافه إلى الآخر منفعة مجانية خالصة"⁵، ثم عرف العطايا (libéralités) جمع عطية بتعديل المادة (893) من القانون المدني الفرنسي، وذلك بإعادة صياغتها سنة (2006) وأصبح نصها: "العطية هي التصرف الذي ينقل به شخص بدون عوض كل أو بعض أملاكه أو حقوقه لصالح

¹ المادة (210) من القانون المدني اليمني، مصدر سابق.

² القرار الجمهوري بالقانون رقم (20) لسنة 1992م بشأن الأحوال الشخصية، المعدل بالقانون رقم (27) لسنة 1998، والقانون رقم (24) لسنة 1999م، والقانون رقم (34) لسنة 2003م المتضمن قانون الأحوال الشخصية اليمني؛ أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون اليمني، مصر، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2010، ص 245.

³ خالد سماحي، أهمية التمييز بين عقود المعاوضات والتبرعات، مرجع سابق، ص 127.

⁴ عرف الأستاذ "السنهوري" عقود التفضل أو عقود التبرع بالخدمات ومعناها: إذا كان المتبرع يلزم بتقديم منفعة أو خدمة أي يلزم بعمل أو الامتناع عن عمل، فعقود التفضل هي عقود التبرع التي لا يترتب عليها خروج مال من ذمة المتبرع وإنما مجرد عدم دخول عوض في ذمة هذا المتبرع مقابل ما يؤديه من خدمة للطرف الآخر، ولهذا يمكن القول بأن التبرع في عقود التفضل يؤدي إلى الافتقار افتقاراً سلبياً، ومن أمثلة هذه العقود: عقد العارية والقرض بدون فائدة والوديعة بدون أجر. يراجع: عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 126؛ خالد سماحي، أهمية التمييز بين عقود المعاوضات والتبرعات، المرجع السابق، ص 130.

⁵ Art (1105): Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit.

شخص آخر، ولا يمكن أن تكون العطية إلا عن طريق الهبة بين الأحياء، أو بطريق الوصية¹.

ومنه عقد التبرع هو الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين عوضا لما يعطيه أو يقدمه، كالهبة والقرض بدون فائدة والعارية والوديعة والكفالة والوكالة غير المأجورة وغيرها، وتجدر الإشارة هاهنا إلى أن أغلب المعاوضات هي عقود ملزمة للجانبين، وأغلب التبرعات هي عقود ملزمة لجانب واحد²، كما تعرف عقود التبرعات كذلك بأنها: "العقود التي يكون فيها الإعطاء من طرف واحد فقط، أما الطرف الثاني فهو آخذ ولكنه لا يدفع عوضا عما أخذه"³، وهي العقود التي يكون التملك فيها من غير مقابل إذ المتبرع لا يطلب عوضا عما تبرع به⁴، وتكون إما بتمليك عين كالهبة والوصية والصدقة والوقف، أو بتمليك منفعة كالإعارة⁵. فهذه العقود بالنسبة لأهلية الأداء أساسها التمييز، فهي تدور معه وجودا وعدما، تماما ونقصا فإذا انعدم التمييز انعدمت الأهلية، وإذا كان التمييز ناقصا كانت الأهلية ناقصة، وإذا كان تاما كانت الأهلية تامة⁶.

ثانيا/ تعدد مصطلحات التبرع في القانون والفقہ الإسلامي

هناك مصطلحات متداولة في القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية تعبر وتدل على أن التصرف تبرعي نذكر منها: تبرع، بدون عوض، بغير أجر، بدون أجر، بدون مقابل، مجان.

¹ Art (893): La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne.

Il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament.

Réforme du droit des obligations un supplément au code civil 2016 à jour de l'ordonnance n° 131/2016 du 10 février 2016.

² بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 120.

³ وليد بن راشد السعيدان، قواعد البيوع وفرائد الفروع، على الموقع: <https://www.noor-book.com/>، بتاريخ 2020/01/04، على الساعة 16:35، ص 64.

⁴ محمد سلام مذكور، المدخل للفقہ الإسلامي (نظرية العقد)، مرجع سابق، ص 118.

⁵ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، الجزء 4، ص 244.

⁶ عبد القادر عزيز أحمد الحياي، أهلية التعاقد وأحكام فاقديها بين الشريعة والقانون، مجلة الجامعة العراقية، المجلد 1، العدد 26، 2011، ص 214.

وهناك مصطلح آخر وهو عطية جمعها عطايا (libéralités)، وأكثر ما يستعمل في القانون المدني الفرنسي، ويقصدون به التبرع المقتضي للتمليك، ويخصونه في تصرفين فقط وهما الهبات ما بين الأحياء والوصايا.

ومنه فإن مصطلح العطية والعطايا هو أكثر شيوعا في القرون الأولى للفقهاء الإسلامي، ثم أصبح مصطلح التبرع والتبرعات أكثر تداولاً في القرون المتأخرة، إلا أن مصطلح العطية يوحى من لفظه أنه لا يقصد به إلا العمل الذي فيه إعطاء، فلا يدخل فيه التبرع الذي ليس فيه إعطاء كالنبرع بالعمل أو التبرع بالإسقاط الذي هو امتناع، فيكون التبرع أعم من العطية لأنه يشملها وغيرها.

وربما تجد بعضهم يستعمل العطية بمعنى مطابق للتبرع، وقد يطلق على التبرع هبة بتوسع، كتقسيم أهل القانون الهبات إلى هبات مباشرة وهبات غير مباشرة، فيقصدون هنا بالهبة التبرع لا محالة، لأنهم يذكرون أنواعا من التبرع ليس هبة بالمفهوم القانوني الدقيق للهبة كالاتي لمصلحة الغير وغيرها¹.

المطلب الثاني

خصائص عقود التبرعات وما يميزها عن التصرفات الأخرى

لعقود التبرع خصائص ومميزات، تتفرق بها عن غيرها، سوف نتناولها كالاتي:

الفرع الأول/ خصائص عقود التبرعات

- نية التبرع خاصية لا توجد في باقي العقود الأخرى، بحيث تتجه نية المتبرع إلى التبرع فعلا فالنية هنا هي قصد الواهب في منح شيء دون أن ينتظر مقابل².
- من خصائص التبرعات أيضا وجود الحيابة فيها، فلا بد من قبض المتبرع له للتبرع أو لرقبته كي يتم التبرع، ويستطيع الاستفادة منه، كما يجوز وفقا للمادة (207) من قانون الأسرة أن

¹ خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 26.

² فريدة هلال، الهبة في ضوء القانون والقضاء الجزائري، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2010/2011، ص 18.

تكون الحيازة حكمية¹، بالإضافة إلى أنه ترد استثناءات على خاصية الحيازة، فتغني عنها إجراءات التوثيق والإجراءات الإدارية التي يشترطها القانون، وهذا ما يفهم من المادة (208) من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا، فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة".

- التبرع تصرف إرادي؛ أي الإرادة عنصر أساسي فيه، بخلاف مصادر الالتزام غير الإرادية فلذلك يكون عقدا ويكون تصرفا بالإرادة المنفردة، أما في الفقه الإسلامي فتغلب كفة التصرف بالإرادة المنفردة أو بمعنى أدق الإيجاب.

- التبرع بالمنقول هو من العقود العينية لاشتراط الحيازة فيها، خلافا للمعاوضات.

- بعض التبرعات تعتبر في الشريعة الإسلامية واجبة، أي يجبر عليها الشخص إن رفض ولو بالقوة، فهي من الإحسان الإلزامي، وهي ما يسد حاجيات وضرورات الأفراد والمجتمع، مثل حق الارتفاق².

- تكون الالتزامات في بعض العقود عادة متبادلة، غير أننا في التبرعات نجد أن الالتزامات تقع على عاتق المتبرع، دون أن يقابلها في جانب المتبرع له أي التزام، إلا في بعض الحالات التي يشترط فيها المتبرع شرط ما، قد يرتب في ذمة المتبرع له إن قبل التزامات³.

الفرع الثاني/ تمييز عقود التبرعات عن التصرفات الأخرى

بعض التصرفات تختلط بين التبرع والمعاوضة، أو يكون متاخلا فيها المعاوضة بالتبرع وهي كثيرة؛ كالبيع بالمحاباة والصلح والوكالة والوديعة، وفي القانون لابد من تمييز المعاوضة عن التبرع لأن لكل حكمه الخاص به، فحيث يرجح جانب يطبق الأحكام الخاصة به، ولا يكون ذلك إلا بالفصل بين ما هو معاوضة وما هو تبرع، وهذا يكون بناء على التمييز الدقيق بين الجانبين، ومعرفة الخصائص كل على حدى.

¹ وهذا ما يفهم من نصها التالي: "إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة يعتبر حيازة وإذا كان بيد الغير وجب إخباره بها ليعتبر حائزا".

² خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 29-30.

³ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة - الوصية - الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2012، ص 39.

أولا/ التمييز بين عقود التبرع وعقود المعاوضة

عقد المعاوضة¹: المعاوضة هي بذل شيء بمقابل، سواء كان هذا البذل عبارة عن إعطاء مال، أو تقديم عمل أو خدمة، أو غير ذلك²، أي هو العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين عوضا لما أعطاه، أي أن هناك أداء ومقابلا للأداء، أو هو العقد الذي تتقابل فيه المنافع المادية للطرفين، كعقود البيع والمقايضة والإجارة المشتركة والتأمين والنشر والفندقة والقرض بفائدة والوديعة بأجر، وغيرها من عقود المعاوضات.

فقد نصت المادة (58) من القانون المدني على أن "العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما"³، ويعود أصل هذا النص إلى المادة (1106) من القانون المدني الفرنسي، وقد أوضح الفقه المدني الجزائري عيوب هذا التعريف الذي يختلط بتعريف العقد الذي يلزم الطرفين، وكان يستحسن العدول عن هذا التعريف، وترك التعريفات للفقه المدني، لأنها ليست من مهام المشرع، وهو الاتجاه الذي سارت عليه التشريعات المدنية المعاصرة⁴.

أما عقود التبرع فهي عقود لا يحصل فيها أحد المتعاقدين على مقابل لما يعطيه⁵، فيلتزم المتعاقد بتسليم الشيء أو القيام بعمل أو عدم القيام به دون أن يتلقى مقابلا، ويمكن أن يكون التبرع تفضلا⁶، وهو الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين عوضا لما يعطيه أو يقدمه كالهبة والقرض بدون فائدة والعارية والوديعة والكفالة والوكالة غير المأجورة وغيرها، وتجدر الإشارة

¹ المعاوضات في اللغة جمع معاوضة: وهي مأخوذة من العوض وهو البذل الذي يبذل في مقابلة غيره، وفي اصطلاح الفقهاء تعني المبادلة بين عوضين، وعقد المعاوضة: عقد يعطي كل طرف فيه نفس المقدار من المنفعة التي يعطيها الطرف الآخر، وعقود المعاوضات ضرب من التمليكات التي تقوم على أساس إنشاء حقوق والتزامات متقابلة بين العاقدين، ومعنى ذلك أن هناك شخصين كل منهما لديه شيء وضع هذا الشيء في مقابلة الآخر ليعتاض هذا بما لدى ذاك، وذلك بما لدى هذا.

يراجع: محمد عثمان بشير، مرجع سابق، ص 44.

² خالد سماحي، أهمية التمييز بين عقود المعاوضات والتبرعات، مرجع سابق، ص 125.

³ القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

⁴ بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 119-120.

⁵ أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ص 41.

⁶ علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، تونس، مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة 1، 2014/2015، ص 111.

ها هنا إلى أن أغلب المعاوضات هي عقود ملزمة للجانبين، وأغلب التبرعات هي عقود ملزمة لجانب واحد¹.

وقد يصعب أحيانا التفرقة بين عقود المعاوضة وعقود التبرع، غير أنه بالرجوع إلى المعيار الشخصي (وهو نية التبرع)، وكذا المعيار الاقتصادي (بالنظر إلى ما يعطيه المتبرع وما يحصل عليه)، فإننا نكون عندئذ في هذه الحالة بصدد عقد له صفة التبرع، والأمر متروك إلى سلطة القاضي التقديرية للفصل في كل حالة على حدى.

ونلاحظ بأن عقود التبرعات (المجانية) هي الاستثناء، لأن الأصل في علاقات الأفراد هي المعاوضات أي المعاملات المالية المتبادلة، ومن ثم فإن القانون الجزائي أحاط عقود التبرعات ببعض الشكليات للمحافظة على سلامتها القانونية، وعدم مخالفتها النظام العام أو الآداب العامة، وأن لا تكون بدافع المحاباة، وأن لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية حتى تكون صحيحة ونافاذة، كما أنه تشدد في إثبات التبرعات، كما فعل مثالا في عقد هبة العقار أو الوصية العقارية، الذي اشترط فيها إضافة إلى الشكل الرسمي الشهر العقاري، بأن تتم بموجب عقد توثيقي مشهر².

وتظهر أهمية التمييز بين عقود التبرع والمعاوضة في أوجه كثيرة نذكر منها ما يلي:

- تتميز التبرعات عن المعاوضات بأوصاف وأحكام تفرق بينها، ففي عقود التبرع لا يتطلب المشرع نفس الأهلية أو الولاية التي يتطلبها في عقود المعاوضة، فمن حيث الأهلية يعد الصبي المميز بالنسبة لعقود التبرع كامل الأهلية إذا كان هو المتبرع له، وعديم الأهلية إذا كان هو المتبرع، بينما يعد بالنسبة لعقود المعاوضة ناقص الأهلية.

- ومن حيث الولاية لا يكون للجد أو الوصي أو القيم ولاية من تثبت لهم الولاية على ماله بينما يكون لهم، على اختلاف بينهم، وفي حدود معينة، ولاية المعاوضة على ذلك المال³، فأهلية

¹ خالد سماحي، أهمية التمييز بين عقود المعاوضات والتبرعات، مرجع سابق، ص 126.

² بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 120-121.

³ خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 30.

المتبرع يجب أن تكون كاملة لأن هذا التصرف من الأعمال القانونية الضارة ضررا محضا في حق المتبرع ومن الأعمال النافعة نفعا محضا في حق المتبرع له، بينما تكون عقود المعاوضة من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر يمكن لناقص الأهلية (ومن في حكمه) القيام بها وتكون نافذة من وقت الإجازة على نحو ما سنبينه لاحقا¹.

- في نطاق المسؤولية العقدية تكون مسؤولية المعاوز أشد من مسؤولية المتبرع نظرا، لوجود الأداء في الأول وعدم وجوده في الثاني فالمستعير تكون مسؤوليته أشد من مسؤولية المستأجر لان الأول ينتفع بالشيء المعار دون عوض، بينما ينتفع المستأجر بالمأجور لقاء الأجرة وعليه أن يحافظ على العين ويؤدي الالتزامات التي يفرضها عقد الإيجار كما لا يسأل المتبرع إلا عن خطئه الجسيم، بينما في عقود المعاوضة يسأل الملتزم عن تقصيره.

- إن الشخص المتبرع له يكون دائما محل اعتبار عند المتبرع بينما لا يكون كذلك في عقود المعاوضة إلا استثناءا وفي بعض العقود²، ويترتب على ذلك أنه يعد الغلط في شخص المتبرع له غلطا جوهريا يعيب الرضى ويجعل العقد قابلا للإبطال بخلاف الغلط في الشخص في عقود المعاوضة³، إلا في بعض الحالات كعقد الشركة حيث تكون شخصية الشريك محل اعتبار في إنشاء العقد المذكور، سواء أكان الشريك يلزم بتقديم حصة من مال أو من عمل.

- إن طعن الدائنين في تصرف المتبرع بدعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البوليصة) أسهل بكثير من قيامهم بطعن الدائنين بتصرف مدينهم في المعاوضات، لأنه على الدائنين إثبات نية الغش (نية الإضرار) في النوع الأخير، بينما هذه النية واضحة في عقود التبرع، وللقاضي

¹ كما أنه يشترط القانون في المتبرع أهلية التبرع الكاملة، أي قوة الأهلية، باعتبار التبرع من التصرفات القانونية الضارة ضررا محضا؛ في حين يشترط أهلية إبرام التصرفات الدائرة بين النفع والضرر في عقود المعاوضة، فإن تبرع الصبي المميز، ومن في حكمه كالسفيه وذو الغفلة يقع باطلا، وأما عقد المعاوضة الذي يبرمه فهو موقوف على إجازة وليه الشرعي. بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 121-122.

² منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء)، كردستان العراق، دار ثاراس للطباعة والنشر، الطبعة 1، 2006، ص 62.

³ محمد البوشواري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الطبعة 1، 2010، ص 24.

سلطة تقديرية واسعة في البحث عن وجود (نية التبرع) أو انتقائها وذلك بالاستعانة بالمعيار الاقتصادي¹، كما أنه لدعوى عدم نفاذ التصرف شرطان، أولهما أن يكون الدين حال الأداء وخاليا من أي نزاع وسابقا لوجود تصرف المدين الضار وثانيها أن يباشر المدين تصرفا قانونيا، سواء كان بمعاوضة أو تبرعا، وأن يكون هذا التصرف مفقرا للمدين².

- من حيث مدى الالتزام بالضمان، لا شك أن هذا المدى يتسع في عقود المعاوضة عنه في عقود التبرع، ويظهر ذلك في الالتزام الذي يقع على عاتق البائع بضمان التعرض والاستحقاق، وضمان العيوب الخفية³.

- ضرورة توثيق التبرع والتشديد في ذلك بالحيازة والشهود، إضافة إلى الرسمية في بعضها، أما المعاوضات فهي عقود رضائية في الأصل، ولهذا لا يعتبر انعقاد عقد التبرع إلا بعد التحفيز دون عقود المعاوضات⁴.

- وللتصرف التبرعي ركن شكل خاص لا يعرف في سائر العقود والتصرفات، كما نجد أن شروط المتبرع له مخففة أو منعدمة، بخلاف المعاوضات التي تشترط فيها تعيين أطراف التعاقد كلها وأن تكون لها أهلية التعاوض⁵.

- يختلف جزاء الاستغلال باختلاف طبيعة العقد محل التعاقد، ففي عقود المعاوضات يجوز رفع الغبن إلى الحد المعقول، وأما في عقود التبرع فالجزاء هو نقص العقد، وهذا ما نصت عليه المادة (90) من القانون المدني.

¹ منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معرزة بآراء الفقه وأحكام القضاء)، مرجع سابق، ص 62.

² قرار رقم (468751) بتاريخ 2009/04/15، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2010، ص 125، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، الجزائر، منشورات كليك، الطبعة 1، الجزء 4، 2013، ص 1565.

³ أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ص 42.

⁴ خالد سماحي، أهمية التمييز بين عقود المعاوضات والتبرعات، مرجع سابق، ص 133.

⁵ بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 123.

ثانيا/ التمييز بين عقود التبرع والتصرف بالإرادة المنفردة

يقصد بالتصرف بالإرادة المنفردة، التصرف القانوني من جانب واحد والذي يكون له أثر قانوني كالوصية والوقف، ومن بين التصرفات التي جعلها الفقه الإسلامي خاضعة للإرادة المنفردة، نجد إنشاء الوقف والوصية والإبراء وإجازة العقد الموقوف الذي يحتاج إلى إجازة بإرادة منفردة¹.

يعتبر التبرع بناء على ما سبق؛ مصدر من مصادر إنشاء الالتزام، وبالمقابل فإن التصرف بالإرادة المنفردة قد ينشأ التزام وقد لا ينشئه، بل يتجه إلى إحداث آثار قانونية أخرى، كما أن التبرع قد يكون بإرادتين كعقد الهبة وعقد العارية، وقد يكون بإرادة منفردة مثل الوصية فالموصي ينشأ حقا للموصى له بإرادته المنفردة، أما التصرف بالإرادة المنفردة فيحتمل أن يكون تبرعا كالوصية ويحتمل أن يكون غير ذلك، كإجازة العقد القابل للإبطال².

¹ اسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه علوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015، ص 153.

² بريس نعيمة، عقود التبرع (دراسة مقارنة بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي)، مذكرة ماجستير في القانون الخاص تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، السنة الجامعية 2017/2018، ص

المبحث الثاني

تنظيم عقود التبرعات

في الحقيقة أغلب القواعد المتناولة في النظرية العامة للعقد تختص بعقد المعاوضة أكثر من عقد التبرع، فوجب إذن تخصيص التبرعات بالدراسة لأهميتها، فهي تضم مجموعة كبيرة من العقود، ولخصوصيتها في قواعد إنشائها وأحكامها، وتمييزها في ذلك عن العقود المقابلة لها وهي عقود المعاوضات.

وبما أن موضوع دراستنا هو عقود التبرعات أو التبرعات، والتي يتضح من تسميتها أن المتعاقد يحصل على أداء من متعاقد آخر دون أن يعطي مقابل لما أخذه، ويدخل في مجال التبرعات إذا بهذا المعنى العديد من العقود مثل: عقد القرض، الإعارة، الصدقة، الهبة، الوقف والوصية، وستقتصر دراستنا في مجال التبرعات على ثلاثة عقود الواردة في قانون الأسرة الجزائري ضمن باب عقود التبرعات وهي: الهبة، الوصية والوقف، حيث سنتناولها على التوالي كل في مطلب.

المطلب الأول

تنظيم عقد الهبة

يعد عقد الهبة واحدا من العقود التي تقع على الملكية فتنتقلها إلى الطرف الآخر في العقد، حيث لا مقابل فيها؛ أي أن أحد الطرفين في العقد -وهو الموهوب له- لا يعطي شيئا مقابل ما يأخذه من الموهوب، كما أن هذا العقد من العقود الشكلية التي ألزم المشرع في غالب التشريعات المدنية، إجراءاته ضمن شكل خاص، ورتب البطلان في حالة عدم مراعاته، وسنلها التشريع الوضعي قواعد وقوانين تحكمها واعتاد الناس عليها.

نظمت الهبة في القانون الجزائري ضمن مسائل الأحوال الشخصية، لذلك نجد أن أحكامها قد نظمت في باب التبرعات من قانون الأسرة، ويبدو أن السبب الدافع إلى وضع الهبة في قانون الأسرة هو أنها موضوع فقهي تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية، تبعا لكل

موضوعات قانون الأسرة من زواج وطلاق ونسب وميراث ووصية ووقف¹، بالإضافة إلى مواد واردة في القانون المدني، ولعرض موضوع الهبة سنقوم ببيان مفهومها، والقواعد التي تحكمها، وهذا ما سنجيب عليه في هذا المطلب.

الفرع الأول/ تعريف عقد الهبة ومشروعيته

للوصول إلى تعريف الهبة سنتطرق لمعنى الهبة لغة واصطلاحاً، ومدى مشروعيتها مبينين موقف مختلف التشريعات في نقطة، ثم نبين خصائصها وتمييزها عن العقود المشابهة لها في النقطة المالية.

أولاً/ تعريف عقد الهبة

1/ التعريف اللغوي للهبة: هي التبرع والتفضل على الغير ولو بغير مال، أي بما ينتفع به سواء كان مالا أو غير مال، كما تطلق الهبة على العطية الخالية من الأعيان والأغراض² فإذا أكرت سمي صاحبها وهاباً، قال الله تعالى في كتابه العزيز: ﴿وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ﴾³، وقال أيضاً: ﴿يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَّا ثَمَّارُونَ﴾⁴.

ومن أمثلة هبة المال كهبة شخص لآخر سيارة أو دار، وهبة غير المال كقول إنسان لآخر يهب الله لك ولداً، لقوله تعالى: ﴿فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا﴾⁵.

2/ التعريف الاصطلاحي للهبة: الهبة تمليك من الواهب في الحياة⁶، وهي تمليك عين بلا عوض حال الحياة تطوعاً، وهو السائد في كتب الفقه وهذا يتضح من خلال عرض تعريفات

¹ منصوري نورة، هبة العقار في التشريع الجزائري، عين مليلة- الجزائر، دار الهدى، 2010، ص 19.

² ابن منظور جمال الدين أبو الفضل محمد بن بكر، مرجع سابق، ص 4929.

³ سورة الأنعام، الآية 84.

⁴ سورة الشورى، الآية 49.

⁵ سورة مريم، الآية 5.

⁶ محمد حسين قنديل، الهبة للولد وأحكامها في الفقه الإسلامي، حولية كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد السابع، 1409هـ/1989م، ص 279.

الفقهاء فقد عرفها الحنفية بأنها: "تمليك العين بلا شرط العوض في الحال"¹، وهناك من عرفها بأنها: "تمليك المال بلا عوض حال حياة المالك"، وهذا يعني أن الشخص الذي يملك عينا معينة، يحق له أن يملكها غيره بدون عوض مالي، ولكن يجوز للمالك أن يهب تلك العين بشرط أن يأخذ عوضا وهي الهبة بشرط العوض².

وعرفها الحنابلة بأنها: "تمليك جائز التصرف مالا معلوما أو مجهولا تعذر علمه، موجودا مقدورا على تسليمه غير واجب في الحياة بلا عوض"³، كما عرفها "ابن قدامة" بقوله: "الهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة، وكلها تمليك في الحياة بغير عوض، واسم العطية شامل لجميعها، وكذلك الهبة والصدقة والهدية متغايران.

وعرفها الشافعية بأنها: "تمليك عين بلا عوض حال الحياة تطوعا"⁴، وعرفوها بـ "تمليك عين أو دين بلا عوض"⁵، فهو يجعل محل الهبة إما أن يكون عينا أو دينا؛ أي ينصب على تمليك الأعيان والمنافع، أما فقهاء المالكية فقالوا بأنها: "تمليك متمول بغير عوض، ويطلق لفظ الهبة على الصدقة إذا كان يقصد بها وجه الله تعالى وعلى هبة التودد الهدية والمحبة إذا كانت يقصد بها وجه المخلوق، وعلى هبة الثواب إذا كانت الهبة بعوض، وعرفها "وهبة الزحيلي" بأنها "عقد يفيد التمليك بلا عوض، حال الحياة تطوعا"⁶.

وتعتبر الهبة عقد يتم حال الحياة لأنها تنتج أثرها في حياة الواهب، على خلاف الوصية التي تنتج أثرها بعد وفاة الموصي، ويستوي أن يكون محل التزام الواهب هو نقل ملكية عقار أو

¹ محمد أمين الشهير بابن عابدين، مرجع سابق، الجزء 8، ص 488.

² محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة (دراسة مقارنة)، عمان - الأردن، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2008، ص 221.

³ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، مرجع سابق، الجزء 5، ص 649؛ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، الجزء 5، ص 6.

⁴ أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، الجزء 4، ص 92.

⁵ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت، دار الفكر، الجزء 5، 1404هـ/1984م، ص 405.

⁶ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، الجزء 5، ص 5.

منقول أو أي حق عيني آخر متفرع عن حق الملكية كحق الانتفاع أو الاستعمال أو غيرهما، كما قد يكون محل التزام الواهب هو دفع مبلغ من النقود للموهوب له¹.

ويلحظ من هذه التعريفات وإن اختلفت في العبارة والأسلوب، إلا أنها تتفق في مجملها على اشتراط وقوع الهبة حال الحياة وبغير عوض. فإذا كانت هذه هي التعريفات التي أوردتها المذاهب الفقهية الأربعة، فما هو التعريف القانوني الذي أتى به المشرع الجزائري للهبة؟.

3/ التعريف القانوني للهبة:

أ / تعريف الهبة في التشريعات الوضعية: عرف المشرع السوداني الهبة على أنها: "تمليك مال، أو حق مالي لآخر حال حياة المالك دون عوض"²، وفي القانون اليمني عرفت بأنها: "عقد تبرعي يملك به مال، أو تباح به منفعة حال الحياة"³، وفي القانون القطري الهبة هي: "تمليك مال بلا عوض في حال حياة المالك"⁴.

وعرفها المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية التونسية فصل (200) بأن: "الهبة عقد بمقتضاه يملك شخص آخر مالا بدون عوض. ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين وتسمى هبة عوض"⁵.

¹ إياد محمد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية)، غزة- فلسطين، المجلد التاسع عشر، العدد الثاني، يونيو 2011، ص 529.

² أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوداني، مرجع سابق، ص 424؛ حيث ورد تعريفها في المادة (267) من قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991.

³ أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون اليمني، مرجع سابق، ص 245؛ وهو ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية اليمني في المادة (168) منه، مصدر سابق.

⁴ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة القطري، مرجع سابق، ص 315؛ وهو ما نص عليه المشرع القطري في المادة (191) من القانون رقم (22) لسنة 2006 بإصدار قانون الأسرة.

⁵ مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مصدر سابق، ص 59.

ب / تعريف الهبة في التشريعات الغربية: عرفت المادة (894) من القانون المدني الفرنسي بما يلي: "الهبة تصرف يتخلّى عنه الواهب حالا، وبصورة لا تقبل الرجوع عن الموهوب لصالح الموهوب له الذي قبلها"¹.

ج/ تعريف الهبة في التشريع الجزائري: عرف المشرع الجزائري الهبة في نص المادة (202) من قانون الأسرة: "الهبة تملك بلا عوض. ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط"، ونص في المادة (206) من نفس القانون على أنه: "تتعد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات. وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة"²، ويستفاد من نص هاتين المادتين:

- من جهة، إن الهبة عقد يقع بين الأحياء، يتحقق وجوده بإيجاب وقبول متطابقين لكل من الواهب والموهوب له حال حياتهما، وهذا بالالتزام الواهب بنقل كل ملكيته أو جزء منها ومباحا إلى الموهوب له وإن عملية نقل الملكية هذه ينتج عنها افتقار ذمة الواهب المالية، واغتناء ذمة المتبرع له مما يظهر نية التبرع لدى الواهب³.

وتعريف الهبة بهذا المعنى يشمل الصدقة والهبة فكلاهما تملك للمال في الحياة دون عوض. - ومن جهة أخرى، أنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بأي التزام يتوقف انعقاد وتمام الهبة على انجازه سواء كان هذا الالتزام لمصلحة الواهب نفسه أو لمصلحة الموهوب له أو لمصلحة أجنبي أو للمنفعة العامة⁴.

ويتضح لنا بعدما عرضنا مختلف تعاريف الهبة في المذاهب الفقهية الأربعة، والتعريف القانوني لها في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة أنه وإن اختلفوا في استعمال الألفاظ التي

¹ "La donation entre vifs est un acte, par lequel le donateur se dépouille et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte actuellement".
Réforme du droit des obligations un supplément au code civil 2016 à jour de l'ordonnance n° 131/2016 du 10 février 2016.

² قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

³ منصوري نورة، مرجع سابق، ص 16.

⁴ أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني (البيع، المقايضة، الهبة، الشركة، القرض)، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، الطبعة 1، 2002، ص 316.

تعتبر عن الهبة إلا أنهم اتفقوا أن الهبة تمليك المال بلا مقابل، أي بدون عوض ولا خلاف في حقيقتها وإنما الخلاف في الألفاظ والعبارات الواردة في تلك التعاريف.

كما نخلص إلى أن التشريعات العربية كيفت الهبة وأصبغت عليها صبغة العقد، وهذا ما نص عليه المشرع اليمني في المادة (168) من قانون الأحوال الشخصية¹، وكذلك المشرعين السوري والمصري²، وخرج المشرع الجزائري عن ذلك فلم يصفها بشيء، ولكنه أورد كلمة "تتعد الهبة" في المادة (206) من قانون الأسرة، وبالتالي يمكن القول أن المشرع الجزائري ساير التشريعات العربية الأخرى في اعتبار الهبة عقد، أما التشريعات الغربية فقد استعملت لفظ "التصرف" بدل العقد، كما نلاحظ أن التشريعات العربية المذكورة أنفا إضافة إلى التشريع السوري والليبي قد أجازوا للواهب أن يشترط أو أن يفرض أي التزام على الموهوب له، وعلى هذا الأخير القيام به دون أن يتجرد الواهب عن نية التبرع.

وترتبيا على ما تقدم، فإن عقد الهبة يتمتع بمجموعة من الخصائص تميزه عن التصرفات القانونية الأخرى، وهذه الخصائص هي:

1/ الهبة عقد بين الأحياء: نصت المادة (206) من قانون الأسرة على ما يلي: "تتعد الهبة بالإيجاب والقبول"³، الأمر الذي يستفاد منه أن الهبة عقد بين الأحياء، يتحقق وجوده بإيجاب وقبول متطابقين وبموجبه تنتقل ملكية الشيء الموهوب من الواهب إلى الموهوب له بلا عوض وعلى سبيل التبرع⁴، ذلك أن تبادل الإيجاب والقبول في عقد الهبة لا يمكن أن يتم إلا في حياة كل من الواهب والموهوب له، فيجوز للواهب تمليك الشيء الموهوب في الحال للموهوب له، أو في المستقبل شريطة أن يبقى الواهب حيا.

¹ أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون اليمني، مرجع سابق، ص 245.

² تنص كل من المادة (1/454) من القانون المدني السوري والمادة (1/486) من القانون المدني المصري على أن: الهبة هي عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض.

³ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

⁴ شيخ نسيم، الرجوع في عقد الهبة في القانون الجزائري، الجزائر، مجلة المحكمة العليا لسنة 2013، العدد الثاني، 2015، ص 90.

ويجوز أن تتعقد الهبة بين غائبين فتتم في الزمان والمكان اللذين يصل فيهما القبول إلى علم الموجب، ويعتبر وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به إلى أن يثبت العكس¹.

وبما أن الهبة عقدا بين الأحياء، فإنه يخرج عن نطاقها الهبة لما بعد الموت، من ثم لا يجوز للواهب أن يعقد هبة بآتة يهدف من ورائها إلى نقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له إلى ما بعد وفاته، ففي هذه الحالة يعتبر التصرف وصية لا هبة².

وهذا ما أكدته المحكمة العليا بما يلي: "من المقرر أن الهبة لما بعد الموت تكون باطلة لأنها لا تنفذ إلا بموت الواهب، وتأخذ حكم الوصية"³، وجاء أيضا في قرار آخر: "التصرف على أساس الهبة المنفذ بعد وفاة المورث في تركته، يأخذ حكم الوصية"⁴.

نلاحظ أن الهبة لما بعد الموت والهبة في مرض الموت يأخذان حكم الوصية، إلا أنهما تختلفان في كون الأولى لا تنفذ إلا بعد الموت، أما الثانية فتتخذ حال حياة الواهب ولو أنه يكون في مرض الموت في الوقت الذي يهب فيه⁵.

¹ حسام محمد إبراهيم الحسن، تصرفات المريض مرض الموت (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة الإسراء، السنة الجامعية 2011، ص 97.

² شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبعية في القانون الجزائري (الهبة - الوصية - الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 18.

³ قرار رقم (186058) بتاريخ 1998/03/17، المجلة القضائية، العدد 1، 1999، ص 119، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، الجزء 2، ص 919.

⁴ قرار رقم (307934) بتاريخ 2005/10/19، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2005، ص 195، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، مرجع سابق، الجزء 3، ص 1288.

⁵ قرار رقم (197335) بتاريخ 1998/06/16، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص 281، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، الجزء 3، ص 1140، والذي قضى فيه بأنه "من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية".

- ويراجع القرار رقم (219901) بتاريخ 1999/03/16، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص 287، والذي جاء فيه "من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون"، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، الجزء 3، ص 1143-1144؛ ونفس المعنى يكرسه القرار رقم (318410) بتاريخ 2005/06/15، نشرة القضاة، العدد 59، 2006، ص 231، والذي جاء فيه: "متى ثبت أن عقد الهبة قد حرره المالك في فترة مرضه الخطير والمخيف والذي يدخل ضمن الحالات المشار إليها في المادة

وهذا ما تؤكدته المادة (204) من قانون الأسرة والتي تنص على أن: "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية"¹.

2/ الهبة تصرف بلا عوض: اشترط المشرع الجزائري في المادة (202) من قانون الأسرة أن تكون الهبة بلا عوض²، ولا تتحقق إلا إذا التزم الواهب بأن ينقل إلى الموهوب له ملكية عقار أو منقول أو أي حق عيني آخر متفرع عن الملكية كحق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى أو حق ارتفاق، أو أن يلتزم الموهوب له بحق شخصي كإعطائه مبلغا من النقود أو إبرائه من الدين³.

فالتزام الواهب يجب أن لا يقابله عوض، أي لا مانع من أن تكون الهبة دون عوض أو مقابل، بأن تكون من الهبات المتبادلة، لأن كلا من الهبتين لا تعتبر عوضا عن الأخرى، فمن يهب لغيره شيئا، ويقوم هذا الغير بهبة شيء للواهب الأول، فتكوم الهبتين متبادلتين، وينطبق ذلك على الهدايا المتبادلة في المناسبات كالأفراح وحفلات القران⁴.

3/ نية التبرع: عقد الهبة من عقود التبرع إذ يتصرف الواهب في ماله الخاص بنية التبرع وبدون عوض نقدي⁵، فلا يكفي لوجود الهبة أن يقوم الواهب بالتصرف في ماله دون عوض، فالإلى جانب العنصر المادي في الهبة وهو التصرف في المال دون عوض هناك عنصرا معنويا وهو جوهر في الهبة، بأن تتوافر نية التبرع لدى الواهب، فقد يحدث وأن يتصرف الواهب في ماله وتنتفي لديه نية التبرع كمن يوفي بالتزام طبيعي فهو لا يتبرع بماله، وإنما يوفي ديناً في

= (204) قانون أسرة جزائري كان على قضاة الموضوع أن يبطلوا عقد الهبة المذكور ويعتبرونه عقد وصية"، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، الجزء 3، ص 1322.

¹ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

² تنص المادة (202) من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "الهبة تملك بلا عوض"، المصدر السابق.

³ تنص المادة (205) من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة، أو ديناً لدى الغير"، المصدر السابق.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية الهبة والشراكة والقروض والدخل الدائم والصلح)، نهضة مصر، الطبعة 3، المجلد الثاني، الجزء 5، 2011، ص 16.

⁵ حسام محمد إبراهيم الحسن، مرجع سابق، ص 97.

ذمته فتصرفه هذا وفاء بالدين وليس بهبة¹، وكأن يقوم الأب بتجهيز ابنته العروس تحضيراً لزفافها، أو أن تعطي الشركة لمستخدميها وعمالها مكافآت سنوية على الجهد الذي بذلوه طوال السنة²، وتتفي نية التبرع أيضاً إذا أعطى شخص لآخر مالا بغير قصد التبرع المحض وإنما بقصد جني منفعة مادية أو أدبية منه، فلا يكون التصرف هبة، كأن يعطي شخص مالا لآخر لإنشاء مدرسة شريطة أن تسمى باسمه.

وتجدر الملاحظة في هذا الصدد، أن نية التبرع تبقى مسألة نفسية تتحدد بما يقوم في نفس المتبرع وقت التبرع وما يقصده من وراء تبرعه³، تخضع في توافرها لتقدير قضاة الموضوع، فإذا قصد الشخص تضييعاً من جانبه دون أن يقصد من وراء فعله الحصول على منفعة معينة سواء مادية كانت أو أدبية تحققت عنده نية التبرع حتى لو جنى فيما بعد منفعة منها واعتبر تصرفه هبة، أما إذا قصد من وراء تبرعه منفعة تعود عليه انتفت عنده نية التبرع حتى ولو تخلفت هذه المنفعة المرجوة⁴.

4/ الهبة عقد شكلي وعيني: تعد الهبة من العقود الشكلية حيث لا يكفي لانعقادها وجود التراضي بين المتعاقدين، وإنما يجب إفراغ هذا التراضي في شكل معين وهو تحريرها في ورقة رسمية لدى مكتب التوثيق وأن المشرع يتطلب الرسمية بالنسبة لهبة العقار⁵، والهبة في ذات

¹ محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1987، ص 547.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية الهبة والشراكة والقروض والدخل الدائم والصلح)، مرجع سابق، ص 16-17.

³ خليفة الخروبي، العقود المسماة (الوكالة - البيع والمعاوضة - الكراء - الهبة)، تونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الثانية، 2013، ص 320.

⁴ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة - الوصية - الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 22.

⁵ أنور طلبة، العقود الصغيرة (الهبة والوصية)، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2004، ص 66؛ منصوري نورة، مرجع سابق، ص 24.

الوقت عقد عيني لا يتم بمجرد تبادل الإيجاب والقبول وتوافر الشكلية، بل يجب زيادة على ذلك تسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له لحيازته¹.

هذا ويعتبر عقد الهبة الواردة على بعض المنقولات التي تشترط فيها إجراءات خاصة -بدوره- عقدا شكليا وعينيا مثله مثل العقار الموهوب، لا يتم إلا بالحيازة التي تعتبر ركنا لانعقاده².

ومما سبق يمكن تعريف الهبة تعريفا بكل خصائصها بأنها: "عقد بين الأحياء يتصرف الواهب بمقتضاه في ماله دون عوض بنية التبرع"، وتعتبر الهبة من العقود الملزمة لجانب واحد إذا تصرف الواهب بدون مقابل، لكن إذا كانت بمقابل اعتبرت معاوضة.

كما يتمتع عقد الهبة بمجموعة من الخصائص تجعله يقترب بها بباقي التصرفات الأخرى، وهذا ما سنعرضه في نقطة لاحقة لتمييز الهبة عن العقود المشابهة لها.

ثانيا/ مشروعية عقد الهبة

لابد علينا من معرفة مشروعية الهبة سواء من الكتاب أو من السنة لما لها من فائدة دنيوية وأخرى على الواهب، كما أن التشريعات المختلفة تطرقت إليها وشرعتها ولكل موقفها وهذا ما سنعرضه في هذه النقطة.

1/ مشروعية الهبة في الفقه: نستخلص مشروعية الهبة في الجانب الفقهي من خلال عرض ما جاء في الكتاب والسنة بحيث وردت عدة آيات في كتاب الله التي تحبب وترغب في الهبة

¹ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة- الوصية-الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 23.

² تراجع المادة (206) من قانون الأسرة الجزائري؛ وهذا ما أكدته المحكمة العليا والتي قضت: "من المبادئ المستقر عليها في أحكام الشريعة الإسلامية أن حيازة الموهوب له للمال تعد شرطا لصحة عقد الهبة". قرار رقم (40457) بتاريخ 1986/04/21، المجلة القضائية، العدد 2، 1989، ص 72، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، الجزء 1، ص 255؛ ونصت كذلك: "من المقرر قانونا أنه إذا كان الشيء الموهوب، بيد الموهوب له قبل الهبة، اعتبر حائزا وإذا كان بيد الغير وجب إخباره بذلك"، قرار رقم (121664) بتاريخ 1995/06/07، المجلة القضائية، العدد 1، 1995، ص 111، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، مرجع سابق، الجزء 2، ص 820.

لأن فيها إرضاء الله عز وجل وتودد وإسعاد للآخرين ومن بين هذه الآيات قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾¹؛ فالله عز وجل أباح الأكل عن طريق الهبة وهذا دليل على جوازها²، كذلك قوله تعالى: ﴿رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ﴾، وقوله: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى﴾³.

ومن السنة ما روي عن أبي هريرة أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "تهادوا تحابوا" ففي هذا الحديث دليل على أن الهبة تجلب الود والمحبة وهذا دليل على استحبابها، وفي صحيح البخاري قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لو دعيت إلى كراع... لأحببت، ولو أهدي إلى ذراع... لقبلت"، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "بالنساء المسلمات، لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة"⁴.

ومنه نستخلص أن الهبة مستحبة، لأنها من أعمال الخير، والقصد منها إكرام الموهوب ونيل ثواب الله تعالى، وهذا لقوله: ﴿.. وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى ..﴾⁵، وقول عائشة رضي الله عنها: "كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ويثيب عليها"⁶ أي يكافئ صاحبها، فيعطيه عوضا عنها ما هو خيرا منها أو مثلها.

¹ سورة النساء، الآية 4.

² حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة (في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص 51.

³ سورة آل عمران، الآية 38؛ سورة النحل، الآية 90.

⁴ كمال الدين أبي البقاء محمد بن موسى بن عيسى التميمي، الشركة-الوكالة-الإقرار-العارية-الغضب-الشفقة -القرض-المسافات-الإجازة-إحياء الموارث-الوقف-الهبة، دار المنهاج، الطبعة 2، 2007، ص 536؛ شيهاب الدين أبي العباس أحمد بن محمد النفعي القسطلاني، شرح صحيح البخاري (الشهادات، الصلح، الشروط، الوصايا، الجهاد واليسر)، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء 6، 2012، ص 4.

⁵ سورة البقرة، الآية 177.

⁶ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، مرجع سابق، كتاب الهبة باب المكافأة في الهبة الحديث رقم (2585)، ص 489.

2/ مشروعية الهبة في التشريع: سنعرض فيما يلي مشروعية الهبة في التشريعات المختلفة.
 أ / مشروعية الهبة في التشريعات العربية: لقد أجازت التشريعات العربية المختلفة الهبة ونصت على ذلك في قوانينها بموجب مواد صريحة حيث نصت على ذلك المادة (486) من القانون المدني المصري والمشرع المدني السوري في المادة (454)¹.

ب / مشروعية الهبة في القانون الفرنسي: لقد أجاز وأقر المشرع الفرنسي كذلك الهبة بموجب المادة (894) من القانون المدني الفرنسي وتضم بعض أحكامها فيها، حيث تنص على: "الهبة عقد به يتجدد الواهب عن الشيء الموهوب في الحال ومن غير رجوع لمصلحة الموهوب له الذي يقبله".

ج / مشروعية الهبة في التشريع الجزائري: لقد أقر المشرع الجزائري مشروعية الهبة وذلك بسن مجموعة من المواد في قانون الأسرة، تنظم موضوعها من المادة (202) إلى (212) منه.

الفرع الثاني/ تمييز عقد الهبة عن العقود المشابهة لها

سنبين بعض المميزات التي تتفرد بها الهبة عن باقي العقود الملزمة سواء لجانب واحد في النقطة الأولى، أو بالنسبة للعقود الملزمة لجانبين في النقطة الثانية.

أولاً/ تمييز عقد الهبة عن العقود الملزمة لجانب واحد

تتفق الهبة مع الوصية، والوقف، والإباحة، وبعض العقود الأخرى في صفة التبرع، ولكنها تختلف عنها في نواحي عديدة، فما هي أوجه الشبه والاختلاف الموجودة بين هذه التبرعات؟.

1/ تمييز عقد الهبة عن الوصية: تلتقي الهبة مع الوصية في أن كلا منهما يقترن بنية التبرع² ويتميزان عن بعضهما من عدة وجوه وهي:

¹ تنص المادة (486) من القانون المدني المصري على: "الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض. ويجوز للواهب، دون أن يتجرد عن نية التبرع، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين"؛ ونص المشرع السوري في المادة (454) من القانون المدني على: "الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض. ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع، أو يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين".

² يراجع نص المادة (184) من قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

- أن الهبة عقد يلزم بإنشائه توافق إرادة كلا من الواهب والموهوب له، بينما الوصية ليست عقد بل تصرف انفرادي يعتمد على إرادة الموصي وحدها.

- الهبة عقد شكلي اشترط فيه المشرع الرسمية إذا كان محل الشيء الموهوب عقارا والإجراءات الخاصة إذا كان منقولا، أما الوصية فهي تصرف رضائي والكتابة المتطلبة فيها قانونا ما هي إلا وسيلة لإثبات الوصية لا ركنا لانعقادها¹.

- الأصل في الهبة امتناع الرجوع إلا في الأحوال التي يجوز فيها الرجوع، بينما الوصية يصح فيها للموصي أن يرجع عن وصيته متى شاء مادام على قيد الحياة وفقا لنص المادة (192) من قانون الأسرة².

- الهبة في التشريع الجزائري مطلقة غير مقيدة بقدر معين يجوز للواهب فيها -شرعا وقانونا- أن يهب كل أمواله إلى الموهوب له ما لم تكن الهبة صادرة عنه في مرض الموت³، أما الوصية فتتقيد بالثلث من التركة دائما ولا تنفذ إلا في حدود هذه النسبة، وما زاد عنها يتوقف على إجازة الورثة⁴.

- الهبة تنتج آثارها في الحال بحيث لا يتراخى أثرها لحين وفاة الواهب؛ فهي عقد تملك في الحال ما لم تقترن بشرط أو أجل، ويترتب عنها انتقال ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له قيد حياة الواهب، أما الوصية فتصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت، ومن ثم ينعدم أثرها في الفترة الممتدة بين صدورهما عن الموصي ووفاته بحيث لا يترتب عنها انتقال ملكية

¹ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة- الوصية-الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 25.

² منصوري نورة، مرجع سابق، ص 48.

³ تنص المادة (204) من قانون الأسرة على ما يلي: "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية"، مصدر سابق.

⁴ يراجع نص المادتين (185) و(189) من قانون الأسرة الجزائري، المصدر السابق.

الشيء الموصى به إلا بعد وفاة الموصي¹، والتصرف على أساس الهبة المنفذ بعد وفاة المورث في تركته، يأخذ حكم الوصية².

2/ تمييز عقد الهبة عن عارية الاستعمال: تلتبس الهبة بعارية الاستعمال في أن كلاهما عقد من عقود التبرع، وفي أن المنتفع فيهما يثري على حساب الغير بلا مقابل بحسب الأصل إلا في حالة الهبة بعوض.

ولكنهما يتميزان عن بعضهما في الأوجه التالية:

- في الهبة يستلزم المشرع الرسمية وهي ركن في هبة العقار، بينما لا يتطلب المشرع في العارية الرسمية، بل يكفي لانعقادها رضا المتعاقدين.

- يترتب على الهبة تملك الشيء الموهوب للموهوب له، أو منفعته أو لغير ذلك من الحقوق المتفرعة عن الملكية، بينما العارية تقتصر على إباحة الانتفاع بالشيء محل الإعارة دون تملكه.

- الأصل في الهبة أن يكون القصد منها التبرع بلا عوض، وذلك بمنح الموهوب له منافع يحرم الواهب نفسه منها، بينما العارية على خلاف ذلك لا يكون قصد المعير منها في الأصل إفادة المستعير، بل يكون المراد منها تحقيق مصلحة شخصية، وحتى إذا كان المقصود منها التبرع، فإنها لا تكون هبة وذلك لصالّة منفعة المتبرع بها، بالإضافة إلى أن الدافع إليها في الكثير من الأحوال مراعاة حسن الجوار والمجاملة بين الناس³.

3/ تمييز عقد الهبة عن الصدقة: تلتقي الهبة والصدقة في أن كلا منهما تمليك بلا عوض حال حياة الواهب وأنهما من التبرعات المندوبة، وتختلف الهبة عن الصدقة في الأوجه التالية:

¹ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة- الوصية-الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 26.

² قرار رقم (307934) بتاريخ 2005/10/19، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2005، ص 195، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، مرجع سابق، الجزء 3، ص 1288.

³ منصوري نورة، مرجع سابق، ص 49.

- الصدقة يكون التملك فيها للمحتاج تقرباً إلى الله تعالى وطمعاً في ثواب الآخرة فهي تكون لدفع الحاجة، أما الهبة فقد تكون للمحتاج وقد تكون لغيره ولتقوية الصلة ولتأليف القلوب، وقد يهدف الواهب من ورائها إلى الحصول على عوض دنيوي أو أخروي فيها¹.

- الهبة يمكن الرجوع فيها أو اعتصارها بينما الصدقة لا يجوز فيها الرجوع بالاتفاق، لأن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: "من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه الصدقة فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إن لم يرضى منها"²، وذلك خلافاً للهبة التي يجوز للواهب أن يرجع فيها وفقاً للقانون الجزائري، إذا كان الواهب أحد الأبوين³.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها بقولها: "للأبوين، دون غيرهما، حق الرجوع في الهبة لولديهما"⁴، وهو حق مطلق لهما فلا مجال للتراضي في هذه الحالة أي أن الرجوع إذا لم يتم بالتراضي بين طرفي العقد، فإن ذلك لا يمنع الأبوين من الرجوع في الهبة من دون رضا

¹ منصور نورة، مرجع سابق، ص 49.

² محمود بن أحمد بن موسى بدر الدين العيني، نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار، تحقيق أبو تميم ياسر بن إبراهيم، قطر، إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الطبعة الأولى، المجلد الرابع عشر، 1429هـ/2008م، ص 327.

³ تنص عليه المادة (211) من قانون الأسرة الجزائري على أنه: للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:

1/ إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له،

2/ إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين،

3/ إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته.

⁴ قرار رقم (328682) بتاريخ 2006/02/15، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2006، ص 237، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، مرجع سابق، الجزء 3، ص 1327.

وفي قرار آخر من المقرر قانوناً أنه: "لا يحق للوالدين الرجوع في الهبة لولدهما إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته". قرار رقم (153622) بتاريخ 1998/03/11، المجلة القضائية، العدد 2، 1997، ص 69، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، المرجع السابق، الجزء 3، ص 969.

الطرف الثاني وهو الموهوب له ومن دون الرجوع إلى القضاء ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع التي ذكرت على سبيل الحصر¹.

4/ تمييز عقد الهبة عن الوقف: الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق، وهو بهذا التعريف يشترك مع عقد الهبة في صفة التبرع²، غير أنه يختلف عنها في عدة جوانب:

- أن الهبة ترد على الذات بخلاف الوقف الذي يرد على المنفعة.
- أن الهبة تؤدي إلى زوال ملك الواهب بخلاف الوقف يبقى الموقوف ملك الواقف، وقيل ينتقل الملك بالوقف إلى الله تعالى.
- لا بد من تطابق الإرادتين في الهبة، أما الوقف تصرف من جانب واحد³، فالهبة عقد كسائر العقود تستمد قوتها القانونية من الإرادتين المتطابقتين لطرفيها الواهب والموهوب له، أما الوقف فيعتبر تصرفا صادرا من جانب واحد، يستمد قوته القانونية من الشخصية المعنوية التي يمتاز بها، حيث أن إرادة الواقف تحميها الدولة وتسهر على تنفيذها وتحمي الأملاك الوقفية من التلف والضياع، خاصة إذا تعلق الأمر بالأملاك الوقفية العامة⁴.
- 5/ تمييز عقد الهبة عن الإباحة:** الإباحة هي إذن الإنسان لغيره بأن ينتفع بماله أو يستهلكه باستعماله، وهي بهذا المعنى تشبه الهبة في أنها تمليك للأعيان بلا عوض دنيوي، غير أنها تختلف عنها في الأوجه التالية:

¹ البشير جبري، الرجوع عن الهبة، مجلة الموثق، الجزائر، الغرفة الوطنية للموثقين - المطبعة الحديثة للفنون المطبعية، العدد 9، 2000، ص 41.

² يراجع نص المادة (213) من قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

³ حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة (في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، مرجع سابق، ص 35.

⁴ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة - الوصية - الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 27.

- الهبة عقد يتم بالإيجاب والقبول، أما الإباحة فهي ليست عقداً، وإنما تتم بمجرد صدور الإذن القولي أو العملي بالانتفاع بالشيء المباح¹.
- يشترط في عقد الهبة أن يكون كل من الموهوب له والشيء الموهوب معلوماً ومحدداً، بينما الإباحة فلا يشترط فيها التعيين والتحديد.
- بمجرد أن تتعقد الهبة صحيحة مكتملة الأركان والشروط المحددة قانوناً تنتقل ملكية الشيء الموهوب من الواهب إلى الموهوب له، فيصبح هذا الأخير مالكا للشيء الموهوب ومن ثم يجوز له أن يتصرف فيه كما يريد، أما الإباحة فلا يجوز فيها للمباح له التصرف في الشيء المباح كونه ليس مالكا له، ومنه لا يسوغ المباح له أن يتصرف في الشيء المأذون بهبته أو بيعه ونحوهما².

ثانياً/ تمييز عقد الهبة عن العقود الملزمة لجانبين

هناك تشابه بين عقد الهبة والعقود الملزمة لجانبين كعقدي البيع والإيجار وغيرها، وهي العقود التي تتم بإرادتين مختلفتين، ويختلفان عنه في جوانب أخرى، وهذا ما سوف نتناوله:

1/ تمييز عقد الهبة عن عقد البيع: الأصل في الهبة أنها عقد من عقود التبرع، لأنها تملك بلا عوض، يتجرد الواهب عن جزء من ماله بقصد التبرع، فإن انتفت نية التبرع بسببه لا يعتبر العقد هبة، وقد يكون معاوضة إذا كان بمقابل يعادل قيمة الشيء الموهوب أو يقاربها، بينما البيع هو عقد من عقود المعاوضة، لأن المشتري يحصل مقابل ما يدفعه من ثمن للبائع على الشيء المباع، ويتفق مع الهبة في أن كل منهما من عقود التصرف الملزمة للجانبين إذا كانت الهبة بالعوض³.

2/ تمييز عقد الهبة عن عقد الإيجار: الهبة تملك مال بلا عوض بقصد التبرع، بينما عقد الإيجار ينشئ التزامات شخصية في جانب كل من المؤجر والمستأجر ولا يرتب حقا عينيا في

¹ منصورى نورة، مرجع سابق، ص 51.

² شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة- الوصية-الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 28-29.

³ منصورى نورة، المرجع السابق، ص 52.

الشيء المؤجر ويزترتب على ذلك أن الإيجار هو عقد ملزم للجانبين، وأنه من عقود المعاوضات وينقل منفعة الشيء المؤجر لمدة محدودة مقابل أجر، وعنصر الزمان فيه عنصرا جوهريا ولذا فإن الشيء المؤجر يقابل الأجرة، والأجرة مقابل الانتفاع، والهبة عقد من العقود الشكلية فيه واجبة إذا وقع على عقار أو منقول يتطلب إجراءات خاصة، بينما عقد الإيجار عقد رضائي لا يتطلب الشكلية، وهو من عقود الإدارة، لا من عقود التصرف¹.

الفرع الثالث/ شروط عقد الهبة

لعقد الهبة شروط لا يقوم إلا بتوافرها شأنه في ذلك شأن أي عقد من العقود، وهي شروط انعقاد وشروط صحة.

أولا/ شروط انعقاد عقد الهبة

هناك شروط لازمة لانعقاد عقد الهبة نصت عليها مختلف التشريعات وهي كالتالي:

1/ التراضي في عقد الهبة: نصت المادة (206) من قانون الأسرة على: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم الحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة"²، وبالتالي فإن الهبة لا تتعقد بإرادة الواهب وحده بل لابد من قبول الموهوب له أو نائبه، ويشترط أن يكون القبول مطابقا للإيجاب حتى تتعقد الهبة³، فتطابق القبول مع الإيجاب أمر وجوبي لا يعدل منه أو يقيد منه أو يزيد عليه وإلا اعتبر إيجابا جديدا⁴.

لابد من قبول الموهوب له للهبة حتى تتعقد، والسبب في ذلك أن الهبة عقد وليست تصرفا بالإرادة المنفردة كالوصية، فهي وإن كانت تبرعا إلا أنها تثقل عنق الموهوب له بالجميل وتفرض عليه واجبات أدبية نحو الواهب، وقد يؤثر الموهوب له رفض الهبة إذا ما استشفت من ورائها غايات للواهب لا يحمدوها، كما أن ملكية الشيء الموهوب لا تنتقل إلى الموهوب له ما لم

¹ منصوري نورة، مرجع سابق، ص 52- 53.

² قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

³ نجيمي جمال، مرجع سابق، ص 345.

⁴ وهذا ما نصت عليه المادة (66) من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

يقبلها¹، ويجوز أن تتعقد الهبة بين غائبين، فتتم في الزمان والمكان اللذين يصل فيهما القبول إلى علم الموجب، ويعتبر وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به إلى أن يثبت العكس².

ولا يكون لقبول الموهوب له للهبة أثر إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم الواهب، فإذا رجع الواهب عن إيجابه قبل وصول القبول إلى علمه لم تتعقد الهبة، بشرط أن يكون وصول الرجوع عن الهبة إلى علم الموهوب له قبل وصول قبول هذا الأخير إلى علم الواهب، ويرجع السبب في ذلك إلى أن القبول لم يقتن بالإيجاب، وعليه يحق رجوع الواهب عن إيجابه مادام قبول الموهوب له لم يتم بعد³، ولا يشترط في الرجوع عن عقد الهبة أن يكون الرجوع أمام القضاء فقط⁴.

2/ المحل في عقد الهبة: المحل في عقد الهبة يتمثل في الشيء الموهوب، والأصل في الهبة أن تكون ملزمة لجانب واحد، وهو الواهب الذي يلتزم بتسليم المحل أي الشيء الموهوب للموهوب له، إلا أن نص المادة (202) من قانون الأسرة أجازت للواهب أن يشترط عوضا أو التزاما مقابل الهبة فتكون هذه الأخيرة كالبيع⁵، فالهبة يكون لها دائما محل يتمثل في الشيء الموهوب، وقد يكون لها محل ثان وهو العوض، وهذا ما سأعرض إليه:

أ / الشيء الموهوب: هو ما تقع عليه الهبة من الواهب إلى الموهوب له ويسري عليه في عقد الهبة ما يسري على محل العقد بوجه عام، ومن ثم يجب أن يكون موجودا وقت التعاقد أو قابلا

¹ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة- الوصية-الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 34 .

² يراجع نص المادة (67) من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

³ يراجع نص المادة (61) من القانون المدني الجزائري، المصدر السابق.

⁴ القرار رقم (0943281) بتاريخ 2015/10/14، مجلة المحكمة العليا لسنة 2015، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، العدد الثاني، ص 147.

⁵ محمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص 287.

للوجود مستقبلا، مملوكا للواهب، فلا يجوز له هبة ما ليس ملكا له¹، وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين² بأن يكون معلوما علما كافيا نافيا للجهالة الفاحشة للمتعاقدين، وبأن يكون صالحا للتعامل فيه بألا يكون مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة³.

ب / العوض في عقد الهبة: للهبة محل دائم وهو الشيء الموهوب لكن قد يكون لها محل آخر وفقا لنص المادة (2/202) من قانون الأسرة وهو العوض، فقد تقتزن الهبة بمقابل أو بشروط أو التزامات تفرض على الموهوب له فتكون الهبة عندئذ ملزمة للجانبين، بحيث تقيم التزامات في جانب الموهوب له مقابلة للالتزامات القائمة في جانب الواهب.

وقد تتعدد صور المقابل في الهبة، فتكون الشروط والالتزامات التي يفرضها الواهب على الموهوب له في عقد الهبة تصب في مصلحة هذا الأخير كأن يهب الواهب مالا للموهوب له ويشترط عليه في المقابل أن يشتري به دارا أو أي شيء آخر يتمتع به.

وقد تكون هذه الشروط والالتزامات المفروضة على الموهوب له تصب في مصلحة الواهب كأن يشترط الواهب على الموهوب له أن يوفي ديونه فيلتزم الموهوب له عندئذ بوفاء هذه الديون التي كانت موجودة وقت الهبة.

كما يشترط الواهب العوض للمصلحة العامة، ومثال ذلك أن يهب الواهب مالا للجمعية الخيرية ويشترط عليها أن تقوم بتشديد مستشفى أو ملجأ أو غير ذلك من الأعمال التي تحقق مصلحة عامة.

وأيا كان الالتزام الذي يشتمل عليه المقابل في عقد الهبة، فإن محله يجب أن تتوفر فيه الشروط العامة الواجب توافرها في محل الالتزام بوجه عام، فيجب إذن أن يكون هذا المال موجودا إذا كان متعلقا بشيء معين بالذات، أو ممكنا إذا كان عملا أو امتناعا عن عمل ويجب

¹ تنص المادة (92) من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا"، مصدر سابق؛ وتنص المادة (205) من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة، أو دينا لدى الغير"، مصدر سابق.

² تنص المادة (94) من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه، ومقداره وإلا كان العقد باطلا..."، المصدر السابق.

³ قرار رقم (39360) بتاريخ 1986/01/13 عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، الجزائر، منشورات كليك، الطبعة 2، الجزء 2، 2013، ص 1150. والذي جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانونا أنه لا تجوز هبة الأموال المحبسة لأنها تتنافى مع التأبيد وأحكام الحبس....".

أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون صالحاً للتعامل فيه وغير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، كما يجب أن تكون القيمة المادية للمقابل في عقد الهبة أقل من قيمة الشيء الموهوب، فإذا تعادلت أو تقاربت قيمة المقابل مع قيمة الشيء الموهوب فقدت الهبة صفتها باعتبارها تبرعاً، وأصبحت عقد معاوضة لا تبرعاً¹.

3/ السبب في عقد الهبة: يقصد به الباعث الدافع الذي أدى بالواهب إلى التبرع بماله بدون مقابل ويجب أن يكون هذا الباعث مشروعاً، ويكون غير مشروع إذا كانت الهبة هي استدامة علاقة غير شرعية بين الواهب والموهوب له، أما إن اقترنت الهبة بسبب غير مشروع كأن يهب شخص مالا لمطلقاته ويشترط عليها عدم الزواج، هنا يلغى الشرط لمخالفته للقانون والنظام العام وصحت الهبة².

والعبرة في عدم مشروعية الشرط تكون من يوم صدور الهبة، ومن ثم إذا كانت الهبة مشروعة وقت إبرام العقد اعتبرت صحيحة، وإن أصبح الشرط غير مشروع بعد ذلك³.

4/ الشكل في عقد الهبة: نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية يعتبرون الهبة تصرفاً رضائياً ولا يشترطون إفراغها في شكل معين، فالهبة سواء وردت على عقار أو منقول تتعقد بمجرد تبادل الرضا بين الواهب والموهوب له دون الحاجة لإفراغها في ورقة رسمية، ومن ثم تخلف الشكل في عقد الهبة -حسبهم- لا يترتب عليه البطلان⁴، غير أنهم اشترطوا قبض الشيء الموهوب من أجل تمام الهبة ذلك أن صورة الشكلية عندهم تنحصر في القبض⁵.

¹ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة - الوصية - الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 39 - 40.

² حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة - الوصية - الوقف)، الجزائر، دار هومة، 2004، ص 24.

³ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة - الوصية - الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 43.

⁴ أحمد أبو الفتح، مرجع سابق، ص 58.

⁵ يوسف نواصة، العينية في عقود التبرعات (الهبة نموذجاً)، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 6، 2011، ص 22 إلى 26.

وبالرجوع إلى أحكام القضاء الجزائري يتبين أنه استقر على اعتماد الرضائية في الهبة المبرمة قبل صدور قانون الأسرة، إذ أنه لم يشترط شكلا معيناً سواء كانت الهبة واردة على عقار أو منقول، فلم يقض إذن ببطلان الهبة إذا تخلف الشكل الرسمي فيها، غير أنه اشترط حيازة الشيء الموهوب من أجل تمام عقد الهبة، فصورة الشكالية في الهبة تنحصر في القبض.

ولكي نتناول أحكام الشكل الواجب توافره في عقد الهبة في القانون الجزائري يجب أن نبين ما إذا كان محل الهبة عقارا أو منقولا.

أ / شكل عقد الهبة في المنقول: ينقسم المنقول إلى منقول معين بالذات ومنقول معين بالنوع ففي المنقول المعين بالذات المملوك للواهب ينقل الملكية إلى الموهوب له فورا بمجرد تمام الهبة وقبل القبض¹، وقد نصت عليه المادة (165) من القانون المدني بما يلي: "الالتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري"².

أما المنقول المعين بالنوع كهبة (20) قنطارا من القطن إذا كانت هبة يدوية كما يقع ذلك عادة تمت الهبة بالقبض، وتنتقل الملكية بمجرد تمام الهبة، وتسري في كل هذه الأحكام انتقال ملكية المبيع المنقول سواء المعين بالذات أو بالنوع³، وإذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على الشيء ثم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء، فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير الإخلال بحقه في التعويض⁴.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح)، مرجع سابق، ص 143.

² القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

³ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح)، المرجع السابق، ص 145.

⁴ وهذا ما نصت عليه المادة (166) من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

غير أن هناك بعض المنقولات التي لا تنتقل إلا إذا خضعت لإجراءات خاصة بها، وهذا ما جاءت به المادة (206) من قانون الأسرة "تتعد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحياة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة"¹.

وعليه يكفي أن تنصب الهبة في قالب عرفي إذا كان محلها منقولاً، لكن يجب مراعاة الإجراءات الإدارية الخاصة بنقل الملكية لبعض المنقولات، كأن تنصب الهبة على سيارة، فيجب استخراج البطاقة الرمادية باسم الموهوب له في نقل الملكية.

هذا ويترتب على عدم مراعاة الإجراءات الإدارية الخاصة ببعض المنقولات، أو عيبتها بطلان الهبة بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الإجازة، وبالنتيجة يبقى المنقول محل الهبة مملوكاً للواهب يستطيع التصرف فيه كما يشاء².

ب / شكل عقد الهبة في العقار: إذا كان الموهوب عقار، يترتب على ذلك أن الموهوب له لا يصبح مالكا للعقار الموهوب ما دامت الهبة لم تسجل، فلا بد من إفراغ هبة العقار في الشكل الرسمي الذي يحرر من قبل موثق تحت طائلة البطلان المطلق³.

وزيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب -تحت طائلة البطلان- تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار، أو حقوق عقارية، أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية، أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن إلى الضابط العمومي الذي حرر العقد⁴، مع احترام الأحكام العامة

¹ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

² شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة- الوصية-الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 51.

³ نجيمي جمال، مرجع سابق، ص 348.

⁴ المادة (324 مكرر 1) من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

التي جاءت في المادة (324) من القانون المدني، والمادة (61) وما بعدها من المرسوم (63/76) المتعلق بتأسيس السجل العقاري¹.

والواضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري اشترط إفراغ العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار، أو حقوق عقارية في شكل رسمي تحت طائلة البطلان، وبالتالي يجب أن تحرر الهبة التي ترد على عقار في الشكل الرسمي وإلا كانت باطلة².

كما اشترطت المادة (206) من قانون الأسرة زيادة على الرسمية تسليم الشيء الموهوب أيضا وتمكينه من حيازته ويكون من نقل الملكية تاما مع كل ما ينتجه من حقوق، فللواهب الحق في التصرف فيه من بيع أو استغلال أو إيجار³، واستثناء لقاعدة الحيازة ما جاء المادة (208) من قانون الأسرة فيما يتعلق بالهبة بين الزوجين، والتي جاء نصها كالتالي: "إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه، أو كان الموهوب مشاعا، فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة"⁴.

وعليه يتعين على الواهب والموهوب له أن يتقدما إلى أي مكتب توثيق من أجل أن يقوم الموثق بتوثيق عقد الهبة المراد إبرامه، وتسجيله لدى مصلحة التسجيل⁵ وشهره بالمحافظة

¹ تنص المادة (61) من المرسوم رقم (63/76) المؤرخ في 1976/03/25، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية رقم (30) على أنه: "كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية، يجب أن يقدم على الشكل الرسمي".

² القرار رقم (103656) بتاريخ 1994/11/09، نشرة القضاة، العدد 51، 1997، ص 67، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، مرجع سابق، ص 989؛ كذلك "من المقرر قانونا أنه يتوجب تسجيل العقود المنظمة للهبة لدى موثق رسمي تحت طائلة البطلان". قرار رقم (81376) بتاريخ 1992/02/18، المجلة القضائية، العدد 4، 1993، ص 88، عن جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، الجزء 2، ص 715؛ ونفس المعنى كرسه القرار رقم (45371) بتاريخ 1987/04/20، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، مرجع سابق، ص 1152.

³ فريدة هلال، مرجع سابق، ص 55-56.

⁴ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

⁵ وهذا ما ورد النص عليه في المادتين (8) و(40) من القانون رقم (02/06) المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية العدد (14) المؤرخة في 08 مارس 2006.

العقارية كي تنتقل ملكية العقار من الواهب إلى الموهوب له والاحتجاج به تجاه الغير¹، غير أنه يجب على الموثق أن يحرر عقد الهبة بحضور شاهدين، تحت طائلة البطلان²، لأن الهبة باتفاق الفقهاء عقد احتفائي³، ويجوز أن تتعد الهبة الواردة على عقار بواسطة وكيل ينوب عن الواهب لكن لتتعد صحيحة لابد من أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توافره في عقد الهبة وأن تكون الوكالة خاصة⁴.

ثانيا/ شروط صحة عقد الهبة

سنعرض أهلية كل من الواهب والموهوب له في النقطة الأولى، ثم عيوب التراضي في النقطة الثانية.

1/ أهلية الواهب: عني المشرع بأهلية الواهب في عقد الهبة عناية بالغة ولم يعتبرها ذات أثر ما لم يبلغ أهلية التبرع والتي لا تقوم كاملة إلا إذا بلغ صاحبها سن الرشد⁵، فالواهب هو من وقعت منه الهبة، وتتمثل الشروط المتعلقة به في أمور منها:

- أن يكون عاقلا غير محجور فلا تصح هبة المجنون والمحجور عليه⁶.

¹ المادة (793) من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق؛ والمادة (16) من قانون إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري الصادر بموجب الأمر رقم (74/75) المؤرخ في 1975/11/12، الجريدة الرسمية العدد (92)، السنة 12، الصادرة بتاريخ 1975/11/18.

² قرار رقم (389338) بتاريخ 2007/11/21، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2008، ص 159، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، مرجع سابق، الجزء 4، ص 1522، والذي قضى بأنه "يشترط القانون تحرير عقد الهبة وجوبا تحت طائلة البطلان بحضور شاهدين".

³ حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 15.

⁴ يراجع نص المادتين (572) و(574) من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

⁵ جمال عياشي، تداخل آثار عقود التبرع والمواريث، أطروحة دكتوراه في الحقوق تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2013/2014، ص 37.

⁶ عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، الجزء 3، 1424هـ/2002م، ص 263.

- أن يكون مالكا للموهوب، لأن جميع التصرفات من بيع، وإجارة، وصدق، ورهن وغير ذلك لا تصح إلا فيما يمتلكه المتصرف¹، فلا تصح هبة ما ليس بمملوك.

- أن يكون بالغاً فلا تصح هبة الصغير² لكون تبرعه ضرراً محضاً، وسن بلوغ الوهاب في التشريع الجزائري هو (19) سنة، وهذا ما نصت به المادة (203) من قانون الأسرة: "يشترط في الوهاب أن يكون سليم العقل، بالغاً تسعة عشرة (19) سنة وغير محجور عليه"³، وهذا تأكيد على ما جاءت به المادة (40) من القانون المدني التي تنص: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشرة (19) سنة كاملة"⁴، فإذا بلغ سن الرشد وثبتت صلاحيته لإدارة أمواله، فإنه تكون له الأهلية في ماله ونفسه⁵، وعليه فإن الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه وهو عديم الأهلية غير أهل للهبة، وكذلك ناقصي الأهلية وهم الصبي المميز والمحجور عليه للسفه أو الغفلة، فأى منهم غير أهل لأن يهب⁶.

- كما يشترط تقديم الهبة خلال حياة المتبرع وهو ما يميزها عن التركة التي تدخل حيز التنفيذ بعد وفاة الموصي⁷، وإذا مات الوهاب أو فقد أهليته قبل أن يرتبط إيجابه بالقبول من الموهوب له، فإن الهبة لا تتم وكذلك الحال إذا مات الموهوب له أو فقد أهليته قبل أن يصدر منه القبول، لأن الإيجاب لم يلاق شخصاً يقبله، إذ أن الهبة أمر خاص بالموهوب له فلا يحل ورثته محله في القبول⁸.

¹ علي بن محمد بن رمضان الرشيدي، مرجع سابق، ص 56.

² عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 263.

³ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

⁴ القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

⁵ يوسف نواصة، عقود التبرع في الشريعة الإسلامية وأحكامها ومقاصدها، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2010/2011، ص 112.

⁶ كمال حمدي، الموارث والهبة والوصية، الإسكندرية- مصر، منشأة المعارف، 1998، ص 164.

⁷ Jamal J. Nasir, *The islamic law of personal status*, Edition 3, Brill, 2009, p 281- 282.

⁸ محمد يوسف عمرو، مرجع سابق، ص 230.

2/ **أهلية الموهوب له:** يشترط في الموهوب له أهلية الملك أو التملك، وهو ما يعرف عند القانونيين بأهلية الوجوب الكاملة والتي تثبت للإنسان في الحقوق المالية بمجرد ولادته حيا، وقد سار المشرع الجزائري على مذهب الإمام مالك الذي يجيز الهبة للحمل المستكن المعلق على شرط ولادته حيا، وفقا ما تقضي به المادة (209) من قانون الأسرة التي تنص: "تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا"¹، أما إذا كان ولد ميتا يبقى المال ملك الواهب وإن ولد حيا ثم مات بعد ولادته كان المال للموهوب ولورثته، ويتولى قبول الهبة عن الجنين وليه الشرعي وهي الأم في حالة ما إذا كانت الهبة من الأب، ويكون الأب في حالة ما إذا كانت الهبة من أجنبي².

نلاحظ هنا أن القانون يميز بين أهلية الواهب وأهلية الموهوب له، حيث يتشدد في أهلية الواهب ويتطلب أهلية التبرع، والتي تعتبر أقوى من أهلية التصرف، لأنه يقوم بعمل ضارا به ضررا محضا، في حين يخفف من أهلية الموهوب له وبالمقابل لا يشترط فيه حتى أهلية التصرف لأنه يقوم بعمل نافع له نفعاً محضاً.

3/ **عيوب التراضي في عقد الهبة:** تتمثل في الغلط، الإكراه، الاستغلال، التدليس.

أ / **الغلط في عقد الهبة:** ويجب أن يكون الغلط جوهريا كأن يكون في الشيء الموهوب، وإما في الشخص الموهوب له أو القيمة أو في الباعث، كأن يهب مثلاً شخص لآخر أرضاً صالحة للزراعة، ثم يتبين بعد ذلك أنها أرض صالحة للبناء³.

ب / **الإكراه في عقد الهبة:** يعرف الإكراه بأنه ضغط غير مشروع يقع على إرادة شخص فيحدث في نفسه رهبة فيحمله على التعاقد⁴، والإكراه الذي يعيب الإرادة يقوم على عنصرين؛ عنصر مادي وعنصر شخصي:

- **أما العنصر المادي** فيتمثل في استعمال وسائل مادية كالضرب والعنف أو وسائل نفسية كالتهديد بالأذى مما يجعل المكره يبرم العقد تحت سلطان هذا الخوف.

¹ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

² حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 27.

³ عبد الرزاق أحمد السنهاوي، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية الهبة والشراكة والقروض والدخل الدائم والصلح)، مرجع سابق، ص 107.

⁴ قاسم عمر حاج أمحمد، الإكراه، مفهومه، وصوره، وأثره في فقه الأقليات المسلمة (دراسة مقارنة مع فقه الهجرة وأحكامها)، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 9، العدد 1، 2016، جامعة غرداية، الجزائر، ص 812.

- أما **العنصر الشخصي** يكون عن طريق التأثير في نفس الواهب بواسطة النفوذ الأدبي للموهوب له على الواهب، فيؤثر في إرادته ويحمله على التخلي من ماله لمصلحته ويكون ذلك النفوذ الأدبي للأب على ابنه وفي كثير من الأحيان للزوج على زوجته¹.

ج / **الاستغلال في عقد الهبة**: يتمثل في الحالات التي يستغل فيها أحد المتعاقدين في الآخر حالة ضعف في أمر من الأمور، بحيث يحجب عنه هذا الضعف ملكة الموازنة والتبصر فينتهز المتعاقد معه هذه الفرصة، ويجره إلى إبرام تصرف للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة له، أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوت غير مألوف²؛ فكثيرا ما يستغل الموهوب له الواهب في طيش بين أو هوى جامح كأن يتزوج شيخ من فتاة فيقع تحت سلطانها وتستغل ضعفه وهواه ليعقد معها هبات مستترة.

د/ **التدليس في عقد الهبة**: وهو تضليل العاقد باستعمال وسائل احتيالية تدفعه إلى التعاقد بحيث لولاها لما رضي بالتعاقد³، أي إيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد.

وجاء في المادة (86) من القانون المدني: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني في العقد" ويقابل هذا النص المادة (116) من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها: "يعتبر التدليس من قبل أحد المتعاقدين على درجة من الجسامة بحيث يكون من الواضح أنه لولاها لما تعاقد"⁴.

¹ محمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 134.

² محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، الجزائر، دار هومة، دون طبعة، 2014، ص 90-91.

³ المرجع نفسه، ص 40.

⁴ محمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 131.

المطلب الثاني

تنظيم عقد الوصية

الوصية نوع من أنواع عقود التبرعات المالية تنشأ بالإرادة المنفردة، وهي سبب من أسباب كسب الملكية، وقد اهتم بها الفقهاء تعريفاً وبياناً لأركانها وشروطها، كما تناولها القانون مع إضافة بعض الشروط القانونية فيما يتعلق بالشروط الرسمية والشكلية لصحة التصرفات الخاصة في الوصية، وهذا ما سنتعرض له بالدراسة في هذا المطلب.

الفرع الأول/ مفهوم عقد الوصية

سنتطرق في هذا الفرع للمقصود من عقد الوصية ومدى مشروعيتها، بالإضافة إلى تبيان أحكام بعض التصرفات الملحقة بالوصية.

أولاً/ تعريف عقد الوصية

1/ التعريف اللغوي للوصية: أصل المادة ينبئ على الوصول والاتصال، بمعنى اتصل ووصل¹ ومنه أوصى الرجل ووصّاه: عهد إليه، وأوصيت له بشيء وأوصيت إليه إذا جعلته وصيّك، والوصية: ما أوصيت به، وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت²، وتوآصى القوم إذا أوصى بعضهم بعضاً³، لقوله تعالى: "وَتَوَاصَوْا بِالْحَقِّ وَتَوَاصَوْا بِالصَّبْرِ"⁴.

¹ الشيخ علي الخفيف، أحكام الوصية بحوث مقارنة تضمنت شرح قانون الوصية 71 لسنة 1946، القاهرة، دار الفكر العربي، الطبعة 1، 2010، ص 5.

² ابن منظور جمال الدين أبو الفضل محمد بن بكر، مرجع سابق، ص 4853-4854.

³ الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق صفوان عدنان داوودي، دمشق، دار القلم والدار الشامية، الطبعة 4، 1430هـ/2009م، ص 874.

⁴ سورة العصر، الآية 3.

وأوصيت إليه بمال جعلته له وأوصيته بولده استعطفته عليه وهذا المعنى لا يقضي الإيجاب وأوصيته بالصلاة أمرته بها¹ وعليه قوله تعالى: ﴿ذَلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾²، وقوله: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾³ أي يأمركم.

2/ التعريف الاصطلاحي للوصية: تعرف الوصية في الشرع بعهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت، والوصية بالمال هي التبرع به تبرعا ينفذ بعد الموت⁴.

وقد عرف فقهاء الحنفية الوصية بأنها: اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته، وبه ينفصل عن البيع، والإجارة والهبة، لأن شيئا من ذلك لا يحتمل الإيجاب بعد الموت⁵، وهي تملك مضاف إلى ما بعد الموت⁶، بطريق التبرع وهي تشمل الأعيان والمنافع والتصرفات فهي عقد وتصرف يتم تبرعا دون معاوضة يضاف إلى ما بعد الموت⁷.

وعرفها فقهاء المالكية: هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة⁸، كما هي: عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته⁹، وعرفها فقهاء الشافعية: هي تحول الموصى به إلى الموصى له بعد الموت، وهي تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد

¹ أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، مرجع سابق، ص 662.

² سورة الأنعام، الآية 153.

³ سورة النساء، الآية 11.

⁴ حسن أيوب، فقه المعاملات المالية في الإسلام، القاهرة- مصر، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، الطبعة الأولى، 1423هـ/2003م، ص 313.

⁵ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، مرجع سابق، الجزء 10، ص 468.

⁶ عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، الباب في شرح الكتاب، بيروت- لبنان، المكتبة العلمية، الجزء 4، دون سنة نشر، ص 168.

⁷ محمد باوني، أحكام الحجر وعقود التبرعات في الفقه والقانون، قسنطينة- الجزائر، منشورات مكتبة إقرأ، دار بهاء الدين للنشر والتوزيع، الطبعة 2، 2011، ص 60.

⁸ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لأبي البركات سيدي أحمد الدريدري بهامشه الشرح المذكور مع تقريرات محمد عليش، دار إحياء التراث العربي، الجزء 4، دون سنة نشر، ص 422.

⁹ أبي بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه الإمام مالك، دار الفكر، الطبعة الثانية، الجزء 3، دون سنة نشر، ص 271؛ أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، مرجع سابق، الجزء 5، ص 374.

الموت، ليس بتدبير ولا تعليق عتق وإن التحقا بها حكما كالتبرع المنجز في مرض الموت أو الملحق به¹، كما عرفها الحنابلة بأنها: تبرع بحق مضاف لما بعد الموت².

الوصية بتعريفاتها السابقة تفيد بأن التملك -بالنسبة للموصي به- مضاف إلى ما بعد الموت -أي إلى حال زوال ملك الموصي- والقياس يقتضي عدم جواز ذلك إلا أن الاستحسان اقتضى جوازها لحاجة الناس إليها؛ فالإنسان إذا عرض له عارض وخاف الهلاك احتاج إلى تدارك ما فاتته من عمل أو تقصير في عمل، وذلك بأن يوصي بما يرى فيه فائدة بعد وفاته، من أجل ذلك أجاز الشارع الوصية تمكينا من العمل الصالح، وقضاء للحاجة عند الاحتياج إلى تحصيل المصالح³.

التعريف المختار: هو ما ذهب إليه فقهاء المالكية، وهي تملك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري.

3/ التعريف القانوني للوصية: نص المشرع الجزائري في المادة (775) من القانون المدني على أنه: "يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص المتعلقة به"⁴، الأمر الذي يستفاد منه أن المشرع لم ينظم الوصية ضمن القانون المدني وإنما في قانون الأسرة الجزائري فعرف الوصية في المادة (184) من قانون الأسرة بأنها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"، ونص في المادة (190) منه على أن: "للموصي أن يوصي بالأموال التي

¹ سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي، حاشية البجيرمي على شرح المنهج، مطبعة الحلبي، دون طبعة، الجزء 3، 1369هـ/1950م، ص 266؛ علي عبد الرحمن علي قطيط، تنازع القوانين في الوصية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص)، الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة 1، 2011، ص 34.

² محمد الزهيري الغمراوي، أنوار المسالك شرح عمدة السالك وعدة الناسك، لشهاب الدين أبي العباس أحمد ابن النقيب المصري، بيروت- لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة 1، 1416هـ/1996م، ص 266؛ موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، تحقيق محمد الأرناؤوط وياسين محمد الخطيب، جدة، مكتبة السوادي للتوزيع، الطبعة الأولى، 1421هـ/2000م، ص 249؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، الجزء 4، ص 474.

³ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، مصر، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2011، ص 190.

⁴ القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة"¹، وقد أخذت بهذا التعريف مختلف التشريعات العربية²، فعرفها المشرع العراقي في المادة (64) منه بأنها: "تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض"³.

والمقصود بكلمة "تمليك" الواردة في نص القانون الجزائري أن الوصية قد تكون بالأعيان سواء أكانت منقولا أو عقارا، أو بالمنافع كسكنى الدار أو زراعة الأرض، والمراد بعبارة "مضاف إلى ما بعد الموت" أن أثر التصرف الذي تم في حياة الموصي لا يترتب إلا بعد موته، ومن ثم يخرج من نطاقها التصرف الواقع في الحياة كالهبة، أما المقصود بكلمة "التبرع" فهو أن الوصية تتم بدون عوض باعتبارها مالا أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته، ومن ثم لا يأخذ الموصي مقابلا لوصيته⁴، وقد أيدت المحكمة العليا هذا التعريف حين قضت في أحد قراراتها بأنه: "من المقرر قانونا أن الوصية هي تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع"⁵.

والملاحظ أن هذا التعريف يتسم ببعض القصور لأنه حصر الوصية في كل ما يعتبر تمليكا فقط، لأن الوصية تشمل التمليك بالمال أو المنفعة وتشمل الإسقاطات لتكاليف معينة كالإبراء من الدين أو تأجيله أو الكفالة، كما تشمل جهة من الجهات كالوصية للمساجد والمستشفيات والملاجئ ونحوها، وليس الوصية للأشخاص المعينين بالاسم أو الوصف فقط.

إلا أن "الدكتور علي علي سليمان" عرف الوصية كالآتي: "الوصية تصرف في التركة يضاف إلى ما بعد الموت"، وما يلاحظ على هذا التعريف أنه جاء جامعا مانعا يشمل ما إذا

¹ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

² أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، مرجع سابق، ص 189.

³ قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959.

⁴ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة- الوصية-الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 180-181.

⁵ قرار رقم (116375) بتاريخ 1995/05/02، المجلة القضائية، العدد 1، 1996، ص 108، عن جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، الجزء 2، ص 823-824.

كان الموصى به مالا أو منفعة أو إسقاطا فيه، ويشمل ما إذا كان الموصى له من أهل التملك أو من غير أهل التملك، فضلا عن كونه يخرج التبرعات التي تتم حال الحياة¹.

فالموصية شرعا وقانونا عبارة عن عقد تبرع يفيد التملك دون عوض بعد الوفاة، فهي من التصرفات والمعاملات المشروعة والجائزة إلا أنها لا تنفذ إلا بعد وفاة الموصي مصرا عليها ومصمما على تنفيذها وعدم الرجوع عنها².

ثانيا/ حكم عقد الوصية ومشروعيتها

الأصل في الوصية مشروعة لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُم إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾³، وقوله صلى الله عليه وسلم: "ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي به يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده".

فالموصية تصرف مشروع ومرغب فيه لزيادة التقربات، لكي يتدارك الإنسان ما فاتته وما قصر فيه من عبادات، وعن طريقها يتحقق التواصل والتودد المطلوب بين الناس⁴.

وتكون الوصية بالإقرار وبالإشارة من الأخرس إذا فهمت عنه، وإن وجدت وصية إنسان بخطه الثابت ببينة أو إقرار ورثته صحت ويستحب أن يكتب وصيته ويشهد عليها⁵، إلا أنه اختلف الفقهاء في تحديد نوع الحكم التكليفي للوصية؛ فمنهم من قال أنها واجبة ومنهم من قال أنها مندوبة في الأصل وليست واجبة، ومن جهة أخرى يراها الفقهاء مباحة أو محرمة حسب التأسيس الذي بنيت عليه الوصية وهي خمسة أقسام:

¹ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهيئة- الوصية-الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 181-182.

² محمد باوني، مرجع سابق، ص 62.

³ سورة البقرة، الآية 180.

⁴ عبد الحليم عبد اللطيف القوفي، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2004، ص 68.

⁵ صالح بن غانم السدلان، أحكام الوقف والوصية والفرق بينهما، دار بلنسية، الكتيبات الإسلامية، دون سنة نشر، ص 10.

1/ **الوصية الواجبة:** تسمى بالوصية الواجبة لوجوبها من تركة المتوفى المالية، فهي تسبق الوصية الاختيارية وقسمة التركة لأنها من ذمة المتوفى ألزم من الميراث¹، أين اعتبرها المشرع الجزائري من الحقوق المتعلقة بالتركة واعتبرها نظام خاص أطلق عليه مصطلح التنزيل².

2/ **الوصية المندوبة:** وهي ما كانت بقربة واجبة³؛ كالوصية للأقرباء الفقراء وللصالحين من الناس، لمساعدتهم والتحبب إليهم وتدخل في باب فعل الخير المرغوب فيه شرعا.

3/ **الوصية المباحة:** وهي ما كانت للأغنياء من الأبعاد أو الأقارب، دون قصد صلة رحمهم أو التحبب إليهم، فإن قصد التحبب وصلة الرحم، كانت مندوبة⁴.

4/ **الوصية المكروهة:** وهي التي يترتب عليها أمر مكروه، كأن تصدر من إنسان له مال قليل وعيال كثير، وأي وارث يضيق عليه بالوصية فيوصى لمن لا حاجة له بها من الأغنياء، أو الوصية ببناء القباب على قبور الموتى⁵.

5/ **الوصية المحرمة:** وهي الوصية بما حرمه الله تعالى، كالوصية ببناء خمارة، أو دار لهو، أو دعارة⁶.

ثالثا/ التصرفات الملحقة بعقد الوصية

ألق القانون المدني الجزائري تصرف المريض مرض الموت، والتصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة بالوصية، وأعطى لكل واحد منهم أحكامه، وسيأتي فيما يلي تفصيل ذلك.

¹ جمال عياشي، مرجع سابق، ص 126.

² المواد من (169) إلى (172) من قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

³ عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 289.

⁴ أحمد بن غنيم النفراوي، مرجع سابق، الجزء 2، ص 132.

⁵ محمد الخرشني أبو عبد الله علي العدوي، مرجع سابق، الجزء 8، ص 183.

⁶ أحمد الحجي الكردي، الأحوال الشخصية (الأهلية، النيابة الشرعية، الوصية، الوقف والتركات)، سوريا، منشورات حلب، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، الطبعة 2، دون سنة نشر، ص 138.

1/ تصرفات المريض مرض الموت: مرض الموت هو ذلك المرض الذي يقعد المريض عن قضاء مصالحه ويغلب فيه الموت عادة وينتهي بالموت فعلاً¹، حيث نص المشرع الجزائري في المادة (1/776) من القانون المدني على أن: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حالة مرض الموت بقصد التبرع يعتبر مضاف إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف"².

يستفاد من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري اعتبر كل تصرف يصدر عن الشخص في مرض الموت بقصد التبرع أياً كانت التسمية التي تعطى له، تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت وأعطاه حكم الوصية؛ فالظاهر من هذه المادة أن العبرة تكون بالقصد أي بالنية وليس بظاهر العقد أو شكله، على أن تخضع هذه المسألة للسلطة التقديرية للقاضي الناظر في الموضوع.

ومنه كل تصرف صادر من المريض مرض الموت سواء كان منجزاً، أو مضافاً إلى ما بعد الموت تسري عليه بعض أحكام الوصية إذا مات في هذا المرض وكان التصرف بلا عوض أو بعوض صوري (محاباة)³، ومن ثم إذا تصرف الشخص في ماله وهو في مرض الموت لم ينفذ تصرفه في حق ورثته إلا باعتباره وصية في حدود ثلث التركة، إذا كان التصرف لصالح الغير ما لم يجز الورثة ما يجاوز الثلث، أما إذا كان التصرف لصالح أحد الورثة فلا ينفذ إلا بإجازة الورثة الآخرين.

¹ متى كان من المقرر فقها وقضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيراً ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد بشأن هذا الخصوص"، قرار رقم (33719) بتاريخ 1984/07/09 المجلة القضائية، العدد 3، 1989، ص 51، عن جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، الجزء 1، ص 285.

² القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

³ محمد إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، عمان - الأردن، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة 1، 2006، ص 160.

وتسري أحكام الوصية على تبرع المريض مرض الموت بعد موت هذا الأخير بداهة، فقبل موته لا حق للوارث في الطعن في التصرف، لأن حق الوارث لا يظهر في الوجود ولا يكون له أثر إلا بعد وفاة المورث، كما وأن المرض لا يمكن اعتباره مرض موت إلا إذا انتهى بموت صاحبه فعلا¹.

هذا، وينص المشرع الجزائري في المادة (2/776) من القانون المدني على ما يلي: "وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد وإذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا"²، الأمر الذي يستخلص منه أن عبء إثبات التصرف في مرض الموت يقع على عاتق الورثة الذين لهم أن يثبتوا ذلك بجميع طرق الإثبات بها فيها البيئة والقرائن³.

والجدير بالملاحظة في هذا الصدد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى كل تصرفات المريض مرض الموت، بل اكتفى بسرد حالات خاصة بشأن هذه التصرفات التي تصدر عن الشخص وهو في مرض الموت سواء كان ذلك تبرعا أو معاوضة، فاعتبر مثلا الهبة الصادرة من المريض وهو في مرض الموت، أو في حالة مخيفة وصية تسري عليها أحكامها طبقا للمادة (204) من قانون الأسرة⁴، كما نص على ذلك أيضا في حالة الوقف في المادة (215) من قانون الأسرة، واعتبر أيضا البيع الصادر عن المريض مرض الموت وصية مثلما نصت

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرقة عن الملكية حق الانتفاع وحق الارتفاق)، نهضة مصر، الطبعة 3، المجلد الثاني، الجزء 9، 2011، ص 221.

² القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

³ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة- الوصية- الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 184.

⁴ قرار رقم (197335) بتاريخ 1998/06/16، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص 281، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، الجزء 3، ص 1140، والذي قضى فيه بأنه: "من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية"؛ ويراجع القرار رقم (219901) بتاريخ 1999/03/16، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص 287، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، الجزء 3، ص 1143-1144، والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون".

على ذلك المادة (408) من القانون المدني¹، بحيث متى اثبتت الورثة واقعة المرض أثناء إبرام البيع سارت عليه أحكام الوصية لا أحكام عقد البيع، ومن ثم لم يكن البيع ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة إذا كان المتصرف له أحد الورثة، أما إذا تم البيع للغير فإنه يعتبر غير مصادق عليه، ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال ما لم يكن هذا الغير حسن النية وكسب بعوض حقا عينا على الشيء المبيع².

2/ التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة: نص المشرع الجزائري في المادة (777) من القانون المدني على أنه: "يعتبر التصرف وصية، وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حياة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك"³.

بقراءة هذه المادة يتضح لنا أنه إذا عمد المتصرف في حالة صحته -لا في مرضه- إلى إخفاء وصيته في شكل تصرف منجز كالبيع أو الهبة أو غيرها اعتبر تصرفه وصية متى كان للوارث، واحتفظ بموجبه لنفسه بحياة الشيء المتصرف فيه من جهة، والانتفاع به مدة حياته من جهة أخرى⁴.

الفرع الثاني/ إنشاء عقد الوصية

للوصية أربعة أركان وهي: الموصي والموصى به والموصى له بالإضافة إلى الصيغة، وسوف نذكرهم بالتفصيل في شروط كل ركن من أركان الوصية.

¹ تنص المادة (408) من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجز إلا إذا أقره باقي الورثة"، مصدر سابق.

² تنص المادة (409) من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا تسري أحكام المادة (408) على الغير الحسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينا على الشيء المبيع"، المصدر السابق.

³ القانون المدني الجزائري، المصدر السابق.

⁴ قرار رقم (59240) بتاريخ 1990/03/05، المجلة القضائية، العدد 3، 1992، ص 57، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، الجزء 2، ص 605، والذي جاء فيه أنه: "من المقرر قانونا أنه يعتبر التصرف وصية، وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حياة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك....".

أولا/ الشروط المتعلقة بالموصي

الموصي هو الشخص الذي صدر عنه تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض، والموصي لا يكون إلا شخصا طبيعيا بخلاف الموصى له فإنه قد يكون طبيعيا وقد يكون حكما (معنويا)¹، ولكي تكون الوصية صحيحة تترتب عليها آثارها اشترط في الموصي لتصح وصيته أن يكون عند الإيصاء متمتعا بأهلية التبرع. وتعني أهلية التبرع استجماع شرائط أهلية الأداء الكاملة، وهي توافر صفات العقل والبلوغ والرضا والرشد وعدم الحجر²، وسنتعرض لهذه الصفات كالاتي:

1/ الرضا: يجب أن يتوافر رضا الموصي بالإيصاء، فإذا كان مكرها أو هازلا أو مخطئا لا تصح الوصية، وكذلك لا تصح وصية السكران لانعدام القصد والنية كون الوصايا الصادرة عن هؤلاء الأشخاص تضر ورثتهم، وتتافي القاعدة الفقهية المشهورة التي تقضي بأنه: "لا ضرر ولا ضرار"³.

2/ سلامة العقل: جاء في نص المادة (186) من قانون الأسرة "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل..."⁴، وعليه يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصي عاقلا⁵، وهذا الشرط لا بد من تحقيقه في العقود ولا سيما في الهبات والتبرعات إذ يشترط في الموصي أن يكون من أهل التبرع في الوصية بالمال وما يتعلق به⁶؛ فلا تصح إذن الوصية المبرمة من طرف شخص لا عقل له

¹ محمد إبراهيم الزلمي، مرجع سابق، ص 177 - 178.

² محمد أحمد سراج، أحكام الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي (دراسة فقهية مقارنة)، الإسكندرية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998، ص 28 - 29.

³ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة - الوصية - الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 201.

⁴ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

⁵ "فمن المقرر شرعا وقانونا بأنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل....". طبقا لما جاء في القرار رقم (41111) بتاريخ 1986/05/05، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، مرجع سابق، ص 1151.

⁶ محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية (دراسة فقهية مقارنة)، عمان - الأردن، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، 2010، ص 236.

كالمجنون والمعتوه والصغير غير المميز¹ لانعدام إرادتهم ولعدم إدراكهم وتمييزهم لمنافع وأضرار التصرفات القانونية التي يباشرونها²، ومنه تبطل الوصية بزوال أهلية الموصي³.

3/ البلوغ والرشد: يقصد بالرشد كمال العقل وتام الإدراك، ومنه متى كان الشخص رشيدا غير محجور عليه لسفه أو غفلة صحت كل تصرفاته سواء كانت تبرعا كالوصية أو معاوضة فأهلية التبرع لا تكتمل إلا بالرشد، ولقد حدد القانون الجزائري سن الرشد القانوني بتسع عشرة سنة في المادة (2/40) من القانون المدني.

والبلوغ هو مناط التكليف في الأحكام الشرعية، ومن ثم لا تصح الوصية من صبي غير مميز لأن الوصية تبرع مالي لا يتم إلا بوجود الإرادة والتمييز⁴، وهذا ما أكد عليه المشرع في المادة (186) من قانون الأسرة باشتراطه أن يكون الموصي بالغا من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل⁵.

هذا وأنه لا يشترط في الموصي أن يكون مسلما، ذلك أن الوصية عملا من أعمال البر مثلما نص على ذلك المشرع الجزائري في المادة (200) من قانون الأسرة التي جاء فيها: "تصح الوصية مع اختلاف الدين"⁶، فكما تكون الوصية قرينة تقترب بها الإنسان إلى ربه تكون

¹ الصغير غير المميز هو من لم يبلغ سن (13) سنة طبقا لنص المادة (2/42) من القانون المدني الجزائري.

² يراجع نص المادة (1/42) من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

³ محمد خلف بني سلامة وخلق ضيف الله آغا، أحكام التركات والوصايا في الشريعة الإسلامية والقانون، عمان - الأردن، دار الفكر، الطبعة الأولى، 2012، ص 180.

⁴ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة - الوصية - الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 200.

⁵ والملاحظ أن التشريعات العربية اختلفت حول اشتراط الرشد من عدمه في الموصي للقول بصحة الوصية، غير أن المشرع المصري مثلا اتخذ موقفا وسطا فأجاز الوصية ممن بلغ (18) سنة إذا أدنته النيابة المختصة طبقا للمادة (5) من قانون الوصية رقم (71) لسنة 1946، بتاريخ 1946/01/07.

⁶ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

صلة يصل بها الشخص قريبا له أو صديقا عزيزا عليه، وبالتالي فإنها تصح من المسلم وغير المسلم مادام استوفت الوصية جميع الشروط القانونية اللازمة لانعقادها¹.

ويجب أن يكون الموصي غير مكره في وصيته، بأن يملك حرية الاختيار فيجب توفرها فيمن يكون أهلا للتبرع؛ باعتبار الوصية عقد وأي عقد يعد باطلا ولا يرتب أي أثر إذا ما وقع عن طريق الإكراه².

كما أن الوصية في أصل إنشائها لا تتنافى مع الدين، فالمدين إذا أنشأ وصية وقعت صحيحة مادامت مستوفية لشرائطها، ولا يظهر له أثر إلا عند تنفيذها بعد وفاة الموصي وفي هذا الصدد سبقت المادة (180) من قانون الأسرة الديون الثابتة في ذمة المتوفى على الوصية، ونصت أنه يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

- مصاريف التجهيز، والدفن بالقدر المشروع،

- الديون الثابتة في ذمة المتوفى،

- الوصية.

فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصبه آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة، وبالنتيجة فإذا كان الدين مستغرقا للتركة، فإن الوصية لا تنفذ لأن حق الدائنين مقدم عليها³.

ثانيا/ الشروط المتعلقة بالموصى له

الموصى له هو المستحق للوصية، وهو المتصرف له أي من أنشأت الوصية لأجله وقصد الموصي بره وصلته وجعله خلفا له فيما أوصى به.

¹ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهيئة- الوصية-الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 202.

² ياسر محمد سعيد قدو، مرجع سابق، ص 333.

³ حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 49-50.

فهو قد يكون موجودا وجودا حقيقيا، أو حكما وقت إنشاء الوصية، وقد يكون معدوما حين إنشاء الوصية، كما قد يكون فردا أو جهة محصورة أو غير محصورة، ومنه سنتعرف على شروط الموصى له¹.

1/ أن يكون الموصى له موجودا: يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى له موجودا حين إنشاء الوصية إذا عينه الموصي بالاسم أو بالوصف أو بالإشارة، سواء أكان الوجود حقيقيا مستقلا أو وجودا تقديريا كالجنين في بطن أمه²، وتجوز الوصية للمعدوم وقت إنشائها عند بعض الفقهاء كالمالكية إذا كان ممكن الوجود في المستقبل³.

ويعتبر الموصى له في حكم الموجود إذا كان حملا معيناً في بطن أمه وقت إنشاء الموصي الوصية، حتى لو لم يكن موجودا حقيقة أثناء صدور الوصية، وتعتبر حينئذ الوصية للحمل جائزة صحيحة⁴ وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة (187) قانون الأسرة، والتي جاء فيها: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا..."⁵؛ الأمر الذي يستفاد منه صحة الوصية للحمل ونفاذها بشرط ولادة الجنين الموصى له حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة.

والملاحظ أن موقف المشرع الجزائري جاء موافقا لما ذهب إليه جمهور الفقهاء بلا خلاف والذي أجاز بالإجماع الإيصاء للحمل شريطة أن يكون موجودا في بطن أمه وقت إبرام الوصية وأن يولد حيا، وأنه جاء مخفقا للانسجام والتوافق التام بين نصوص القانون المدني⁶، ونصوص

¹ محمد إبراهيم الزلمي، مرجع سابق، ص 186.

² المرجع نفسه، ص 186.

³ محمد الخرشني أبو عبد الله علي العدوي، مرجع سابق، الجزء 8، ص 168.

⁴ وكما يشترط للجنين أن تتحقق فيه الحياة فكذا يشترط للموصى له الحي وقت الإيصاء أن تستمر له الحياة إلى حين تحقق وفاة الموصي، لأن وفاة الموصى إليه قبل وفاة الموصي يجرّد الوصية من كل التزام بها وتعتبر لذلك باطلة لتخلف الموصى إليه بوفاته قبل وفاة الموصي. يراجع: جمال عياشي، مرجع سابق، ص 144.

⁵ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

⁶ تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته، على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا، وهذا حسب نص المادة (25) من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

قانون الأسرة المنظمة للميراث¹ والوصية، بنصه على ضرورة ولادة الجنين حيا حتى يكون أهلا للتمتع بكامل حقوقه المدنية والشخصية، كما سوى المشرع الجزائري فيما يخص استحقاق الوصية للحمل بين الذكر والأنثى، فإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس²، وقد يحصل أن يولد أحد التوائم حيا والآخر ميتا.

هنا يعاب على المشرع الجزائري أنه لم ينص على حالة موت أحدهما بعد استحقاقه للوصية فلمن تعود؟ هل تعود لتوأمه؟، غير أن "الدكتور بلحاج العربي" جاء بملاحظة قال فيها: في حالة تعدد الحمل إن ولد أحدهما ميتا والآخر حيا كانت الوصية للحَي دون الميت، وإن مات أحدهما أو كلاهما بعد الولادة، كان نصيبه للورثة إذا كانت الوصية بالأعيان، أما إذا كانت بالمنفعة عادت إلى ورثة الموصى لأن الوصية بالمنافع تنتهي بموته ما لم يكن هنالك شرط آخر يعمل به³.

2/ أن لا يكون الموصى له قاتلا للموصي: لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول اعتبار قتل الموصى له شرطا لصحة الوصية من عدمه بحسب اختلافهم في تحديد طبيعة القتل المانع من الوصية.

يرى الشافعية، أن الوصية تصح للقاتل ولو تعديا، لأن الوصية تمليك أما الأحناف والحنابلة، فقد اختلفا في نوع القتل الذي يبطل الوصية، فيذهب الحنفية إلى أن القتل الذي يبطل الوصية هو الصادر من البالغ عدوانا بغير حق، سواء كان عمدا أو خطأ أما القتل بالتسبب فلا

¹ لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة، وهذا طبقا لنص المادة (134) من قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

² تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس، وهذا طبقا لنص المادة (187) من قانون الأسرة الجزائري، المصدر السابق.

³ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية)، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 3، الجزء 2، 2004، ص 292؛ محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف المعمول بها في الجمهورية العربية المتحدة، مصر، مطبعة دار التأليف، 1381هـ/1962م، ص 109.

يبطل الوصية، أما الحنابلة فيرون أن القتل بغير حق يبطل الوصية، سواء كان عمداً أو خطأً أو تسبباً¹.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نصت المادة (188) منه على أنه: "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمداً"²، فالعبرة هنا بالحرمان من الإيصاء القتل العمد، وبالنتيجة يستبعد القتل الخطأ والشخص الذي يكون في حالة دفاع شرعي. وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالمذهب المالكي والذي لا يبطل الوصية في حالة القتل الخطأ لأنها تمليك مثلها مثل تمليك الهبة والقتل لا ينافي أهلية التمليك³.

ومعنى هذه المادة أن الموصى له لا يستحق الوصية إذا قتل الموصي عمداً، سواء كان فاعلاً أصلياً أو شريكاً أو شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم على الموصي بالإعدام وتنفيذه، أو كان عالماً بالقتل وتدبيره ولم يخبر السلطات المعنية بذلك، أما إذا قتل الموصى له الموصي خطأً أو كان في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عرضه فإن فعل القتل هنا لا يبطل الوصية فتبقى صحيحة وناظفة في حق الموصى له⁴.

وحتى تبطل وصية الموصى له القاتل يجب أن يكون هذا الأخير عاقلاً وبالغاً أهلاً للمسؤولية الجنائية، لأنه إذا كان عديم التمييز والإدراك كأن كان مجنوناً أو معتوهاً أو فاقداً للوعي انتفى عنصر القصد الجنائي عنه، فلا يعتبر فعله جاء لاستعمال استحقاق الوصية بقتل الموصى، وبالتالي انتفت مسؤوليته الجنائية، فلا تبطل الوصية من جانبه⁵.

3/ أن لا يكون الموصى له جهة معصية: يشترط في الموصى له ألا يكون جهة معصية؛ أي أن لا يكون جهة من الجهات المحرمة شرعاً وقانوناً، لأن الوصية شرعت لتكون في سبيل

¹ بريش نعيمة، مرجع سابق، ص 87.

² قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

³ بريش نعيمة، المرجع السابق، ص 87.

⁴ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة- الوصية- الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 208 - 209.

⁵ يراجع نص المواد (47) و (48) و (49) من القانون رقم (19/15)، المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، الجريدة الرسمية رقم (71)، المعدل والمتمم للأمر (166/56) المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات.

الخير والصالح يتدارك بها الإنسان ما فاتته في حياته من واجبات تجاه الأقارب والفقراء والمساكين، ويزيد بها من حسناته مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: "إن الله أعطاكم ثلث أموالكم في آخر آجالكم زيادة في حسناتكم"، والمعاصي ليست من الحسنات، وعليه إذا كان الموصي له جهة معصية بطلت الوصية لأن في تنفيذها إقرار للمعصية¹.

وبناء عليه لا يصح للمسلم أن يوصي لجهة معصية حرمتها الشريعة الإسلامية، فتبطل وصيته لما هو محرم في دينه وفي الإسلام كالوصية لأندية القمار، ودور اللهو المحرم².

هذا وقد تكون الجهة الموصى لها غير محرمة في ذاتها لكن الباعث على الوصية محرم مناف لمقاصد الشريعة الإسلامية، ومثال ذلك أن يوصي شخص لعشيقة بمال حتى تبقى على علاقتها المحرمة به، ففي هذه الحالة تكون الوصية تملكها لمن هو أهل للملك ولكن الباعث عليها غير مشروع، ومن ثم لا تصح هذه الوصية³.

4/ أن لا يكون الموصى له وارثا للموصي: يتضح لنا جليا أنه يشترط لصحة الوصية لوارث قبولها من طرف باقي الورثة حتى لم تتجاوز الوصية حدود ثلث التركة⁴، فإن أجازوها بعد وفاة الموصي صحت الوصية ونفذت في حق الوارث الموصى له وإن لم يجيزوها بطلت ولم تنفذ، أما إذا أجازها بعض الورثة ورفضها البعض الآخر صحت الوصية ونفذت في حصة أجازها وبطلت في حق من لم يجزها⁵.

¹ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة- الوصية-الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 206.

² محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف بين الفقه والقانون، مصر، مطبعة دار التأليف، 1382هـ/1963م، ص 79.

³ يراجع: نص المادتين (97) و (98) من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

⁴ حيث قضت المحكمة العليا بأنه: "من المقرر شرعا وقانونا أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة المورث..." قرار رقم (86039) بتاريخ 1992/11/24، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص 292، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، الجزء 3، ص 1145.

⁵ لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، الطبعة 2، الجزء الأول، 2006، ص 704.

ويشترط لصحة الإجازة أن يكون المجيز أهلا للتبرع بأن كان بالغاً رشيداً وعاقلاً، وأن يكون عالماً بما يجيزه، وأن تحصل الإجازة بعد موت الموصي لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ولا تنفذ إلا بعد الوفاة، فلا عبرة بالإجازة التي قد تحصل حال حياة الموصي لأنه يمكن للورثة الرجوع عن إجازتهم بعد وفاة الموصي.

هذا وقد نص المشرع الجزائري في المادة (189) من قانون الأسرة على أنه: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"¹، وهو بذلك يكون قد أخذ بمذهب جمهور الفقهاء الذي يقضي باعتبار الوصية لوارث صحيحة موقوفة على إجازة باقي الورثة مهما كان مقدار الشيء الموصي به، وهذا الاتجاه الذي تبناه القانون الجزائري سليم كونه يتماشى وبعض القواعد الفقهية المشهورة ومن ذلك قاعدة "درء المفسد مقدم على جلب المصالح"، وقاعدة "الحكم يتبع المصلحة"².

5/ أن يكون الموصي له أهلاً للتملك: إذ لا تصح الوصية لمن ليس أهلاً للتملك، حقيقة كالإنسان أو تقديراً كالشخص المعنوي ولا يشترط في الموصي له المعنوي (الحكمي) أهلية التملك حقيقية لأن الموصي به يصرف على مصالحه، فإذا أوصى لحيوان بطلت الوصية لأنه ليس أهلاً للتملك³، وفي الوصية للميت خلاف فيرى الجمهور: عدم صحتها⁴ لأنه ليس أهلاً للتملك لا حقيقة ولا تقديراً، وقال المالكية: تجوز له الوصية إن علم الموصي بأن الموصي له ميت، ويصرف الموصي به في دينه إن كان على الميت دين وإلا فيعطى لوارثه⁵، لكن المشرع الجزائري لم يتعرض لهذا الشرط في قانون الأسرة، غير أن إغفال ذكره له لا يفهم منه إجازة

¹ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

² شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهيئة- الوصية- الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 211.

³ محمد إبراهيم الزلمي، مرجع سابق، ص 190.

⁴ لا تجوز الوصية لميت لأن الميت لا يملك شيئاً فمن أوصى لحي ثم مات (قبل موت الموصي) بطلت الوصية. يراجع: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، مرجع سابق، الجزء 9، ص 322؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، الجزء 6، ص 12.

⁵ كما تصح لمسجد وتصرف في مصالحه ولميت علم بموته ويصرف في دينه أو وارثه. يراجع: محمد الخرشى أبو عبد الله علي العدوي، مرجع سابق، الجزء 8، ص 170.

الوصية لمن ليس أهلا للتملك والاستحقاق، ذلك أنه وباتفاق الفقهاء يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصي له أهلا لذلك، ومن ثم لا تصح الوصية لمن ليس أهلا للتملك¹.

ثالثا/ الشروط المتعلقة بالموصى به

يقصد بالموصى به -محل الوصية- كل ما يصح أن يملكه الموصى له ومما يجوز الانتفاع به من مال أو منفعة²، أي العين التي أوصي بها أو المنفعة³، وهو المال الذي يتبرع به الموصي إلى غيره، وقد يعبر عنه بمتعلق الوصية، وهو كل ما يقبل النقل بشروط معينة قد يكون مالا حقيقة كالأعيان أو حكما كالمنافع أو حقا من الحقوق.

1/ شروط صحة الموصى به: ويشترط لصحة الوصية في الموصى به الشروط الثلاثة الآتية:
أ / أن يكون الموصى به مالا قابلا للتوارث والتملك: لكي تعقد الوصية صحيحة يجب أن يكون الموصى به مما يجري فيه الإرث، أو يصح أن يكون محلا للتعاقد بعقد من العقود الناقلة للملكية كالبيع والهبة وغيرها حال حياة الموصي، لأن الوصية تمليك وما لا يقبل التملك لا تنشأ به الوصية، وعليه فإن ما لم يجر فيه الإرث وما لم يصلح للتعاقد عليه قيد حياة الموصي لا تصح الوصية به، كالوصية بالوظائف العامة، أو بالأموال العامة الخاصة بالدولة، أو بالأموال المباحة لأحد من الأشخاص بأي عقد من العقود المنظمة في القانون، وغيرها من الحقوق الشخصية والمهنية المحضة⁴.

¹ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة- الوصية- الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 206.

² عبد الله الجبوري وعبد الحق حميش، أحكام الموارث والوصايا في الشريعة الإسلامية، دبي، 2002، ص 173.

³ سليمان بن جاسر بن عبد الكريم الجاسر، لمحات مهمة في الوصية، الرياض، مدار الوطن للنشر، الطبعة الثانية، 1434هـ/2013م، ص 30.

⁴ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة- الوصية- الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 213.

ولقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة (190) من قانون الأسرة التي جاءت كالآتي: "للموصي أن يوصى بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة"¹.

وبقراءة هذه المادة يتضح لنا أن جميع ما يصح تملكه من الأموال المباحة عينا كانت أو منفعة يصح أن يكون محلا للوصية، فتصح الوصية بكل ما يدخل في ملك الموصي من أموال وحقوق قابلة للتداول والانتقال بالطرق المقررة قانونا مع استيفاء الإجراءات اللازمة لنقل ملكيتها سواء كانت هذه الأموال منقولا مثلية أو قيمية أو عقارات يحوزها الموصي حقيقة أو حكما، أو كانت حقوقا مالية أو عينية كحق الارتفاق، أو حقوقا أدبية كالملكية الفكرية القابلة للمنفعة، أو كانت منافع لمدة معينة أو مؤبدة كسكنى الدار وزراعة الأرض والإبراء من الدين وغيرها².

والملاحظ في هذا الصدد أن المنافع مما لا يجري فيه الإرث كون العقود الواردة عليها تنتهي بموت أحد المتعاقدين، ومع ذلك يجوز أن تكون محلا للوصية، وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري في المادة (196) قانون الأسرة بنصه: "الوصية بمنفعة لمدة غير محددة تنتهي بوفاة الموصي له وتعتبر عمرى"³، وما هذا النص إلا تطبيقا للقواعد العامة التي تقتضي بانتهاء حق الانتفاع بموت المنتفع حتى قبل انقضاء أجل الانتفاع المحدد، وبالنتيجة يترتب على وفاة الموصي له المنتفع عودة الانتفاع المنتهى بالوفاة إلى الشخص الذي له حق الملكية⁴.

ب / أن يكون الموصى به موجودا ومملوكا للموصي عند الوصية: نص المشرع الجزائري على هذا الشرط فأوجب أن يكون الموصى به موجودا في ملك الموصي وقت إبرام الوصية عينا أو منفعة⁵.

¹ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

² شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة- الوصية- الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 213-214.

³ قانون الأسرة الجزائري، المصدر السابق.

⁴ ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، فإن لم يعين أجل عدد مقررا لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين يراجع: نص المادة 852 من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

⁵ المادة (190) من قانون الأسرة الجزائري، المصدر السابق.

وعليه إذا كان محل الوصية شيئاً معيناً بالذات كمن يوصي لشخص بسيارته فيجب أن تكون في ملكه عند إنشاء الوصية، إذ لا تصح الوصية بملك الغير حتى لو تملك الموصي السيارة بعد صدور الوصية، ومات الموصي على هذه الحال، أما إذا كان الشيء الموصى به غير معين بذاته كمن أوصى بجزء شائع من المال بعضه أو كله، فيشترط وجوده عند الوفاة لا وقت إنشاء الوصية.

هذا ولا تصح الوصية التي يكون فيها الموصى به مستحيل التحقق أو غير موجود لانعدام المحل كمن يوصي بداره الموجودة في مدينة كذا ليتضح فيما بعد عدم وجود هذه الدار¹.

ج/ أن يكون الموصى به مقوماً وقابلًا للتملك: يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى به مالا مقوماً في نظر كل من الموصي والموصى له، والمال المتقوم هو ذلك المال الذي يصح أن يكون محلاً للوصية بأن يكون مما يباح الانتفاع به²؛ فالخمر والمخدرات والخنزير وغيرها أموال غير متقومة في مفهوم الشرع الإسلامي كونها محرمة شرعاً، وبالتالي لا تصلح أن تكون موضوعاً للوصية شرعاً بين المسلمين، غير أنه يصح أن تكون كذلك بالنسبة لغير المسلمين لبعضهم البعض لأنها متقومة في شريعتهم³.

ومعنى قابلاً للتملك: أن يكون الموصي به مما يجوز تملكه بعقد من عقود الملكية (البيع، الهبة)، لأن الوصية تملك، وما لا تملك فيه لا تتعد الوصية به، لذا فلا تصح الوصية بالوظائف العامة، أو بالأموال العامة وغيرها من الحقوق الشخصية والمهنية المحضة لأنها لا تورث ولا تصح لأن تكون محلاً لتعاقد الموصي حال حياته⁴.

¹ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة- الوصية- الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 215.

² حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 55.

³ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة- الوصية- الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 216.

⁴ حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 55.

2/ شروط نفاذ الموصى به: يشترط لنفاذ الوصية في الموصى به شرطان:

أ / أن لا يزيد الموصى به عن ثلث التركة: يشترط لنفاذ الوصية في الموصى به أن يكون في حدود ثلث التركة، فإذا أوصى الموصي بأكثر من الثلث توقف نفاذ الوصية على إجازة الورثة¹ وفقا لمقتضيات المادة (185) من قانون الأسرة، والتي جاء نصها كما يلي: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة"، فإذا تجاوز الموصى به لغير الوارث ثلث التركة كانت الوصية صحيحة لكنها لا تنفذ في حق الورثة الذين تعلق حقهم بمال الموصي بعد وفاته فيما يتجاوز الثلث، فإن أظهروا معارضتهم لها نفذت الوصية في حدود ثلثها فقط، وليس للقاضي أن ينفذ الزيادة جبرا عليهم.

أما إذا لم يكن للموصي ورثة وتجاوز الموصى به ثلث التركة، صحت الوصية في حدود الثلث، ولم تصح في الزيادة التي تؤول إلى الخزينة العامة، لأن مال الموصي في هذه الحالة يعتبر ميراثا للمسلمين ولا مجيز له منهم².

هذا وإذا أجاز بعض الورثة الزيادة ورفضها البعض الآخر، فإن الوصية تنفذ في حق من أجازها مادام من أهل الإجازة، وتبطل في حق من لم يجزها، مع العلم أن وقت تقدير الثلث هو وقت قسمة التركة وقبض كل من الورثة والموصى له حقوقهم، لأن هذا الوقت يعتبر وقت استقرار الملك وتنفيذ الوصية بعد سداد ديون العباد وحقوقهم³.

ب / أن لا يكون الموصى به مستغرقا بالدين: أي أن لا يكون الموصي مدينا بدين مستغرقا لجميع ماله، لأن الديون الثابتة في ذمة الموصي مقدمة في التعلق بمال الميت عن كل حق

¹ وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها، والذي جاء فيه: "إن القرار المطعون فيه لما قرر عدم وجود ما يثبت اعتراض الوارث على الوصية أثناء حياته، وبالتالي فإن إجازته للوصية تصبح نافذة يكون قد بنى هذه الإجازة على وجود الافتراض والظن مخالفا بذلك أحكام المادة (185) من قانون الأسرة التي تجعل من الوصية التي توصي بأكثر من الثلث متوقفة على إجازة الورثة للابتعاد عن أدنى شك". القرار رقم (241885) بتاريخ 2001/03/14، المجلة القضائية، العدد 1، 2002، ص 133، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، مرجع سابق، الجزء 3، ص 1128.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية)، مرجع سابق، ص 271؛ لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 705.

³ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهيئة - الوصية - الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 218.

بعد مصاريف تجهيز الميت ودفنه بالقدر المشروع، ولأن أداء الدين واجب والوصية في غير الواجبات مندوبة أو مباحة، والواجب مقدم على المندوب والمباح. ومن ثم إذا كان الموصى به مستغرقا بالدين لتركته الموصي لم تنفذ الوصية رغم نشوئها صحيحة في حق الموصى له ما لم يجزها الدائنون، وذلك بأن أبرؤوا ذمة المدين بإسقاط ديونهم عنه، أو أجاز الدائنون للموصى له أن يستوفي حقه من تركته مدينهم قبل استحقاق ديونهم من التركة، فإن كان الدين غير مستغرق لتركته الموصي نفذت الوصية في حدود الثلث بعد سداد الديون¹.

رابعاً/ الصيغة

هي ركن الوصية؛ تتمثل في كل لفظ يدل على عقد معين شرعاً أو عرفاً بألفاظ صريحة أو ضمنية²، وصيغة الوصية تعبر عن إرادة الموصي وتكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة³، كما يقصد بها تحقيق الرضا بين العاقدين عن طريق تطابق صيغة الإيجاب والقبول⁴.

وبمراجعة أحكام قانون الأسرة الجزائري نجده اعتبر الإيجاب وحده محققاً للوصية أما القبول الذي يصدر عن الموصي له بعد وفاة الموصي فما هو إلا شرط للزوم الوصية وثبوت ملكية الموصى به، وأن هذا الشرط لا يلزم في بعض صور الوصية كما إذا كانت الوصية لجهة عامة وليس لها من يمثلها قانوناً، فنص المشرع في المادة (184) قانون الأسرة على أن "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"، ونص في المادة (197) على أن: "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي"⁵.

¹ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهيئة- الوصية-الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 218-219.

² محمد باوني، مرجع سابق، ص 67.

³ محمد خضر قادر، مرجع سابق، ص 333.

⁴ إبراهيم محمد منصور الشحات، أحكام الوصية والوقف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، كلية الحقوق ببها، جامعة الزقازيق، دون سنة نشر، ص 49.

⁵ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

بقراءة نصي المادتين يتبين لنا أن إيجاب الموصي هو الركن الوحيد لانعقاد الوصية دون الحاجة إلى قبول الموصى له، غير أنه وإن كانت تصرفا تبرعيا صادرا بالإرادة المنفردة للموصي إلا أنها لا تثبت للموصى له بمجرد وفاة الموصي بل لا بد أن يقبلها الموصى له صراحة أو ضمنا بعد الوفاة¹، فإذا قبلها ألزمت ومن ثم كان الموصى به ملكا له وإن ردها بطلت.

1/ الإيجاب: يعرف في العقود بوجه عام بأنه التعبير البات النهائي الذي يقصد به صاحبه أثرا قانونيا طالما صادفه قبول².

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أنه تطبق القواعد العامة المقررة في الالتزام بالإرادة المنفردة بوجه عام على ركن الإيجاب في الوصية لعدم معالجتها بنص خاص في قانون الأسرة، فيجب إذن أن يصدر الإيجاب من الموصي بنية تبرع واضحة لا لبس فيها، وأن يفيد انتقال الملك إلى الموصى له بعد وفاته³.

كما يتحقق الإيجاب في الوصية بكل لفظ أو كتابة أو إشارة تتطوي على قصد التملك بعد الموت، فينعقد الإيجاب بكل لفظ يدل على قصد الموصي إذ لا يشترط فيه ألفاظ معينة⁴، فيتم بلفظ الوصية صريحا كأوصيت لفلان بكذا، أو هذا وصية لفلان أو كان بلفظ غير صريح يفهم منه الوصية بقرينة كهذا هبة لفلان بعد موتي، أو أعطوا فلانا كذا بعد موتي وما شاكل ذلك من الألفاظ أو ما يقوم مقامها⁵.

¹ Ghaouti Benmelha, **le droit patrimonial algérien de la famille (successions, testament, waqf, donation)**, office des publications universitaires alger, 1995, P 193- 194.

أحمد فراج حسين، أحكام الوصاية والأوقاف في الشريعة الإسلامية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003، ص 26؛ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة- الوصية- الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 192.

² أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، القاهرة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص 69.

³ تنص المادة (123 مكرر) من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير، ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء أحكام القبول"، مصدر سابق.

⁴ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة- الوصية- الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 193.

⁵ محمد مصطفى شليبي، أحكام الوصايا والأوقاف بين الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 24.

فإذا كان الموصي من أصحاب العاهات فإنه يخضع إلى حكم نص المادة (80) من القانون المدني التي تفيد أنه إذا استحال على ذي العاهتين التعبير عن إرادته، تعين له المحكمة وصيا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته، فإذا عين لذي العاهتين مساعد قضائي فإن الوصية الصادرة في غياب هذا الأخير بعد قرار المساعدة تكون قابلة للإبطال¹.

2/ القبول: هو تعبير بالموافقة على الإيجاب وبه يتم إبرام العقد، يشترط أن يكون باتا ومتطابقا مع الإيجاب تطابقا تاما².

القبول في الوصية يتم إما باللفظ الصريح كأن يقول الموصي له: "قبلت الوصية أو رضيت بها"، أو يتم بالفعل الذي يدل عليه كأن يتصرف الموصي له في الشيء الموصى به تصرفا يدل على الرضا وقبول الوصية كما لو كان الموصي به سيارة فيركبها الموصى له أو يؤجرها، ولا يشترط أن يصدر القبول من شخص كامل الأهلية بل يجوز لمن كان ناقص الأهلية أن يقبل الوصية بنفسه، لأنه يقوم بتصرف نافع له نفعاً محضاً يعود عليه بالمصلحة³، أما إذا كان الموصى له عديم الأهلية بأن كان صبيا غير مميز أو محجور عليه لعته أو جنون وجب أن يصدر القبول أو الرد ممن له الولاية على ماله ولها كان أو وصيا أو قيما⁴، هذا ويجب أن يقع القبول من الموصى له بعد وفاة الموصي مصرا على وصيته، فلا عبرة بالقبول الصادر أثناء حياة الموصي، لأن آثار الوصية لا تظهر إلا بعد الوفاة، ولأن الوصية تصرف غير لازم يجوز للموصي الرجوع فيه متى شاء.

على أنه لا يشترط لقبول الموصي له كامل الشيء الموصى به فله أن يقبل بعضا منه ويرفض البعض الآخر فيرده ما لم يشترط الموصي في وصيته عدم تجزئة الموصى به، أو ما

¹ المادة (80) من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، مرجع سابق، ص 217.

³ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية)، مرجع سابق، ص 208.

⁴ المادتين (81) و (83) من قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

لم يكن الموصى به غير قابل للتجزئة كما لو كان الموصى به حصانا مثلا لا بد أن يكون الموصى به كاملا وإلا بطلت الوصية¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا مات الموصى له بعد وفاة الموصي وقبل أن يصدر منه قبول أو رد للوصية فإن هذا الحق ينتقل إلى ورثته باعتبارهم خلفا عاما يرث جميع الحقوق التي يملكها مورثهم²، أما إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد وقبل موت الموصي، فإن الوصية تعتبر باطلة³، هذا وإذا تعدد الموصى لهم في الوصية فيقبل البعض دون البعض الآخر فمن المفروض أن الوصية تنفذ في حق من قبل فقط⁴.

وعليه إذا تخلف شرط من هذه الشروط فإن الوصية لا تكون مستحقة، ولمن له مصلحة من الورثة أن يطعن ببطلان هذه الوصية بموجب دعوى يقيمها أمام المحكمة المختصة، وما على قاضي شؤون الأسرة إلا أن يتحقق من توفر أو عدم توفر هذه الشروط وبعدما يحكم بقبول الدفع ببطلان الوصية أو برفضه، تبعا لما يمكن أن يقدمه المدعي أو محاميه من أدلة وحجج مقنعة تساعد القاضي على إصدار حكم عادل وسليم⁵.

الفرع الثالث/ شكل عقد الوصية

بمراجعة نصوص القانون المدني يتضح لنا أن المشرع الجزائري لم ينص على الشكل الواجب توافره في الوصية باعتبارها تصرفا رضائيا صادرا من جانب واحد، لا كشكل انعقاد ولا كشكل إثبات ولا كشكل متعلق بالشهر، وإنما أحال ذلك إلى قانون الأحوال الشخصية بموجب المادة (775) منه بشأن هذه المسألة، وبما أن قانون الأسرة لم يكن قد صدر بعد فإنه يجب

¹ محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف بين الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 40.

² تنص المادة (198) من قانون الأسرة الجزائري بأنه: "إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد"، مصدر سابق.

³ وهذا طبقا لنص المادة (201) من قانون الأسرة "تبطل الوصية بموت الموصي له قبل الموصي، أو بردها"، مصدر سابق.

⁴ بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية)، الجزائر، دار الخلدونية، الطبعة 1، 2008، ص 12.

⁵ عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2013، ص 228.

الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة (2/1) من القانون المدني، وعليه يسري على شكل الوصية المبرمة في ظل القانون المدني، وقبل صدور قانون الأسرة أحكام الشريعة الإسلامية، هذا ويسري قانون الأسرة الجزائري على الوصايا المبرمة بعد تاريخ صدوره.

فما هو الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري من شكل الوصية؟.

أولا/ إثبات عقد الوصية بعقد رسمي توثيقي

الأصل أن الوصية تثبت بموجب عقد يحرره الموثق بناء على تصريح الموصي أمامه على أنه تراعى في الوصية جميع الشروط الواجب توافرها في العقود الاحتقائية¹، فيتم تحرير العقد بحضور شاهدين، فضلا عن حضور الموصي تحت طائلة البطلان، ويجب عند تحرير عقد الوصية أمام الموثق الإشارة بدقة لصفة الموصي والموصى له والموصى به، وذلك لمنع اللبس عن كل ما يمكن أن يؤدي إلى اشتباه الوصية بغيرها من العقود.

وإذا حررت الوصية بحضور وكيل عن الموصي وجب على الموثق التأكد من صحة تلك الوكالة، ثم يحرر العقد بشرط أن تتوفر فيه نفس الشروط الواجب توافرها في الوصية المحررة من طرف الموصي نفسه².

ثانيا/ إثبات عقد الوصية بحكم قضائي

يمكن إثبات الوصية استثناء بموجب حكم قضائي في حالة وجود مانع قاهر، كأن يكون الموصي أثناء إبداء إيجابه بالإيصاء للموصى له مريضا، فلا يستطيع أن ينتقل إلى مكتب الموثق لتحرير عقد بذلك، فهنا يجوز للموصي له الاستعانة بمشروع العقد الموجود بمكتب التوثيق وبالشهود وبإثبات المانع القاهر، فيرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة يلتبس

¹ تعتبر الوصية عقدا احتقائيا، والعقود الاحتقائية هي عقود رسمي نص عليها المشرع الجزائري في المادة (324 مكرر 3) من القانون المدني الجزائري.

² شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهيئة- الوصية-الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 223-224.

فيها إثبات هذه الوصية بحكم قضائي، وبعد صيرورة هذا الحكم نهائيا يؤشر به على هامش أصل الملكية¹.

ومنه تعتبر الوصية القولية التي تتم شفاهة أمام الشهود في حالة وجود مانع قاهر صحيحة ونافذة إذا صدر حكم قضائي يثبت صحتها القانونية²، والقاضي لا يثبت الوصية إلا إذا قام دليل وجودها إما بورقة عرفية موقعة من طرف الموصي قبل وفاته أو بتصريح الشهود بوجود الوصية³، فالمشرع لم يرتب بطلان الوصية كجزاء عن عدم كتابتها في الشكل الرسمي فالكتابة في الوصية شرط للإثبات فقط سواء كان الموصى به عقارا أو منقولا وليست ركنا فيه⁴.

هذا وبعد أن يتم إثبات الوصية بإحدى الطريقتين المنصوص عليهما في المادة (191) من قانون الأسرة تسجل الوصية بمصلحة التسجيل والطابع بمفتشية الضرائب برسم ثابت⁵ وتشهر في المحافظة العقارية بعد وفاة الموصي وقبول الموصى له للوصية إذا كان الموصى به عقارا حتى تنتقل الملكية من الموصي إلى الموصى له، وفقا لأحكام قوانين الشهر العقاري وذلك حماية لمصلحة الموصى له وتحقيقا لاستقرار المعاملات حتى يكون الغير الذي تعامل مع الموصى له على بينة من مدى صيرورة الشيء الموصى به خاصا⁶.

¹ تنص المادة (2/191) من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية"، مصدر سابق.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية)، مرجع سابق، ص 244.

³ بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 70.

⁴ شيخ سناء، إثبات التصرفات العقارية الصادرة عن الإرادة المنفردة (الوصية والوقف)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2009، ص 97؛ وتثبت الوصية بتصريح الموصى أمام الموثق وتحرير عقد بذلك وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية، يراجع: القرار رقم (160350) بتاريخ 1997/12/23، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص 295، عن جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، الجزء 3، ص 1147.

⁵ الأمر رقم (105/76) المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل، الجريدة الرسمية عدد (81) لسنة 1977.

⁶ المادة (793) من القانون المدني الجزائري؛ والمادة (16) من قانون إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري؛ وأحكام المرسوم المتعلق بتأسيس السجل العقاري، مصدر سابق.

المطلب الثالث

تنظيم عقد الوقف

الوقف من العقود الشرعية المباحة، يقصد بها التقرب إلى الله تعالى ابتغاء الأجر والثواب ويشترط لصحته مجموعة من الشروط لقيامه تاماً، وسنخصص هذا المطلب لدراسته.

الفرع الأول/ تعريف عقد الوقف

الوقف كلمة لها معان عدة في اللغة والاصطلاح الفقهي والقانوني، وسنتناولها كالاتي:

أولاً/ التعريف اللغوي للوقف

الوقف من وقف وقفاً وأوقفته، والوقف توقيفاً؛ منع، حجر وحبسه، لقوله تعالى: ﴿وَقِفُوهُمْ إِنَّهُمْ مَسْنُؤُونَ﴾¹، ووقف الدار ونحوها: جعلها وقفاً في سبيل الله²، والوقف هو الحبس والتسبيل³ (أي حبس وتسبيل رقبة المنفعة)، ثم اشتهر إطلاق المصدر وإرادة اسم المفعول، تقول: هذا العقار وقف، أي موقوف، ومن هنا جمع على أوقاف، ولذا يقال وزارة الأوقاف⁴.

ثانياً/ التعريف الاصطلاحي للوقف

من الثابت فقها أن الوقف لم يعرف تعريفاً جامعاً مانعاً لاختلاف نظرة فقهاء الشريعة الإسلامية إليه، مما يفرض علينا التعرض للتعريفات المنسوبة لأصحاب المذاهب الفقهية والآراء المشهورة منها، على الشكل التالي:

يرى الإمام "أبي حنيفة": أن الوقف هو حبس العين على حكم ملك الواقف، والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات الخير والبر في الحال أو المآل⁵، ومقتضى هذا التعريف، أن الوقف عنده هو حبس العين على ملك الواقف؛ أي أن العين الموقوفة باقية على ملك الواقف

¹ سورة الصافات، الآية 24.

² مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، مرجع سابق، ص 679.

³ أبي الفتح ناصر الدين المطرزي، المغرب في ترتيب المغرب، تحقيق محمود فاخوري وعبد الحميد مختار، حلب- سوريا، مكتبة أسامة بن زيد، الجزء 2، 1399هـ/1979م، ص 366.

⁴ محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الطبعة 4، 1982، ص 303.

⁵ المرجع نفسه، ص 304.

ولم تخرج عنه، ولهذا يصح منه التصرف في العين بكل تصرف ناقل للملكية من بيع وهبة ورهن، وكل ما يترتب على الوقف هو التبرع بالمنفعة، فإن مات الواقف كان الشيء الموقوف ميراثا للورثة، ومن ثم فإن الوقف هو تبرع بالمنفعة فقط، ويعتبر تصرفا غير لازم يجوز للواقف أن يرجع فيه متى أراد ذلك¹.

ويعرفه "الإمام مالك" بأنه: "حبس العين عن التصرفات التمليكية مع بقائها على ملك الواقف، والتبرع اللازم بريعها على جهة من جهات البر"، أي أن العين الموقوفة لا تخرج عن ملك الواقف -كما في مذهب أبي حنيفة-، ويمنع الواقف من التصرف في العين الموقوفة بأي تصرف تمليكي، كما أن التأبيد ليس شرطا في الوقف، فيجوز الوقف لمدة زمنية محدودة².

وعرفه الإمام "أحمد بن حنبل" بأنه: "حبس المال عن التصرف فيه، والتصدق اللازم بالمنفعة مع انتقال ملكية العين الموقوفة إلى الموقوف عليهم ملكا لا يبيح لهم التصرف المطلق فيه"³، أي أن العين الموقوفة تدخل في ملكية الموقوف عليهم، ولكن دون التصرف فيها بالبيع والهبة، وإذا ماتوا لا تورث عنهم.

ويرى "الإمام الشافعي" أن الوقف هو: "حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات الخير والبر في الحال والمآل"⁴، بمعنى أنه لا يمكن التصرف في رقبة الوقف مع خروج ملكية العين الموقوفة من يد الواقف إلى حكم ملك الله تعالى.

ومن بين التعريفات الفقهية الحديثة نجد التعريف الذي وضعه الإمام "محمد أبو زهرة" بقوله "الوقف هو منع التصرف في رقبة العين، التي يدوم الانتفاع بها، وجعل منفعتها لجهة من

¹ وهذا ما أكده القضاء الجزائري بنصه: "من الثابت شرعا أن عقد الحبس لا يجوز التراجع عنه إلا إذا تم وفقا للمذهب الحنفي..."، القرار رقم (223224) بتاريخ 2001/12/19، اجتهاد قضائي، عدد خاص، الجزء 1، 2004، ص 147. عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، مرجع سابق، ص 319.

² بدران أبو العينين بدران، أحكام الوصايا والأوقاف، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1982، ص 259.

³ محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، مرجع سابق، ص 307.

⁴ المرجع نفسه، ص 306.

جهات الخير ابتداء أو انتهاء"¹، وتعريف الأستاذ "منذر قحف" للوقف هو: "حبس مؤبد لمال للانتفاع المتكرر به أو بثمرته في وجه من وجوه البر العامة أو الخاصة"².

واختلاف الفقهاء في تعريف الوقف متعلق بعين الوقف وليس بمنفعته، إذ أن منفعة العين الموقوفة متفق على ملكيتها للموقوف عليهم، أما عين الوقف فهي موضع الخلاف من حيث ملكيتها في الوقف الصحيح³، وجاء في حديث "ابن عمر" رضي الله عنه أن "عمر بن الخطاب" أصاب أرضا بخيبر، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله إني أصبت أرضا بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندي منه، فما تأمر به؟ قال: "إن شئت حبست أصلها وتصدق بها"⁴.

وبهذا يتبين أن التعريف الشرعي للوقف أخص من المعنى اللغوي، فالوقف الشرعي يقتضي التأييد والمنع من التصرف الذي ينقل الملك، والوقف اللغوي مطلق الحبس والمنع⁵.

ثالثا/ التعريف القانوني للوقف

عرف المشرع الجزائري الوقف في المادة (213) من قانون الأسرة بأنه: "حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق"⁶، ولقد أكد القضاء الجزائري هذا التعريف حيث قضت المحكمة العليا بأن الوقف هو حبس المال على التملك لأي شخص على وجه التأييد

¹ محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، القاهرة، دار الفكر العربي، دون طبعة، دون سنة نشر، ص 44.

² منذر قحف، الوقف الإسلامي (تطوره، إدارته، تنميته)، دمشق - سوريا، دار الفكر، الطبعة 1، 2006، ص 62.

³ عبد الرزاق بن عمار بوضياف، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي والتشريع، عين مليلة - الجزائر، دار الهدى، 2010، ص 28.

⁴ محمد فؤاد عبد الباقي، اللؤلؤ والمرجان، بيروت - لبنان، دار الفكر، الجزء الأول، 1423هـ / 2002م، ص 257.

⁵ سليمان بن عبد الله أبا الخليل، الوقف في الشريعة الإسلامية (حكمه وحكمته وأبعاده الدينية والاجتماعية)، الرياض - المملكة العربية السعودية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 1429هـ / 2008م، ص 12.

⁶ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

والتصدق¹، إلا أنه يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته، على أن يكون مال الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية².

وورد تعريفه كذلك في نص المادة (31) من القانون رقم (25/90) الصادر في 1990/11/18 المتضمن قانون التوجيه العقاري بقولها: "الأملك الوقفية هي الأملك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما، تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوستاء الذين يعينهم المالك المذكور"³.

أما المادة (03) من القانون رقم (10/91) المتعلق بالوقف عرفته كالآتي: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير"⁴.

من خلال التعريفات التي جاء بها المشرع الجزائري نلاحظ أن قانون الأسرة خص الوقف بالحبس للمال بصفة عامة، أما قانون التوجيه العقاري فقد حدده في حبس الأملك العقارية عن التملك، غير أن قانون الأوقاف نص على أنه حبس العين عن التملك وكان أكثر وضوحا، إذ بين أن التصديق يكون بالمنفعة وليس بالعين الموقوفة.

وتدور التعريفات حول فكرة حبس أصل الوقف ومنع التصرف فيه بما يضمن ديمومته واستمراره، وتسهيل منفعته على وجوه البر والخير، وجمعت بين خاصيتين أساسيتين في الوقف؛ خاصية التأييد والدوام، ونية التصديق.

¹ قرار رقم (189265) بتاريخ 1998/05/19، المجلة القضائية، العدد 1، 2000، ص 178، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، الجزء 2، ص 956.

² قرار رقم (109957) بتاريخ 1994/03/30، المجلة القضائية، العدد 3، 1994، ص 39، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، مرجع سابق، الجزء 2، ص 807.

³ القانون رقم (25/90) المؤرخ في 1990/11/18 المعدل والمتمم بالأمر (26/95) المتضمن قانون التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية العدد (55)، المؤرخة في 1995/09/27.

⁴ القانون رقم (10/91) المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية العدد (21) بتاريخ 23 شوال 1411.

ومنه يعرف الوقف بأنه حبس مال عن التملك وتخصيص ريعه ليصرف على جهة معينة، على أن يكون الوقف مؤبداً أو مؤقتاً احتراماً لإرادة الواقف، مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني/ خصائص عقد الوقف

الوقف هو أحد الأدوات الأساسية في الإسلام يهدف لتحسين الوضع الاجتماعي للمسلمين¹، ويتميز الوقف بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود الأخرى، نحاول أن نوجزها في النقاط التالية:

أولاً/ العقد الوقفي صادر عن إرادة منفردة

الوقف يعتبر من التصرفات التي توجد بإرادة منفردة²، فينشأ بوجود الإيجاب الصادر من الواقف فقط، وهو نفس ما سار عليه المشرع الجزائري، إذ نص في المادة (1/4) من قانون الأوقاف على أن: "الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة"³.

نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أضفى على التصرف المنشأ للوقف صفة العقد على الرغم من أنه يعتبره في نفس الوقت تصرفاً صادراً عن إرادة منفردة، مما يكشف عن تناقض لا يوجد له مثيل في النص الفرنسي للمادة فاعتبار تصرف الوقف عقد يستلزم تطابق إرادتين، الإيجاب الصادر من الواقف وقبول الموقوف عليه للوقف⁴.

ويؤخذ على هذا النص أنه جمع بين عبارتين متناقضتين في المعنى فاستعماله كلمة عقد يفيد أن الوقف التزام يتوقف إنشائه على تطابق الإيجاب الصادر من الواقف مع القبول الصادر

¹ Zulkifli Hasan and Muhammad Najib Abdullah, **the investment of waqf land as an instrument of muslims (economic development in Malaysia)**, A paper presented at the Dubai International Conference on Endowments Investment, 4-6th February 2008 organized by Awqaf and Minors Affairs Foundation, Dubai, the United Arab Emirates.

² أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 245.

³ القانون (10/91) المتعلق بالأوقاف، مصدر سابق.

⁴ مجوج انتصار، إثبات الوقف العام في التشريع الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد 5، جوان 2011، ص 300.

من الموقوف عليه، وهذا غير صحيح ذلك أن الوقف لا ينعقد بتطابق الإيجاب مع القبول حتى يسمى عقدا وإنما يتم بالإرادة المنفردة للواقف.

ولعل استعمال مشرعنا لعبارة العقد في نص المادة الرابعة أعلاه مستمدا من الفقهاء المسلمين القدامى الذين كانوا يطلقون هذه العبارة على كل من التصرفات الصادرة من جانبيين وتلك الصادرة من جانب واحد، إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية المحدثين قصرُوا العقد على التصرفات الصادرة عن توافق إرادتين دون غيرها واعتبروا أن الإرادة المنفردة ليست عقدا¹.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الصياغة الفرنسية للمادة الرابعة جاءت موفقة إذ نص فيها المشرع على أن الوقف تصرف قانوني صادر من جانب واحد²، وعليه يمكن حذف عبارة عقد الواردة في نص المادة (4) من قانون الأوقاف رقم (10/91) في صيغته العربية ليصبح كالتالي: "الوقف التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة".

ثانيا/ الوقف تصرف تبرعي ناقل لحق عيني من نوع خاص

لقد صنف المشرع الجزائري الوقف ضمن عقود التبرعات، فهو تصرف تبرعي تنتقل بموجبه منفعة المال الموقوف من الواقف إلى الموقوف عليه على وجه التبرع دون مقابل أو عوض، لأن الغاية منه هي التقرب إلى الله عز وجل، فالوازع الديني هو الدافع الأساسي لإنشاء الوقف³، وهذا ما عبر عليه المشرع الجزائري بأن الوقف عقد التزام تبرع في نص المادة (04) من القانون رقم (10/91).

ينقل الوقف حق الانتفاع بالعين الموقوفة من الواقف إلى الموقوف عليهم دون مقابل والتبرع من حيث أثره القانوني المباشر يفيد خروج المال الموقوف من ملك المتبرع، مما ينجم عنه زوال كل سلطاته على المال، وهو ما أكدته المادة (17) من القانون رقم (10/91) حيث جاء فيها: "إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في

¹ حبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراء الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية بن عكنون - الجزائر، 1976، ص 55.

² Article (4) de la loi N°: (91/10) du 27 avril 1991 Relative aux biens Wakfs " Le Wakf est l'acte par le quel une volonté individuelle s'engage à faire une donation"

Loi n ° 91/10 du 27 avril 1991 sur les Awqaf, Journal officiel n ° (21) du 23 Shawwal 1411.

³ خالد رامول، الإطار القانوني والتنظيمي لأموال الوقف في الجزائر، دار هومة، الطبعة 2، 2006، ص 51.

حدود أحكام الوقف وشروطه¹؛ فزوال حق ملكية الواقف للمال الموقوف لا يعني انتقالها إلى الموقوف عليه بل إن محل التبرع هو منفعة المال الموقوف فقط وتحبب رتبة المال الموقوف، والدليل على ذلك ما ورد في المادة (3) من قانون الأوقاف، فالتصدق بالمنفعة يعني أن محل التبرع هو المنفعة، فأساس الوقف عند المشرع الجزائري التبرع، إذ أن الواقف يتبرع بمنافع الموقوف دون عينه²، أي تبرع من نوع خاص، فهو يشبه العارية³.

والقول بأن الوقف حق عيني-كونه لا يرد إلا على حق الملكية- ينجر معه انتقال هذا الحق العيني إلى ورثة الموقوف عليه، في حين أن الموقوف عليه الذي يتقرر له حق الانتفاع بالوقف (ريع الوقف) باسمه وصفته وهو محل اعتبار، فإن مات انتقل حق الانتفاع إلى الموقوف عليه من العقب -الجهة الموقوف عليها مباشرة-، والتي حددها الواقف في عقد الوقف وهو ما دفع ببعض الفقهاء إلى القول بأن الوقف حق شخصي، غير أن استحقاق ورثة الموقوف عليه لحق الانتفاع بالوقف خاضع لإرادة الواقف، وليس للقواعد العامة في الموارث -ودون خرقها- فاستحقاق ورثة الموقوف عليه لحق الانتفاع، يثبت إذا نص عليه الواقف في عقد الوقف، فالوقف حق عيني ذو طبيعة خاصة ومتميزة⁴.

هذا ولا يجوز للواقف -كقاعدة عامة- أن يتصرف في المال الموقوف بالتصرفات الناقلة للملكية⁵، إلا استثناء في بعض الحالات وبشروط محددة⁶، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في

¹ القانون (10/91) المتعلق بالأوقاف، مصدر سابق.

² وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقولها: "الحبس يعد من أعمال التبرع التي يستفيد المحبس له من حق الانتفاع..."، في القرار رقم (195280) بتاريخ 2000/05/31، اجتهاد قضائي، عدد خاص، الجزء 1، 2004، ص 138، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، مرجع سابق، ص 323.

³ العارية: تبرع مؤقت بالمنفعة دون العين التي تبقى مملوكة للمعبر كما يبقى الوقف ملكا للواقف، وبالرجوع إلى المادة (538) من القانون المدني الجزائري نجدها تعرف العارية على أنها: عقد يلتزم بمقتضاه المعبر أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك يستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال.

⁴ خالد رامول، مرجع سابق، ص 23.

⁵ تنص المادة (23) من قانون الأوقاف (10/91) على: "لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به، بأي صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التناول أو غيرها"، مصدر سابق.

⁶ تنص المادة (24) من قانون الأوقاف (10/91) على أنه: "لا يجوز أن تعوض عين موقوفة أو يستبدل بها ملك آخر، إلا في الحالات الآتية: - حالة تعرضه للضياع أو الاندثار..... وتثبت الحالات المبينة من السلطة الوصية بعد المعاينة والخبرة".

قراراتها، فمن المقرر شرعا وقانونا أن العين المحبسة لا يجوز التصرف فيها بأي تصرف ناقلا للملكية سواء بالبيع أو الهبة أو بغيرهما وليس للمحبس له إلا حق الانتفاع¹.

ثالثا/ عدم قابلية الوقف لاكتساب التقادم

باعتبار الوقف يغير من ملكية العقار، فيجعله غير قابل للملك بأي طريق كان، فقد أكد المشرع الجزائري على حماية الوقف من تصرف يناقض هذا المبدأ، وتطبيقا للقاعدة القانونية التي تقول بأن: "كل ما لا يجوز التصرف فيه، لا يجوز كسبه بالتقادم"، لذلك فإن كل من يحاول التمسك بالتقادم المكسب في استغلال الملك الوقفي، يكون تمسكه مرفوضا، واستغلاله باطلا، حيث أنه لا يجوز التمسك بالتقادم المكسب في استغلال الأملاك الوقفية لانعدام نية التملك²، وهو المبدأ الذي كان عليه القضاء الجزائري من خلال تصريحه ببطلان عقود الشهرة التي تتضمن الاعتراف بالملكية على أساس التقادم المكسب على عقار محبس³.

رابعا/ الوقف غير قابل للحجز عليه

الأملاك الوقفية غير قابلة للحجز عليها أو بيعها بالمزاد العلني، مثلما يفعل بأمالك المدين العادي، والعبرة في ذلك هو أن الموقوف عليه لا يملك رقبة الشيء الموقوف، في حين أن القاعدة العامة في الحجز تقتضي بأنها لا تكون إلا على أملاك المدين، ذلك أن الحجز على الملك الوقفي وبيعه لاستيفاء قيمة الدين منه، يؤدي إلى نقل ملكية الشيء المبيع إلى الشخص الذي رسا عليه المزاد، وهي عملية تتناقض وطبيعة الوقف باعتباره يتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن شخص الموقوف عليه المدين، ومن ناحية أخرى يكون تطبيقا للقاعدة التي تقول بأن: "كل ما لا يجوز التصرف فيه لا يجوز الحجز عليه"⁴.

¹ قرار رقم (157310) بتاريخ 1997/07/16، المجلة القضائية، العدد 1، 1997، ص 34، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، مرجع سابق، الجزء 3، ص 963.

² خير الدين موسى فنتازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية (الوقف)، عمان - الأردن، دار زهران للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزء الأول، 1433هـ/2012م، ص 119.

³ قرار رقم (157310) بتاريخ 1997/07/16، المجلة القضائية، العدد 1، 1997، ص 34، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، المرجع السابق، الجزء 3، ص 963.

⁴ خير الدين موسى فنتازي، المرجع السابق، ص 120.

غير أنه يجوز جعل حصة المنتفع ضمانا للدائنين في المنفعة فقط أو في الثمن الذي يعود إليه¹، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد ضمن للدائنين حقوقهم اتجاه الموقوف عليه المدين، إذا كانت الديون مضمونة بحق المنفعة الذي يعود لمدينهم أو ما يدره عليه هذا الحق من مال.

خامسا/ الوقف يتمتع بالشخصية المعنوية

الشخصية الاعتبارية هي شخصية يمنحها القانون لمجموعة من الأشخاص أو الأموال التي تهدف إلى تحقيق غرض معين، فتصبح لها شخصيتها القانونية المستقلة، ويكون لها حقوقها والتزاماتها الخاصة بها، وليس هناك شك في أن الملك الوقفي هو مجموعة من الأموال رصدها صاحبها لتحقيق مرضاة الله عز وجل².

والمال الموقوف يخرج عن ملكية الواقف، ليس لملك الموقوف عليه؛ أي لا لملك أحد بل لحكم الله تعالى، وهذا ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة (5) من القانون (10/91) المتعلق بالأوقاف بقوله: "الوقف ليس ملك للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها"³، وهذا مفاده بأن الوقف مستقل عن شخصية منشئه⁴؛ أي أن له شخصية معنوية أو اعتبارية، فالمشرع الجزائري اعترف صراحة بالشخصية المعنوية للوقف، وهذه الشخصية المعنوية المعترف بها تتحدر منها عدة نتائج هي كالتالي:

¹ المادة (21) من القانون (10/91) المتعلق بالأوقاف، مصدر سابق.

² مجوج انتصار، الحماية المدنية للأموال الوقفية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2016/2015، ص 107.

³ القانون (10/91) المتعلق بالأوقاف، المصدر السابق.

⁴ جمعة محمود الزريقي، الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، طرابلس - ليبيا، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، الطبعة 1، 2001، ص 29.

- الاعتراف بالشخصية الاعتبارية للوقف يضمن له الاستقلال المالي والإداري، من خلال تمتعه بذمة مالية مستقلة عن ذمة الواقف والموقوف عليه، وتمثيله من قبل ممثل قانوني يتصرف باسمه ويتولى إدارته¹.

- تثبت للوقف أهلية التقاضي في حالة تعرضه للاعتداء أو المساس به، ويمثله أمام القضاء شخص طبيعي يسمى ناظر الوقف للدفاع عن حقوق الوقف، وهو خاضع لنظام قانوني خاص يضبط تصرفاته محيطا الوقف بعدة ضمانات.

- خروج الوقف من ملكية الواقف وانصهارها في الشخصية المعنوية للوقف، التي تبقى مسيجة بإرادة الواقف والتي تعتبر جوهر الوقف، والدولة بسهرها على احترام إرادة الواقف، فهي بذلك تحمي الشخصية المعنوية للوقف، تطبيقا لقاعدة "نصوص الوقف كنصوص الشارع"².

- للوقف ذمة مالية مستقلة، لأنه بمجرد انعقاد الوقف يصبح المال الموقوف كيانا ماليا خاصا ومستقلا يوجه ريعه في المحافظة عليه وصيانته واستغلاله وتنميته³.

وتأكيدا على اعتراف المشرع الجزائري أو تكريسه الشخصية الاعتبارية للوقف فقد نص على ذلك صراحة في المادة (49) من القانون المدني بأن: "الأشخاص الاعتبارية هي:

- الدولة، الولاية، البلدية

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري

- الشركات المدنية والتجارية

- الجمعيات والمؤسسات

¹ شيخ سناء، الطبيعة القانونية للوقف في القانون الجزائري، مجلة القانون العقاري والبيئة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، المجلد 2، العدد 2، 2014، ص 92.

² بن مشرنن خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الإدارة المحلية، جامعة أبي بكر بن القايد تلمسان، السنة الجامعية 2011/2012، ص 21.

³ محمد كنازة، الوقف العام في التشريع الجزائري (دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والقرارات القضائية)، عين مليلة- الجزائر، دار الهدى، 2006، ص 35؛ مصطفى عابدين، وقف العقار في القانون الجزائري على ضوء الشريعة الإسلامية واجتهاد المحكمة العليا، نشرة القضاة، مديرية الدراسات القانونية والوثائق، العدد 59، ص 115.

- الوقف

- كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية¹.

سادسا/ الوقف يتمتع بحماية قانونية متميزة

تتنوع صور الحماية القانونية للوقف بتنوع القوانين المنظمة له، وسنتناول كل ذلك بشيء من التفصيل:

1/ الحماية الدستورية للوقف: لقد كرس المشرع الجزائري حماية الأملاك الوقفية في دستور (1989) الذي نص صراحة في المادة (3/49) على أن: "الأملاك الوقفية وأملاك الجماعات الخيرية معترف بها ويحمي القانون تخصيصها"²، كما أبقى التعديل الدستوري لسنة (2016) بموجب القانون رقم (01/16) على تكريس حماية الأملاك الوقفية حيث حافظ على نفس المعنى الوارد في المادة السابقة نصا وروحا بموجب المادة (3/64) منه³، ومنه فالأملاك الوقفية محمية دستوريا بإرادة المشرع⁴.

2/ الحماية المدنية: الحماية المدنية للأملاك الوقفية قررها المشرع الجزائري في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة من خلال المواد (674) إلى (689) منه التي كرست الحماية المدنية للملكية العقارية بوجه عام، كما جاء التتصيص على ذلك بقانون التوجيه العقاري رقم (25/90) الذي عمد لتعزيز الملكية الوقفية بتصنيفها إحدى أصناف الملكية صراحة بنص المادة (29) منه والتي جاء فيها: "تصنف الأملاك العقارية على اختلاف أنواعها ضمن الأصناف القانونية التالية:

- الأملاك الوطنية

- أملاك الخواص والأملاك الخاصة

¹ القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

² المادة (3/49) من الدستور الجزائري، المؤرخ في 23/02/1989 الجريدة الرسمية العدد (32).

³ تنص المادة (3/64) من القانون رقم (01/16) المؤرخ في 2016/03/06 المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية عدد (14) المؤرخة في 2016/03/07 على أن: "الأملاك الوقفية وأملاك الجمعيات الخيرية معترف بها، ويحمي القانون تخصيصها".

⁴ مصطفى عابدين، مرجع سابق، ص 106.

- الأملاك الوقفية¹.

ليسوي قانون التوجيه العقاري الوضعية المزرية التي كانت تسود المنظومة العقارية، ويمكن إجمال الحماية المدنية للملك الوقفي من خلال المبادئ التالية: - عدم اكتساب الوقف بالتقادم

- الوقف غير قابل للشفعة

- الوقف غير خاضع للحجز

- الوقف لا يرهن

- عدم جواز التصرف في الوقف².

3/ الحماية الجزائية: يتضح أن المشرع قد أحاط الأموال عموما، والتي من بينها الوقف بجملة من العقوبات الصارمة والمشددة في الأفعال المجرمة تصل إلى عقوبة الإعدام، وهذا لاعتبارات عديدة قصد المشرع منها إرساء قواعد العدالة، ومعاقبة الجناة وحماية القيمة الروحية والتعبدية بالنسبة للوقف³.

فقد كرس المشرع الجزائري الحماية الجزائية للوقف من خلال المادة (36) من القانون رقم (10/91) المتعلق بقانون الأوقاف التي تنص على أنه: "يتعرض كل شخص يقوم باستغلال ملك وقفي بطريقة مستترة أو تدليسية، أو يخفي عقود وقف أو وثائقه أو مستنداته أو يزورها إلى الجزاءات المنصوص عليها بقانون العقوبات"، كما كرست المحكمة العليا هذه الحماية في حالة المساس بالأملاك الوقفية، أو تغيير وجهتها خاصة منها أماكن العبادة لعداستها⁴.

¹ قانون التوجيه العقاري، مصدر سابق.

² صورية زردوم بن عمار، النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2010/2009، ص 15 إلى 18.

³ حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 96.

⁴ يتضح ذلك حين قضت بأنه: "من المستقر عليه شرعا أنه إذا ثبت بشهادة رسمية أن المحل قد بناه جماعة المسلمين لنقام فيه الصلوات، فهو لهم ومن استولى عليه يعد مغتصبا له معتديا على أحباس المسلمين ويعامل معاملة المعتدي علي ملك الغير، ويستوجب طرده من المحل وإرجاعه إلى مهمته الأصلية ومن تم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا للقانون...".

قرار رقم (97512) بتاريخ 1994/01/16، المجلة القضائية لسنة 1994، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، العدد 2، 1995، ص 207.

وبالرجوع إلى قانون العقوبات نجده قد جرم الأفعال التي تمس بالعقارات عموماً، ذلك أن جميع النصوص الواردة فيه والمتعلقة بالجرائم الواقعة على العقار، وعلى سبيل المثال المادة (386) التي تعتبر الإطار العام، والمتعلقة بتهمة التعدي على الملكية العقارية والمواد (406) و(406 مكرر) و(407) من قانون العقوبات والمتعلقة بجنحة التخريب العمدي للعقارات يصلح تطبيقها على العقارات الموقوفة؛ لأن هذه النصوص تجرم واقعة الاعتداء على العقار بصرف النظر عن صنفه سواء كان عاماً أو خاصاً أو وقفاً وبالنتيجة يكفي لقيام الجريمة بكافة أركانها أن يتم الاعتداء على العقار¹.

لذلك فإن المشرع قد تشدد في حماية الأموال عموماً، والأموال الموقوفة من ضمنها، إلى درجة تسليط عقوبة السجن المؤبد عن جرائم التعدي على الملكية العقارية، إلا أن الغرامة المالية المفروضة على الجاني فإن قيمتها رمزية بالنظر إلى القيمة المالية للأموال الوقفية المعتدى عليها، وإلى القيمة التعبدية لها، نظراً لقداسة هذه الأملاك².

4/ الحماية الإدارية للوقف: أحاط المشرع الوقف بنوع آخر من الحماية، هي الحماية الإدارية التي تختص بها الإدارة، بما تملكه من امتيازات وصلاحيات لمنع المخالفات والتجاوزات التي

¹ حيث تنص المادة (406) من القانون رقم (19/15)، المتضمن قانون العقوبات، على أنه: "كل من خرب أو هدم عمداً مبان أو جسور أو سدود أو خزانات أو طرق أو منشآت موانئ أو منشآت صناعية، وهو يعلم أنها مملوكة للغير وكل من تسبب سواء في انفجار آلة أو في تخريب محرك يدخل ضمن منشآت صناعية وذلك كلياً أو جزئياً بأية وسيلة، كانت يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج.

= وإذا نتج عن الجريمة المنصوص عليه في الفقرة السابقة إزهاق روح إنسان، يعاقب الجاني بالسجن المؤبد، وإذا نتج عن هذه الجريمة جروح أو عاهة مستديمة للغير، فإن العقوبة تكون السجن المؤقت من عشرة سنوات إلى عشرين سنة وغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج.

المادة (406 مكرر): يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 5.000 دج، كل من خرب عمداً أجزاء من عقار هو ملك الغير.

المادة (407): كل من خرب أو أتلف عمداً أموال الغير المنصوص عليها في المادة (396) بأية وسيلة أخرى كلياً أو جزئياً يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 5.000 دج دون الإخلال بتطبيق أحكام المواد من (395) إلى (404) إذا تطلب الأمر ذلك.

² خير الدين موسى فنتازي، مرجع سابق، ص 115.

من شأنها المساس بالملك الوقفي أو تعطيل وظيفته، سواء كان هذا الوقف عقارا حضاريا "بناء أو أرض قابلة للبناء" أو عقارا فلاحيا¹.

أ / الوقف غير خاضع لإجراء نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية: الأملاك الوقفية لا تخضع لإجراء نزع الملكية للمنفعة العمومية إلا استثناء² على القاعدة العامة أجاز المشرع الجزائري نزع الملكية من أجل المنفعة العامة العمومية، في ثلاث حالات محددة على سبيل الحصر وهي: توسيع مسجد، توسيع مقبرة، توسيع طريق عام، وهذا تطبيقا لنص المادة (24) من قانون الأوقاف³، وقد أحاطه المشرع بضمانات تتمثل في التعويض الذي يجب أن يكون عينا لا نقدا -على حد تعبير المشرع الجزائري- ليشير مسألة أخرى حول طبيعة التعويض في حالة ما إذا كانت هناك استحالة في التعويض العيني وتجدر الإشارة إلى وجود عدة حالات تم من خلالها خضوع أملاك وقفية لعملية نزع الملكية بطريقة غير قانونية، أدت إلى نشوء نزاعات قضائية لم يتم الفصل فيها بعد⁴.

ب / الوقف عقد شكلي: الوقف وعلى غرار كل العقود التي تنصب على العقار اشترط القانون لصحتها إفراغها في الشكل الرسمي، وهذا تطبيقا لنص المادة (324 مكرر 1) من القانون المدني⁵، والمادة (217) من قانون الأسرة⁶، التي تشترط الرسمية في الوقف قياسا على الوصية بالإحالة على المادة (191) من قانون الأسرة.

¹ صورية زردوم بن عمار، مرجع سابق، ص 20.

² أحمد حططاش، النظام القانوني للوقف، بحث لنيل شهادة الدراسات العليا المتخصصة (P.G.S)، فرع الدراسات العليا المتخصصة، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2004/2005، ص 50.

³ تنص المادة (24) من قانون الأوقاف على أنه: "لا يجوز أن تعوض عين موقوفة أو يستبدل بها ملك آخر، إلا في الحالات الآتية: ... حالة ضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية...".

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية حق الانتفاع وحق الارتفاق)، مرجع سابق، ص 348؛ خالد رامول، مرجع سابق، ص 54-55.

⁵ تنص المادة (324 مكرر 1) من القانون المدني الجزائري على: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار الذي حرر العقد"، مصدر سابق.

⁶ تنص المادة (217) من قانون الأسرة الجزائري على: "يثبت الوقف بما تثبت به الوصية طبقا للمادة (191) من هذا القانون"، مصدر سابق.

وقد أكد المشرع الجزائري شرط التقيد بالرسومية صراحة في قانون الأوقاف، من خلال المادة (41) منه التي نصت على أنه: "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف".

ج / **الوقف عقد معفي من رسوم التسجيل**: أعفى المشرع الجزائري أصحاب الوقف من رسوم التسجيل ورسوم أخرى؛ لكون الوقف من عقود التبرع الموجهة لأعمال البر والإحسان وسعيا منه على تشجيع الناس على وقف أموالهم، في المادة (44) من قانون الأوقاف، التي تنص على أنه: "تعفي الأملاك الوقفية العامة من رسم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى لكونها عملا من أعمال البر والخير"¹.

وما يلاحظ هنا أن المشرع الجزائري جعل الإعفاء من الرسم حكرا على الوقف العام دون الوقف الخاص، وكأن المشرع يقلل من أهميته²، ويفاضل بذلك بين الوقف العام والخاص، رغم أن المال الموقوف يؤول في النهاية إلى الجهة الخيرية المحددة في عقد الوقف وقد يفهم من ذلك أن المشرع ربما قد يتراجع عن الوقف الخاص.

د / **الوقف عقد مؤبد**: القاعدة العامة في الوقف، هو الديمومة والاستمرار غير أن جانب من الفقه أجاز انقضاءه استثناء، فكان هذا محل خلاف بين فقهاء المذاهب الإسلامية؛ فالمالكية يميزون بين الوقف المؤبد وغير المؤبد، فيجيزون انتهاءه إذا كان الوقف غير مؤبد بانتهاء المدة المحددة له أو بانقراض الموقوف عليه أو الجهة الموقوف عليها، إذا كانت غير محددة فإنه يعود إلى بيت مال المسلمين أما إذا كان الوقف مؤبدا فإنه لا يجوز انتهاءه كالوقف على المساجد والفقراء والمعوزين، والإمام مالك يمنع من بيع العقار الموقوف حتى ولو تخرب وكذلك منع بيع أنقاضه مستندا في هذا المنع إلى بقاء أحباس السلف من الصحابة وغيرهم³ من غير تصرف فيها وسدا لذريعة الفساد، حتى لا يتخذ جواز بيع المتخرب طريقا لبيع الأوقاف وهذا باستثناء جواز بيعه لتوسيع مسجد أو طريق أو مقبرة لأن نفعها أعم من نفع الوقف، أما

¹ القانون رقم (10/91) المتعلق بالأوقاف، مصدر سابق.

² بن مشرنن خير الدين، مرجع سابق، ص 28 .

³ المرجع نفسه، ص 28 .

الأحناف ففي رواية عن أبي يوسف أنه لا يشترط التأييد لصحة الوقف وإذا انتهى الوقف عادت العين الموقوفة إلى مالكيها، وبالنسبة للحنابلة فإنهم يجيزون بيع الأنقاض وصرف المبلغ إلى مسجد آخر¹.

كما نصت المادة (37) من قانون الأوقاف على أنه: "تؤول الأموال العقارية والمنقولة والموقوفة على الجمعيات والمؤسسات إلى السلطة المكلفة بالأوقاف العامة عند حل الجمعيات أو انتهاء المهمة التي أنشئت من أجلها إذا لم يعين الواقف الجهة التي يؤول إليها وقفه وذلك وفق إجراءات تحدد عن طريق التنظيم"².

ويتضح أن الوقف الذي ينقرض فيه العقب، وكذا الوقف على المؤسسات الخيرية التي تم حلها وانتهت مدتها يؤول إلى الجهة المكلفة بالأوقاف، فهو يظل قائما لا ينتهي إلا بالنسبة إليها فقط لأن جوهره هو التأييد، وعلى غرار ذلك فإن الوقف الذي يتعرض للاندثار أو الضياع أو يفقد منفعته لا ينتهي بل يستبدل عينا، وهذا تطبيقا لنص المادة (24) من قانون الأوقاف، وعليه فالمشرع الجزائري لا يجيز انتهاء الوقف.

الفرع الثالث/ إنشاء عقد الوقف

لإنشاء الوقف لا بد من وجود شخص تصدر عنه الصيغة وهو الواقف، ومال تقع عليه وهو الموقوف، وجهة تعين لتصرف إليها منافع الوقف وهي الموقوف عليه، وحتى ينعقد الوقف صحيحا يجب أن يصدر طبقا لشكل يحدده القانون.

أولا/ أركان عقد الوقف

أركان الوقف في القانون الجزائري هي: الواقف، صيغة الوقف، محل الوقف، الموقوف عليه³، كما ذكر شروطا لهذه الأركان، ذلك أن الوقف كغيره من التصرفات القانونية لا بد له من شروط ليتحقق وجوده القانوني، وبالنظر لطابع الوقف الديني فإن هذه الشروط تشترط

¹ عبد الحميد الشواربي وأسامة عثمان، منازعات الأوقاف والأحكام والنظام القانوني لأحكام الدولة الخاصة ونزع الملكية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1995، ص 19.

² القانون رقم (10/91) المتعلق بالأوقاف، مصدر سابق.

³ حدد المشرع الجزائري أركان الوقف بموجب المادة (09) من قانون الأوقاف (10/91).

تماشياً مع ما في الفقه الإسلامي من أنه لا بد للوقف من شروط ليتحقق وجوده شرعاً، ولكي تترتب عنه آثاره ومقاصده وأحكامه، حيث أن هذه الشروط التي تتعلق بجميع أركان الوقف قد تكون متعلقة بصحة الوقف، وهي كل ما يتوقف عليه انعقاد الوقف من الاعتبارات بعد وجود أركانه، وقد تكون شروط متعلقة بنفاذ الوقف، وهي كل ما يتوقف عليه اعتبار الوقف بعد نشوئه صحيحاً موجوداً وقائماً غير محتاج لإجازة أحد، فيكون حجة على الغير¹، وسنحاول التفصيل في ذكرها كالاتي:

1/ الواقف: هو الشخص الذي يصدر منه تصرف قانوني من جانبه، من شأنه أن يغير ملكية العقار الموقوف ويجعله غير مملوك لأحد من العباد وينشئ حقوقاً عينية فيه للموقوف عليهم²، فينشأ الوقف بإرادته بدافع أو باعث ديني ابتغاء لمرضاة الله تعالى، أو بغرض تأمين مستقبل ذريته، ليؤول الوقف بانقراضهم لجهة الخير التي حددها الواقف.

لم ينص القانون الجزائري على ضرورة كونه شخصاً طبيعياً، غير أنه في تعريفه للوقف ذكر نية التصديق فإذا أمكن انصراف هذه النية على الشخص المعنوي، فيمكن تصرف الواقف ولكن بتوفر شروط خاصة وهي أن يكون التبرع أو الوقف من أهداف الإنشاء وأن يتم بإجماع كل الأعضاء المالكين³.

ويشترط في الواقف حتى ينشأ وقفه صحيحاً؛ أن يكون أهلاً للتبرع بأن يكون بالغاً، عاقلاً، غير محجور عليه لسفه أو غفلة، أو دين، وأن يكون مالكا للعين الموقوفة⁴، وفيما يلي تفصيل لهذه الشروط:

أ / أهلية التبرع: تكون بالبلوغ والعقل، أما البلوغ فيشترط سن (19) سنة كاملة طبقاً للقانون المدني الجزائري⁵، وقد نصت المادة (30) من قانون الأوقاف على عدم جواز وقف الصبي

¹ مجوج إنتصار، الحماية المدنية للأموال الوقفية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 65.

² خير الدين موسى فنتازي، مرجع سابق، ص 48.

³ محمد كنانة، مرجع سابق، ص 68 - 69.

⁴ Marcel Morand, *Etude sur la nature juridique du habous*, Typographie Adolphe Jourdan, imprimeur, libraire, éditeur, Alger, 1904, p 34.

المادة (10) من القانون رقم (10/91) المتعلق بالأوقاف، مصدر سابق.

⁵ كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة، وهذا ما نصت عليه المادة (40) من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

سواء كان مميزا أو غير مميز، ولو أذن بذلك الوصي، ولا يجب أن يكون الواقف ناقص عقل كالمعتوه أو فاقده كالمجنون، لأن صحة التبرعات تتوقف على كمال العقل¹، ذلك أن الوقف من التصرفات التبرعية التي يشترط فيها توفر أهلية التبرع وهي أهلية الأداء إذ لا تكفي فيها أهلية الوجوب لكون العقود التبرعية والتي من بينها الوقف هي من العقود الضارة بالمعتبر².

وقد نصت المادة (31) من قانون الأوقاف على أنه: "لا يصح وقف المجنون والمعتوه لأن الوقف تصرفا يتوقف على أهلية التسيير أما صاحب الجنون المنقطع فيصح أثناء إفاقته وتمام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية"، ويقع عبء إثبات عدم أهلية الواقف على ورثته.

ب / أن لا يكون الواقف محجورا عليه لسفه أو غفلة أو دين: متى كان الشخص محجورا عليه لسفه أو غفلة أو دين وصدر عنه وقف كان تصرفه هذا باطلا، وهذا ما أكدته المشرع الجزائري في المادة (2/10) من قانون الأوقاف، والتي جرى نصها كالاتي: "يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي... أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه...".

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرع الجزائري لم يتعرض لحالة ما إذا كان الوقف صادرا عن ذي غفلة، إلا أن سكوته هذا لا يفهم منه أن وقفه صحيح لأن المغفل كالسفيه كلاهما يأخذ حكم ناقص الأهلية³، ويعتبر الوقف الصادر عنهما باطلا.

هذا ويشترط في الواقف حتى يكون وقفه صحيحا أيضا ألا يكون محجورا عليه لدين إذا ما كان الدين مستغرقا لكل أموال المدين الواقف، جاز لهذا الأخير أن يتصرف في أمواله الزائدة عن الدين مثلما يريد، فإن أوقفها صح تصرفه⁴.

¹ محمد كنازة، مرجع سابق، ص 69.

² صورية زردوم بن عمار، مرجع سابق، ص 63.

³ يراجع نص المادة (43) من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

⁴ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهيئة - الوصية - الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 265.

ج / أن لا يكون الواقف في مرض الموت: وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة (32) من قانون الأوقاف، حيث أجاز للدائنين إبطال وقف الواقف في مرض الموت، وكان الدين يستغرق جميع أملاكه، ويقع عبء إثبات المرض على ورثة الواقف الذين يجب عليهم أن يثبتوا بجميع طرق الإثبات أن مورثهم أنشأ الوقف وهو في مرض الموت¹.

د / أن يكون الواقف مختارا: يجب أن يكون الواقف راضيا على ما هو مقدم عليه فلا يصح الوقف إذا وقف بالجبر والإكراه وإلا كان باطلا²، غير أنه إذا أجاز الواقف ذلك التصرف بعد زوال الإكراه نفذ.

هـ / أن يكون الواقف مالكا للعين الموقوفة: يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا³، غير أنه استثناء لا يجوز للواقف مالك العين المراد وقفها التصرف فيها كما لو كان محكوما عليه بعقوبة جنائية تمنعه من ممارسة حقوقه المالية⁴ أو كان مقيدا بقاعدة الشرط المانع من التصرف⁵، وإذا كان الوقف منصبا على عقار يجب أن لا يكون مملوكا للدولة أو لأحد الأشخاص العامة⁶.

غير أن الكثير من رجال القانون يروا بأنه إذا وقف شخص ما لا يملك على أنه يملكه فالوقف لا يكون باطلا ولكن يتوقف على إجازة المالك، غير أن المشرع الجزائري أعطى لهذه

¹ قرار صادر في 1971/03/03، نشرة القضاة، العدد 2، 1972، ص 73، والذي جاء فيه: "من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الحبس الواقع في مرض موت المحبس باطل، وعلى مدعي بطلانه بذلك السبب إقامة البيئة على أن المحبس كان مصابا وقت تحبسه بالمرض الذي مات من جرائه..".

² قرار رقم (46546) بتاريخ 1988/11/21، المجلة القضائية، العدد 2، 1991، ص 60، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، الجزء 1، ص 470. والذي جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط في الواقف أن يكون أهلا للتبرع رشيدا لا مكرها".

³ المادة (1/10) من قانون الأوقاف، مصدر سابق.

⁴ في حالة الحكم بعقوبة جنائية، تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية، وتتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي، وهذا ما تنص عليه المادة (9 مكرر) من قانون العقوبات.

⁵ تنص على ذلك المادة (104) من المرسوم المتعلق بتأسيس السجل العقاري "يحقق المحافظ بأن البطاقة غير مؤشر عليها بأي سبب يقيد حرية التصرف في الحق من قبل صاحبه الأخير"، مصدر سابق.

⁶ بوحلاسة عمر، الوقف في القانون الجزائري، مجلة الموثق، العدد 9، 2000، ص 42.

المسألة حكما على عمومها، حيث اعتبره وقفا باطلا، باعتباره تصرف في ملك الغير¹، وأيده في ذلك القضاء الجزائري في الكثير من قرارات المحكمة العليا بإبطال الوقف الصادر عن غير مالك، حتى ولو كان الواقف يظن بأنه مالكا للعين الموقوفة كلها، في حين نازعه ورثة آخرون معه يجهلهم في جزء منها².

2/ محل الوقف: هو العين المحبوسة التي تجرى عليها أحكام الوقف³، وهي كل ما يحبس عن التملك ويتصدق بمنفعته، بحيث يكون مالا متقوما فيصح أن يكون محل الوقف عقارا أو منقولا أو منفعة⁴، ولا يصح أو يتصور الوقف من دونه. أما بالنسبة لشروط محل الوقف فهي:

أ / أن يكون معلوما ومحددا: يشترط في محل الوقف أن يكون معلوما؛ أي معينا تعيينا تاما يمنع الجهالة فيه وقت إبرام الوقف⁵، فمن المقرر شرعا وقانونا أن يكون المال المحبس ملكا للواقف، وإلا لما جاز له أن يحبسه، وأن يكون معينا -غير مجهول- وخاليا من كل نزاع⁶. وذلك قياسا على نص المادة (94) من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أن: "إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا"، وقد نص المشرع على ذلك صراحة من خلال المادة (216) من قانون الأسرة بأنه: "يجب أن يكون المال المحبس مملوكا للواقف، معينا..."، والمادة (11) من قانون الأوقاف التي نصت: "ويجب أن يكون محل الوقف معلوما محدد ومشروعا، ويصح وقف المال المشاع وفي هذه الحالة

¹ خير الدين موسى فنتازي، مرجع سابق، ص 50.

² قرار رقم (46546) مؤرخ في 1988/11/21، المجلة القضائية، 1991، العدد 2، ص 60، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، الجزء 1، ص 470؛ قرار رقم (94323) مؤرخ في 1993/09/28، المجلة القضائية، 1994، العدد 2، ص 79، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، الجزء 2، ص 752.

³ خير الدين موسى فنتازي، المرجع السابق، ص 62.

⁴ يراجع نص المادة (1/11) من قانون الأوقاف، مصدر سابق.

⁵ تنص المادة (11) من قانون الأوقاف (10/91) على: "... ويجب أن يكون محل الوقف معلوما محدد ومشروعا؛ وتنص المادة (216) من قانون الأسرة على أن: "يجب أن يكون المال المحبس ... معينا..."، مصدر سابق.

⁶ قرار رقم (94323) بتاريخ 1993/09/28، المجلة القضائية، العدد 2، 1994، ص 76، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، الجزء 2، ص 752.

تتعين القسمة¹، فموجب نص هذه المادة أجاز القانون الجزائري وقف المال المشاع، والقسمة في الوقف المشاع أمر وجوبي وليس اختياري.

ب / أن يكون محل الوقف مشروعاً: اشترط المشرع لصحة الوقف أن يكون محله مشروعاً²، أي أن يكون محل الوقف مما يجوز الانتفاع به وليس مما لا يمكن الانتفاع به، إما لاستحالة ذلك كأن يكون محل الوقف متمثلاً في الشمس أو الهواء وإما لمخالفته للتشريع أو الآداب العامة، كأن يكون محل الوقف خمراً أو مخدرات ففي هاتين الحالتين لا يصح الوقف.

ج / أن يكون محل الوقف مملوكاً للواقف ملكية مطلقة: يشترط لصحة الحبس أن يكون المحبس مالكا³، والملكية التامة للمال الموقوف مفادها خلو هذا المال من أي نزاع وقت انعقاد الوقف، وعلى هذا الأساس فإن أي تصرف سابق في المال الموقوف قبل انعقاد الوقف مثل الوعد بالبيع، يجعل الوقف قابلاً للإبطال إذا لم يتم الفسخ شرعاً وقانوناً⁴.

3/ صيغة الوقف: هي العبارة التي يؤدي بها الوقف، ولها عدة صور أدرجها المشرع الجزائري في المادة (12) من قانون الأوقاف رقم (10/91) والتي تنص على: "تكون صيغة الوقف باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة"، ويشترط فيها لينعقد الوقف صحيحاً الشروط التالية:

أ/ أن تكون الصيغة منجزة: الصيغة المنجزة هي تلك الصيغة التي تدل على إنشاء الوقف، وترتيب آثاره عليه في الحال، فالصيغة لا تصح إلا منجزة إلا أن المشرع أجاز الصيغة المتعلقة بوقف مضاف إلى ما بعد الموت⁵.

ب/ أن لا تقترن الصيغة بشرط باطل: نص المشرع الجزائري في المادة (29) من قانون الأوقاف على عدم صحة الوقف المقترن بشرط باطل، فإذا وقع صح الوقف وبطل الشرط⁶

¹ القانون رقم (10/91) المتعلق بالأوقاف، مصدر سابق.

² يراجع نص المادة (11) من قانون الأوقاف (10/91)، المصدر السابق.

³ قرار رقم (198940) بتاريخ 2001/04/25، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، عدد خاص، الجزء الأول، ص 151.

⁴ صورية زردوم بن عمار، مرجع سابق، ص 72.

⁵ خير الدين موسى فنتازي، مرجع سابق، ص 73.

⁶ تنص المادة (29) من قانون الأوقاف على: "لا يصح الوقف شرعاً إذا كان معلقاً على شرط، يتعارض مع النصوص الشرعية، فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف"، المصدر السابق.

فالشرط الباطل الذي يبطل معه الوقف هو كل شرط يخل بأصل الوقف أو ينافي حكمه¹، ومن الشروط الباطلة في القانون الجزائري، اشتراط عدم لزوم الوقف، وبذلك نصت المادة (16) من قانون الأوقاف بأنه: "يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم أو ضار بمحل الوقف أو بمصلحة الموقوف عليه".

ج/ أن لا تقترن الصيغة بما يفيد التأقيت: ومؤدى هذا الشرط أن يكون التعبير عن إرادة الواقف يفيد تأبيد الوقف بمعنى اشتمال صيغته على معنى التأبيد²، لذلك فإن كل صيغة تقترن بما يدل على تأقيت الوقف تبطل، ويبطل معها هذا الوقف لفساد الصيغة³، فالمشرع الجزائري أخذ بعدم تحديد الوقف بمدة زمنية معينة، سواء عند تعريفه للوقف في قانون الأسرة أو في قانون الأوقاف والذي نص صراحة بموجب المادة (28) منه على أنه: "يبطل الوقف إذا كان محددا بزمن".

4/ الموقوف عليه: هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف ويكون شخصا معلوما طبيعيا أو معنويا، فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده وقبوله، أما الشخص المعنوي يجب ألا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية سواء كان جهة معينة أو غير معينة تنتفع بالوقف وريعه⁴، حيث تقسم الأوقاف حسب طبيعة الجهة الموقوف عليها إلى ثلاث أقسام: - الوقف الأهلي (الذري): وهو الذي يعود ريعه أو إيراده للواقف نفسه، أو لذريته من نسله فلا تنقطع منفعته إلا بعد انقطاع عقبه، ثم بعد ذلك يكون لجهة خيرية حيث يمكن اعتباره مصدرا دائما للرزق.

- الوقف الخيري (العام): وهو الذي يقوم على حبس عين معينة على أن لا تكون ملكا لأحد من الناس، وجعلها وريعه لجهة من جهات البر لتعم جميع المسلمين، كبناء المدارس والمساجد والمستشفيات وغير ذلك مما يحقق النفع العام.

¹ خير الدين موسى فنتازي، مرجع سابق، ص 75.

² صورية زردوم بن عمار، مرجع سابق، ص 82.

³ خير الدين موسى فنتازي، المرجع السابق، ص 74.

⁴ وهذا حسب نص المادة (13) من قانون الأوقاف (10/91)، مصدر سابق.

- **الوقف المشترك:** وهو الذي يجمع بين الوقف الأهلي والوقف الخيري أي الذي خصصت منافعه إلى الذرية وجهة البر معا¹.

ويشترط في الموقوف عليه أن يكون أهلا للتملك، ويجب أن يكون موجودا فعلا أو سيوجد في المستقبل كالطفل في بطن أمه، وأن يكون معيناً²، وحتى ينعقد الوقف صحيحا يجب أن يكون الموقوف عليه جهة من جهات البر والخير³، فالمشرع الجزائري لا يجيز الوقف على مجهول، واستحقاق الشخص للوقف يتوقف على وجوده، تطبيقا لنص المادة (13) من قانون الأوقاف.

إذا كان الموقوف عليه شخصا معيناً وغاب عن الوقف كأن يكون الوقف على شخص معين ومات هذا الشخص، أو كان الوقف لشخص معين وعقبه ولكنه مات ولم يترك عقبا فتؤول في هذه الحالة المنفعة لأقرب فقراء عسبة الواقف، فإن كان أقرب عصبته أغنياً، أو لم يوجدوا فلأقرب فقراء عصبته وهكذا، فإن لم يوجدوا فللفقراء عامة.

أما إن كان الموقوف عليه جهة معينة كمسجد أو مدرسة وغاب الموقوف عليهم لأي سبب من الأسباب فيحق بيع الوقف واستعماله بما ينفع في منطقة أخرى⁴.

إن الوقف يقوم على توفر الواقف الذي له أهلية التبرع، بما يملك من ذات أو منفعة وعلى وجود الموقوف، وهو المنفعة التي تصرف على سبيل الحبس، فضلا على توفر الموقوف عليه وهو المستحق لصرف تلك الذات أو المنفعة، مع اشتراط صيغة الوقف⁵.

¹ هشام بن عزة، إحياء نظام الوقف في الجزائر (نماذج عالمية لاستثمار الوقف)، مجلة البحوث الاقتصادية والمالية، جامعة أم البواقي، العدد الثالث، جوان 2015، ص 118.

² آيات العاني وعبد الله الكيلاني، غياب صاحب الحق أو أحد العاقلين في التبرعات وآثاره الفقهية، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، غزة- فلسطين، المجلد 28، العدد 1، 2020، ص 117.

³ وكما لا يصح الوقف أيضا على غير أوجه البر والخير، فكذا لا يصح على الأغنياء لعدم قرينة البر والتصدق فيهم، إلا إذا كان الوقف عاما كأبار السقي والمقابر والمساجد فإنما يعمرها الغني والفقير على السواء والوقف عندها وبها جائز شرعا مسموح قانونا. يراجع: جمال عياشي، مرجع سابق، ص 85.

⁴ آيات العاني وعبد الله الكيلاني، المرجع السابق، ص 119.

⁵ ناصر الدين سعيدوني، دراسات تاريخية في الملكية والوقف والجباية الفترة الحديثة، بيروت، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 2001، ص 230.

ثانيا/ شكل عقد الوقف

الأصل في التصرفات القانونية هو الرضائية¹، والشكلية استثناء لا بد من نص تشريعي يقرها²، ويقصد بالشروط الشكلية توثيق العقد وتسجيله وشهره، فوجد أن المشرع الجزائري قد أكد على ضرورة توافر قاعدة الرسمية في كل عقد من شأنه نقل أو تعديل أو إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية، وعلى كل ما يرد على الملكية العقارية من تصرف، وتوثيق العقد يتم بأن يتقدم أطراف العقد أمام موثق لإفراغ عقدهما في قالب رسمي كركن جوهري في التعاقد ويترتب على تخلفه البطلان المطلق للعقد³.

والعقود التي يحررها الموثق تعتبر سندات رسمية تنفيذية، ولها حجية ما لم يطعن فيها بالتزوير، فماذا قرر المشرع الجزائري بهذا الشأن بالنسبة لانعقاد الوقف كتصرف قانوني؟.

لقد عمد المشرع الجزائري إلى إلزامية توثيق عقد الوقف وإخضاعه إلى قاعدة الرسمية⁴ المتضمنة في المادة (324) من القانون المدني والتي تنص على أن: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"⁵، وهو ما نصت عليه صراحة المادة (41) من قانون الأوقاف حيث جاء فيها: "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك، وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف"⁶.

¹ "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان إرادتهما المتطابقتين، دون إخلال بالنصوص القانونية"، المادة (59) من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

² عبد الحميد حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، جامعة الكويت، الجزء 1، 1982، ص 456.

³ وهو ما نصت عليه المادة (324 مكرر 1) من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية... في شكل رسمي"، المصدر السابق.

⁴ يقصد بقاعدة الرسمية إفراغ تصرف قانوني في شكل معين من طرف أشخاص مختصين أقر لهم القانون هذه الصفة. يراجع: آسيا دوة وخالد رامول، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، الجزائر، دار هوم، 2008، ص 33.

⁵ القانون المدني الجزائري، المصدر السابق.

⁶ القانون رقم (10/91) المتعلق بالأوقاف، مصدر سابق.

يتبين إذن، أن المشرع الجزائري قد ألزم الواقف بتوثيق وقفه، وأن التوثيق ورد خصيصا بالعقارات لأنها الأصل في الأوقاف¹، كما أنه بعد عملية التوثيق أحال الواقف على المصالح المكلفة بالتسجيل، وبالضبط بمكتب التسجيل المختص إقليميا، حيث حدد قانون التسجيل² المكاتب المختصة إقليميا، فيتولى مفتش التسجيل بتسجيل التصرفات القانونية³، ويعطي هذا الأخير العقود العرفية تاريخا ثابتا طبقا لنص المادة (328) من القانون المدني، وباعتبار التسجيل تابعا للتوثيق خاصة بالنسبة للتصرفات المنصبة على عقارات، اشترط المشرع الجزائري إفراغ هذه التصرفات في طابع رسمي وفقا لنص المادة (324 مكرر 1) من القانون المدني، كما أعفى الأملاك الوقفية العامة من رسم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى، تشجيعا منه للواقفين على أعمال البر والخير⁴.

وبالإضافة إلى الرسمية والتسجيل، فقد أوجب المشرع كذلك على الواقف شهر عقد الوقف حتى يكون نافذا فيما بين الأطراف وفي مواجهة الغير⁵، والذي يكون محله عقارا أو حقا عينيا واردا على عقار بحيث أن هذه العملية كإجراء يتطلبه القانون بغية إعلام الغير بحصول هذا التصرف حتى يكون حجة عليهم، فعقود الوقف هذه لا تنتج آثارها بالنسبة للغير إلا من تاريخ شهرها⁶، تطبيقا لنص المادتين (15) و(16) من الأمر (74/75) المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

¹ محمد كنانة، مرجع سابق، ص 76.

² المادة (75) من الأمر رقم (105/76) المتضمن قانون التسجيل، مصدر سابق.

³ هذه العملية الإجرائية عادة تتم بهدف تحصيل موارد مالية بنسب معينة يحددها المشرع لفائدة الخزينة العمومية، فهو لا يعطي الصفة الرسمية للعقود العرفية المسجلة، ولا يعتبر إشهارا للحق الذي يحمله السند، يراجع: آسيا دوة وخالد رامول، مرجع سابق، ص 67.

أما بخصوص الشكل المعين الذي يفرغ فيه هذا التصرف القانوني، ففي فترة قبل الاستقلال وبعده، كانت تفرغ العقود وتحرر في شكل ورقة مدموغة تقدم من طرف الإدارة المختصة، نصت عليها المادة (58) من الأمر (103/76) المؤرخ في 09/12/1976 المتضمن قانون الطابع، الجريدة الرسمية عدد (39) لسنة 1977.

⁴ وذلك طبقا لنص المادة (44) من قانون الأوقاف والتي تنص على أنه: "تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسوم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى لكونها عمل من أعمال البر والإحسان"، مصدر سابق.

⁵ صورية زردوم بن عمار، مرجع سابق، ص 108.

⁶ محمد كنانة، المرجع السابق، ص 76.

كما فرض المشرع وبموجب المادة (41) من قانون الأوقاف رقم (10/91) المصالح المكلفة بالسجل العقاري إبلاغ الهيئة المكلفة بالأوقاف بنسخة من عقد الوقف، كإجراء أساسي مرتبط بعملية التوثيق لما تمثله في حجية للأموال المشهورة باسم الوقف، حماية لها من الاستيلاء والتعدي.

والذي يفهم من هذه المادة أنها تجسد رقابة الدولة على الأملاك العقارية بما فيها الأملاك الوقفية، وهو يدخل في إطار الحفاظ على النظام العام.

وعليه فإن المشرع الجزائري قد أخضع الوقف للرسمية على سبيل الوجوب، مما دفع جانبا من الباحثين إلى اعتبار تقرير وجوب إخضاع الوقف للرسمية تحت طائلة البطلان، على أساس أن الرسمية ركن من أركان الوقف، مع العلم أن المشرع لم يقرر البطلان كجزاء لعدم إفراغ الوقف في الشكل الرسمي، فيعتبر العقد الرسمي وسيلة إثبات قانونية، إذ أنه يثبت التصرف القانوني الذي أنشأ الوقف¹، والعقد التوثيقي مظهر من مظاهر العقود الرسمية طبقا لنص المادة (324) من القانون المدني.

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (الإثبات في المواد المدنية والتجارية)، عين مليلة- الجزائر، دار الهدى، 2009، ص 47.

الباب الثاني

مسؤولية الشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية في إبرام عقود التبرعات

إن جميع أحكام عقود تبرعات الشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية تستمد من الشريعة الإسلامية، فيما لم ينص عليه القانون باعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا احتياطيا من مصادر القانونين المدني وقانون الأسرة الجزائريين.

فهذا الباب يشمل أحكام عقود تبرعات كل من ناقصي الأهلية وعديميها، والأحكام القانونية التي وضعها المشرع لحمايتهم أثناء تصرفهم في إطار هذه العقود، فالأشخاص المصابون بعارض من عوارض الأهلية سواء أدى ذلك العارض إلى فقدان الأهلية أو نقصانها لا يستطيعون مباشرة تصرفاتهم القانونية؛ لذلك أوجد القانون حماية لتلك الفئة؛ خوفا من ضياع أموالهم وتبديدها، وذلك بإصدار حكم بالحجر عليهم، لمنعهم من مباشرة عقود التبرعات وغيرها من التصرفات القانونية، ومن ثم تعين المحكمة لهم استنادا لأحكام النيابة الشرعية في القانون نائب قانوني ليقوم مقامهم بمباشرة تلك التصرفات، في الحدود التي رسمها القانون لذلك.

ومن كل ما سبق تقتضي دراسة هذا الباب تقسيمه إلى فصلين:

الفصل الأول: كيفية تنظيم عقود التبرعات في حالة إصابة الشخص بإحدى عوارض الأهلية

الفصل الثاني: حماية أموال المصاب بعارض من عوارض الأهلية في إبرام عقود التبرعات

الفصل الأول

كيفية تنظيم عقود التبرعات في حالة إصابة الشخص بإحدى عوارض الأهلية

إذا بلغ الإنسان وكان عاقلاً ثبتت له أهلية الأداء كاملة وصار أهلاً لتوجيه الخطاب إليه، ويكلف بجميع التكاليف الشرعية وتصح منه العقود والتصرفات دون توقف على إجازة أحد، وقد ربط القانون بين هذه الأدوار في السن ودرجة الأهلية، فاعتبر الصبي غير المميز عديم الأهلية والصبي المميز ناقص الأهلية والبالغ الرشيد كامل الأهلية، هذا كمبدأ عام لكن القانون يقيد بعض التصرفات ويحد منها لخطورتها بالنسبة للشخص في حد ذاته أو حماية للمتعاقدين الآخرين، ومن بين تلك العقود عقود التبرعات التي تكتسي طابعاً مهماً خاصة إذا أبرمت في حالة نقصان أو انعدام الأهلية، حيث سنتطرق في هذا الفصل إلى أحكام تصرفات الشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية في عقود التبرعات (المبحث الأول)، وإلى بعض خصوصيات الأهلية في عقود التبرعات (المبحث الثاني).

المبحث الأول

أحكام تصرفات الشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية في عقود التبرعات

كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون¹، ويكون الشخص عديم الأهلية إذا انعدمت لديه الإرادة المدركة كالصبي غير المميز والمجنون، أو المعتوه، ومثل هؤلاء لا يمكن أن تنسب إليهم إرادة يعتد بها القانون، وإما الشخص ذو الغفلة أو السفية، أو الصبي المميز غير الراشد فأهليته ناقصة فقط، لأن العقل غير معدوم لديه، بل هو ضعيف بسبب مرض، أو أنه لم ينم بقدر كاف يجعله مدركاً تماماً لما يقوم به من تصرفات²، حيث يحمي القانون فئة عديمي الأهلية وناقصيها، لذلك يمنعهم من مباشرة تصرفاتهم بأنفسهم، وذلك لعدم الأضرار بمصالحهم المالية، ومن أجل حماية الغير حسن النية وأيضاً حماية المصلحة العامة، غير أنه تختلف أحكام تصرفات ناقصي الأهلية

¹ وهو ما ورد النص عليه في المادة (78) من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

² علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، الجزائر، موفم للنشر، الطبعة الثالثة، 2013، ص 100.

(المطلب الأول)، عن أحكام تصرفات عديمي الأهلية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

نقصان الأهلية وأثره في عقود التبرعات

ناقص الأهلية هو الصبي الذي لم يبلغ سن الرشد، والسفيه وذو الغفلة¹، حيث يمتلك ناقص الأهلية عقلا يدرك به مختلف الأمور، وعبارات تصح بها إنشاء التصرفات وأداء الحقوق، ولكن هذا العقل ناقص لا تصح به مطلق التصرفات بل تكون مقيدة، لذا تثبت له أهلية الأداء وتكون ناقصة غير كاملة، مما يتعين دراسة عقود التبرعات الصادرة من ناقصي الأهلية في هاته الحالة.

الفرع الأول/ أحكام عقود التبرعات الصادرة من الصبي المميز

يعرف الصبي المميز عند جمهور الفقهاء بأنه الذي يفهم الخطاب ويحسن رد الجواب ومقاصد الكلام ونحو ذلك، ولا يضبط بسن مخصوص بل يكون وفقا لمدارك الأشخاص وأفهامهم²، أما في المذهب الحنفي فالصبي المميز عندهم هو من يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له³، وتبدأ مرحلة التمييز من سن الثالثة عشر (13) حسب القانون الجزائري وتنتهي ببلوغ سن الرشد، لذلك يكون الشخص ناقص الأهلية.

تثبت أهلية الأداء للصغير المميز، لأن له عقلا يدرك به، ولكن هذا العقل ناقص، لذا تثبت ناقصة غير كاملة، ومن هنا تصلح عبارته لأداء الحقوق وإنشاء التصرفات، ولكن لا

¹ أنور طلبة، المسؤولية المدنية (المسؤولية التقصيرية)، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى، الجزء الثالث، 2005، ص 291.

² أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، التنبيه في فقه الإمام الشافعي، بيروت- لبنان، شركة الآرقم بن أبي الآرقم، الطبعة 1، 1997، ص 119؛ محمد بن علي الشوكاني، الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني، تحقيق أبو مصعب محمد صبحي بن حسن حلاق، صنعاء- اليمن، مكتبة الجبل الجديد، الجزء الأول، دون سنة نشر، ص 2503؛ أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب للشيرازي، مرجع سابق، الجزء 7، ص 29.

³ محمد أمين الشهير بابن عابدين، مرجع سابق، الجزء 9، ص 202.

تصح مطلقا وإنما هي مقيدة بما هو نافع نفعا محضا¹، لأن عقله لا يزال غير ناضج، فيقسم فقهاء الشريعة الإسلامية تصرفات الصبي المميز، إلى ثلاثة أقسام: تصرفات نافعة نفعا محضا، تصرفات ضارة ضررا محضا وتصرفات دائرة بين النفع والضرر، مما يتعين البحث في موقع عقود تبرعات الصبي المميز من ذلك، وأحكامها في الفقه الإسلامي.

التصرفات النافعة نفعا محضا هي تلك التي تسبب اغتناء من يباشرها دون مقابل يعطيه للطرف الآخر²، وهي التصرفات التي يترتب عليها دخول شيء في ملك ناقص الأهلية من غير مقابل، كقبول الهبة أو الوصية أو الانتفاع بالعارية، وتكون معتبرة من غير حاجة إلى إجازة الولي إذا كانت لا توجب التزاما بالمقابل³، والتصرفات الضارة ضررا محضا هي التصرفات التي يترتب عليها خروج شيء من ملك ناقص الأهلية من غير مقابل، بحيث لا يكون فيها أي نفع مالي له، وذلك كالتبرعات بجميع أنواعها، من هبة أو وقف أو كفالة دين على غيره، لما فيه من التبرع بالتزام أداء الدين عن غيره، ونحو ذلك⁴.

ففي هذا الطور تثبت للمميز أهلية الأداء الناقصة، لأن الطفل في هذا الطور يتمتع بقسط من العقل والإدراك غير أنهما ليسا كاملين، لأنهما لم يصلا بعد إلى النضج الكافي هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإن خبرة الصغير بالأمور والمعاملات الحقوقية لا تزال ضعيفة⁵، ويكون الصبي مميزا إذا بلغ السابعة (7) من عمره طبقا للشريعة الإسلامية، وفي معظم القوانين العربية، غير أن التقنين الجزائري حدده بثلاث عشر (13) سنة⁶، وتستمر مرحلة التمييز إلى

¹ معتز محمد كامل عطية اعبيدو، الحجر في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا جامعة الخليل، السنة الجامعية 1434هـ/2013م، ص 14.

² نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 169.

³ أبو بكر لشهب، ملكية القصر وتصرفات الولي (دراسة فقهية، قانونية، مدعمة بالمواثيق الدولية)، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، العدد 1، جوان 2010، ص 23.

⁴ محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 14-15.

⁵ العربي بختي، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2013، ص 38.

⁶ استغرب الأستاذ "حسن قداد" من هذا الاختيار لسن التمييز فقال: "في الواقع إذا كانت لنا كلمة أو وجهة نظر في هذه المادة فوجهة نظرنا تكمن في حدود نطاق عدم التمييز الذي يصل إلى حد المبالغة في التحكم من قبل المشرع في تحديده". يراجع: خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص 47.

قبيل سن الرشد، ويعتبر الصبي في هذه الحالة ناقص الأهلية، وتكون الأهلية ناقصة في هذا الدور أي بمعنى ليست منعدمة تماماً ولا مكتملة فيما بين ابتداء التمييز واكتمال سن الرشد، أي ما بين الثالثة عشر والتاسعة عشر، إذ يكون التمييز في هذه المرحلة وسطاً بين الانعدام والاكتمال، لأن الصغير المميز لم تتوفر له أسباب التمييز كاملة، ويظل معتبراً ناقص الأهلية طالما أنه لم يبلغ سن الرشد¹.

وبالنسبة لصحة عقود التبرعات إذا كان الصبي مميزاً، فقد اختلف الفقهاء في صحة وصيته، فذهب الحنفية والشافعية في رواية: تعتبر وصية الصبي المميز باطلة²، لأن الوصية تبرع، والتبرع منه لا يجوز، ولأن الوصايا شرعت على سبيل الاستثناء ليتدارك المكلف ما قد فاته في حياته من صلة رحم أو نحوه، ولا يتحقق ذلك في الصبي الذي يقبل على الحياة.

غير أن المالكية والحنابلة والشافعية في القول الآخر - والجعفرية، قد ذهبوا إلى صحة وصية الصبي المميز إذا جاوز العشر سنين³، لأن الحجر إنما كان على الصبي لحق نفسه، فإذا منع من الوصية كان الحجر عليه لحق غيره، ولأنه منع من التصرف في المال خوف إضاعته له وإتلافه إياه، وهو في الوصية ليس مضيعاً ولا متلفاً، لأنه إن عاش فالمال ماله وإن مات فقد انقطعت علاقته به⁴.

أما بالنسبة للهبة، فهبة الصبي المميز تقع باطلة بطلاناً مطلقاً، لأنها ضارة ضرراً محضاً⁵، لهذا لا تصح منه سواء أكان مميزاً أو غير مميز، لأنه يشترط في الواهب الأهلية الكاملة، أما قبولها وقبضها فإن كان غير مميز فيقبل الهبة ويقبضها عليه على المال، وإن كان مميزاً فيقبلها ويقبضها إما عليه على المال، وإما هو بنفسه لأن قبولها من التصرفات النافعة له

¹ بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 53-100.

² أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، مرجع سابق، الجزء 5، ص 375.

³ شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن ابن قدامه المقدسي، الشرح الكبير، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، الطبعة الأولى، الجزء السابع عشر، 1416هـ/1995م، ص 197.

⁴ أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، بغداد، مطبعة الإرشاد، الطبعة 2، الجزء 2، 1972، ص 25.

⁵ منصوري نورة، مرجع سابق، ص 27.

نفعا محضا¹.

ولا يصح وقف الصبي سواء أكان الصبي مميزا أو غير مميز، لأنه ناقص الأهلية ومن كانت هذه حاله لا يملك التبرع²، ولأن غير المميز ليس أهلا للتصرفات مطلقا، والمميز ليس أهلا للتبرعات ولو أذن له وليه لأن هذا الأخير لا يحق له التبرع من مال الصبي³.

يذكر "الشيخ أبو زهرة": أن وقف الصبي باطل، سواء أذن له القاضي أم لم يأذن، وذلك هو الذي يتفق مع القواعد العامة، لأن الصبي المميز ناقص الأهلية، وناقص الأهلية لا يملك التبرع ولا يجوز للولي أن يتبرع من ماله بإذن القاضي أو بغير إذنه، والقاضي نفسه لا يملك التبرع فلا يملك الإذن، لأن فاقد الشيء لا يعطيه، ومن لا يملك تصرفا لا يملك الإذن به⁴.

هذا من ناحية الفقه الإسلامي، ولبيان حكم هذه العقود قانونا ينبغي الوقوف على ما يقضي به كل من القانون المدني وقانون الأسرة في هذا المجال، وهذا كما سيأتي:

أولا/ حكم عقود التبرعات الصادرة من الصبي المميز في القانون المدني

نلاحظ أن القانون المدني لم يقسم تصرفات الصبي المميز إلى الأقسام الثلاثة المشار إليها في الفقه الإسلامي، كما أنه لم يبين حكم عقود التبرعات غير أنه ترك ذلك لقانون الأسرة الجزائري بموجب نص المادة (79) منه التي تنص أنه: "تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون

¹ عبد الجليل القرشناوي، دراسات في الشريعة الإسلامية، بنغازي- ليبيا، منشورات جامعة قار يونس، الطبعة 3، 1995، ص 352.

² بومعالي نذير، الحماية القانونية للملكية الوقفية في الجزائر، مجلة علوم إنسانية، العدد 41، 2009، ص 13؛ أوان عبد الله الفيضي، الأحكام المتعلقة بحقوق الحمل (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، مصر- الإمارات، دار الكتب القانونية- دار شتات للنشر، 2015، ص 260.

³ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، بيروت- لبنان، مؤسسة الرسالة، الطبعة 3، الجزء 10، 1997، ص 426.

⁴ محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، القاهرة، دار الفكر العربي، دون طبعة، دون سنة نشر، ص 114؛ منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف (دراسة قانونية فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون)، عمان- الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2011، ص 72.

الأسرة¹.

ومع ذلك، فإنه يستفاد من القانون المدني أنه اعتبر نقص الأهلية سببا من أسباب قابلية العقد للإبطال²، وهو ما يتضح من خلال نص المادة (1/101) من القانون المدني التي تقضي بأن الحق في طلب إبطال العقد بسبب نقص الأهلية يسقط بمضي خمس سنوات (05) من يوم زوال هذا السبب، غير أن المشرع لم يبين في هذه الحالة أي نوع من العقود يمكن فيه ذلك³، وإن كان يستنتج أن المقصود هو العقد الذي ينصب على تصرف دائر بين النفع والضرر، ونشير في هذه النقطة إلى القانون المدني المصري تناول بوضوح حكم تصرفات الصبي المميز على عكس القانون المدني الجزائري، إذ نصت المادة (111) منه⁴ على ما يلي:

"1/ إذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا.

2/ أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة⁵ من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون".

وإعمالا لهذا النص الذي لا يوجد مقابل له في القانون المدني الجزائري، يكون حكم تصرفات الصبي المميز المالية كما يلي:

¹ القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

² محمد سعيد جعفر، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق، ص 18.

³ حمزة قتال وسمير شيهاني، علاقة القانون المدني بقانون الأسرة (قواعد الأهلية نموذجاً)، الملتقى الدولي الخامس بعنوان القانون المدني بعد أربعين سنة، بتاريخ 24 و 25 أكتوبر 2016، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، منشور بحوليات جامعة الجزائر عدد خاص، العدد 5، 2016، ص 195.

⁴ القانون المدني المصري، مصدر سابق.

⁵ الإجازة هي استبقاء العقد القابل للإبطال بعناصره كما هي، مع استبقاء تكييفه القانوني الأصلي دون أن يكيف تكييفاً جديداً، وهي العمل القانوني المنفرد الجانب الذي يصدر عن إرادة منفردة بهدف إزالة العيب الذي لحق بالتصرف القانوني. يراجع: رأفت دسوقي، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، مصر، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، دون سنة نشر، ص 158.

1/ صحة التصرف النافع نفعا محضا.

2/ بطلان التصرف الضار ضررا محضا.

3/ قابلية التصرف الدائر بين النفع والضرر للإبطال لمصلحة الصبي المميز، فإذا بلغ هذا الشخص سن الرشد وهي تمام (19) سنة كان له الخيار بين أن يجيز هذا التصرف فيؤيده ويصبح باتا مستمرا في ترتيب آثاره، أو أن يطلب إبطاله فيزول بأثر رجعي وكأنه لم يكن قد أبرم يوما¹.

ثانيا/ حكم عقود التبرعات الصادرة من الصبي المميز في قانون الأسرة

نص المشرع الجزائري في المادة (83) من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "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...."²، ومرحلة سن التمييز تبدأ من (13) سنة إلى غاية (19) سنة حسب القانون الجزائري، ويلحق بالصبي المميز في هذا الحكم كل من السفهه وذو الغفلة وهو الذي لا يميز بين الربح والخسارة³، فمن خلال نص هذه المادة نستخلص ما يلي:

- أخذ المشرع الجزائري في قانون الأسرة بالتقسيم الذي ورد في الفقه الإسلامي على خلاف ما جاء في القانون المدني الجزائري، فقسم التصرفات القانونية إلى تصرفات نافعة نفعا محضا وتصرفات ضارة ضررا محضا وتصرفات مترددة بين النفع والضرر.

- لقد خالف قانون الأسرة القانون المدني بصدد التصرف الدائر بين النفع والضرر، فلم يعتبر نقص الأهلية سببا موجبا لقابلية العقد للإبطال، بل جعله سببا موجبا لوقفه.

إذا كانت التصرفات الضارة ضررا محضا تقع باطلة بطلانا مطلقا، إذا صدرت من القاصر المميز، وتعتبر في حكم العدم كأنها لم تكن، فلا يترتب عنها أي أثر، نظرا لأن هذا

¹ محمد سعيد جعفر، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 19-20.

² قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

³ عبد المالك رابح، النظام القانوني لعقود التبرعات (الوصية، الهبة، الوقف) في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه علوم تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2016/2017، ص 97.

الشخص يعد بالنسبة إليه عديم الأهلية¹، ومثال ذلك أن يكفل الصبي المميز دين سواه، أو أن يتبرع على أي وجه، كالهبة أو الوقف، كل ذلك لا يصح ولا ينفذ حتى وإن أذن به أو أجاز له، فله، فهي قد وقعت باطلة منذ صدورهما.

ومن هنا نستنتج أن الصبي المميز ليست له أهلية التبرع، وأن عقود التبرعات التي يقوم بها القاصر تعتبر من التصرفات الضارة له ضررا محضا، وحماية لمصالح القاصر المالية تقتضي الحكم ببطلانها متى صدرت منه، وهذا ما أقره المشرع الجزائري لكل تصرف يبرمه القاصر يلزمه اتجاه غيره دون مقابل، وذلك في المادة (83) من قانون الأسرة.

إلى جانب الحكم العام في هذه التصرفات التي جاءت بها المادة (83) من قانون الأسرة نجد المادة (30) من القانون رقم (10/91) المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم بالقانون رقم (10/02)، تنص على بطلان وقف القاصر، وهو تصرف ضار ضررا محضا كما سبق القول، إذ قضت بأنه: "وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا أو غير مميز ولو أذن بذلك الوصي"²، وهو ما يمكن فهمه أيضا من نص المادة (215) من قانون الأسرة الجزائري، التي اشترطت لصحة الوقف أن يكون الواقف بالغاً سن (19) سنة، أي أن لا يكون قاصرا.

غير أن العقد ينعقد مادام قد استوفى أركانه وتترتب عليه آثاره، ولكن يبقى أن العاقد ناقص أهلية أو العاقد الذي شاب رضاه عيب، من حقه أن يحميه القانون إذا طلب هو هذه الحماية فله وحده أن يبطل هذا العقد كما له أن يجيزه، وإذا ظل ساكتا مدة معينة سقط حقه في التقادم بإبطال العقد واستمر في إنتاج أثره القانوني³.

كما جاءت شروط صحة وصية الموصي في المادة (186) من قانون الأسرة الجزائري⁴، وجزاء تخلفها بطلان الوصية، وأهمها شرط البلوغ الذي يعتبر مناط التكليف في الأحكام

¹ محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، الجزائر، دار هومة، الطبعة الأولى، الجزء 2، 2011، ص 548.

² القانون رقم (10/02) المعدل والمتمم للقانون رقم (10/91)، المؤرخ في 12 شوال عام 1411هـ الموافق لـ 27 أبريل 1991 والمتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية العدد (83)، المؤرخة في 2002/12/15.

³ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي (نظرية السبب ونظرية البطلان)، بيروت-لبنان، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، الجزء 4، دون سنة نشر، ص 66.

⁴ جاء في نص المادة أعلاه أنه يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل.

الشرعية والتصرفات القانونية، ولأن الوصية تبرع بالمال يتطلب توفر الإرادة والتميز، تكون وصية الصبي سواء كان مميزا أو غير مميز في القانون الجزائري باطلة بطلانا مطلقا، لعدم تحقق شرط البلوغ¹ أي تمام تسعة عشر (19) سنة.

ولما كانت الهبة عقدا من العقود التي يتطلب فيها الإيجاب والقبول، إلى جانب توفر ركن الحيابة مع إفراغ هذا التراضي بالشكل الرسمي أمام الموثق، يقوم هذا الأخير قبل تحريره عقد الهبة بالتحقق من أهلية الواهب، إذ تتطلب الهبة أهلية التبرع فيه مادام يقوم بعمل ضار ضررا محضا حسب نص المادة (203) من قانون الأسرة الجزائري²، وتجدر الإشارة بخصوص الواهب إلى أنه إذا كان الشخص عديم التمييز أو ناقصا، أي صغيرا غير مميز أو مجنونا أو معتوها، أو صغيرا مميزا أو سفيها أو ذا غفلة، فإن الولي أو الوصي أو المقدم لا يملك أحد منهم أن يهب مال من هو تحت ولايته، وإلا كان في ذلك إخلال بنظام الولاية على المال الذي يهدف إلى حفظ مال القاصر أو المحجور عليه، واستثماره بالطرق الشرعية³.

الفرع الثاني/ أحكام عقود التبرعات الصادرة من السفه وذو الغفلة

السفيه وذو الغفلة يخضعان في الأساس إلى حكم واحد، وهما لا يعتبران عديمي الأهلية كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه، فكلاهما كامل الأهلية وإنما العلة فيهما تتمثل في ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس كما ذكرنا سابقا، ويعتبرا ناقصي الأهلية متى تم الحجر عليهما.

والسفه المقصود هنا هو السفه في تدبير الأموال وإصلاحها لا في إصلاح الدين، ويتم الحجر على السفه حماية له ولمنعه من مواصلة تبديد أمواله⁴، فيجعله ناقص الأهلية في إدارة أمواله والتصرف فيها، وتبقى له الأهلية الكاملة في ممارسة الحقوق غير المالية، ومن أبرز

¹ محمد سعيد جعفر، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 40.

² نصت المادة (203) من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغاً تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه".

³ محمد تقي، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 109-110.

⁴ محمد كمال شرف الدين، قانون مدني (النظرية العامة - الأشخاص - إثبات الحقوق)، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، الطبعة الأولى، 2002، ص 227.

الأدلة في اعتبار السفه من عوارض الأهلية قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾¹، فلفظ السفه ورد في هذه الآية عاما غير مخصوص، في شمل المبذر أو المسرف صغيرا كان أو كبيرا، عاقلا أو مجنونا، مسلما أو كافرا، ذكرا أو أنثى².

أما الغفلة فتعني تخلف الذكاء وقلة الفطنة، وذو الغفلة هو الذي لا يهتدي إلى التصرفات الراجعة في المعاملات لسهولة خداعه، وقد استدل الفقهاء المسلمون على حكم تصرفات ذي الغفلة من القرآن الكريم³، في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهَاً أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ...﴾⁴.

والفرق بين السفه والغفلة أن السفه كامل الإدراك، لكنه مكابر في اندفاعه في إتلاف المال مما يجعله ضعيف الإرادة، أما ذو الغفلة فإنه ضعيف الإدراك والإرادة، وأن عدم تمييزه بين التصرفات الراجعة والخاسرة بالنسبة إليه يرجع إلى ضعف الملكات النفسية فيه، مثل سلامة نيته وقلة خبرته، مما يؤدي إلى إلحاق ضرر بنفسه عند قيامه بالتصرفات المالية، وسواء أكان العارض سفها أم غفلة، فإن النتيجة واحدة وهي إضاعة للمال وتبذيره، لذلك فإن أحكام تصرفات ذي الغفلة والسفيه هي واحدة فيما يتعلق بالحجر والآثار المترتبة على تصرفهما⁵.

وقد نظم القانون أحكام التصرفات والعقود التي يبرمها السفه وذو الغفلة، ولم يعتبرهما القانون محجورين لذاتهما، بل يجب أن تحجر عليهما المحكمة بالطرق المقررة قانونا.

ومنه سنتناول أحكام عقود تبرعات كل منهما قبل الحجر وبعده:

أولا/ حكم عقود التبرعات الصادرة من السفه وذو الغفلة قبل الحجر عليهما

لقد تعرضنا إلى أن السفه والغفلة من العوارض التي تعتري الشخص فلا تخل بعقله ولا

¹ سورة النساء، الآية 5.

² هشام بوهاش بن مبارك، الحجر على السفهاء، مجلة العدل، وزارة العدل المملكة العربية السعودية، العدد 62، ربيع الأول 1435هـ، ص 229.

³ ندى سالم حمدون ملا علو، مرجع سابق، ص 120.

⁴ سورة البقرة، الآية 282.

⁵ ندى سالم حمدون ملا علو، المرجع السابق، ص 120.

يؤديان إلى انعدام التمييز كلية لديه، وإنما تصيبه في تقديره وتديره فتتقص أهليته ولا تعدمها، لذلك يقال بأن السفه والغفلة ينقصان من قوة الملكات النفسية لدى الشخص، إذ يمكن للسفيه وذي الغفلة إبرام التصرفات القانونية قبل الحكم بالحجر عليها، فالأصل أن تكون هذه التصرفات المبرمة قبل الحجر صحيحة¹، ومنتجة لجميع أثارها القانونية لأن السفه والغفلة لا يذهبان الإدراك والتمييز.

لكن المشرع الجزائري لم يكن واضح في تبيان حكم تصرفات السفيه وذي الغفلة قبل توقيع الحجر عليهما، واكتفى بالتعرف فقط بين المرحلتين مرحلة قبل توقيع الحجر، ومرحلة بعد توقيع الحجر مع عدم الدقة والغموض في المادة (107) من قانون الأسرة حين قال: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها"²، والتي تخص تصرفات المجنون والمعتوه دون تصرفات السفيه وذي الغفلة باعتبارهما ناقصي الأهلية، وهذا ما أكدته المادة (43) من القانون المدني والتي تنص: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو كان ذا غفلة يكون ناقص أهلية وفقا لما يقرره القانون".

وعليه نستطيع أن نقول أن المادة (107) من قانون الأسرة تنطبق على المجنون والمعتوه فقط³، وما يعاب على المشرع الجزائري في نص المادة (107) أنه ساوى بين تصرفات عديمي الأهلية من جهة وحكم تصرفات ناقصي الأهلية، كما أنه ليس من المنطق أن يتم الجمع بين حكم تصرفات المحجور عليهم في نفس المادة ونفس الفقرة، في حين يعتبر الجنون والعتة عوارض تعدم الأهلية أما السفه والغفلة فهي عوارض تنقص الأهلية، حسب نص المادة (79) من القانون المدني الجزائري: "أنه تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها، قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة"⁴، إلا أنه لا يوجد في قانون الأسرة أية مادة تتعرض لحكم تصرفات ذي الغفلة، كما لم تذكر ذا الغفلة إطلاقا، رغم اقترانهما في الفقه الإسلامي وفي التشريعات المدنية العربية.

¹ محمد سعيد جعفر، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 7.

² قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

³ محمد سعيد جعفر، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 7.

⁴ القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

إضافة إلى ما سبق؛ وقوعه في نفس الخطأ في المادة (85) من قانون الأسرة إذ نص أنه: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه"¹، حيث ألحق السفيه بالمجنون والمعتوه إذ اعتبر تصرفاتهم غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه، فهو يعتبر تصرف السفيه باطلا بطلانا مطلقا سواء أكان نافعا أو ضارا به أم دائرا بين النفع والضرر، وهو بذلك يخالف التشريعات الوضعية بما في ذلك القانون المدني الجزائري في المادة (43)² الذي اعتبر السفيه والمعتوه ناقصي الأهلية فتصرفاتهما كتصرفات الصبي المميز.

ونتيجة لعدم الانسجام والوضوح والدقة في موقف المشرع الجزائري كان لابد من الرجوع إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بشأن كل ما لم يرد فيه نص في النصوص التشريعية، بحيث أحال في الفترة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني والمادة (222) من قانون الأسرة على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، وبالرجوع إليها يتضح لنا أن تصرفات ذي الغفلة تأخذ حكم تصرفات السفيه أي يسري بشأنهما ما يسري على تصرفات الصبي المميز³.

فإذا كان الأصل صحة تصرفات السفيه وذي الغفلة قبل الحجر عليهما، لكن هناك استثناء وهو بطلان أو قابلية هذه التصرفات للإبطال أو وقفها بحسب طبيعة التصرف، الأولى التصرفات التي تكون نتيجة استغلال حالة السفه أو الغفلة، فالأمر متروك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، والثانية التصرفات التي تكون نتيجة تواطؤ بين السفيه أو ذي الغفلة ومن تعاقد معه⁴.

وهناك حالة أخرى تتمثل في التجاء ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته عند تمسكه بنقص أهليته لتقرير بطلان العقد إذا كان باطلا أو عدم إجازته العقد إذا كان موقوفا، ففي هذه الحالة يتعرض الطرف الآخر في العقد لضرر يستحق التعويض عنه بسبب

¹ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

² جاء نص المادة كالاتي: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

³ حبار محمد، مرجع سابق، ص 247.

⁴ محمد سعيد جعفر، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 77-

تعدي ناقص الأهلية باستخدامه الطرق الاحتياطية لإخفاء أهليته¹.

فالحكم ببطلان العقد، يترتب عليه اعتباره كأن لم يكن من قبل، وهذا يعني إعادة الوضع إلى ما كان عليه المتعاقدان من قبل، مما يؤدي إلى مطالبة كل متعاقد الآخر بأن يرد ما تسلمه منه، فإذا استحال ذلك، جاز الحكم بالتعويض العادل، وهو ما قضت به المادة (103) من القانون المدني الجزائري².

وتجدر الملاحظة، أن الحكم بالبطلان³ وما يترتب من إعادة الحال إلى ما كان عليه من قبل، هو حكم كقاعدة عامة ليس قاصرا على المتعاقدين فقط، بل يمس الغير أيضا، مع استثناء عقود المدة التي يتقرر إبطالها، وكذلك الغير حسن النية الذي لم يكن يعلم بأن العقد باطلا أو

¹ محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، الجزائر، دار هومة الطبعة الثانية، 2009، ص 47 إلى 51.

² جاء نص المادة كالتالي: "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيل جاز الحكم بتعويض معادل. غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد....".

³ يعرف العقد القابل للإبطال بأنه: العقد الذي نشأ صحيحا منتجا لآثاره، إلا أنه تضمن لحظة نشوؤه عيبا يسمح لمن قرر هذا العيب لمصلحته أن يتمسك بإبطال العقد خلال مدة زمنية محددة وإلا سقط حقه في إبطال العقد. يراجع: قديري محمد توفيق، مرجع سابق، ص 513.

والعقد الباطل في القانون المدني هو: ما تخلف فيه أحد أركانه أو اختل شرط من شروط المحل والسبب، والبطلان هو: الجزاء الذي فرضه القانون على عدم توافر ركن من أركان العقد، أو شرط من شروط صحته، وهو عبارة عن انعدام أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين، وكذا بالنسبة إلى الغير، والعقد الذي لم تراعى قواعد القانون في تكوينه يكون باطلا، فلا ينتج أثرا قانونيا، ولا ينشأ عنه حق أو التزام، غير أنه تختلف قوة الجزاء باختلاف نوع القاعدة التي لم تراعى في تكوين العقد. ولقد نص المشرع المدني الجزائري على أحكام البطلان في المواد من (99) إلى (105) من القانون المدني، وعبر عن البطلان النسبي بـ "القابلية للإبطال"؛ أما البطلان فوصفه بـ "البطلان المطلق" الذي يجوز لكل ذي مصلحة التمسك به، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسه.

فالبطلان المطلق: هو جزاء العقد الذي تخلف فيه ركن من أركان الانعقاد، وهي الرضا والمحل والسبب والشكل في العقود الشكلية، فلا يكون لهذا العقد عندئذ وجود قانوني، ولا ينتج أي أثر. أما البطلان النسبي: فهو جزاء تخلف شرط من شروط الصحة، كعدم توافر الأهلية اللازمة لإبرام العقد لدى كل من المتعاقدين، أو فساد الإرادة بأحد عيوب الرضا (وهي الغلط، والإكراه، والتدليس، والغبن أو الاستغلال). يراجع: محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلاميين، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 2009، ص 68؛ بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 604 - 605.

قابلا للإبطال، وكذلك الأمر بالنسبة إلى ناقص الأهلية¹، فإن اختلت ولاية العاقد على العقد بأن كان ناقص الأهلية، كان العقد موقوفا².

ثانيا/ حكم عقود التبرعات الصادرة من السفیه وذی الغفلة بعد توقيع الحجر عليهما:

الغاية من الحجر على السفیه وذی الغفلة، المحافظة على ماله خشية على الضياع فيلحق به وبأسرته الهلاك ويصبح هو وأسرته عالة على المجتمع، فإذا بلغ الشخص سفیهاً أو ذا غفلة فمن المتفق عليه عدم تسليم ماله إليه³.

وكما سبق القول تعتبر التصرفات التي يبرمها السفیه وذو الغفلة صحيحة قبل الحجر مهما كان نوع التصرف ما لم تكن نتيجة استغلال أو تواطؤ، ولكن إذا ما أبرمت التصرفات بعد توقيع الحجر سيكون حكم تصرفاتهما مختلفا عن تلك المبرمة قبل الحجر، بحيث تأخذ حكم تصرفات الصبي المميز، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في القانون المدني وقانون الأسرة، حيث جعل السفیه وذا الغفلة في حكم ناقص الأهلية حسب نص المادة (43) من القانون المدني: "كل من بلغ سن الرشد وكان سفیهاً أو ذو الغفلة، يكون ناقص الأهلية وفق لما يقرره القانون"⁴، إذ اعتبر حكم تصرفات السفیه وذی الغفلة بعد الحجر في حكم تصرفات الصبي المميز أي حكم ناقص الأهلية، دون تحديد حكم تصرفات الصبي المميز بأنواعها الثلاثة محيلا ذلك إلى قانون الأسرة، على الرغم من أن المختص في هذا الشأن هو القانون المدني لأننا بصدد المعاملات المالية التي تدخل في نطاق الأحوال العينية التي جاء القانون المدني منظما لها⁵.

وبالرجوع إلى نص المادة (83) من قانون الأسرة الجزائري نجدها تفرق بين حكم

¹ بلعبور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ص 119-120.

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

³ إبراهيم عنتر، السفیه في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العراق، العدد 2، 2009، ص 158.

⁴ القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

⁵ محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 78.

التصرفات النافعة نفعا محضا، والتصرفات الضارة ضررا محضا، والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر، والمشرع الجزائري هنا لم يعتمد على ما جاءت به الشريعة الإسلامية والقائمة في تقسيم التصرفات التي يجريها ناقص الأهلية إلى ثلاثة أقسام المذكورة على خلاف قانون الأسرة، فجاء النص: "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 إلى القضاء"¹.

فطبقا لهذه المادة يتضح أن المشرع قسم تصرفات السفیه وذی الغفلة بعد توقيع الحجر إلى ثلاثة أنواع ووضع لكل نوع أحكاما مختلفة، وما يهمنا هنا التصرفات النافعة نفعا محضا والضارة ضررا محضا:

1/ بالنسبة لحكم التصرفات النافعة نفعا محضا: هي تلك التصرفات التي يترتب عليها دخول الشيء في ملك الشخص من غير مقابل كقبول الهبة والوصية أو الانتفاع بالعارية فتعتبر تصرفات السفیه وذی الغفلة في هذه الحالة صحيحة نافذة متى كانت تؤدي إلى اغتنائه.

2/ بالنسبة لحكم التصرفات الضارة ضررا محضا: التصرفات الضارة ضررا محضا هي تلك التي يترتب عليها خروج شيء من ملك الشخص من غير مقابل، بحيث لا يجني المتصرف من ورائها أي نفع مالي يدخل في ذمته، وإنما يجني منه ضررا بذمته المالية وذلك كالتبرعات بجميع أنواعها، والتي تقع باطلة بطلانا مطلقا حتى لو أقرها المقدم كالوقف أو الهبة دون عوض أو وصية، فلا ينفذ تصرفه في هذه الأمور وغيرها لما فيها من الضرر المحض الذي يلحق به بمثل هذه التصرفات.²

فبالنسبة لما نصت عليه المادة (101) من قانون الأسرة، فكل شخص بلغ سن الرشد مصاب بإحدى عوارض الأهلية يجوز لأحد أقربائه أو من له مصلحة في ذلك استصدار حكم قضائي للحجر عليه.

¹ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

² محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، مرجع سابق، ص 12-13.

والسفيه هو المبذر الذي ينفق ماله في غير حكمه، أما ذو الغفلة فهو الأبله الذي هو طيب القلب، ولكن لا يجري تصرفاته في موضعها وهو الذي يغبن في المبيعات، ويرى جمهور الفقهاء جواز الحجر على السفيه أو ذي الغفلة وذلك لحماية ماله.

قال "الإمام الشافعي" رحمه الله إن الله اثبت الولاية على السفيه وعلى الضعيف وعلى الذي لا يستطيع أن يلهو¹ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ...﴾².

يذهب الفقهاء المسلمون إلى أن السفيه وذا الغفلة إذا حجر عليهما بقرار من القاضي يكون وقفهما باطلا، لأن الوقف تبرع، والتبرعات لا تصدر إلا عن رشيد، وهما بعد الحجر عليهما بحكم القاضي ليسا رشيدين، فقد ورد في كتاب أحكام الأوقاف "للخصاف" أن الوقف من السفيه وذي الغفلة المحجور عليهم باطل، وعلل ذلك بقوله: (إنما حجر القاضي على السفيه لئلا يبذر ماله... فلو جاز وقفه لأرضه لم يكن للحجر معنى)³، ويقول الشيخ "محمد أبو زهرة" في معرض رده على كلام "الخصاف": (إن فقهاء الحنفية وغيرهم قد صرحوا بأن وصية السفيه تجوز في الثلث إذا كانت كوصية الرشداء العاقلين، لأن الغرض من الحجر عليه المحافظة على ماله ولا ضرر على نفسه في هذا الشكل من الوصية)⁴.

وقد استثني تبرع السفيه وذي الغفلة من المنع إذا كان وصية أو وقف في بعض التشريعات العربية، إلا أن قانون الأسرة الجزائري الذي أورد أحكام الوصية والوقف لم ينص على أي استثناء فيما يخص أهلية من يباشر هذين التصرفين، كما فعل القانون المدني المصري مثلا الذي نص على أن تصرف المحجور عليه لفسه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا، متى أذنت المحكمة بذلك⁵، وهذا ما يوافق الفقه الإسلامي بما فيه الفقه المالكي، الذي

¹ عبد المالك رابح، مرجع سابق، ص 215.

² سورة البقرة، الآية 282.

³ أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف، أحكام الأوقاف، بيروت - لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1420هـ/1999م، ص 250.

⁴ محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مرجع سابق، ص 116.

⁵ تنص المادة (1/116) من القانون المدني المصري على أنه: "يكون تصرف المحجور عليه لفسه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا، متى آذنته المحكمة في ذلك".

اعتبر تبرع السفية وذو الغفلة على سبيل الوصية أو الوقف ليس ضارا بهما بل هو في مصلحتهما، لأنه سيؤول إلى حفظ مالهما، ففي الوصية فالأمر ظاهر لأن له أن يرجع عنها، ولأن تنفيذ الوصية إنما يكون بعد موته فلا ضرر عليه في ذلك بل ثواب وصيته عائد إليه.

فوصية الصبي المميز والسفيه جائزة على مذهب مالك، وإن كانت في سبل الخير فهي جائزة بالاتفاق، أما سائر التبرعات فلا يملكانها ولو بإذن القيم أو المحكمة، وخاصة ما كان منها إفقار لهما كالهبة¹.

حيث قال جمهور فقهاء المسلمين² بصحة وصية السفية -ولو كان محجورا عليه- للأسباب التالية:

1/ أن السفية مكلف مسؤول عن تصرفاته ويعتد شرعا وقانونا بعباراته، ولو إدراك المقاصد ونتائج ما يقدم عليه من قول أو فعل.

2/ أن المال الموصى به لا تنتقل ملكيته إلى الموصى له إلا بعد وفاة الموصي، فالسفيه إذا أوصى بجزء من ماله لشخص أو لجهة خيرية لا تلحقه أي خسارة مادية أو معنوية في حياته بسبب هذه الوصية.

3/ مادام السفية مكلفا ومسؤولا عن تصرفاته يعاقب على الشر ويثاب على الخير فإنه بحاجة إلى أعمال البر شأنه شأن كل بالغ عاقل ورشيد، فليس من العدل أن يحرم من أجر وثواب وصيته³.

¹ خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 83-84.

² جاء في المغني: "وأما المحجور عليه لسفه فإن وصيته تصح في قياس قول أحمد لأن وصيته تمخضت نفعا له من غير حذر فصحت كعباداته". موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، الجزء 6، ص 102؛ وفي الخرشي: "صح إيصاء مميز مالك وإن سفيها وصغيرا لأن الحجر عليهما لحق غيرهما". محمد الخرشي أبو عبد الله علي العدوي، مرجع سابق، الجزء 8، ص 168؛ وفي المهذب: "إن كان صبيا مميزا (سفيها) ففي جواز وصيته قولان: - أحدهما: لا تجوز، وبه قال أبو حنيفة لارتفاع القلم عنه كالمجنون.

- والثاني: تصح وبه قال مالك، لأنه إنما منع من التصرف خوفا من إضاعة المال وليس في الوصية إضاعة للمال فإن عاش فهو على ملكه وإن مات لم يحتج إلى غير الثواب ولقد حصل له ذلك بالوصية. أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب للشيرازي، مرجع سابق، الجزء 16، ص 387-388.

³ محمد إبراهيم الزلمي، مرجع سابق، ص 180-181.

على صعيد القانون في هذه المسألة لا يصح وقف الصبي مميزا كان أو غير مميز ولا وقف السفية لأنه ممنوع من التصرفات المالية¹، فقد نص المشرع الجزائري في المادة (2/10) من قانون الأوقاف على بطلان وقف المحجور عليه لسفه أو حجر أو دين²، كما نصت المادة (107) من قانون الأسرة على أن تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورهما، فقد أعطت حكما عاما يشمل السفية وغيره حيث اعتبرت تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة وقبل الحكم صحيحة إلا إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية، فأضافت شرطا آخر وهو انتشار وظهور سبب الحجر بالتصرف قبل صدور الحكم³، وعليه فإن عقود تبرعات كل من السفية وذوي الغفلة باطلة بعد الحجر عليهما.

وقد تبني المشرع الجزائري التقسيم الثنائي للبطلان، حيث جاء في نص المادة (83) من قانون الأسرة عبارة القابلية للإبطال، ويقصد به البطلان النسبي في حالة تخلف شرط من شروط صحة التصرف حسب نصوص المواد (99) و(100) و(101) من القانون المدني على أن حق التمسك بهذا الإبطال مقرر لناقص الأهلية باعتباره أحد طرفي التصرف، وليس للغير التمسك به، وليس للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها⁴.

ويرتب التصرف جميع آثاره قبل إبطاله إذا ما تقرر بطلانه يعود الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، وإذا كان ذلك مستحيلا جاز الحكم بالتعويض حسب المادة (103) من القانون المدني ولا يلزم ناقص الأهلية إلا برد ما عاد عليه من منفعة فقط بسبب تنفيذ العقد، أما الحكمة من تقرير دعوى إبطال التصرف هو حماية ناقص الأهلية، وكذلك من أجل تنبيه المتعاقد الآخر⁵، فقد منح المشرع الجزائري للسفيه وذوي الغفلة مدة (05) سنوات لأعمال هذا

¹ أوان عبد الله الفيضي، مرجع سابق، ص 260.

² تنص المادة (10) من قانون الأوقاف (10/91) على أنه: يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي:

1/ أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا.

2/ أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين.

³ بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 109.

⁴ محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، مرجع سابق، ص 42.

⁵ المرجع نفسه، ص 45.

الحق في الإبطال، ابتداء من زوال سبب الحجر حسب نص المادة (101) من القانون المدني على الرغم من أن القانون المدني الجزائري لم يتضمن نصا صريحا يبين فيه الشخص الذي يثبت له الحق في الإجازة على غرار المشرع المصري.

ومنه ناقص الأهلية والمقصود بهم الصبي المميز، والسفيه وذو الغفلة، فتبرعاته باطلة، والسبب أنها ضارة بالنسبة إليه ضررا محضا، فهي تفقر جانبه، سواء أكان ناقص الأهلية صبيا مميزا أو سفيها أو ذا غفلة، لأنه يلحق بالصبي المميز السفيه وذو الغفلة فكلهم ناقصو الأهلية بنص المادة (43) من القانون المدني الجزائري؛ فإذا أقدموا على التبرع يكون باطلا، لأن تصرفهم هذا ضارا بهم ضررا محضا¹.

المطلب الثاني

انعدام الأهلية وأثره على عقود التبرعات

الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه كل هؤلاء عديمو التمييز²، فبالتالي هم عديمو الإرادة، لأن مبنى الإرادة على العقل والتمييز، وهؤلاء هم فاقدوهما، فبالتالي لا إرادة لهم، وعليه فهم عديمو الأهلية لإبرام أي عقد، لأن الإرادة أو الرضا أساس العقود والتصرفات.

الفرع الأول/ أحكام عقود التبرعات الصادرة من الصبي غير المميز

بمجرد أن يولد الإنسان حيا تثبت له الشخصية القانونية، وتصبح أهلية الوجوب لديه كاملة، فيستحق نصيبه من الإرث ويمتلك كل ما يوهب له أو يوصى له به، أو يوقف عليه وينسب لأبيه متى توفرت الشروط القانونية.

تبدأ هذه المرحلة في القانون الجزائري بالميلاد وتنتهي ببلوغ الطفل (13) سنة، ويسمى الصبي في هذه المرحلة بغير المميز أي أنه فاقد التمييز، فلا تكون له أهلية أداء مطلقا، فهو عديم الأهلية.

¹ خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 83 - 84.

² إن تقدير كون الشخص مميز أو غير مميز مسألة موضوعية يترك أمرها لقاضي الموضوع. يراجع: حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الخطأ)، تنقيح وطبع محمد سعيد الرحو، عمان، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، 2006، ص 130.

فتكون له أهلية الوجوب منذ الولادة فتجب له الحقوق من قبل غيره، وفي هذه المرحلة ليس للصغير غير المميز عبارة معتبرة، فجميع أقواله لا ينشأ عنها أي عقد، وإنما الذي يتصرف عنه وليه أو وصيه¹.

فالطفل منذ ولادته إلى أن يبلغ سن التمييز لا تثبت له أهلية أداء كاملة ولا قاصرة أي ناقصة، لأنه فاقد الوعي، فيظل الطفل في هذه المرحلة الزمنية من عمره فاقدا أهلية الأداء، لأنها تؤهله لتصرفات شرعية وقانونية تعتمد التعقل، والطفل لا يعي هذه التصرفات أصلا في بداية هذه المرحلة، ولا يفهمها فهما كافيا في أواخرها، وقد نصت المادة (2/42) من القانون المدني بما يلي: "يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة (13) سنة"².

وقبل تعديل القانون المدني بموجب القانون (10/05) المؤرخ في 20/06/2005 كان سن التمييز هو (16) سنة، وهو أمر محل انتقاد من شراح القانون المدني على اعتبار أن سن (16) سنة متأخرة جدا مقارنة بالسن التي قررها الفقهاء المسلمون، وكذلك القوانين المقارنة والطب أيضا، وفرضه التطور التكنولوجي المتسارع ولأجل ذلك كان الأمر محل مراجعة من قبل المشرع الجزائري سنة (2005)³.

ونظرا لكون الطفل غير المميز فاقدا لأهلية الأداء، وعقله قاصر عن فهم الخطاب، فإن تصرفاته تلحق بالعدم، بأن تكون باطلة لا يترتب عليها أي أثر لأن عباراته غير معتبرة شرعا وقانونا، حتى لو كانت نافعة له نفعا محضا، وهي بذلك لا تصححها الإجازة⁴، ويقوم مقامه في مباشرة تصرفاته من ينوب عنه شرعا من ولي أو وصي⁵.

وعليه بالنسبة للصبي غير المميز ومن في حكمه نصت المادة (1/42) من القانون

¹ محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص 86.

² القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

³ محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية)، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2017/2018، ص 34.

⁴ تنص المادة (102) من القانون المدني الجزائري على أنه: "... لا يزول البطلان بالإجازة...."، المصدر السابق.

⁵ تنص المادة (81) من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون"، مصدر سابق.

المدني على أنه: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون"¹، ونصت المادة (82) من قانون الأسرة على حكم تصرفاته فقضت بأن: "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة (42) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة"²، وطبقا لنص هذه المادة تعتبر جميع تصرفاته باطلة حتى ولو كانت نافعة له نفعا محضا كقبول الهبة³.

لقد اتفق الفقهاء على بطلان وصية الصبي غير المميز لأن عباراته ملغاة لا يعتمد بما تدل عليه⁴، فلا يصح منه تصرف سواء أكان نافعا نفعا محضا، أو محتملا للضرر والنفع⁵، ويشترط في الواقف أن يكون بالغاً، ويبنى على هذا الشرط أن وقف الصغير غير صحيح سواء أكان غير مميز أو مميزاً وسواء كان المميز مأذوناً له أو لا، وسبب ذلك أن الصبي إن كان غير مميز فصحة التصرفات تبني على التمييز وهو غير أهل لها، ومن له الولاية على ماله لا يملك التبرع بشيء منه فلا يملك الإذن لأن الولاية المتعدية فرع عن الولاية القاصرة.

وقال بعضهم: إن الصبي إن كان مميزاً فوقفه صحيح متى كان بإذن القاضي، ولعل صاحب هذا القول نظر إلى أن القاضي لا يأذن إلا إذا كانت هناك منفعة له بأن يقف على نفسه أولاً ثم لذريته ثم للفقراء، إذا في هذه الحالة يكون حفظ أمواله من التبدد مع حفظ منفعتها له ولذريته⁶.

وجاء في القانون أنه لا يصح وقف الصبي مميزاً كان أو غير مميز ولا وقف السفية لأنه ممنوع من التصرفات المالية⁷، ولو بإذن وليه لأن الولي لا يملك ذلك لخطورة التبرع حسب ما نصت عليه المادة (30) من قانون الأوقاف (10/91) على أن: "وقف الصبي غير صحيح

¹ القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

² قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

³ وتقابلها المادة (110) من القانون المدني المصري بأنه: "ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة"، مصدر سابق.

⁴ عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 282.

⁵ محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، القاهرة، دار الفكر العربي، طبعة 1988، ص 64.

⁶ محمد زيد الأبياني بك، مباحث الوقف، ص 12.

⁷ أوان عبد الله الفيضي، مرجع سابق، ص 260.

مطلقا سواء أكان مميزا أو غير مميز ولو أذن بذلك الوصي"¹، لأن الصبي ليس في حقه التصرف في ملكه بالتبرع²، ويشترط في الواقف أن يكون راشدا أي أنه بلغ سن الرشد (19) سنة كاملة³.

هذا، وقد حدد القانون الجزائري سن التمييز للشخص بثلاث عشرة سنة (13)، وذلك في المادة (42) من القانون المدني: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة"⁴، وفي المادة (82) من قانون الأسرة على أن: "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة (42) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة"⁵، والمقصود ببطان جميع تصرفات الصبي غير المميز اعتبارها منعدمة كأن لم تكن، بحيث يكون لكل ذي مصلحة سواء أكان هو الصغير نفسه بعد اكتمال أهليته أم الولي أم الوصي أم من تعاقد مع الصغير غير المميز التمسك بالبطان، ويجب على المحكمة أيضا القضاء بالبطان من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به أحد من ذوي الشأن⁶، طبقا لنص المادة (81) من قانون الأسرة التي نصت على أن: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون"⁷، وإذا مات الوهاب أو فقد أهليته قبل أن يرتبط إيجابه بالقبول من الموهوب له، فإن الهبة لا تتم وكذلك الحال إذا مات الموهوب له أو فقد أهليته قبل أن يصدر منه القبول، لأن الإيجاب لم يلاق شخصا يقبله، إذ أن الهبة أمر خاص بالموهوب له فلا يحل ورثته محله في القبول⁸.

¹ القانون رقم (10/91) المتعلق بالأوقاف، مصدر سابق.

² عبد الرزاق بوضياف، إدارة أموال الوقف وسبل استثمارها في الفقه الإسلامي والقانون (دراسة مقارنة)، عين مليلة- الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2010، ص 154.

³ وهذا ما نصت عليه المادة (1/40) من القانون المدني الجزائري: "... وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"، مصدر سابق.

⁴ القانون المدني الجزائري، المصدر السابق.

⁵ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

⁶ بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 52.

⁷ قانون الأسرة الجزائري، المصدر السابق.

⁸ محمد يوسف عمرو، مرجع سابق، ص 230.

وعليه فإن جميع تصرفات الصبي غير المميز تقع باطلة ولو كانت نافعة له نفعاً محضاً كقبول الهبة مثلاً، لانعدام التمييز والإدراك عنده فهو معدوم الأهلية¹.

الفرع الثاني/ أحكام عقود التبرعات الصادرة من المجنون والمعتوه

ألحقت المادة (42) من القانون المدني حكم كل من المجنون والمعتوه بحكم الصبي غير المميز عندما نصت على: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون"²، فيعتبر المجنون والمعتوه عديمي الأهلية وحكهما في ذلك حكم الصغير غير المميز³، فalcته هو ضعف العقل من غير جنون، وهو آفة توجب خلافاً في العقل، هذه الآفة تجعل الإنسان مختلط الكلام فبعض كلامه كلام العقلاء، وبعضه كلام المجانين، فأصل العقل موجود عند المعتوه بخلاف المجنون، لكن طراً على عقله ما ينقص من ملكاته الذهنية كالإدراك والتمييز⁴، وقد اختلف الفقهاء المسلمون في حكم تصرفات المعتوه⁵.

الجنون الذي يعد عارضاً من عوارض الأهلية هو الجنون الطارئ الذي يصاب به

¹ بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 52-99.

² القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

³ كمال حمدي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 199-200.

⁴ ندى سالم حمدون ملا علو، مرجع سابق، ص 113-114.

⁵ كان للفقهاء المسلمين في هذه المسألة ثلاثة آراء:

- الرأي الأول: ذهب المالكية والشافعية والحنابلة، إلى أن الجنون والعته شيء واحد ولا فرق بينهما في الأحكام، لأنهم فسروا العته بالجنون، فكلاهما آفة تصيب العقل، وبناء على ذلك فإن تصرفات المعتوه تكون أيضاً باطلة مثل تصرفات المجنون.

الرأي الثاني: ذهب الحنفية إلى التفريق بين الجنون والعته لأن الجنون يزيل العقل، والعته آفة تصيب العقل تؤدي إلى نقصه مع بقاء أصله، لذلك فإن حكم المعتوه هو حكم الصبي المميز والعته يشبه آخر أحوال الصبا في وجود أصل العقل مع نقص فيه، لذلك فإن تصرفاته النافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة تكون صحيحة من غير توقف على إجازة الولي، وتصرفاته الضارة ضرراً محضاً كالتبرع تكون باطلة وإن أذن الولي بها، أما تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر فتحتاج إلى إذن الولي. يراجع: ندى سالم حمدون ملا علو، المرجع السابق، ص 114؛ جمعة سمحان الهلباوي، مرجع سابق، ص 33؛ علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني أبو الحسن برهان الدين، مرجع سابق، ص 277.

- الرأي الثالث: ذهب جانب من فقهاء الشريعة المحدثين إلى أن: "تجعل الحكم في تصرفات المعتوه من ناحية الصحة والبطالان تبعاً لحالته العقلية ومقدار إدراكه، فإن كان في هذا كالصبي المميز، أخذ حكمه، وإن كان دونه، كان حكمه حكم الصبي غير المميز. يراجع: محمد يوسف موسى، الفقه الإسلامي، مصر، دار الكتاب العربي، الطبعة 3، 1958، ص 231.

الشخص بعد بلوغه سن الرشد، أما الجنون الذي يصيب الإنسان قبل بلوغ سن الرشد فلا يعد عارضا من عوارض الأهلية؛ لأن الإنسان المصاب به لم تكتمل له أهلية أداء أو حتى أهلية أداء ناقصة بل يتمتع بأهلية وجوب فقط¹.

وحكم تصرفات المجنون، باطلة باتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية²، قال الكاساني: "أما المجنون فلا تصح منه التصرفات القولية كلها..."³، فالمجنون يمنع من التصرفات الشرعية ويعد محجورا لذاته، ويتولى وليه إدارة شؤونه وأمواله، فإذا قام المجنون بأي تصرف كالبيع أو الهبة أو غيرهما فإنها تعد باطلة، ولا يحق للولي إجازتها لأن المجنون يأخذ حكم الصبي غير المميز، فلا تصح تصرفاته كافة سواء كانت نافعة نفعا محضا أم ضارة ضررا محضا، أم دائرة بين النفع والضرر⁴.

بناء عليه، إن كل تبرع يقع من هؤلاء الثلاثة: الصبي غير المميز، المجنون والمعتوه، فهو باطل، لأن القاعدة أن كل تصرفاتهم باطلة⁵، فلا تصح وصية المجنون والمعتوه، ولا تصح وصية الصبي غير المميز والمميز⁶، فهؤلاء ليسوا أهلا للتبرع، لأن التبرع من التصرفات الضارة ضررا محضا، كما أن الوصية باعتبارها من التصرفات غير اللازمة فيشترط لدوامها ما يشترط لابتدائها، ولذلك يشترط بقاء الموصي أهلا للتصرف حتى يموت وهو مصر على وصيته فإذا طرأ عليه ما يفقده أهلية التصرف ومات على ذلك بطلت وصيته⁷، أما فقهاء

¹ أحمد فوزي أبو عقيل، بحث بعنوان عوارض الأهلية دراسة موازنة في القانون الفلسطيني والقانون المصري، برنامج الماجستير، قسم القانون الخاص، جامعة الأزهر بغزة، يناير 2012، ص 4.

² فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، مرجع سابق، ص 191؛ أحمد بن أحمد المختار الجيني الشنقيطي، مواهب الجليل من أدلة خليل، مراجعة عبد الله إبراهيم الأنصاري، قطر، إحياء التراث الإسلامي، الجزء 3، 1407هـ/1986م، ص 382؛ سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري المعروف بالجمل، حاشية الجمل على شرح المنهج، دار الفكر، دون طبعة، الجزء 3، دون سنة نشر، ص 336؛ إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح، المبدع في شرح المقنع، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة 1، الجزء 4، 1418هـ/1997م، ص 303-304.

³ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، مرجع سابق، ص 87.

⁴ ندى سالم حمدون ملا علو، مرجع سابق، ص 104-105.

⁵ خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 82-83.

⁶ عبد المالك رايح، مرجع سابق، ص 28.

⁷ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، مرجع سابق، ص 191.

المالكية والحنابلة فأجازوا وصية المميز (وهو ابن عشر سنين) دون غير المميز (عديم التمييز)، لأن الخليفة "عثمان بن عفان" رضي الله عنه أجاز وصية غلام ابن إحدى عشرة سنة¹، ولأنه لا ضرر على الصبي في جواز وصيته، لأن المال سيبقى في ملكه حال حياته.

هذا وقد اتفق فقهاء الشريعة على عدم صحة وصية المجنون حال جنونه ووصية الصبي غير المميز ومن في حكمهما، ولكنهم اختلفوا فيما إذا أنشأ الموصي وصيته، وهو في حال كمال الأهلية ثم فقد الأهلية بعارض من عوارضها كالجنون والعته على الوجه التالي:

1- قال جمهور الفقهاء: إن زوال أهلية الموصي لا يؤثر على صحته إذا أنشأها وهو كامل الأهلية قياساً على سائر تصرفاته من الوقف والهبة والبيع والإجارة وغيرهما.

2- وقال فقهاء الحنفية ومن هذا حذوهم: إن الوصية تصرف غير لازم، فلا تصبح لازمة ونافذة إلا بعد وفاة الموصي وقبول الموصى له إن كان أهلاً للقبول.

وكل تصرف غير لازم يشترط في بقاءه ما يشترط في إنشائه، ومادام الجنون العارض وما في حكمه مانعاً من إنشاء الوصية فهو مانع أيضاً من استمرار صحتها وبقائها إذا طرأ بعد إنشائها وكان هذا الجنون مطبقاً سواء اتصل بموت الموصي أم حصلت إفاقة قبل الوفاة².

فإذا طرأ الجنون على الموصي بطلت وصيته، لأن الوصية تصرف غير لازم في حياة الموصي، يجوز له الرجوع عنه في أي وقت شاء، والتصرف غير اللازم يكون لبقائه حكم إنشائه، وطروء الجنون على الموصي قد حال بينه وبين إرادة بقاء الوصية مستمرة³، لأنه كان للموصي حق الرجوع عن وصيته واحتمال رجوعه لو لم يكن فقدان الأهلية قائماً، ولذلك تعتبر باطلة إذا فقد أهليته بعد إنشائها⁴.

كما أن هبته باطلة، وذلك إذا صدرت بعد تسجيل قرار الحجر، فالعبرة بحالة الجنون أو

¹ عمر بن علي بن أحمد الأنصاري ابن الملقن سراج الدين أبو حفص، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، تخريج أبي صافية مجدي بن السيد وأبي محمد عبد الله بن سليمان، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الطبعة 1، الجزء 7، 1425هـ/2006م، ص 286.

² الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الحنفية، تحقيق محمود مطرجي، بيروت - لبنان، دار الفكر، الطبعة الأولى، الجزء 6، 1441هـ/2019م، ص 127.

³ أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 186.

⁴ محمد إبراهيم الزلمي، مرجع سابق، ص 180.

عدمها وقت التصرف¹، وهذا ما أكدته المحكمة العليا باعتبارها الهيئة الوحيدة لمراقبة تطبيق القانون في قرار لها، حيث أن حكم صحة الهبة حسب حالة الواهب وقت التصرف ونص القرار على أن: "الادعاء بعدم تمتع الواهب بقواه العقلية وقت التصرف، وجوب البث في الدفع بإثباته أو نفيه"، فينتضح من خلال القرار أن العبرة بحالة الشخص العقلية تكون وقت التصرف وليس بعده².

ويعتبر الجنون والعتة واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات، وللمحكمة أن ترجع بذلك للخبرة الطبية ولشهود الحال وتأثير ذلك كله على تصرفات الشخص المالية، ومن ثم إذا أقامت حكمها على وجود حالة جنون أو عته؛ فإن ذلك مما يستقل به قاضي الموضوع، فإذا أصيب الشخص بالجنون أو العته؛ فإن أهليته تكون معدومة؛ وبالتالي فإن تصرفاته القانونية تكون باطلة، وذلك ما تقتضيه القواعد العامة والتي تربط صحة التصرف بالإدراك والتمييز، وتبطله إذا انعدم الإدراك والتمييز³، هذا ونصت المادة (114) من القانون المدني المصري أنه:

1/ يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر.

2/ أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها⁴، إلا أن المادة (85) من قانون الأسرة الجزائري لم تحسم أمر تصرفات المجنون والمعتوه كما فعل القانون المدني الجزائري، بل زادت الأمر لبسا حين جمعت بينهما والسفيه الذي هو في الحقيقة ناقص الأهلية، فقد نصت أنه: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه"⁵، وأحالت المادة (79) من القانون المدني على قانون الأسرة فيما يخص قواعد الأهلية فنصت أنه: "تسري على القصر والمحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو

¹ منصور نورة، مرجع سابق، ص 26.

² قرار رقم (31833) بتاريخ 1984/10/22، المجلة القضائية، العدد 3، 1989، ص 65، عن جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، الجزء 1، ص 294.

³ أحمد فوزي أبو عقيلين، مرجع سابق، ص 8-9.

⁴ القانون المدني المصري، مصدر سابق.

⁵ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

ناقصيتها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة¹.

إذن اللبس واقع بين القانون المدني الجزائري وقانون الأسرة الجزائري فيما يخص قواعد الأهلية وأحكامها، وإذا اكتفينا بنص المادتين (42) من القانون المدني و(82) من قانون الأسرة فإن حكم المجنون والمعتوه كحكم الصبي غير المميز، كل هؤلاء فاقدو التمييز، وتصرفاتهم تقع باطلا.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري يشترط في الواقف أي المتبرع أن يكون لديه (19) سنة كاملة، وإلا كان تصرفه باطلا بطلانا مطلقا، وهو ما أكدته المشرع الجزائري في المادة (30) من القانون (10/91) التي نصت على أن: "وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا أو غير مميز، ولو أذن بذلك الوصي"²، أما مدونة الأوقاف المغربية فقد نصت في المادة (5) على أنه: "يجب أن يكون الواقف متمتع بأهلية التبرع، أن يكون مالكا للمال الموقوف، وله مطلق التصرف فيه، وإلا كان عقد الوقف باطلا"³، لذلك نستنتج أن المجنون والمعتوه في حكم الصبي غير المميز فيعتبر الوقف الصادر منه باطلا. لأن صحة التصرف تبنى على التمييز وهو غير مميز ومثله المعتوه لأن الوقف من التصرفات الضارة إذ هو من قبيل التبرعات وهو ليس من أهلها، والمعتوه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون⁴، ولا تمييز للمجنون إلا إذا كان الجنون غير مطبق، صح الوقف عند الإفاقة وتتمام العقل بلا أثر لطروء الجنون بعد ذلك⁵، ووجه ذلك أن المجنون ومن ألحقه الفقهاء بحكمه لا أهلية له على التصرف بعقد من العقود، بالإضافة إلى عدم اعتبار عباراته، إذ هي لاغية كون العقل من مقومات المعاملة والتصرف⁶.

وبما أن الجنون والعته سبب من أسباب توقيع الحجر الذي يمنع من إبرام التصرفات

¹ القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

² القانون رقم (10/91) المتعلق بالأوقاف، مصدر سابق.

³ ظهير شريف رقم (1.09.236) صادر في 23 فبراير 2010، يتعلق بمدونة الأوقاف، الجريدة الرسمية العدد رقم (5847) الصادرة بتاريخ 14 يونيو 2010.

⁴ محمد زيد الأبياني بك، مرجع سابق، ص 12.

⁵ أوان عبد الله الفيضي، مرجع سابق، ص 260.

⁶ منذر عبد الكريم القضاة، مرجع سابق، ص 71.

القانونية، وبالرجوع إلى نص المادة (107) من قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري فرق بين تصرفات المحجور عليه قبل الحجر وبعده كما سيأتي:

أولاً/ حكم عقود التبرعات الصادرة من المجنون والمعتوه قبل الحجر

اعتبر الفقه الإسلامي أن تصرفات المجنون والمعتوه باطلة ولا أثر لها سواء أكانت التصرفات نافعة محضاً أو ضارة ضرراً محضاً أو دائرة بين النفع والضرر، وسواء تمت إجازتها من قبل القاضي أو القيم، ذلك لأن التصرفات القولية مناطها الإدراك والتمييز، كما أن أهلية الأداء تعتبر شرطاً في إجازة التصرف، والمجنون والمعتوه لا يتمتعان لا بالإدراك والتمييز ولا بهذه الأهلية.

لكن الفقهاء فرقوا بين الجنون المطبق والجنون المتقطع، ففي وقت الجنون المطبق يكون المجنون كالصبي غير المميز، فلا تعتبر تبرعاته كالصدقة والهبة وتبطل جميع عقودة وتصرفاته كالبيع والشراء، أما في وقت الإفاقة التامة يكون المصاب كامل العقل والتمييز، فتعتبر تصرفاته صحيحة نافذة، وإن كانت إفاقته غير تامة بأن يعقل بعض الأشياء فقط فتعد تصرفاته موقوفة على إجازة وليه إن كانت تدور بين النفع والضرر، وباطلة إذا كانت ضارة ونافاذة إذا كانت نافعة.

كما فرقوا أيضاً بين العته الشديد (التام)، والعته غير الخفيف (غير تام)، فإذا كان العته شديداً، والمعتوه غير مميز، فيأخذ حكم المجنون والصغير غير المميز، وتعتبر تصرفاته باطلة وقد ألق الفقهاء العته بالجنون. أما إذا كان العته خفيفاً والمعتوه مميزاً فهو كالصبي المميز فتصرفه الضار يكون باطل، والنافع يكون صحيحاً، والدائر بين النفع والضرر يكون موقوفاً على إجازة وليه¹، فذهب "الإمام أبو زهرة" إلى اعتبار أن المعتوه لا يكون إلا مميزاً، لأنه إذا كان غير مميز شيئاً، فإنه يكون مجنوناً وليس معتوهاً².

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة (107) من قانون الأسرة على أنه: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية

¹ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، الجزء 5، ص 437-438.

² محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 441.

وقت صدورها"، ونصت أيضا المادة (42) من القانون المدني على أنه: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشر سنة"¹.

ونفهم من هذه المواد أن المشرع الجزائري لم يأخذ بأحكام الفقهاء الشريعة الإسلامية، فمن خلال المادة (107) من قانون الأسرة فرق بين تصرفات المحجور عليه قبل الحكم بالحجر وبعد الحكم عليه، واعتبر تصرفات المجنون والمعتوه قبل الحكم بالحجر صحيحة ولا تقع باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، فتكون باطلة بطلانا مطلقا²، كما لم يفرق بين حالة الجنون المطلق والمتقطع وحالة العته التام وغير التام، كما سوى بين المجنون والمعتوه، واعتبر تصرفات المجنون أو المعتوه قبل صدور الحكم بالحجر عليه صحيحة في الأصل ولا تقع باطلة على الرغم من انعدام الإرادة والتمييز من أجل حماية الغير حسن النية ومن أجل استقرار المعاملات.

لكن المشرع وضع شرطا آخر أن لا تكون أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدور التصرفات، أما إذا كان عكس ذلك كأن تكون حالة الجنون والعته شائعة وقت التعاقد أو كان الغير (الطرف الآخر) على علم بحالة الجنون أو العته (سيء النية) أو كان بإمكانه العلم بها، ففي هذه الحالة الأمر يختلف فتكون التصرفات باطلة ولا أثر لها.

وهذا ما ذهبت إليه غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بالمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2002/06/05 والتي قررت أنه: "لا يمكن الحكم على التصرفات القانونية الواقعة قبل الحجر على المريض إلا إذا أثبتت الخبرة بأن المرض كان متفشيا وظاهرا"³، وجاء في حيثياته ما يلي: ولما كانت هذه الخبرة لا تبين بصفة قطعية تاريخ فقدان المفحوص لقوة الإدراك، ولم تبين حتى نوع المرض بصفة واضحة حتى يكيف قانونا هل هو جنون أم عته أم سفه أم غفلة، ولما لم يثبت بدليل آخر أن المرض الذي اعترض المفحوص كان ظاهرا فاشيا قبل توقيع

¹ القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

² أحمد نصر الجندى، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص 262.

³ قرار رقم (230962) بتاريخ 2002/06/05، المجلة القضائية لسنة 2003، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، العدد 2، 2005، ص 296 إلى 299.

الحجر، ولما كان شرط تأثير المرض على التصرفات القانونية للمريض قبل توقيع الحجر عليه أن يكون ظاهرا أو فاشيا أو يثبت بوسائل علمية قطعية، ولما لم يتوفر الشرطان فإنه لا يمكن الحكم على التصرفات القانونية للمريض الواقعة قبل توقيع الحجر عليه، وبذلك يكون القرار المطعون فيه غير مؤسس.

وتبطل وصية المجنون والمعتوه لأن القانون الجزائري يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا تسع عشرة سنة، فلا تصح وصية المجنون والمعتوه؛ لأنه لا إرادة لهما، وإذا كان العقل شرط لصحة الوصية عند إنشائها فهو شرط أيضا لبقائها¹.

وبالنسبة للهبة فيشترط كذلك أن يكون الواهب سليم العقل بالغا تسع عشرة سنة، وأن لا يكون محجورا عليه².

أما فيما يخص الوقف فيشترط في الواقف أن يكون أهلا للتبرع، ويقصد بالأهلية هنا قدرة الشخص على القيام بالتصرف، لذلك يجب أن يكون الواقف عاقلا راشدا بالغا حرا في الاختيار وأن لا يكون محجورا عليه، وهذه الشروط لا بد من توفرها في الواقف لأنه مقدم على تصرف يتعلق بالملكية ومن ثم انتقالها للموقوف عليهم للانتفاع من ريعها، ولكون الوقف من التبرعات فيشترط في الواقف لصحة تصرفه بالوقف توفر شرط العقل، فمن المقرر شرعا وقانونا عدم صحة وقف المجنون والمعتوه، لأنه لا أهلية لهما على التصرف بعقد العقود، ويلحق بهما كل من اعتراه خلل في عقله لأي سبب من الأسباب³، وهذا ما نصت عليه المادة (31) من القانون رقم (10/91) المتعلق بالأوقاف والتي تنص على أنه: "لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرفا يتوقف على أهلية التسيير أما صاحب الجنون المتقطع فيصح وقفه أثناء إفاقته وتماثل عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية"⁴.

¹ المادة (186) من قانون الأسرة تنص على أنه: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل"، مصدر سابق.

² المادة (203) من قانون الأسرة تنص على أنه: "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغا تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه"، المصدر السابق.

³ عبد الرزاق بوضياف، مرجع سابق، ص 153.

⁴ القانون رقم (10/91) المتعلق بالأوقاف، مصدر سابق.

ما نلاحظه أن المشرع الجزائري أخذ بالتمييز المعروف في الفقه الإسلامي بين ما يسمى الجنون المطبق والجنون المتقطع في قانون الأوقاف ولم يأخذ به في قانون الأسرة والقانون المدني على غرار نظيره المصري¹ ويرجع السبب في ذلك لخطورة مثل هذه التصرفات لا سيما إذا كان محلها عقارات، لهذا اشترط المشرع فيها الأهلية الكاملة.

لكن ليس من السهل معرفة متى كان الشخص في حالة جنون، ومتى كان في حالة إفاقة في حالة الجنون المتقطع، ومن جهة أخرى يخالف نص المادة (42) من القانون المدني، وهذا ما قرره أيضا الفقه الإسلامي، وقد الحق الفقهاء بالجنون والعتة، الإغماء والنوم، فكلها عوارض أهلية سماوية، فلا يحق بالتالي لكل من يتصف بهذه الحالات أو الصفات، من أن يوقف مادام متلبسا بها، وقد شبه الحنفية المعتوه بالصبي المميز، في حين شبهوا المجنون بالصبي غير المميز، لأن الجنون هو اختلال في العقل²، واستدل الفقهاء بالحديث النبوي الشريف في قوله صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يعقل"³.

ثانيا/ حكم عقود التبرعات الصادرة من المجنون والمعتوه بعد الحجر

حسب نص المادة (107) من قانون الأسرة الجزائري تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم بالحجر باطلة، ويقصد بذلك تصرفات المجنون والمعتوه دون السفه وذو الغفلة والبطلان المقصود هنا هو البطلان المطلق، لأن المجنون والمعتوه عديما الأهلية، وكل تصرفاتهما تقع بعد الحجر باطلة⁴، سواء كان التصرف نافعا نفعا محضا أو ضارا ضررا محضا أو دائرة بين النفع والضرر، وسواء أكان التصرف قد صدر في فترة من فترات الجنون أو فترة من فترات الإفاقة ونفس الشيء بالنسبة للمعتوه.

وهذا البطلان من النظام العام ويجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه ولم يثره الخصوم

¹ محمد سعيد جعفر، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 71.

² عبد المالك رابح، مرجع سابق، ص 214-215.

³ أبو داود سليمان بن الأشعث السخستاني، مرجع سابق، ص 244.

⁴ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 7، 2006، ص 55.

وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو للمرة الأولى أمام المحكمة العليا¹، إلا أن هناك من يرى أن هذا البطلان هو بطلان نسبي² على أن من تعامل مع المحجور عليه، لا يجوز له أن يحتج به بعد الإعلام به.

على الرغم من أن نص المادة (107) من قانون الأسرة لم يبين نوع البطلان، غير أن الغالبية ترى أنه بطلان مطلق قياسا على نص المادة (42) من القانون المدني التي نصت أنه: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون ويعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة"³، فقد ذهبت المحكمة العليا في هذا الصدد أنه: "من المقرر قانون أن التصرفات التي يقوم بها المحجور عليه تعتبر باطلة بطلانا مطلقا"، وجاء في الحثيات أنه متى تبين في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بإبطال عقد الشهرة على اعتبار أن الواهب كان محجورا عليه ولا يجوز له إبرام التصرفات القانونية فإن القضاء بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا سليما⁴.

وما يلاحظ على المادة (107) من قانون الأسرة إضافة لما سبق أنها لم تبين تاريخ سريان البطلان هل يكون من تاريخ الحكم بالحجر أم من تاريخ نشر الحكم؟.

فطبيقا لنص المادة (106) من نفس القانون التي أكدت على أنه يجب نشر الحكم من أجل إعلام الغير ومن أجل استقرار المعاملات، وعليه فهو يسري من تاريخ نشر الحكم بالحجر لأنه هو المنشئ⁵، كما يعتبر قرينة على علم الغير والحكم بالحجر قرينة على انعدام أهلية المجنون أو المعتوه.

كذلك وقع المشرع الجزائري في حالة تردد وازدواجية في اعتبار تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه فأورد عبارة غير نافذة، أما باللغة الفرنسية أورد عبارة البطلان "NUL" في المادة (85)

¹ لحسين بن الشيخ آت ملويا، المنتقي في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 602.

² الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 2005، ص 218.

³ القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

⁴ قرار رقم (181889) بتاريخ 1998/03/17، المجلة القضائية، العدد 2، 1998، ص 82، عن جمال سايس، الاجتهاد

القضائي في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، الجزء 2، ص 908.

⁵ الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص 218.

من قانون الأسرة: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه"، مع العلم أن عدم النفاذ والبطلان يختلفان فعدم النفاذ يعني أن التصرف صحيح لكنه لا ينفذ إلا بإجازة صاحب الشأن، أما البطلان فحكم التصرف يكون كأن لم يكن عديم الأثر والصحيح هو عبارة البطلان وللإشارة فقط فإن المشرع الجزائري أقر نظرية البطلان في القانون المدني.

وعليه يستخلص من نص هذه المادة (107) التي جاءت صياغتها ركيكة ورغم عموميتها أنها تخص تصرفات المجنون والمعتوه فقط دون السفيه وذو الغفلة على فرض أنهما ناقصي الأهلية، لذلك يجب تعديل نص المادة (107) للاعتبارين التاليين:

الأول/ لتعيين الأشخاص المقصودين بحكم هذا النص وهما المجنون والمعتوه فقط واستبعاد السفيه وذو الغفلة كونهما ناقصا الأهلية لا عديميها ولإلحاق ذي الغفلة بالسفيه.

الثاني/ التمييز الدقيق بين مرحلتي ما قبل تسجيل قرار الحجر على المجنون والمعتوه وما بعده وعليه فإن النص المقترح كتعديل تكون صياغته كالآتي: "يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر بعد تسجيل قرار الحجر أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا، إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينه منها¹.

وما يعاب على المشرع أيضا أنه اعتبر المجنون والمعتوه في نص المادة (42) من القانون المدني فاقد التمييز، والسفيه وذو الغفلة ناقصي الأهلية في نص المادة (43) من القانون المدني، ووضع لهم جميعا حكما واحدا عاما في نص المادة (107) من قانون الأسرة على الرغم من أن عديم الأهلية تكون تصرفاته باطلا أما ناقص الأهلية فتكون قابلة للإبطال ومن أجل كل ما سبق لابد من إجراء تعديل للمواد القانونية الخاصة بالأهلية في قانون الأسرة خاصة المتعلقة بالحجر وجعلها تتناسق وتتماشى مع مواد القانون المدني والفقه الإسلامي.

¹ محمد سعيد جعفر، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 71-

المبحث الثاني

بعض خصوصيات الأهلية في عقود التبرعات

تكتسي الأهلية في عقود التبرعات أهمية خاصة من حيث تأثيرها على طرفي العقد، حيث تعتبر الأهلية شرطاً يجب توفره في المتبرع سواء في عقد الوصية، الهبة أو الوقف، لكن ما يتعين البحث فيه هنا تخلف الأهلية بالنسبة للمتبرع له، ومدى كونها تعتبر ركناً أو شرطاً وجب توفره في الشخص المتبرع له (المطلب الأول)، بالإضافة إلى معرفة حكم عقود التبرعات الصادرة من المريض مرض الموت ومن في حكمه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تأثير عوارض الأهلية على أهلية الشخص المتبرع له في عقود التبرعات

تعتبر الأهلية شرطاً أساسياً لإبرام عقود التبرعات بالنسبة للشخص المتبرع سواء أكان الواهب، الموصي أو الواقف، وتخلف هذا الشرط يؤدي إلى إبطال عقد التبرع، غير أنه وجب معرفة حكم عقود التبرعات الصادرة لعديم التمييز وناقص الأهلية (الفرع الأول)، ومدى إمكانية إبرام عقود التبرعات للجنين (الفرع الثاني).

الفرع الأول/ عقود التبرعات الصادرة لعديم التمييز وناقص الأهلية

إذا كان المتبرع له عديم التمييز بأن كان صبياً لم يبلغ سن التمييز أو كان مجنوناً أو كان معتوهاً، فليس أهلاً للقبول، ولا لأي تصرف، ولكن إذا احتاج التبرع إلى قبول فيقبل عنه وليه أو وصيه أو القيم عليه، وإذا كان التبرع لا يتم إلا بالقبض قبضها عنه، وكل ذلك دون حاجة إلى إذن من المحكمة¹ فإذا وهب أحد شيئاً لطفل تتم الهبة فيقبض وليه ووصيه وإذا وهب شيء لصبي مميز تتم الهبة بقبضه إياها²، وقد نص على هذا القانون المدني العراقي حيث جاء في المادة (605) أنه: "إذا وهب شيء لصبي غير مميز قام مقامه وليه أو من هو في

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية الهبة والشراكة والقروض والدخل الدائم والصلح)، مرجع سابق، ص 103.

² طاهري حسين، مرجع سابق، ص 231.

حجره¹.

سبق الإشارة إلى أن بعض التشريعات قد نصت على أن هذه التبرعات إذا كانت مثقلة بحقوق، فمثل الوصي لا يقبلها إلا بعد إذن من المحكمة، وعلى سبيل المثال التشريع المغربي، فقد نصت المادة (271) من قانون الأسرة أنه: "لا يقوم الوصي أو المقدم بالتصرفات الآتية، إلا بعد الحصول على الإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين: ... قبول أو رفض التبرعات المثقلة بحقوق أو شروط؛ قرار القاضي بالترخيص بأحد هذه التصرفات يجب أن يكون معللاً"².

وتقابلها المادتان (205) و (225) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، حيث تنص المادة (205) منه أنه: "تحمل تصرفات الأب على السداد وخصوصا في الحالات الآتية: ... قبول التبرعات المشروعة لمصلحة ولده، إذا كانت خالية من التزامات ضارة"، وتنص المادة (225) منه على: "لا يجوز للوصي القيام بالأعمال التالية إلا بإذن من المحكمة: ... قبول التبرعات المقيدة بشرط أو رفضها"³.

وإذا كان المتبرع له قادرا على التمييز، بأن كان صبيا مميزا أو سفيها أو ذا غفلة، فقد استوفى بالتمييز أهليته لقبول الهبة وسائر التبرعات، وجاز له أن يقبلها وحده، وأن يقبضها، دون إذن الولي أو الوصي أو القيم ودون إذن المحكمة، لأنها نافعة له نفعاً محضاً. فإذا كانت مقترنة بشروط أو التزامات، فإن قبولها لا يكون إلا بإذن المحكمة، وهذا ما نصت عليه المادة (487) القانون المدني المصري بقولها:

1/ لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه.

2/ فإذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو وصيه، ناب عنه في قبول الهبة وقبض الشيء الموهوب.

¹ القانون المدني العراقي، مصدر سابق.

² مدونة الأسرة المغربية، مصدر سابق.

³ القانون الاتحادي رقم (28) لسنة 2005 في شأن الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، أبو ظبي، دائرة القضاء، الطبعة الثالثة، 2018.

ويقابلها الفصل (5) من القانون المدني المغربي الذي ينص أنه: "يجوز للقاصر ولناقص الأهلية أن يجلبا لنفسهما نفعا ولو بغير مساعدة الأب أو الوصي أو المقدم، بمعنى أنه يجوز لهما أن يقبلا الهبة أو أي تبرع آخر من شأنه أن يثريهما أو أن يبرئهما من التزام دون أن يحملهما أي تكليف"¹.

وزاد القانون المغربي أنه إذا تبرع على المحجور، يصح أن يشترط المتبرع أن يدير هو بنفسه المال المتبرع به فنصت المادة (239) من قانون الأسرة المغربي: "للأم ولكل متبرع أن يشترط عند تبرعه بمال على محجور، ممارسة النيابة القانونية في إدارة وتنمية المال الذي وقع التبرع به، ويكون هذا الشرط نافذ المفعول"².

أولا/ الهبة الصادرة للشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية

لم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على أهلية الموهوب له، ماعدا في المادة (203) والتي تتعلق بأهلية الواهب، ومادام المشرع لم يشترط في الموهوب له أهلية التعاقد بل يكفي أهلية التصرف، فإن الشروط التي يجب أن تتوفر في أهلية الموهوب له شرطان:

1/ يجب أن يكون الموهوب له موجود حقيقة أو حكما كالجنين في بطن أمه، فيكفي في الموهوب له أهلية التمييز، أما إذا كان عديم التمييز بأن كان صغيرا أو مجنونا أو معتوها، لا يكون أهلا لقبول الهبة بنفسه، ولكن يقبلها عنه وليه أو وصيه أو القيم³.

وفي هذا نصت المادة (210) من قانون الأسرة على: "يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله. وإذا كان قاصرا، أو محجورا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا"⁴، وفي حالة ما إذا كانت الهبة مقترنة بشرط، أو مثقلة بالتزامات معينة على الموهوب له، لم يجز للولي قبولها عن الصغير إلا بإذن من المحكمة، فإن هذه الالتزامات تأخذ حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فتتوقف على إقرار الولي أو الوصي⁵ عملا بنص المادة (83) من قانون الأسرة

¹ ظهير 9 رمضان 1331 بتاريخ (12 أغسطس 1913)، بمثابة قانون الالتزامات والعقود المغربي.

² مدونة الأسرة المغربية، مصدر سابق.

³ عبد المالك رابح، مرجع سابق، ص 97.

⁴ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

⁵ عبد المالك رابح، المرجع السابق، ص 97.

الجزائري.

(Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable)¹.

بالنسبة لأهلية الموهوب له، فقد اكتفى المشرع بوجود أهلية التمييز عند وجود العقد وعند قبول الهبة، لأنها من التصرفات النافعة نفعا محضا له، وبالتالي فإن فاقدي الأهلية -أي عديمي التمييز- كالمجنون والمعتوه، والسفيه لا تتوفر لديهم الأهلية اللازمة لقبول الهبة، لأنه ناقص الأهلية فينوب عنه الولي والهبة عقد لا بد فيه من إيجاب وقبول صريحين وسالمين، من ثم لا يصح منهم قبول الهبات بأنفسهم، وإنما اشترط المشرع أن ينوب عنهم أشخاص أهل لذلك كالوصي، القيم أو الولي².

ووفقا لأحكام الولاية على النفس والمال طبقا للمادة (81) من قانون الأسرة الجزائري التي تنص: "من كان فاقداً الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم، طبقا لأحكام هذا القانون"، وبحوز الشيء الموهوب بالنيابة عنه أيضا وليه أو وصيه أو القيم عليه حسب المادة (2/210) من قانون الأسرة الجزائري: "وإذا كان قاصرا أو محجورا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا"³.

فتجوز الهبة للحمل والقاصر والمحجور عليه حسب أحكام المواد (209) و(210) من قانون الأسرة الجزائري، فبالنسبة للحمل اشترطت المادة (209) أن يولد حيا فإذا ولد حيا نفذ العقد، وكذا الشأن بالنسبة للقاصر والمحجور عليه على أن يتولى الحيازة من ينوب عنهم قانونا⁴، حتى لو كان هو الواهب، يكون تعاقد الشخص مع نفسه جائزا في هذه الحالة⁵، فيعين

¹ Dernière modification du texte le 01 janvier 2016 - Document généré le 06 janvier 2016.

² منصوري نورة، مرجع سابق، ص 28.

³ قانون الأسرة الجزائري، المصدر السابق.

⁴ يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، الجزائر، دار هومة، الطبعة الثانية، 2013، ص 175-176.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية الهبة والشراكة والقروض والدخل الدائم والصلح)، مرجع سابق، ص 16.

على الحمل وصي سواء كان مختاراً أو عينته المحكمة يظل وصياً على الحمل حتى ولادته¹، أما والحال إذا كانت الهبة بمقابل أو مقترنة بالتزامات، فلا يملك الولي في هذه الحالة قبول الهبة إلا إذا أدنت له المحكمة بذلك، أما الوصي أو القيم فلا يجوز لهما القبول، أو الرفض إلا بعد الحصول على إذن من المحكمة².

أما بالنسبة للصبي المميز أو السفیه، أو ذي الغفلة ومتى توافرت لديهم أهلية التمييز باعتبارهم موهوباً لهم يحق لهم قبول الهبة دون حاجة إلى حصولهم على إذن من الولي أو القيم أو الوصي، ودون ترخيص من المحكمة³، لأنها من التصرفات النافعة له نفعاً محضاً، أما إذا اقترنت الهبة بشروط فإنها تأخذ حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فتتوقف صحتها في هذه الحالة حسب نص المادة (83) من قانون الأسرة الجزائري على إجازة الولي أو الوصي، أو إذن القاضي⁴، ولا يثور أي إشكال بالنسبة للموهوب له إذا كان بالغاً وراشداً، فإنه والحال هذه يكون كامل الأهلية، فيكون له حق مباشرة جميع التصرفات القانونية بما فيها قبول أو رفض الهبة، إلا إذا اعترضه عارض من عوارض الأهلية⁵.

ثانياً/ الوصية الصادرة للشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية

الوصية للصبي صحيحة وجائزة شرعاً⁶ على أن يكون الموصى له أهلاً للتملك، ويكون أهلاً للتملك بنفسه إن كان مكلفاً أو بوليّه إن كان صبيّاً أو مجنوناً أو نحوهما، وعليه تصح الوصية للعاقل والمجنون والكبير والصغير، حتى الجنين في بطن أمه.

بالنسبة للوصية لعديم الأهلية أو ناقصها، فالقاعدة العامة؛ أن ركن الوصية الوحيد هو الإيجاب ولا يحتاج الإيجاب في الوصية إلى قبول حتى يتحقق إبرامها وإلا كانت عقداً، أما

¹ أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، مصر، دار الكتب القانونية- دار شتات للنشر والبرمجيات، 2009، ص 163.

² منصور نورة، مرجع سابق، ص 28.

³ المرجع نفسه، ص 28-29.

⁴ حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 10-11.

⁵ منصور نورة، المرجع السابق، ص 29.

⁶ أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، مرجع سابق، الجزء 5، ص 384.

قبول الموصى له بعد وفاة الموصي فلا يعتبر شرطا لانعقاد الوصية بل شرطا للزومها ونفاذها¹، وموقف المشرع الجزائري واضح بشأن القبول في نص المادتين (197) و(198) من قانون الأسرة².

وعليه؛ يكون القبول المعتبر قانونا هو الذي يصدر من الموصى له البالغ العاقل، أما الجنين والقاصر والمحجور عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة، فإن قبول الوصية أو ردها يصدر ممن له الولاية على ماله، وليا كان أو وصيا أو قيما.

والنتيجة؛ إن الوصية للقاصر المميز وغير المميز صحيحة، مادام أهلا للاستحقاق أي إنسانا، دون اعتبار لسلامة عقله أو بدنه، وبلوغه أو قصره، ومادام معيناً باسمه أو بوصفه لأن الوصية تمليك لمعلوم، أما لنفاذ الوصية واستحقاق الموصى به، فينوب عنه وليه في القبول، أخذا بالمذهب المالكي الذي اعتبر قبول الموصى له شرطا لصحة الوصية، على أن يكون هذا القبول بعد وفاة الموصي³.

ثالثا/ الوقف الصادر للشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية

بالنسبة للموقوف عليه؛ فيجوز أن يكون صبيا أو صغيرا، وقد اتفق الفقهاء على أن قبول الموقوف عليه ليس ركنا في الوقف، وليس شرطا لا في صحته ولا في استحقاقه إذا كان معيناً، أما إذا كان غير معين فاختلّفوا فيه⁴.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فقد عرف الموقوف عليه في المادة (13) من القانون (10/91) المتعلق بالأوقاف بأنه: "الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف ويكون شخصا معلوما طبيعيا أو معنوياً. فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده وقبوله".

¹ حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 47.

² حيث جاء نص المادة (197) كما يلي: "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الوصي"، وتنص المادة (198) على أنه: "إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد".

³ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية)، مرجع سابق، ص 277 - 279 - 280.

⁴ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 429؛ عبد الجليل القرناشي، مرجع سابق، ص 267.

غير أن "الدكتور عبد الرزاق بوضياف" قال: "يتطلب توافر الأهلية اللازمة لتحريز عقد الوقف وهي بلوغ المتعاقدين سن الرشد"، فعلى الموثق الاطلاع على البطاقة الشخصية للمتعاقدين أو أي وثيقة تبين هويتهم، أي يجب أن يتم العقد بتراضي الأطراف دون إكراه بدني أو معنوي على أحد، دون تدخل الموثق بتبديل إرادتهم، لأن العقد يتم بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما أي يجب أن يكون هناك تطابق بين القبول والإيجاب بين طرفي العقد¹.

ودون تفصيل أكثر بخصوص الموقوف عليه من الناحية التشريعية، يبدو أن الوقف على الأولاد بعد أن كان معمولاً به في قانون الأوقاف القديم، تم إلغاؤه في القانون الجديد على غرار بعض التشريعات العربية كما هو الحال في مصر وسوريا².

بالإضافة للجانب القانوني، لقد شملت الشريعة الإسلامية بحمايتها ورعايتها الإنسان منذ أدوار حياته الأولى بحماية خاصة، فصانت آدميته وحياته، بل تولت حمايته وهو جنين بأن أثبتت له الميراث وأجازت له الوصية وألحقت نسبه بأبيه ولم توجب عليه الالتزامات لثبوت أهلية الوجوب الناقصة له وانعدام أهلية الأداء لديه، ومن الحقوق المالية التي تثبت للجنين هو الحق في الإرث والوصية والوقف والهبة³، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل في العنصر الموالي.

الفرع الثاني/ عقود التبرعات الصادرة للجنين

استثناء من قاعدة ابتداء الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادته حياً، فإنه قد تبدأ له قبل الولادة؛ كحالة الجنين أو الحمل المستكن، حيث رعاية لمصلحة الجنين أجاز القانون له أن يكتسب بعض الحقوق وهي الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول كالحقوق الناشئة عن الإرث والوصية مثلاً.

¹ عبد الرزاق بوضياف، مرجع سابق، ص 197.

² نادية براهيم، الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون الجزائر، السنة الجامعية 1995، ص 109؛ أحمد محي الدين العجوز، الميراث العادل في الإسلام، بيروت- لبنان، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، طبعة 1994، ص 248.

³ برير نصيرة، حماية حقوق الطفل في تشريعات الدول المغاربية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، عدد خاص، جوان 2018، ص 47.

ويقصد بالجنين لغة: الولد مادام في بطن أمه لاستتاره، وجمعه أجنة¹، فإذا ولدته سمي: صبيا، فإذا فطم سمي: غلاما إلى سبع سنين، ثم يصير يافعا إلى عشر²، ويطلق هذا المصطلح على الولد قبل الانفصال عن أمه انفصالا طبيعيا، وحتى إذا انفصل ميتا بجناية أو بإجهاض يبقى جنينا³، وقد ورد ذكر الجنين في قوله تعالى: ﴿هُوَ أَعْلَمُ بِكُمْ إِذْ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَإِذْ أَنْتُمْ أَجْنَةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ﴾⁴.

والمقصود بالأجنة: جمع جنين؛ وهو الولد مادام في البطن، وسمي جنينا لاجتماعه واستتارته، فهو يشمل جميع مراحل الحمل منذ التلقيح حتى الولادة لتحقق الاستتار فيها⁵، وعلى هذا يمكن تعريف الجنين من خلال القرآن الكريم بأنه: "الولد الذي تجنه المرأة في بطنها" أو "الولد في رحم الأم"⁶.

يتبين لنا أن للجنين شخصية قانونية ناقصة، ويترتب على ذلك أنه يكتسب الحقوق دون أن يتحمل الالتزامات، لأن تحمل الالتزامات يتطلب ذمة كاملة، وذمة الجنين ناقصة لا تتحمل أي التزام⁷، فالقانون الجزائري قرر بأن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا، وهذا ما جاء في نص المادة (25) من القانون المدني الجزائري على أنه: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته. على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن

¹ ابن منظور جمال الدين أبو الفضل محمد بن بكر، مرجع سابق، ص 701.

² العربي بختي، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، مرجع سابق، ص 20.

³ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، مرجع سابق، الجزء 10، ص 457.

⁴ سورة النجم، الآية 32.

⁵ باحمد أرفيس، مراحل الحمل والممارسات الطبية في الجنين بين الشريعة الإسلامية والطب المعاصر، الجزائر، الطبعة 2، 2005، ص 47.

⁶ فتحية مصطفى عطوي، الإجهاض بين الشرع والقانون والطب، المنشورات الحقوقية صادر، الطبعة الأولى، 2001، ص 59.

⁷ علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون (دراسة مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث، 2009، ص 59.

يولد حيا"¹، وهو شرط ثبوت الشخصية القانونية²، إلا أنه لم يفصل في هذه الحقوق كما هو مفصل في الفقه الإسلامي.

فمن المقرر قانوناً أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حياً، وعلى هذا الأساس كان تمتع الجنين بحقوقه المدنية واكتسابه بذلك العنوان أهلية الوجوب، خاضعاً هو الآخر لشرط الولادة حياً³، ومنه تبدأ أهلية الجنين منذ أن يكون نطفة في بطن أمه، ثم بعد ذلك أن يولد وتلازمه طيلة حياته⁴، ويفرق الفقهاء بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، وهذا النوع يتمتع به الإنسان منذ أن يكون جنيناً، وأما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيراً يرتب القانون عليه آثاراً قانونية⁵.

لا يكون الحمل أبداً أهلاً للأداء، وكذلك لا يكون أهلاً لوجوب الحقوق عليه، ولكن يكون أهلاً لوجوب الحقوق له⁶؛ فالأهلية الثابتة للجنين هي أهلية وجوب ناقصة، من حيث أنها لا تمكنه من اكتساب الحقوق كاملة، لكن بعض الحقوق الضرورية تثبت له منذ أن ينعقد نطفة، ولا يثبت شيء عليه، فإذا ولد ميتاً ألغيت هذه الأهلية، أما الحقوق التي تثبت له فهي ثبوت

¹ وهذه الفقرة فسرها رجال القانون وشراحه على أنها اعتراف من المشرع الجزائري للجنين بالشخصية القانونية، ولكنها شخصية قانونية احتمالية تصبح يقينية بواقعة ولادته حياً، والدليل الذي استند له هؤلاء كان عمومية النص بحيث منح المشرع للجنين الحقوق المدنية دون قيد أو تفرقة بين الحقوق التي لا تحتاج قبولا كالإرث والوصية أو تلك التي تحتاج قبولا، حيث أجاز المشرع الهيئة للجنين بشرط أن يولد حياً بموجب المادة (209) من قانون الأسرة. أبو النجا إبراهيم، وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، الجزائر، كلية الحقوق جامعة الجزائر، العدد الرابع، 1987، ص 971.

² قتال الطيب، شخصية وأهلية الجنين القانونية وطبيعة حقوقه، مجلة مفاهيم الدراسات الفلسفية والإنسانية المعمقة، جامعة زيان بن عاشور الجلفة، العدد الخامس، مارس 2019، ص 232.

³ قرار رقم (35511) بتاريخ 10/10/1984، المجلة القضائية، العدد 1، 1989، ص 53، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، مرجع سابق، الجزء 1، ص 289.

⁴ العربي بختي، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، مرجع سابق، ص 35.

⁵ مفتاح محمد أقریط، الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مصر، 2004، ص 48.

⁶ صبحي محمساني، المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والمواريث والوصية، بيروت - لبنان، دار العلم للملايين، الطبعة الثامنة، 1997، ص 109 - 110.

النسب من أمه وأبيه إذا استكمل الشروط الخاصة بثبوت النسب، كما يثبت له الميراث ممن يموت من أقربائه الذين يستحق الإرث منهم، وفي الوقت نفسه يستحق ما يوصى له به إذا ولد حيا، وأخيرا ما وقف عليه، وفي هذا دلالة على أن الله قد كرم الإنسان¹، وهو ما يزال جنينا، فاعترف له بإنسانيته ومنحه من الحقوق ما يناسب وضعه، واتفق في هذا المجال على أنه لا يلي ولا يولى عليه، فليس للأب مثلا أن يصالح عنه بما أوصى له، وليس للوصي مثلا التصرف فيما يوقف عليه، ولا يكون ملزما بأداء ما قد يترتب عليه بفعل أبيه أو وصيه².

وقد أجاز بعض الفقهاء التبرع للجنين بقولهم: الملتزم له من يصح أن يملك فيصح الالتزام للحمل ولمن سيوجد كما تصح الصدقة عليه، فمن التزم لحمل بشيء لزمه ذلك ووقف ذلك الشيء، فإن ولد حيا وعاش كان ذلك له، وإن استهل صارخا ثم مات كان لورثته، وإن خرج ميتا أو انفس الحمل بقي الشيء على ملك صاحبه³.

وفي القانون الجزائري يجوز التبرع للحمل، خلافا لكثير من القوانين، وما أخذ به المشرع الجزائري الذي يوافق المذهب المالكي بحيث يجيز التبرع للجنين أيا كان هذا التبرع، فقد نصت المادة (209) من قانون الأسرة الجزائري أنه: "تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا"⁴، فإذا جوزت الهبة، فمن باب أولى تجوز سائر التبرعات، لأن الهبة أشد خطرا منها كما هو معلوم، وفيما يلي تفصيل ذلك:

أولا/ الوصية الصادرة للجنين

تصح الوصية للحمل بلا خلاف⁵، على رأي فقهاء المذاهب في الشريعة الإسلامية التي أقرت للجنين أهلية وجوب ناقصة، فله صلاحية اكتساب بعض الحقوق التي لا تحتاج في نشأتها إلى القبول، لما فيها من النفع المحض له، ثم إن الوصية نوع من الاستخلاف حيث يكون الموصى له خليفة للموصي في بعض المال، فكما أن الجنين أهلا للخلافة في الميراث

¹ أحمد الحجي الكردي، مرجع سابق، ص 14 - 15.

² دليلة براف وخالد بوشمة، مرجع سابق، ص 336.

³ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عليش، مرجع سابق، ص 248 - 249.

⁴ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

⁵ علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص 159.

كما ذكرنا، فهو أهل لها في الوصية أيضا لأنها أخت الميراث وشبيهتها¹، وبناء على ذلك تصح الوصية للحمل الموجود حين إنشاءها ولو نطفة، لأنه يكفي الوجود التقديري والحياة التقديرية بالنسبة للوصية والميراث².

وقد أصر الفقهاء على أن الوصية تثبت للجنين استحسانا من غير حاجة إلى قبول لعدم وجود ولي له يقبل عنه، ولأنها تصرف بإرادة منفردة³، فقال الشيخ في المبسوط: "تجوز الوصية للحمل والوصية به إذا كان مخلوقا حال الوصية وخرج حيا، ومتى خرج ميتا لم تصح الوصية"⁴، وقال الحسني: الظاهر عدم الخلاف في صحة الوصية إلى الحمل الموجود حين الوصية ولو في الشهور الأولى لتكوينه وحتى لو لم تلجه الروح على حد تعبير بعض الفقهاء وتستقر ملكيته بخروجه حيا، فلو انفصل بعد انتهاء مدة الحمل أو مسقطا لطارئ أوجب ذلك أن تبطل الوصية بلا خلاف في ذلك كما جاء في أكثر المجاميع الفقهية⁵.

كما أجمع الفقهاء أن الوصية تثبت للجنين من غير حاجة إلى قبول لأنها بالإرادة المنفردة⁶، فتجوز الوصية للحمل بالإجماع، ولم تجز الهبة له عند جمهور الفقهاء خلافا لمالك، وحجتهم أن الهبة تحتاج إلى قبول وقبض ولا ولاية لأحد على الحمل، فيقبل ويقبض بالنيابة عنه، وأما الوصية فإنها جرت مجرى الميراث من حيث كونها انتقال المال من الإنسان بعد موته إلى الموصى له بغير عوض كانتقاله إلى وارثه، والحمل يرث فتصح الوصية له، بل الوصية أوسع من الميراث، فإنها تصح للمخالف في الدين وللعبد بخلاف الميراث، فإذا كان الحمل يرث فالوصية له أولى، وأما مالك فقد مضى على أصله من أن كل ذلك من فعل

¹ أو أن عبد الله الفيضي، مرجع سابق، ص 190.

² محمد إبراهيم الزلمي، مرجع سابق، ص 187.

³ مفتاح محمد اقريط، الحماية المدنية والجناية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مصر، دار الكتب القانونية، 2006، ص 131.

⁴ محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، مرجع سابق، الجزء 28، ص 87.

⁵ هاشم معروف الحسني، الوصايا والأوقاف وارث الزوجة والعول والتعصيب من الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، بيروت، دار القلم، الطبعة الأولى، 1980، ص 75.

⁶ محمد كمال الدين إمام، الوصية والوقف في الإسلام مقاصد وقواعد، مصر، منشأة المعارف، 1999، ص 81.

المعروف، وأن الهبة تلزم بالإيجاب..¹

هذا وتصح الوصية للجنين بشروط ذكرها الفقهاء تتمثل فيما يلي:

- ضرورة إثبات وجودية الحمل الموصى له قبل وقت إنشاء الوصية وأن يولد حيا في أقل مدة الحمل، وفي بعضها تكون المدة المعتبرة أقصى مدة الحمل²، وإن لم يكن الحمل موجودا في ذلك الوقت، كانت الوصية باطلة، لأن الوصية للحمل وصية لمعين، والموصى له المعين يشترط وجوده وقت إنشاء الوصية³.

وفي قانون الأسرة الجزائري جعلها المشرع من (6) أشهر إلى (10) أشهر طبقا لنص المادة (42) من قانون الأسرة الجزائري.

- أن تكون حياة الجنين مستقرة بعد الولادة وتعلم بظهور العلامة التي نص عليها الفقهاء، وهي البكاء والصراخ والحركة الدالة على الحياة⁴، أي أن يولد الجنين حيا حياة مستقرة فإن ولد ميتا بطلت الوصية⁵.

- أن يكون الحمل الموصى له موصوفا من طرف الموصي، أي معيناً، كأن يقول الموصي: (أوصيت بكذا لحمل فلانة من فلان)، فهذا لا يستحق الحمل الوصية إلا إذا ثبت نسبه من ذلك الشخص⁶.

إذا تصح الوصية للحمل شريطة أن يولد حيا، وإذا ولد توّمان يستحقانها بالتساوي ولو اختلف الجنس⁷، أما لو كان أحدهما ميتا فإن الوصية للحي وليس للميت منها شيء، أما لو ولدا حيين ثم مات أحدهما انتقل نصيب الميت إلى ورثته، لأنه مات بعد استحقاقه ودخول

¹ أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، 1933/1932، العدد 5، الفقرة 91 .

² بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 49.

³ أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 99.

⁴ علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص 161.

⁵ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية)، مرجع سابق، ص 291.

⁶ أحمد داود رقية، الحماية القانونية للجنين المخبري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2014/2015، ص 43.

⁷ طاهري حسين، مرجع سابق، ص 223.

الموصى به في ملكه¹، وهذه المسألة لم يرد النص عليها في قانون الأسرة الجزائري غير أن الأستاذ "بلحاج العربي" جاء بملاحظة في ذلك بقوله: وفي حالة تعدد الحمل إن ولد أحدهما ميتا والآخر حيا كانت الوصية للحي دون الميت، وإن مات أحدهما أو كلاهما بعد الولادة كان نصيبه لمورثة إذا كانت الوصية بالأعيان أما إذا كانت بالمنفعة عادت إلى ورثة الموصى، لأن الوصية بالمنافع تنتهي بموته ما لم يكن هناك شرط آخر يعمل به².

والوصية للحمل توجب أن يثبت وجوده في بطن أمه عند إنشاء الوصية³، والجنين يستحق غلة العين الموصى بها من وقت وفاة الموصي، ولذا فإن الوصية له توقف حتى يتم الوضع فتتبين حياته فيملك العين الموصى بها⁴.

وأما وقت علوق الحمل بالرحم وعلاقته بصحة الايصاء، فقد أخذ القانون الجزائري في هذا بما ذهب إليه جمهور الحنفية والحنابلة من أن ذلك يكون وقت صدور صيغة الوصية حيث نص في المادة (844) من القانون المدني على أنه يجوز للشخص أن يوصي بحق الانتفاع لأشخاص متعاقدين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية، كما يجوز أن يوصى به للحمل المستكن، وفي هذا تصريح بأن ذلك يكون وقت الايصاء⁵.

من جانبه، لم يشترط المشرع الجزائري في صحة الوصية للحمل، إلا أنه طبقا لنص المادة (187) من قانون الأسرة الجزائري والتي تقضي بأنه: "تصح الوصية للحمل شرط أن يولد حيا، وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس"⁶، هذا وقد أغفل المشرع الجزائري بعض الأحكام ولم يورد ذكرها، أهمها كيفية التصرف في منفعة الشيء الموصى به للحمل ريثما يولد لو توفي الموصي والحمل لم يولد بعد، وكذلك إذا مات الموصى له بعد ولادته حيا⁷.

¹ علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص 162.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية)، المرجع السابق، ص 292.

³ أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون اليمني، مرجع سابق، ص 290.

⁴ مفتاح محمد اقريط، الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 132.

⁵ دليلة براف وخالد بوشمة، مرجع سابق، ص 348.

⁶ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

⁷ المواد (281) و (306) و (307) من مدونة الأسرة المغربية، مصدر سابق.

ثانيا/ الهبة الصادرة للجنين

تعتبر الهبة عقدا يعود بالنفع المحض على الجنين بالرغم من أنها عقد يتم بتوافق إرادتين، وأن الجنين أو الحمل المستكن لا إرادة له الأمر الذي جعل تعيين وصي أو ولي ينوب عن الجنين، ولقد اختلف الفقهاء في جواز الهبة للجنين، وانقسموا بشأن ذلك، إلى ثلاث أقوال:

- الهبة غير لازمة، لا تنتقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له إلا بالقبض التام وللواهب الرجوع فيها.

- الهبة لازمة، يكون الملك فيها بالقبض، ولا يحق للواهب الرجوع فيها.

- تكون لازمة بالإيجاب والقبول، أو الإيجاب دون رد من الموهوب له، ولكن الملكية لا تنتقل إلا بالقبض أو ما يقوم مقامه¹.

ويجيز الإمام "مالك بن أنس" الهبة للجنين بأن يهب شخص ماله لحمل مستكن، فإن ولد الجنين حيا وعاش كان له المال، وإذا مات بعد الولادة كان لورثته، وإذا ولد ميتا بقي المال على ملك الواهب².

على أساس ذلك، فإن الجنين حسب آراء كل من الفقه الحنفي، الشافعي والحنبلي³ لا يمكن أن يوهب له، طالما من شروط الهبة أن يكون الموهوب له حيا وموجودا حقيقة، وقت الهبة، وغير الحي لا يملك، كما أن الجنين لا يمكن أن يملك أو يقبض بنفسه، ولا ولاية لأحد عليه، حتى يقبض نيابة عنه، فالولاية لا تبتدئ إلا بالولادة.

وهذا ما ذهب إليه الدكتور "السنهوري" بقوله: يجب أن يكون الموهوب له موجودا حقيقة، فلا يكفي أن يكون موجودا حكما كالجنين في بطن أمه. فالهبة للحمل المستكن باطلة، لأن

¹ أحمد داود رقية، مرجع سابق، ص 53.

² مفتاح محمد أقريط، الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 134.

³ سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي، مرجع سابق، ص 215.

الهبة إيجاب وقبول، والجنين لا يقدر على القبول وليس له ولي يقبل عنه. وهذا بخلاف الوصية والوقف بإرادة منفردة، ويصحان للحمل المستكن¹.

أما المشرع الجزائري فقد حذا حذو الفقه المالكي في إجازة الهبة للجنين بشرط ولادته حيا حيث نصت المادة (209) من قانون الأسرة الجزائري "تصح الهبة للجنين بشرط أن يولد حيا"²، والملاحظ بالنسبة لهذه المادة، أن الهبة الصادرة لصالح الجنين لا تنتج أثرا إلا إذا ولد هذا الطفل حيا، وقابلا للحياة، ذلك أن الهبة للجنين صحيحة بشرط أن يولد الطفل حيا وقابلا للحياة، بمعنى أن تتوفر عناصر الحياة في الطفل الذي سيولد بالإضافة إلى هذا فإن الهبة وفقا للمادة (206) تتم بالحياة ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، إذا فقد بقي ركن متخلف في عقد الهبة إلى حين ولادة الجنين حيا، حتى ولو تم توثيق الإيجاب، ذلك هو ركن الحياة، وعلى ذلك فإن الهبة تكون موقوفة الانعقاد، وليس فقط موقوفة النفاذ³.

غير أنه تجدر الإشارة إلى سكوته عن مسألة الولاية أو الوصاية على الجنين، أي عن النائب الشرعي فتركها مبهمة ودون تحديد⁴، ليتجلى بذلك حكمة المشرع الجزائري في عدم حرمان الحمل مما قد يوهب له، بدعوى توقف الهبة على القبول، بغية الحفاظ على مصالحه، وهي حكمة تتحقق في كل ما يعود عليه بالفائدة المحضة، دون تفرقة بين حق يتوقف على قبوله، وآخر لا يتوقف على ذلك⁵، ويتولى وليه القبول نيابة عنه وتتم وفق الإجراءات العادية ويبقى العقد معلقا على شرط حياة الجنين، فإن ولد حيا يحرر الموثق عقدا وفق شهادة الميلاد

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوي، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية الهبة والشراسة والقروض والدخل الدائم والصلح)، مرجع سابق، ص 102-103.

² قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

³ منصوري نورة، مرجع سابق، ص 29.

⁴ محمد تقيّة، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1996/1997، ص 108.

⁵ أحمد داود رقية، مرجع سابق، ص 53-54.

ويودعها مع العقد في المحافظة العقارية، وكذا إن ولد ميتا أرفقت الشهادة بمحضر الوفاة وتودع لدى المحافظة العقارية من أجل إلغاء الإشهار في الهبة وإبطالها وعدم نفاذها¹.

ويرى الأستاذ "حسن كيرة" بجواز الهبة للجنين وتتعد بقبول وصيه²، ومنه الهبة للحمل تعتبر صحيحة بشرط أن يولد حيا والحياسة تكون في الموهوب له أو وكيله إن كان الموهوب له قاصرا أو محجورا عليه أي من ينوب عنه قانونا³، وتأسيسا على هذا فليس هناك ما يبرر حرمان الحمل أو الجنين - كما نعتقد - وإنما يملك الموهوب له حق قبول الشيء الموهوب له من طرف وكيله، وهذا طبقا لما جاء في نص المادة (1/210): "يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو وكيله"⁴.

ثالثا/ الوقف على الجنين

من بين الحقوق التي تثبت للجنين استحقاقه للوقف كذلك؛ ونقصد بالوقف هنا الوقف الذري أو الأهلي أو ما يصطلح عليه بالوقف الخاص، وهو ما وقفه على نفسه أو ذريته، أو عليهما معا، أو على شخص معين أو ذريته أو عليهما معا، أو على الواقف وذريته مع شخص معين⁵، وقد عرفته المادة (3) من القانون الجزائري رقم (10/91) المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، بأنه: "... حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير"⁶.

مما يتضح منه بقاء الشيء الموقوف في ذمة الواقف، وعدم إمكانية التصرف في رقبته، وذهاب ريعه إلى الشخص الموقوف له⁷، كما أن الوقف تصرف بإرادة منفردة⁸، حيث يتوقف

¹ محمد باوني، مرجع سابق، ص 78.

² حسن كيرة، النظرية العامة للحق، طبعة منشأة المعارف، دون سنة نشر، ص 151.

³ طاهري حسين، مرجع سابق، ص 233.

⁴ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

⁵ منذر عبد الكريم القضاة، مرجع سابق، ص 56.

⁶ القانون رقم (10/91) المتعلق بالأوقاف، مصدر سابق.

⁷ أحمد داود رقية، مرجع سابق، ص 51.

⁸ تنص المادة (1/4) من القانون (10/91) المتعلق بالأوقاف على: "الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة"، المصدر السابق.

على إرادة الواقف، فيصح الوقف ويثبت الاستحقاق بمجرد إيجاب الواقف، دون حاجة إلى قبول الموقوف عليه، إذا كان الموقوف عليه ممن لا يتصور منهم القبول أو الرفض، كالجنين¹.

وبالرجوع إلى نص المادة (213) من قانون الأسرة نرى أن المشرع الجزائري قد عرف الوقف عامة دون ذكر نوعي الوقف، وهما العام والخاص، وما يهمنا نحن هو الوقف الخاص (الذري)، وهو ما يحبسه الواقف على عقبه الذكور والإناث أو على أشخاص معينين، ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم²، وقد أجاز الفقهاء الوقف على الأولاد والذرية الموجودة منهم والتي ستوجد بعد، ويدخل في الموجود من الذرية الجنين إذا ولد لأقل من ستة أشهر أما من ولد لأكثر من ذلك فإنه يأخذ حكم من سيولد بعد³.

نص المشرع الجزائري في المادة (5) من القانون رقم (10/02) المعدل والمتمم للقانون رقم (10/91) المتعلق بالأوقاف، والتي تعدل نص المادة (13) منه على أن: "الموقوف عليه في أحكام هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية"، وقد كانت هذه المادة قبل التعديل، ونصها كما يلي "الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف ويكون شخصا معلوما طبيعيا أو معنويا"⁴، فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده وقبوله، أما الشخص المعنوي فيشترط فيه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية.

في هذا النص المشرع الجزائري يجيز الوقف على الشخص الطبيعي، شرط وجوده عند الوقف، وصدور قبول منه، لكنه لم يصرح بجواز الوقف على الجنين.

ومن هنا نستنتج أن المشرع الجزائري قد ألغى الوقف على الشخص الطبيعي وذلك بموجب المادة (6) من القانون رقم (10/02) المعدل والمتمم للقانون رقم (10/91) المتعلق بالأوقاف

¹ أحمد داود رقية، مرجع سابق، ص 51.

² تنص المادة (213) من قانون الأسرة الجزائري على أن: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق".

³ أبو القاسم محمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية، دون طبعة، دون سنة نشر، ص 243؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، الجزء 8، ص 201.

⁴ القانون رقم (10/02) المعدل والمتمم للقانون رقم (10/91) والمتعلق بالأوقاف، مصدر سابق.

حيث قسم المشرع الجزائري الوقف إلى قسمين: قسم محدد الجهة وقسم غير محدد الجهة وذلك بنصه: "الوقف العام هو ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه، ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات".

هذا؛ ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخرج الوقف الخاص من نصوص قانون الأوقاف المعدل والمتمم وتركه لحرية الواقف ولا تتدخل بشأنه الإدارة المكلفة بالأوقاف، وهذا ما نصت عليه المادة (2/1) من القانون رقم (10/02) المتعلق بالأوقاف: "يخضع الوقف الخاص للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها"¹، غير أن المشرع لم يصدر لحد الآن هذه الأحكام التشريعية والتنظيمية.

لهذا يجب تعديل قانون الأوقاف، لتوضيح مركز الوقف الخاص وإلا إصدار قانون جديد ينظم الأوقاف الخاصة لأن أحكامها منظمة في قانون الأسرة وهي عبارة عن مواد جد مقتضبة وبالرغم من أن المادة (222) من قانون الأسرة تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أنه هنالك نقطة جد هامة يجب الإشارة إليها وهي في حالة نزاع قضائي في الوقف الخاص فالقاضي عند عدم وجود النص سيجتهد وبذلك سيرجع إلى كل أحكام الشريعة الإسلامية لأن المادة (222) تنص على أنه في حالة عدم وجود نص في هذا القانون يتم الرجوع إلى كل أحكام الشريعة الإسلامية، فالمشرع لم ينص على مذهب معين وجب على القاضي إتباعه وبما أن القاضي تكوينه قانوني وليس له دراية كافية بالأمور الشرعية فإنه سيكون في الأمر عسر عليه ولا ندري ما انعكاس ذلك على اجتهاده في المسألة².

هذا، ونرى أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على الوقف للجنين أو للزرية، وإنما جاء ذكر الوقف عاما في نص المادة (213) من قانون الأسرة، ربما لأن الوقف بالنسبة له يعتبر كوسيلة وغطاء للتهرب من تطبيق أحكام الميراث لما فيه من مشروعية، إلا أنه قد يتم على تمييز أو تفضيل لفئة من ورثته دون الآخر.

¹ القانون رقم (10/02) المعدل والمتمم للقانون رقم (10/91) والمتعلق بالأوقاف، مصدر سابق.

² عبدلي أمينة وجبار جميلة، المنظومة القانونية للأحكام العقارية الوقفية في الجزائر، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، جامعة الجبالي بونعامة خميس مليانة، العدد 2، مارس 2020، ص 164 - 165.

كذلك يؤخذ على المشرع الجزائري، في هذا الخصوص، أنه أقر للجنين كلا من نسبه لأبيه وميراثه، والإيصاء له، بالإضافة لصحة الهبة له في قانون الأسرة الجزائري، لكنه لم يتضمن ما يشير إلى صحة الوقف عليه، لذا كان من المفروض عليه أن يورد نصا بهذا الشأن.

المطلب الثاني

عقود التبرعات الصادرة من المريض مرض الموت ومن في حكمه

قد تمر على الإنسان مرحلة اعتبرها القانون مرحلة وسطى بين الحياة والموت، وهذه المرحلة هي التي يكون فيها الشخص مريضا مرض الموت، ففي هذه الفترة يكون الشخص حيا، لكن تنتهي به إلى الوفاة، وبما أن الشخص يكون فيها حيا، فإنه يستطيع التصرف بأمواله بالطريقة التي يراها مناسبة كالإنسان الصحيح الذي ليس به مرض، وفي الوقت نفسه هذه الفترة تنتهي به إلى الوفاة، وبالتالي يجب أن تقيد فيها تصرفاته، لأن حقوق الورثة تتعلق بأمواله¹، مما يجعلنا نتساءل عن حكم تبرعات المريض مرض الموت ومن في حكمه.

الفرع الأول/ صدور عقود التبرعات في مرض الموت

أولا/ المقصود بمرض الموت

مرض الإنسان تتعلق به أحكام شرعية، وكذلك المرض إذا كان مرض الموت²؛ ومرض الموت، هو الذي يعجز الشخص عن ممارسة عمله، وينتهي بموته³، وهو كذلك المرض الذي يعجز المريض فيه عن رؤية مصالحه الخارجية عن داره إن كان من الذكور، ويعجز عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث، والذي يكون فيه خوف الموت في الأكثر، ويموت وهو على ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء كان ملازما للفرش أم لم يكن، وإذا امتد مرضه وكان دائما على حال واحدة مضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح، ما لم يشتد مرضه وتتغير حاله، أما إذا اشتد مرضه وتغيرت حاله، وتوفي

¹ صلاح الدين محمد شوشاري، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني (دراسة موازنة بالفقه الإسلامي)، عمان - الأردن، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2001، ص 108.

² أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون اليمني، مرجع سابق، ص 255.

³ أحمد محمد أحمد أبو طه، مرجع سابق، ص 10.

قبل مضي سنة، فيعد مرضه اعتباراً من وقت التغيير إلى الوفاة مرض الموت¹.

وفي هذا يقول "ابن تيمية": (ليس معنى المرض المخوف الذي يغلب على القلب الموت منه، أو يتساوى في الظن جانب البقاء والموت... وإنما الفرض أن يكون سبباً صالحاً للموت فيضاف إليه، ويجوز حدوثه عنده وأقرب ما يقال: ما يكثر حصول الموت منه، فلا عبرة بما ينذر وجود الموت منه)²، ولا اعتبار أن التصرف القانوني صدر في مرض الموت نرى أنه يجب توفر شرطين وهما:

1/ أن يكون الشخص قد أبرم التصرف وهو يعاني من مرض في الغالب يؤدي إلى الموت وإلى هلاكه، وتعتبر هذه المسألة من المسائل الموضوعية التي يقضي فيها قاضي الموضوع أخذاً في اعتباره ظروف الشخص والمرض الذي أصابه، وكذلك تقرير الخبراء من الأطباء على وجه الخصوص.

2/ أن يتصل الموت بالمرض: أي يعقبه مباشرة، بحيث لا تفصل بين المرض والوفاة فترة صحة، لكن هذا لا يعني أن يقع الموت بسبب المرض الذي يعاني منه الشخص، فقد يقع بسبب آخر لأن المهم في هذه الحال، هي الحالة النفسية التي وصل إليها الشخص وهو يعاني من شدة الآلام التي يشعر بها من المرض³.

ومرض الموت -قيامه وعدم قيامه- من وسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع -ولذلك نجد القضاء يقول- ليس معنى مرض الموت أن يلزم المريض الفراش فكثيراً ما يكون الداء دفيناً ويموت الإنسان به فجأة، وكثيراً ما يبرح الإنسان فراشه ويسير في الطرقات والمرض يعمل عمله في جسمه⁴.

المشرع الجزائري لم يقم بتعريف مرض الموت، بل أشار إليه في أحكام البيع في مرض

¹ المادة (1595) من مجلة الأحكام العدلية، بيروت، المطبعة الأدبية، 1303 هـ، ص 226.

² علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلبي الدمشقي، الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، 1369 هـ/1950 م، ص 191.

³ خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص 245-246.

⁴ أحمد نصر الجندي، أسئلة من محاكم الأسرة والإجابة عليها، مصر - الإمارات، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، 2013، ص 266.

الموت دون أن يبين المقصود بهذا المرض، وهذا ما نلاحظه في المادة (408) من القانون المدني الجزائري التي تنص: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة...."، والمادة (409) من القانون المدني والتي تنص: "لا تسري أحكام المادة (408) على الغير الحسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المباع"، والمادة (1/776): "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف"¹.

إذ اعتبر المشرع أن كل تصرف قانوني يحدث في مرض الموت بغرض التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتطبق عليه أحكام الوصية، ومهما كانت تسمية هذا التصرف، فالمشرع جاء بصياغة عامة وأدرج التصرفات القانونية التي يمكن أن تصدر في مرض الموت بنية التبرع ضمن أحكام الوصية².

هذا وقد عرف القضاء الجزائري مرض الموت في كثير من المسائل المتعلقة به، حيث جاء في أهم قراراته ما يأتي: "من المقرر شرعا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا، ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد"³.

نلاحظ في هذا التعريف أن القضاء الجزائري لم يقم بتحديد مرض الموت بمدة معينة كما فعل فقهاء الشريعة الإسلامية الذين قاموا بتحديد مدة مرض الموت بسنة كاملة، فإذا تجاوزت

¹ القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

² والجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي قد افترض أن العلة في مرض الموت تكمن في ضعف القوى العقلية للمريض التي تؤدي إلى نقص أهليته، وأن عدم الأهلية الواردة بالمادة (909) أساسه حماية المرضى أنفسهم من استغلال من يقومون بعلاجهم طبيا وروحيا ومنح العطايا لهم وهم على هذه الحالة.

Parade jean, La condition civil du malade, These de doctorat, Paris, 1963, p 32.

مشار إليه في: حسني محمود عبد الدايم، مرجع سابق، ص 173.

³ قرار رقم (33719) بتاريخ 1984/07/09، المجلة القضائية، العدد 3، 1989، ص 51، عن جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، الجزء 1، ص 285.

السنة فلا يعتبر مرض موت فتصرفاته تعتبر كتصرفات الشخص الصحيح.

كذلك لم يتطرق الاجتهاد القضائي إلى عنصر فترة حدة المرض المشار إليها في المادة (408) من القانون المدني في نصها الفرنسي "dans la période aigue".

ثانيا/ إثبات صدور عقود التبرعات في مرض الموت

جاء في الفقه الإسلامي: "من تصدق وهو مريض واستمر على مرضه الذي لا يقدر معه على التصرف بأن يكون ملازما للفرش إلى أن مات، فإن الصدقة تبطل لحق الورثة في المال وتصير وصية تخرج من الثلث بعد أن كانت صدقة تخرج من رأس المال وتجري عليها أحكام الوصايا، فإن كانت بالثلث فأقل لغير وارث نفذت بلا شرط الحوز وإن كانت بأكثر من الثلث أو لوأرث توقف لزومها على إجازة الورثة، فإن صح من مرضه ذلك صحة ظاهرة لزمّت وصحت بشرط الحوز"¹، وجعلوها قاعدة: كل تبرع في المرض المخوف فهو محسوب في الثلث وإن كان منجزاً².

ونصت المادة (776) من القانون المدني الجزائري أن: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف.

وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا.

إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه"³، وكذلك نصت المادة (204) من قانون الأسرة الجزائري في خصوص التبرع إذا كان

¹ عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، تونس، المطبعة التونسية، الطبعة 1، الجزء 4، 1339هـ، ص 28؛ أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، الجزء 2، 1418هـ/1998م، ص 394.

² شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، مرجع سابق، الجزء 7، ص 137.

³ القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

هبة، أن "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية"¹.

فتطبيقا للقواعد العامة، مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات منها الشهادة والقرائن، والشهادات الطبية التي تعتبر أقوى دليل على حالة المريض في أيامه الأخيرة وعبء الإثبات يقع على من يدعي أن المريض كان في حالة مرض موت قبل موته، والنص في القانون المدني عام في كل تبرع، وليس مقتصرًا على الهبة، بل يشمل كل تصرف، ولو لم يسمى تبرعا، كأن يكون معاوضة قد وقع فيها محاباة من المريض مرض الموت.

وبناء عليه فإن تصرفات المريض مرض الموت إذا كانت ضارة بالورثة وبالذائنين، تعتبر وصية مضافة إلى ما بعد الموت، وذلك إذا توفر فيها شرطان²:

1/ لابد أن يكون التبرع صادرا في مرض الموت: المقصود ليس أن يكون التصرف تبرعا، بل يعم كل تصرف كالبيع والهبة والإقرار والإبراء وغير ذلك من التصرفات، فإذا وهب عينا، أو أقر بدين عليه، أو أبرأ مدينا له، وصدر التصرف والمورث في مرض الموت، سرت على هذا التصرف أحكام الوصية، فلا تنفذ الهبة ولا الإقرار بالدين ولا الإبراء من الدين إلا في ثلث ($\frac{1}{3}$) التركة، ما لم يجز الورثة ما يجاوز الثلث ($\frac{1}{3}$) في كل ذلك.

وعبء إثبات أن التصرف قد صدر في مرض الموت يقع على الورثة، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ويدخل في ذلك البيئة والقرائن لأنهم إنما يثبتون واقعة مادية فيستطيعون إثبات مرض الموت بتقارير الأطباء وبشهادة الشهود والقرائن المستخلصة من ظروف المرض وبغير ذلك من الأدلة...³، ولا يجوز الاحتجاج على الورثة بالعقد الصادر من مورثهم إلا إذا كان للعقد تاريخ ثابت، والعلة في ذلك، ترجع إلى اعتبار الوارث في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من مورثه في مرض الموت إضرارا بحقه المستمد من القانون⁴، وبهذا تقرر المادة (2/776) "وعلى ورثة أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض

¹ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية حق الانتفاع وحق الارتفاق)، مرجع سابق، ص 221.

³ خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 90 - 91.

⁴ خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص 247.

الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً".

حيث يعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية وشرح القانون المدني مرض الموت إذا تحققت شروطه وأوصافه واقعة مادية¹، يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، ومنها البينة والقرائن، كما يجوز إثبات مرض الموت بالشهادات الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه، كذلك يثبت بشهادة الشهود وبتقصي حياة المريض في أيامه الأخيرة².

2/ نية التبرع في التصرف: لا بد أن يكون التصرف الذي صدر من المورث في مرض موته قد قصد به التبرع، فإن كان التصرف معاوضة لا محابة فيها فإنه ينفذ وتسري عليه أحكام البيع لا أحكام الوصية³.

وقد وضع المشرع قرينة على اعتبار التصرف الصادر من المورث في مرض الموت، أنه تم على سبيل التبرع إذا استطاع الورثة إثبات أن التصرف قد صدر من مورثهم أثناء مرض الموت، إلا أن هذه القرينة ضعيفة وليست قاطعة، بعبارة أخرى؛ أن هذه القرينة يجوز إثبات عكسها، ممن صدر له التصرف، كأن يثبت أن العقد معاوضة وأنه دفع المقابل، فيكون التصرف نافذاً في حق الورثة متى كان هذا المقابل معادلاً لما أخذه، أما إذا كان أقل مما أخذه فإن زاد عن قيمة المقابل أي القدر المحابي به يأخذ حكم الوصية⁴.

واعتبر القانون الكندي في المادة (1820) القانون المدني أن الهبة في مرض الموت باطلة. واستثنت من البطلان إذا تعافى المتبرع، وترك المتبرع له يحوز التبرع لمدة (3) سنوات بدون تعرض⁵.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة)، نهضة مصر، الطبعة 3، المجلد الثاني، الجزء 4، 2011، ص 406.

² حسني محمود عبد الدايم، مرجع سابق، ص 147.

³ خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 90 - 91.

⁴ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 248.

⁵ Art 1820 C.c.Q: La donation faite durant la maladie réputée mortelle du donateur suivie ou non de son décès, est nulle comme faite à cause de mort si aucune circonstance n'aide à la valider Néanmoins, si le donateur se rétablit et laisse le donataire en possession paisible pendant trois ans, le vice disparaît.

الفرع الثاني/ عقود التبرعات الصادرة من المريض مرض الموت

قد يبرم المريض مرض الموت عقود تبرعات حال مرضه، الأمر الذي يدفعنا للبحث في تكيف هذه التبرعات وأحكامها.

أولا/ هبة المريض مرض الموت

الهبة عقد يتم حال الحياة، لأنها تنتج أثرها في حياة الواهب، على خلاف الوصية التي تنتج أثرها بعد وفاة الموصي.

ومرض الموت هو المرض المقترن بالموت أو مرض خطير تغلب فيه حالة الوفاة، ولا يمكن للمريض الاستمرار في الحياة أو القيام بشؤونه، فيعد التصرف في مثل هذه الأحوال وصية تصح في حدود الثلث ($\frac{1}{3}$) لغير الوارث، ولا تصح للوارث إلا بإذن وموافقة كل الورثة فإن كان التصرف في الحالات العادية أو في مرض غير خطير فيعد تصرفا صحيحا والهبة صحيحة إن توفرت فيها الشروط الشرعية¹، ومنه فالهبة في مرض الموت تعتبر وصية تطبقا لنص المادة (776) من القانون المدني الجزائري التي تنص: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف"²، وكذلك ما تنص عليه المادة (204) من قانون الأسرة الجزائري: "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية"³.

فمن خلال هاتين المادتين نجد أن المشرع الجزائري قد نص صراحة على سريان أحكام الوصية على الهبة في مرض الموت، فالهبة تأخذ حكم الوصية في مرض الموت، وهو ما ذهب إليه الفقه الإسلامي، فمؤدى الرأي الأقوى في الشريعة الإسلامية أن هبة المريض مرض الموت تصح في حدود الثلث ($\frac{1}{3}$) وما زاد عليه يتوقف على إجازة الورثة، باعتبار الرأي القائل أن الوصية للوارث تتم ولكنها موقوفة على إجازة ورثة الموصي فيما زاد على ثلث ($\frac{1}{3}$) التركة وكذلك الهبة إذا كانت قيمة الموهوب وقت الموت لا تزيد على ثلث ($\frac{1}{3}$) التركة، صحت الهبة

¹ محمد باوني، مرجع سابق، ص 77؛ جمال عياشي، مرجع سابق، ص 39.

² القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

³ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

بغير إجازة الورثة في حدود ثلث ($\frac{1}{3}$) التركة، أما ما جاوز ثلث ($\frac{1}{3}$) التركة فلا تصح الهبة فيه إلا بإجازة الورثة¹.

أما ما ذهب إليه القضاء الجزائري، ففي أحد قرارات المحكمة العليا نص على أن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية، وأن القضاء بخلاف هذا يعد مخالفا للقانون، حيث أن قضاة الموضوع في هذا القرار قد قضوا بصحة الهبة، مع أن الواهب المتوفى كان في مرض الموت وهذا بالرغم من الشهادات الطبية وشهادة الشهود وشهادة الموثق، ودعوى الطاعن إلى جعل الهبة بمثابة الوصية، وعليه قررت المحكمة العليا نقض القرار المطعون وإعادة إحالة القضية لنفس المجلس ولكن بهيئة أخرى².

وإذا وهب الواهب هبة لأحد ورثته ثم مات، وأدعى باقي الورثة أنه وهبه في مرض موته وأدعى الموهوب له أنه وهبه في حال صحته، فإنه على الموهوب له أن يثبت ما ادعاه، وإن لم يفعل اعتبرت الهبة على أنها حصلت في مرض الموت، وبالتالي لا تصح إلا إذا أجازها الورثة، وكذلك الحال بالنسبة للموهوب له من غير الورثة بأكثر من الثلث ($\frac{1}{3}$) فعليه أن يثبت أن الهبة كانت في حال صحته، فإن لم يفعل ذلك، اعتبرت الهبة في مرض الموت، وبالتالي لا ينفذ الزائد من الثلث ($\frac{1}{3}$) إلا بإجازة الورثة، فإن أجازوها نفذت، وإن ردها بطلت، وإذا وهب الواهب وهو مريض مرض الموت ثم صح من مرضه فالهبة صحيحة بأي مقدار³، وإذا لم تتم الهبة في مرض موت الواهب فإنها صحيحة لخروجها عن نطاق التحايل على قواعد الإرث ولعدم مساسها بالنظام العام⁴.

وبناء على ما سبق إذا كانت الهبة في مرض الموت لا تتجاوز ثلث ($\frac{1}{3}$) التركة، فإنها تصح سواء أكانت لوارث أو لغير وارث من غير حاجة إلى موافقة أو إجازة الورثة، وتكون الهبة بأكثر من الثلث ($\frac{1}{3}$) ولكن لا تنفذ إلا بإجازة الورثة، فإذا أجازها جميع الورثة نفذت تلك

¹ أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون اليمني، مرجع سابق، ص 257.

² قرار رقم (219901) بتاريخ 1999/03/16، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص 287، عن جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، الجزء 3، ص 1143.

³ محمد يوسف عمرو، مرجع سابق، ص 241.

⁴ جمال عياشي، مرجع سابق، ص 39.

الهبة، وإن لم يجزوها كان الزائد على الثلث ($\frac{1}{3}$) من الهبة باطل أي غير نافذ.

ثانيا/ وصية المريض مرض الموت

أدرج المشرع الجزائري أحكام الوصية في قانون الأسرة، بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، ويشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسع عشرة (19 سنة) على الأقل¹، وهما شرطان أساسيان لترتيب أثرها القانوني، حيث تكون الوصية في حدود ثلث ($\frac{1}{3}$) التركة، وما زاد عن الثلث ($\frac{1}{3}$) يتوقف على إجازة الورثة، فحسبه الوصية تنفذ في حدود الثلث ($\frac{1}{3}$) بقوة القانون، وما زاد عن ذلك فلا بد من موافقة كل الورثة، وإن لم يجزوها تنفذ فقط في حدود الثلث ($\frac{1}{3}$)، وبمقتضى ذلك إذا صدر من المريض تصرفا ينطوي على تبرع، جرى عليه حكم الوصية، ولم يتحدث المشرع الجزائري عما إذا كان مصابا بعارض من عوارض الأهلية، في حين نجد أن القانون المصري قد توسع أكثر في شروط الموصي حيث نصت المادة (5) من قانون الوصية بقولها: "أن يكون أهلا للتبرع قانونا على أنه إذا كان محجورا عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثمانية عشر سنة شمسية جازت وصيته بإذن المجلس الحسبي"².

غير أن المادة (776) من القانون المدني تنص: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف"، ومنه نستنتج أن التصرف الصادر عن المورث ويكون مقصودا به التبرع يعتبره القانون وصية مستترة تسري عليه أحكام الوصية، لذلك فإن مثل هذا التصرف لا ينفذ في حق الورثة إلا باعتباره وصية في حدود الثلث، ولا ينفذ فيما عدا ذلك إلا إذا أجازته الورثة، فهذا النص إذا عمم فأعطى حكم الوصية لكل عمل قانوني يصدر في مرض الموت، كالهبة إلى غير ذلك من التصرف التي يقصد به التبرع، ولذلك يجب أن يتوفر في هذا التصرف شرطان هما: أن يصدر التصرف من المورث في مرض الموت،

¹ المواد (184) و(185) و(186) من قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

² قانون الوصية لجمهورية مصر العربية، مصدر سابق.

وأن يكون المقصود به التبرع¹.

ثالثا/ وقف المريض مرض الموت

إن الوقف في مرض الموت بمنزلة الوصية في اعتباره من ثلث المال؛ لأنه تبرع فاعتبر في مرض الموت من الثلث²، فإذا كان الواقف أهلا للتبرع، ووقف في أثناء مرضه مرض الموت، فإن وقفه يكون صحيحا نافذا حال حياته، لأنه مادام حيا لا يمكن الحكم بأن مرضه مرض الموت، إذ أن الإنسان لا يعتبر شرعا مريضا بمرض الموت، إلا إذا مات به فعلا فإذا مات وتبين أن المرض الذي اتصل به موته هو مرض الموت، ينظر في التصرفات الواقعة فيه على النحو التالي³:

1/ إذا كان المتصرف (الواقف) مدينا بدين يستغرق كل أمواله ولم يبرئه الدائنون، فإنه ينقض ويباع في الدين، لأن الدين تعلق بمال الموقوف عند وقفه، على خلاف الدين غير المحجور عليه، أما إذا كان الدين لا يستغرق كل المال فيتم إخراج الدين أولا ثم ينظر في نسبة الموقوف إلى كل المال المتبقي الخالي من الديون عليه، وإلى الموقوف عليه كونه أجنبي عن التركة أو أنه أحد الورثة وطبيعة الوقف⁴.

ويعدد "الدكتور الكبيسي" صورتين لهذه الحالة:

- إذا كان الموقوف عليهم من غير الورثة ومقدار المال الموقوف لا يزيد عن الثلث ($\frac{1}{3}$) صح الوقف وأصبح لازما ولا ينقض فيها بعد إذا استوفى كل شروطه، أما إذا كان أكثر من الثلث ($\frac{1}{3}$)، فإنه موقوف على إجازة الورثة ويستدل بذلك على قول "ابن قدامة" (إن الوقف في مرض الموت بمنزلة الوصية في اعتباره من ثلث المال، لأنه تبرع فاعتبر في مرض الموت من الثلث كالعنق والهبة).

¹ رشاد السيد إبراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية الجزائر، السنة الجامعية 1989، ص 81.

² حسن أيوب، مرجع سابق، ص 299.

³ محمد عبيد عبد الله الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، بغداد، مطبعة الإرشاد، الجزء الأول، 1397هـ/1977م، ص 337.

⁴ سالم روضان الموسوي، أحكام الوقف والتولية (دراسة مقارنة معززة بتطبيقات قضائية)، بيروت - لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2016، ص 95.

- والصورة الأخرى أن يكون الموقوف عليهم من الورثة؛ فإذا كان الوقف ذريا وكان على جميع الورثة صح الوقف وأصبح لازما أما إذا كان على بعض ورثته فإنه يصح وينفذ إذا كان بحدود الثلث ($\frac{1}{3}$)، أما إذا زاد عن ذلك فإنه موقوف على إجازة بقية الورثة¹.

2/ تعليق الأمر على إجازة الورثة عندما نعامل الوقف معاملة الوصية سيسبب إشكال قانوني مهم لأن بعض الورثة إذا أجازوا الوقف سرى بحقهم دون الآخرين، وسيكون للوقف شريك من بقية الورثة أو إذا اعتبرناه بحكم الوصية ويجوز بالثلث فإن بقية الورثة سيصبحون شركاء الوقف بالثلثين ($\frac{2}{3}$) من تركة المتوفى إذا كانت غير قابلة للقسم والإفراز².

وبما أن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع وفق نص المادة (184) من قانون الأسرة الجزائري، فليس للموصى له أن يوقف المال الموصى به لأنه ليس ملكا له وإنما يكون بعد موت الموصي³، ولأن الوصية قابلة للبطلان لأسباب ذكرها القانون ومنها رجوع الموصي عن وصيته أثناء حياته حسب المادة (201) من قانون الأسرة الجزائري⁴.

نستنتج من هذه الفقرة أن التصرف الصادر عن المورث ويكون مقصودا به التبرع يعتبره القانون وصية مستترة، تسري عليه أحكام الوصية، لذلك فإن مثل هذا التصرف لا ينفذ في حق الورثة إلا باعتباره وصية في حدود الثلث ($\frac{1}{3}$)، ولا ينفذ فيما عدا ذلك إلا إذا أجازته الورثة، فهذا النص إذا عمم فأعطى حكم الوصية لكل عمل قانوني يصدر في مرض الموت، كالهبة إلى غير ذلك من التصرف التي يقصد به التبرع.

ولذلك يجب أن يتوفر في هذا التصرف شرطان:

- أن يصدر التصرف من المورث في مرض الموت.

¹ محمد عبيد عبد الله الكبيسي، مرجع سابق، ص 338 - 339.

² سالم روضان الموسوي، مرجع سابق، ص 96.

³ تنص المادة (184) من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"، مصدر سابق.

⁴ تنص المادة (201) من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي، أو بردها"، المصدر السابق.

- أن يكون المقصود به التبرع¹.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد حسم الأمر في مدى صحة وقف المريض مرض الموت ومدة لزومه حين نص في المادة (32) من قانون الأوقاف (10/91) على أنه: "يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت، وكان الدين يستغرق جميع أملاكه".

استنادا لنص المادة المذكورة نفهم أن وقف المريض مرض الموت يكون قابلا للإبطال من طرف من له مصلحة، وتصححه الإجازة، أي أنه ليس باطلا بطلانا مطلقا، كما أن المادة قررت حق طلب إبطال وقف المريض مرض الموت للدائنين بشروط:

- أن يكون الواقف المريض مرض الموت مدينا.

- أن يكون الدين استغرق جميع أملاكه.

- أن يكون وقفه لأملكه تم وهو مريض مرض الموت.

وبمفهوم المخالفة لهذه المادة:

- الوقف في مرض الموت إذا أجازته الورثة يكون صحيحا (إذا كان مدينا وقت إنشائه تطلب ذلك إجازة الدائنين)².

- إذا مات الواقف وكان الدين يستغرق كل ماله ولم يبرئه الدائنون فإن وقفه باطل³.

- أن بطلان الوقف في مرض الموت لا يكون تلقائيا، وإنما يكون بحكم قضائي، يقرر القاضي بما له من سلطات بطلانه من صحته.

- أن الوقف إذا صدر من الواقف قبل أن يحل به مرض الموت كان صحيحا لا يتوقف على إجازة أحد، باعتباره وقف صادر من شخص بالغ، عاقل، يتمتع بجميع حقوقه المدنية.

- إذا لم يستغرق الدين كل أملاك الواقف، فإنه لا يجوز إبطال وقفه ذاك حتى ولو كان في

¹ رشاد السيد إبراهيم عامر، مرجع سابق، ص 81.

² خير الدين موسى فنطازي، مرجع سابق، ص 60؛ عبد الرزاق بوضياف، مرجع سابق، ص 156.

³ قررت المحكمة العليا في قضائها أن الحبس الواقع في مرض موت المحبس باطل، وعلى مدعي بطلانه بذلك السبب إقامة البيئة على أن المحبس كان مصابا وقت تحبسه بالمرض الذي مات جراءه. قرار بتاريخ 1971/03/03 المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 1972، ص 73.

مرض الموت إلا من ورثة الواقف¹.

وبما أن تقييد تصرف المريض مرض الموت لا يعود إلى نقص في التمييز عنده، وبالتالي إلى تعيب في إرادته ونقص في أهليته، وإنما يرجع إلى تعلق حق الورثة والدائنين بأموال المريض منذ وقت بدء المرض، ذلك أن المرض هنا لا يخل بالعقل ولا ينقص التمييز، وبالتالي لا ينافي الأهلية وليس من موانعها وكان من الواجب ألا يتعلق بمال المريض حق لغيره، إلا أنه لما كان المرض هو سبب الموت، ولما كان الموت علة شرعية لأن يخلف الميت غرماءه وورثته على الوجه المبين شرعا، فلذلك تعلق حق الدائن والوارث بمال المريض في الحال، ووجب تقييد حقه في التصرف بقدر ما يتعلق به صيانة الحقين: حق الدائن وحق الوارث، وذلك بافتراض وصية مستترة في تصرفاته التبرعية، وبالتالي فتصرفه لا يكون باطلا ولا قابلا للإبطال، بل يكون غير نافذ في حق الورثة بالقدر الذي يجاوز ما يجيز قانون أحوالهم الشخصية الإيصاء به، فهو إذن تصرف صحيح، إنما لا ينفذ بحق الورثة إلا بإجازتهم، بمعنى أن الجزاء الذي يترتب على ذلك هو ليس البطلان وإنما التخفيض كليا أو جزئيا حسب الحال إلى الحد الذي يجوز الإيصاء به².

الفرع الثالث/ عقود تبرعات من هم في حكم المريض مرض الموت

أما تبرع من في حكم المريض مرض الموت، فقد ألحقت بعض القوانين العربية حالات أخرى بالمريض مرض الموت فأعطت لها نفس الحكم، وسماها المشرع الجزائري الحالات المخيفة في المادة (204) من قانون الأسرة الجزائري³، ومثله الإماراتي في المادة (597) القانون المدني⁴، والمادة (4/174) من قانون الأحوال الشخصية⁵، واليميني في المادة (470)

¹ خير الدين موسى فنطازي، مرجع سابق، ص 60.

² نزيه نعيم شلالا، دعوى الهبة (دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية)، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص 184.

³ تنص المادة (204) من قانون الأسرة على أن: "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية"، مصدر سابق.

⁴ قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مصدر سابق، ص 136.

⁵ قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مصدر سابق، ص 83.

من القانون المدني¹، موافقين بذلك الفقه الإسلامي لانطباق نفس العلة عليها.

ويعتبر في حكم المريض مرض الموت: الشخص الذي يصير إخراجهِ لساحة الإعدام؛ لإجراء القصاص فيه، يعني أن الشخص المسجون بالسجن والمقرر قتله قصاصاً لا يعد في حكم مريض مرض الموت، ما لم يحضر إلى ميدان القصاص منه، فيعتبر حينئذ في حكم المريض مرض الموت، والجندي في ساحة الحرب لا يكون في حكم المريض مرض الموت بمجرد كونه محصوراً أو محارباً؛ لأنه يحصل الخلاص من المحاصرة في الأكثر²، والأسير والمحبوس لدى دولة لا تلتزم بالعهد والمواثيق الدولية في عدم قتل الأسرى مع اشتهاها بذلك³.

ويراعى أنه يشترط في هذه الحالات المذكورة وما أشبهها، أن يتصل حال خوف الهلاك الغالب أو الكثير بالموت، حتى تلحق بمرض الموت في الحكم⁴، فالعلة في مساواتهم بالمريض مرض الموت، ترجع إلى أن شعورهم في اليأس من الحياة يتشابه إلى حد بعيد مع شعور المريض مرض الموت⁵.

جاء في المبسوط: ولا تجوز هبة المريض ولا صدقته إلا مقبوضة، فإذا قبضت جازت⁶، فبمرض الموت تحد التبرعات بثلث ($\frac{1}{3}$) المال، كما يمنع من التبرع لأحد من ورثته، حتى يجيز ذلك باقي الورثة، ومن جانب آخر فإن المريض إذا كان مديناً بدين يستغرق تركته كلها اعتبر محجوراً عن التصرف في ماله بطريق التبرع، ففي هذه الحالة فإنه لا يجوز له أن يتبرع إلا إذا أذن له دائنوه لكنه إذا كان عليه دين لا يستغرق ماله، جاز تبرعه فيما زاد عن دينه⁷.

¹ تنص المادة (470) من القانون المدني اليمني على أن: "مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه ظن الهلاك ويتصل بالوفاة وفي حكم مرض الموت من خرج لملاقاة العدو ومن أصيب في حادث مهلك".

² أحمد محمد علي داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، عمان - الأردن، دار الثقافة، الطبعة الثانية، الجزء الثاني، 1432هـ/2011م، ص 512.

³ حسني محمود عبد الدايم، مرجع سابق، ص 139.

⁴ المرجع نفسه، ص 142.

⁵ خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص 246.

⁶ محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، مرجع سابق، الجزء 12، ص 102.

⁷ العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 172 - 173.

الفصل الثاني

حماية أموال الشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية في إبرام عقود التبرعات

مناط أهلية الأداء هو العقل والتمييز، فهي ترتبط بالنضوج العقلي للإنسان، وهذا الأمر يتدرج معه بالنمو ولا يثبت له منذ ولادته، ففي هذه المرحلة لا يمكن أن تكون له إرادة حقيقية لأن عقله وتمييزه غير متكامل، فإذا ما صار صبيا تكون إرادته ناقصة، ولا يفسح لها القانون مجالا واسعا، فإذا ما اكتمل عقله وتمييزه اكتملت إرادته وأصبحت كاملة، وليس بلوغ الشخص وحده يعتبر معيارا على كمال الأهلية، لأن الحالة العقلية للشخص يجب أن تكون سليمة، فإذا ما بلغ الشخص وكان مجنونا أو معتوها، فإن إرادته تكون معدومة أو ناقصة، ولا يمكن أن تترتب عليها آثار قانونية، فقدرة الشخص على توجيه إرادته لإنشاء تصرف قانوني ما تتطلب أن يكون الشخص بالغاً عاقلاً رشيداً فنطاق الأهلية يتحدد بالتصرفات القانونية لأنها تترتب التزامات على الشخص المتصرف نفسه وتكسبه حقوقاً أيضاً.

وقد جعل المشرع للمال حرمة عظيمة وأولاه عناية واهتماماً، فهو بلا شك ضرورة ملحة في الحياة، كونه أحد الضرورات الخمس التي جاء بها الإسلام ووجب الحفاظ عليها وهي: الدين والنفس والعقل والعرض والمال، به يقضي الناس مصالحهم ويدفعون الضرر عن أنفسهم، وبه تقام العبادات والمعاملات، ضمن الحدود المعقولة مع تهذيبها وترشيدها حتى تستقيم وتحقق الخير للإنسان ولا تعود عليه بالشر، كما سن التشريعات الكفيلة بحفظ أموال القصر والسفهاء والمجانين الذين لا يحسنون التصرف في أموالهم، حيث شرع تنصيب الوصي عليهم فقال الله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...﴾¹، كما شرع الحجر حيث قال تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ...﴾².

لهذا تطرقنا إلى مدى حماية المشرع لناقصي وعديمي الأهلية في إبرام عقود التبرعات، وآلية هذه الحماية، وذلك من خلال المبحثين التاليين:

¹ سورة النساء، الآية 6.

² سورة النساء، الآية 5.

المبحث الأول: الحجر على المصاب بإحدى عوارض الأهلية في عقود التبرعات.

المبحث الثاني: النيابة الشرعية على مال من أصيب بإحدى عوارض الأهلية في عقود التبرعات.

المبحث الأول

الحجر على المصاب بإحدى عوارض الأهلية في عقود التبرعات

يعد الحجر نظاما له أساسه الشرعي والقانوني، وقد قصد المشرع من خلاله حماية المجتمع من مصالح أشخاصه، ولكي يكفل استقرار التعامل وتحقيق العدالة، خاصة على الأشخاص المصابين بأحد عوارض الأهلية، وسبب تشريع الحجر هو وجود عارض من عوارض الأهلية، وفي هذا الصدد نص المشرع الجزائري في المادة (40) من القانون المدني على أنه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد (19) سنة كاملة"¹.

من هنا اشترط المشرع الجزائري لتمام العقل والرشد أن يكون الشخص متمتعا بقواه العقلية وبالغا من العمر (19) سنة كاملة، ولم يقتصر على ذلك فحسب بل وضع أيضا شرطا آخر وهو: "... لم يحجر عليه ..."، لأنه قد يبلغ الإنسان سن الرشد القانوني ويعترض أهليته إحدى عوارض الأهلية وهي الجنون أو العته أو السفه أو الغفلة، غير أنه عند مراعاتنا لما هو منصوص عليه في المادة (81) و(101) من قانون الأسرة الجزائري، لم يورد الغفلة كعارض من عوارض الأهلية وكسبب من أسباب الحجر، فهل الغفلة عارض لا يرقى لدرجة الحجر على شخصه، أم اعتمد المشرع الجزائري معيار آخر في عدم تبنيه لهذا لعارض كسبب موجب للحجر.

¹ القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

فاستهداء بالشرعية الإسلامية تناول المشرع الجزائري أحكام الحجر بشيء من التفصيل وعالج بعض المسائل الإجرائية حيث بين كيفية توقيع الحجر على فاقد الأهلية¹ لذا سنحاول استقراء هذه النصوص القانونية لنوضح ذلك.

المطلب الأول

الحجر بسبب عوارض الأهلية

موضوع الحجر يعتبر من المواضيع الحساسة، كونه له علاقة بأهلية الشخص إذ لا بد من فهمه فهما دقيقا، وذلك من خلال ما سأطرق إليه في هذا المطلب، فلمعرفة مفهوم الحجر لا بد من تعريفه (الفرع الأول) مع تبيان دليل مشروعيته والحكمة منه (الفرع الثاني).

الفرع الأول/ تعريف الحجر

الحجر له معنيان؛ فمعناه في اللغة: المنع مطلقا سواء كان منعا عن التصرفات أو غيرها، ومن هذا المعنى حجر حجرا عليه، منعه من التصرف في ماله، وحجر عليه الأمر إذا منعه منه، وحجر الأرض وضع عليها علامات لحيازتها، وحجر الأمر ضيقه²، والحجر هو: العقل في القرآن الكريم لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب القبائح، لقوله تعالى: ﴿هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ﴾³، أي: لذي عقل.

والمعنى الاصطلاحي للحجر عند الفقهاء مشتق من المعنى اللغوي ويدور حوله، وهو المنع من التصرف العقدي بسبب من أسباب الحجر كالصغر، أو الجنون، أو العته، أو المرض، أو الدين، أو الردة، سواء كان سبب الحجر طارئا، أو أصليا⁴، وهو منع مخصوص بشكل مخصوص عن تصرف مخصوص، أو عن نفاذه، وبيانه أنه بالنسبة للمجنون والصبي غير المميز منع عن أصل التصرفات القولية مطلقا، وبالنسبة للصبي المميز والمعتوه منع عن

¹ مصطلح فقدان يستوعب كل الحالات التي يتم فيها المساس بالقدرة الإرادية للشخص على مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، سواء كان بنقص هذه القدرة أو بانعدامها تماما، بقصد تحقيق حمايته، ومن أسباب الحجر هو فقدان تلك الأهلية، والمعنى المختار لمصطلح فقدان الأهلية حسب المعنى القانوني بصوره وحالاته ألا وهي: الصغر والجنون والعته والسفه والغفلة.

² ابن منظور جمال الدين أبو الفضل محمد بن بكر، مرجع سابق، ص 782.

³ سورة الفجر، الآية 5.

⁴ محمد باوني، مرجع سابق، ص 8.

أصل التصرفات الضارة ضررا محضا كالهبة¹، وهذا معناه استمرار الولاية عليهم، ومنعهم من التصرف مهما بلغت بهم السن حتى يرشدوا²، ويعرف كذلك بأنه: "منع الشخص من التصرف في ماله وإدارته لآفة في عقله أو لضعف في ملكاته النفسية الضابطة"³،

هذا وجاء تعريف الحجر في مجلة الأحكام العدلية في المادة (941) بأنه: (منع شخص مخصوص عن تصرفه القولي ويقال لذلك الشخص بعد الحجر محجور)⁴.

إلا أن المشرع الجزائري لم يعرف الحجر لا في القانون المدني ولا في قانون الأسرة، بل اقتصر على ذكر أحكامه في المواد من (101) إلى (108) من قانون الأسرة الجزائري، واكتفى بذكر عوارض الأهلية بأنها أسباب للحجر.

وعوارض الأهلية هي: الجنون، العته، السفه، الغفلة، حسب القانون المدني الجزائري، فإذا أصيب هذا الشخص بإحدى هذه العوارض يكون هذا الأخير سببا في انعدام تمييزه وإدراكه فالمجنون والمعتوه يعتبرهما القانون حينئذ في حكم عديمي الأهلية. كما قد يخل بحسن تدبيره وحكمه على الأمور فالسفيه وذو الغفلة يعتبرهما القانون عندئذ في حكم ناقصي الأهلية⁵.

يقول الأستاذ "علي فيلالي" بهذا الشأن: "الشخص يكون عديم الأهلية إذا انعدمت لديه الإرادة المدركة كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه، ومثل هؤلاء لا يمكن أن تتسبب إليهم إرادة يعتد بها القانون، أما الشخص ذو الغفلة أو السفيه أو الصبي المميز غير الراشد فأهليته ناقصة فقط، لأن العقل غير معدوم لديه بل هو ضعيف، ويكون لناقص الأهلية عكس عديم الأهلية الحق في مباشرة بعض التصرفات، حيث أخذ المشرع بالحلول التي ذهبت إليها الشريعة

¹ محمد قدرى باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، سلسلة تقنين أحكام الفقه الإسلامي (1)، وشرحه لمحمد زيد الإيباني مع ملحق قوانين الأحوال الشخصية العربية، دراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية (محمد أحمد سراج، علي جمعة محمد)، القاهرة- مصر، دار السلام، الطبعة الأولى، المجلد الثالث، الجزء الأول، 1467هـ/2006م، ص 1168.

² نزيه نعيم شلالا، دعاوى الحجر والتسفيه والعته (دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية)، بيروت- لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2008، ص 8.

³ كمال حمدي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 167.

⁴ مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 128.

⁵ شيكر ريمة، الحجر في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2013/2014، ص 9.

الإسلامية¹.

فلتعريف الحجر في الاصطلاح القانوني، نستعين في ذلك ببعض أساتذة القانون في تعريفهم لنظام الحجر، فمثلا عرفه الدكتور "عبد العزيز سعد" بأنه: "منع الشخص من ممارسة حق التصرف في أمواله تصرفا غير ملائم ووضع أمواله تحت تصرف مقدم أو قيم يقوم بحفظها وحمايتها من تصرفاته الضارة، وذلك لأسباب أو حالات حددها القانون، وتتمثل هذه الأسباب في الجنون والعتة والغفلة والسفه التي رافقت رشده أو طرأت عليه بعد رشده"²، وعرفه الدكتور "مصطفى الرافعي" بأنه: "منع شخص معين من ممارسة أعماله لسبب من الأسباب الآتية الجنون والعتة والصغر والسفه والغفلة"³، كما عرفه بعض شراح القانون بأنه: "منع الشخص من التصرف في ماله وإرادته لآفة في عقله أو لضعف في ملكاته النفسية الضابطة"⁴.

ومن خلال استقراء هذه التعريفات نلاحظ أن الحجر لا يكون إلا على من يصاب بآفة في عقله وهو المجنون والمعتوه... ، وكذا من يصاب بضعف في ملكاته النفسية الضابطة كالسفيه وذو الغفلة، فلم يدخل في التعريف الصغير بل قصر الحجر على غيره من فاقد الأهلية، ومعلوم أن الحجر لا يقتصر على هؤلاء من عديمي الأهلية أو ناقصيها، بل هناك أموراً أخرى توجب الحجر⁵.

¹ علي فيلاي، مرجع سابق، ص 85.

² عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 167 - 168.

³ محمد سعيد محمد الرملاوي، قضايا الحجر الشرعي والكيدي في الفقه الإسلامي مع بيان موقف القانون، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص 15.

⁴ منير محمد أحمد الصلوي، مرجع سابق، ص 74.

⁵ المرجع نفسه، ص 74.

الفرع الثاني/ مشروعية الحجر

وقد استمد فقهاء الشريعة الإسلامية مشروعية الحجر من القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَابْتَئُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...﴾، كما قال تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ...﴾، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾¹، فقد جعل الله تعالى في هذه الآية لصاحب الحق إن كان سفيها، أو ضعيفا، أو لا يستطيع أن يمل، على اختلاف بين أهل العلم في هذه الأصناف²، أولياء ينوبون عنهم، ولو لم يكن الحجر جائزا ما جعل لهم أولياء³، فمن آتاه الله مالا ولم يحسن التصرف فيه، كفت يده عنه، ومنع من التصرف فيه ولا يسلم إليه حتى يعود إليه رشده⁴.

وقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أن الحجر على المجنون والمعتوه يكون بقيام هذين الحالتين ويزول بزوالهما دون حاجة إلى حكم القاضي وذهب أبو يوسف إلى أن توقيع الحجر على السفیه وذی الغفلة ورفعہ عنہما لا یكون إلا بحکم من القاضي، ولكن المشرع الجزائري حسم هذه النقطة إذ نصت المادة (103) من قانون الأسرة على أنه: "يجب أن يكون الحجر بحكم..."، لذلك فلا يكون الحجر إلا قضائيا في قانون الأسرة الجزائري.

فالسبي والمجنون والمعتوه وذو الغفلة محجور عليهم لثلاث تضييع أموالهم بغير قصد منهم وبدون رضاهم، لأنهم ليسوا أهلا للقصد الصحيح ولا يتصور منهم الرضا الكامل الذي ينبني على تقدير المصلحة، فلکی تحول الشريعة بين هؤلاء ومن يحاول الاحتيايل عليهم وأخذ أموالهم بالباطل حجرت عليهم رحمة بهم لعدم ضياع أموالهم⁵، فالحجر يتم توقيعه على من تعذر عليه التعبير عن إرادته، بسبب ضعف العقل وبالنتيجة ضعف تقدير المحجور عليه للتصرفات التي

¹ سورة النساء، الآية 6؛ سورة النساء، الآية 5؛ سورة البقرة، الآية 280.

² أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، مرجع سابق، الجزء 1، ص 331-332.

³ بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 83.

⁴ العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 204.

⁵ محمد محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص 423-424؛ مصطفى الرافعي، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقوانين اللبنانية، بيروت- لبنان، دار الكتاب اللبناني، الطبعة الأولى، 1983، ص 182.

يقوم بها إما لسفه، أو لغفلة أو لعتة أو لجنون والمفلس والمحجور عليه لا تنفذ تصرفات وإن تمت تبطل¹.

والحكمة من تشريع الحجر هو تفاوت الأشخاص في قدراتهم العقلية وتمام صفاتهم وملكاتهم وحسن تقديرهم للأمور فقد يولد الشخص باختلال في عقله كالجنون أو العته فيلزمه منذ ولادته ويستمر معه إلى أن يبلغ سن الرشد أو يبلغ هذه السن ثم تطرأ عليه أحد عوارض الأهلية فهذا الشخص لا يؤتمن على التصرف في ماله، فوجب تدخل المشرع لمنع إطلاق يده فيما يملكه من مال وذلك لحمايته من سوء التصرف فيه بتوقيع الحجر عليه.

أما بالنسبة لحكمة مشروعيته قانوناً فله نفس الحكمة المرجوة شرعاً، لأن جميع الأحكام القانونية مستمدة من الشريعة الإسلامية ولاسيما أحكام الحجر المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري حسب المواد (101) إلى (108)، فالحجر القضائي والذي هو موضوع دراستنا الحكمة منه تدور حول حماية أموال المحجور عليه من نفسه وحماية أموال غيره من الضياع.

ومنه فالحجر القضائي يتم توقيعه لعارض من عوارض الأهلية القانونية وهي الجنون أو العته أو السفه أو الغفلة، والذي يهدف إلى حماية عديمي الأهلية وناقصيها، ويجب لتوقيعه على هؤلاء صدور حكم قضائي، ويكون رفعه كذلك بحكم وهذا الحجر هو في الواقع من صميم مسائل الولاية على المال.

¹ يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص 153.

غير أننا نجد أن الشخص قد يمنع من التصرف في ماله ليس بسبب قيام عارض من عوارض الأهلية لديه، وإنما لاعتبار خاص ارتآه المشرع وهو ما يسمى بالحجر القانوني، ويمكن تعريف هذا الأخير بأنه: "منع الشخص من التصرف في ماله بسبب الحكم عليه بعقوبة جنائية"¹، وفي هذا الصدد تنص المادة (09) من قانون العقوبات على أن: "العقوبات التكميلية هي: ... الحجر القانوني ..."، وتنص المادة (09 مكرر) من نفس القانون على أنه: "في حالة

¹ إن الحجر القانوني يختلف عن الحجر القضائي باعتباره عقوبة تكميلية ناتجة عن عقوبة أصلية محكوم بها على شخص ارتكب جنائية معاقب عليها قانوناً، وبالتالي يحرم هذا الشخص من إدارة أمواله أثناء تأدية العقوبة الأصلية السالبة للحرية، وهو ما يشبه الحجر القضائي إذ يمنع الشخص من التصرف في أمواله بكل حرية ويحتاج إلى غيره لإدارة هذه الأموال، وفي هذا الصدد تنص المادة (9 مكرر) الفقرة (2) من قانون العقوبات على: "تتم إدارة أموال المحكوم عليه طبقاً للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي"، ومنه قانون العقوبات يحيل إلى قانون الأسرة بالنسبة للإجراءات المتخذة في تعيين النائب الشرعي وهو المقدم ويرجع في ذلك إلى أحكام الحجر القضائي المنصوص عليها في المواد من (101) إلى (108) من قانون الأسرة.

ووفقاً لهذه المواد فإنه إذا كان للمحكوم عليه بعقوبة جنائية سالبة للحرية، فإنه يمكن طبقاً لنص المادة (102) من قانون الأسرة أن يطلب أحد الأقارب، أو من له مصلحة أو النيابة العامة تعيين مقدم عن المحكوم عليه لإدارة أمواله والتصرف فيها ليس لنقص في أهليته أو انعدامها وإنما سبب ذلك هو عدم قدرة المحكوم عليه من التصرف في أمواله بسبب العقوبة، وحتى لو كان المحكوم عليه مستفيداً من نظام البيئة المفتوح فإنه لا يجوز له قانوناً إبرام تصرفات قانونية كالبيع أو الهبة، أو التنازل عن أملاكه وبالتالي تكون باطلة كل التصرفات التي يبرمها هذا الأخير. يراجع: أحسن بوسقيعة، **الوجيز في القانون الجزائري العام**، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، دون سنة نشر، ص 42-43.

وله فقط أن يمارس حقوقه الشخصية كالزواج، الطلاق والإقرار بالنسب وما إلى ذلك، فيحتفظ المحكوم عليه بحقه كاملاً في استعمالها دون قيد، على أن المقدم المعين من طرف المحكمة يقوم فقط بإدارة أموال المحكوم عليه وليس له التصرف فيها، وتنتهي هذه الإدارة بانتهاء مدة العقوبة ولكن يمكن للمحكوم عليه باستعمال حقه في التصرف بأمواله بإذن من المحكمة، وعند نهاية مدة العقوبة بها على المحكوم عليه ترد إليه أمواله ويقدم له حساباً عن ذلك. يراجع: كمال حمدي، **الولاية على المال**، مرجع سابق، ص 241. وفي هذا الصدد تنص المادة (78) من القانون رقم (04/05) المؤرخ في 2005/02/06 المتعلق بتنظيم السجون وإعادة الإدماج للاجتماع للمحبوسين، الجريدة الرسمية العدد (12) المؤرخة في 2005/02/13، على ما يلي: "يحتفظ المحبوس بحق التصرف بأمواله في حدود أهليته القانونية، ويترخيص من القاضي المختص. لا يصح أي إجراء أو تصريح من المحبوس إلا بمعرفة موثق أو محضر قضائي أو موظف مؤهل قانوناً...".

وفي الأخير من خلال تمييز الحجر القضائي عن القانوني فإنه رغم وجود تشابه بينهما ورغم كون قانون العقوبات يحيل بالنسبة للإجراءات المتخذة في إدارة أموال المحكوم عليه إلى أحكام الحجر القضائي، فإنه يمكن القول إنهما يختلفان من حيث الهدف الذي يرمي إليه المشرع الجزائري، فإن كان الحجر القانوني عبارة عن عقوبة تكميلية للمحكوم عليه بعقوبة جنائية تهدف إلى حرمانه من التصرف في أمواله بسبب ما يقترفه من جرم بحق المجتمع، فإن الحجر القضائي هو إجراء مقرر لمصلحة المحبوس عليه يهدف إلى حماية أمواله من الضياع، وكذلك حماية الغير الذي له مصلحة. يراجع: أحسن بوسقيعة، **المرجع السابق**، ص 26-43.

الحكم بعقوبة جنائية تأمر المحكمة وجوباً بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية تتم إدارة أمواله طبقاً للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي...¹.

من خلال ذلك يمكن تعريف الحجر بأنه: "منع كل شخص اعتراه عارض من عوارض الأهلية والتي تتمثل في الجنون أو العته أو السفه أو الغفلة من التصرف في أمواله، مع تعيين قيم عليه ليقوم مقامه في ذلك بناء على حكم قضائي".

فالحجر إجراء قضائي يتم بموجبه منع الشخص البالغ (المحجور عليه) من التصرف في ماله بسبب نقص في قدراته العقلية وسوء تصرفه²، ويتم توقيع الحجر استناداً إلى خبرة طبية من طبيب مختص في الأمراض العقلية³، فإذا كان من المنطقي أن يكون التصرف بإرادة منفردة باطلاً بسبب الحجر، فإن إبطال التصرفات التعاقدية دون مراعاة لمركز المتعامل الآخر ومدى علمه بالحجر قد يكون فيه غبن له إذا كان حسن النية ودواعي الحجر غير ظاهرة⁴، فالتصرفات التي يقوم بها المحجور عليه تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً⁵.

والملاحظ أن الحجر يستهدف تحقيق مصلحة المحجور عليه، سواء أكان طفلاً أو سفيهاً، وتحقيق مصلحة غيره من ذوي الحقوق إذا كان مفلساً، وذلك لأن الطفل والسفيه ومن في حكمهما كالمجنون، لا تسقط أهلية التملك في حقهم وهذه الأهلية لا تستقيم إلا على رشد كامل ونباهة، فكان لابد من كف يد هؤلاء الذين لم يتكامل فيهم الرشد والوعي الدنيوي عن التصرف بأموالهم، على أن ينوب عنهم في ذلك من توفر لديهم هذا الوعي الكامل⁶.

¹ الأمر رقم (156/66) المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المعدل والمتمم بالقانون رقم (23/06) المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، الجريدة الرسمية رقم (84)، المتضمن قانون العقوبات.

² نجيمي جمال، مرجع سابق، ص 248.

³ قرار رقم (365226) بتاريخ 2006/07/12، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2006، ص 477، عن جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، الجزء 2، ص 908.

⁴ نجيمي جمال، مرجع سابق، ص 252.

⁵ قرار رقم (181889) بتاريخ 1998/03/17، المجلة القضائية، العدد 2، 1998، ص 82، عن جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، الجزء 3، ص 1371.

⁶ معتز محمد كامل عطية اعبيدو، مرجع سابق، ص 42.

تترتب على الحجر آثار مالية، فهو يؤثر في منع البيع تارة وفي وقفه تارة أخرى ويظهر ذلك في تبرعات المحجور عليه، إذ تقع كلها باطلة فهبة السفیه غير ماضية¹، ومعناه منع التصرف الفعلي في سائر الأمور وخاصة المادية ومرد ذلك ضعف في تقدير المحجور عليه إما لسفه وإما لكونه صبي إما لعته وإما لجنون²، وهو منع الشخص من ممارسة حق التصرف في أمواله تصرفا غير ملائم ووضع أمواله تحت تصرف مقدم أو قيم يقوم بحفظها وحمايتها من تصرفاته الضارة، وذلك لأسباب أو حالات حددها القانون³.

وباعتبار أن الهبة من عقود التبرع فقد حرص المشرع على أن يكون الواهب بالغ سن الرشد وأن يكون متمتعا بكامل قواه العقلية وكامل الأهلية وغير محجور عليه ففي حالة انعدام هذه الشروط فإن الهبة تبطل⁴، ومن حجر عليه لسفه أو غفلة فوقفه باطل لأن الوقف تبرع والتبرعات لا تصدر إلا من رشيد⁵.

إذا كان فاقد الأهلية أو ناقصها ليس له ولي أو وصي يطلب الحجر، فإن المادة (104) من قانون الأسرة أوجبت على القاضي تعيين مقدم لرعاية المحجور، والقيام بشؤونه، ولم تتركه يتصرف في نفسه وماله لوحده، لأنه يحتاج إلى من يعاونه في تصرفاته لتكون صحيحة نافعة له⁶.

ومنه إذا صدر حكم بالحجر فإن المحجور عليه يتمتع عليه التصرف فإن هو تصرف فإن تصرفه يكون باطلا بحكم القانون، وقبل صدور الحكم بالحجر فإن تصرف الشخص يكون صحيحا ما لم تكن أسباب الحجر ظاهرة فيه وفاشية وقت صدور التصرف في هذه الحالة تكون تصرفاته باطلة، ويقع على المتمسك بالبطلان إثبات ما يدعيه⁷.

¹ العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 205.

² يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص 152 - 153.

³ عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 167 - 168.

⁴ يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 176.

⁵ أوان عبد الله الفيضي، مرجع سابق، ص 260.

⁶ العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 206.

⁷ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مصر، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، 2014، ص 188.

المطلب الثاني

كيفية توقيع الحجر على الشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية

الحجر هو منع الشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية من القيام بالتصرف في ماله بسبب ما اعتراه من عوارض الأهلية، ولكن للحجر عليه يجب توفر بعض الشروط في الشخص المحجور عليه (الفرع الأول)، كذلك لابد من إتباع إجراءات قانونية في ذلك، وهذه الإجراءات تسمى بإجراءات توقيع الحجر (الفرع الثاني)، كما أن الحجر ليس أبدي يمكن أن ينتهي ويرفع عن المحجور عليه (الفرع الثالث)، وهذا ما سنتطرق له في هذا المطلب.

الفرع الأول/ شروط الحجر على الشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية

الأصل في أهلية الأداء أنها متوافرة في الشخص، ما لم يقضي القانون بانعدامها أو نقصانها عنده، ويتفرع عن ذلك قيام قرينة على توافر الأهلية من شأنها إلقاء عبء الإثبات على عاتق من يتمسك بانعدام الأهلية ونقصها طبقاً لأحكام القانون المدني الخاصة بالأهلية (من المادة 40 وما يليها)، كرفع دعوة توقيع الحجر فلا بد للقاضي أن يتأكد من فقدان الأهلية أو عدم اكتمالها للشخص المطلوب الحجر عليه، أو إذا ادعى أحد المتعاقدين نقص أهليته بغرض التوصل إلى إبطال العقد كان عليه إثبات هذا الادعاء، فإذا أقام الدليل على ادعائه كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، لا يقبل من الطرف الآخر أن يحتج أنه كان يعتقد أن من تعاقد معه كامل الأهلية¹.

أما في القانون المدني الجزائري فلا يوجد نص يقابل النصوص الواردة في القانون نفسه، ويعد ذلك من المآخذ التي يمكن أن تؤخذ على المشرع الجزائري إذ من الضروري أن ينص القانون المدني على ذلك، كونه من المبادئ الهامة حتى تستقر المعاملات بحيث يجب على كل متعاقد أن يتأكد من كمال أهلية من تعاقد معه وألا تحمل تبعه تقصيره إذا أبطل العقد لنقص أهلية المتعاقد الآخر أو انعدامها.

لكن في نفس الوقت جاء نص المادة (107) من قانون الأسرة الجزائري بخصوص

¹ كمال حمدي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 421.

المحجور عليه بعد الحكم فتعتبر تصرفاته باطلة، وكذا قبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وقت صدورها.

فهنا البطلان قرر فقط لمن وجب الحجر عليه، إضافة إلى ذلك الشرط أن تكون أسباب الحجر ظاهرة ومعروفة أثناء صدور التصرف، وتم إثبات ذلك بجميع وسائل الإثبات وللقاضي سلطة تقديرية في اعتبار أسباب الحجر معروفة من عدمه¹.

يقول الأستاذ "أحمد نصر الجندي" أن الحجر في حد ذاته حد من الحدود التي يجب أن تدرأ بالشبهات وتقدير حالة السفه تقدير موضوعي، فإذا رأى القاضي أن تصرفات الشخص المطلوب الحجر عليه مبررة ولا خروج فيها على مألوف العرف ولا مخالفة فيها لمقتضى العقل والشرع فلا يقضي بتوقيع الحجر²، والحجر على السفهاء يكون بحكم من القاضي، لأجل هذا وجب على الوصي إذا أراد الحجر على سفيه أو ترشيده رفع الأمر إلى القاضي لإصدار الحكم بذلك، تحقيقاً لمصلحة الحجر، واحترازاً من خطأ الوصي في إثبات الحجر أو رفعه³، وأن ضرب الحجر على شخص سفيه لا يتم ولا يثبت إلا بحكم يعلق بمكاتب التوثيق في كافة التراب الوطني وينشر في جريدة يومية بعد صيرورته نهائياً⁴.

والحجر الشرعي يقصد به الحجر الذي يثبت لمجرد قيام سببه ولا يحتاج إلى صدور حكم بالحجر - هذا الحجر يثبت بسبب الصغر - فالصغير إذا باع أو اشترى عد ذلك منه تصرفاً موقوفاً أو باطلاً بحسب حال صغره، فتصرف الصغير غير المميز يقع باطلاً وتصرفات الصغير المميز تقع موقوفة⁵، ووجوب الحجر في الشرع على الصغار ممن لم يبلغوا سن التمييز إنما أتى من التبذير الذي يوجد فيهم، وكذلك الجنون والعتة والسفه والغفلة، ولهذا فمن

¹ لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصاً وشرحاً المعدل والمتمم بموجب الأمر (02/05) المؤرخ في 27 فيفري 2005 (دراسة تفسيرية)، عين مليلة - الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، دون سنة نشر، ص 105.

² أحمد نصر الجندي، أسئلة من محاكم الأسرة والإجابة عليها، مرجع سابق، ص 268.

³ هشام بوهاش بن مبارك، مرجع سابق، ص 237.

⁴ قرار رقم (27711) بتاريخ 1982/11/24، نشرة القضاة، العدد 1، 1983، ص 133، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، مرجع سابق، الجزء 1، ص 191.

⁵ أحمد نصر الجندي، شرح قانون مدونة الأسرة المغربية، مصر، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2010، ص 273.

أساء التصرف في ماله، ووجد فيه تبذير المال وإن لم يكن صغيرا حجر عليه، وتصرفاته تقع فاسدة.

ويشترط رفع الحجر عن هؤلاء عندما يزول الصغر، ويؤنس منهم الرشد، والذي يقوم بذلك هو الولي الذي يملك سلطة الحجر على الصغير والمجنون والمعتوه، فيمنعهم من البيع والشراء وسواهما بعد أن يقدم أدلة يقدرها القاضي، مستعينا في إثبات أسباب الحجر بأهل الخبرة. فيحجر على السفیه باتفاق المذاهب¹ كما يحجر على الصبي والمجنون وإن اختلف رأيهم في بعض أحكامه بناء على اختلافهم في مفهوم السفه ذاته²، فيحجر القاضي على السفیه الذكر البالغ الذي تحقق سفهه قبل الحجر عليه، وثبت تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع والعقل³.

كما يحجر على المريض مرضا مميتا يعجزه عن القيام بأعماله المعتادة، فيمنع من التصرف في ثلثي ($\frac{2}{3}$) أمواله على وجه التبرع، إلا إذا أذن له الورثة بذلك، ويلحق بالمريض من كان في حكمه كالمشارك في الحرب، والمحبوس لقتل ثبت عليه ببينة أو إقرار، والمغل الذي لا يهتدي إلى التصرفات الربحية، والحامل إذا بلغت ستة أشهر، كل هؤلاء محجور عليهم لورثتهم فيما زاد على الثلث في التبرع كهبة وصدقة ووقف ووصية⁴.

الفرع الثاني/ إجراءات الحجر على الشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية

القاضي لا يمكنه بأي حال من الأحوال أن يمارس سلطاته، إلا بعد أن يمارس الشخص الحق المخول له دستورا، والمتمثل في حرية اللجوء إلى القضاء وذلك بموجب قواعد إجرائية تمكنه من تفصيل القواعد الموضوعية المقررة لحقوقه حتى تتحقق الحماية القضائية لها⁵،

¹ أبي الحسن الراشدي المرغيناني، مرجع سابق، الجزء 7، ص 318؛ أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، القاهرة، دار المعارف، الجزء 3، دون سنة نشر، ص 383؛ أبو القاسم محمد بن جزي الغرناطي، مرجع سابق، ص 211.

² بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 104.

³ العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 203.

⁴ المرجع نفسه، ص 204.

⁵ تنص المادة (139) من القانون رقم (438/96) المؤرخ في 1996/12/07 المتضمن التعديل الدستوري لسنة 1996، الجريدة الرسمية العدد (76)، المؤرخة في 1996/12/08.

وتوقيع الحجر على فاقد الأهلية أو ناقصها يقتضي صدور حكم بناء على دعوى ترفع إلى المحكمة المختصة تتضمن طلب توقيع الحجر.

إن دعاوى الحجر تتميز عن الدعاوى العادية بأنها ترمي لا إلى المطالبة بحق عيني أو شخصي بل إلى فرض تدبير حماية على شخص معين، فالهدف من إقامتها التحقق من حالة معينة لمعرفة ما إذا كانت تستوجب حماية أم لا¹، وتوقيع الحجر على فاقد الأهلية أو ناقصها يقتضي صدور حكم بناء على دعوى ترفع إلى المحكمة المختصة تتضمن طلب توقيع الحجر. ودعوى الحجر تقام أمام قسم شؤون الأسرة للمحكمة المختصة إقليميا²، حيث أن توقيع الحجر على الأشخاص يكون برفع دعوى أمام القضاء وفقا للقواعد العامة المقررة في رفع الدعاوى طبقا للمواد (12) و(13) وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وترفع الدعوى أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة التي يقع بدائرتها موطن أو إقامة الشخص المطلوب الحجر عليه طبقا لنص المادة (08) من نفس القانون، وفي هذا الصدد تنص المادة (103) من قانون الأسرة: "يجب أن يكون الحجر بحكم .."، وتنص المادة (102) من نفس القانون "يكون الحجر، بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة".

كما تقضي الفقرة (2) من المادة (103) بأنه: "للقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر"، وتنص المادة (104) أيضا من قانون الأسرة على: "إذا لم يكن للمحجور عليه ولي، أو وصي وجب على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدما لرعاية المحجور عليه..."، وتنص المادة (105) من قانون الأسرة على أنه: "يجب أن يمكن الشخص الذي يراد التحجير عليه من الدفاع عن حقوقه وللمحكمة أن تعين له مساعدا إذا رأت في ذلك مصلحة"، وتنص المادة (106) أيضا أنه: "الحكم بالحجر قابل لكل طرق الطعن ويجب نشره للإعلام"³.

فلا بد للقاضي أن يتأكد من فقدان الأهلية أو عدم اكتمالها للشخص المطلوب الحجر عليه، أو إذا ادعى أحد المتعاقدين نقص أهليته بغرض التوصل إلى إبطال العقد كان عليه

¹ نزيه نعيم شلالا، دعاوى الحجر والتسفيه والعتة (دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية)، مرجع سابق، ص 15.

² يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص 154

³ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

إثبات هذا الادعاء، فإذا أقام الدليل على ادعائه كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، لا يقبل من الطرف الآخر أن يحتج أنه كان يعتقد أن من يتعاقد معه كامل الأهلية¹، ويجب أن تكون أسباب الحجر ظاهرة ومعروفة أثناء صدور التصرف، ويتم إثبات ذلك بجميع وسائل الإثبات، وللقاضي سلطة تقديرية في اعتبار أسباب الحجر معروفة من عدمه².

أولاً/ الأشخاص المخولين لرفع دعوى الحجر

تعد دعوى الحجر من أهم الدعاوى كونها مرتبطة بأهلية الأشخاص، فهي تهدف إلى طلب معين وهو الحجر على الشخص المطلوب الحجر عليه، وبالتالي فقد نص المشرع الجزائري في المادة (102) من قانون الأسرة على ما يلي: "يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة"³، فمن خلال قراءة هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري أعطى الحق في رفع دعوى الحجر لكل من أقارب الشخص المطلوب الحجر عليه أو من له مصلحة، أو النيابة العامة، وكل هؤلاء افترض فيهم القانون أن تكون لهم مصلحة وبالتالي تشبه المصلحة هنا تلك الواجب توفرها في أي دعوى قضائية على أن لدعوى الحجر خصوصياتها.

أ/ الأقارب: تنص المادة (102) من قانون الأسرة على أن للأقارب الحق في رفع دعوى الحجر على من اعترض أهليته عارض من العوارض وهي كما ذكرنا الجنون أو العته أو السفه أو الغفلة ولكن المشرع الجزائري لم يحدد بدقة معنى الأقارب فوردت العبارة عامة⁴، وهذا ما يفيد

¹ كمال حمدي، *الولاية على المال*، مرجع سابق، ص 421.

² لحسين بن شيخ آث ملويا، *قانون الأسرة نصا وشرحا المعدل والمتمم بموجب الأمر (02/05) المؤرخ في 27 فيفري 2005 (دراسة تفسيرية)*، مرجع سابق، ص 105.

³ قانون الأسرة الجزائري، *مصدر سابق*.

⁴ وينقسم الأقارب إلى عدة فئات ولقد نص القانون المدني تباعا على ما يلي: تنص المادة (32) من القانون المدني: "تتكون أسرة الشخص من ذوي قرابه ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد؛ وتنص المادة (33) على: "القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع وقرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعا لآخر"، وتنص المادة (34) من نفس القانون "يراعى في ترتيب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل ما عدا هذا الأصل، وعند ترتيب درجة الحواشي تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك، ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة"، وتنص المادة (35) أيضا على أنه: "تعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر". يراجع: القانون المدني الجزائري، *مصدر سابق*.

أن كل من تتوفر فيهم صفة الأقارب لهم الحق في رفع دعوى الحجر لأنها تهدف لحماية المطلوب الحجر عليه في ماله، بالتالي فالأقارب هم أقرب الناس لمن اعتراه عارض من عوارض الأهلية وأولى برعاية شؤونه وحفظ أمواله من الضياع، وربما يكون في الأقارب وجود نوع من الشفقة على المحجور عليه لا يمكن إيجادها عند غيرهم من الأشخاص، فهم أعلم الناس بحال من يعيش معهم فإذا كان مجنوناً، معتوهاً، سفيهاً أو مغفلاً.

ب/ من له مصلحة: نص قانون الأسرة في المادة (102) على أنه: "يكون الحجر بناء على ... أو ممن له مصلحة..."، يتبين من نص المادة القانونية المذكورة أن المشرع الجزائري أعطى لكل من له مصلحة إمكانية رفع دعوى الحجر على كل من المجنون أو المعتوه أو السفيه أو ذي الغفلة وجعل في هذه الحالة المصلحة مناط دعوى الحجر. وبالتالي يكون المشرع قد أكد القاعدة القانونية التي قررها بموجب المادة (459) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن المصلحة شرط من شروط رفع الدعوى، وقبولها مرهون بتوفر هذا الشرط.

ويفهم من عبارة "من له مصلحة" أن تكون مصلحة المدعي متعلقة بالحفاظ على مال المطلوب الحجر عليه من الضياع لوجود حق أو مركز قانوني يتعلق بتلك الأموال فضياع مال الشخص المراد الحجر عليه يترتب عليه ضياع مصلحة المدعي، لذلك فرفع يد المراد الحجر عليه على أمواله من طرف القضاء وإعطاء الولاية عليه لشخص آخر غير المحجور عليه هو المقصود من دعوى الحجر وهي مصلحة المدعي التي يقصدها المشرع، فمصلحة المدعي هنا هو حفظ حقوقه المالية المتعلقة بمال المراد الحجر عليه.

ج/ النيابة العامة: المشرع الجزائري خول للنيابة العامة بموجب القانون إمكانية رفع بعض الدعاوى أمام القضاء المدني وبالتحديد قضاء الأحوال الشخصية إذ نص على أن للنيابة العامة أن ترفع دعوى الحجر وجعل لها صفة في هذه الدعوى، وبالتالي جعلها هنا طرفاً أصلياً في

هذه الدعوى أي تكون مدعية في الدعوى والمدعى عليه يكون الشخص المطلوب الحجر عليه¹.

حيث منح القانون النيابة العامة سلطة تقديم طلب كتابي إلى المحكمة بقصد تعيين مقدم للسهر على مصالح من هو فاقد الأهلية أو ناقصها أو بقصد الحكم بالحجر على من بلغ سن الرشد وكان مجنوناً أو سفيهاً أو معتوهاً².

وبالتالي عندما تعمل النيابة العامة كطرف أصلي فهي تأخذ بذلك مركز الخصم في الخصومة المدنية، بحيث تصبح تتمتع بجميع حقوق الخصم فلها توجيه سير الخصومة وإبداء الطلبات والدفع وتقديم الأدلة ولها الحق في الطعن في الحكم الصادر في الدعوى لغير صالحها³.

فالقانون أعطى للنيابة العامة سلطة رفع دعوى الحجر، وذلك من أجل حماية الشخص الذي يصيبه عارض من عوارض الأهلية، وبالتالي يحق للنيابة كونها تمثل المجتمع، وتهدف إلى حماية مصالحه أن تحمي أموال المراد الحجر عليه من الضياع باعتباره فرداً من أفراد المجتمع وبذلك تكفل الحماية للمحجور عليه نفسه من ضياع أمواله، وكذلك تحفظ حق الغير الذي ترتبط حقوقه المالية بمال المراد الحجر عليه.

ولكن ما يمكن قوله في هذا الصدد أنه يعاب على المشرع الجزائري رغم إعطائه النيابة العامة الصفة في رفع دعوى الحجر، لم يبين دور النيابة وصلاحياتها في هذا المجال، ولا الإجراءات الواجب إتباعها لرفع دعوى الحجر من طرفها، فيما أن النيابة العامة هنا تكون

¹ المادة (114) من قانون الأسرة تنص على أنه: "يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة، أو النيابة العامة؛ كما تنص المادة (102) من قانون الأسرة على: "يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة؛ وتنص المادة (37) من الأمر رقم (86/70)، المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المعدل والمتمم بالأمر (01/05) المؤرخ في 27 فبراير 2005 الجريدة الرسمية رقم (15)، المتضمن قانون الجنسية، على أنه: "... وتعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون".

² عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، الجزائر، دار هومة، 2012، ص 175.

³ عمر زودة، طبيعة دور النيابة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة (الأمر 02/05)، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، 2005، ص 36.

مدعية باعتبارها طرفاً أصلياً هل يتم ذلك بإيداع عريضة طبقاً لأحكام نص المواد (12) و(13) وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بمحض إرادتها ومن تلقاء نفسها، وذلك من طرف وكيل الجمهورية باعتباره ممثلاً للنياية العامة على مستوى المحكمة، أم بناء على طلب يقدم إليها؟، ويطرح السؤال أيضاً كيف يتم علم النياية العامة بحالات انعدام الأهلية أو نقصها حتى يتسنى لها رفع الدعوى؟.

وعلى غرار ذلك أعطى المشرع المصري للنياية العامة حق رفع دعوى الحجر، ولكن لإمكانية علم النياية العامة بهذه الحالات فإنه ألزم قانوناً بعض الفئات بالإبلاغ عن حالات فقد أهلية أحد الأشخاص أو غيابه فقرر الحالات التي ينبغي الإبلاغ عنها للنياية العامة وهي:

1/ وفاة كل شخص عن حمل مستكن أو قصر أو عديمي الأهلية أو ناقصيها أو غائبين.

2/ وفاة الولي أو الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب.

3/ فقد الشخص لأهليته وغيابه.

4/ انقضاء مدة الحمل المستكن وانفصاله حياً أو ميتاً¹.

وفي هذا الصدد نصت المادة (979) من قانون المرافعات المصرية على أنه: "... ويجب على الأقارب البالغين كذلك أن يبلغوا عن فقد أهلية أحد أفراد الأسرة أو غيابه إذا كان مقيماً معهم في معيشة واحدة. وعلى العمد ومشايخ الحارات أن يبلغوا ذلك إلى النياية العامة بالمحكمة التي يقع في دائرتها محل عملهم في ظرف أربع وعشرين ساعة من وقت إبلاغهم بذلك أو علمهم به"، كما نصت المادة (980) منه أيضاً على: "على الأطباء المعالجين ومديري المستشفيات والمصحات حسب الأحوال أن يبلغوا النياية العامة عن حالات فقد الأهلية الناشئة عن عاهة عقلية بمجرد ثبوت ذلك لديهم أثناء تأدية أعمالهم"، ونصت المادة (981) على: "الوصي على الحمل المستكن أن يبلغ النياية بانقضاء مدة الحمل أو بانفصاله حياً أو ميتاً"، ونصت المادة (983) من نفس القانون على أنه: "على السلطات الإدارية والقضائية أن

¹ كمال حمدي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 295 - 296 - 297 - 298.

تبلغ النيابة العامة عن حالات فقد الأهلية الناشئة عن عاهة عقلية بمجرد ثبوت ذلك لديها أثناء تأدية أعمالها¹.

وعليه، نرى أنه على المشرع الجزائري أن يذهب إلى ما حذا إليه المشرع المصري في ذلك بتعديل الفقرة الأخيرة من المادة (102) من قانون الأسرة، وذلك بإلزام بعض فئات المجتمع، كالأقارب والأطباء، بإبلاغ النيابة العامة عن حالات فقدان الأهلية أو نقصها لتتمكن من رفع دعوى الحجر وبسط حمايتها على المحجور عليهم.

ومن جهة أخرى، يمكن القول أن وضع المشرع الجزائري للنيابة العامة في موضع الطرف الأصلي في قضايا شؤون الأسرة هو وضع غريب وغير مستساغ لا من القضاة ولا من المحامين، حيث يكون قد أخرجها عن طبيعتها كمؤسسة أو كجهة قضائية اتهامية وأقحمها في قضايا مدنية تتعلق بالأحوال الشخصية دون أن يمنحها صفة المدعي أو المدعى عليها كما هو الحال في قانون الجنسية، ودون أن يمنحها صراحة صلاحية الطعن في الأحكام الابتدائية أمام جهات النقض أو الجهات الاستئنافية.

ونجد أن قضاة النيابة العامة يحضرون الجلسات ويقدمون الطلبات، ولكن حضورهم جسدياً فقد وطلباتهم كانت طلبات كتابية لا تشتمل على أية مناقشات قانونية وتكتفي فقط بعبارة "تطبيق القانون" وهي عبارة تستعمل في جميع أنواع الدعاوى التي تقام ضمن النزاعات التي يشملها قانون الأسرة².

¹ وقد ذهب المشرع المصري إلى أكثر من ذلك حين جعل لمخالفة هذه الالتزامات بالإبلاغ جزاءات قانونية وكل مخالفة لأحكام المواد (979)، (981) من قانون المرافعات يعاقب عليها بغرامة لا تتجاوز عشرة جنيهات وقد تصل العقوبة إلى الحبس لمدة سنة وبغرامة مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، وبهذا يكون المشرع المصري قد ضمن إمكانية علم النيابة العامة بكل حالات فقد الأهلية أو نقصها وحتى حالات فقدان، وهو ما يمكن النيابة العامة من ممارسة دورها في حماية هذه الفئات وحماية أموالهم من الضياع. يراجع: القانون رقم (77) لسنة 1949، المؤرخ في 03/07/1949، بشأن إصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية، جمهورية مصر العربية.

² عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، مرجع سابق، ص 173 - 174.

ثانيا/ وجوب تمكين الشخص المطلوب الحجر عليه من الدفاع

كفل المشرع الجزائري في قانون الأسرة للمراد الحجر عليه عناية خاصة نظرا لكون هذا الشخص ضعيفا في نظر القانون ويحتاج الدفاع عن مصالحه لذلك تنص المادة (105) منه على ما يلي: "يجب أن يمكن الشخص الذي يراد التحجير عليه من الدفاع عن حقوقه وللمحكمة أن تعين له مساعدا إذا رأت في ذلك مصلحة".

فقبل الفصل في طلب الحجر، يجب على القاضي تمكين المراد التحجير عليه من تقديم ملاحظاته وأوجه دفاعه بنفسه أو بواسطة دفاعه، وللمحكمة أن تعين له مدافعا ممثلا في قاضي شؤون الأسرة إذا تبين لها بأنه غير قادر على الدفاع عن مصالحه ووجهة نظره¹.

فيقوم القاضي بتعيين محام يتأسس في حق المطلوب الحجر عليه بصفة تلقائية في الجلسة ليتابع القضية إلى غاية صدور الحكم فيها، أو أن القاضي يقوم بمراسلة نقابة المحامين من أجل تعيين محامي²، وفي هذا الصدد ذهبت المحكمة العليا إلى أنه يجب على القاضي قانونا تعيين محامي للدفاع عن الشخص المطلوب الحجر عليه³، فالقاضي ملزم طبقا لقانون الأسرة من تمكين الشخص المطلوب الحجر عليه من الدفاع عن حقوقه وتعيين مساعد له يتمثل عادة في محام في إطار المساعدة القضائية⁴.

¹ لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا المعدل والمتمم بموجب الأمر (02/05) المؤرخ في 27 فيفري 2005 (دراسة تفسيرية)، مرجع سابق، ص 104.

² وأشارت المادة (483) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه في حال عدم وجود محامي إلى جانب الشخص المراد القوامة عليه يعين له القاضي محاميا بصفة تلقائية في الجلسة وذلك بالتنسيق مع نقيب المحامين بوضع قائمة، ويتم تعيين المحامين المذكورين في هذه القائمة بشكل دوري كلما دعت مقتضيات التعيين التلقائي وهو الغالب في قضايا الحجر، وقد يكون بمنح أجل قصد تعيين محام بصفة تلقائية وتتم العملية بالتنسيق بين ممثل المحامين على مستوى المحكمة وقاضي قسم شؤون الأسرة عن طريق الكاتب. وهذا كله للدفاع عن مصالح البالغين ناقصي الأهلية وفاقديها، إلا أن التمثيل في هذه الحالة لا يقع تحت طائلة عدم القبول، كما هو الشأن أمام الدرجة الثانية، وإنما نص عليه المشرع لضمان حقوق ناقصي الأهلية أو فاقديها. يراجع: محمد بشير، إجراءات القوامة على البالغين غير كاملي الأهلية وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد الحادي عشر، العدد الرابع، 2018، ص 60-61.

³ قرار رقم (336017) بتاريخ 2005/07/13، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2005، ص 331، عن جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، الجزء 3، ص 1286.

⁴ المادة (105) من قانون الأسرة، مصدر سابق.

وغالبا ما يكون القاضي مضطرا إلى الأمر بخبرة قضائية في إطار البحث عن أسباب الحجر خاصة الجنون أو العته، لأن اكتشافهما لا يسهل للقاضي إلا بعد اللجوء إلى الخبرة الفنية لأطباء مختصين، لأن طبيعة الدعوى تتطلب ذلك¹.

وفي حالة ما إذا كانت دعوى الحجر مؤسسة على سبب آخر غير السببين السابقين كالفقه والغفلة، فإثبات توفرها في الشخص المراد الحجر عليه لا يتطلب الأمر بإجراء خبرة طبية لصعوبة إثباتهما عن طريق الكشف الطبي، غير أنه يمكن للقاضي أن يأمر بإجراء تحقيق قضائي طبقا لنص المواد من (75) إلى (90) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وله في هذا الشأن أن يستدعي كل من يرى فائدة في سماع أقواله، مثل أقاربه أو من تعامل معه معاملة تجارية كزوجته ووالديه وحتى جيرانه للبحث عن مدى توفر حالة السفه أو الغفلة².

ووفق قانون الأسرة أيضا فإن للقاضي أن يعين خبيرا طبيا يتأكد من وجود أسباب الحجر وعدم الإلزامية يعني أن القاضي يمكنه أن يحكم بالحجر مباشرة دون اللجوء إلى الخبرة³، إذ تنص المادة (301) من قانون الأسرة: "يجب أن يكون الحجر بحكم، وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر"، والخبير الذي تعينه المحكمة ليس مجرد خبير، بل يجب أن يكون مختص في الأمراض العقلية أو النفسية، ولا يمكنها تعيين الأطباء العاديين، وذلك من أجل إثبات علة الشخص المراد الحجر عليه بصفة دقيقة⁴.

والخبرة إجراء يقصد به الحصول على المعلومات الفنية في المسائل التي قد تعرض على القاضي ولا يستطيع العلم بها، والقاعدة أن ندب الخبير يعتبر أمرا جوازا للقاضي، فهو غير ملزم بإجابة طلب الخصوم في ندب خبير، فله أن يرفضه إذا رأى أنه في غير حاجة للاستعانة

¹ معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، دار الوفاء، الطبعة الرابعة، الجزء الثاني، 1988، ص 981.

² شيكر ريمة، مرجع سابق، ص 54.

³ حسب نص المادة (103) من قانون الأسرة؛ كما تنص المادة (486) من القانون رقم (09/08)، المؤرخ في 25 فبراير 2008، الجريدة الرسمية رقم (21)، المؤرخة في 2008/04/23 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "... ويمكنه قبل اتخاذ القرار أن يأمر بخبرة طبية لتحديد الحالة الصحية للمهني وذلك بأمر ولائي".

⁴ قرار رقم (365226) بتاريخ 2006/07/12، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2006، ص 477، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، الجزء 2، ص 919.

برأي الخبير، أو كان قد تبين حقيقة لموضوع الخبرة من عناصر الدعوى، ولكن عليه أن يسبب رفضه في نذب الخبير وإلا كان الحكم معيباً¹.

هذا، وفي حالة إصدار حكم قبل الفصل في الموضوع بتعيين خبير يقوم المدعي باستصدار الحكم ويسعى لتنفيذ الخبرة، وبعد أن يوضع الخبير الخبرة بأمانة ضبط القسم المختص، يطلع عليها المدعي فإن وافقت طلبه أعاد السير في الخصومة بموجب عريضة ترجيع أمام نفس القسم يطلب فيها إفراغ الحكم الصادر قبل الفصل بالموضوع بتعيين خبير والمصادقة على الخبرة المقدمة والحكم بالحجر على المدعى عليه، وإذا كانت الخبرة عكس ما يطلبه المدعي كان له أن يطلب خبرة أخرى بعد إعادة السير في الخصومة.

وكما قلنا، الخبرة التي يقدمها الخبير القضائي غير ملزمة للقاضي وإنما هي على سبيل الاستئناس والاستدلال فله أن يأخذ بها أو يرفضها، وله الموافقة على طلب خبرة جديدة².

فبخصوص ما تعلق بتقدير حالة المراد الحجر عليه الموجبة للحجر، نصت المادة (486) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يمكن للقاضي تلقي آراء أعضاء العائلة قبل الفصل في الطلب المقدم إليه. ويمكنه قبل اتخاذ القرار أن يأمر بخبرة طبية لتحديد الحالة الصحية للمعني وذلك بأمر ولائي"، وذلك وفق إجراءات وآليات قانونية.

والآلية هنا تعني أمين الضبط الذي عليه تدوين كل ما يقال أو يقترح بقاعة السماع من قبل الأشخاص المستدعين لذلك الغرض، تحت إشراف القاضي، والآلية هنا تعني كذلك القاضي المعني بالفصل في مسألة التقديم، الذي عليه إن أراد ذلك طبعاً بالاستناد إلى ظروف وملابسات الملف المطروح بين يديه أن يأمر بسماع الأطراف ذات الصلة، كما له أن يبادر

¹ نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، عين مليلة- الجزائر، دار الهدى، 2008، ص 201.

² محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية)، مرجع سابق، ص 65-66.

إلى انتداب طبيب للوقوف على حقيقة المرض أو العاهة التي يعاني منها الشخص المعني بالتقديم، فالأمر إذن يخضع للسلطة التقديرية للقاضي¹.

ومن بين الضمانات الفعالة في حماية الشخص المحجور عليه قابلية الحكم (الذي سماه المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالأمر الولائي) للطعن فيه بالاستئناف خلال (15) يوما من التبليغ الرسمي للأطراف ومن تاريخ النطق بالحكم (الأمر) بالنسبة للنيابة العامة، كما نجد نشر حكم الحجر ضمانا أخرى تحمي المحجور من التعامل مع من يعلم بحالته ويبتز أمواله، فتقع تلك التصرفات باطلة لصالحه، وأيضا إعلام من له مصلحة في إزالة الحجر عنه، وقد استوجب المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية التأشير على هامش عقد ميلاد المعني في سجلات الحالة المدنية بمنطوق كل حكم أو أمر يصدر بخصوص المحجور عليه².

الفرع الثالث/ إنهاء الحجر على الشخص الذي أصيب بإحدى عوارض الأهلية

على الرغم من أن القواعد المنظمة لأحكام الحجر هي قواعد آمرة تتعلق بالنظام العام إلا أن الحكم بتوقيع الحجر ليست له قوة الشيء المقضي فيه، فمتى ثبت لدى المحكمة أن المحجور عليه قد تحسنت حالته وزال عنه السبب الموجب للحجر عليه فلها أن ترفع عنه الحجر، كما أن رفض توقيع الحجر لا يمنع من إعادة النظر في طلب توقيع الحجر عليه وإن كان الحكم برفض توقيع الحجر له قوته بالنسبة لأهلية الشخص المطلوب الحجر عليه إذ يعد متمتعا بالأهلية كما كان من قبل حيث التعامل مع الغير ومما يترتب على هذا التعامل من أثر³، فمن المقرر قانونا أن حكم الحجر ملزم لسبب وجوده يرتبط به وجودا وعدما، فإذا توفر السبب أوجب الحكم وإذا زال السبب بالتالي يزول الحكم. فالمفترض في أسباب الحجر أو

¹ سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (القانون رقم 09/08)، عين مليلة-الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الأول، 2011، ص 659.

² محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية)، مرجع سابق، ص 66.

³ عاهد أحمد أبو العطا، الحجر على الصغير والمجنون والسفيه وتطبيقاتهما في المحاكم الشرعية، مذكرة ماجستير، قسم القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية غزة، السنة الجامعية 2010/2009، ص 43-44.

عوارض الأهلية أنها طارئة تكون مؤقتة وليست دائمة، من ثم يمكن أن تزول عن الشخص الذي اعترت أهليته¹.

أولا/ رفع الحجر عن الصغير: يرتفع الحجر عن الصغير بالبلوغ، وتصبح أهليته كاملة، ولكن لا تدفع إليه أمواله إلا بعد ثبوت رشده².

وبالرجوع إلى نصوص القانون نجد أن الحجر يرفع عن الصغير جزئيا إذا كان مميزا، وذلك وفقا للمادة (83) من قانون الأسرة التي نصت على أنه: "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 للقاضي"، علما أن القانون المدني الجزائري نص على سن التمييز بست عشرة (16) سنة كاملة.

وعليه فقد نصت المادة (84) من قانون الأسرة الجزائري أن: "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبطل ذلك".

هذا وقد يرفع الحجر نهائيا عن الصغير إذا بلغ سن الرشد حين تكتمل أهليته، وهذا ما نصت عليه المادة (86) من قانون الأسرة الجزائري أن: "من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة (40) من القانون المدني"³.

ثانيا/ رفع الحجر عن المجنون: سبب الحجر على المجنون كونه مسلوب العبارة، فاقد لأهلية التصرف وذلك بما اعتري عقله لأنه مناط التكليف، وإن المجنون يزال عنه الحجر بإفاقته وهذا

¹ حيث تنص المادة (108) من قانون الأسرة على أنه: "يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه".

² صبحي محمصاني، مرجع سابق، ص 115.

³ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

في حالة ما إذا كان الجنون طارئاً بعد البلوغ لأنه كان على الرشد، أما إذا كان الجنون قبل بلوغه، فلا يرفع عنه الحجر إلا بعد إثبات الرشد¹.

هذا، ونصت المادة (85) من قانون الأسرة الجزائري أن تصرفات المجنون تعتبر غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، وبالتالي فالحجر على تصرفات المجنون لا يسري إلا في المدة التي يكون فيها مصاباً بالجنون فإذا زال سبب الحجر وهو الجنون فإنه يمكن رفع الحجر وإنهاؤه وفقاً للمادة بناء على طلب المحجور عليه الذي يقدمه للمحكمة للبحث فيه²، كما نصت المادة (108) من قانون الأسرة على أنه: "يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه".

ثالثاً/ رفع الحجر عن المعتوه: يرفع الحجر عن المعتوه بحكم قضائي وذلك إذا زال سببه وهو العته وفقاً لنص المادة (108) من قانون الأسرة الجزائري.

رابعاً/ رفع الحجر عن السفه: يرفع الحجر قانوناً عن السفه ويشترط فيه حكم القاضي، وذلك بعد التأكد من زوال السفه، فمتى ظهرت عليه علامات الرشد وحسن التصرف في أمواله يرفع عنه الحجر وفقاً للمادة (108) من قانون الأسرة الجزائري.

خامساً/ رفع الحجر عن ذي الغفلة: يحجر على ذي الغفلة بسبب غفلته وإن كان بالغاً عاقلاً، ويرفع عنه الحجر بزوال غفلته، وذو الغفلة قانوناً يلحق بالسفيه فمتى زال سبب الحجر عليه من غفلته فإن الحجر يرفع عنه بحكم قضائي، ومتى اهتدى إلى التصرفات الرابحة من غيرها رفع الحجر عنه وفقاً للمادة (108) من قانون الأسرة الجزائري³.

ومن آثار الحجر أن تصرفات المحجور عليه تعتبر باطلة بعد صدور الحكم القاضي بالحجر وحتى أنه يمكن الحكم بإبطال تصرفاته قبل صدور الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وقائمة وقت صدورها⁴.

¹ نصر سلمان، أسباب الحجر المبطله للتصرفات المالية في المذهب المالكي، مجلة الإحياء، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة 1، العدد التاسع، 2005، ص 159.

² بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 117 - 118.

³ المرجع نفسه، ص 119 - 120.

⁴ يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص 155.

ويكون رفع الحجر ذلك بنفس الإجراءات المقررة لتوقيعه رغم أن المشرع الجزائري لم يذكر ذلك صراحة في قانون الأسرة الجزائري، ولم يفصل في كيفية مباشرة هذه الإجراءات محيلاً بذلك إلى القواعد العامة وخاصة للإجراءات المتبعة في رفع دعوى الحجر، واكتفى بالنص في المادة (108) من قانون الأسرة على ما يلي: "يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه".

وما نستنتج من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قصد "بطلب المحجور عليه" الدعوى التي يرفعها هذا الأخير من أجل رفع الحجر عنه، والتي تنتهي بصدور حكم من القاضي إما برفعه أو برفض الطلب.

ونجد في هذا الصدد أن المشرع المصري تبنى هذا الرأي في المادة (65) من قانون الولاية على المال والتي تنص على ما يلي: "يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعتة أو للسفه أو الغفلة ولا يرفع الحجر إلا بحكم"¹، كما أن المادة (113) من القانون المدني المصري تنص أن: "المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهم وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون"²، فالمشرع المصري كان أدق وأوضح من المشرع الجزائري.

ورغم ذلك يمكن أن نستنتج أنه في حالة رفع الحجر نتبع نفس إجراءات توقيع الحجر حيث يشترط المشرع الجزائري طلب من المحجور عليه الذي تعافى من العارض الذي أصاب أهليته، ويقوم القاضي بنفس العملية، في إطار سلطته التقديرية، فيما يخص التحقق من زوال سبب الحجر، ففي حال الجنون والعتة يستعين بالخبرة كما نصت عليه المادة (103) من قانون الأسرة، كما ذكرنا سابقاً وفي السفه والعتة يلجأ القاضي إلى التحقيق بالاستعانة بالشهود.

كما لم يذكر المشرع الجزائري إلى جانب ذلك أن الحكم برفع الحجر يجب أن ينشر ولكن نحن نعتبر أنه من المنطق أن يتم نشره لأن حكم الحجر ينشر لمعرفة الجمهور بعلة الشخص

¹ قانون الولاية على المال لجمهورية مصر العربية، مصدر سابق.

² القانون المدني المصري، مصدر سابق.

فمن البديهي أنه إذا ثبت زوال علته وتم صدور حكم برفع الحجر وجب نشر الحكم برفعه بنفس إجراءات نشر الحكم بالحجر لحماية لمصلحة المحجور عليه في تعامله مع الغير.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك من الفقهاء من يعتبر أحكام الحجر من النظام العام، وأن كل اتفاق يخالف القانون بشأنها يقع باطلا، فالمحكمة تقرر رفع الحجر عن الشخص ولو لم يطلب ذلك، بل وحتى لو عارض فيه، إذ أن الأصل هو إطلاق حرية الأشخاص في التصرف في أموالهم ولا يكون التدخل بتوقيع الحجر إلا بتوافر ما يستدعي ذلك.

والمشرع الجزائري لم يبين موقفه من هذه النقطة ولم يعتبر أنه بإمكان المحكمة أن تقرر الحجر على شخص ما، أو أن ترفعه عنه من تلقاء نفسها¹، فيكون هذا الحكم مثل الذي قضى بالحجر، قابلا لمخاصمته بجميع طرق الطعن، ويجب أن ينشر للإعلام بنفس طرق توقيعه².

وفي هذا الصدد ينبغي تعديل المادتين (105) و (106) من قانون الأسرة على النحو التالي:

- المادة (105): يكون الحكم الصادر بقبول الحجر أو رفضه أو رفعه قابلا للاستئناف خلال (15) يوما من تاريخ تبليغه بالنسبة للمحجور عليه وطالب الحجر، ومن تاريخ النطق به بالنسبة للنياية العامة.

- المادة (106): تكون الأحكام القضائية النهائية المتعلقة بقبول الحجر ورفضه محل إشهار في جريدة يومية ويؤشر بها على هامش ميلاد المعني في سجلات الحالة المدنية بسعي من النياية العامة.

وخلاصة القول إن الحجر على من أصيب بعارض من عوارض الأهلية يستهدف مصلحتين؛ مصلحة عامة ومصلحة خاصة ترجع كلها إلى حفظ مال من لا يستطيع المحافظة على أمواله، وذلك بفرض القوامة عليه وإخضاعه لإشراف من له حق الولاية على المال.

¹ عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص 170.

² لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا المعدل والمتمم بموجب الأمر (02/05) المؤرخ في 27 فيفري 2005 (دراسة تفسيرية)، مرجع سابق، ص 105.

وطلب الحجر هو طلب شخصي لصيق بإنسان موجود على قيد الحياة ولا يجوز توجيهه إلى خلفه العام، فالحجر يتحقق على الشخص الذي اعتراه عارض من عوارض الأهلية -كما سبق بيانه-، إما على فاقد الأهلية إذا كان سبب الحجر الجنون أو العته أو ناقصها إذا كان سبب الحجر السفه أو ما في حكمه، ومن أهم الآثار المترتبة عن الحجر وفقا للمادة (104) من قانون الأسرة تعيين ولي أو وصي أو مقدم وهو ما تنص عليه المادة (81) من ذات القانون.

بالإضافة إلى أن التبرعات التي يجريها المحجور عليه لا ترتب نفس الآثار القانونية في مواجهته أو في مواجهة الغير ومن ثم يكون له الإشراف على ماله لا غير، ولتبيين ذلك وجب تفصيله في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

النيابة الشرعية على مال الشخص الذي أصيب بإحدى عوارض الأهلية في عقود التبرعات

بسبب انعدام أو نقص الأهلية يكون الشخص عاجزا عن ممارسة التصرفات القانونية بنفسه، ففي هذه المرحلة لا يستطيع تمييز ما في مصلحته، نظرا لنقصان أو عدم اكتمال عقله ورشده، ولا يجوز تركه يتصرف في أمواله، بما يجعله عرضة لخسارتها وهدفا لضعاف النفوس من أفراد المجتمع، ومن هنا كان لابد من ضوابط تحد من تصرفاته المالية، ومن هذه الضوابط فرض النيابة الشرعية عليه؛ حتى يقوم النائب بحفظ أمواله أو إدارتها، وصيانة حقوقه وحمايتها.

في الواقع العملي هناك أشخاص ليست لهم القدرة على إبرام التصرفات القانونية ورعاية مصالحهم، وهؤلاء هم ناقصو الأهلية وعديموها والممنوعون من التصرف لأسباب شتى، أو من يتعذر عليهم التعبير عن إرادتهم، فيقيم القانون نوابا عنهم لحماية مصالحهم وإبرام التصرفات القانونية نيابة عنهم، بصفة ولي أو وصي أو قيم وما إلى ذلك¹.

وقد يطلق على هذه النيابة بالنيابة الضرورية، ذلك أنها وجدت لضرورة تتمثل في عجز الأصيل عن القيام بالتصرفات القانونية²، ومصدر هذا النوع من النيابة هو القانون إذ لا دخل

¹ علي عبد العالي الأسدي، مرجع سابق، ص 28.

² المرجع نفسه، ص 28.

لإرادة الأصيل في إنشائها، ولا في تعيين شخص النائب بل إن تلك الإرادة في معظم صور النيابة القانونية معدومة أو ناقصة في ذاتها¹.

وتعيين شخص النائب في هذا النوع من أنواع النيابة قد يتولاه القانون مباشرة كما في ولاية الأب والجد، وقد يتولى القضاء تعيين شخص النائب كما في الوصاية، لذلك أطلق عليها جانب من الفقه بالنيابة القضائية².

وقد عرف الفقهاء المسلمون النيابة القانونية وبحثوا في الولاية والوصاية وغيرها من تطبيقات هذه النيابة، والنيابة القانونية قد تستند إلى القانون بصورة مباشرة وقد يترك تعيين النائب إلى القاضي فتسمى نيابة قضائية³، والولاية في الفقه الإسلامي هي تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى⁴، وقد جرى العمل على قصر لفظ "الولاية: على الولاية الطبيعية أو الشرعية وهي للأب والجد الصحيح⁵، أما الولاية التي تصدر بأمر من القاضي فتسمى وصاية أو قوامة بحسب الأحوال تبعا لسبب فرضها⁶.

¹ محمد الشيخ عمر، القانون المدني السوداني (الالتزامات، العقد والإرادة المنفردة)، لبنان، مطبعة داغر، الجزء 1، 1392هـ/1973م، ص 99.

² محمد مختار القاضي، أصول الالتزامات في القانون المدني، القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، 1959، ص 114. حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن: "نيابة الولي عن القاصر هي نيابة قانونية ويتعين عليه حتى ينصرف أثر العمل الذي يقوم به إلى القاصر، أن يكون هذا العمل في حدود نيابته، أما إذا جاوز الولي هذه الحدود فإنه يفقد صفة النيابة ولا ينتج العمل الذي قام به أثره بالنسبة للقاصر ولا يجوز الرجوع عن هذا الأخير إلا بقدر المنفعة التي عادت عليه بسببها"، وقضت محكمة التمييز في العراق في قرار لها "إن الأب هو ولي جبري على ولده القاصر وهو الذي يتولى إبرام التصرفات القانونية نيابة عن محجوره". يراجع: حكم محكمة النقض المصرية في 31 يناير 1975، مجموعة أحكام محكمة النقض، الدائرة المدنية، المكتب الفني في محكمة النقض المصرية، (128)، رقم (64)، ص 310؛ قرار محكمة التمييز في العراق، رقم (3202/م 2002/1) في 2002/10/13. نقلا عن علي عبد العالي الأسدي، مرجع سابق، ص 30.

³ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي (نظرية السبب ونظرية البطلان)، مرجع سابق، الجزء 5، ص 221.

⁴ علاء الدين خروفيه، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959، بغداد، مطبعة العاني، الجزء 1، 1962، ص 189.

⁵ علي عبد العالي الأسدي، مرجع سابق، ص 30.

⁶ أحمد عبيد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون (الزواج والطلاق وآثارهما)، بغداد، مطبعة عصام، الجزء 1، 1977، ص 82.

فالنيابة القانونية هي التي يكون مصدرها الشرع، فالولي نائب عن محجوره بحكم الشرع، فالشرع إذن هو الذي يضيف عليه صفة النيابة، والقاضي نائب عن المحجور بحكم الشرع، وفي تزويج اليتامى، وعن المفلس في بيع ماله كذلك¹.

أما النيابة القضائية هي التي يكون مصدرها القاضي، فالوصي يعينه القاضي ويجعله نائباً عن المحجور عليه، وكذلك القيم والوكيل عن الغائب، وقد تولت سائر المذاهب الإسلامية وضع ترتيب لهذا النوع من الولاية بغية عدم التضاحم بين الأولياء على تولي أمور الصغار ومن في حكمهم من الكبار غير المكلفين فبينت مراتب الأولياء على المال².

وبالنسبة للجنين، فالذي عليه جمهور الفقهاء أن الجنين ليس له ولي ولا وصي، وإنما يجوز أن يعين له أمين يحفظ أمواله، فالولاية عموماً لا تثبت في الفقه الإسلامي إلا بعد الولادة، ولكن أجاز الفقهاء تعيين أمين لحفظ ما يوقف للجنين من استحقاق في الإرث أو الوصية أو الوقف انتظاراً لحين الولادة³.

غير أنه تجدر الإشارة إلى سكوت المشرع الجزائري عن مسألة الولاية أو الوصاية على الجنين، أي عن وجود النائب الشرعي فتركها مبهمة دون تحديد، وربما ترجع الحكمة في ذلك لعدم حرمان الحمل من مما قد يتبرع به له، بغية الحفاظ على مصالحه، وهي حكمة تتحقق في كل ما يعود عليه بالفائدة المحضة، دون تفرقة بين حق يتوقف على قبوله، وآخر لا يتوقف على ذلك، ويتولى وليه القبول نيابة عنه وتتم وفق الإجراءات العادية المعمول بها.

¹ توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين، الإسكندرية، منشأة المعارف، طبعة 1، 1962، ص 360-361.

² علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، مرجع سابق، الجزء 5، ص 155؛ شهاب الدين أبي العباس أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، الحاشية على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء 2، دون سنة نشر، ص 267.

³ أوان عبد الله الفيضي، مرجع سابق، ص 190.

هذا، وتعتبر النيابة الشرعية¹ من أولى وأهم الوسائل التي شرعها القانون للمحافظة على أموال ناقصي أو عديمي الأهلية، من أي تصرف يضر بهم ويفوت مصالحهم، فهي تعتبر ضمانات من ضمانات حماية حقوقهم يخضع لها وجوباً وفقاً لأحكام القانون².

فالبحت في كون النيابة الشرعية نظاماً لحماية تبرعات الشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية، يقتضي منا معرفة كيفية ممارستها والصلاحيات المفروضة على النائب الشرعي (المطلب الأول)، ثم التعرف على أسباب وآثار انتهاءها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

طبيعة النيابة الشرعية على الشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية في عقود التبرعات

النيابة الشرعية نظام أقرته الشريعة الإسلامية ونظمته القوانين الوضعية، ويقصد بها السلطة التي أقرها الشرع والقانون لفائدة النائب الشرعي³ على الأشخاص بسبب قصور في أهليتهم سواء بالانعدام أو النقصان، فيقع عليه بموجب هذه السلطة واجب الرعاية والحفاظ على أموال هذه الأشخاص وصلاحيات التصرف فيها وإدارتها حفظاً وتنمية واستثماراً، حيث يحل النائب الشرعي محل الشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية الذين يعانون من قصور في أهليتهم في إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها والمطالبة بالحقوق الناتجة عنها والتقاضي بشأنها

¹ النيابة الشرعية مصدرها الشرع الحنيف، فهو الذي ينظمها ويرتب درجات أشخاصها، وأولوية كل شخص منهم بهذه النيابة، فالأب مثلاً يستمد سلطته في الإشراف والتصرف في شؤون ابنه الصغير حتى يرشد من الشارع وليس من ابنه، ومثل الأب الأم في حضانتها لأطفالها إلى سن معينة "لأن الحضانة نيابة مصدرها الشرع كولاية الأب"، فهي نيابة إجبارية لا دخل للصغير في قبولها أو رفضها، وينفذ من له الولاية الشرعية في مال الصغير ونفسه اعتماداً على ما يتصف الولي من عطف وشفقة وطبقاً لما يسود من الأعراف. يراجع: بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 18.

² وذلك على عكس الحال في النيابة الاتفاقية، فقد يكون النائب قاصراً مثلاً، ومع ذلك يصح تصرفه نيابة عن الأصيل حيث أن الأثر القانوني ينتج في مواجهة الأصيل وليس النائب ويظهر ذلك جلياً في عقود الوكالة. يراجع: ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2004، ص 15.

³ النائب الشرعي قصد به جميع من يقوم بالنيابة القانونية عن الشخص عديم الأهلية، أو الشخص ناقص الأهلية، غير أن النائب الشرعي إذا أطلق قصد به الأب والأم والوصي والمقدم. أحمد نصر الجندي، شرح قانون مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق، ص 286.

والدفاع عنها، في إطار المفهوم العام للضروريات الخمس الواجب المحافظة عليها طبقاً للمبادئ الأساسية في الشريعة الإسلامية.

النيابة الشرعية عن القصر والمحجور عليهم هي سلطة ممنوحة من الشرع للنائب الشرعي سواء بصفة مباشرة أو بواسطة الوصاية أو بواسطة القضاء، تسمح له بالحلول محل القاصر والمحجور عليهم في التصرف عنهم في شؤونهم الشخصية والمالية، وليس للنائب الشرعي متى أسندت إليه هذه المهمة أن يتملص منها إلا بعذر مشروع.

ولمعرفة نظام النيابة الشرعية في عقود التبرعات، يقتضي منا الحال التعرف على أصحاب الحق في النيابة الشرعية على من أصيب بإحدى عوارض الأهلية وصلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته تجاه من أصيب بإحدى عوارض الأهلية.

الفرع الأول/ أصحاب الحق في النيابة الشرعية على من أصيب بإحدى عوارض الأهلية

نصت المادة (44) من القانون المدني أنه: "يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ضمن الشروط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون" والقانون المقصود هنا هو قانون الأسرة الجزائري الذي نظم النيابة الشرعية في صورها المذكورة في نص المادة (81) منه والتي جاء فيها: "كل من كان فاقد للأهلية أو ناقصها لصغر في السن أو لجنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون".

وبالعودة إلى نصوص هذه القانون، فإن ممارسة النيابة الشرعية على أموال ناقصي أو عديمي الأهلية قد تكون عن طريق كل الصور المذكورة أعلاه، لكن وفق شروط معينة، وحسب حالات خاصة، وضحتها هذه النصوص، تضاف إليها الكفالة¹، التي منح القانون فيها للكافل ولاية كاملة على القاصر في نفسه وماله.

¹ تنص المادة (166) من قانون الأسرة الجزائري أن: "الكفالة هي عبارة عن التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه ويتم بعقد شرعي". وتعتبر الكفالة إحدى صور الرعاية البديلة التي تعترف بها الشريعة الإسلامية للطفل الذي فقد رعاية والديه سواء كان معلوم أو مجهول النسب. ولقد اعتبر الفقه الإسلامي الكفالة التزام شخصي يصدر عن

ويشترط في النائب الشرعي ما يلي:

- أن يكون بالغاً، عاقلاً، رشيداً وأن يكون ذكراً
- أن لا يكون سكراناً أو مكرهاً أو هازلاً
- أن يكون معيناً وعالمًا بالنيابة
- أن يكون مسلماً، عدلاً
- أن لا يكون عدواً لمن ناب عنه
- أن لا يتعدد النائب¹.

أولاً/ من لهم الحق في النيابة الشرعية على من أصيب بإحدى عوارض الأهلية

1/ الولي: عندما تنعدم أهلية الإنسان أو تنقص فإنه يحتاج إلى شخص آخر كامل الأهلية يتولى رعاية مصالحه وشؤونه ويشرف عليها، وأن ينوب عنه في إجراء التصرفات والأعمال، ويسمى الشخص الذي يعهد إليه القضاء بالإشراف على الولد المميز وغير المميز ولياً، إذا كان الأب أو الأم أو الجد².

ويشترط في الولي أن يكون عاقلاً متمتعاً بأهلية أداء كاملة، فالقاصر لا ولاية له على نفسه، فلا تكون له ولاية على غيره بالأولى، فمن المقرر بأنه لا ولاية لمن لا تتوفر له أهلية التصرف في ماله³، ولا ولاية لصغير ولا لمجنون أو معتوه ولا لسفيه أو مغفل على غيره لأن كل منهم لا يستطيع النظر في مصالح نفسه فلا يكون أهلاً للنظر في مصالح غيره⁴.

=الكافل سواء كان رجلاً أو امرأة، لأنها تبرع منه مما يضيف عليها صبغة قانونية ودينية يبتغي بها وجه المولى عز وجل وعليه لا يستطيع إلزام غيره بها ولو كان زوجه مما يعني أن كفالة الزوجين للطفل تتطلب موافقتهم في الشريعة الإسلامية. يراجع: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 400؛ محمد بن أحمد الصالح، الطفل في الشريعة الإسلامية، القاهرة، مطبعة نهضة مصر، دون سنة نشر، ص 115-118.

¹ بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 23-24.

² العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 190.

³ محمد صبري الجندي، النيابة في التصرفات القانونية (دراسة في التشريعات والفقه الإسلامي من منظور موازن)، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1433هـ/2012م، ص 57.

⁴ جمعة سمحان الهلباوي، مرجع سابق، ص 65.

فالولاية هي سلطة شرعية في النفس أو المال¹، يترتب عليها نفاذ التصرف فيها شرعا، أو هي القدرة على إنشاء العقود والتصرفات نافذة من غير توقف على إجازة أحد²، والسلطة إما أصلية وهي المستمدة من الشارع كسلطة الأب والجد، وإما نيابية وهي المستمدة من البشر كالوكيل والوصي³.

وتثبت الولاية للطفل منذ ولادته وحتى بلوغه سن الرشد عاقلا مكتملا أهلية الأداء، كما تثبت إذا بلغ هذه السن، ولكنه مصاب بآفة عقلية كالجنون أو العته أو السفه أو الغفلة⁴.

وقد جعل قانون الأسرة الولاية على مال القاصر للأب ثم للأم بعد وفاته⁵، لكنه رجع بعد ذلك وجعل الولاية للأب ثم الجد ثم لوصي كل منهما بعد وفاته شريطة أن لا يكون للمولى عليه أم تتولى أموره، أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية⁶، ثم يقدم الجد على الأم في المادة (92) من قانون الأسرة، كما نلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري قد خالف آراء الفقهاء بإعطاء الأم ولاية أصيلة على المال بينما الفقهاء لا يقولون بها إلا عن طريق الإيصاء⁷.

¹ الولاية نوعان: ولاية على النفس وهي: سلطة شرعية يترتب عليها نفاذ التصرف شرعا على النفس؛ وولاية على المال وهي: سلطة شرعية يترتب عليها نفاذ التصرفات شرعا في مجال المال.

² أحمد نصر الجندي، الأسرة ومحكمة الأسرة، مصر، دار الكتب القانونية- دار شتات للنشر والبرمجيات، 2010، ص 401.

³ جمعة سمحان الهلباوي، مرجع سابق، ص 10.

⁴ العربي بختي، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، مرجع سابق، ص 94.

⁵ وهذا حسب المادة (87) من قانون الأسرة الجزائري بأنه: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم قانونا...".

⁶ وهذا ما نصت عليه المادة (92) من قانون الأسرة الجزائري بأنه: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة (86) من هذا القانون".

⁷ بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 223.

وبالرجوع إلى نص المادة (2/87) من قانون الأسرة، نستنتج أنه في حالة الطلاق وإسناد الحضانة للأم فإن الولاية¹ تكون لها، بمعنى أنه إذا حصل الطلاق فإن الولاية تكون للأب أو الأم تبعاً لمن أسندت له الحضانة فإذا أسقطت الحضانة عن أحدهما صارت الولاية للآخر.

ومنه تعرف الولاية على من أصيب بعارض من عوارض الأهلية بأنها نيابة شرعية يمارسها الأب أو الأم عند عدم وجود الأب أو حصول مانع له يحول دون مباشرة أمور الولاية، أو الجد عند عدم وجود الأب أو الأم، أو القاضي باعتباره ولي من لا ولي له، ومصدرها الشرع الحنيف الذي ينظمها ويرتب درجات أشخاصها، وأولوية كل شخص منهم بهذه النيابة، وهي نيابة إجبارية لا دخل لناقص أو عديم الأهلية في قبولها أو رفضها.

2/ الوصي: هو الشخص الذي يعينه الأب أو الجد حين انعدام الأم أو عجزها أو ثبوت عدم أهليتها حسب المادة (92) من قانون الأسرة، ويستنتج من هذا النص أن المشرع خص الأب أو الجد بسلطة تعيين الوصي دون غيرهما، واعتبر الوصاية² تصرفاً صادراً بإرادة منفردة، وتعتبر

¹ الولاية هي صفة تقوم بشخص تجعل له سلطاناً على غيره في نفسه أو ماله أو فيهما معا جبراً عنه، وعرفها آخر بأنها قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية، وهي سلطة شرعية يتمكن بها الشخص من إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها على الوجه الأكمل، أي هي سلطة شخص على نفس أو مال شخص آخر عديم أهلية الأداء أو ناقصها أساساً أو يقوم به مانع من موانعها أحياناً، فبمقتضاها يقوم من له الولاية بتصرفات شرعية قانونية تنتج أثرها في حق نفس أو مال المولى عليه. يراجع: سيف رجب قزامل، **النيابة على الغير في التصرفات المالية (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)**، عمان - الأردن، دار المناهج للنشر والتوزيع، 2010، ص 95؛ بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 38.

وتنقسم الولاية إلى قسمين ولاية على النفس وولاية على المال وهي محل دراستنا، حيث عرفها فقهاء القانون بأنها سلطة قانونية لشخص معين تخوله القيام بالتصرفات القانونية التي يكون المال محلاً لها لحساب غيره من عديمي الأهلية أو ناقصيها أو كاملها ممن تقوم بهم بعض موانعها بحيث تنتج تلك التصرفات آثارها في حقهم"، فواضح من هذا التعريف أن الولاية في القانون كما في الشريعة سلطة التصرف في مال الغير، لا في مال الشخص نفسه وهي تختلف عن الأهلية إذ الأخيرة تعني: صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية لحساب نفسه وصالحه، أما الولاية فهي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية لحساب غيره. سيف رجب قزامل، **المرجع السابق**، ص 133-134.

² الوصاية هي: من يعينه الولي أو القاضي لحفظ ورعاية مال القاصر، والوصي هو: من أقيم مقام الولي الشرعي وقد يكون مختاراً أي حصل اختياره من أحد الوالدين من بعدهما بطريق الإبضاء، وقد يكون معيناً من قبل القاضي.

وهي مقصورة على إقامة الإنسان غيره مقام نفسه بعد وفاته لينظر في شؤون تركته وما يتعلق بها من ديون ووصايا، وفي شؤون أولاده الصغار ورعايتهم، ويسمى ذلك الشخص المقام وصياً أما إقامة غيره مقامه في القيام ببعض أموره في حال حياته، فلا يقال لها في اصطلاح الفقهاء وصاية وإنما تسمى وكالة. بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 32-33.

بالنسبة للأب تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت حسب نص المادة (94) من قانون الأسرة، أما بالنسبة للجد نافذة حال حياته وتعتبر عقدا، لأن الجد يتفق مع شخص يختاره أن يكون وصيا. ونقصد بالوصاية تلك النيابة التي يعين فيها القانون أشخاصا يكون لهم حق اختيار أشخاص آخرين لإدارة أموال عديمي الأهلية وناقصيها¹، يمارسها وصي الأب، أو وصي الجد بموافقة قاضي شؤون الأسرة للمحافظة على أموال ناقص أو عديم الأهلية وذلك بعد مماتهم، ومصدر هذه النيابة القضاء لأنه هو الذي يمنح لهذا الوصي صفة النيابة على مال المصاب بإحدى عوارض الأهلية.

ويشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا، بالغا قادرا أمينا، وحسن التصرف، وقد قيد المشرع الجزائري حق الأب والجد في تعيين الوصي بشرط موضوعي واحد هو عدم وجود الأم أو ثبوت عدم قدرتها على ممارسة الولاية بالطرق القانونية، أما بخصوص نفاذها فقد قيدت بقيد إجرائي وهو وجوب عرضها على القضاء لتثبيت الوصي طبقا لنص المادة (94) من قانون الأسرة، وهو ما يتيح للقاضي التأكد من توفر الشروط المطلوبة ولا سيما عدم وجود الأم أو عدم قدرتها على ممارسة الولاية².

وقد نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية مسألة تعيين الوصي، حيث جاء في المادة (472) منه أنه على الوصي أو ممثل النيابة العامة أو القاصر الذي بلغ سن التمييز أو كل شخص تهمه مصلحة القاصر أن يخطر القاضي لأجل النظر في مسألة تثبيت الوصاية أو رفضها بعد وفاة الأب مباشرة، وهو تكريس لنص المادة (94) من قانون الأسرة، وأجاز القانون للقاضي في حالة رفض الوصاية تعيين مقدم مع إمكانية اتخاذ كافة الإجراءات التحفظية.

هذا؛ ويلاحظ أن المشرع الجزائري وقع في تضارب عندما حرم الأم من حق الإيضاء على أبنائها، على الرغم من إقرار المشرع لها صفة الولي الشرعي وجعل الجد صاحب سلطة في تعيين الوصي بعد الأب في حين أن الجد لا يعد وليا شرعيا، وهو ما يعد تضاربا بين النصوص القانونية؛ فكيف تكون الأم وليا شرعيا والوصاية لا تصح بوجودها ومع ذلك لا يحق

¹ محمد صبري الجندي، مرجع سابق، ص 70.

² تنص المادة (94) من قانون الأسرة على أنه: "يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها".

لها اختيار وصيا على أبنائها، في حين نجد الجد الذي لا صفة له في النيابة الشرعية تمنح له هذه الصلاحية، ألم يكن من باب أولى أن ينص المشرع على جواز تعيين الأم وصيا لأبنائها من بعدها؟.

ومن خلال ذلك وجب على المشرع تعديل المادة (92) من قانون الأسرة، وجعلها تنص على حق الأم في تعيين الوصي وحذف ما تعلق بالجد، حيث تصبح صياغتها كالآتي: "يجوز للأب أو الأم اختيار وصي على أبنائهما القصر أو المحجور عليهم، وفي حالة وفاتهما دون تعيين الوصي يرفع الأمر للقاضي ليعين مقدما طبقا لأحكام المادة (99) من هذا القانون. وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم".

3/ المقدم: عرف المشرع الجزائري المقدم في قانون الأسرة بأنه: الشخص الذي تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها يقوم بشؤونه بناء على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة، وأعطى له المشرع نفس صلاحيات الوصي وأخضعه لنفس الأحكام.

ويعرف التقديم بأنه النيابة التي يمارسها الشخص الذي يعينه القاضي لإدارة وتسيير أموال المصاب بإحدى عوارض الأهلية الذي لا ولي له ولا وصي، ومصدر هذه النيابة القضاء لأن القاضي هو الذي يمنح له صفة النيابة على هذا المال فيقوم مقامه، وهو نظام يخضع له فاقد الأهلية أو ناقصها (من بينهم القاصر) في حال عدم خضوعهم للولاية أو الوصاية، بهدف حماية مصالحهم المالية.

في حين أن القوامة تعرف في الفقه الإسلامي والقوانين العربية بأنها نظام القصد منه حماية المصالح المالية للأشخاص البالغين (غير القصر)، الذين يطرأ على أهليتهم عارض من عوارض الأهلية المنقصة للتمييز (السفه والعتة)، أو المعدمة له (الجنون والعتة)¹، غير أن المشرع خرج عن هذا المفهوم بجعل التقديم أحد أنظمة النيابة الشرعية التي يخضع لها القاصر في حالة عدم وجود ولي أو وصي يتولى رعاية أمواله، كأن يكون يتيم الأبوين ولم يعين له

¹ بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 2؛ محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، مرجع سابق، ص 619.

وصي مثلاً، وليس فقط نظاماً يخص من بلغ سن الرشد، وتم الحجر عليه لكونه سفيهاً، معتوهاً، مجنوناً أو ذا غفلة¹.

وحسب النصوص الواردة في قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية ينص المشرع الجزائري على أن الحاجر يسمى مقدماً، ولكنه إما أن يكون ولياً أو وصياً تستمر ولايته أو تعود تحت مسمى التقديم، وبذلك فإن النائب الشرعي الذي يبلغ القاصر سن الرشد أثناء نيابته يكون أولى بالنيابة الشرعية حال الحجر على من كان في ولايته، ويجب أن يكون المقدم أهلاً للقيام بشؤون القاصر وقادراً على حماية مصالحه، وبذلك يكون المشرع قد أخذ بقول المالكية والحنبلة لأنه نص على أن التقديم يكون فقط حال عدم وجود ولي أو وصي.

ولا مانع من حيث المبدأ من تعيين مقدمين اثنين أحدهما على النفس والآخر على المال، ومن المفيد أن يكون المقدم من الأقارب قدر المستطاع، ويؤشر على هامش عقد ميلاد المعني في سجلات الحالة المدنية بمنطوق الأمر القاضي بافتتاح أو تعديل أو رفع التقديم بأمر من النيابة العامة حسب نص المادة (489) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية²، ويراعي القاضي عند تعيينه المقدم لرعاية شخص المحجور عليه الشخص الأصلح³.

4/ القاضي: للقاضي الولاية العامة على شؤون ناقصي الأهلية وفاقيدها، وهو يستمدّها من ولاية الحاكم وتسمى عند الفقهاء بولاية السلطان⁴، لما جاء في قوله صلى الله عليه وسلم: "السلطان ولي من لا ولي له"⁵، وتختلف سلطة القاضي في الولاية على النفس عن سلطته في الولاية على المال، ففي الولاية على النفس تظهر سلطة القاضي أساساً في تزويج فاقد

¹ علي فيلالي، نظرية الحق، الجزائر، موفم للنشر والتوزيع، 2011، ص 232.

² نجيمي جمال، مرجع سابق، ص 246.

³ قرار رقم (577743) بتاريخ 2010/10/14 مجلة المحكمة العليا لسنة 2010، الرويبة- الجزائر، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار، العدد 2، 2012، ص 285.

⁴ محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية)، مرجع سابق، ص 135.

⁵ محمد ناصر الدين الألباني، مرجع سابق، ص 327.

وناقصي الأهلية بإجماع الفقهاء حين عدم وجود ولي مجبر، أو عضل الولي لمن تحت ولايته، أو تشاجر الأولياء فيما بينهم¹.

أما بخصوص الولاية على المال فإن القاضي تكون له مهمتان أساسيتان، أولهما مراقبة تصرفات الأشخاص المكلفين بالنيابة الشرعية والتدخل عند اللزوم، وثانيها اختيار مقدم من قبله، حين لا يوجد أب أو جد أو وصي، حيث يختار شخصا يراه قادرا على تحمل مسؤولية القيام بشؤون فاقد الأهلية أو ناقصها²، وقد جعل المشرع الجزائري في حالة عدم وجود نائب شرعي في نطاق الولاية على المال سلطة الإشراف للقاضي على عمل النائب الشرعي ولما كان أو وصيا وكذا في حالة تعيين المقدم³.

وإضافة إلى هؤلاء جميعا نجد أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري أعطى للكافل الولاية القانونية على الطفل المكفول وسلطة إدارة أمواله، وذلك بنص صريح لا يدع مجالا للشك بأن الكافل يعتبر نائبا شرعيا.

حيث تخول الكفالة حال قبولها وطبقا للمادة (121) من قانون الأسرة للكافل الولاية القانونية على الطفل المكفول، ويستفيد بموجب ذلك من كافة المنح العائلية والدراسية التي تمنح للطفل كما لو كان ولده الأصلي والمقصود بهذا هو المنح التي يمنحها القانون للأب بسبب أبنائه، وكنتيجة طبيعية لتمتع الكافل بولاية قانونية منحه قانون الأسرة في المادة (122) سلطة إدارة أموال المكفول.

كما قد فوضت المادة (122) للكافل أن يدير أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث والوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول، فيكون عمله في ذلك كعمل الوصي⁴.

¹ نادي محمد تيسير سمور أبو خلف، مرجع سابق، ص 203.

² عبد السلام الرفعي، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي، الدار البيضاء - المغرب، مطابع إفريقيا الشرق، 1996، ص 264.

³ المواد (11) و(88) و(99) من قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

⁴ العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 214.

وبالنظر في قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية يتضح أن الكافل ينوب شرعا عن الصبي القاصر ولا تمتد كفالتة للمحجور عليهم، ما لم يبلغ الطفل المكفول سن الرشد وهو مصاب بعارض من عوارض الأهلية فساعتها يمكن أن يطلب الكافل استمرار ولايته عليه. ولعل سبب ذلك أن المشرع اعتبر الكفالة عادة ما تكون في حالة اليتيم أو اللقيط، وبالتالي لا يكون له أب أو أم يتنازعان في الولاية عليه، لذلك منح كافة الصلاحيات الناجمة عن الولاية للكافل¹.

ثانيا/ تعيين مقدم عن الشخص المحجور عليه المصاب بإحدى عوارض الأهلية

يقصد بالمحجور عليهم في هذا المقام الأشخاص الذين أصابهم عارض من عوارض الأهلية فأعدمها أو أنقص منها، سواء بلغ سن الرشد وهو مصاب بها، أو أصبح راشدا ولحقته بعد ذلك²، والقيم بمعنى المتولي والناظر وهو القيم على الصغير والمجنون والسفيه، والمال... إلخ، ويراد به الأمين الذي يتولى أمره ويقوم بمصالحه قيام الحفظ والصيانة، ونخلص إلى أن القيم هو نائب عن المحجور عليه يعينه القاضي ليمثل نيابة عنه التصرفات الشرعية والقانونية، مع العلم أن القيم تسري عليه الأحكام الخاصة بالوصي المعين، فللقيم نفس سلطات الوصي المعين بالنسبة لمال المحجور عليه³.

يكون تعيين المقدم من جهة القاضي، إذا كان السبب جنونا أو عتها أو سفها أو غفلة، بعد البلوغ والرشد، وهناك رأي آخر يقول إنه إذا كان السبب جنونا أو عتها فإن الولاية على القاصر تعود لأبيه وجده، أما إذا كان سفها أو غفلة عادت الولاية للقاضي وهو الرأي الراجح عند الأحناف، أما إذا ظهر الجنون قبل البلوغ واستمر بعد ذلك إلى ما بعده، فإن رأي الجمهور

¹ محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية)، مرجع سابق، ص 166 - 167.

² المرجع نفسه، ص 43.

³ بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 34.

هو استمرار الولاية لأبيه وجده، أما الحنفية فقد ذهبوا إلى أن الولاية على ماله تكون للقاضي ولمن يعينه القاضي¹.

هذا، وقد اتجه قانون الأسرة إلى أن فقدان الأهلية أو نقصها يقتضي تعيين المحكمة مقدما في حالة عدم وجود ولي أو وصي، إذا طلب ذلك أحد الأقارب أو من له مصلحة أو من طرف النيابة العامة، هذا وينبغي للمقدم المعين أن يقوم مقام الوصي، ويخضع لنفس الأحكام التي يخضع لها الوصي وهذه الحيثيات المتعلقة بالمقدم تم النص عليها في المادتين (99) و(100) من القانون².

فعرفت المادة (99) من قانون الأسرة المقدم بنصها على أنه يتم تعيينه من طرف المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة، فالمادة (469) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أحالت في تعيين المقدم إلى أحكام قانون الأسرة، فالقاضي من يختار من بين أقارب القاصر وفي حالة تضرر ذلك لعدم توفر أحد الشروط يعين شخصا آخر تختاره، ويفهم من هذا أنه يمكن أن يكون هذا الشخص من الغير، وتعيينه يكون بموجب أمر ولائي، بعد التأكد من رضائه، أي يمكن له أن يرفض وهنا يبحث أو يعين القاضي شخصا آخر³، وفقا لما نصت عليه المادة (471) وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفي حال المنازعة في التعيين يفصل في ذلك بموجب دعوى استعجالية عملا بأحكام النصوص المذكورة⁴.

أما موقف المشرع الجزائري من تصرفات الصغير فلم يشر إلى أن الولاية على القاصر الذي أصابه عارض من عوارض الأهلية تستمر ما دام قاصرا، ولكن المشرع المصري أشار صراحة في قانون الولاية على المال وبالضبط في المادة (18) منه: "تنتهي الولاية ببلوغ

¹ العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 201.

² المرجع نفسه، ص 201.

³ مصطفى السباعي وعبد الرحمان الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والموارث، دمشق، المطبعة الجديدة، الطبعة الخامسة، 1978، ص 107-108؛ طاهري حسين، الإجراءات المدنية والإدارية الموجزة (شرح لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد)، الجزائر، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزء الأول، 1433هـ/2012م، ص 224.

⁴ نجيمي جمال، مرجع سابق، ص 244.

القاصر إحدى وعشرين سنة ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه" وكذلك المشرع السوري أشار إلى ذلك صراحة في قانون الأحوال الشخصية في المادة (4/163) "تنتهي الولاية ببلوغ القاصر ثمان عشرة سنة ما لم يحكم قبل ذلك باستمرار الولاية عليه لسبب من أسباب الحجر أو كان معتوها أو مجنوناً فتستمر الولاية عليه من غير حكم".

نلاحظ أن القانونين المصري والسوري كليهما اعتبر الجنون أو العته المتصل بالصغر سبباً لاستمرار الولاية إلا أن الفرق بينهما أن الاستمرار في القانون المصري يحتاج إلى حكم بخلاف القانون السوري ويختلفان أيضاً في سن الرشد¹.

أما إذا كان الولي قد تنحى عن ولايته وعين وصياً لابنه القاصر ثم بلغ هذا القاصر سن الرشد، فإن هذا الوصي يمكن أن يعينه القاضي كمقدم عليه، وهذا ما قصده المشرع الجزائري لأنه لم يضع إمكانية الحجر على القاصر قبل بلوغ سن الرشد، ومن الناحية العملية لوحظ أن القضاة يرفضون الحجر على القاصر بسبب عدم بلوغه سن الرشد فلا يكون للولي سوى انتظار بلوغ هذا القاصر سن الرشد ويرفع دعوى الحجر عليه.

ولكن يفهم من النصوص القانونية المذكورة في قانون الأسرة أن المشرع الجزائري فرق بين حالتين:

1/ إذا طرأ عارض من عوارض الأهلية على القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد، فإن ذلك لا يحتاج إلى رفع دعوى من أجل الحجر عليه ما دام تحت رعاية وليه أو وصيه، ففي هذه الحالة إذا استمر هذا العارض إلى بلوغ القاصر سن الرشد فهنا الولاية تسقط ببلوغ القاصر هذه السن ويكون للولي رفع دعوى الحجر أي بعد بلوغ القاصر سن الرشد وهو شرط لرفع دعوى الحجر وهنا يعين الولي مقدماً على المحجور عليه، لكنه لا يتصرف في شؤون المحجور عليه بصفته ولياً على نفسه وماله، بل يكون ولياً على ماله فقط لأن الولاية على النفس تسقط ببلوغ القاصر سن الرشد.

¹ مصطفى السباعي وعبد الرحمن الصابوني، مرجع سابق، ص 107 - 108.

2/ إذ طرأ عارض من عوارض الأهلية على من كان قد بلغ سن الرشد أي بلغ راشدا عاقلا ثم طرأ عليه هذا العارض، فإن المحكمة تقضي بالحجر عليه بطلب من الأقارب أو من له مصلحة أو من النيابة العامة وتعين له شخصا يرعى شؤونه يسمى مقدما وهذا في حالة عدم وجود ولي أو وصي.

ويفهم أنه إذا رفعت دعوى الحجر إلى القاضي سواء من الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة ورأى القاضي وجود ولي للمحجور عليه سواء أكان أباه أو أمه أو جده، أو من أسندت له الحضانة في حالة الطلاق، فإنه يعين هذا الشخص لرعاية شؤونه والإشراف على أموره وهنا يسمى مقدما فهو يمارس صلاحيات الأوصياء وليس الأولياء، لأنه كما قلنا من قبل أن الولاية على النفس والمال تسقط ببلوغ سن الرشد، لذلك فإذا كان المحجور عليه بالغ سن الرشد، فإن من يشرف عليه يكون وصيا مختارا من طرف الولي فإن القاضي يعين هذا الوصي لرعاية شؤون المحجور عليه أما إذا لم يجد القاضي الولي أو الوصي فإنه يختار شخص يرى فيه الكفاءة والصلاحية ولو كان من الغير¹.

ويشترط في المقدم ما يجب توافره في الوصي بموجب المادة (93) من قانون الأسرة، في أن يكون الوصي مسلما عاقلا وبالغا، كما يجب أن يكون أمينا وحسن التصرف؛ تصرف الرجل العادي، والمادة (100) من نفس القانون² أحالتنا لتطبيق نفس أحكام المادة المذكورة أعلاه على المقدم، وعلاوة على الشروط الواجب توافرها في المقدم فقد جاء نص المادة (2/469) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مؤكدا على شروط أهلية التصرف في أموال المحجور عليه بقولها: "... أن يكون المقدم أهلا للقيام بشؤون القاصر وقادرا على حماية مصالحه".

هذا، ويلتزم المقدم وفقا للمادة (471) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن يقدم دوريا وطبقا لما حدده القاضي عرضا عن إدارة أموال القاصر وعن أي إشكال أو طارئ له علاقة بهذه الإدارة. وفي حالة التقصير في أداء مهامه يتخذ القاضي جميع الإجراءات التحفظية

¹ مصطفى السباعي وعبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص 107 - 108.

² تنص المادة (100) من قانون الأسرة على أنه: "يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام"، مصدر سابق.

المؤقتة لحماية مصالح القاصر بموجب أمر ولائي طبقا لنص المادة (473) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹.

تبين من خلال المواد القانونية السالفة الذكر أن المشرع الجزائري خافا على أموال المحجور عليه من الضياع والاستغلال، قرر لمصلحته وجوب تعيين من ينوب عنه في تسيير أمواله، وقد ذكر الفقهاء أن الأصل في مشروعية نيابة الإنسان عن غيره أحد الأمور الآتية:

1/ عجز الأصل عن التصرف وذلك لعارض صغر أو جنون أو عته قام به.

2/ عدم اهتدائه إلى ما فيه الخير والمصلحة وذلك كالسفيه وذو الغفلة.

3/ لمعاونة الأصل ومشاركته في بعض الأعمال كما في الوكالة والمساعدة القضائية إما لغياب الأصل أو لضرورة اقتضت ذلك.

4/ انتهازا لفرصة رأى فيها المتصرف النفع والخير فيها فتصرف نيابة عن غيره بدون توكيل كالفضولي.

5/ قد تكون النيابة للمحافظة على النظام العام ورعاية حقوق الأفراد كما في تصرف القاضي حسب ما يوجبه الشرع والقانون، وعلى هذا تكون النيابة الشرعية إما ولاية، أو وصاية أو قوامة أو وكالة².

إذا النيابة الشرعية صفة لحالة توجد بشخص ناقص الأهلية أو فاقدها، ويرجع ذلك إلى نقص في إدراكه يجعل مصالحه المالية في خطر، وهو ما يقتضي تعيين وصي أو مقدم لحفظ أموال الشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية وإدارتها والتصرف فيها، وهذا النقص يرجع إما لخلل في التكوين العقلي كالمجنون والمعتوه، وما يلحق بهما كالصغير، وإما لعارض طارئ كالسفه والغفلة وإما لعدم استكمال الدراية في الحياة كالقاصر.

¹ تنص المادة (473) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "إذا قصر الولي أو الوصي أو المقدم في أداء مهامه، يتخذ القاضي جميع الإجراءات المؤقتة الضرورية لحماية مصالح القاصر بموجب أمر ولائي"، مصدر سابق.

² مصطفى السباعي وعبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص 38 - 39.

الفرع الثاني/ صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته في عقود تبرعات من أصيب بإحدى عوارض الأهلية

تتجلى صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته في هذا المجال في سلطته على أموال الشخص الخاضع لنظام النيابة الشرعية من حيث إبرام عقود التبرعات، وسلطته في مواجهة التبرعات التي عقدها ناقص أو عديم الأهلية من حيث إجازتها أو ردها أو إبطالها.

أولا/ سلطة النائب الشرعي على عقود تبرعات من أصيب بإحدى عوارض الأهلية

النائب الشرعي وفق قانون الأسرة الجزائري في مسائل الولاية على المال، قد يكون إما ولي (الأب أو الأم) وإما وصي وإما مقدم على القصر أو المحجور عليهم واستثناء قد نجد الكافل.

ليس للولي مباشرة أي تصرف يلحق ضررا محضا بالمولى عليه كالتبرع من ماله، وله أن يتصرف فيما يحقق مصلحة القاصر، كحفظ أمواله وإدارتها واستثمارها، والإنفاق الضروري عليه¹، وقد حددت صلاحيات الولي ضمن المادة (88) من قانون الأسرة الجزائري حيث تضمنت فقرتها الأولى القاعدة العامة التي تحكم سائر تصرفات الولي، حين نصت أن الولي يتصرف في أموال أبنائه القصر تصرف الرجل الحريص وليس الرجل العادي ويكون مسؤولا عن ذلك وفقا لمقتضيات القانون العام، بينما بينت الفقرة الثانية منها تصرفات الولي التي تحتاج إلى ترخيص من القاضي وهي محددة على سبيل الحصر مما يعني أن الولي خارج هذه التصرفات له مطلق الحرية في إطار تصرفات الرجل الحريص².

ومن جهة أخرى طبقا للمادتين (95) و(100) من قانون الأسرة ساوى المشرع الجزائري بين النواب الشرعيين جميعا حينما جعل الوصي والمقدم مثلا للولي من حيث الصلاحيات

¹ أحمد علي جرادات، مرجع سابق، ص 21.

² لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة مفسرا مادة 88 للمبتدئين والممارسين، القبة القديمة- الجزائر، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة 1، 2008، ص 85.

والمسؤوليات، وبذلك لا فرق بين ولي ووصي ومقدم، وهو ما نجده أيضا بالنسبة للكافل حيث أعطاه المشرع الولاية القانونية على الطفل المكفول دون تقييد يذكر..¹

وباستقراء نصوص المواد أعلاه نجد أن المشرع الجزائري لم يورد عقود التبرعات ضمن التصرفات المقيدة ويظهر بذلك أن الأصل في كل تصرف غير مقيد بالإذن القضائي أنه مطلق ما لم يثبت إضراره بأموال ناقصي أو عديمي الأهلية، وبهذا يكون المشرع قد وسع من نطاق صلاحيات الولي في هذا النوع من التصرفات، فهل تعتبر عقود تبرعات المصاب بإحدى عوارض الأهلية من التصرفات المطلقة أو المقيدة؟.

التصرفات المطلقة هي التي يستطيع النائب الشرعي القيام بها دون إذن من القاضي أو تكون نافعة نفعا محضاً²، ولا يوجد نص يحدد هذه التصرفات فالمشرع اكتفى بالنص على التصرفات المقيدة فقط، ولكن تم تعريفها فقها بأنها تلك الطائفة من التصرفات التي لا تلحق ضرراً بأصل أموال القاصر والمحجور عليهم والمفقود، ويكون ظاهرها السداد والصالح³، وتدخل التصرفات المطلقة في معظمها في نطاق حفظ وصيانة مال القاصر والمحجور عليه والمفقود من التالف، ويضاف إليها أعمال الإدارة⁴.

أما التصرفات المقيدة هي التصرفات التي أوجب المشرع فيها على النائب الشرعي أن يحصل على ترخيص من القاضي في شكل أمر ولائي، إضافة إلى إتباع إجراءات خاصة بصدد بعضها والقاضي يسهر على احترام هذه الإجراءات وتوفر شروط لمنح الإذن⁵، والقاضي المختص بمنح الإذن هو رئيس قسم شؤون الأسرة في المحكمة المختصة إقليمياً والتي حددت

¹ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985، ص 118 .

Younci Haddad Nadia, **la Kafala en droit Algerien**, Algerie, Université d'alger, Revue Algerienne Des Science Juridiques Economique et Politique, N°4, 1990,p 27.

² قديري محمد توفيق، حماية الذمة المالية للقاصر في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 518.

³ عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 327.

⁴ محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية)، مرجع سابق، ص 237.

⁵ عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر، منشورات ثالثة، دون طبعة، 2007، ص 252.

في قضايا الولاية بمكان ممارسة الولاية¹، والتصرفات المقيدة حددتها المادة (2/88) من قانون الأسرة².

وبالنسبة لعقود التبرعات تتقيد سلطة النائب الشرعي فيها كون إبرامها لا يدخل في نطاق حفظ وصيانة مال عديم أو ناقص الأهلية، فهي تعتبر تصرفات ضارة ضررا محضا ولا يجوز القيام بها، غير أن قبول الهبة وقبول الوصية وإدارة غلة الوقف هي من التصرفات التي تغني الذمة المالية للشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية دون أن تنقص منها أو تتضمن التزاما مقابل فيجوز القيام بها لأنها من التصرفات النافعة له نفعا محضا.

فقد أجمع الفقهاء على عدم جوازها من مال القاصر والمحجور عليه، ذلك لمحض ضررها به وكونها لا تعد من قبيل أعمال التجارة والاستثمار، والإقرار على القاصر بمال مثل التبرع فلا يجوز للنائب الشرعي أبا كان أو غيره أن يقر على ابنه بدين وإن حصل فهو باطل لأنه ضرر محض وهو ممنوع³.

أما القانون الجزائري لم ينص على حكم تبرعات النائب عن القاصر والمحجور عليه كالولي والوصي وغيرهما، وقد نص على معاوضتهما في المواد (88)، (89)، (90) من قانون الأسرة الجزائري.

غير أنه، كل شخص بالغ عاقل راشد، أهل للتبرع وإبرام التصرفات والعقود المختلفة من تبرعات ومعاوضات لصحة الهبة وإلا بطلت الهبة إن فقد الأهلية كالقاصر والصبي والمجنون والمحجور عليه، ومن في حكمه من أشخاص ناقصي الأهلية لأن الهبة تبرع وتصرف مضر

¹ المادة (426) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سابق.

² تنص المادة (88) فقرة (2) من قانون الأسرة الجزائري على: "وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1/ بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة،

2/ بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة،

3/ استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة،

4/ إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد".

³ حميش عبد الحق، أحكام الأب في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي، قسم الدراسات العليا الشرعية فرع الفقه والأصول، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى السعودية، 1408هـ/1988م، ص 98.

بالجانب المالي فتطلب نفاذه كمال الأهلية ولهذا لم يجز للولي التبرع بأموال القصر، ولو كانوا أبناءه إلا أن يتصرف بعوض منعا للضرر، فالمعاوضة تجبر الضرر وتزيله عن طريق ملك المقابل أما مجرد الهبة دون معاوضة فهي باطلة ولا تنفذ¹.

قال السنهوري لا يملك الولي، أيا كان، أن يتصرف في مال الصغير أو المحجور تصرفا ضارا ضررا محضا، فليس له أن يهب مال الصغير أو المحجور، ولا أن يتصدق به ولا أن يوصي به.

ويملك الولي أيا كان أن يباشر لمصلحة الصغير أو المحجور تصرفا نافعا نفعا محضا، فله أن يقبل الهبة والصدقة والوصية....²، وسلطة الوصي المختار بالنسبة للحمل المستكن قاصرة على المحافظة على أموال لم تدخل في ملكية الحمل نهائيا، بل توقف حتى تمام ولادته حيا، لتثبت حقوقه عليها بصفة نهائية، لأن شخصية الحمل المستكن تنقص عن الشخصية العادية من ناحيتين:

1/ الأولى: أنها قاصرة على عدد محدود من الحقوق التي لا تحتاج في إنشائها إلى إرادة الشخص.

2/ الثانية: أنها تتوقف على ولادة الجنين حيا³.

كما لا يجوز لولي الصغير أن يتبرع من مال الصبي سواء كان ذلك بإذن القاضي أم بدون إذنه، كما لا يملك القاضي ذلك، لأن فاقده الشيء لا يعطيه⁴

أما القوانين العربية فقد تراوحت بين المنع المطلق، وبين التقييد بأن يكون بإذن المحكمة ولمصلحة القاصر وفي أمور محدودة، ومن التشريعات العربية المانعة لتبرع النائب عن القاصر مطلقا القانون السوري والمغربي والصومالي؛ فقد جاء في المادة (180) من قانون الأحوال

¹ محمد باوني، مرجع سابق، ص 72.

² عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي (نظرية السبب ونظرية البطلان)، مرجع سابق، الجزء 4، ص 126.

³ أحمد نصر الجندي، الأسرة ومحكمة الأسرة، مرجع سابق، ص 255.

⁴ أوان عبد الله الفيضي، مرجع سابق، ص 260.

الشخصية السوري: تبرع الوصي من مال القاصر باطل¹، ونص القانون المغربي على المنع المطلق ولو بإذن فقد جاء في الفصل (12) منه: "التصرفات التي يجريها في مصلحة القاصر أو المحجور عليه أو الشخص المعنوي من ينوب عنهم وفي الشكل المقرر في القانون تكون لها نفس قيمة التصرفات التي يجريها الراشدون المتمتعون بأهلية مباشرة حقوقهم، ولا تسري هذه القاعدة على التبرعات المحضنة، حيث لا يكون لها أدنى أثر ولو أجريت مع الإذن الذي يتطلبه القانون، ولا على إقرار لدى محكمة يتعلق بأمور لم تصدر عن النائب نفسه"².

ومن التشريعات العربية التي فصلت في الأمر بأن قيده: القانون المصري والكويتي واليميني؛ فحسب القانون المصري لا يجوز للوصي التنازل عن حقوق القاصر المشمول بوصايته دون إذن من المحكمة، وإذا فعل يكون متجاوزاً حدود نيابته ولا تتصرف آثاره إلى القاصر³، وسواء كان الشخص عديم التمييز أو ناقصه، أي سواء كان صبياً غير مميز أو مجنوناً أو معتوهاً أو صبياً مميزاً أو سفيهاً أو ذا غفلة، فإن الولي أو الوصي أو القيم لا يملك أحد منهم أن يهب مال المحجور ولو بإذن المحكمة. ويستثنى من ذلك أمران:

- ما نصت عليه المادة (5) والمادة (38) من قانون الولاية على المال من أنه ليس للولي أو للوصي التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي وإذن المحكمة.
- ما نصت عليه المادة (39) من قانون الولاية على المال من أن الوصي أو القيم تجوز له مباشرة التصرفات الآتية بإذن المحكمة: التنازل عن الحقوق والدعوى، وقبول الأحكام القابلة

¹ قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (59) لعام 1953، المعدل بالقانون رقم (4) لعام 2019 بتاريخ 2019/02/07.

² قانون الالتزامات والعقود المغربي، مصدر سابق.

³ قرار محكمة النقض المصرية، الطعن رقم (1644) بتاريخ 1995/03/22 وفيها: "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن نيابة الوصي عن القاصر هي نيابة قانونية ينبغي أن يباشرها وفقاً للمادة (118) من القانون المدني في الحدود التي رسمها القانون، وكان نص المادة (39) من المرسوم بقانون (119) لسنة 1952 بشأن الولاية على أنه: "لا يجوز للوصي مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن المحكمة...". التنازل عن الحقوق، مؤداً أن الوصي إذا تنازل عن حقوق القاصر المشمول بوصايته دون إذن من المحكمة يكون متجاوزاً حدود نيابته ولا تتصرف آثاره إلى القاصر...". عمار نصار، مدونة القانون المدني المصري، القاهرة، قوانين الشرق، الطبعة 1، 2007، ص 215.

للطعن بالطرق العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها، والتنازل عن التأمينات وإضعافها¹.

وجاء في القضاء المصري: لا يستطيع الوصي على القصر النزول عن التمسك بالتقادم إلا بإذن من محكمة الأحوال الشخصية².

ونفس التفصيل جاء في القانون الكويتي في المادة (133) من القانون المدني الكويتي أنه: "لا يجوز للولي التبرع بمال الصغير. ومع ذلك إذا كان في مال الصغير سعة، فإنه يجوز للولي أن يتبرع بمال الصغير بما لا يبهضه، إذا كان ذلك لغرض عائلي أو إنساني وبشرط إذن المحكمة"³.

وفي الأخير نشير إلى أن التشريع المغربي زاد مسألة وهي أن النائب عن القاصر لا يستطيع قبول أو رفض تبرع إذا كان مثقلاً، فقد جاء في المادة (271) من قانون الأسرة المغربي أنه لا يقوم الوصي أو المقدم بالتصرفات الآتية، إلا بعد الحصول على الإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين: ... قبول أو رفض التبرعات المثقلة بحقوق أو شروط؛ قرار القاضي بالترخيص بأحد هذه التصرفات يجب أن يكون معللاً⁴.

ونفس الحكم ينسحب على القيم فلا يستطيع أن يقوم بالتبرع، فإذا كان البالغ الرشيد محكوماً عليه بعقوبة جنائية، تولى القيم إدارة ماله، أما أعمال التصرف والتبرع فلا بد فيها من إذن المحكمة المدنية وإلا كانت باطلة⁵، وفي الفقه الإسلامي مثل هؤلاء لا يملكون التبرع فقالوا "من الناس من لا يملك التبرع كالأب والوصي وغيرهما من الوكلاء"⁶.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية الهبة والشراكة والقروض والدخل الدائم والصلح)، مرجع سابق، ص 99.

² قرار محكمة النقض المصرية رقم (261) بتاريخ 1978/01/10. يراجع: عمار نصار، المرجع السابق، ص 496.

³ القانون رقم (67) لسنة 1980 بإصدار القانون المدني، مجموعة التشريعات الكويتية، إصدار وزارة العدل، مطابع الخط، الطبعة الأولى، المجلد الأول، الجزء 2، فبراير 2011، ص 47.

⁴ مدونة الأسرة المغربية، مصدر سابق.

⁵ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجديد (أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية حق الانتفاع وحق الارتفاق)، مرجع سابق، ص 101.

⁶ الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، مرجع سابق، ص 420.

وقد ذهب القانون اليمني في إجازة التبرع من مال القاصر حسب نص المادة (283) من قانون الأحوال الشخصية¹ إلى تفصيل آخر فأجاز للوصي أن يرد المجاملات التي وصلت إلى والد القاصر في المناسبات، والتي جرى العرف بردها، وهذه المجالات تأخذ صور التبرعات أو الهبات في الأعراس، وكذلك في مناسبات الموت، وغير ذلك من الحفلات والمناسبات، وقد قيد القانون الوصي في رد هذه المجاملات بأن لا يكون فيها إحجاف بمال القاصر².

ثانيا/ سلطة النائب الشرعي في مواجهة عقود التبرعات الصادرة من الأشخاص ناقصي أو عديمي الأهلية

الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه طبقا للمادة (42) من القانون المدني والمادة (81) من قانون الأسرة فاقدوا أهلية، وتصرفاتهم طبقا للمادة (82) من قانون الأسرة باطلة بطلانا مطلقا، وعليه لا تلحقها إجازة ولا يصح فيها إذن مسبق من النائب الشرعي³، وعليه تعتبر عقود التبرعات الصادرة منهم باطلة لا تلحقها إجازة ولا إذن، ومنه لا سلطة للنائب الشرعي على هذه التبرعات لأنه لا أثر لها من الناحية القانونية.

أما ناقصو الأهلية، أي الصبي المميز والسفيه وذو الغفلة فإن تصرفاتهم طبقا للمادة (83) من قانون الأسرة إما أن تكون نافعة نفعا محضا، وهنا تكون صحيحة نافذة دون حاجة لإجازة النائب الشرعي أو إذنه، وإما تكون ضارة بهم ضررا محضا وتكون بذلك باطلة بطلانا مطلقا ولا ينفعها إجازة أو إذن مسبق من النائب الشرعي، وإما أن تكون دائرة بين النفع والضرر

¹ تنص المادة (283) من قانون الأحوال الشخصية اليمني على: "لا يصح للوصي التبرع من مال القاصر، إلا فيما جرى به العرف من رد تبرعات أو هبات كانت قد وصلت إلى والده في الأعراس والموت ونحو ذلك بما لا يحجف"، مصدر سابق.

² أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون اليمني، مرجع سابق، ص 325.

³ عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، الجزائر، دار جسر للنشر والتوزيع، الطبعة 1، 2010، ص 59.

فتصبح موقوفة النفاذ على إجازة النائب الشرعي، فنطاق تدخل النائب الشرعي هو فقط تصرفات ناقصي الأهلية الدائرة بين النفع والضرر¹.

ومن خلال ما سبق فإن عقود التبرعات الصادرة من ناقصي الأهلية تعتبر من التصرفات الضارة بهم ضررا محضا، فهي تقع باطلة بطلانا مطلقا لا تلحقها إجازة ولا يصح فيها إذن مسبق من النائب الشرعي، ويمنع من القيام بها.

المنع هو الإجراء الذي يقوم به النائب في مواجهة المولى عليه في ماله تصرفا ينافي المصلحة، وهذا المنع من العادة أن يكون في مواجهة فاقد الأهلية، وهو الصبي قبل بلوغه سن التمييز، ويدخل في حكمه المجنون لأن فاقد الأهلية ليس أهلا لإجراء التصرفات لعدم إدراكه النافع والضار، والصغير غير المميز هو الطفل الذي لم يبلغ سبع سنين، ولم يفهم ما يترتب على العقود والتصرفات، ولا يدرك الفرق بين الغبن الفاحش واليسير، فهو وفاقد الأهلية سواء، ومثلهما مثل المجنون، فلا يصح تصرفه بأي نوع من أنواع التصرفات؛ لأنه لا قصد له ولا تمييز، والمحجور عليه لأي سبب من الأسباب المذكورة آنفا يمنع من التصرف في أمواله، وذلك كله مؤسس على المصلحة، سواء مصلحة الغير أو مصلحة المولى عليه في حد ذاته².

وعلى الشخص الذي يدعي عدم الأهلية عبء الإثبات، لأن هناك قرينة على توافر الأهلية، فإذا نجح في ذلك كان له أن يطلب إبطال العقد (المادة 99 من القانون المدني)؛ ولا يجوز للطرف الآخر أن يحتج بأنه كان يعتقد أن المتعاقد معه ذو أهلية، ومن ثم، عليه أن يتحمل تبعة إهماله وتقصيره³، غير أنه إذا لجأ المتعاقد الآخر إلى استعمال وسائل احتيالية لإخفاء نقص أهليته (كتقديم شهادة أو أوراق مزورة مثلا...)، جاز للطرف المضروب المطالبة

¹ لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة مفسرا مادة 99 للمبتدئين والممارسين، مرجع سابق، ص 80؛ محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 83.

² بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 276 - 277.

³ بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 379.

بالتعويض عن عمله غير المشروع (المادة 86 و 124 من القانون المدني)¹، فإذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته، فإنه وإن كان يجوز له طلب إبطال العقد لنقص الأهلية؛ إلا أنه يكون مسؤولاً عن التعويض للغش الذي صدر منه عملاً بأحكام المسؤولية التقصيرية².

ومن المقرر قانوناً أنه يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال (10) سنوات ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب³.

المطلب الثاني

انتهاء النيابة الشرعية على من أصيب بإحدى عوارض الأهلية

قد تنتهي النيابة الشرعية على من أصيب بإحدى عوارض الأهلية، حيث لا يعود للنائب الشرعي هذه الصفة ويخرج المصاب بإحدى عوارض الأهلية من حكمه، وانتهاء النيابة الشرعية على ناقصي الأهلية أو فاقديها حال نشوئها يترتب عليه مجموعة من الآثار، وعليه من خلال هذا المطلب نتناول في الفرع الأول أسباب انتهاء النيابة الشرعية على من أصيب بإحدى عوارض الأهلية، وفي الفرع الثاني آثار انتهاء النيابة الشرعية بالنسبة للمصاب بإحدى عوارض الأهلية.

الفرع الأول/ أسباب انتهاء النيابة الشرعية على من أصيب بإحدى عوارض الأهلية

أسباب انتهاء النيابة الشرعية إما أن تكون أسباب متصلة بالشخص الموضوع تحت نظام النيابة الشرعية والمقصود به المصاب بإحدى عوارض الأهلية، وإما بالنائب الشرعي، وقد تكون أسباب مشتركة بين النائب الشرعي وبين ناقصي الأهلية أو عديميها.

¹ ملف رقم (233625) بتاريخ 2001/01/17، المجلة القضائية لسنة 2001، الجزائر، دار القصة للنشر، العدد 2، 2002، ص 109.

² بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 379-380.

³ قرار رقم (136433) بتاريخ 1996/11/13، المجلة القضائية، عدد 1، 1997، ص 17، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، مرجع سابق، الجزء 3، ص 951.

أولاً/ أسباب انتهاء النيابة الشرعية الخاصة بعديمي أو ناقصي الأهلية

1/ انتهاء النيابة الشرعية بالبلوغ بالنسبة للقاصر: لم يتطرق المشرع الجزائري للبلوغ الجسمي، ولم يرتب عليه أثراً، حيث تنتهي النيابة الشرعية بالنسبة للقاصر حين يصل سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية غير محجور عليه¹، حيث جعل المشرع الجزائري بلوغ سن (19) نهاية للولاية على النفس والولاية على المال معاً، ولكن حتى يصبح الشخص كامل الأهلية لممارسة حقوقه المدنية، لا بد أن يستوفي شرطين آخرين الأول هو أن يكون الشخص متمتعاً بقواه العقلية والثاني أن لا يكون محجوراً عليه.

غير أن المشرع افترض توفر هذين الشرطين في كل شخص أتم التاسعة عشر من عمره ولا يكلفه عناء إثبات ذلك، وإنما على من يدعي خلاف هذا أن يثبته، وهو ما نصت عليه المادة (78) من القانون المدني بقولها أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته ما يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها²، وبهذا فإن النائب الشرعي الذي يجد القاصر الذي في ولايته مصاباً بإحدى عوارض الأهلية يطلب من قاضي شؤون الأسرة الحكم بالحجر على القاصر واستمرار النيابة الشرعية³.

ولكن إذا بلغ القاصر سن الرشد عاقلاً ثم أصيب بالجنون أو العته أو السفه أو الغفلة، فإن الطلب يقدم من أحد الأقارب أو كل ذي مصلحة، أو من النيابة العامة⁴ على النحو الذي فصلناه في موضعه من هذا البحث.

كما أنه بوفاة القاصر يؤدي ذلك إلى انتهاء النيابة الشرعية، لأنه زال سبب وجود الولاية أو الوصاية أو القوامة، حيث أن كل الأموال التي هي ملك للقاصر تعد من التركة فتقسم على ورثته أو تسلم لهم من أجل حفظها وإدارتها، وذلك بعد أن يعرض النائب الشرعي أمر الوفاة

¹ محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية)، مرجع سابق، ص 280.

² زعلاني عبد المجيد، المدخل لدراسة القانون (النظرية العامة للحق)، الجزائر، الطبعة 2، 2009، ص 127.

³ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 63.

⁴ المادتين (101) و(102) من قانون الأسرة، مصدر سابق.

إلى قاضي شؤون الأسرة الذي يتخذ الإجراءات المناسبة لأن هذه الأموال تخضع دائما لرقابته وبالتالي هو الذي يقرر انتهاء النيابة الشرعية.

2/ انتهاء النيابة الشرعية بالنسبة للمحجور عليه: المحجور عليه كل من المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة، وكما بينا سابقا للمحجور عليه وكل ذي مصلحة أن يطلب رفع الحجر واستعادة المحجور عليه أهليته الكاملة بنفس الإجراءات التي اتبعت للحجر عليه؛ حيث تسجل الدعوى القضائية ويفصل فيها طبقا لقواعد قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية فإذا تبين للقاضي -لاسيما بموجب الخبرة الطبية- أن المحجور عليه قد أفاق من جنونه أو عتفه أو سفهه أو غفلته أصدر حكمه برفع الحجر، ويتم نشره في الجريدة اليومية¹.

هذا وتنتهي القوامة بصدور حكم قضائي يرفع الحجر ويجوز أن يقدم طلب رفع الحجر من الأشخاص الذين لهم طلب توقيع الحجر أو من المحجور عليه نفسه، ومن ثم فالقوامة على المحجور عليه بحكم الشرع والقانون هي ذات الأحكام المطبقة على الوصي المعين للقاصر².

ثانيا/ أسباب انتهاء النيابة الشرعية الخاصة بالنائب الشرعي

1/ أسباب انتهاء النيابة الشرعية الخاصة بالولي: إن مهام الولي تنتهي بعجزه، بموته، وبالحجر عليه أو بإسقاط الولاية عنه³، وأول ما يلاحظ هنا هو أن المشرع لم يورد ذكرا لاستقالة الولي أو طلبه التخلي عن مهامه، وإن كان أشار إلى حالة العجز، مما يجعلنا نقول بأن المشرع قد تبنى الرأي الفقهي القائل بأن الولي (الأب والأم) لا تقبل استقالته من أداء مهامه، إلا أن يصبح عاجزا عن القيام بها⁴، وعليه نتناول هذه الأسباب كالاتي:

¹ المادتين (101) و(108) من قانون الأسرة، المصدر السابق؛ محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية)، مرجع سابق، ص 290.

² بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 34.

³ المادة (91) من قانون الأسرة الجزائري، المصدر السابق.

⁴ محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية)، المرجع السابق، ص 294.

أ/ انتهاء النيابة الشرعية بغياب الولي: تنص المادة (110) من قانون الأسرة على أن: الغائب هو من منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود.

والغائب هو شخص ما كامل الأهلية، له محل أو موطن إقامة معلوم خارج الوطن، وسبب ظهور ظروف معينة استحالت عليه مزاولة شؤونه بنفسه أو تعيين من يقوم بتوليها، وبمرور سنة من الغياب وتسبب في إحداث ضرر للغير يعتبر كالمفقود، لذا على المحكمة أن تتولى تعيين مقدم يتولى تسيير أموال القاصر ويكون من الأقارب أو من غيرهم¹.

في هذه الحالة يعود تولي تسيير أموال القاصر للأُم في الأمور المستعجلة وفقا للمادة (87) فقرة (2) من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي: "في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله".

ب/ انتهاء النيابة الشرعية بفقدان الولي: يحكم على الولي الذي مر على فقدانه مدة (4) سنوات بموت حكمي، وهذا يفقده الولاية لاستحالة القيام بمستلزمات الولاية أثناء الحكم عليه بالفقدان وبالتالي تنتقل الولاية إلى شخص آخر².

ج/ انتهاء النيابة الشرعية بالحجر على الولي قضائيا أو قانونيا: الحجر القضائي يكون نتيجة إصابة الولي بعارض أهلية والحكم عليه بالحجر، أما الحجر القانوني فهو عقوبة تكميلية تكون في حال ارتكاب المحكوم عليه جناية يطبق عليه بموجبها عقوبة تكميلية وجوبية بالحجر القانوني والتي تتضمن حرمان المحكوم عليه من التصرف في ماله فلا يكون له التصرف في مال ابنه. وفي الجرائم التي لا يحكم فيها بالحجر القانوني نكون أمام حالة إسقاط الولاية³.

¹ صورية غربي، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2014، ص 180.

² المرجع نفسه، ص 171.

³ محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية)، مرجع سابق، ص 295.

د/ انتهاء النيابة الشرعية بإسقاط الولاية عنه: وتكون في حالة الحكم على الولي بعقوبة جنائية تمنعه قانونا من ممارسة حقوقه المالية وتحرمه من الولاية على غيره، وفي هذه الحالة يتم تعيين ولي أو وصي أو مقدم يتولى إدارة أموال القاصر ورعاية شؤونه¹، كما تحرمه من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية وكذا العائلية²، غير أن الحكم بالإفلاس على التاجر هو مجرد حجز شامل على ذمته المالية، لهذا يمكنه التصرف في إدارة حقوق أخرى ليس لها علاقة بزمته المالية، وفي الحقوق الأبوية كالتصرف في إدارة أموال أولاده القصر، إلا إذا وقفه هذا الحكم عن الولاية بسبب الخوف بأن يتصرف تصرفا ضارا بأموال القاصر³.

هـ/ انتهاء النيابة الشرعية بعجز الولي: تنص المادة (1/91) من قانون الأسرة على أنه: "تنتهي وظيفة الولي: بعجزه..."، ويقصد المشرع الجزائري بعجز الولي هنا الظروف المادية والمعنوية التي تجعل قيام الولي بمهامه مستحيلا، كإصابته بمرض عضال أو حاجته للسفر لمدة طويلة أو العمل في مكان بعيد عن أموال أبنائه... إلخ⁴، فيجوز للولي الذي يكون عاجزا عن القيام بأعباء الولاية لكبر في السن أو المرض أو وجود العاهتين أن يقدم طلبا إلى المحكمة

¹ وهذا حسب المادة (9 مكرر) من قانون العقوبات التي تنص على أنه: "في حالة الحكم بعقوبة جنائية تأمر المحكمة وجوبا الحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية تتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي"

² حددتها المادة (9 مكرر 1) من قانون العقوبات: "يتمثل الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية في:

1/ العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة،

2/ الحرمان من حق الانتخاب والترشح ومن حمل أي وسام،

3/ عدم الأهلية لأن يكون مساعدا محلفا، أو خبيرا، أو شاهدا على أي عقد، أو شاهدا أمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال،

4/ الحرمان من الحق في حمل الأسلحة، وفي التدريس، وفي إدارة مدرسة أو خدمة في مؤسسة للتعليم بوصفة أستاذا، أو مدرسا أو مراقبا،

5/ عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو مقكما،

6/ سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها،

في حالة الحكم بعقوبة جنائية، يجب على القاضي أن يأمر بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها أعلاه، لمدة أقصاها عشر (10) سنوات، شرعه من يوم انقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه."

³ صورية غربي، مرجع سابق، ص 182.

⁴ لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة (دراسة تفسيرية)، عين مليلة- الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2014، ص 96.

لإعفائه من مزاولة الولاية¹، فالولي الذي قررت لمصلحته مساعدة يعتبر عاجزا عن تسيير أمواله، وبالتالي عاجزا عن الولاية وحماية أموال القاصر وبالتالي تنتهي ولايته وتعطى لشخص غيره يليه في المرتبة².

و/ انتهاء النيابة الشرعية بموت الولي وبلوغ أجله: تنتهي الولاية الأصلية على مال القاصر بموت الولي موتا طبيعيا وهذا طبقا للمادة (2/91) من قانون الأسرة: "تنتهي وظيفة الولي: ... بموته"، وكذا المادة (1/96) من قانون الأسرة تنص على ما يلي: "تنتهي مهمة الوصي: بموت القاصر أو زوال أهلية الوصي أو موته....".

في هذه الحالة تمنح كل أموال القاصر التي كانت بحوزة الولي إلى شخص آخر يعينه القاضي ليتولى إدارة أموال القاصر، وذلك بناء على طلب كل من له مصلحة في ذلك.

2/ أسباب انتهاء النيابة الشرعية الخاصة بالوصي والمقدم: بالنسبة للوصي الذي يخضع المقدم لنفس الأحكام الخاصة به³، فإن المشرع حدد أسباب إنهاء مهامه⁴، حيث نجدها تتمثل فيما يلي:

أ/ انتهاء النيابة الشرعية بالوفاة: إذا توفي الوصي أو كان مفقودا فعلى ورثته القيام بمهمة تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء تجاه المعني بالأمر⁵، لأنه بوفاته انتهت مهامه كليا،

¹ وذلك على أساس المادة (91 فقرة 1) من قانون الأسرة، وكذلك المادة (80) من القانون المدني التي تنص على: "إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتغور عليه بسبب تلك العامة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته. ويكون قابلا للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخصي الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة".

² صورية غربي، مرجع سابق، ص 172-173.

³ تنص المادة (100) من قانون الأسرة على: "يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام".

⁴ تنص المادة (96) من قانون الأسرة على: "تنتهي مهمة الوصي: 1/ بموت القاصر، أو زوال أهلية الوصي، أو موته،

2/ ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه،

3/ بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها،

4/ بقبول عذره في التخلي عن مهمته،

5/ بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر".

⁵ أحمد لعور، الدليل القانوني للأسرة، الجزائر، دار الهدى للنشر والتوزيع، 2007، ص 103.

ووجب منح الوصية لشخص آخر يعينه قاضي شؤون الأسرة بناء على طلب كل من له مصلحة في ذلك، وتسلم أموال القاصر إلى ورثته من أجل حفظها وإدارتها.

ب/ انتهاء النيابة الشرعية بزوال الأهلية: بمجرد فقد الوصي للأهلية يفقد صلاحياته للوصاية، حيث أنه لا يتصور فاقد أو ناقص الأهلية برعاية أموال القاصر وتمثيله القانوني في الوقت الذي لا يملك فيه القدرة على مباشرة شؤونه الخاصة¹، وقد نص المشرع الجزائري في المادة (1/96) من قانون الأسرة على: "تنتهي مهمة الوصي: بموت القاصر، أو زوال أهلية الوصي أو موته..."²، واقتصر على حال زوال الأهلية فقط، أي كالعته والجنون، والتي تصيب عقل الشخص فتتعدم أهليته، فلا يدخل في حكمها السفية وذو الغفلة، فكان من الأجدر لو جاء في النص مصطلح الحجر على الوصي ليكون المعنى أدق فيشمل حالتي نقص الأهلية وهي السفه والغفلة كذلك، لأن كل من السفية وذو الغفلة يحتاجان بدورهما إلى من يقوم برعاية مصالحهما، ولا يمكن أن يتم لصالح غيرهما.

وفي حالة ما إذا أصيب المقدم بعارض من عوارض الأهلية السالفة الذكر أدى ذلك إلى فقدان أو نقص أهلية المقدم، وبالتالي لا يمكن له أن يكون وصيا على غيره، لأنه هو بحد ذاته يحتاج إلى من يرعى مصالحه.

ج/ انتهاء النيابة الشرعية بقبول عذر الوصي في التخلي عن مهمته: يجوز للوصي أن يقدم طلب التخلي عن مهامه إلى قاضي شؤون الأسرة الذي يملك السلطة التقديرية في قبول الطلب أو رفضه، بالنظر إلى العذر الذي يقدمه الوصي فإن رأي القاضي في جدية العذر، وجب عليه قبول ذلك الطلب³.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعين الحالات التي يمكن اعتبارها أذارا، بل ترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي، حيث لا يمكن حصر الأذار في حالات معينة لأن باب الأذار قد يتسع.

¹ كمال حمدي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 148 .

² قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

³ عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 467.

د/ انتهاء النيابة الشرعية بعزل الوصي أو المقدم: تنص المادة (5/96) من قانون الأسرة على أنه: "تنتهي مهمة الوصي: ... بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر"¹، ويعود لتخلف أحد شروط الوصاية في الوصي أو تعرض أموال القاصر للإهمال أو الضياع أو التلف أو النهب.

وتقضي المحكمة بعزل الوصي إذا توفرت فيه أحد أسباب عدم صلاحية الوصاية بذلك يكون سبب العزل إذا أساء الوصي للإدارة أو أهمل فيها أو أصبح في بقائه خطر على مصلحة القاصر لأن الوصاية مرتبطة بالمصلحة.

كما أن عزل المقدم أو سلبه نيابته أو إسقاطها عنه، أيا كان التعبير فالمعنى واحد يقصد به إعفاء النائب من مهامه في إدارة أموال القاصر، وهو جزاء يتخذه القاضي في مواجهة المقدم إذا رأى أن مصالح القاصر معرضة للضياع²، وطلب العزل يقدم للقاضي من طرف أي شخص تكون له مصلحة في ذلك، متى أثبت أن المقدم مهما كان، وليا أو وصيا أو مقدما يعرض بتصرفاته مصالح القاصر للخطر.

ويكون العزل بموجب أمر يصدر عن المحكمة ويخضع تقدير مدى سوء إدارة أموال القاصر وتعريضها، للخطر السلطة التقديرية للقاضي، فهذا الأخير يرجع له وحده القرار في إبقاء المقدم أو عزله³.

فإذا انتهت مهمة المقدم مثله مثل الوصي يجب أن يسلم كل ما بحوزته من أموال ويقدم حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى الشخص الذي رفع عنه الحجر أو إلى ورثته في مدة

¹ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

² جميلة موسوس، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، السنة الجامعية 2005/2006، ص 69.

³ جمعة سمحان الهللاوي، مرجع سابق، ص 71.

لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته، وإذا ثبت تقصير المقدم في مهامه فيجوز استبدال هذا المقدم وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها¹.

هـ/ انتهاء النيابة الشرعية بانتهاء المهام الموكلة للوصي: تنتهي وصاية الوصي بانتهاء العمل الذي عين له، أو بزوال الأسباب التي دعت إلى سلب الولاية من الولي الطبيعي وتعيين الوصي الخاص، هنا تقضي المحكمة بانتهاء مهام الوصي الخاص وعودة الولاية الطبيعية إلى الولي، فلا وصاية مع الولي الشرعي، كما تنتهي وصاية الوصي المؤقت بانتهاء المدة المحددة له في قرار تثبيت الوصاية².

فحسب المادة (3/96) من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "تنتهي مهمة الوصي ... بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها"³، وتنتهي مهام الوصي في حالة كون الوصاية محددة ومقيدة بمدة زمنية معينة⁴.

وإضافة لهذا فقد أورد قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصوصاً إجرائية تتعلق بمسألة إنهاء وظيفة الولي وهو ما ينطبق كذلك على الوصي والمقدم، حينما نص في المادة (453) أن طلب إنهاء ممارسة الولاية أو سحبها المؤقت يقدم من طرف أحد الوالدين أو النيابة العامة أو كل من يهمه الأمر بموجب دعوى استعجالية أمام محكمة مقر ممارسة الولاية يتم النظر فيها في غرفة المشورة بعد سماع النيابة العامة ومحامي الخصوم⁵.

¹ قرار رقم (262283) بتاريخ 2001/07/18، المجلة القضائية، العدد 1، 2003، ص 353، عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، الجزء 3، ص 1209.

² عيسى أحمد، الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القصر، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق جامعة سعد دحلب البلدة، المجلد 1، العدد 1، 2011، ص 100 - 101.

³ قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

⁴ زوييدة إقروفة، الإبانة في أحكام النيابة (دراسة فقهية قانونية)، بجاية، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، 2014، ص 69.

⁵ بريارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزائر، منشورات بغدادي، الطبعة 1، 2009، ص 343.

وللقاضي أن يلجأ إلى الاستماع للأب والأم وكل من يرى فائدة في سماعه وأيضا القاصر ما لم يكن في سماعه ضرر عليه، وللقاضي أن يأمر بإجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو عقلي يخضع له القاصر إذا ما رأى ضرورة تدعو لذلك¹.

وقد أوجب المشرع تبليغ الأمر المتعلق بإنهاء الولاية من طرف الخصم الذي يهمله التعجيل إلى باقي الخصوم تبليغا رسميا خلال أجل (30) يوما من تاريخ النطق به تحت طائلة السقوط مع إمكانية استصداره مرة أخرى، ويكون هذا الأمر قابلا للاستئناف في أجل (15) يوما، تسري من تاريخ التبليغ الرسمي بالنسبة للخصوم، ومن تاريخ صدور الأمر بالنسبة للنياحة، ويفصل في الاستئناف في غرفة المشورة على مستوى المجلس القضائي وذلك في آجال معقولة²، وجميع هذه الإجراءات قابلة للإلغاء من قبل القاضي الذي أمر بها وذلك بصفة كلية أو جزئية بناء على طلب والد القاصر المسقط عنه الولاية، وتكون هذه الإجراءات من حيث السرية وإمكانية الطعن فيها تماما مثل الإجراءات المتخذة حين سلب الولاية أو الحد منها³.

3/ أسباب انتهاء النيابة الشرعية الخاصة بالكافل: تنتهي مهمة الكافل بطلب من أبوي الولد المكفول أو بتخلي الكافل عن الكفالة أو موته⁴.

أ/ انتهاء النيابة الشرعية بطلب من الأبوين: وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (124) من قانون الأسرة، وفي الفقرة الثانية من ذات المادة نجد المشرع الجزائري يميز بين حالة الصبي المميز وحالة الصبي غير المميز، فالصبي المميز يمنح الخيار بين البقاء عند الكافل أو الالتحاق بأبويه، أما الصبي غير المميز فإن القاضي هو من ينظر في إعادته لأبويه أو إبقائه لدى الكافل، وفي كلتا الحالتين يكون الرجوع بموجب حكم قضائي قابل للطعن فيه بالطرق العادية وغير العادية⁵.

¹ المادة (454) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سابق.

² المواد (455) و(456) و(457) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المصدر السابق.

³ بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 347.

⁴ المادتين (124) و(125) من قانون الأسرة، مصدر سابق.

⁵ محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية)، مرجع سابق، ص 302.

ب/ انتهاء النيابة الشرعية بالتخلي عن الكفالة: الكفالة هي التزام تبرعي، وعلى هذا الأساس لا يلزم المشرع الجزائري الكافل بالبقاء على كفالته، ومن ثم أجاز له في المادة (125) التخلي عن الكفالة ولكنه قيده بلزوم اللجوء إلى الجهة القضائية التي أقرتها بعد إبلاغ النيابة العامة ويحكم القاضي بإرجاع المكفول لوالديه، أما اللقيط ويتيم الأبوين ومن رأى القاضي مصلحته في عدم رجوعه لأبويه يتم إسناد الكفالة لمؤسسة رعاية خاصة¹.

وتطرح مسألة وقوع الطلاق بين الزوجين الذين يكفلان الطفل، هل يعتبر ذلك سببا منهيا للكفالة أم لا؟ لا يوجد نص في القانون يتحدث عن المسألة إلا أن القاضي حين الفصل في توابع فك العصمة الزوجية ينظر في كفالة الطفل ويرى موقف الزوجين فإن عرض أحدهما الاستمرار في كفالة الطفل منحه إياه ما لم يكن في ذلك ضرر على القاصر المكفول، وهو ما يمكن القول به قياسا على حالة التخلي عن الكفالة².

ج/ انتهاء النيابة الشرعية بموت الكافل: إذا مات الكافل أو فقد أو حكم بموته فإن الكفالة تنتضي، وهو ما نصت عليه المادة (125) من قانون الأسرة، وتنتقل الكفالة إلى ورثة الكافل كأصل عام فإذا لم يقبل بها أحد منهم يسند القاضي أمر المكفول إلى الجهة المختصة بالرعاية³.

ثالثا/ أسباب انتهاء النيابة الشرعية المشتركة بين النائب الشرعي وعديمي أو ناقصي الأهلية

الأسباب المشتركة لانتهاء النيابة الشرعية بين النائب الشرعي وعديمي أو ناقصي الأهلية هي الموت الحقيقي والفقدان والموت الحكمي⁴، حيث لم يعرف المشرع الجزائري الموت الحقيقي، ويعتبر الموت واقعة مادية اشترط المشرع لإثباتها وجوب تسجيلها في سجلات الحالة المدنية، وذلك بواسطة التبليغ عن واقعة الوفاة طبقا لقانون الحالة المدنية من طرف الأشخاص

¹ Younci Haddad Nadia, *opcit*, p 38.

² محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية)، مرجع سابق، ص 302.

³ Younci Haddad Nadia, *opcit*, p 38.

⁴ محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية)، المرجع السابق، ص 304.

الملزمين بذلك خلال أجل محدد بأربع وعشرين (24) ساعة من حدوث الوفاة سواء وقعت الوفاة في المستشفى أو خارجه، سواء في بلدية إقامة المعني أو خارجها، حيث جعل المشرع لكل حالة حكمها الخاص¹، ونظرا لكونها واقعة مادية فإنه يمكن لكل ذي مصلحة أن يثبت عكس ما هو وارد في سجلات الحالة المدنية².

أما بالنسبة للموت الحكمي يكون في حالة الحكم بموت الغائب أو المفقود، وإنما سمي بالموت الحكمي مقابلة لمصطلح الحقيقي، ولأنه لا يكون يقينيا وإنما قائما على قرينة تقوم على الظروف المحيطة بواقعة الغياب أو الفقدان، وهنا يطرح السؤال إذا عاد النائب الشرعي أو الشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية بعد الحكم بموته، فهل يرجعون لنظام النيابة الشرعية أو لا؟.

بالنسبة للنائب الشرعي فالقول الأنسب للتطبيق هنا هو النظر هل النائب الشرعي هو الولي الشرعي (الأب أو الأم) أم غيرهما من وصي أو مقدم، ففي الحالة الأولى يستعيد النائب الشرعي ولايته ما لم يكن قد خرج القاصر أو المحجور عليه من نظام النيابة الشرعية، أما الوصي والمقدم فلا يستعيدان شيئا من ذلك.

أما بالنسبة للشخص الخاضع للنيابة الشرعية، فإن كان قاصرا وعاد قبل بلوغه سن الرشد يعود خاضعا للنيابة الشرعية أما المحجور عليهم لعارض أهلية فإن المجنون والمعتوه تجري عليهما خبرة طبية لإثبات حالتهما العقلية للتأكد من زوال العارض من بقاءه، أما السفیه وذو الغفلة فيبقيان على الحجر حتى يثبت فيما بعد أنهما قد تخلصا مما في قدراتهما من نقص³.

¹ المواد من (78) إلى (80) من الأمر رقم (20/70) المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري المعدل والمتمم بالقانون (08/14) المؤرخ في 09 غشت 2014، الجريدة الرسمية العدد (49).

² محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، مرجع سابق، ص 321.

³ محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية)، مرجع سابق، ص 305.

الفرع الثاني/ آثار انتهاء النيابة الشرعية بالنسبة للمصاب بإحدى عوارض الأهلية

يقوم النائب الشرعي بالتزام هام وهو دفع المال للمحجور عليه الذي فك الحجر عنه والأصل في هذا الالتزام هو قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا¹.

حيث أجمع الفقهاء على مبدأ تسليم المال للمحجور عليهم من فاقد الوفاة وناقصي الأهلية إن تم إيناس الرشد منهم، وينبغي أن لا يسلم المال إلا بالبلوغ مع الرشد، وأما أحدهما فلا²، أما المشرع الجزائري فلم ينص على أحكام موحدة بخصوص النواب الشرعيين، فهو حدد ما يلتزم به الوصي (وفي حكمه المقدم) حين نهاية النيابة الشرعية وأيضا ما تعلق بالكفالة، أما الولي الشرعي (الأب والأم) فلم يبين المشرع الجزائري بخصوصهما أي التزام يقع على عاتقهما عند انتهاء النيابة الشرعية³.

فطبقا للمادة (97) من قانون الأسرة فإنه على الموصي الذي انتهت مهمته أن يقوم بما يلي:

- أن يسلم الأموال التي في عهده،
- أن يقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته،
- أن يقدم صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء.

¹ سورة النساء، الآية 6.

² عون الدين البغدادي، إجماع الأئمة الأربعة واختلافهم، تحقيق محمد حسين الأزهرى، دار العلاء للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزء 2، 1430هـ/2009م، ص 14-15؛ أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق محمد صادق قمحاوي، بيروت- لبنان، دار إحياء الكتب العربية ومؤسسة التاريخ العربي، الجزء 2، 1412هـ/1992م، ص 357.

³ عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 259.

وقد نظم المشرع الجزائري إجراءات محاسبة الوصي وكل شخص يجعله القضاء محلا للمحاسبة، حيث يتم تقديم الحساب بموجب أمر قضائي بتصفية حسابات أموال القاصر وينتدب لأجل ذلك قاض، ويتم تحديد أجل معين لتقديم الحساب، ويقوم القاضي المنتدب بتحرير محضر عن أعماله¹.

غير أنه يعاب على المشرع الجزائري أنه تكلم فقط على القاصر ولم يشر إلى المحجور عليهم لعارض من عوارض الأهلية، فهل هؤلاء خارج النص، أم لفظ القاصر يشملهم على الرغم من أنه يميز من حيث المصطلح بين القاصر وبين المحجور عليهم لعارض من عوارض الأهلية.

هذا، ولم يحدد المشرع الجزائري أية آثار قانونية على انتهاء الكفالة فيما يخص الكافل، على الرغم من نصه على أن الكافل له الولاية القانونية على الولد المكفول وله إدارة أمواله المكتسبة من الإرث والوصية، أو الهبة لصالح الولد المكفول².

ولكن ذلك لا يعني عدم إلزامه بما ألزم به الوصي والمقدم، وكذلك لا يمنع من مساءلة الكافل عند انتهاء كفالته وإخضاعه للمحاسبة، وذلك نظير ما منح له من مسؤوليات، وحتى مع تطبيق الإحالة الواردة في المادة (122) من قانون الأسرة والتي تؤدي بنا إلى إعمال المذهب المالكي لأنه هو من اعتبر الكافل ذا ولاية على من في كفالته³.

¹ المادة (590) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مصدر سابق.

² المادة (122) من قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

³ محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية)، مرجع سابق، ص 323.

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة؛ تم تناول بيان أحكام عوارض الأهلية في القانون الجزائري بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فمفهوم الأهلية يقوم على صلاحية الشخص لأن يتلقى الحقوق أو يتحمل الالتزامات، ويباشر بنفسه الأعمال القانونية والقضائية المتعلقة بهذه الحقوق وأن يتصرف على نحو يعتد به من طرف الغير، وهذه الأهلية لا تقوم ولا تتوافر في الشخص مرة واحدة، وإذا أعطى القانون الأهلية لشخص، فلا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها أو التعديل في أحكامها لأنها من النظام العام.

وتنقسم هذه الأهلية إلى قسمين؛ أهلية وجوب وهي ثابتة لكل إنسان من حين بدء تكوينه جنينا إلى الموت في جميع أطوار الحياة، وأهلية الأداء والتي تعني صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعا، ولمباشرة التصرفات القانونية على الوجه الذي يعتد به القانون.

هذا وتتدرج أهلية الإنسان بالسن من الانعدام إلى النقصان ثم إلى الاكتمال، وقد تتأثر بعوامل أخرى غير السن، إذ يتعرض الشخص بعد بلوغه سن الرشد لعارض من العوارض فيؤثر على أهليته وتصرفاته القانونية فيحد منها أو ينقصها أو يفقدها حسب الأحوال، وقد قسم فقهاء الشريعة الإسلامية عوارض الأهلية إلى عوارض سماوية وعوارض مكتسبة بخلاف المشرع الجزائري الذي حددها بعوارض منقصة للأهلية وهي السفه والغفلة، وعوارض معدمة للأهلية وهي الجنون والعتة.

وقد تم التطرق لتنظيم عقود التبرعات (الوصية، الهبة والوقف) في حالة إصابة الشخص المتبرع بإحدى عوارض الأهلية، فالقانون يقيد هذه التبرعات ويحد منها لخطورتها بالنسبة للشخص في حد ذاته أو حماية للمتعاقدين الآخرين، لذلك اعتبر المشرع أن الأصل العام في التصرفات القانونية هو اكتمال أهلية الشخص ومن يدعي خلاف ذلك يقع عليه عبء الإثبات،

فإذا ادعى أحد المتعاقدين نقص أهليته أو انعدامها لكي يصل من وراء ذلك إلى بطلان التصرف، يقع عليه عبء الإثبات فإذا أثبت ذلك نقض العقد وليس للمتعاقد الآخر الاحتجاج على ذلك، إذ كان عليه أن يتحرى أهلية من يتعاقد معه.

كما تناولنا بعض خصوصيات الأهلية في عقود التبرعات على ضوء القانون الجزائري خاصة فيما يتعلق بعقود التبرعات الصادرة لعديم التمييز ولناقص الأهلية، ودراسة مدى صحة عقود التبرعات للجنين، وأحكام عقود التبرعات الصادرة من المريض مرض الموت.

بما أن الشخص المصاب بعارض من عوارض الأهلية سواء أدى ذلك العارض إلى فقدان الأهلية أو نقصانها، لا يستطيع مباشرة تصرفاته القانونية، لذلك أوجد القانون حماية لتلك الفئة من الأشخاص، خوفا من ضياع أموالهم وتبديدها، وذلك بإصدار حكم بالحجر عليهم، ومن ثم تعين المحكمة نائب قانوني لهم ليقوم مقامهم في مباشرة تلك التصرفات في الحدود التي رسمها القانون لذلك.

فقد تم التطرق إلى نظام النيابة الشرعية الذي أقرته الشريعة الإسلامية وأحكام القوانين الوضعية الجزائرية، لأجل حماية مصالح هذه الطائفة بسبب عجزهم عن القيام بأمورهم ولإصابتهم بعارض من عوارض الأهلية يمنعهم من إبرام عقود التبرعات أو يقيدهم في ذلك، بدءا ببيان الأشخاص المتولين للنيابة الشرعية على ناقصي أو عديمي الأهلية ومركزهم في إبرام عقود التبرعات ثم الآثار المترتبة على قيام النيابة الشرعية من صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته اتجاه المصاب بعارض من عوارض الأهلية ومن ثم انتهاء هذه النيابة والآثار المترتبة عن ذلك.

وقد توصلنا من خلال هاته الدراسة إلى النتائج الآتية:

1- عقود التبرعات التي يقوم بها الصبي المميز تعتبر من التصرفات الضارة له ضررا محضا، وحماية لمصالحه المالية يقتضي الحكم ببطلانها متى صدرت منه، وهذا ما أقره المشرع الجزائري لكل تصرف يبرمه القاصر يلزمه اتجاه غيره دون مقابل. غير أنه يستطيع قبول الهبة والوصية فهذه التصرفات صحيحة ولا تحتاج لإجازة الولي، لأنها تأخذ حكم التصرفات النافعة نفعا محضا.

2- يتضح لنا أن تصرفات ذي الغفلة تأخذ حكم تصرفات السفیه أي یسري بشأنهما ما یسري على تصرفات الصبي المميز حيث جعل السفیه وذا الغفلة في حكم ناقص الأهلية، وعليه فإن عقود التبرعات الصادرة من السفیه أو ذي الغفلة بعد تسجيل الحجر تقع باطلة، أما قبل الحجر فلا تكون باطلة أو قابلة للإبطال إلا إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورهما أو كانت نتيجة تواطؤ واستغلال.

3- لا یكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، وعليه بالنسبة للصبي غیر المميز تعتبر عقود تبرعاته -الوصية، الهبة، الوقف- باطلة لانعدام التمييز والإدراك عنده فهو معدوم الأهلية، ولكون المشرع الجزائري اشترط بلوغ المتبرع سن الرشد (19) سنة لإبرام عقود التبرعات، هذا ولا یجوز له كذلك قبول التبرعات، فحسب نصوص قانون الأسرة تعتبر جميع تصرفاته باطلة، حتى ولو كانت نافعة له نفعا محضا.

4- بالنسبة لحكم عقود التبرعات الصادرة من المجنون والمعتوه، يعتبران عديمي الأهلية وحكهما في ذلك حكم الصغير غیر المميز، ويشترط في المتبرع سواء في عقد الوصية أو الهبة أو الوقف أن یكون لديه (19) سنة كاملة، فإذا أصيب الشخص بالجنون أو العته؛ فإن أهليته تكون معدومة؛ وبالتالي فإن تصرفاته القانونية تكون غیر نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته، وذلك ما تقتضيه القواعد العامة والتي تربط صحة التصرف بالإدراك والتمييز، وتبطله إذا انعدم الإدراك والتمييز، لأن صحة التصرف تبنى على التمييز وهو غیر مميز، ولكون عقود التبرعات من التصرفات الضارة وهو ليس من أهلها.

5- تصح عقود التبرعات الصادرة لعديم التمييز ولناقص الأهلية، فإذا كان المتبرع له عديم التمييز بأن كان صبيا لم يبلغ سن التمييز أو كان مجنونا أو كان معتوها، فليس أهلا للقبول، ولا لأي تصرف، ولكن إذا احتاج التبرع إلى قبول فيقبل عنه وليه أو وصيه أو القيم عليه، وإذا كان التبرع لا يتم إلا بالقبض قبضها عنه، وإذا كان المتبرع له قادرا على التمييز، بأن كان صبيا ممیزا أو سفیها أو ذا غفلة، فقد استوفى بالتمييز أهليته لقبول سائر التبرعات، وجاز له أن یقبلها وحده، وأن یقبضها، دون إذن الولي أو الوصي أو القيم ودون إذن المحكمة، لأنها نافعة له نفعا محضا.

6- تثبت للجنين أهلية وجوب ناقصة، لا تمكنه من اكتساب الحقوق كاملة، لكن تثبت بها بعض الحقوق الضرورية، حيث یجوز التبرع للحمل بشرط ولادته حیا، كون عقود التبرعات

تعتبر من العقود التي تعود بالنفع المحض على الجنين، بالرغم من أن بعضها -الهبه- عقد يتم بتوافق إرادتين، وأن الجنين أو الحمل المستكن لا إرادة له الأمر الذي جعل وجوب تعيين ولي أو وصي ينوب عن الجنين.

7- عقود التبرعات الصادرة من المريض مرض الموت ومن في حكمه تعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليها أحكام الوصية، فتصح في حدود الثلث وما زاد عليه يتوقف على إجازة الورثة.

8- إذا بلغ الإنسان سن الرشد القانوني واعتضت أهليته إحدى عوارض الأهلية كالجنون أو العته أو السفه أو الغفلة، يجب الحجر عليه، وفي حالة بلوغه سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

9- يكون الحجر على المصاب بإحدى عوارض الأهلية بموجب حكم قضائي، فلا بد للقاضي أن يتأكد من فقدان الأهلية أو عدم اكتمالها للشخص المطلوب الحجر عليه، ويمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بإتباع نفس إجراءات توقيع الحجر، بناء على طلب من المحجور عليه الذي تعافى من العارض الذي أصاب أهليته، ويقوم القاضي بإجراءات الرفع، في إطار سلطته التقديرية، فيما يخص التحقق من زوال سبب الحجر.

10- يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها في إبرام عقود التبرعات لأحكام النيابة الشرعية (الولاية أو الوصاية أو القوامة)، تضاف إليهم الكفالة، التي منح القانون فيها للكافل ولاية كاملة على القاصر في نفسه وماله.

11- تتقيد سلطة النائب الشرعي في عقود التبرعات، كون إبرامها لا يدخل في نطاق حفظ وصيانة مال عديم أو ناقص الأهلية، فهي تعتبر تصرفات ضارة به ضررا محضا ولا يجوز القيام بها، غير أن قبول الهبة وقبول الوصية وإدارة غلة الوقف هي من التصرفات التي تغني الذمة المالية للشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية دون أن تنقص منها أو تتضمن التزاما مقابل، فيجوز القيام بها لأنها من التصرفات النافعة له نفعا محضا.

12- تنتهي النيابة الشرعية على من أصيب بإحدى عوارض الأهلية، إذا بقيت الأسباب المؤدية لذلك، حيث لا يعود للنائب الشرعي هذه الصفة ويخرج المصاب بإحدى عوارض الأهلية من حكمه.

وعلى ضوء النتائج المقدمة؛ توصلنا إلى بعض الاقتراحات التالية:

1- تناول المشرع الأهلية وارتباطها بأحكام عقود التبرعات في مواد معدودة من قانون الأسرة الجزائري، وإحالة أحكام ما لم ينص عليه إلى مبادئ الشريعة الإسلامية استنادا لنص المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري، دون تحديد مذهب فقهي معين، مما يصعب المهمة على القضاء، بسبب اختلاف أحكام عقود التبرعات بين قواعد المذاهب الفقهية الأربعة، وقد حسمت بعض التشريعات العربية أمرها في الرجوع إلى مذهب فقهي واضح، كالتشريع المغربي الذي يتبنى المذهب المالكي في مثل هذه الأحكام، والتشريع المصري ومن تبعه الذي يوافق المذهب الحنفي في غالب ما وضعه في هذا الشأن، وإن كان من خلال استقراءنا لبعض اجتهادات القضاء الجزائري في هذا الشأن يتبين أخذ المشرع وتأثره بالمذهب المالكي دون أن يصرح بذلك، وعليه؛ يتعين على المشرع الجزائري ضبط مرجعيته الفقهية في هذا الشأن.

2- الملاحظ أن هناك اختلافا بين أحكام عوارض الأهلية الواردة في القانون المدني وبعضها المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري، لهذا إن قانون الأسرة بحاجة إلى تعديل وفقا لحاجة المجتمع والأفراد، على أن يكون هذا التعديل استنادا إلى الأحكام الشرعية، وإعادة النظر خاصة في النصوص النازمة لأثر الأهلية في إبرام عقود التبرعات.

3- في مسألة تنظيم عقود التبرعات؛ نجد بعض التشريعات تفضل تنظيم التبرعات المشهورة في قوانين الأحوال الشخصية ولها حجتها في ذلك، وبعضها الآخر يرى مكانها الطبيعي في القانون المدني، وتختلف أحكامها في التشريعات العربية تبعا للمذهب الفقهي المتبع، الأمر الذي يستوجب معه ضم أحكام عقود التبرعات إلى القانون المدني كما فعلت بعض القوانين العربية، لزيادة الاهتمام بمثل هذه العقود، ولأنها الموضع الطبيعي لها، كونها من المسائل المالية وليس لها علاقة أو ارتباط بالزواج وبمسائل الأحوال الشخصية، إلا في حالات خاصة ربما قد تكون على سبيل المثال في حالة عقود التبرعات فيما بين الزوجين، فهذه يمكن ضمها إلى مواد قانون الأسرة، وتبقى هي الأصل في شأن عقود التبرعات كونها من المسائل المالية المحضة.

4- ضرورة إقرار قانون خاص بالوصية مثلما فعلت بعض التشريعات العربية كمصر مثلاً، يكون شاملاً جامعاً لأحكام الوصية، كما نوصي بإحداث نص جديد في قانون الأوقاف يوضح مسألة إلغاء الوقف الخاص بصفة أدق.

5- يتعين طلب أهلية التعاقد الكاملة في المتبرع حماية لحقوق ناقص الأهلية والسفيه فضلاً عن عديمي الأهلية، بمنع أو تقييد تبرعات المصاب بإحدى عوارض الأهلية حماية لهم ولحقوق غيرهم، كالدائن، والزوجة والمريض مرض الموت، والنائب القانوني أو الاتفاقي وغيرهم.

6- ضرورة التشدد في منع أو تقييد النائب الشرعي من إبرام عقود التبرعات عن المصاب بإحدى عوارض الأهلية لخطورة أعمال التبرع، فقد ظهر من خلال البحث قصور القانون الجزائري عن المعالجة المحكمة لأثر عوارض الأهلية على إبرام عقود التبرعات، وعدم كفاية النصوص القانونية الحالية، وهو ما ظهر في العديد من المسائل.

7- إن نص المشرع على تعيين مقدم على ناقص الأهلية وفاقدها قصد القيام بمصالحه هو حل أورده المشرع لحماية هذه الفئة الضعيفة، إلا أنه لا يرقى إلى المطلوب ما لم تتضاعف الجهود التشريعية لجمع النصوص القانونية الموضوعية (القانون المدني وقانون الأسرة) والإجرائية التي تحكم مسائل الولاية ضمن قانون خاص، كما أن المواد الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت عنوان حماية البالغين ناقصي الأهلية غير كافية، ومع قلتها يحتاج بعضها إلى مراجعة كما بينا، وأملنا كبير في توحيد الأحكام الخاصة بالولاية بين القانون المدني وقانون الأسرة، واستدراك النقائص وإعادة النظر في الأحكام الخاصة بناقصي الأهلية وفاقديها بالنظر إلى ما استحدثته التشريعات المقارنة وما وصل إليه القضاء وكذا الفقه المقارن من مستجدات، وهذا ضمن منظومة موحدة ومنسجمة تنعم في ظلها هاته الفئة الضعيفة بحماية لائقة.

8- ضرورة استحداث قواعد إجرائية بخصوص الإبلاغ عن عديمي الأهلية وناقصيها والحالات التي يتعين الإبلاغ عنها وكذا الأشخاص المكلفون بالإبلاغ والجزاء المترتب عن تخلفهم أو تأخيرهم في الإبلاغ.

9- ساوى المشرع الجزائري في الحكم بين الصبي المميز والسفيه وذى الغفلة في الأحكام الموضوعية من جهة، وبين الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه من جهة أخرى، أما من حيث الجانب الإجرائي، فيتبين أن الأحكام متباينة بين كل هؤلاء فخصص للصبي إجراءات معينة وللذين طرأ على أهليتهم عارض من عوارض الأهلية إجراءات أخرى، وبالتالي يجب إفراد كل فئة من ناقصي أو عديمي الأهلية بالإجراءات الخاصة بها.

10- جمع قانون الأسرة حكم تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه، واعتبرها كلها غير نافذة، كما أنه سوى بين المجنون والمعتوه والسفيه رغم أن المجنون والمعتوه عديما الأهلية في حين أن السفيه ناقص الأهلية، كما أنه قد جعل من المجنون والمعتوه في حكم الصبي الغير المميز والذي تعتبر جميع تصرفاته باطلة، الأمر الذي يستوجب معه إزالة هذا اللبس بالتنصيص على كل فئة من ناقصي أو فاقد الأهلية لوحدها، وبالتالي إفرادها بحكم خاص مما يميز مركزها في إبرام عقود التبرعات سواء بالبطلان أو عدم النفاذ.

11- ضرورة توحيد حكم تصرفات المجنون والمعتوه واعتبارها باطلة بطلانا مطلقا، وتوحيد المصطلح القانوني بجعل المادة (85) من قانون الأسرة تنصب على البطلان وليس عدم النفاذ، وتخصيص حكم خاص للسفيه وذى الغفلة واعتبار تصرفاتهما في حكم تصرفات الصبي المميز، فتكون إما موقوفة على الإجازة أو قابلة للإبطال.

12- الحجر القضائي يؤثر على أهلية المحجور عليه فتكون تصرفاته إما باطلة بطلانا مطلقا بعد الحجر عليه، وهذا بالنسبة للمجنون أو المعتوه، وتأخذ تصرفات السفيه وذى الغفلة حكم تصرفات الصبي المميز، ومنه يقترح تعديل المادة (101) من قانون الأسرة الجزائري بإضافة ذى الغفلة ضمن أصناف المحجور عليهم حتى يصبح نصها كالاتي: "من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو ذو غفلة، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

13- جعل المشرع الجزائري في المادة (101) من قانون الأسرة أسباب الحجر هي الجنون والعتة والسفه، ولم يذكر ذا الغفلة على خلاف القانون المدني، وبالتالي فإن الغفلة ليست سببا من أسباب الحجر في قانون الأسرة رغم كونها عارضا من عوارض الأهلية في القانون المدني، وعليه يجب تدارك الأمر بالنص على الغفلة كعارض في قانون الأسرة وإلحاقه بالعوارض

الأخرى، وضرورة تعديل قانون الأسرة بإضافة " الغفلة " إلى جانب السفه باعتبار ذي الغفلة يتساوى في الحكم مع السفه لتحقيق التوافق ما بين أحكام القانون المدني وأحكام قانون الأسرة.

وبالتالي يقترح تعديل أحكام نص المادة (81) من قانون الأسرة بإضافة ذي الغفلة ضمن أصناف المحجور عليهم حتى يصبح نصها كالاتي: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر في السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، أو غفلة، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

كما يتعين تعديل المواد المتعلقة بالحجر من قانون الأسرة لجعلها أكثر وضوحا وانسجاما مع ما ورد في قانون الإجراءات المدنية على النحو التالي:

- المادة (102): "يقدم طلب الحجر من الأب أو الأم أو أحد الأقارب أو النيابة العامة وكل ذي مصلحة، ويقدم طلب رفع الحجر من المحجور عليه أو من النيابة العامة أو النائب الشرعي وكل ذي مصلحة في رفع الحجر. يتبع في إجراءات الدعوى كل ما هو وارد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية".

- المادة (103): "يتم الحجر بموجب حكم قضائي ويتم الرفع بنفس الطريقة، ويستعين القاضي بأهل الخبرة لإثبات وجود أو زوال أسباب الحجر".

- المادة (104): "إذا حكم القاضي بالحجر، فإنه يعين في ذات الحكم مقدما على المحجور عليه، ما لم يكن للمحجور عليه أم أو أب، حيث يحكم القاضي بعودة الولاية إليه ولو لم يكن هو طالب الحجر".

- المادة (105): "على القاضي أن يمكن الشخص المطلوب الحجر عليه من الدفاع عن نفسه، ويعين له محاميا إذا رأت المحكمة في ذلك مصلحة".

14- جعل قانون الأسرة تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطله وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورهما في حين أن هذا الحكم يخص في الحقيقة المجنون والمعتوه فقط، ولم يذكر حكم تصرفات السفه وذي الغفلة لا قبل الحجر ولا بعد الحجر، كما أن المشرع الجزائري لم يأخذ بفكرة التمييز بين الجنون المطبق والجنون المنقطع لا في القانون المدني ولا في قانون الأسرة، ولكنه أخذ بهذه التفرقة في نص المادة (31) من قانون الأوقاف

وجعل وقف المجنون صحيحا إذا صدر منه في حالة الإفاقة، فنرى من المستحسن أن يتبنى المشرع الجزائري في أحكام القانون المدني فكرة التفرقة بين الجنون المطبق والجنون المنقطع وإدراج ذلك في قانون الأسرة وجعل تصرفات المجنون أثناء الإفاقة صحيحة إذا تم إثبات ذلك.

15- ضرورة تعديل النصوص القانونية الخاصة بالحجر والواردة في قانون الأسرة وتوضيح الإجراءات الواجبة على النيابة العامة اتخاذها في رفع دعوى الحجر، وحبذا لو ألزم المشرع الجزائري في قانون الأسرة بعض فئات الأطباء ورؤساء المجالس الشعبية البلدية لتمكين النيابة العامة من رفع دعوى الحجر وبسط حمايتها على المحجور عليهم، فالمشرع الجزائري أعطى في قانون الأسرة الحق للنيابة العامة في رفع دعوى الحجر على من أصيب بعارض من عوارض الأهلية، ولكن لم يبين الإجراءات الواجب إتباعها ولا كيفية علم النيابة بحالات الحجر، فكان يستحسن توضيح الإجراءات بدقة نظرا لتعلق الحجر بالنظام العام.

16- ضرورة تعديل أحكام نص المادة (107) من قانون الأسرة والتفرقة بين تصرفات المجنون والمعتوه قبل الحجر وبعده وإضافة نص آخر هو نص المادة (107 مكرر) لتبيان تصرفات السفیه وذي الغفلة قبل الحجر وبعده، ليكون نصهما كالآتي:

- المادة (107): "تعتبر التصرفات الصادرة من الجنون أو المعتوه بعد تسجيل الحجر عليه باطلة، أما قبل الحجر فلا تكون باطلة أو قابلة للإبطال إلا إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورهما أو كانت نتيجة تواطؤ واستغلال".

- المادة (107 مكرر): "تعتبر التصرفات الصادرة من السفیه أو ذي الغفلة بعد تسجيل الحجر عليه باطلة، أما قبل الحجر 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 إلى القضاء".

17- ينبغي تعديل عنوان الفرع الثالث من القسم الرابع من الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثاني في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث جاء بعنوان (حماية البالغين ناقصي الأهلية) والأفضل لو جاء بعنوان (حماية البالغين ناقصي وعديمي الأهلية).

وما ينبغي الإشارة إليه في هذا الإطار أنه ونتيجة للتطور التكنولوجي الحاصل في مجال وسائل الاتصال يبقى هناك إمكانية لإبرام عقود التبرعات (الوصية، الهبة والوقف) عبر وسائل الاتصال الحديثة إذ أن المشرع الجزائري قد أجاز التعاقد عن طريق الانترنت واعترف بالكتابة

في الشكل الإلكتروني ومنحها حجية في الإثبات متى استوفت الشروط القانونية المطلوبة، واشترط لقيام العقد الإلكتروني ضرورة توافر أركانه، وحتى يكون سليماً مثل باقي العقود الأخرى يجب أن يصدر عن متعاقدين تتوفر فيهم الأهلية على النحو الذي يتطلبه القانون، وإلا كان العقد مهدداً بالإبطال.

غير أن هذا النوع من العقود إذا ما تم قد تنشأ عنه إشكالات قانونية غير موجودة في عقود التبرعات المبرمة بالطرق التقليدية، تتمثل أساساً في مسألة التحقق من أهلية الطرفين لإبرام هذه العقود خاصة أنها تبرم عن بعد دون الحضور المادي للطرفين، وهذا يجعل إمكانية التعاقد مع شخص ناقص الأهلية أمراً لا يمكن استبعاده.

ونتيجة إلى أن العقد الإلكتروني يبرم عن بعد، فقد يصعب على المتعاقد التحقق من أهلية الطرف المتعاقد معه إذا ما أبرم عقد تبرع إلكتروني، فالعقد الإلكتروني يتم عبر تقنيات الاتصال الحديثة، ومن دون حضور مادي للمتعاقدين، لذا تثار إشكالية التحقق من أهلية المتعاقد الآخر على الشبكة خاصة في حالة إبرام المريض مرض الموت لعقد من عقود التبرع. إن هاته الإشكالات القانونية في هذا المجال وغيرها من الإشكالات المثارة في هذا الصدد تحتاج إلى حلول، يبقى مجال البحث فيها مفتوحاً، كل ما استجد التطور التكنولوجي والعلمي والذي يفتح آفاق مستقبلية للبحث في هذا الشأن.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

1. المراجع باللغة العربية

أولا/ المعاجم:

1. ابن منظور جمال الدين أبو الفضل محمد بن بكر، لسان العرب، دار المعارف، دون سنة نشر.
2. أبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق عدنان درويش ومحمد المصري، بيروت- لبنان، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، 1419هـ/1998م.
3. أبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق مهدي المخرومي وإبراهيم السامرائي، مؤسسة دار الهجرة، دون طبعة، الجزء 4، دون سنة نشر.
4. أبي الفتح ناصر الدين المطرزي، المغرب في ترتيب المعرب، تحقيق محمود فاخوري وعبد الحميد مختار، حلب- سوريا، مكتبة أسامة بن زيد، الجزء 2، 1399هـ/1979م.
5. أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، تحقيق عبد العظيم الشناوي، القاهرة، دار المعارف، الطبعة 2، دون سنة نشر.
6. أنيس إبراهيم، المعجم الوسيط، بيروت- لبنان، دار إحياء التراث العربي، الطبعة 2، الجزء 1، دون سنة نشر.
7. الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق صفوان عدنان داوودي، دمشق، دار القلم والدار الشامية، الطبعة 4، 1430هـ/2009م.
8. عبد الرؤوف بن المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق عبد الحميد صالح حمدان، القاهرة، عالم الكتب، الطبعة الأولى، 1410هـ/1990م.
9. علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، دون سنة نشر.
10. الفيروز أبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، بيروت- لبنان، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة، 1426هـ/2005م.

11. قاسم بن عبد الله القنوي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، 1424هـ/2004م.
 12. مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، مصر، مطابع الدار الهندسية، الطبعة الأولى، 1400هـ/1980م.
 13. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مصر، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة 4، 1425هـ/2004م.
 14. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، دون طبعة، 1986م.
 15. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الجزء 7.
 16. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الجزء 8.
 17. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الجزء 12.
 18. هيثم هلال، معجم مصطلح الأصول، مراجعة وتوثيق محمد التونجي، دار الجيل، الطبعة الأولى، 1424هـ/2003م.
- ثانيا/ المؤلفات العامة والمتخصصة:
- أ/ المؤلفات العامة:
1. إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح، المبدع في شرح المقنع، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة 1، الجزء 4، 1418هـ/1997م.
 2. أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، التنبيه في فقه الإمام الشافعي، بيروت- لبنان، شركة الآرقم بن أبي الآرقم، الطبعة 1، 1997.
 3. أبو داود سليمان بن الأشعث السخستاني، سنن أبي داود، اعتنى به مشهور حسن سلمان، الرياض، دار المعارف، الطبعة 1، الجزء 4، دون سنة نشر.
 4. أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، تحرير ألفاظ التنبيه، تحقيق عبد الغني الدقر، دمشق، دار القلم، الطبعة 1، 1408هـ.
 5. أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق زهير الشاويش، بيروت، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة، الجزء 3، 1412هـ/1991م.

6. أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب للشيرازي، تحقيق محمد نجيب المطيعي، جدة- المملكة العربية السعودية، مكتبة الإرشاد، الجزء 7، دون سنة نشر.
7. أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب للشيرازي، تحقيق محمد نجيب المطيعي، جدة- المملكة العربية السعودية، مكتبة الإرشاد، الجزء 13، دون سنة نشر.
8. أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب للشيرازي، تحقيق محمد نجيب المطيعي، جدة- المملكة العربية السعودية، مكتبة الإرشاد، الجزء 16، دون سنة نشر.
9. أبو عبد الله شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج، التقرير والتحرير على تحرير الكمال بن الهمام، دار الكتب العلمية، الطبعة 2، الجزء 2، 1403هـ/1983م.
10. أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عليش، فتح العلى المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، بيروت- لبنان، دار المعرفة للطباعة والنشر، الجزء الأول، دون سنة نشر.
11. أبو القاسم محمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية، دون طبعة، دون سنة نشر.
12. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري، بيروت- لبنان، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، الجزء 1، 1424هـ/2003م.
13. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري، بيروت- لبنان، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، الجزء 9، 1424هـ/2003م.
14. أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، القاهرة، دار المعارف، الجزء 3، دون سنة نشر.
15. أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية)، تحقيق زكرياء عميرات، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء 8.
16. أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق محمد صادق قمحاوي، بيروت- لبنان، دار إحياء الكتب العربية ومؤسسة التاريخ العربي، الجزء 2، 1412هـ/1992م.

17. أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف، أحكام الأوقاف، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1420هـ/1999م.
18. أبو بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه الإمام مالك، دار الفكر، الطبعة الثانية، الجزء 3، دون سنة نشر.
19. أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق محمد عبد القادر عطا، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة 3، الجزء 1، 1424هـ/2003م.
20. أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق محمد عبد القادر عطا، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة 3، الجزء 2، 1424هـ/2003م.
21. أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، الجزء 2، 1418هـ/1998م.
22. أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجفان والظاهر المعموري، بيروت- لبنان، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1993.
23. أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، بيروت- لبنان، دار الفكر، الطبعة 1، المجلد 3، 1441هـ/2019م.
24. أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق محمود مطرجي، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء 3، 2019.
25. أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق محمود مطرجي، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء 4، 2019.
26. أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، الرياض، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، 1419هـ/1998م.
27. أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق عميرات زكريا، بيروت، دار عالم الكتب، الجزء 5، دون سنة نشر.

28. أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الجواد، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة 1، الجزء 1، 1416هـ/1996م.
29. أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الجواد، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة 1، الجزء 5، 1416هـ/1996م.
30. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، دون سنة نشر.
31. أحمد أبو الفتح، المعاملات في الشريعة الإسلامية، دون طبعة، الجزء 1، دون سنة نشر.
32. أحمد بن أحمد المختار الجكني الشنقيطي، مواهب الجليل من أدلة خليل، مراجعة عبد الله إبراهيم الأنصاري، قطر، إحياء التراث الإسلامي، الجزء 3، 1407هـ/1986م.
33. أحمد بن غنيم النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، دار الفكر، الجزء 1، 1415هـ/1995م.
34. أحمد بن غنيم النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، دار الفكر، الجزء 2، 1415هـ/1995م.
35. أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي، حاشية الطحطاوي، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م.
36. أحمد حشمت أبو ستيت، القانون المدني الجديد، الكتاب الأول (مصادر الالتزام)، مطبعة مصر، الطبعة 2، 1954.
37. أحمد عبيد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون (الزواج والطلاق وآثارهما)، بغداد، مطبعة عصام، الجزء 1، 1977.
38. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، بغداد، مطبعة الإرشاد، الطبعة 2، الجزء 2، 1972.
39. أحمد لعور، الدليل القانوني للأسرة، الجزائر، دار الهدى للنشر والتوزيع، 2007.
40. أحمد محمد علي داود، القرارات الاستثنائية في الأحوال الشخصية، عمان- الأردن، دار الثقافة، الطبعة الثانية، الجزء الثاني، 1432هـ/2011م.

41. أحمد محي الدين العجوز، الميراث العادل في الإسلام، بيروت- لبنان، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، طبعة 1994.
42. أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، مصر، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2009.
43. أحمد نصر الجندي، شرح قانون مدونة الأسرة المغربية، مصر، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2010.
44. أحمد نصر الجندي، الأسرة ومحكمة الأسرة، مصر، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2010.
45. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة القطرية، مصر، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2010.
46. أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون اليمني، مصر، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2010.
47. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، مصر، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2011.
48. أحمد نصر الجندي، أسئلة من محاكم الأسرة والإجابة عليها، مصر- الإمارات، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2013.
49. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مصر، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2014.
50. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوداني، مصر- الإمارات، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2014.
51. آسيا دوة وخالد رامول، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2008.
52. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام (دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز)، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009.

53. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، القاهرة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005.
54. أنور طلبة، المسؤولية المدنية (المسؤولية التقصيرية)، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى، الجزء الثالث، 2005.
55. أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني (البيع، المقايضة، الهبة، الشركة، القرض)، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، الطبعة 1، 2002.
56. بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزائر، منشورات بغدادي، الطبعة 1، 2009.
57. بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 4، 2010.
58. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية)، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 3، الجزء 2، 2004.
59. بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا (المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة)، الجزائر، دار هومة، الجزء الأول، 2015.
60. بلعور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986.
61. توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين، الإسكندرية، منشأة المعارف، طبعة 1، 1962.
62. توفيق حسن فرج، مدخل للعلوم القانونية، بيروت، الدار الجامعية، 1993.
63. جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر، منشورات كليك، الطبعة 1، الجزء 1، 2013.
64. جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر، منشورات كليك، الطبعة 1، الجزء 2، 2013.
65. جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر، منشورات كليك، الطبعة 1، الجزء 3، 2013.

66. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، الجزائر، منشورات كليك، الطبعة الأولى، الجزء 1، 2013.
67. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، الجزائر، منشورات كليك، الطبعة الأولى، الجزء 2، 2013.
68. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، الجزائر، منشورات كليك، الطبعة الأولى، الجزء 3، 2013.
69. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، الجزائر، منشورات كليك، الطبعة الأولى، الجزء 4، 2013.
70. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، الجزائر، منشورات كليك، الطبعة 2، الجزء 2، 2013.
71. جمال مهدي محمود الأكشة، مسؤولية الآباء المدنية على الأبناء القصر في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)، الإسكندرية- مصر، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2009.
72. حبيب عبيد مرزة العماري، الخصم في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، بيروت - لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2012.
73. حسن أيوب، فقه المعاملات المالية في الإسلام، القاهرة- مصر، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، الطبعة الأولى، 1423هـ/2003م.
74. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الخطأ)، تنقيح وطبع محمد سعيد الرحو، عمان، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، 2006.
75. حسن كيرة، النظرية العامة للحق، طبعة منشأة المعارف، دون سنة نشر.
76. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، الإسكندرية، منشأة المعارف، الطبعة 5، دون سنة نشر.
77. حسن محمد بودي، حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، المكتبة القانونية، 2004.
78. خلاف عبد الوهاب، علم أصول الفقه، القاهرة، دار الحديث، دون طبعة، الجزء 1، 2003.

79. خليفة الخروبي، العقود المسماة (الوكالة- البيع والمعاوضة- الكراء- الهبة)، تونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الثانية، 2013.
80. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء 4، طبعة 2001.
81. رأفت دسوقي، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، مصر، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، دون سنة نشر.
82. زعلاني عبد المجيد، المدخل لدراسة القانون (النظرية العامة للحق)، الجزائر، الطبعة 2، 2009.
83. زهران بن إبراهيم كادة، الجهل بالأحكام الشرعية وأثره في الفقه الإسلامي، دمشق، معهد التهذيب والتعليم للعلوم الشرعية، 1428هـ/2007م.
84. زوييدة اقروفة، الإبانة في أحكام النيابة (دراسة فقهية قانونية)، بجاية، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، 2014.
85. سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (القانون رقم 09/08)، عين مليلة- الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الأول، 2011.
86. سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، مصر، مكتبة صبيح، دون طبعة، الجزء 2، دون سنة نشر.
87. سلامة عبد الفتاح حليبة، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2005.
88. سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري المعروف بالجمال، حاشية الجمل على شرح المنهج، دار الفكر، دون طبعة، الجزء 3، دون سنة نشر.
89. سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي، حاشية البجيرمي على شرح المنهج، مطبعة الحلبي، دون طبعة، الجزء 3، 1369هـ/1950م.
90. شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن ابن قدامه المقدسي، الشرح الكبير، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، الطبعة الأولى، الجزء السابع عشر، 1416هـ/1995م.
91. شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت، دار الفكر، الجزء 5، 1404هـ/1984م.

92. شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، الجزء 3، 1415هـ/1994م.
93. شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لأبي البركات سيدي أحمد الدردير بهامشه الشرح المذكور مع تقارير محمد عlish، دار إحياء التراث العربي، الجزء 4، دون سنة نشر.
94. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة، بيروت، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، الجزء 5، 1994.
95. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة، بيروت، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، الجزء 7، 1994.
96. شهاب الدين أبي العباس أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، الحاشية على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء 2، دون سنة نشر.
97. الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الحنفية، تحقيق محمود مطرجي، بيروت- لبنان، دار الفكر، الطبعة الأولى، الجزء 6، 1441هـ/2019م.
98. شهاب الدين أبي العباس أحمد بن محمد النفعي القسطلاني، شرح صحيح البخاري (الشهادات، الصلح، الشروط، الوصايا، الجهاد واليسر)، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء 6، 2012.
99. صلاح الدين محمد شوشاري، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني (دراسة موازنة بالفقه الإسلامي)، عمان- الأردن، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2001.
100. طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار الخلدونية، الطبعة 1، 2009.
101. طاهري حسين، الإجراءات المدنية والإدارية الموجزة (شرح لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد)، الجزائر، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزء الأول، 1433هـ/2012م.
102. عبد الجليل القرنشاوي، دراسات في الشريعة الإسلامية، بنغازي- ليبيا، منشورات جامعة قار يونس، الطبعة 3، 1995.

103. عبد الحليم عبد اللطيف القوفي، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2004.
104. عبد الحميد حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، الجزء 1، جامعة الكويت، 1982.
105. عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، الجزء 3، 1424هـ/2002م.
106. عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، طبعة 1969.
107. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي (نظرية السبب ونظرية البطالان)، بيروت-لبنان، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، الجزء 4، دون سنة نشر.
108. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي (نظرية السبب ونظرية البطالان)، بيروت-لبنان، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، الجزء 5، دون سنة نشر.
109. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، بيروت- لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 2، الجزء الأول، 1998.
110. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، نهضة مصر، الطبعة 3، المجلد الأول، الجزء 1، 2011.
111. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة)، نهضة مصر، الطبعة 3، المجلد الثاني، الجزء 4، 2011.
112. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية الهبة والشراكة والقروض والدخل الدائم والصلح)، نهضة مصر، الطبعة 3، المجلد الثاني، الجزء 5، 2011.
113. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية حق الانتفاع وحق الارتفاق)، نهضة مصر، الطبعة 3، المجلد الثاني، الجزء 9، 2011.

114. عبد الستار أبو غدة، بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، الناشر بيت التمويل الكويتي، 1413هـ/1993م.
115. عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، الجزائر، دار هومة، 2012.
116. عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2013.
117. عبد العزيز أحمد بن محمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تحقيق محمد المعتصم بالله، بيروت، دار الكتاب العربي، طبعة 1997، المجلد 3، الجزء 4.
118. عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، بيروت- لبنان، المكتبة العلمية، الجزء 4، دون سنة نشر.
119. عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر، منشورات ثالة، دون طبعة، 2007.
120. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، بيروت، دار الكاتب العربي، الجزء 1، دون سنة نشر.
121. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، بيروت- لبنان، مؤسسة الرسالة، الطبعة 3، الجزء 10، 1997.
122. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة، دون طبعة، دون سنة نشر.
123. عبد الودود السريتي، المدخل لدراسة بعض النظريات في الفقه الإسلامي، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1997.
124. عبد الوهاب علي السبكي، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، بيروت، عالم الكتب، طبعة 1999، المجلد 1، الجزء 1.
125. عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، تونس، المطبعة التونسية، الطبعة 1، الجزء 4، 1339هـ.
126. العربي بختي، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2013.

127. العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 2014.
128. عز الدين محمد خوجة، مراجعة عبد الستار أبو غدة، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مجموعة دله البركة إدارة التطوير والبحوث، 1414هـ/1993م.
129. عكاشة عبد العال وطارق المجذوب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1998.
130. علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي، الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، 1369هـ/1950م.
131. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة 2، الجزء 1، 1424هـ/2002م.
132. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة 2، الجزء 5، 1424هـ/2002م.
133. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة 2، الجزء 6، 1424هـ/2002م.
134. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة 2، الجزء 10، 1424هـ/2002م.
135. علاء الدين خروفيه، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959، بغداد، مطبعة العاني، الجزء 1، 1962.
136. علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني أبو الحسن برهان الدين، الهداية في شرح بداية المبتدئ، تحقيق طلال يوسف، بيروت- لبنان، دار إحياء التراث العربي، الجزء 3، دون سنة نشر.

137. علي بن محمد الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق عبد الرزاق عفيفي، دار الصميعي، الجزء 1، 1424هـ/2003م.
138. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، الرياض، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة خاصة، الجزء 1، 1423هـ/2003م.
139. علي عبد العالي الأسدي، النظرية العامة لتعاقد الشخص مع نفسه (دراسة مقارنة)، بيروت- لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2012.
140. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 7، 2006.
141. علي فيلاي، نظرية الحق، الجزائر، موفم للنشر والتوزيع، 2011.
142. علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، الجزائر، موفم للنشر، الطبعة الثالثة، 2013.
143. علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، تونس، مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة 1، 2014/2015.
144. عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، الجزائر، دار جسر للنشر والتوزيع، الطبعة 1، 2010.
145. عمار نصار، مدونة القانون المدني المصري، القاهرة، قوانين الشرق، الطبعة 1، 2007.
146. عمر بن علي بن أحمد الأنصاري ابن الملقن سراج الدين أبو حفص، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، تخريج أبي صفية مجدي بن السيد وأبي محمد عبد الله بن سليمان، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الطبعة 1، الجزء 7، 1425هـ/2006م.
147. عون الدين البغدادي، إجماع الأئمة الأربعة واختلافهم، تحقيق محمد حسين الأزهرى، دار العلا للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزء 2، 1430هـ/2009م.
148. الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 2005.

149. فايز محمد حسين وأحمد أبو الحسن، الموجز في نظرية الالتزامات في القانون الروماني، بيروت- لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010.
150. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، بيروت، مؤسسة الرسالة، الطبعة 2، 1977.
151. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، مصر، المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة 1، الجزء 5، 1315هـ.
152. كمال الدين أبي البقاء محمد بن موسى بن عيسى التدميري، الشركة- الوكالة- الإقرار- العارية- الغضب- الشفقة- القرض- المسافات- الإجازة- إحياء المواريث- الوقف- الهبة، دار المنهاج، الطبعة 2، 2007.
153. لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، الطبعة 2، الجزء الأول، 2006.
154. لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة مفسرا مادة مادة للمبتدئين والممارسين، القبة القديمة- الجزائر، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة 1، 2008.
155. لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة (دراسة تفسيرية)، عين مليلة- الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2014.
156. لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2014.
157. لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا المعدل والمتمم بموجب الأمر (02/05) المؤرخ في 27 فيفري 2005 (دراسة تفسيرية)، عين مليلة- الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، دون طبعة، دون سنة نشر.
158. ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2004.
159. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، القاهرة، دار الفكر العربي، دون طبعة، 1416هـ/1996م.
160. محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، القاهرة، دار الفكر العربي، طبعة 1988.
161. محمد أبو زهرة، أصول الفقه، القاهرة، دار الفكر العربي، دون طبعة، دون سنة نشر.

162. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، القاهرة، دار الفكر العربي، الطبعة 3، 1957.
163. محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، الرياض، عالم الكتاب، طبعة خاصة، الجزء 4، 1423هـ/2003م.
164. محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، الرياض، عالم الكتاب، طبعة خاصة، الجزء 8، 1423هـ/2003م.
165. محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، الرياض، عالم الكتاب، طبعة خاصة، الجزء 9، 1423هـ/2003م.
166. محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، بيروت، دار المعرفة، دون طبعة، الجزء 3، 1414هـ/1993م.
167. محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، بيروت، دار المعرفة، دون طبعة، الجزء 12، 1414هـ/1993م.
168. محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، بيروت، دار المعرفة، دون طبعة، الجزء 28، 1414هـ/1993م.
169. محمد بن أحمد الصالح، الطفل في الشريعة الإسلامية، القاهرة، مطبعة نهضة مصر، دون سنة نشر
170. محمد البوشواري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الطبعة 1، 2010.
171. محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، المملكة العربية السعودية، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، الجزء 8، 1425هـ.
172. محمد بن علي الشوكاني، الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني، تحقيق أبو مصعب محمد صبحي بن حسن حلاق، صنعاء - اليمن، مكتبة الجيل الجديد، الجزء الأول، دون سنة نشر.
173. محمد تقي، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992.

174. محمد تقيّة، الوجيز في أصول الفقه، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة 11، دون سنة نشر.
175. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985.
176. محمد حسنين، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي)، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1988.
177. محمد الخرشي أبو عبد الله علي العدوي، الخرشي على مختصر سيدي خليل بهامشه حاشية العدوي، مصر، المطبعة الأميرية الكبرى، الطبعة 2، الجزء 5، 1317هـ.
178. محمد الخرشي أبو عبد الله علي العدوي، الخرشي على مختصر سيدي خليل بهامشه حاشية العدوي، مصر، المطبعة الأميرية الكبرى، الطبعة 2، الجزء 8، 1317هـ.
179. محمد خضري بك، أصول الفقه، تونس، دار المعارف، دون طبعة، 1989.
180. محمد الزهيري الغمراوي، أنوار المسالك شرح عمدة السالك وعدة الناسك، لشهاب الدين أبي العباس أحمد النقيب المصري، بيروت - لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة 1، 1416هـ/1996م.
181. محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات (العقد)، تونس، الطبعة 2، 1997.
182. محمد سراج، أصول الفقه الإسلامي، الإسكندرية، منشأة المعارف ودار الجامعة الجديدة للنشر، دون طبعة، 1998.
183. محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، الجزائر، دار هومة، دون طبعة، 1998.
184. محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 2009.
185. محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، 2011.
186. محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، الجزائر، دار هومة، دون طبعة، 2014.

187. محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، الجزائر، دار هومة، الطبعة الثانية، 2009.
188. محمد سلام مذكور، أصول الفقه الإسلامي، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة 1، 1976.
189. محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي (نظرية الحق)، القاهرة، دار الكتاب الحديث، الجزء 4، 1425هـ/2005م.
190. محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي (نظرية العقد)، القاهرة، دار الكتاب الحديث، الجزء 5، 1425هـ/2005م.
191. محمد الشيخ عمر، القانون المدني السوداني (الالتزامات، العقد والإرادة المنفردة)، لبنان، مطبعة داغر، الجزء 1، 1392هـ/1973م.
192. محمد صبري الجندي، النيابة في التصرفات القانونية (دراسة في التشريعات والفقه الإسلامي من منظور موازن)، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1433هـ/2012م.
193. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (الإثبات في المواد المدنية والتجارية)، عين مليلة- الجزائر، دار الهدى، 2009.
194. محمد عثمان بشير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية (المال-الملكية-العقد)، الأردن، دار النفائس للنشر والتوزيع، الطبعة 2، 1430هـ/2010م.
195. محمد فؤاد عبد الباقي، اللؤلؤ والمرجان، بيروت- لبنان، دار الفكر، الجزء الأول، 1423هـ/2002م.
196. محمد قدرى باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، سلسلة تقنين أحكام الفقه الإسلامي (1)، وشرحه لمحمد زيد الإبياني مع ملحق قوانين الأحوال الشخصية العربية، دراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية (محمد أحمد سراج، علي جمعة محمد)، القاهرة- مصر، دار السلام، الطبعة الأولى، المجلد الثالث، الجزء الأول، 1467هـ/2006م.
197. محمد كمال شرف الدين، قانون مدني (النظرية العامة- الأشخاص- إثبات الحقوق)، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، الطبعة الأولى، 2002.

198. محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، بيروت- لبنان، المكتبة العلمية، 2007.
199. محمد مختار القاضي، أصول الالتزامات في القانون المدني، القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، 1959.
200. محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الطبعة 4، 1982.
201. محمد ناصر الدين الألباني، سنن ابن ماجه، تصنيف أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير (ابن ماجه)، الرياض، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، دون سنة نشر.
202. محمد يوسف موسى، الفقه الإسلامي، مصر، دار الكتاب العربي، الطبعة 3، 1958.
203. محمود بن أحمد بن موسى بدر الدين العيني، نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار، تحقيق أبو تميم ياسر بن إبراهيم، قطر، إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الطبعة الأولى، المجلد الرابع عشر، 1429هـ/2008م.
204. محمود عبد المجيد المغربي، أحكام العقد في الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، المكتبة الحديثة، 1988.
205. مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، دون سنة نشر.
206. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دمشق، دار القلم، الطبعة الثانية، الجزء 1، 1425هـ/2004م.
207. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دمشق، دار القلم، الطبعة الثانية، الجزء 2، 1425هـ/2004م.
208. مصطفى الرافعي، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقوانين اللبنانية، بيروت- لبنان، دار الكتاب اللبناني، الطبعة الأولى، 1983.
209. مصطفى العوجي، القانون المدني (العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية)، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 4، الجزء 1، 2007.

210. معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، دار الوفاء، الطبعة الرابعة، الجزء الثاني، 1988.
211. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية)، عمان - الأردن، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، دون طبعة، الجزء الأول، 1996.
212. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء)، كردستان العراق، دار ثاراس للطباعة والنشر، الطبعة 1، 2006.
213. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتاب، الطبعة 3، الجزء 1، 1417هـ/1997م.
214. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتاب، الطبعة 3، الجزء 4، 1417هـ/1997م.
215. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتاب، الطبعة 3، الجزء 5، 1417هـ/1997م.
216. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتاب، الطبعة 3، الجزء 6، 1417هـ/1997م.
217. موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، تحقيق محمد الأرناؤوط وياسين محمد الخطيب، جدة، مكتبة السوادي للتوزيع، الطبعة الأولى، 1421هـ/2000م.
218. مولى عبد اللطيف الشهير بابن ملك، شرح منار الأنوار في أصول الفقه، بيروت - لبنان، دار الكتب العلمية، 1308هـ.

219. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون (نظرية الحق)، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 1، 2010.
220. نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، عين مليلة- الجزائر، دار الهدى، 2006.
221. نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، عين مليلة- الجزائر، دار الهدى، 2008.
222. نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي (مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي)، دار هومة، الجزائر، 2017.
223. النظار أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، أصول السرخسي، تحقيق أبو الوفا الأفغاني، الهند، لجنة إحياء المعارف النعمانية، الجزء 2، دون سنة نشر.
224. هند فالح محمود صالح العلاف، نظرية البطلان في القانون المدني (دراسة تحليلية مقارنة)، مصر- الإمارات، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2015.
225. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، دار الفكر، الطبعة الثانية، الجزء 1، 1405هـ/1985م.
226. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، دار الفكر، الطبعة الثانية، الجزء 4، 1405هـ/1985م.
227. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، دار الفكر، الطبعة الثانية، الجزء 5، 1405هـ/1985م.
228. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، دار الفكر، الطبعة الثانية، الجزء 7، 1405هـ/1985م.
229. ياسر محمد سعيد قدو، أثر الحالات النفسية في قضايا الأحوال الشخصية، مصر، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1439هـ/2018م.
230. يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، الجزائر، دار هومة، الطبعة الثانية، 2013.

ب/ المؤلفات المتخصصة:

1. إبراهيم محمد منصور الشحات، أحكام الوصية والوقف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، كلية الحقوق ببها، جامعة الزقازيق، دون سنة نشر.

2. أحمد الحجي الكردي، الأحوال الشخصية (الأهلية، النيابة الشرعية، الوصية، الوقف والتركات)، سوريا، منشورات حلب، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، الطبعة 2، دون سنة نشر.
3. أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد (الولاية والوصاية وشؤون القاصرين والإرث والتخارج)، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1433هـ/2012م.
4. أحمد فراج حسين، أحكام الوصاية والأوقاف في الشريعة الإسلامية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003.
5. أحمد محمد أحمد أبو طه، عوارض الأهلية وأثرها على العلاقة الزوجية (دراسة تأصيلية من منظور الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية)، الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة 1، 2014.
6. أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، القاهرة، دار الكتب القانونية، 2006.
7. أوان عبد الله الفيضي، الأحكام المتعلقة بحقوق الحمل (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، مصر - الإمارات، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر، 2015.
8. أنور طلبة، العقود الصغيرة (الهبة والوصية)، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2004.
9. باحمد أرفيس، مراحل الحمل والممارسات الطبية في الجنين بين الشريعة الإسلامية والطب المعاصر، الجزائر، الطبعة 2، 2005.
10. بدران أبو العينين بدران، أحكام الوصايا والأوقاف، الإسكندرية - مصر، مؤسسة شباب الجامعة، 1982.
11. بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة 1، 2014.
12. بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية)، الجزائر، دار الخلدونية، الطبعة 1، 2008.

13. جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها والولاية العامة والخاصة وأثرهما في التشريع الإسلامي، عين مليلة- الجزائر، دار الهدى، دون سنة نشر.
14. جمعة محمود الزريقي، الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، طرابلس- ليبيا، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، الطبعة 1، 2001.
15. حسن محمد بودى، موانع الرجوع في الهبة (في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004.
16. حسني محمود عبد الدايم، مرض الموت وأثره على عقد البيع (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي)، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2007.
17. حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة- الوصية- الوقف)، الجزائر، دار هومة، 2004.
18. خالد رامول، الإطار القانوني والتنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر، دار هومة، الطبعة 2، 2006.
19. خير الدين موسى فنتازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية (الوقف)، عمان- الأردن، دار زهران للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزء الأول، 1433هـ/2012م.
20. رفعت محمد رزق، الأهلية (عوارضها- موانعها- انقطاعها)، القاهرة، دار الحقانية، الطبعة الأولى، 2007.
21. سالم روضان الموسوي، أحكام الوقف والتولية (دراسة مقارنة معززة بتطبيقات قضائية)، بيروت- لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2016.
22. سليمان بن جاسر بن عبد الكريم الجاسر، لمحات مهمة في الوصية، الرياض، مدار الوطن للنشر، الطبعة الثانية، 1434هـ/2013م.
23. سليمان بن عبد الله أبا الخليل، الوقف في الشريعة الإسلامية (حكمه وحكمته وأبعاده الدينية والاجتماعية)، الرياض- المملكة العربية السعودية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 1429هـ/2008م.
24. سيف رجب قزامل، النيابة على الغير في التصرفات المالية (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، عمان- الأردن، دار المناهج للنشر والتوزيع، 2010.
25. الشيخ علي الخفيف، أحكام الوصية بحوث مقارنة تضمنت شرح قانون الوصية 71 لسنة 1946، القاهرة، دار الفكر العربي، الطبعة 1، 2010.

26. شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة- الوصية- الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2012.
27. صالح بن سعود آل علي، عوارض الأهلية المؤثرة في المسؤولية الجنائية، الرياض، شركة العبيكان للأبحاث والتطوير، الطبعة الأولى، الجزء 2، 1432هـ/2011م.
28. صالح بن غانم السدلان، أحكام الوقف والوصية والفرق بينهما، دار بلنسية، الكتيبات الإسلامية، دون سنة نشر.
29. صبحي محمصاني، المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والموارث والوصية، بيروت- لبنان، دار العلم للملايين، الطبعة الثامنة، 1997.
30. عبد الحميد الشواربي وأسامة عثمان، منازعات الأوقاف والأحكار والنظام القانوني لأمالك الدولة الخاصة ونزع الملكية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1995.
31. عبد الرزاق بوضياف، إدارة أموال الوقف وسبل استثمارها في الفقه الإسلامي والقانون (دراسة مقارنة)، عين مليلة-الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2010.
32. عبد الرزاق بن عمار بوضياف، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي والتشريع، عين مليلة- الجزائر، دار الهدى، 2010.
33. عبد السلام الرفعي، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي، الدار البيضاء- المغرب، مطابع إفريقيا الشرق، 1996.
34. عبد العزيز سليم، الدفع بالجنون أو الدفع بعدم المسؤولية بسبب الجنون في القضايا الجنائية والمدنية والشرعية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1998.
35. عبد الله الجبوري وعبد الحق حميش، أحكام الموارث والوصايا في الشريعة الإسلامية، دبي، 2002.
36. علي بن محمد بن رمضان الرشيدي، الآثار الناشئة عن الرجوع في الهبة، الإسكندرية- مصر، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2010.
37. علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون (دراسة مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث، 2009.

38. علي عبد الرحمن علي قطيط، تنازع القوانين في الوصية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص)، الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة 1، 2011.
39. فتحية مصطفى عطوي، الإجهاض بين الشرع والقانون والطب، المنشورات الحقوقية صادر، الطبعة الأولى، 2001.
40. كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، الإسكندرية- مصر، منشأة المعارف، 1998.
41. كمال حمدي، الولاية على المال، الإسكندرية، منشأة دار المعارف، 2003.
42. محمد إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، عمان- الأردن، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2006.
43. محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، القاهرة، دار الفكر العربي، دون طبعة، دون سنة نشر.
44. محمد أحمد سراج، أحكام الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي (دراسة فقهية مقارنة)، الإسكندرية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998.
45. محمد باوني، أحكام الحجر وعقود التبرعات في الفقه والقانون، قسنطينة- الجزائر، منشورات مكتبة إقرأ، دار بهاء الدين للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 2011.
46. محمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة 1، 2003.
47. محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية (دراسة فقهية مقارنة)، عمان- الأردن، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، 2010.
48. محمد خلف بني سلامة وخلق ضيف الله آغا، أحكام التركات والوصايا في الشريعة الإسلامية والقانون، عمان- الأردن، دار الفكر، الطبعة الأولى، 2012.
49. محمد زيد الأبياني بك، مباحث الوقف، دون طبعة، دون سنة نشر.
50. محمد عبيد عبد الله الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، بغداد، مطبعة الإرشاد، الجزء الأول، 1397هـ/1977م.
51. محمد سعيد جعفر، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، الجزائر، دار هومة، 2002.

52. محمد سعيد محمد الرملاوي، قضايا الحجر الشرعي والكيدي في الفقه الإسلامي مع بيان موقف القانون، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2010.
53. محمد كمال الدين إمام، الوصية والوقف في الإسلام مقاصد وقواعد، مصر، منشأة المعارف، 1999.
54. محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائري (دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والقرارات القضائية)، عين مليلة- الجزائر، دار الهدى، 2006.
55. محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف المعمول بها في الجمهورية العربية المتحدة، مصر، مطبعة دار التأليف، 1381هـ/1962م.
56. محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف بين الفقه والقانون، مصر، مطبعة دار التأليف، 1382هـ/1963م.
57. محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الطبعة 4، 1982.
58. محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة (دراسة مقارنة)، عمان- الأردن، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2008.
59. مصطفى السباعي وعبد الرحمان الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والمواريث، دمشق، المطبعة الجديدة، الطبعة الخامسة، 1978.
60. مفتاح محمد أقريط، الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مصر، 2004.
61. مفتاح محمد أقريط، الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مصر، دار الكتب القانونية، 2006.
62. منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف (دراسة قانونية فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون)، عمان- الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2011.
63. منذر قحف، الوقف الإسلامي (تطوره، إدارته، تنميته)، دمشق- سوريا، دار الفكر، الطبعة 1، 2006.
64. منصوري نورة، هبة العقار في التشريع الجزائري، عين مليلة- الجزائر، دار الهدى، 2010.

65. منير محمد أحمد الصلوي، نظام الحجر على فاقد الأهلية في الفقه الإسلامي والقانون اليمني (دراسة مقارنة)، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة 2، 1431هـ/2010م.
66. ناصر الدين سعيدوني، دراسات تاريخية في الملكية والوقف والجباية الفترة الحديثة، بيروت، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 2001.
67. ندى سالم حمدون ملا علو، أثر الأمراض النفسية في التصرفات القانونية (دراسة مقارنة)، مصر - الإمارات، دار الكتب القانونية دار شتات للنشر والبرمجيات، 2012.
68. نزيه نعيم شلالا، دعاوى الحجر والتسفيه والعتة (دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية)، بيروت - لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2008.
69. نزيه نعيم شلالا، دعوى الهبة (دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية)، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007.
70. هاشم معروف الحسني، الوصايا والأوقاف وارث الزوجة والعول والتعصيب من الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، بيروت، دار القلم، الطبعة الأولى، 1980.
- ثالثا/ النصوص القانونية والتنظيمية:
- أ/ النصوص القانونية والتنظيمية الوطنية:
1. الدستور الجزائري المؤرخ في 23/02/1989 الجريدة الرسمية العدد (32).
2. القانون رقم (438/96) المؤرخ في 07/12/1996، الجريدة الرسمية العدد (76)، المؤرخة في 08/12/1996، المتضمن التعديل الدستوري لسنة 1996.
3. القانون رقم (01/16) المؤرخ في 06/03/2016، الجريدة الرسمية عدد (14)، المؤرخة في 07/03/2016، المتضمن التعديل الدستوري.
4. القانون رقم (11/84) المؤرخ في 09 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم (02/05) المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية رقم (15).
5. القانون رقم (25/90) المؤرخ في 18/11/1990، المعدل والمتمم بالأمر (26/95) الجريدة الرسمية العدد (55)، المؤرخة في 27/09/1995، المتضمن قانون التوجيه العقاري.
6. القانون رقم (10/91) المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية العدد (21) المؤرخة في 23 شوال 1411.

7. القانون رقم (10/02) المعدل والمتمم للقانون (10/91)، المؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق لـ 27 أبريل 1991، الجريدة الرسمية العدد (83)، المؤرخة في 2002/12/15 المتعلق بالأوقاف.
8. القانون رقم (04/05) المؤرخ في 6 فيفري 2005، الجريدة الرسمية العدد (12)، المؤرخة في 2005/02/13، المتعلق بتنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماع للمحبوسين.
9. القانون رقم (02/06) المؤرخ في 2006/02/20، الجريدة الرسمية العدد (14)، المؤرخة في 08 مارس 2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق.
10. القانون رقم (09/08)، المؤرخ في 25 فبراير 2008، الجريدة الرسمية العدد (21)، المؤرخة في 2008/04/23، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
11. القانون رقم (19/15)، المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، الجريدة الرسمية العدد (71)، المعدل والمتمم للأمر (166/56) المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات.
12. الأمر رقم (156/66) المؤرخ في الموافق 8 يونيو سنة 1966، المعدل والمتمم بالقانون رقم (23/06) المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، الجريدة الرسمية رقم (84)، المتضمن قانون العقوبات.
13. الأمر رقم (20/70) المؤرخ في 19 فبراير 1970، المعدل والمتمم بالقانون (08/14) المؤرخ في 09 غشت 2014، الجريدة الرسمية العدد (49)، المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري.
14. الأمر رقم (86/70)، المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المعدل والمتمم بالأمر (01/05) المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية العدد (15)، المتضمن قانون الجنسية.
15. الأمر رقم (58/75) المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية رقم (78) المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالأمر رقم (05/07)، المؤرخ في 13 ماي 2007 الجريدة الرسمية رقم (31) المؤرخة في 13 ماي 2007، المتضمن القانون المدني الجزائري.
16. الأمر رقم (74/75) المؤرخ في 12/11/1975، الجريدة الرسمية العدد (92)، المؤرخة في 18/11/1975، المتضمن قانون إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.
17. الأمر رقم (105/76) المؤرخ في 09/12/1976، الجريدة الرسمية العدد (81) لسنة 1977، المتضمن قانون التسجيل.

18. الأمر (103/76) المؤرخ في 1976/12/09، الجريدة الرسمية العدد (39) لسنة 1977، المتضمن قانون الطابع.
19. المرسوم رقم (63/76) المؤرخ في 1976/03/25، الجريدة الرسمية العدد (30) المتعلق بتأسيس السجل العقاري.
- ب/ النصوص القانونية والتنظيمية الأجنبية:
 1. ظهير 9 رمضان 1331 بتاريخ (12 أغسطس 1913)، بمثابة قانون الالتزامات والعقود المغربي.
 2. قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946، بتاريخ 1946/01/07، جمهورية مصر العربية.
 3. القانون رقم (131) لسنة 1948 بإصدار القانون المدني المصري.
 4. القانون رقم (77) لسنة 1949، المؤرخ في 1949/07/03، بشأن إصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية، جمهورية مصر العربية.
 5. القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (84) بتاريخ 1949/05/18.
 6. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.
 7. القانون رقم (119) لسنة 1952 المتعلق بأحكام الولاية على المال والمعدل بقرار وزير العدل رقم (9) لسنة 1953، جمهورية مصر العربية.
 8. قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (59) لعام 1953، المعدل بالقانون رقم (4) لعام 2019 بتاريخ 2019/02/07.
 9. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959.
 10. القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.
 11. القانون رقم (67) لسنة 1980 بإصدار القانون المدني، مجموعة التشريعات الكويتية، إصدار وزارة العدل، مطابع الخط، الطبعة الأولى، المجلد الأول، الجزء 2، فبراير 2011.
 12. القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985 والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987 بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، سلسلة التشريعات والقوانين لدولة الإمارات العربية المتحدة (6)، دبي، إعداد معهد دبي القضائي، 1423هـ/2011م.
 13. قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991.
 14. القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002.

15. القانون رقم (70.03) مدونة الأسرة المغربية.
 16. القرار الجمهوري بالقانون رقم (20) لسنة 1992م بشأن الأحوال الشخصية، المعدل بالقانون رقم (27) لسنة 1998، والقانون رقم (24) لسنة 1999م، والقانون رقم (34) لسنة 2003م المتضمن قانون الأحوال الشخصية اليمني.
 17. القانون الاتحادي رقم (28) لسنة 2005 في شأن الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، أبو ظبي، دائرة القضاء، الطبعة الثالثة، 2018.
 18. القانون رقم (22) لسنة 2006 بإصدار قانون الأسرة القطري، الجريدة الرسمية العدد (8) المؤرخة في 2006/08/28.
 19. ظهير شريف رقم (1.09.236) صادر في 23 فبراير 2010، يتعلق بمدونة الأوقاف المغربية، الجريدة الرسمية العدد رقم (5847) الصادرة بتاريخ 14 يونيو 2010.
 20. مجلة الأحوال الشخصية التونسية، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، 2014.
- رابعاً/ الأطروحات والرسائل الجامعية:
- أ/ أطروحات الدكتوراه:
1. أحمد داود رقية، الحماية القانونية للجنين المخبري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2014/2015.
 2. اسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه علوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015.
 3. بوكرازة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر، أطروحة دكتوراه علوم تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة قسنطينة 1، السنة الجامعية 2013/2014.
 4. جمال عياشي، تداخل آثار عقود التبرع والميراث، أطروحة دكتوراه في الحقوق تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2013/2014.
 5. حبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية بن عكنون - الجزائر، السنة الجامعية 1976.

6. خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه علوم تخصص قانون خاص، كلية الحقوق جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2012/2013.
7. عبد المالك رايح، النظام القانوني لعقود التبرعات (الوصية، الهبة، الوقف) في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه علوم تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2016/2017.
8. مجوج انتصار، الحماية المدنية للأموال الوقفية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2015/2016.
9. محمد تقيّة، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1996/1997.
10. محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية)، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2017/2018.
11. محمد السعيد رشدي شاهين، أعمال التصرف وأعمال الإدارة في القانون الخاص (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة، السنة الجامعية 1983.
12. يوسف أحمد علي مفلح، مدى كفاية النظام القانوني لأهلية الأداء (دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي)، رسالة دكتوراه، كلية القانون جامعة عمان العربية للدراسات الإسلامية، الأردن، السنة الجامعية 2007/2008.
13. يوسف نواصة، عقود التبرع في الشريعة الإسلامية وأحكامها ومقاصدها، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2010/2011.
- ب/ مذكرات الماجستير:
1. أحمد حططاش، النظام القانوني للوقف، بحث لنيل شهادة الدراسات العليا المتخصصة (P.G.S)، فرع الدراسات العليا المتخصصة، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2004/2005.

2. أحمد فوزي أبو عقيلين، بحث بعنوان عوارض الأهلية دراسة موازنة في القانون الفلسطيني والقانون المصري، جامعة الأزهر بغزة، عمادة الدراسات العليا، برنامج الماجستير، قسم القانون الخاص، يناير 2012.
3. إياد إبراهيم محمد عودة، أثر الإكراه على المعاملات المالية (دراسة فقهية مقارنة)، مذكرة الماجستير في الفقه المقارن، كلية التربية- قسم الدراسات الإسلامية، جامعة الأزهر غزة، السنة الجامعية 1433هـ/2012م.
4. باسم حمدي حرارة، سلطة الولي على أموال القاصرين، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية غزة، السنة الجامعية 1431هـ/2010م.
5. بريش نعيمة، عقود التبرع (دراسة مقارنة بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي)، مذكرة ماجستير في القانون الخاص تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، السنة الجامعية 2017/2018.
6. بن مشرنن خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير تخصص قانون الإدارة المحلية، جامعة أبي بكر بن القايد، تلمسان، السنة الجامعية 2011/2012.
7. جميلة موسوس، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، السنة الجامعية 2005/2006.
8. حسام محمد إبراهيم الحسن، تصرفات المريض مرض الموت (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة الإسرائ، السنة الجامعية 2011.
9. حميش عبد الحق، أحكام الأب في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي، قسم الدراسات العليا الشرعية فرع الفقه والأصول، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى السعودية، السنة الجامعية 1408هـ/1988م.
10. حنان بنت محمد حسين جستنيه، أقسام العقود في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، السنة الجامعية 1419هـ/1998م.

11. رشاد السيد إبراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية الجزائر، السنة الجامعية 1989.
12. شيكر ريمة، الحجر في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2014/2013.
13. صورية زردوم بن عمار، النظام القانوني للأموال الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2010/2009.
14. صورية غربي، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2014.
15. عاهد أحمد أبو العطاء، الحجر على الصغير والمجنون والسفيه وتطبيقاتهما في المحاكم الشرعية، مذكرة ماجستير، قسم القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية غزة، السنة الجامعية 2010/2009.
16. فراس وائل طلب أبو شرح، الولاية على المال في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا جامعة الخليل فلسطين، السنة الجامعية 2008/2007.
17. فريدة هلال، الهبة في ضوء القانون والقضاء الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2011/2010.
18. محمود مفلح موسى الذيابات، تصرفات المعتوه في المعاملات المالية (دراسة فقهية)، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات الفقهية والقانونية جامعة آل البيت، السنة الجامعية 2010/2009.
19. معتز محمد كامل عطية اعبيدو، الحجر في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا جامعة الخليل، السنة الجامعية 1434هـ/2013م.
20. نادي محمد تيسير سمور أبو خلف، الأهلية أقسامها، أطوارها، عوارضها وعلاقتها بقانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا قسم القضاء الشرعي جامعة الخليل، السنة الجامعية 1428هـ/2008م.

21. نادية براهيم، الوقف وعلاقته بقانون الأموال في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون الجزائر، السنة الجامعية 1995.

خامسا/ المقالات العلمية:

1. إبراهيم رحمان، مفهوم الذمة في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، العدد 8، جوان 2009.

2. إبراهيم عنتر، السفه في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العراق، العدد 2، 2009.

3. أبو بكر لشهب، ملكية القصر وتصرفات الولي (دراسة فقهية، قانونية، مدعمة بالمواثيق الدولية)، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، العدد 1، جوان 2010.

4. أبو النجا إبراهيم، وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، الجزائر، كلية الحقوق جامعة الجزائر، العدد الرابع، 1987.

5. أحسن زقور، أحكام القصر في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، العدد 5، جويلية 2007.

6. أحمد إبراهيم، الأهلية وعوارضها في الشرع الإسلامي، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الأولى، العدد 1.

7. أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد 5، 1933/1932.

8. آيات العاني وعبد الله الكيلاني، غياب صاحب الحق أو أحد العاقلين في التبرعات وآثاره الفقهية، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، غزة- فلسطين، المجلد 28، العدد 1، 2020.

9. إياد محمد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية)، غزة- فلسطين، المجلد التاسع عشر، العدد الثاني، يونيو 2011.

10. برير نصيرة، حماية حقوق الطفل في تشريعات الدول المغاربية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، عدد خاص، جوان 2018.
11. البشير جبيري، الرجوع عن الهبة، مجلة الموثق، الجزائر، الغرفة الوطنية للموثقين- المطبعة الحديثة للفنون المطبعية، العدد 9، 2000.
12. بوحلاسة عمر، الوقف في القانون الجزائري، مجلة الموثق، العدد 9، 2000.
13. بومعالي نذير، الحماية القانونية للملكية الوقفية في الجزائر، مجلة علوم إنسانية، العدد 41، 2009.
14. خالد سماحي، أهمية التمييز بين عقود المعاوضات والتبرعات، مجلة دراسات قانونية، الجزائر، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، المجلد 2014، العدد 20، 2014.
15. دليلة براف وخالد بوشمة، أهلية الجنين والحقوق المترتبة عليها (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري)، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، العدد التاسع، 2015.
16. شويف عبد العالي، اشتراط الأهلية في الزواج (دراسة فقهية قانونية)، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، المجلد 9، العدد 2، 2016.
17. شيخ سناء، إثبات التصرفات العقارية الصادرة عن الإرادة المنفردة (الوصية والوقف)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2009.
18. شيخ سناء، الطبيعة القانونية للوقف في القانون الجزائري، مجلة القانون العقاري والبيئة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، المجلد 2، العدد 2، 2014.
19. شيخ نسيم، الرجوع في عقد الهبة في القانون الجزائري، الجزائر، مجلة المحكمة العليا لسنة 2013، العدد الثاني، 2015.
20. صفية علي أحمد الشرع، الهرم عارضا من عوارض الأهلية (دراسة تأصيلية تطبيقية)، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد 9، العدد 4، 1435هـ/2013م.

21. عبد الفتاح تقية، نطاق عوارض الأهلية في فقه أصول الشريعة الإسلامية (دراسة تحليلية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، العدد 1، 2009.
22. عبد الفتاح محمود إدريس، مدى اعتبار الأنوثة من عوارض الأهلية (بحث فقهي مقارن)، مجلة البحوث الإسلامية، مصر، العدد 20، 1438هـ/2017م.
23. عبد القادر عزيز أحمد الحياي، أهلية التعاقد وأحكام فاقدتها بين الشريعة والقانون، مجلة الجامعة العراقية، المجلد 1، العدد 26، 2011.
24. عبدلي أمينة وجبار جميلة، المنظومة القانونية للأحكام العقارية الوقفية في الجزائر، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة، العدد 2، مارس 2020.
25. عمر زودة، طبيعة دور النيابة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة (الأمر 02-05)، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2005.
26. عيسى أحمد، الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القصر، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق جامعة سعد دحلب البليدة، المجلد 1، العدد 1، 2011.
27. قاسم عمر حاج أحمد، الإكراه، مفهومه، وصوره، وأثره في فقه الأقليات المسلمة (دراسة مقارنة مع فقه الهجرة وأحكامها)، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، الجزائر، المجلد 9، العدد 1، 2016.
28. قتال الطيب، شخصية وأهلية الجنين القانونية وطبيعة حقوقه، مجلة مفاهيم الدراسات الفلسفية والإنسانية المعمقة، جامعة زيان بن عاشور الجلفة، العدد الخامس، مارس 2019.
29. قديري محمد توفيق، حماية الذمة المالية للقاصر في القانون الجزائري، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الرابع عشر، 2017.
30. موج انتصار، إثبات الوقف العام في التشريع الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد 5، جوان 2011.

31. محمد بشير، إجراءات القوامة على البالغين غير كاملي الأهلية وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد الحادي عشر، العدد الرابع، 2018.
32. محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1987.
33. محمد حسين قنديل، الهبة للولد وأحكامها في الفقه الإسلامي، حولية كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد السابع، 1409هـ/1989م.
34. محمد علي الشرفي، بحث في العلاقة بين أهلية الوجوب والذمة (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، مجلة الدراسات الاجتماعية، كلية الشريعة والقانون، جامعة صنعاء، العدد السادس عشر، ديسمبر 2003.
35. محمد عماد الدين أغربي، شرط الحوز في عقود التبرع، مجلة منازعات الأعمال، المغرب، العدد 45، أكتوبر 2019.
36. مصطفى عابدين، وقف العقار في القانون الجزائري على ضوء الشريعة الإسلامية واجتهاد المحكمة العليا، نشرة القضاة، مديرية الدراسات القانونية والوثائق، العدد 59.
37. معتز محمود المعموري، العلة وأثرها في اعتبار التصرفات القانونية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق جامعة بابل، المجلد السابع، العدد الثاني، 2015.
38. نصر سلمان، أسباب الحجر المبطلة للتصرفات المالية في المذهب المالكي، مجلة الإحياء، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة 1، العدد التاسع، 2005.
39. هشام بن عزة، إحياء نظام الوقف في الجزائر (نماذج عالمية لاستثمار الوقف)، مجلة البحوث الاقتصادية والمالية، جامعة أم البواقي، العدد الثالث، جوان 2015.
40. هشام بوهاش بن مبارك، الحجر على السفهاء، مجلة العدل، وزارة العدل المملكة العربية السعودية، العدد 62، ربيع الأول 1435هـ.
41. ياسين علي فتحي، السكر من عوارض الأهلية، مجلة كلية العلوم الإسلامية، جامعة الموصل، المجلد الحادي عشر، العدد 2، 1440هـ/2019م.
42. يوسف نواصة، العينية في عقود التبرعات (الهبة نموذجا)، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 6، 2011.

سادسا/ المجلات القضائية:

1. المجلة القضائية، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، العدد 1، 1989.
2. المجلة القضائية، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، العدد 4، 1989.
3. المجلة القضائية، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، العدد 1، 1993.
4. المجلة القضائية لسنة 1994، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، العدد 2، 1995.
5. المجلة القضائية لسنة 1997، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، العدد 1، 1999.
6. المجلة القضائية لسنة 2001، الجزائر، دار القصة للنشر، العدد 2، 2002.
7. المجلة القضائية لسنة 2003، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، العدد 2، 2005.
8. مجلة المحكمة العليا لسنة 2010، الروبية- الجزائر، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار، العدد 2، 2012.
9. مجلة المحكمة العليا لسنة 2015، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، العدد الثاني.
10. مجلة المحكمة العليا، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، عدد خاص، الجزء الأول.
11. مجلة الأحكام العدلية، بيروت، المطبعة الأدبية، 1303 هـ .

سابعا/ الملتقيات العلمية:

1. حمزة قتال وسمير شيهاني، علاقة القانون المدني بقانون الأسرة (قواعد الأهلية نموذجا)، الملتقى الدولي الخامس بعنوان القانون المدني بعد أربعين سنة، بتاريخ 24 و 25 أكتوبر 2016، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، منشور بحوليات جامعة الجزائر عدد خاص، العدد 5، 2016.

ثامنا/ المواقع الإلكترونية:

1. نشأت أحمد، العته الموجب للحجر، على الموقع: <https://www.mohamoon.net/law>، بتاريخ 2018/08/17، على الساعة 13:22.
2. وليد بن راشد السعيدان، قواعد البيوع وفرائد الفروع، على الموقع: <https://www.noor-book.com/>، بتاريخ 2020/01/04، على الساعة 16:35.

II. المراجع باللغة الأجنبية

A. Special references:

1. Ghaouti Benmelha, le droit patrimonial algérien de la famille (successions, testament, waqf, donation), office des publications universitaires alger, 1995.

2. Jamal J. Nasir, The islamic law of personal status, Edition 3, Brill, 2009.

3. Marcel Morand, Etude sur la nature juridique du habous, Typographie Adolphe Jourdan , imprimeur ,libraire ,éditeur, Alger ,1904.

B. Legal texts:

1. Loi n° 91/10 du 27 avril 1991 sur les Awqaf, Journal officiel n° 21 du 23 Shawwal 1411.

2. Réforme du droit des obligations un supplément au code civil 2016 à jour de l'ordonnance n° 131/2016 du 10 février 2016.

C. University theses:

1. Parade jean, La condition civil du malade, These de doctorat, Paris, 1963.

D. Scientific articles:

1. Younci Haddad Nadia, la Kafala en droit Algerien, Algerie, Université d'alger, Revue Algérienne Des Science Juridiques Economique et Politique, N°4, 1990.

E. Scientific conference

1. Zulkifli Hasan and Muhammad Najib Abdullah, the investment of waqf land as an instrument of muslims (economic development in Malaysia), A paper presented at the Dubai International Conference on Endowments Investment, 4-6th February 2008 organized by Awqaf and Minors Affairs Foundation, Dubai, the United Arab Emirates.

الفهرس

الآيات القرآنية

شكر وتقدير

إهداء

أ مقدمة

10	الباب الأول: النظام القانوني للأهلية
11	الفصل الأول: ماهية الأهلية والإطار القانوني المنظم لها
12	المبحث الأول: مفهوم الأهلية
12	المطلب الأول: تعريف الأهلية
12	الفرع الأول: المقصود من الأهلية
13	أولاً: المعنى اللغوي للأهلية
13	ثانياً: المعنى الاصطلاحي للأهلية
14	ثالثاً: المعنى القانوني للأهلية
16	الفرع الثاني: أنواع الأهلية
16	أولاً: أهلية الوجوب
20	ثانياً: أهلية الأداء
26	ثالثاً: التمييز بين الأهلية وغيرها من المصطلحات المشابهة
29	المطلب الثاني: تدرج الأهلية
30	الفرع الأول: انعدام ونقصان الأهلية
30	أولاً: انعدام الأهلية

32	ثانيا: نقصان الأهلية
34	الفرع الثاني: كمال الأهلية
34	أولا: تعريف البلوغ
38	ثانيا: تعريف الرشد
42	المبحث الثاني: التمييز بين عوارض الأهلية
42	المطلب الأول: مفهوم عوارض الأهلية
42	الفرع الأول: تعريف عوارض الأهلية
42	أولا: التعريف اللغوي للعوارض
43	ثانيا: التعريف الاصطلاحي للعوارض
44	الفرع الثاني: طبيعة عوارض الأهلية
44	أولا: شروط قيام عوارض الأهلية
45	ثانيا: التمييز بين عوارض الأهلية وبعض الأمور المشابهة لها
48	المطلب الثاني: تأثير وجود العوارض على أهلية الشخص
49	الفرع الأول: أنواع عوارض الأهلية
49	أولا: العوارض السماوية
59	ثانيا: العوارض المكتسبة
67	الفرع الثاني: تقسيمات المشرع الجزائري لعوارض الأهلية
67	أولا: تحديد العوارض التي تعدم الأهلية
71	ثانيا: تحديد العوارض التي تنقص الأهلية
73	ثالثا: سن التمييز وعلاقته بعوارض الأهلية

76	الفصل الثاني: نطاق ارتباط الأهلية بعقود التبرعات
77	المبحث الأول: التعريف بعقود التبرعات
78	المطلب الأول: المقصود بعقود التبرعات
78	الفرع الأول: تعريف العقد
78	أولاً: التعريف اللغوي للعقد
79	ثانياً: التعريف الاصطلاحي للعقد
81	ثالثاً: التعريف القانوني للعقد
84	رابعاً: الفرق بين العقد وبعض المصطلحات المشابهة
85	الفرع الثاني: مفهوم التبرع
86	أولاً: تعريف التبرع بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
90	ثانياً: تعدد مصطلحات التبرع في القانون والفقه الإسلامي
91	المطلب الثاني: خصائص عقود التبرعات وما يميزها عن التصرفات الأخرى
91	الفرع الأول: خصائص عقود التبرعات
92	الفرع الثاني: تمييز عقود التبرعات عن التصرفات الأخرى
93	أولاً: التمييز بين عقود التبرع وعقود المعاوضة
97	ثانياً: التمييز بين عقود التبرع والتصرف بالإرادة المنفردة
98	المبحث الثاني: تنظيم عقود التبرعات
98	المطلب الأول: تنظيم عقد الهبة
99	الفرع الأول: تعريف عقد الهبة ومشروعيته
99	أولاً: تعريف عقد الهبة

107	ثانيا: مشروعية عقد الهبة
109	الفرع الثاني: تمييز عقد الهبة عن العقود المشابهة لها
109	أولا: تمييز عقد الهبة عن العقود الملزمة لجانب واحد
114	ثانيا: تمييز عقد الهبة عن العقود الملزمة لجانبين
115	الفرع الثالث: شروط عقد الهبة
115	أولا: شروط انعقاد عقد الهبة
122	ثانيا: شروط صحة عقد الهبة
126	المطلب الثاني: تنظيم عقد الوصية
126	الفرع الأول: مفهوم عقد الوصية
126	أولا: تعريف عقد الوصية
130	ثانيا: حكم عقد الوصية ومشروعيته
131	ثالثا: التصرفات الملحقة بعقد الوصية
134	الفرع الثاني: إنشاء عقد الوصية
135	أولا: الشروط المتعلقة بالموصي
137	ثانيا: الشروط المتعلقة بالموصى له
143	ثالثا: الشروط المتعلقة بالموصى به
147	رابعا: الصيغة
150	الفرع الثالث: شكل عقد الوصية
151	أولا: إثبات عقد الوصية بعقد رسمي توثيقي
151	ثانيا: إثبات عقد الوصية بحكم قضائي

153	المطلب الثالث: تنظيم عقد الوقف
153	الفرع الأول: تعريف عقد الوقف
153	أولاً: التعريف اللغوي للوقف
153	ثانياً: التعريف الاصطلاحي للوقف
155	ثالثاً: التعريف القانوني للوقف
157	الفرع الثاني: خصائص عقد الوقف
157	أولاً: العقد الوقفي صادر عن إرادة منفردة
158	ثانياً: الوقف عقد تبرعي ناقل لحق عيني من نوع خاص
160	ثالثاً: عدم قابلية الوقف لاكتساب التقادم
160	رابعاً: الوقف غير قابل للحجز عليه
161	خامساً: الوقف يتمتع بالشخصية المعنوية
163	سادساً: الوقف يتمتع بحماية قانونية متميزة
168	الفرع الثالث: إنشاء عقد الوقف
168	أولاً: أركان عقد الوقف
176	ثانياً: شكل عقد الوقف
179	الباب الثاني: مسؤولية الشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية في إبرام عقود التبرعات
180	الفصل الأول: كيفية تنظيم عقود التبرعات في حالة إصابة الشخص بإحدى عوارض الأهلية
180	المبحث الأول: أحكام تصرفات الشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية في عقود التبرعات

- 181 المطلب الأول: نقصان الأهلية وأثره في عقود التبرعات
- 181 الفرع الأول: أحكام عقود التبرعات الصادرة من الصبي المميز
- 184 أولاً: حكم عقود التبرعات الصادرة من الصبي المميز في القانون المدني
- 186 ثانياً: حكم عقود التبرعات الصادرة من الصبي المميز في قانون الأسرة
- 188 الفرع الثاني: أحكام عقود التبرعات الصادرة من السفه وذو الغفلة
- 189 أولاً: حكم عقود التبرعات الصادرة من السفه وذو الغفلة قبل الحجر عليهما
- 193 ثانياً: حكم عقود التبرعات الصادرة من السفه وذو الغفلة بعد توقيع الحجر عليهما
- 198 المطلب الثاني: انعدام الأهلية وأثره على عقود التبرعات
- 198 الفرع الأول: أحكام عقود التبرعات الصادرة من الصبي غير المميز
- 202 الفرع الثاني: أحكام عقود التبرعات الصادرة من المجنون والمعتوه
- 207 أولاً: حكم عقود التبرعات الصادرة من المجنون والمعتوه قبل الحجر
- 210 ثانياً: حكم عقود التبرعات الصادرة من المجنون والمعتوه بعد الحجر
- 213 المبحث الثاني: بعض خصوصيات الأهلية في عقود التبرعات
- 213 المطلب الأول: تأثير عوارض الأهلية على أهلية الشخص المتبرع له في عقود التبرعات
- 213 الفرع الأول: عقود التبرعات الصادرة لعدم التمييز ولناقص الأهلية
- 215 أولاً: الهبة الصادرة للشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية
- 217 ثانياً: الوصية الصادرة للشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية
- 218 ثالثاً: الوقف الصادر للشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية

219	الفرع الثاني: عقود التبرعات الصادرة للجنين
222	أولاً: الوصية الصادرة للجنين
226	ثانياً: الهبة الصادرة للجنين
228	ثالثاً: الوقف على الجنين
231	المطلب الثاني: عقود التبرعات الصادرة من المريض مرض الموت ومن في حكمه
231	الفرع الأول: صدور عقود التبرعات في مرض الموت
231	أولاً: المقصود بمرض الموت
234	ثانياً: إثبات صدور عقود التبرعات في مرض الموت
237	الفرع الثاني: عقود التبرعات الصادرة من المريض مرض الموت
237	أولاً: هبة المريض مرض الموت
239	ثانياً: وصية المريض مرض الموت
240	ثالثاً: وقف المريض مرض الموت
243	الفرع الثالث: عقود تبرعات من هم في حكم المريض مرض الموت
245	الفصل الثاني: حماية أموال الشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية في إبرام عقود التبرعات
246	المبحث الأول: الحجر على المصاب بإحدى عوارض الأهلية في عقود التبرعات
247	المطلب الأول: الحجر بسبب عوارض الأهلية
247	الفرع الأول: تعريف الحجر
250	الفرع الثاني: مشروعية الحجر

- 255 المطلب الثاني: كيفية توقيع الحجر على الشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية
- 255 الفرع الأول: شروط الحجر على الشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية
- 257 الفرع الثاني: إجراءات الحجر على الشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية
- 259 أولاً: الأشخاص المخولين لرفع دعوى الحجر
- 264 ثانياً: وجوب تمكين الشخص المطلوب الحجر عليه من الدفاع
- 267 الفرع الثالث: إنهاء الحجر على الشخص الذي أصيب بإحدى عوارض الأهلية
- 268 أولاً: رفع الحجر عن الصغير
- 268 ثانياً: رفع الحجر عن المجنون
- 269 ثالثاً: رفع الحجر عن المعتوه
- 269 رابعاً: رفع الحجر عن السفه
- 269 خامساً: رفع الحجر عن ذي الغفلة
- 272 المبحث الثاني: النيابة الشرعية على مال الشخص الذي أصيب بإحدى عوارض الأهلية في عقود التبرعات
- 275 المطلب الأول: طبيعة النيابة الشرعية على الشخص المصاب بإحدى عوارض الأهلية في عقود التبرعات
- 276 الفرع الأول: أصحاب الحق في النيابة الشرعية على من أصيب بإحدى عوارض الأهلية
- 277 أولاً: من لهم الحق في النيابة الشرعية على من أصيب بإحدى عوارض الأهلية
- 284 ثانياً: تعيين مقدم عن الشخص المحجور عليه المصاب بإحدى عوارض الأهلية

289	الفرع الثاني: صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته في عقود تبرعات من أصيب بإحدى عوارض الأهلية
289	أولاً: سلطة النائب الشرعي على عقود تبرعات من أصيب بإحدى عوارض الأهلية
295	ثانياً: سلطة النائب الشرعي في مواجهة عقود التبرعات الصادرة من الأشخاص ناقصي أو عديمي الأهلية
297	المطلب الثاني: انتهاء النيابة الشرعية على من أصيب بإحدى عوارض الأهلية
297	الفرع الأول: أسباب انتهاء النيابة الشرعية على من أصيب بإحدى عوارض الأهلية
298	أولاً: أسباب انتهاء النيابة الشرعية الخاصة بعديمي أو ناقصي الأهلية
299	ثانياً: أسباب انتهاء النيابة الشرعية الخاصة بالنائب الشرعي
307	ثالثاً: أسباب انتهاء النيابة الشرعية المشتركة بين النائب الشرعي وعديمي أو ناقصي الأهلية
309	الفرع الثاني: آثار انتهاء النيابة الشرعية بالنسبة للمصاب بإحدى عوارض الأهلية
311	خاتمة
321	قائمة المصادر والمراجع
360	الفهرس

الملخص:

يتناول هذا الموضوع بالبحث أحكام الأهلية وعوارضها والنظام القانوني لعقود التبرعات "الهبة، الوصية، الوقف" في قانون الأسرة الجزائري، وبيان أثر عوارض الأهلية عليها. وبالتالي الخروج بأحكام توضح مقتضياته.

لذلك فقد تم التطرق فيه إلى تبيان حقيقة عوارض الأهلية وأنواعها المختلفة، بالرجوع إلى القانون المدني، سواء تلك التي تنقص أو تعدم الأهلية وأثرها على عقود التبرعات، وأيضا الوصول للاختلاف فيها ما بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

بالإضافة إلى تحديد مدى مسؤولية المصاب بعارض من عوارض الأهلية في إبرام عقود التبرعات، وختم البحث بالتطرق إلى الآليات القانونية التي اعتمدها المشرع الجزائري لحماية ناقصي وعديهي الأهلية في التصرفات الواردة على عقود التبرعات.

الكلمات المفتاحية:

أهلية؛ عوارض؛ عقود؛ تبرعات؛ حماية؛ أثر؛ انعدام؛ نقصان؛ وقف؛ وصية؛ هبة؛ إبرام؛ حجر؛ قوامة؛ نيابة شرعية؛ مسؤولية.

Abstract:

This topic examines the provisions and symptoms of eligibility and the legal system for donations contracts "Gift, Testament, Endowment (Wakf)" in Algerian family law, and to show the impact of the eligibility symptoms on them.

Thus, there are provisions that clarify its requirements.

Therefore, it was addressed in the reality of the symptoms of eligibility and its various types, referring to the Civil law, Whether those lack or disqualify eligibility and their impact on donations contracts, as well as the difference between Islamic law and Algerian family law.

In addition to determining the extent of responsibility of the victim of a symptom of eligibility in the conclusion of donations contracts, The research concluded by addressing the legal mechanisms adopted by the Algerian legislator to protect the imperfect and the incompetent in the conduct of the donation contracts.

Key words:

Eligibility, Symptoms, Contracts, Donation, Protection , impact, Deprivation, lack, Endowment (Wakf), Testament, Gift , Create, Interdiction, Trusteeship, Legitimate Prosecution, Liability.