جامعة أكلي محند أولحاج – البويرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

عوارض الأهلية بين الفقه الإسلامي وكل من قانون الأسرة والقانون المدني الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون

تخصص: عقود ومسؤولية

إعداد الطالبة:

العارفي هاجر

إشراف الدكتور:

شيهاني سمير

لجنة المناقشة

الأستاذ: لعشاشي محمد.....رئيسًا

الدكتور: شيهاني سمير استاذ محاضر قسم (ب).....مشْرِفًا ومقّررًا

الأستاذ: دريدر لمالكي.....ممتحنا

تاريخ المناقشة

2016/03/16

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

«رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل»

رواه أبو داوود والنسائي وابن ماجه وصححه الألباني.

إهداء

أهدي هذا العمل إلى من تعبا

من أجل إيصالي إلى ما أنا عليه الآن

إلى والديّ العزيزين أدامهما الله ورعاهما

فبفضل دعمهما المتواصل استطعت أن أحقق

كل ما أتمنى

إلى أختي وأخوي حفظهم الله، وإلى كل من تمنى لي

الخير وشجعني على مواصلة المسير

شكر وتقدير

الحمد لله الذي وفقني لإتمام هذا البحث

كل الشكر والتقدير إلى كل من مد لي

يد المساعدة سواء من قريب أو من بعيد

أو ساهم ولو بكلمة في المبادرة

بتقديم العون والدعم اللازم

فلكل الأساتذة الذين درسوني خلال كل مشواري

الدراسي من الإبتدائي إلى الجامعي

لاسيما أستاذي المشرف

خالص الشكر والتقدير

مقدمة

مقدمة:

كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية[1].

حيث تعتبر الأهلية عنصرا هاما وفعالا في بناء إرادة الشخص، فهي التي تجعله يكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات.

ومن خلالها يعبر عن إرادته في الحدود التي رسمها له القانون.

والأهلية لغة : مؤنث الأهلي، والأهلية للأمر :الصلاحية له [2].

أما من الناحية الاصطلاحية فتعرف بأنها " صلاحية الشخص للإلزام والالتزام " بمعنى أن يكون الشخص صالحا لأن يلتزم بهذه الحقوق، فإذا صار الشخص أهلا لثبوت الحقوق المشروعة له، وثبوت الحقوق المشروعة عليه، وأهلا لأن يلتزم بحقوق ينشئ أسبابها القولية أو يوجدها، كانت عنده الأهلية بجزئيها[3].

وتعرف كذلك على أنها" صفة قدرها المشرع في الشخص تجعله محلا صالحا للخطاب التشريعي"، والمتفق عليه لدى فقهاء الشريعة ورجال القانون أن الأهلية شرط انعقاد في كل التصرفات القولية، ومن دونها لا يكون للتصرف القولي أي أثر[4].

إن الشخص سواء كان طبيعيا أو اعتباريا ينظر إليه القانون من ناحية أنه صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات[5].حيث تثبت أهلية الأداء الكاملة .

---

[1]– المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

[2]– المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، دار الدعوة، جمهورية مصر العربية، 1465 هـ – 2004 م .

[3]– محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، 1978، ص202 وما بعدها.

[4]– حواسين تسعديت، الجنون في علم الإجرام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، 2010–2011، ص03

[5]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص283.

غير أنه قد يطرأ على الشخص ما يؤثر في أهليته فيزيلها أو ينقصها، مما يحد من تصرفاته. وهذه الأمور الطارئة إما أن تكون عوارض للأهلية وإما موانع .

إلا أن دراستنا ستتركز على العوارض دون الموانع.

فالعارض لغة هو: ما اعترض في الأفق فسدّه[1].

والجمع: عوارض، والعرض ما يطرأ أو يزول من مرض ونحوه، يقال: عرض له كذا يعرض: ظهر عليه وبدا، والعارض أعم من العرض.

أما العارض في الاصطلاح: أمور ليست من الصفات الذاتية أي ليست لازمة لماهية الإنسان فهي عوارض[2].

فالعوارض هي أمور تطرأ على أهلية الإنسان بعد كمالها فتؤثر فيها، إما تزيلها أو تنقص منها.

وقد ذكر المشرع الجزائري أربعة أنواع من العوارض وقسمها إلى قسمين:

عوارض تعدم التمييز: وهي كل من الجنون والعته، وعوارض لا تعدم التمييز بل تنقصه وهي السفه والغفلة، وهذا ما تم النص عليه في كل من القانون المدني الجزائري وقانون الأسرة الجزائري.

أما بالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية فقد أضافوا عدة أنواع أخرى من العوارض وانتهوا إلى تقسيمها إلى نوعين: عوارض سماوية وهي العوارض غير المكتسبة، حيث تم نسبها إلى السماء لأنها تخرج في نظرهم عن قدرة العبد واختياره.

---

[1]– المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص 594 .

[2]– سارة عكاشة، عوارض الأهلية، العوارض المؤثرة في الحجر، بحث في الفقه المقارن، قسم الفقه وأصوله، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، شاه علم، ماليزيا، ص 01.

حيث يذكر الأصوليون لهذا النوع عوارض كثيرة منها الصغر، يعني صغر السن والجنون، والعته، والنسيان، والنوم، والإغماء والرق والمرض والحيض والنفاس.

في حين هناك عوارض أخرى هي العوارض المكتسبة، والتي يكون للعبد اختيار في حدوثها كالسكر والجهل والخطأ.

ويرجع سبب إختيار الموضوع إلى الأهمية البالغة لهذا الموضوع، الذي يبحث بشكل أساسي في أهلية الإنسان، مما يسمح بمعرفة الحقوق المشروعة له، وكذا الواجبات الملقاة عليه.

كذلك يرمي إلى معرفة وتعداد العوارض التي تعدم الأهلية والتي تنقصها،مما يسهل لنا معرفة الحالات التي لابد من التدخل فيها لأجل حماية عديمي الأهلية وناقصيها، ومعرفة حكم تصرفاتهم.

كذلك من ضمن الأسباب هو التناقض الحاصل بين القانون المدني الجزائري وقانون الأسرة الجزائري، فيما يخص العوارض التي تعدم والتي تنقص التمييز، وإختلاف الحكم بالنسبة لهذه المسألة.

إضافة إلى قصور القانون المدني الجزائري في معالجة عوارض الأهلية مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي،الذي نظم الأسباب التي تناولها المشرع الجزائري إضافة إلى أسباب أخرى لم ترد في التشريعات المدنية في حين أنه كان لابد من النص عليها .

أما أهمية الموضوع فترجع لكونه يحدد لنا بالضبط من هم عديمي وناقصي الأهلية، والأحكام الخاصة بكل منهما، ويبين الإختلافات الموجودة بين حالاتهم، الشيء الذي يسمح لنا بمعرفة حكم تصرفاتهم، هل هي صحيحة أو باطلة قبل وبعد الحجر عليهم، وكذا معرفة سبل وطرق حمايتهم .

كما تظهر أهمية موضوع عوارض الأهلية من خلال الأثر القانوني، الذي يترتب في حالة وجود سبب لإنعدام أو لنقص التمييز، وما يعكسه ذلك على التصرفات التي يجريها كل عديم أو ناقص التمييز، فضرورة حصر الأسباب أو العوارض المعدمة أو المنقصة للتمييز يؤدي إلى تحقيق العدالة والمساواة بين أفراد المجتمع، إذا توفرت نفس العلة أو السبب لدى الأشخاص.

أما الهدف الذي يصبو إليه موضوع عوارض الأهلية هو تباين الثغرات الواردة في النصوص القانونية، وإلغاء التناقضات الحاصلة بين القانون المدني الجزائري وقانون الأسرة، عن طريق توحيد الأحكام الخاصة بهذا الموضوع، وإصلاح الأخطاء الواقعة بالرجوع لما هو وارد في أحكام الفقه الإسلامي .

إضافة إلى الإستعانة بالفقه الإسلامي في المعالجة التشريعية لأسباب إنعدام التمييز، وإعتماد التفرقة بين نوعى العته وبين الجنون المطلق والجنون المتقطع، وإضافة الأسباب الأخرى التي جاء بها هذا الأخير .

أما المناهج المعتمدة في البحث فهو المنهج الوصفي وهذا راجع لطبيعة الموضوع، الذي يقتضي جمع البيانات وتبريرها وتفسيرها، وتحليلها بهدف إستخلاص النتائج و التوصل إلى الحلول .

كذلك يتم اعتماد المنهج المقارن لما يستدعيه الموضوع من ضرورة وضع بعض المقارنات، بين ما يرد في القوانين وما يرد في الفقه الإسلامي، حيث كان هذا الأخير الأسبق في وضع وضبط أحكام الأهلية وبيان عوارضها، وهذا حتى لا تضيع الحقوق ولا تستنفذ أموال المحجور عليهم بغير حق .

هذا إضافة إلى المنهج التحليلي الذي يعتمد أساسا على تجميع البيانات والمعلومات اللازمة والخاصة بالموضوع، ثم تحليلها للوصول إلى الأسباب أو العوامل التي تؤثر فيه .

وكذا الأخذ بالآراء المختلفة والحقائق المتعلقة بالموضوع، وتوظيفها بما يخدم المشكلة محل الدراسة، مما يسمح بالوصول إلى نتائج يمكن إستخلاصها، واتخاذ قرارات يمكن تعميمها.

وعلى هذا الأساس نطرح الإشكال التالي:

هل تعرضت النصوص القانونية الجزائرية لجميع الحالات التي تطرأ على أهلية الشخص؟ وهل توافقت أحكام قانون الأسرة الجزائري مع أحكام القانون المدني الجزائري في ما يخص الأحكام المتعلقة بعوارض الأهلية؟

وللإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم خطتنا إلى فصلين.

الفصل الأول مخصص للعوارض التي تعدم التمييز؛ حيث قسمنا الفصل إلى مبحثين: مبحث أول يتناول العوارض التي ذكرها المشرع الجزائري والمبحث الثاني العوارض التي لم يذكرها المشرع الجزائري منها الواردة في الفقه الإسلامي ومنها المستحدثة.

في حين خصصنا الفصل الثاني للعوارض التي تنقص التميز؛ حيث تناولنا في المبحث الأول العوارض التي ذكرها المشرع الجزائري وفي المبحث الثاني العوارض التي لم يذكرها المشرع الجزائري ولم يتطرق إليها.

الفصل الأول

الفصل الأول

العوارض التي تعدم التمييز

يقصد بالعوارض التي تعدم التمييز تلك التي تصيب عقل الشخص فتعدم تمييزه وإدراكه، ثم أهليته[1]. وهي أمور تطرأ على أهلية الإنسان بعد أن تكون، كاملة فتؤثر فيها وتعدمها مما يجعل الشخص عديم الأهلية وعديم التمييز، الشيء الذي يرده إلى طور الطفولة.

وعلى هذا ستتركز دراستنا في هذا الفصل على العوارض التي ذكرها المشرع الجزائري في كل من قانون الأسرة والقانون المدني (المبحث الأول).

وعلى العوارض التي تعدم الأهلية ولكن لم يذكرها المشرع الجزائري (المبحث الثاني).

وهي إما موجودة في أحكام الفقه الإسلامي الذي قسمها إلى عوارض سماوية و أخرى مكتسبة وإما عوارض مستحدثة نجمت عن التطور الذي يشهده العالم الآن.

[1]– نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1994، ص177.

المبحث الأول

العوارض التي ذكرها المشرع الجزائري

عموما هذه العوارض معدمة للأهلية حيث سنتناول في المبحث الأول العوارض التي تعدم التمييز والتي تطرق إليها المشرع الجزائري في كل من القانون المدني الجزائري وقانون الأسرة الجزائري وهي كل من الجنون والعته، حيث سيكون المطلب الأول مخصص لعارض الجنون، والمطلب الثاني مخصص لعارض العته.

المطلب الأول

الجنون

من بين أبرز العوارض التي تعدم التمييز والتي ذكرها المشرع الجزائري نجد عارض الجنون، الذي يجعل صاحبه عديم الأهلية والتمييز.

الجنون في اللغة من جنّ، وهو الستر، ومنه المجنون، يقال: جُنَّ جُنّا وجِنّةً وسمي مجنونا لاستتار عقله والجنون هو زوال العقل أو فساده [1].

وحيث أن المشرع الجزائري لم يتناول تعريف الجنون، فهذا يدفعنا إلى اللجوء إلى التعريفات التي توصل إليها رجال القانون والفقهاء.

[1]– فراس وائل طلب أبو شرخ، الولاية على المال في الفقه الإسلامي، رسالة لنيل درجة الماجستير في القضاء الشرعي، بكلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2008، ص60.

حيث عرفه رجال القانون على أنّه :"ذلك المرض الذي يصيب العقل فيفقده ويعدم التمييز، أو هو ذهاب العقل وفقده، أو هو اضطراب يصيب العقل ويؤدي إلى اختلال توازنه وعدم انتظام قواه فيعدم لدى صاحبه الإدراك والتمييز "[1].

والجنون هو آفة تصيب عقل الإنسان تجعله عديم الأهلية، لا يقدر على التمييز، وبالتالي لا يستطيع القيام بالتصرفات القانونية سواء التي في صالحه أو التي في غير صالحه[2].

أما في الاصطلاح فقد عرفه الفقهاء والأصوليون بعبارات مختلفة منها:

أنه اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهجه إلا نادرا.

وقيل: الجنون اختلال القوة المميزة بين الأشياء الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب بأن لا تظهر آثارها، وأن تتعطل أفعالها.

وعرفه صاحب البحر الرائق بأنه: اختلال القوة التي بها إدراك الكليات[3].

كما نجد الأستاذ محمد أبو زهرة يعرفه على أنه: « مرض يمنع العقل من إدراك الأمور على وجهها الصحيح، ويصحبه اضطراب وهياج غالبا»[4].

وقد تطرق المشرع الجزائري إلى الجنون في نصي المادتين 81 و101 من قانون الأسرة.

---

[1]– رمضان أبو السعود،المرجع السابق، ص141، شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والتشريع المصري، واجتهادات القضاء الفرنسي، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، طبعة أولى، الجزائر، 2010، ص347.

[2]– خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، 2010، ص47–48.

[3]– الموسوعة الفقهية، الجزء السادس عشر، الطبعة الثانية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1409هـ–1989م، الكويت، ص99.

[4]– محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص441.

حيث نصت المادة 81 من قانون الأسرة 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»[1].كما نصت المادة 101 من نفس القانون: « من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه»[2].

حيث نتناول تصرفات المجنون قبل الحجر كفرع أول، وتصرفات المجنون بعد الحجر كفرع ثاني.

الفرع الأول: حكم تصرفات المجنون قبل الحجر

لم يأخذ المشرع الجزائري بعين الاعتبار تقسيم الجنون إلى مطبق ومتقطع، كما فعل فقهاء الشريعة الإسلامية.

بل اقتصر على ذكر حالة الجنون كسبب من أسباب الحجر وترك تقدير مدى توفر الحالة إلى القاضي نظرا لكون المسألة موضوعية، ويمكن للقاضي الاستعانة بالخبرة ورأي الأطباء[3].

الأمر الذي يلزمها ضرورة الفصل بين حكم تصرفات المجنون قبل الحجر في القانون الجزائري، وحكمها في ظل الفقه الإسلامي.

أولا: حكم تصرفات المجنون قبل الحجر في القانون الجزائري

نصت المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري على أنه :« تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه».

---

[1]– المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري.

[2]– المادة 101 من قانون الأسرة الجزائري.

[3]– علي فيلالي، نظرية الحق، دار موف للنشر، 2001، ص219.

وكذا المادة 107 من نفس القانون التي تنص: « تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها».

وعليه فإن المشرع الجزائري قد اعتبر تصرفات المجنون قبل الحجر صحيحة وليست باطلة، إذا كانت حالة الجنون غير ظاهرة وغير فاشية.

فهي صحيحة، إلا إذا كانت حالة الجنون ظاهرة وفاشية فتكون حينئذ باطلة[1]، وذلك تحقيقا لاستقرار المعاملات.

لكن إذا كانت حالة الجنون شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر الذي تعاقد مع المجنون على علم بهذه الحالة أو كان في إمكانه أن يعلم بها باعتبار أنها شائعة، يكون التصرف باطلا؛ لأن الطرف الآخر لن يفاجأ إذا ما بطل التصرف[2]، فيغيب عنصر المفاجأة.

وفي هذه الحالة نرى أن المشرع الجزائري قد خرج عن قاعدة أن الإرادة هي قوام التصرفات القانونية.

فإذا انعدمت الإرادة لا يقوم التصرف وهذا حماية منه للطرف المتعاقد مع المجنون[3].

فمتى كان الطرف الآخر على علم بحالة الجنون التي تعتري الشخص المتعاقد معه، أو كان بإمكانه العلم بهذه الحالة باعتبار أنها شائعة كان التصرف في هذه الحالة باطلا لغياب عنصر المفاجأة.

---

[1]– علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، بن عكنون، الجزائر، 2008، ص55.

[2]– نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، ص170.

[3]– (تكون تصرفاته باطلة ليس لانعدام أهليته وإنما لانعدام الإرادة لديه لذلك فإن المجال مفتوح لرفع دعوى بطلان التصرف بسبب انعدام الإرادة لدى المجنون وفقا للقواعد العامة ويقع عبء إثبات الجنون على من يدعي ذلك).

أما إذا كان الطرف الآخر غير عالم بحالة الجنون، أي كانت غير ظاهرة وغير فاشية يكون في هذه الحالة حسن النية، والتصرف صحيحا حتى لا يتفاجأ ببطلان هذا العقد.

هذا بالنسبة لما ورد في قانون الأسرة الجزائري.

أما بالرجوع إلى القانون المدني فنجد أن المادة 42 منه في فقرتها الأولى تنص: «لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون».

وبالتالي في هذه الحالة تعتبر تصرفات المجنون باطلة بطلانا مطلقا حتى قبل الحجر عليهما، وهذا ما يختلف مع الأحكام الواردة في قانون الأسرة الجزائري حيث كان لزاما على المشرع الجزائري أن يفصل بين حالتي الجنون المطبق والجنون غير المطبق أو بين مرحلة الجنون التي تسبق فترة تسجيل طلب الحجر والمرحلة التي تلي تسجيل طلب الحجر.

ثانيا: حكم تصرفات المجنون قبل الحجر في الفقه الإسلامي

إن المجنون كالصبي غير المميز في عجزه عن الاهتداء إلى التصرفات النافعة، فيمنع من التصرف في ماله رعاية لمصلحته[1].

وقد قسم فقهاء الشريعة الإسلامية الجنون إلى قسمين هما:

الجنون غير المطبق أو المتقطع: وهو الذي يكون فيه المرء مجنونا في بعض الأوقات ويفيق في بعضها إفاقة تامة[2]، وحكم هذا المجنون في حالة إفاقته بأن تنفذ تصرفاته كالعاقل[3].

---

[1]– مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، أحكام الأهلية والوصية، الطبعة السادسة، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، 1997، ص21.

[2]– أنور الخطيب، الأهلية المدنية في الشرع الإسلامي والقوانين اللبنانية، الطبعة الأولى، المكتب التجاري، بيروت، 1965، ص290.

[3]– مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص21.

فحكم تصرفاته في حالة الإفاقة حكم تصرفات العاقل[1]، فهو كالصحيح في تعلق الخطاب الشرعي به: «فإن أفاق (المجنون) في ذلك اليوم أو في يوم بعده من أيام رمضان ينوي الصوم من حينه وكون صائما، لأنه علم بوجوب الصوم عليه»[2].

أما إذا كان غير منتظم الإفاقة والجنون فيكون حكمه في حال إفاقته كالصبي المميز[3]، وتصرفاته تكون نافذة إذا أجازها وليه أو القيم عليه وهذا ما ذهب إليه الحنفية بقولهم :«وفي حالة إفاقته يكون كالبالغ العاقل فلا يحجر عليه، ويكون تصرفه في هذه الحالة نافذا»[4].

الفرع الثاني: حكم تصرفات المجنون بعد الحجر

يختلف حكم تصرفات المجنون بعد الحجر عن قبله، وعليه نرى حكم تصرفات المجنون بعد أن يتم الحجر عليه وهذا في ظل كل من القانون الجزائري و كذا الفقه الإسلامي .

أولا: حكم تصرفات المجنون بعد الحجر في القانون الجزائري

أهلية المجنون معدومة ؛لأنه فاقد التمييز، وتصرفاته القانونية تقع باطلة لانعدام الإرادة[5].

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أنه نص على حكم تصرفات المجنون في مادتين هما:

المادة 107 من قانون الأسرة التي مفادها أنه: « تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحجر باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها».

---

[1]– عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، بغداد، 1987، ص103.

[2]– نذير بوصبع، نظرية العقد عند الإمام ابن حزم، دراسة أصولية فقهية مقارنة، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2004–2005، ص252. نقلا عن كشف الأسرار: 384/4، وجامع الأسرار في شرح المنار للنسفي 1265/4.

[3]– مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص21–22.

[4]– مباركي محمد جلال الدين، الأهلية القانونية، دراسة مقارنة بحث لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001–2002، ص100.

[5]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص299.

ومن هذه المادة نستخلص أن المشرع الجزائري اعتبر تصرفات المجنون بعد الحجر عليه تصرفات باطلة.

في حين أن المادة 85 من نفس القانون نصت على أنه: « تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه».

في هذه الحالة اعتبرها تصرفات غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون وعدم النفاذ يعني أن تصرفه موقوف وبالتالي تصرفه صحيح لكنه لا يرتب آثاره إلا بعد أن تتم إجازته من قبل من له حق الإجازة وهنا نلاحظ التناقض الموجود بين نص المادتين الذي يستدعي ضرورة تصحيح نص المادة ولزوم تغيير لفظ غير نافذة.

وكان من المفروض أن يستعمل المشرع اصطلاح nuls أي باطلة[1].

أما بالنسبة للقانون المدني فنجد المادة 42 منه في فقرتها الأولى تنص: «لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون».

ويلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري جعل المجنون في رتبة الصبي غير المميز واعتبره عديم الأهلية، واعتبر تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا دون أن يميز بين حالتي الجنون قبل وبعد الحجر الأمر الذي كان لابد منه.

ثانيا: حكم تصرفات المجنون بعد الحجر في الفقه الإسلامي

نكون في هذه الحالة في النوع الثاني من الجنون وهو الجنون المطبق، أي الجنون الدائم الذي لا يفيق منه صاحبه ليلا ولا نهارا[2]. أي ذهاب العقل بالكلي فلا يرجى زواله ولا يتوقع

[1]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص352.

[2]– أحمد فرج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص223.

الشفاء بمعالجته، فهو عديم الأهلية، و تكون جميع تصرفاته وعقوده باطلة، لأن عباراته ملغاة ويأخذ حكم الصغير غير المميز[1]، أي لا يصح منه قول ولا يترتب عليه أثر[2].

وعليه تقع جميع تصرفاته باطلة بعد أن يحجر عليه سواء كانت نافعة أو ضارة له، وهذا لانعدام عقله ورشده وحفاظا على أمواله.

والحجر على المجنون يمتد من جنونه إلى أن يفيق رشيدا[3]، فإن افاق زال عنه الحجر، وأصبح بإمكانه عقد التصرفات دون عائق .

أما بخصوص من كان يجن يوما ويفيق يوما، ففي يوم الجنون تثبت له أحكام المجانين وفي يوم الإفاقة تثبت له أحكام العقلاء[4].

وجدير بالذكر أن المجنون له حكم الصبي في الحجر، وهذا ما جاءت به بعض المذاهب منها:

الحنابلة: المجنون كالصغير في أحكام الحجر المتقدمة إلا أن الصبي إذا بلغ وهو مجنون لا يحجر عليه إلا بحكم الحاكم، ولا ينظر في ماله إلا الحاكم.

الشافعية: متى أصيب الشخص بالجنون يحجر عليه، فلا تكون تصرفاته نافذة مطلقا ووليه هو ولي الصغير، وقيل وليه الحاكم فقط[5].

---

[1]– محمد كمال حمدي، الولاية على المال، الأحكام الموضوعية، الاختصاص والإجراءات، منشأ المعارف، الإسكندرية، 2003، ص199.

[2]– أحمد فرج حسين، المرجع السابق، ص224.

[3]– مباركي محمد جلال الدين، المرجع السابق، ص100.

[4]– عبد الرحمن بن محمد المتولي، تتمة الإبانة عن أحكام فروع الديانة، تحقيق حسين بن محمد بن عبد الله الحبشي، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي، قسم الدراسات العليا الشرعية، شعبة الفقه، المملكة العربية السعودية، 1429، ص91.

[5]– مباركي محمد جلال الدين، المرجع السابق، ص101.

المالكية: المجنون في أحكام الحجر كالصبي سواء كان مسلوب العقل أصلا أو كان مجنونا بالصرع، أو كان مجنونا بالوسواس، وهذا الذي يخيل إليه أنه فعل ولم يفعل.

الحنفية: أما المجنون الذي لا يعقل أصلا فحكم تصرفه كتصرف الصبي الذي لا يميز في جميع الأحوال، فكل تصرفاته تقع باطلة، سواء كانت نافعة أو ضارة أو غيرهما[1].

المطلب الثاني

الُعته

يعتبر العته ثاني أهم العوارض المعروفة فقها وتشريعا، هو يمثل حلقة واصلة بين الجنون والعقل و يعتبر العته الخلل الذي يصيب العقل دون أن يبلغ مبلغ الجنون، فيجعل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم[2]، وتدبيره للأمور سيئا ولكنه لا يضرب ولا يشتم[3].

وهو عند رجال القانون: « ضعف في العقل يجعل صاحبه قليل الفهم، مختلط الكلام، وتدبيره فاسد» فالُعته خلل يعتري العقل دون أن يبلغ مبلغ الجنون، بحيث يصبح معه المريض مشوش الفكر غير قادر على تدبير أموره أو تقديرها التقدير السليم، ويقتصر العته غالبا، على الانتقاص من الإدراك والتمييز دون أن أي عدمه[4].

---

[1]–مباركي محمد جلال الدين، المرجع السابق، ص100.

[2]– فريدة محمدي زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، 2002، ص79.

[3]– يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 1430هـ–2009م، ص105.

[4]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص347.

أما المعتوه فقد عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية بأنه: «هو الذي يفعل بعض الأشياء دون بعض ويكون قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير» [1].

كما فرق بين الجنون والعته، فالجنون يصاحبه اضطراب وهيجان أما العته فيلازمه الهدوء[2].

الفرع الأول: حكم تصرفات المعتوه قبل الحجر

تختلف تصرفات المعتوه قبل وبعد الحجر عليه، وعلى هذا الأساس نرى حكم تصرفات المعتوه قبل أن يتم الحجر عليه في القانون الجزائري ثم في الفقه الإسلامي.

أولا: حكم تصرفات المعتوه قبل الحجر في القانون الجزائري

أعطى المشرع الجزائري المعتوه حكم المجنون في جميع الأحكام ونلاحظ هذا من خلال المواد التي أشار فيها إلى حكم المعتوه حيث تنص المادة 42 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري على أنه :«لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته، أو مجنون».

وكذلك المادة 85 من قانون الأسرة: « تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه، والسفيه، غير نافذة إذا أصدر في حالة الجنون، أو العته، أو السفه».

ونجد أيضا المادة 101 من قانون الأسرة : « من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه».

---

[1]– مباركي محمد جلال الدين، المرجع السابق، ص101.

[3]– ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المطبعة العلمية،الطبعة الأولى، ج 3، 1311هـ،ص 268 .

وبالرجوع لنص م 107 من نفس القانون نجدها تنص: « تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها».

نلاحظ أن القانون الجزائري سوى بين حكم تصرفات المجنون وحكم تصرفات المعتوه واعتبرهما في حكم الصغير غير المميز بالرجوع إلى النص م 42 فقرة 1. وفي المادة 81 قانون الأسرة .

إلا أن المجنون والمعتوه يختلفان عن الصغير عديم التمييز في كون هذا الأخير يكون محجورا لذاته، أي دون الحاجة إلى حكم قضائي،عكس حالتي الجنون والعته، حيث جاء في نص المادة 103 قانون الأسرة أن الحجر لا يتم إلا بحكم القاضي كما يمكن رفع الحجر عليهما إن اقتضى الأمر من طرف المحكمة.

أما بالنسبة لتصرفات المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر عليه فإنها تكون صحيحة مادامت حالة العته غير شائعة وغير نافذة وغير معروفة لدى الطرف الآخر فإذا شاعت أو عرفت لدى الطرف الآخر اعتبر تصرفه باطلا حيث نلاحظ اشتراط ثبوت حالة العته بخصوص التصرفات السابقة على تسجيل قرار الحجر.

وهذا ما خصت به محكمة النقض المصرية: "لا يكفي لإبطال تصرفات المجنون والمعتوه الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر إثبات توافر الجنون أو العته وقت التصرف بل لابد أيضا إثبات علم المتصرف إليه بجنون المتصرف أو عته أو إثبات ذيوع هذه الحالة بحيث يفترض علم المتصرف إليه بها.

فإذا قضى الحكم ببطلان تصرف صادر قبل تسجيل قرار الحجر دون التثبت من أن حالة العته كانت شائعة، أو أن المتصرف إليه كان على بينة منها، كان مخالفا للقانون وقاصر التسبيب[1].

[1]– نقض مدني في 1965/11/11 مجموعة أحكام النقض 16–1031–160 الدكتور: سليمان مرقص (الوافي)، ص331.

ثانيا: حكم تصرفات المعتوه قبل الحجر في الفقه الإسلامي

العته عند فقهاء الشريعة الإسلامية على نوعين: عته لا يبقى معه إدراك ولا تميز وعته يبقى معه إدراك وتمييز[1].

فقد اختلفت نظرة الفقهاء المسلمين إلى المعتوه، فذهب الأكثرون إلى أنه مميزا غير كامل العقل، لأنه لو لم يكن له تمييز لسمي مجنونا لا معتوها، وذهب البعض إلى أن العته قسم مقابل للجنون قد يصحبه تمييز أحيانا وقد لا يصحبه أحيانا أخرى[2].

حيث أن تصرفات الصبي المميز المتردد بين النفع والضرر عند جمهور فقهاء المسلمين تكون موقوفة على إذن أو إجازة من له حق الولاية عليه، فإن أذن له بها أو أجازها بعد صدورها منه نفذت، وإلا كانت باطلة، لكن الإمام الشافعي خالف الجمهور في حكم مثل هذه التصرفات، فقد ذهب إلى اعتبارها باطلة، لأنها لا تصاحبها إجازة أو إذن من أحد، وعنده تعتبر جميع العقود الموقوفة باطلة[3].

الفرع الثاني: حكم تصرفات المعتوه بعد الحجر

بعد أن يتم توقيع الحجر على المعتوه يكون حكم تصرفاته مختلف عن ما كان قبله؛ أي قبل أن يحجر عليه، ولبيان ذلك نتناول حكم تصرفات المعتوه بعد الحجر في القانون الجزائري وكذلك الفقه الإسلامي.

أولا: حكم تصرفات المعتوه بعد الحجر في القانون الجزائري

بعد التسجيل قرار الحجر تكون تصرفات المعتوه القانونية باطلة لانعدام الإرادة لكون أهلية المعتوه معدومة لأنه فاقد التمييز.

---

[1]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص349.

[2]– ريمة شيكر، الحجر في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014/2013، ص21.

[3]– ريمة شيكر، المرجع نفسه، ص21.

لكن المشرع الجزائري لم يفرق في القانون المدني ولا في القانون الأسرة بين العته المعدم للتمييز الذي يكون صاحبه كالمجنون، والعته الذي ينقص التمييز.

كما اختلف قانون الأسرة مع الشريعة الإسلامية فيما يخص صدور الحكم بالحجر على المعتوه،إضافة إلى أن القانون استلزم تدخل القاضي بناء على طلب من المحجور عليه لرفع الحجر عكس الشريعة التي تعتبر أن الحجر يزول بزوال العته.

هذا وقد لاحظ الدكتور علي علي سليمان نقصا وعيوبا في النصوص القانونية التي أوردها كالتالي: (المادة 42 من القانون المدني الجزائري اعتبرت المعتوه عديم الأهلية كالمجنون، بينما اعتبرت المادة 43 من نفس القانون ناقص الأهلية فقط كالصبي المميز والسفيه، والغريب أن قانون الأسرة قد ألحق المعتوه بالمجنون والحق بهما السفيه في المادة 85 منها.

ثانيا: حكم تصرفات المعتوه بعد الحجر في الفقه الإسلامي

يكون هنا المعتوه بدون إدراك وبدون تمييز.

ويكون صاحبه كالمجنون، ومن ثم تكون تصرفاته باطلة فيكون حكمه حكم الصغير غير المميز.

فإذا ذهبت الآفة بأصل عقله، كان مجنونا ويسري عليه ما يسري على المجنون وإن اختلف عنه في أنه لا يصحبه اضطراب أو هياج، بل جنون ساكن.

ويثبت الحجر والمنع من التصرفات على المعتوه شرعا من الوقت وجود العته ويزول عنه بزواله، دون توقف على الحكم من القاضي[1].

[1]– أحمد فرج حسين، المرجع السابق، ص226.

المبحث الثاني

العوارض التي تعدم التمييز و لم يذكرها المشرع الجزائري

ذكر المشرع الجزائري كلا من العته والجنون فقط كعارضين من العوارض التي تعدم التمييز ،وأغفل أنواع أخرى كثيرة منها ما كان معروفا مثل : السكر والنوم وغيرها، ومنها ما هو مستحدث مثل التنويم المغناطيسي والعقاقير المخدرة التي لم نجد لها أي حكم أو نص في القانون الجزائري، الأمر الذي يستدعي البحث عنها في أحكام الفقه الإسلامي وكذا الأحكام التي جاءت بها البحوث المعاصرة .

المطلب الأول

العوارض السماوية و المكتسبة

قسم فقهاء الشريعة الإسلامية هذه العوارض إلى نوعين هما عوارض غير مكتسبة أو كما أسموها سماوية أو عوارض مكتسبة.

الفرع الأول: العوارض السماوية

أولا: النوم

يعرف النوم على انه: «فتور طبيعي يعتري الإنسان في فترات منتظمة، أو غير منتظمة، فيعطل العقل والحواس عن الإدراك والعمل، ولكن العقل يبقى ولا يزول بالنوم، ومع ذلك فإن النائم يفقد أهلية الأداء نهائيا، فلا تعتبر تصرفاته وأقواله، ولا يؤاخذ بها» أما التكاليف الشرعية فإن أداءها يتأخر إلى وقت الانتباه لقوله صلى الله عليه وسلم: « من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها»[1].

[1]– نذير بوصبع، المرجع السابق، ص250–251.

ثانيا: الإغماء

هو عارض يمنع فهم الخطاب حين وقوعه، وهو لا يمنع أهلية الوجوب، ولكنه يفقد أهلية الأداء عند وقوعه، فلا يطالب بالصلاة ولا بالصيام ولا بالتكاليف كلها في حال غيبوبته، فإذا أفاق توجه إليه التكليف[1].

فالإغماء والنوم لا يتصور الحديث عن التصرفات القانونية خلال وجود الشخص في أي منهما وفقه الشريعة الإسلامية يعتبرهما عوارض للاهلية باعتبار الأهلية مناط التكليف في سائر الأمور التي يكلف بها الشخص بموجب الأحكام الشرعية (عبادات ومعاملات) وعليه يمكن الحديث عن عارض أهلية بالنسبة للصلاة أو العبادات كالنوم والإغماء[2].

الفرع الثاني: العوارض المكتسبة

أولا: الجهل

الجهل نقيض العلم، والمعروف في كلام العرب جهلت الشيء إذا لم تعرفه[3]، حيث قال الراغب الأصفهاني رحمه الله: "الجهل على ثلاثة أضرب:

الأول: وهو خلو النفس من العلم، هذا هو الأصل وقد جعل ذلك بعض المتكلمين معنى مقتضيا للأفعال الجارية على غير النظام.

والثاني: اعتقاد الشيء بخلاف ما هو عليه.

---

[1]– مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص12.

[2]– محمد محاسنة، مدى كفاية النظام القانوني لعوارض الأهلية، دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة مؤتة، الأردن، 1994، ص11.

[3]– نبيل كامل حسن لبو صالح، المرجع السابق، ص136.

والثالث: فعل الشيء بخلاف ماحقه أن يفعل سواء اعتقد فيه اعتقادا صحيحا أو فاسدا، كمن يترك الصلاة متعمدا[1]، وعلى ذلك قوله تعالى: ﴿قَالُوٓاْ أَتَتَّخِذُنَا هُزُوًا ۖ قَالَ أَعُوذُ بِٱللَّهِ أَنۡ أَكُونَ مِنَ ٱلۡجَٰهِلِينَ﴾[2]، فجعل الهزو جهلا، وقال تعالى: ﴿فَتَبَيَّنُوٓاْ أَن تُصِيبُواْ قَوۡمَۢا بِجَهَٰلَةٖ﴾[3].

فإن من شروط التكليف تمكن المكلف من العلم بالخطاب، فإذا حال دون التمكن من العلم حال، صار المكلف حاصلا بالخطاب، فعندئذ يكون الجهل عذرا من الأعذار المعتبرة شرعا في حق المكلف، ولكنها لا تؤثر في أهليته ولا تنافيها ولذلك يعتبر الجهل من عوارض الأهلية المكتسبة لأن العبد قادر على إزالته بتحصيل العلم[4].

ثانيا: السكر

هو غيبة العقل من تناول المسكرات حتى يحصل الهذيان.

يقول الدكتور وهبة الزحيلي في تعريفه أنه: «حالة تعرض الإنسان من امتلاء دماغه من الأبخرة المتصاعدة إليه، فيتعطل معه عقله المميز بين الأمور الحسنة والقبيحة»[5].

والسكران هو من اختلط جده بهزله، فلا يستقر على شيء غلبه السكر على عقله، والسكر نوعان إما السكر حاصل بطريقة مباح مثل الدواء أو السكر بطريقة غير مباحة مثل الخمر.

فإذا كان السكر بسبب مباح أو تحت ضغط الإكراه كانت عبارته لغوا لا حكم لها، لا ينعقد بها عقد ولا يترتب عليها أثر لزوال عقله أو اختلاطه.

---

[1]– مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص15.

[2]– سورة البقرة، الآية 67.

[3]– سورة الحجرات، الآية 06.

[4]– نبيل كامل حسن أبو صالح، المرجع السابق، ص99.

[5]– فضل ماهر محمد عسقلان، المسؤولية التقصيرية لعديم التميز، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص37.

أما إن كان السكر بسبب محظور بأن شرب الخمر طوعا حتى سكر فالحنابلة والشافعية وأبو حنيفة يرون أن عبارته كعبارة الصاحي، وأنه مؤاخذ بأقواله وهذا عقوبة وزجرا له على ارتكاب المعصية[1].

وذهب الليث ومحمد بن الحكم المالكي إلى أن عبارة السكران لغو لا ينشأ بها عقد ولا يترتب عليها أثر، سواء أفقده السكر التمييز أصلا أم أنه بقي له بعضه.

أما الأمام مالك وعامة أصحابه فقد فرقوا بين زائل العقل أصلا وبين مختلطه، فإذا كان زائل العقل فلا ينعقد عقده،لأنه كالمجنون، وإن كان عنده بقية من التمييز، فإن عبارته تكون صحيحة ينعقد بها العقد، لكن لا يكون لازما له بل له حق فسخه.

والراجح ما ذهب إليه أصحاب القول: إن عبارة السكران لغو لا حكم لها، من غير فرق بين من زال عقله بحيث أصبح لا يميز ما يقوم به الخطاب وبين من كان عنده بقية من التميز والإدراك، لأن العقود تعتمد في صحتها على التراضي، والتراضي أساسه التمييز، والسكران فاقد للتمييز لأنه لا يعلم ما يعقد عليه[2].

المطلب الثاني

العوارض المستحدثة

حديثا تم التطرق إلى عوارض جديدة ومستحدثة لم تعرض سابقا ولم تعرف وهي إلى جانب العوارض القديمة قد تعدم التمييز منها التنويم المغناطيسي، العقاقير المخدرة، السحر وغيرها.

الفرع الأول: التنويم المغناطيسي

كلمة مغناطيس مأخوذة عن اليونانية التي استعارتها من كلمتين فينيقيتين إحداهما بمعنى كاهن Magus والأخرى بمعنى روح أو عقل، فتكون كلمة مغنطيسي Magnetism قيد القوة

[1]– أحمد فرج حسين، المرجع السابق، ص232.

[2]– أحمد فرج حسين، المرجع نفسه، ص232–233.

السحرية التي تفعل في العقل أو الروح،وذلك لأن الكهنة كما كانوا يدعون عند قدماء المصريين أو المجوس والهنود،هم الذين كانوا يشتغلون بمسائل السحر،فمن ذلك جاءت كلمة Magus ومعناها مجوس تكون الشطر الأول من كلمة Magnetism، وقد كانوا مشتغلين بهذه المسائل الروحية فيسمونها السحر ومنجاة الأرواح، وكشف الخفي راجعين في أعمالهم وأبحاثهم إلى أصول علمية معقولة برهنت على صدق بعضها[1].

هو عبارة عن وضعية معينة للوعي شبيهة بالنوم، تنتج عن إطفاء جذوة مقاومة الوعي بالإيحاء النفسي، وتوجد حالة من انخفاض درجة الوعي نتيجة المؤثرات النفسية الرتيبة، بحيث يمكن إقناع المنوم بسهولة والتحكم في تفكيره وتصرفاته من قبل المنوم[2].الشيء الذي يجعله عديم التمييز فيغيب عنه الإدراك وعليه فإن أي تصرف يبرمه أثناء نومه المغناطيسي يقع باطلا لانعدام التمييز لديه.

ويلاحظ أن أغلب شراح القوانين يعتبرون التنويم المغناطيسي إكراها.

هذا هو حكم التنويم المغناطيسي إذا كان النائم قد خضع لهم مرغما، أو قبل أن ينام وهو لا يفكر في عمل يجرمه القانون، أما إذا كان النائم يعلم قبل أن ينام أن المنوم يقصد من وراء تنويمه تشجيعه أو أمره بالقيام بأعمال يحرمها القانون فإن النائم يعتبر في هذه الحالة متعمدا ارتكاب فعله وما عملية التنويم المغناطيسي إلا وسيلة من الوسائل التي أراد التستر وراءها لارتكاب فعلته، ويكون بذلك مسؤولا طبقا لقواعد المسؤولية العامة، وفي هذا تتفق أحكام الفقه الإسلامي مع القوانين الوضعية تمام الاتفاق[3].

---

[1]– أحمد حامد أبو سن، مدى مشروعية التنويم المغناطيسي كأحد الأدلة الجنائية، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد 17، صفر 1431 هـ– فبراير 2011م، ص20.

[2]– إياد محمد جاد الحق، المعالجة التشريعية لأسباب انعدام التمييز في مجلة الأحكام العدلية ومدى كفايتها، دراسة تحليلية مقارنة مع مشروع القانون المدني الفلسطيني، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2010، ص19–20.

[3]– الصادق جدي، مسؤولية عديم الوعي مدنيا، دراسة مقارنة، بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 1990، ص65.

الفرع الثاني: العقاقير المخدرة

هي عبارة عن كل مادة يترتب على تناولها إنهاك الجسم والتأثير على العقل تأثيرا سيئا وتؤدي إلى انعدام التمييز لدى متعاطيها وكذا الإدراك وتؤثر على سلوكه وحالته النفسية، ومن أمثلتها: المورفين والكودايين، ...الخ[1]، وبالتالي تلحق العقاقير المخدرة بالسكر كسبب من أسباب التي تعدم التمييز لدى الإنسان.

الفرع الثالث: السحر

السحر هو عقد ورقى شيطانية يتوصل لها الساحر بعد الكفر بالله وعبادة الشيطان وتؤثر في بدن المسحور أو قلبه أو عقله[2].

والسحر موجود منذ القدم فقد ذكره الله تعالى في قصة موسى مع فرعون فقال سبحانه وتعالى: ﴿قَالَ مُوسَىٰٓ أَتَقُولُونَ لِلۡحَقِّ لَمَّا جَآءَكُمۡۖ أَسِحۡرٌ هَٰذَا وَلَا يُفۡلِحُ ٱلسَّٰحِرُونَ﴾[3]، حيث إن السحر يؤثر على إرادة المسحور في جميع تصرفاته وجميع مجالات الحياة فيعدمها، ويجعله غير مميز؛ الأمر الذي يستدعي ضرورة إيجاد حكم لتصرفات الشخص المسحور إذا اعترض أهليته مثل هذا العارض.

---

[1]– إياد محمد جاد الحق، المرجع السابق، ص18.

[2]– إياد محمد جاد الحق، المرجع نفسه، ص23.

[3]– سورة يونس، الآية 77.

الفصل الثاني

الفصل الثاني

العوارض التي تنقص التمييز

وهي العوارض التي تطرأ على أهلية الشخص بعد كمالها فتؤثر فيها لا تعدمها لكن تنقص منها وترد الشخص إلى نظير طور التمييز فثبت له أحكام المميز.

الشيء الذي ينشأ عنه أحكام استثنائية لتصرفات الأشخاص الذين يعتريهم العارض، تستثنى من الأحكام التي تسري على سواهم.

ومن العوارض التي تنقص التمييز ما ذكر المشرع الجزائري في كل من قانون الأسرة والقانون المدني ومنها ما ذكر في الفقه الإسلامي و القانوني.

وهذا ما سنتناوله في هذا الفصل، حيث يكون المبحث الأول مخصصا للعوارض التي تنقص التمييز والتي ذكرها المشرع الجزائري. والمبحث الثاني مخصصا للعوارض التي لم يتعرض لها المشرع الجزائري.

المبحث الأول

العوارض التي ذكرها المشرع الجزائري

ذكر المشرع الجزائري من بين العوارض التي تنقص التمييز ولا تعدمه، كل من السفه والغفلة.

وعليه سنتطرق في المطلب الأول إلى السفه، ونرى حكم تصرفات السفيه قبل وبعد الحجر عليه في كل من القانون الجزائري والفقه الإسلامي.

كما سنتطرق في المطلب الثاني إلى الغفلة، ونرى حكم تصرفات ذي الغفلة في القانون الجزائري والفقه الإسلامي قبل وبعد الحجر عليه.

المطلب الأول

السفه

السفه في اللغة هو الطيش وخفة العقل، فقد جاء في المصباح المنير للمقري أن: « السفه نقص في العقل وأصله الخفة»[1] .

أما اصطلاحا فقد جاء في تبيين الحقائق للزيلعي أن: «السفه هو العمل بخلاف موجب الشرع وإتباع الهوى وترك ما يدل عليه العقل، والسفه من عادته التبذير والإسراف في النفقة، وأن يتصرف تصرفا لا لغرض أو لغرض لا يعتده العقلاء من أصل الديانة غرضا»[2].

---

[1]– أحمد بن محمد بن علي المقري، المصباح المنير، الجزء الأول، 1925، ص380.

[2]– عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء 5، الطبعة 1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1315هـ، ص192.

أما الحنفية فقد ذهبوا إلى أن السفه هو تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع أو العقل، كالتبذير والإسراف في النفقة، وأن يتصرف تصرفات لا لغرض، أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا.

وذهب المالكية إلى أن السفه هو التبذير (أي: صرف المال في غير ما يراد له شرعا).

أو بإتلافه هدرا كأن يطرحه على الأرض أو يرميه في بحر أو مرحاض.

أما السفيه عند الشافعية هو الذي يضيع ماله باحتمال غبن فاحش في المعاملة ونحوها إذا كان جاهلا بها، أما إذا كان عالما بالمعاملة فأعطى أكثر من ثمنها فإن الزائد صدقة خفية محمودة أي إن كان التعامل مع محتاج وإلا فهبة.

أما الحنابلة يرون أن السفيه هو المضيع لماله المبذر لها[1].

كذلك يعرف الإمام محمد أبو زهرة السفيه على أنه: « هو الذي لا يحسن القيام على شؤون ماله وتدبيره وينفق في غير موضع الإنفاق».

فهو الذي يتصرف في ماله خلاف ما يقتضيه الشرع والعقل، وهو الذي يبذر في ماله تبذيرا لا يقع من العقلاء الراشدين عادة.

الفرع الأول: حكم تصرفات السفيه قبل الحجر

لتصرفات السفيه حكم يختلف قبل الحجر عن بعده، وعليه نرى حكم تصرفات السفيه في القانون الجزائري ثم الفقه الإسلامي .

[1]– الموسوعة الفقهية، الجزء السابع عشر، الطبعة الثانية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1410هـ–1990م، الكويت، ص94–95.

أولا: حكم تصرفات السفيه قبل الحجر في القانون الجزائري

لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف السفيه إلا أنه نص في كل من المادتين 43 و44 من القانون المدني والمادة 85 و101 من قانون الأسرة وكذلك المادة 103 التي تنص: « يجب أن يكون الحجر بحكم، وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر»، حيث يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي فقهاء الشريعة الإسلامية منهم الشافعي، وأحمد، ومالك القائلين بضرورة أن يكون الحجر بناء على حكم من القضاء، إلا أنه بالنسبة لتصرفات السفيه قبل الحجر فهناك أصل وهناك استثناء فالأصل هو صحة هذه التصرفات.

أي أن جميع تصرفاته تقع في هذه الحالة صحيحة، ولا يمكن إبطال هذه التصرفات على أساس انعدام الإرادة، لأن السفيه كامل العقل، ولأن انتقاص الأهلية بسبب السفه لا يثبت إلا بالحجر وفقا لما جاء في نص المادة 103 من قانون الأسرة[1].

ثانيا: حكم تصرفات السفيه قبل الحجر في الفقه الإسلامي

جرى الخلاف في الحجر بسب السفه، فجمهور الفقهاء ومنهم أبو يوسف، ومحمد صاحب أبو حنيفة، رأوا أن السفه موجب للحجر لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾[2].

أما أبو حنيفة فيرى أنه لا يحجر على الحر البالغ وإن كان سفيها مبذرا مفسدا متلفا لماله؛ وذلك لأن المنع كان الغرض منه التهذيب والتربية وإذا بلغ 25 سنة وهو على هذه الحال، فقد تجاوز سن التربية، فليترك حاله على غاربه وليسلم إليه ماله ودروس الحياة تتولاه[3].

---

[1]– محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2002، ص75.

[2]– سورة النساء، الآية 05.

[3]– مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص23.

حيث أن أبا حنيفة لا يرى الحجر على البالغ العاقل بسبب السفه مطلقا سواء كان السفه مقارنا لبلوغه أو طارئا بعد أن بلغ رشيدا، فالسفه الطارئ لا يمنع عنه ماله، وبالتالي تكون تصرفاته صحيحة[1].

أما عند أبي يوسف ومحمد فإنهم يرون أن التصرفات التي تصح مع الهزل كالزواج والطلاق تقع صحيحة من السفيه، وبذلك تكون محل أحكام السفيه كما يلي:

1- تصح تصرفاته في مثل الزواج والطلاق مما يصح في الجد والهزل.
2- تتوقف تصرفاته كالبيع والشراء والرهن والإعارة فيها عدا ذلك على إجازة وليه .
3- يصح إقراره بالعقوبات على نفسه كما لو أقر بالسرقة.
4- يعاقب على الجنايات التي يجنيها على غيره من نفس أو مال.
5- تجب عليه نفقة زوجته وولده ومن تجب عليه نفقته.
6- تصح وصيته في وجوه الخير.
7- تجب عليه العبادات كالصلاة والصوم والحج[2].

الفرع الثاني: حكم تصرفات السفيه بعد الحجر

وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع فنرى حكم تصرفات السفيه بعد أن يحجر عليه في ظل القانون الجزائري ثم الفقه الإسلامي .

أولا: حكم تصرفات السفيه بعد الحجر في القانون الجزائري

إذا تم تسجيل قرار الحجر على السفيه فإنه يصبح في حكم ناقص الأهلية، وتأخذ تصرفاته حكم تصرفات الصبي المميز.

---

[1]- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص443.

[2]- مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص23.

حيث نجد المادة 43 من القانون المدني تنص:« كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون»[1].

حيث لم يتطرق القانون المدني لحكم تصرفات الصبي المميز بأنواعها الثلاثة، بل أحال ذلك إلى قانون الأسرة بالرغم من أن القانون المدني هو المختص في هذا الشأن لأنه جاء منظما للمعاملات المالية التي تدخل في نظام الأحوال العينية.

أما بالنسبة لقانون الأسرة فنجد المادة 83 منه تقضي: « 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 له، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيها إذا كانت مترددة بني النفع والضرر»[2].

وعليه يكون حكم تصرفات السفيه بعد أن يحجر عليه كالآتي:

- حكم تصرفاته النافعة نفعا محضا:

تكون تصرفات السفيه النافعة نفعا محضا صحيحة، دون الحاجة إلى إجازة الولي أو الوصي، إذ تثبت للسفيه أهلية الاغتناء كاملة[3].

- حكم تصرفاته الضارة ضررا محضا:

تقع تصرفات السفيه الضارة ضررا محضا باطلة بطلانا مطلقا، ذلك أنه لا تثبت له أهلية الافتقار، بل هي معدومة لديه على غرار ما هي الحال عليه بالنسبة إلى الصبي المميز[4].

---

[1]- المادة 43 من القانون الجزائري.

[2]- المادة 83 من قانون الأسرة.

[3]- محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص79.

[4]- المرجع نفسه، ص79.

- **حكم تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر:**

أما بالنسبة لتصرفات السفيه الدائرة بين النفع والضرر: فنجد أنها قابلة للإبطال في ظل أحكام القانون المدني في المادة 101 منه، أما بالنسبة لقانون الأسرة فإنه حسب نص المادة 83 تكون تصرفاته موقوفة على الإجارة وهنا نلاحظ اختلاف جزاء هذه التصرفات بين كل من قانون الأسرة والقانون المدني، المسألة التي تستدعي ضرورة توحيد جزاء التصرفات الدائرة بين النفع والضرر في كل من القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري.

ثانيا: حكم تصرفات السفيه بعد الحجر في الفقه الإسلامي

إن الحجر يبدأ عند محمد بن الحسن من الحنيفة بمجرد وجود السفه من غير توقف على قضاء القاضي، فكل تصرف يقوم به بعد وجود السفه لا يصح، أما عند أبي يوسف فلا يكون محجورا عليه إلا بقضاء القاضي، فتنفذ تصرفاته كلها بعد وجود السفه منه قبل القضاء بالحجر عليه[1].

والسفيه يحجر عليه عند أبي يوسف ومحمد في كل تصرف لا يصح مع الهزل ويفسخ به، كالبيع، والهبة، والإجارة، والصدقة.

أما عند أبي حنيفة فإنه في السفه المقارن للبلوغ عند السفيه يمنع عنه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة[2].

حيث اختلف الفقهاء في تصرفات السفيه المالية كالبيع والشراء والإجارة التي يعقدها.

---

[1]– مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص23.

[2]–المرجع نفسه، ص23.

فذهب جمهور الفقهاء: المالكية وأبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية وأحمد في رواية إلى أن هذه التصرفات صحيحة وتنعقد موقوفة على إجازة وليه، فإن أجازها نفذت وإلا بطلت.

وذهب الشافعية وأحمد في رواية إلى أن تصرفات السفيه المالية باطلة مستدلين بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ﴾[1].

ووجه الدلالة من هذه الآية أن السفيه مبذر لماله ومتلف له، فيجب أن يمنع عنه ماله.

وذهب أبو حنيفية إلى أنها صحيحة نافذة، لأنه لم يرى الحجر على السفيه أصلا، فهو كالرشيد في سائر تصرفاته[2].

أما بالنسبة لحكم تصرفات السفيه بعد الحجر فنجد أن تصرفاته النافعة نفعا محضا تقع صحيحة، أما تصرفاته الضارة فهي باطلة لكن استثناءا فنجد فقهاء الشريعة الإسلامية يقولون بجواز الوصية بالثلث في غير سبيل فسق، بحيث يصح أن توجد من أهل الصلاح والتقوى، كالوصية في بر المساكين أو الفقراء، أو لبعض قرابته غير الوارثين أو نحو ذلك، أما وصية لأهل الفسق والمجنون فلا تصح[3].

أما بالنسبة لتصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فهي تنعقد صحيحة موقوفة على إجازة وليه، فإن أجازها نفذت وإن أبطلها بطلت.

---

[1]– سورة النساء، الآية 05.

[2]– الموسوعة الفقهية، الجزء الثلاثون، الطبعة الأولى، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1414هـ1994م، الكويت، ص247.

[3]– محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص336.

فبالنسبة إلى المالكية: جاء في بداية المجتهد لابن رشد القرطبي أن: « ما يفعله السفيه بعوض فهو موقوف على نظر وليه إن كان له ولي، فإن لم يكن له قدم له ولي...»[1].

أما بالنسبة للحنابلة: جاء في المعنى لابن قدامة أن ذلك يصح لأنه عقد معاوضة، فملكه بالإذن كالنكاح، ولأنه عاقل محجور فصح تصرفه بالإذن كالصبي، يحقق هذا أن الحجر على الصبي أعلى من الحجر عليه، ثم يصح تصرفه بالإذن فههنا أولى، ولأّنا لو منعنا تصرفه بالإذن لم يكن لنا طريق إلى معرفة رشده واختباره[2].

أما بالنسبة إلى صاحبي أبي حنيفة: فقد ورد في بدائع الصنائع للكاساني ما يلي :« وأما عندهما فحكمه وحكم الصبي العاقل سواء، فلا ينفذ بيعه وشراؤه وإجارته... وأما أشبه ذلك من التصرفات التي تحتمل النقض والفسخ وأما فيما سوى ذلك فحكمه وحكم البالغ العاقل الرشيد سواء، فيجوز طلاقه ونكاحه...»[3].

وعليه فإن تصرفات السفيه بعد الحجر تأخذ حكم تصرفات الصبي المميز، فمتى كانت نافعة له كانت صحيحة، ومتى كانت ضارة به تكون باطلة أما تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر فهي موقوفة على إجازة وليه، فإن رأى هذا الأخير فيه خيرا له أجازه وإلا رفضه.

---

[1]– ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، 1952، ص334.

[2]– ابن قدامة، المرجع السابق، ج 6، ص616–617 .

[3]– علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السابع، 1328هجري، ص171.

المطلب الثاني

الغفلة

الغفلة لغة هي كما جاء في المصباح المنير للمقري:«غيبة الشيء عن بال الإنسان وعدم تذكره له » وقد استعمل فيمن تركه إهمالا وإعراضا[1].

أما اصطلاحا فهي وقوع الشخص بسهولة بسبب سلامة نيته وطيب قبله، وكثيرا ما يخطئ إذا تصرف[2].

وذو الغفلة هو شخص مصاب بضعف في ملكاته النفسية بحيث يسهل وقوعه في الغبن لسلامة قلبه وضعف إدراكه[3].

والسفيه وذو الغفلة يقترنان غالبا في الفقه الإسلامي، ويتميز السفيه عن ذي الغفلة، طبقا للفقه الإسلامي بأن السفه يحمل صاحبه على تبذير ماله في غير ما يقضي به العقل والشرع، أما الغفلة فمع أنها ليست عاهة عقلية، فهي نقص في الملكات النفسية تحمل الشخص على سوء التقدير فيقوم بالتصرفات دون أن يهتدى إلى الرابح منها والخاسر فيغبن في تصرفاته غبنا فاحشا[4].

الفرع الأول: حكم تصرفات ذي الغفلة قبل الحجر

فقبل أن يتم الحجر على ذي الغفلة نرى حكم تصرفاته في كل من القانون الجزائري والفقه الإسلامي.

---

[1]– أحمد بن محمد بن علي القيومي المقري، المصباح المنير، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1987، ص171.

[2]– محمد صغير بعلي، المدخل إلى القانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص155.

[3]– عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية مبادئ القانون، النظرية العامة للحق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة العاشرة، عمان، الأردن، 2008، ص177.

[4]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص55.

أولا: حكم تصرفات ذي الغفلة في القانون الجزائري

نص المشرع الجزائري على حالة الغفلة في المادة 43 من القانون المدني: « كل من بلغ سن التميز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون»، حيث أطلق المشرع الجزائري لفظ Frappé d'imbécilité بدل Etourd.

حيث سمى ذا الغفلة معتوها وهذا ما يتناقض مع ما جاء في المادة 42 من القانون المدني حيث اعتبره المعتوه عديم الأهلية لا ناقصها.

ولكن في ظل تعديل القانون المدني سنة 2005 استبدل المشرع الجزائري كلمة معتوه في نص المادة 43 بكلمة ذا غفلة ولكنه مع ذلك لم يدرج حالة الغفلة في المادة 101 من قانون الأسرة، كسبب من أسباب الحجر وهذا ما يجب عليه أن يتداركه لإزالة التناقض الموجود بين القانون المدني الجزائري وقانون الأسرة الجزائري.

وبما أن ذا الغفلة يعتبر من ناقصي الأهلية، فإن تصرفاته الصادرة قبل الحجر تكون صحيحة حتى لو كانت هذه التصرفات ضارة ضررا محضا ولا يمكن إبطالها على أساس انعدام الإرادة لأنه كامل العقل ولأن انتقاص الأهلية بسبب الغفلة لا يثبت إلا بالحجر[1].

فالأصل العام أن تكون تصرفات ذي الغفلة قبل الحجر صحيحة،وتبطل استثناء إذا تحقق قصد الاستغلال أو التواطؤ لدى المتعاقد مع ذي الغفلة.

[1]– السنهوري، المرجع السابق، ص118.

ثانيا: حكم تصرفات ذي الغفلة قبل الحجر في الفقه الإسلامي

حكم تصرفات ذي الغفلة في الفقه الإسلامي شأنه شأن السفيه، فهو لا يحجر عليه عند الإمام أبي حنيفة لنفس الأسانيد النقلية والعقلية ويحجر عليه عند باقي الأئمة.

حيث أن الرأي الأول من الفقهاء يقول أن الغفلة سبب يدعو إلى الحجر على من اتصف بها وهذا قول أبي يوسف ومحمد من الحنفية وهذا صيانة لمال المغفل ونظرا لمصلحته.

أما الرأي الثاني: فهو رأي الحنابلة والمالكية وأبي حنيفة، حيث يقولون بعدم الحجر على ذي الغفلة وذلك لأن هذا الأخير شخص بالغ عاقل رشيد فلا يوجد سبب يدعو إلى الحجر عليه[1].

وقال أبو حنيفة: إنها لا توجب الحجر، لأن المغفل عاقل كالسفيه، وقد روي أن رجلا جاء أهله إلى النبي صلى الله عليه وسلم فشكوا إليه أنه يخدع في البيع، فقال له الرسول: «إذا بايعت فقل لا خلابة (أي لا خداع) ولي الخيار ثلاثة أيام»[2].

أما بالنسبة لتصرفات الغافل قبل الحجر فهناك اختلاف في حكمها حيث تكون نافذة عند أبي يوسف وموقوفة عند محمد[3].

الفرع الثاني: حكم تصرفات ذي الغفلة بعد الحجر

وهي التصرفات التي يقوم بها ذي الغفلة بعد أن يتم الحجر عليه في كل من القانون الجزائري والفقه الإسلامي.

---

[1]– محمد إسماعيل أبو الريش، الحجر وأسبابه في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مطبعة الأمانة، مصر، 1988، ص101–102.

[2]– مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص24.

[3]– مباركي محمد جلال الدين، المرجع السابق، ص124.

أولا: حكم تصرفات ذي الغفلة بعد الحجر في القانون الجزائري

بعد أن يتم الحجر على ذي الغفلة يصبح بذلك في حكم ناقص الأهلية وحكم تصرفاته هو نفسه حكم تصرفاته الصبي المميز.

ولمعرفة حكم تصرفات ذي الغفلة يجب الرجوع إلى قواعد تقنين الأسرة حيث تنص المادة 83 منه : «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 فيها إذا كانت مترددة بين النفع والضرر في حالة النزاع برفع الأمر للقضاء».

وبالتالي تختلف أحكام تصرفاته من حيث التصرفات النافعة له، والتصرفات الضارة، وكذا الدائرة بين النفع والضرر فتكون التصرفات النافعة له نفعا محضا: بعد توقيع الحجر صحيحة ومنتجة لجميع آثارها القانونية من دون توقف على إجازة الولي أو الوصي، وهذا ما نصت عليه المادة 83 من تقنين الأسرة وقد أخذ الفقه الحنفي والمالكي بهذا الحكم[1].

أما التصرفات الضارة له ضررا محضا: والتي تستدعي خروج مال من ذمة شخص دون مقابل أو عوض، هذه التصرفات اعتبرها المشرع الجزائري باطلة بطلانا مطلقا وقد استثنى منها المشرع الجزائري الوصية والوقف.

أما بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر: فهنا نلاحظ التعارض الموجود بين القانونين: القانون المدني الجزائري وقانون الأسرة فيما يخص التصرفات الدائرة بين النفع

[1]– عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، قسم المعاملات، الطبعة الثامنة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص346.

والضرر؛ ففي حين يأخذ القانون المدني بنظرية القابلية للإبطال، يأخذ القانون الأسري بنظرية التصرف الموقوف[1].

حيث نجد في المادة 85 من قانون الأسرة أن المشرع الجزائري أهمل الكلام عن ذي الغفلة مع أنه يأتي دائما ملازما للسفيه.

فاعتبر تصرفات السفيه غير نافذة حسب الصياغة العربية، أي أنها صحيحة موقوفة على الإجازة، وهي الفكرة التي لا يعرفها القانون المدني وباطلة حسب الصياغة الفرنسية[2].

أما بالنسبة للمادة 107 من قانون الأسرة فاعتبرت تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها.

وبالتالي اعتبر تصرفاتهم قبل الحجر صحيحة إلا إذا كانت حالة الغفلة ظاهرة أو فاشية.

وبعد الحكم بالحجر باطلة وهذا ما يوضح تمام التعارض والتناقض الموجود بين أحكام القانون المدني الجزائري وأحكام قانون الأسرة، وهذا ما يختلف تماما عما هو معروف في القوانين العربية الأخرى التي قضت بأن تصرف السفيه وذي الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر عليهما، يسري عليه ما يسري على تصرف الصبي المميز.

أما قبل تسجيل قرار الحجر، فيكون تصرفهما صحيحا إلا إذا كان نتيجة تواطؤ أو استغلال، بل وقضت بأن تصرفهما بالوقت أو بالوصية يكون صحيحا حتى بعد الحجر عليهما متى أذنت المحكمة بذلك[3].

---

[1]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص358.

[2]–المرجع نفسه، ص358.

[3]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص271.

ثانيا: حكم تصرفات ذي الغفلة بعد الحجر في الفقه الإسلامي

هناك خلاف قائم بين كل من أبي يوسف ومحمد، حيث يرى أبو يوسف أن: « ذا الغفلة لا يصير محجورا عليه إلا بحكم القاضي ولا يرفع عنه حتى يطلقه، أما محمد فيرى أن الحجر عليه يكون من وقت ظهور الغفلة».

إلا أن حكم تصرفات الغافل في الفقه الإسلامي تكون كالآتي: إذا كانت عقود ذي الغفلة نافعة له نفعا محضا، صحت دون توقف على إذن أو إجازة الولي أو الوصي أو القيم.

وإذا كانت ضارة به ضررا محضا بطلت ولو أجازها الولي أو الوصي أو القيم، وإذا كانت مترددة بني النفع والضرر تبقى موقوفة على إجازة الولي أو القيم، فإذا أجازها الولي أو القيم إجازة معتبرة شرعا نفذت، وإلا بطلت.

وتكون الإجازة معتبرة شرعا إذا لم يكن في التصرف غبن فاحش، والغبن الفاحش هو ما لا يتغابن الناس فيه عادة[1].

[1]– مباركي محمد جلال الدين، المرجع السابق، ص124.

المبحث الثاني

العوارض التي لم يذكرها المشرع الجزائري

تعددت وتنوعت العوارض التي تنقص التمييز دون أن تعدمه بين العوارض المكتسبة والعوارض غير المكتسبة منها: النسيان، الخطأ، الهزل، الإكراه، فهي تجعل الشخص غير عديم الأهلية ولكن ناقصها، فيكون حكمه مثل حكم الصبي ناقص التمييز.

وقد أغفل المشرع الجزائري العديد من هذه العوارض فلم يشر إليها، ولكن قد وردت بعض أحكامها في أحكام الفقه الإسلامي الذي تناولها بالتفصيل.

المطلب الأول

النسيان

هو من بين العوارض التي لا تعدم التمييز ولكنها تنقصه، حيث يجعل النسيان من الشخص ناقصا للتمييز وهو كذلك ضمن العوارض التي لم يتطرق إليها المشرع الجزائري ولم يتعرض لأحكامها.

الفرع الأول: تعريف النسيان

نتطرق لتعريف النسيان من الجانب اللغوي والجانب الإصطلاحي.

لغة:النسيان بكسر النون: ضد الذكر والحفظ، ورجل نسيان بفتح النون، كثير النسيان للشيء، والنسيان الترك[1].

[1]– محمد رياض فخري، أثر عوارض الجهل والنسيان والخطأ على المسؤولية في الشريعة الإسلامية، التضمين النحوي وأثره في المعنى، العدد 202 لسنة 2012، ص63.

وهو عدم الاستحضار للشيء في وقت حاجته أي حاجة استحضاره.

وهو ضد الذكر والحفظ، ويطلق أيضا ويراد به الترك[1].

في مثل قوله تعالى: ﴿نَسُواْ ٱللَّهَ فَنَسِيَهُمۡۚ﴾[2].

كذلك جاء ذكره أيضا في السنة النبوية الكريمة، ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: « **من نسي صلاة فليصلها إذا ذكرها**»، وقوله صلى الله عليه وسلم: « **من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه، فإنما أطعمه الله وسقاه**».

أما اصطلاحا: فقد ذكر له عدة تعريفات منها:

تعريف عبد العزيز البخاري بأنه: «جهل الإنسان بما كان يعلمه ضرورة مع علمه بأمور كثيرة لا بآفة»[3].

وقيل هو: «عدم ملاحظة الصورة الحاصلة عند العقل عما شأنه الملاحظة في الجملة»[4].

الفرع الثاني: أقسام النسيان

هو عذر في إسقاط الإثم أمام الله، وفي أحكام العبادات بشرطين: أن لا يكون هناك مذكر للناسي ينبهه إلى ما هو فيه من العبادة، وأن يكون هنالك داع للفعل الذي فعله ناسيا[5].

---

[1]– زهران بن إبراهيم كادة، الجهل بالأحكام الشرعية وأثره في الفقه الإسلامي، معهد التهذيب والتعليم للعلوم الشرعية، دمشق، 2007، ص14.

[2]– سورة التوبة، الآية 67.

[3]– محمد رياض فخري، المرجع السابق، ص63.

[4]– محمد رياض فخري، المرجع نفسه، ص64.

[5]– مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص13.

وعليه قسم العلماء النسيان إلى نوعين:

حالة إذا لم يوجد المذكر للناسي: في هذه الحالة يكون النسيان عذرا باعتبار حال البشر ولا يترتب عليه أي أثر دنيوي، مثل نسيان التسمية في الذبيحة، فإن ذبح الحيوان يوجب خوفا وهيبة تمنعه من التذكر ولفقدان الداعي للتسمية عادة لنفور الطبع عن الذبح، ولهذا لا يحسن الذبح كثير من الناس فيكثر الغفلة عن التسمية في تلك الحالة لاشتغال قلبه بالخوف وحل أكل الذبيحة مع نسيان التسمية متفق عليه بين الأئمة.

أما الحالة الثانية هي حالة وجود المذكر: فإن المكلف لا يعذر بنسيان أي عبادة من العبادات المتوالية التي تدخل حد التكرار غالبا كالصلاة، فإن نسيانها صار في حكم النوم عنها، إذ لا عذر له بالنسيان لوجود المذكر وهو هيئة الصلاة، فيجب عليه إعادتها عند الحنفية دون الجمهور، إلا أن يكون كثيرا فتبطل عند الشافعية[1].

وهناك تقسيم آخر يجعل للنسيان ثلاثة أنواع وهي:

- **النسيان في ترك مأمور به:** حيث نجده في العبادات والمعاملات.

في العبادات مثل: نسيان التسمية في أول الوضوء، نسيان غسل عضو في الوضوء، نسيان سنة من سنن الوضوء، نسيان صلاة مفروضة، نسيان نذر صوم يوم معين، نسيان تسمية عند الذبح.

- **النسيان في فعل منهي عنه ليس فيه إتلاف:** له صور منها: الكلام في الصلاة نسيانا، الأكل والشرب في الصلاة نسيانا، النسيان في الطلاق.

[1]- نبيل كامل حسن أبو صالح، أهلية التكليف عند الأصوليين، أطروحة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2011، ص134-135.

- **النسيان في فعل منهي عنه ترتب عنه إتلاف:** حيث قال المالكية من أتلف مال غيره أو تسبب في إتلافه عدوانا فهو ضامن، سواء فعل ذلك عمدا أو خطأ[1].

فالنسيان يعد من العوارض السماوية للأهلية، ولكنه لا ينافيها لتحقق نشاطها؛ لذلك فالناسي مكلف عند الحنفية، بينما ذهب الجمهور إلى أن الناسي غير مكلف ؛لأن من شروط التكليف الفهم حتى يتمكن من الإتيان بالفعل على سبيل القصد والامتثال وهذا لا يتأتى للمكلف حال نسيانه فانتفى التكليف[2].

المطلب الثاني

الخطأ

كنوع ثاني من العوارض التي تنقص التمييز ولم يذكرها المشرع الجزائري نجد عارض الخطأ فنتناول تعريفه(فرع أول) ثم أقسامه (فرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف الخطأ

الخطأ في اللغة ضد الصواب[3]، أو ما لم يتعمد من الفعل، جمعه أخطاء، والخطأ: ضد الصواب، وأخطأ الطريق: عدل عنها، وأخطأ الراسي الغرض: لم يصب.

---

[1]- الموسوعة الفقهية، الجزء الأربعون، الطبعة الأولى، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1421هـ-2001، الكويت، ص268-283.

[2]- نبيل كامل حسن أبو صالح، المرجع السابق، ص132.

[3]- نبيل كامل حسن أبو صالح، المرجع نفسه، ص123.

ويطلق الخطأ ويراد به ما قابل الصواب، ومنه تسمية الذنب خطيئة، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَوْلَـٰدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَـٰقٍ ۖ نَّحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ ۚ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْـًٔا كَبِيرًا﴾[1]، ومنه حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «**رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه**»[2].

وفي الاصطلاح: هو أن يفعل فعلا من غير أن يقصده قصدا تاما، فتمام القصد بقصد المحل وفي الخطأ يوجد قصد الفعل دون قصد المحل[3].

كذلك أنه ثبوت الصورة المضادة للحق بحيث لا يزول بسرعة، أو هو كل ما يصدر عن المكلف من قول، أو فعل خال عن إرادته وغير مقترن بقصد منه[4].

والفرق بين الخطأ والنسيان هو أن النسيان عدم الاستحضار للشيء وقت حاجته أي حاجة استحضاره، فالخطأ يعود إلى سوء في التقدير، بينما النسيان يرجع إلى عدم الاستحضار[5].

الفرع الثاني: أقسام الخطأ

الخطأ إما أن يكون في الفعل أو القصد أو في التقدير أو يكون خطأ فاحشا.

فالخطأ في الفعل هو أن يقصد فعلا فيصدر منه فعل آخر، كما لو رمى صيدا فأصاب إنسانا.

---

[1]– سورة الإسراء، الآية 31.

[2]– محمد رياض فخري، المرجع السابق، ص71.

[3]– سعود بن محمد أحمد هنيدي، أحكام الأهلية في فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1419/1418هـ، ص279.

[4]– نبيل كامل حسن أبو صالح، المرجع السابق، ص123.

[5]– سعود بن محمد أحمد هنيدي، المرجع السابق، ص279.

والخطأ في القصد هو أن يقصد بفعله شيئا فيصادف فعله غير ما قصده مع اتحاد المحل[1].

أما الخطأ في التقدير فهو الذي يقع عادة من البعض بغير قصد لا إهمالا كأن يخطئ الطبيب في تشخيص الداء مثلا.

أما الخطأ الفاحش فهو ما وقع نتيجة الإهمال، إهمالا يمكن الاحتياط منه[2]، فالمخطئ مؤاخذ لدى جمهور العلماء، إلا أن المسؤولية عن الخطأ والمؤاخذة عليه استثناء، لقوله تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾[3].

فالأصل في الشريعة الإسلامية أن المسؤولية لا تكون إلا عن فعل متعمد حرمه أو أوجبه الشارع، فالعقاب على العمد، والفرق بين العامد والمخطئ أن العامد قصد العصيان، أما المخطئ فقد وقع في الجناية عن غير قصد، بل عن تقصير وعدم تثبت واحتياط، فهو مسؤول لأنه لم يتخذ الحيطة والحذر الواجبين[4].

والخطأ في مجال حقوق الله تعالى من عبادات ونحوها، كما يسقط الإثم قد يسقط مطالبة الشارع بإعادتها مرة أخرى.

وهناك نوع من العبادات لا يسقط بالخطأ، بل يطالب بالإتيان بما يمكن تداركه من المأمورات على نحو ما مر في النسيان.

---

[1]– محمد رياض فخري، المرجع السابق، ص71.

[2]– نبيل كامل حسن أبو صالح، المرجع السابق، ص126–127.

[3]– سورة الأحزاب، الآية 5 .

[4]– محمد رياض فخري، المرجع السابق، ص72.

أما ما يتعلق بحقوق العباد فلا يعتبر الخطأ فيها موجبا للعفو وعدم المؤاخذة، لأن حقوق العباد مبناها على المشاحة والمقاضاة، والذي عليه جمهور العلماء والأئمة أن ضمان المتلفات، والديات وكل ما يتعلق بحقوق العباد لا يسقط بحال، حتى أنهم أطبقوا على أن الخطأ والعمد في أموال الناس سواء.

فلو أتلف مال غيره خطأ فعليه ضمانه، كما لو أكل طعام غيره ظنا منه أنه ماله فعليه الضمان، ولو قاد سيارة غيره فأصابها تلف بسبب حادث أو غيره فعليه ضمان ما أتلفه سواء كان خطأ أم عمدا[1].

قد يشتبه الخطأ مع النسيان في عدة نقاط منها:

- أن كليهما عارض من عوارض الأهلية.
- الخطأ والنسيان من موانع التكليف.
- لا يمكن للإنسان أن يكره على الخطأ والنسيان.
- الخطأ والنسيان أفعال غير عمدية فهي تمحو القصد الفعلي.
- كلاهما عذر من الأعذار المعتبرة شرعا.

إلا أن الخطأ يختلف عن النسيان: حيث ذهب العلماء إلى التفريق بين الخطأ والنسيان، واستشهدوا على هذا التفريق بمثال، من أكل يظن أن الفجر لم يطلع، وقد كان طلع، أو أفطر يظن أن الشمس قد غابت ولم تغب، وهذه الصورة فيها قولان لأهل العلم.

القول الأول أن عليه قضاء ذلك اليوم، وبه قال الجمهور.

والقول الثاني لا قضاء عليه، وحكي عن عروة، ومجاهد، والحسن، وإسحاق، وعطاء، وداود بن علي[2].

---

[1]– محمد رياض فخري، المرجع السابق، ص73.

[2]– محمد رياض فخري، المرجع نفسه، ص77.

المطلب الثالث

الهزل

يأتي كنوع ثالث من بين العوارض التي لا تعدم التمييز ولكنها تنقص منه، وهو كذلك غير وارد ضمن العوارض التي ذكرها المشرع الجزائري والتي تنقص التمييز ففي الفرع الأول نرى تعريف الهزل،وفي الفرع الثاني أثر الهزل على التصرفات.

الفرع الأول: تعريف الهزل

الهزل ضد الجد من هزل، يهزل، وهو لغة اللعب.

والهازل هو من يقصد التلفظ بالشيء ولا يريد حكمه.

وعرف أيضا: «أن لا يراد باللفظ ودلالته المعنى الحقيقي ولا المجازي للفظ بل أريد به غيرهما وهو ما لا يصح إرادته منه»[1].

والهازل هو من يتكلم بما هزل به باعتباره وهو عالم بمعناه من غير قصد لموجبه، فهو يباشر العقود والتصرفات عن رضا واختيار، ولكن لا يريد الحكم المترتب عليها ولا يختاره ولا يرضى بوقوعه[2].

الفرع الثاني: أثر الهزل على التصرفات

قسم علماء الحنفية التصرفات القولية التي تقترن بالهزل إلى ثلاثة أقسام:

---

[1]– سعود بن محمد أحمد هنيدي، المرجع السابق، ص283.

[2]– نبيل كامل حسن أبو صالح، المرجع السابق، ص99.

1- الإخبارات:

ويقصد بها الإقرارات، والهزل يبطلها مهما كان موضوع الإخبار، سواء كان إخبارا عما يحتمل الفسخ أم إخبارا عما لا يحتمل الفسخ؛ لأن صحة الإقرار تقوم على صحة المخبر به، والهزل دليل ظاهر على كذب ما أقر به، فلا يعتد بإقراره، فمن أقر هازلا ببيع أو نكاح أو طلاق فلا عبرة بذلك، ولا يترتب على إقراره شيء، هذا مذهب الحنفية[1].

2- الاعتقادات:

إذا تكلم المسلم بالكفر هازلا ثبتت ردته، وثبوتها إنما يكون بالهزل نفسه لا بما هزل به مما جرى على لسانه من كلام الكفر لعدم اعتقاده، ولكن لأن الهازل أجرى كلمة الكفر على لسانه وهو راض، والرضا بذلك استخفاف بالدين وهو كفر بنص قوله تعالى: ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ ۚ قُلْ أَبِاللَّهِ وَءَايَـٰتِهِۦ وَرَسُولِهِۦ كُنتُمْ تَسْتَهْزِءُونَ لَا تَعْتَذِرُوا۟ قَدْ كَفَرْتُم بَعْدَ إِيمَـٰنِكُمْ ۚ إِن نَّعْفُ عَن طَآئِفَةٍ مِّنكُمْ نُعَذِّبْ طَآئِفَةًۢ بِأَنَّهُمْ كَانُوا۟ مُجْرِمِينَ﴾[2].

3- الإنشاءات:

معناها إيقاع الأسباب التي تترتب عليها الأحكام الشرعية المقررة لها، كالبيع والإجارة وسائر العقود والتصرفات وقد اختلف العلماء فيها على أقوال:

القول الأول: قال الحنفية إن العقود تقسم إلى نوعين:

---

[1]- نبيل كامل حسن أبو صالح، المرجع السابق، ص100.

[2]- سورة التوبة، الآية 65-66.

النوع الأول:

لا يبطله الهزل، لأنه من التصرفات التي لا تحتمل الفسخ، كالنكاح والطلاق والرجعة، واليمين، وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "ثلاث جدهن جد وهزلن جد: النكاح والطلاق والرجعة".

النوع الثاني:

الهزل يؤثر فيه بالإبطال أو الفساد وهي التصرفات المالية كالبيع، والإجارة، وسائر التصرفات التي تحتمل الفسخ، وأما سبب إبطال الهزل أو إفساده لها، فلأن هذه العقود محض حق للعباد، فلا يثبت حكمها لعدم رضا الهازل بالحكم ولأن الإنسان قد يهزل مع غيره، فلا يثبت الحكم بحقه بغير رضاه[1].

القول الثاني:

قال به الشافعية، وهو أن الهازل يؤاخذ بما تدل عليه عبارته من إنشاء وإبرام عقد، أخذا بظاهر الكلام لأنه أتى باللفظ عن قصد واختيار، ولذلك لا يراعي القصد الذي لا يعلمه إلا صاحبه.

القول الثالث:

رواية عن الإمام مالك، أن الهزل له أثر في الإيجاب أو القبول لانتفاء أساس الالتزام وهو القصد، فيؤثر في جميع العقود بما فيها الزواج والطلاق[2].

---

[1]– نبيل كامل حسن أبو صالح، المرجع السابق، ص101.

[2]–المرجع نفسه، ص103.

خاتمة

خاتمة:

في الأخير ومن خلال كل ما سبق يتضح لنا أن المشرع الجزائري وإن اتفق في بعض أحكام عوارض الأهلية سواء التي تعدمها أو تنقصها مع غالبية التشريعات، وكذا فقهاء الشريعة الإسلامية إلا أنه اختلف في نقاط أخرى عديدة وكثيرة جعلته يقع محل تناقض وتعارض في أحكام قوانينه المنظمة لعوارض الأهلية، حيث نجد أن المشرع الجزائري في نصوص تقنينه المدني لم يتناول بالتفصيل تصرفات الصبي المميز إلى الأقسام الثلاثة المعروفة، وإنما خالف ما جاء به في الفقه الإسلامي وبعض القوانين، لكنه رجع ليشير إليها في ظل قانون الأسرة من خلال المادة 83 منه، حيث فصل تصرفات الصبي المميز متبعا ما جاء في الفقه الإسلامي، ولكن موقف المشرع الجزائري لم يكن صريحا في الحكم على التصرفات الدائرة بين النفع والضرر حيث جعلها قابلة للإبطال في ظل التقنين المدني وموقوفة على إجازة الولي أو الوصي في قانون الأسرة.

كذلك بالنسبة لحكم تصرفات المحجور عليه فقد وضع له حكما عاما في نص المادة 107 قانون الأسرة واعتبره المجنون والمعتوه في نص المادة 42 من القانون المدني فاقدي التمييز، والسفيه وذي الغفلة ناقصي الأهلية في نص المادة 43 من القانون المدني حيث وضع لهم حكما عاما واحدا في نص المادة 107 من قانون الأسرة، فعديم الأهلية تكون تصرفاته باطلة أما ناقص الأهلية فتكون قابلة للإبطال وفق نص المادة 101 قانون مدني لأنه يأخذ حكم الصبي المميز وهذا ما جعله المشرع الجزائري يقع في تناقض.

كذلك من بين النقاط نجد أن المشرع الجزائري سوى بين المجنون والمعتوه وجعلهما عديمي الأهلية، في حين كان لابد من الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي في التفرقة بين الجنون المطبق والجنون المتقطع، حيث في الحالة الأولى تكون تصرفاته باطلة، وفي الحالة الثانية صحيحة ونافذة.

أما بخصوص المعتوه فالمشرع الجزائري لم يأخذ بالتقسيم الموجود في الفقه الإسلامي الذي يميز بين العته الذي يعدم التمييز حيث في هذه الحالة نكون أمام حكم الصبي غير المميز والمجنون، وبين العته الذي ينقص التمييز وفي هذه الحالة نكون أمام حكم الصبي المميز.

كذلك كان لزاما على المشرع الجزائري أن يفرق بين حكم تصرف كل من المجنون والمعتوه قبل تسجيل طلب الحجر وبعده حتى يزيل الغموض الذي وقع في نص المادة 42 من القانون المدني.

كذلك كان لابد على المشرع الجزائري أن يتناول أو أن يتطرق إلى عوارض أخرى تؤثر في الأهلية سواء كانت العوارض التي جاءت به الشريعة الإسلامية كالجهل والإغماء، أي أن يعمد إلى الاستعانة بالفقه الإسلامي في المعالجة التشريعية لأسباب انعدام التمييز وتحديدا لكل من الجنون، والعته، والسكر.

إضافة إلى متابعة التطورات الحادثة في المجتمع من حين لآخر والتدخل من أجل إضافتهما وتنظيم ما يستجد من أسباب تعدم التمييز لدى الإنسان بناء على التطورات العلمية والتكنولوجية التي تحدث في العالم كالتنويم المغناطيسي والعقاقير المخدرة.

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

أولا: المصادر

1- القرآن الكريم.
2- السنة النبوية الشريفة.

ثانيا: المراجع

أ- المعاجم

1-المعجم الوسيط، دار الدعوة، الطبعة الرابعة، جمهورية مصر العربية، 1465 هـ- 2004 م.

ب -الكتب:

1- ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الأولى، الجزء الثالث، المطبعة العلمية، 1311 هـ .
2- أحمد بن محمد بن علي المقري، المصباح المنير، الجزء الأول، 1925.
3- أحمد فرج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
4- أنور الخطيب، الأهلية المدنية في الشرع الإسلامي والقوانين اللبنانية، الطبعة الأولى، المكتب التجاري، بيروت، 1965.
5- جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها والولاية العامة والخاصة وأثرهما في التشريع الإسلامي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.
6- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، 2010.

7- شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والتشريع المصري واجتهادات القضاء الفرنسي، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

8- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، قسم المعاملات، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

9- عبد الرحمن بن محمد المتولي، تتمة الإبانة عن أحكام فروع الديانة، تحقيق حسين بن محمد بن عبد الله الحبشي، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي، قسم الدراسات العليا الشرعية، شعبة الفقه، المملكة العربية السعودية، 1429هـ.

10- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.

11- عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية مبادئ القانون، النظرية العامة للحق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة الإصدار العاشر، عمان، الأردن، 2008.

12- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، بغداد، 1987،

13- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بغداد، 1987.

14- عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1315 هـ .

15- علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السابع، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1328هجري.

16- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، بن عكنون، الجزائر، 2008.

17- علي فيلالي، نظرية الحق، دار موفم للنشر، 2001.

18- فريدة زواوي محمدي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة رغاية، الجزائر، 2002.

19- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، 1978.

20- محمد إسماعيل أبو الريش، الحجر وأسبابه في الفقه الإسلامي، مطبعة الأمانة، مصر، 1988.

21- محمد الصغير بعلي، المدخل إلى القانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

22- محمد رشد القرطبي، بداية المجتهد و نهايته المقتصد، الجزء الثاني، 1952.

23- محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2002.

24- محمد كمال حمدي، الولاية على المال، الأحكام الموضوعية، الاختصاص والإجراءات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.

25- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، أحكام الأهلية والوصية، الطبعة السادسة، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، 1997.

26- الموسوعة الفقهية، الجزء الأربعون، الطبعة الأولى، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1421هـ-2001م، الكويت.

27- الموسوعة الفقهية، الجزء الثلاثون، الطبعة الأولى، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1414هـ-1994م، الكويت.

28- الموسوعة الفقهية، الجزء السادس عشر، الطبعة الثانية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1409هـ-1989م، الكويت.

29- الموسوعة الفقيهة، الجزء السابع عشر، الطبعة الثانية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1410هـ-1990م، الكويت.

30- نبيل إبراهيم سعد ومحمد سن قاسم، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004.

31- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1994.

32- يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، 1430هـ-2009م.

ب- الرسائل والمذكرات:

1- الصادق جدي، مسؤولية عديم الوعي مدنيا، دراسة مقارنة، ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 1990.

2- حواسين تسعديت، الجنون في علم الإجرام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، 2010-2011.

3- ريمة شيكر، الحجر في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014/2013.

4- زهران بن إبراهيم كاده، الجهل بالأحكام الشرعية وأثره في الفقه الإسلامي، بحث قدم في السنة الأخيرة من المرحلة الثانوية، معهد التهذيب والتعليم للعلوم الشرعية، دمشق، 2007.

5- سعود بن محمد أحمد هنيدي، أحكام الأهلية في فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1418هـ-1419هـ.

6- فراس وائل طلب أبو شرخ، الولاية على المال في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2008.

7- فضل ماهر محمد عسقلان، المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز، أطروحة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.

8- مباركي محمد جلال الدين، الأهلية القانونية، رسالة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002.

9- نبيل كامل حسن أبو صالح، أهلية التكليف عند الأصوليين، أطروحة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2011.

10- نبيل كامل حسن أبو صالح، أهلية التكليف عند الأصوليين، أطروحة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2011.

11- نذير بوصبع، نظرية العقد عند الإمام ابن حزم، دراسة أصولية فقهية مقارنة، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2004-2005.

ت- المقالات:

1- احمد حامد أبو سن، مدى مشروعية التنويم المغناطيسي كأحد الأدلة الجنائية، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد 17، صفر 1431هـ - فبراير 2011م.

2- إياد محمد جاد الحق، المعالجة التشريعية لأسباب انعدام التمييز في مجلة الأحكام العدلية ومدى كفايتها، دراسة تحليلية مقارنة مع مشروع القانون المدني الفلسطيني، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2010.

3- سارة عكاشة، عوارض الأهلية، العوارض المؤثرة في الحجر، بحث في الفقه المقارن، قسم الفقه وأصوله، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، شاه علم، ماليزيا.

4- محمد رياض فخري، أثر عوارض الجهل والنسيان والخطأ على المسؤولية في الشريعة الإسلامية، التضمين النحوي وأثره في المعنى، العدد 202 لسنة 2012.

5- محمد محاسنة، مدى كفاية النظام القانوني لعوارض الأهلية، دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، مجلة جرش للبحوث والدراسات، مجلة 10، العدد 1، الأردن، 1995 .

ثالثا: النصوص القانونية

1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هجري الموافق 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .

2- الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يوليو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر.

الفهرس

الفهرس

مقدمة..... 01
الفصل الأول: العوارض التي تعدم التمييز..... 07
المبحث الأول: العوارض التي ذكرها المشرع الجزائري..... 08
المطلب الأول: الجنون..... 08
الفرع الأول: حكم تصرفات المجنون قبل الحجر..... 10
أولا: حكم تصرفات المجنون قبل الحجر في القانون الجزائري..... 10
ثانيا: حكم تصرفات المجنون قبل الحجر في الفقه الإسلامي..... 12
الفرع الثاني: حكم تصرفات المجنون بعد الحجر..... 13
أولا: حكم تصرفات المجنون بعد الحجر في القانون الجزائري..... 13
ثانيا: حكم تصرفات المجنون بعد الحجر في الفقه الإسلامي..... 14
المطلب الثاني: العته..... 16
الفرع الأول: حكم تصرفات المعتوه قبل الحجر..... 17
أولا: حكم تصرفات المعتوه قبل الحجر في القانون الجزائري..... 17
ثانيا: حكم تصرفات المعتوه قبل الحجر في الفقه الإسلامي..... 19
الفرع الثاني: حكم تصرفات المعتوه بعد الحجر..... 19
أولا: حكم تصرفات المعتوه بعد الحجر في القانون الجزائري..... 19
ثانيا: حكم تصرفات المعتوه بعد الحجر في الفقه الإسلامي..... 20
المبحث الثاني: العوارض التي لم يذكرها المشرع الجزائري..... 21
المطلب الأول: العوارض السماوية والعوارض المكتسبة 21
الفرع الأول: العوارض السماوية 21
أولا: النوم..... 21

ثانيا: الإغماء..... 22
الفرع الثاني: العوارض المكتسبة..... 22
أولا: الجهل..... 22
ثانيا: السكر..... 23
المطلب الثاني: العوارض المستحدثة..... 24
الفرع الأول: التنويم المغناطيسي..... 24
الفرع الثاني: العقاقير المخدرة..... 26
الفرع الثالث: السحر..... 26
الفصل الثاني: العوارض التي تنقص التمييز..... 28
المبحث الأول: العوارض التي ذكرها المشرع الجزائري..... 29
المطلب الأول: السفه..... 29
الفرع الأول: حكم تصرفات السفيه قبل الحجر..... 30
أولا: حكم تصرفات السفيه قبل الحجر في القانون الجزائري..... 31
ثانيا: حكم تصرفات السفيه قبل الحجر في الفقه الإسلامي..... 31
الفرع الثاني: حكم تصرفات السفيه بعد الحجر..... 32
أولا: حكم تصرفات السفيه بعد الحجر في القانون الجزائري 32
ثانيا: حكم تصرفات السفيه بعد الحجر في الفقه الإسلامي..... 34
المطلب الثاني: الغفلة..... 37
الفرع الأول: حكم تصرفات ذي الغفلة قبل الحجر..... 37
أولا: حكم تصرفات ذي الغفلة قبل الحجر في القانون الجزائري..... 38
ثانيا: حكم تصرفات ذي الغفلة قبل الحجر في الفقه الإسلامي..... 39
الفرع الثاني: حكم تصرفات ذي الغفلة بعد الحجر..... 39
أولا: حكم تصرفات ذي الغفلة بعد الحجر في القانون الجزائري..... 40

ثانيا: حكم تصرفات ذي الغفلة بعد الحجر في الفقه الإسلامي..... 42
المبحث الثاني: العوارض التي لم يذكرها المشرع الجزائري..... 43
المطلب الأول: النسيان..... 43
الفرع الأول: تعريف النسيان..... 43
الفرع الثاني: أقسام النسيان..... 44
المطلب الثاني: الخطأ..... 46
الفرع الأول: تعريف الخطأ..... 46
الفرع الثاني: أقسام الخطأ..... 47
المطلب الثالث: الهزل..... 50
الفرع الأول: تعريف الهزل..... 50
الفرع الثاني: أثر الهزل على التصرفات..... 50
خاتمة 54
قائمة المراجع..... 57
الفهرس..... 64