مجلـــــة العلـــــوم التربـــــوية والدراســـــات الإنســـــانيـــة
ISSN: 2709-0302 (online)
Humanities and Educational Sciences Journal
ISSN: 2617-5908 (print)

حكم التصرفات القانونية للصغير المميز الخارجة عن نطاق أهليته في القانون اليمني(*)

د/أنور يوسف حسين اليافعي
أستاذ القانون المدني المساعد
بكلية الحقوق – جامـعة تعـز

*) تاريخ تسليم البحث 2020/10/6م. تاريخ قبوله للنشر 2020/10/26م.
*) موقع المجلة: http://hesj.org/ojs/index.php/hesj/index

حكم التصرفات القانونية للصغير المميز الخارجة عن نطاق أهليته في القانون اليمني

د/أنور يوسف حسين اليافعي
أستاذ القانون المدني المساعد
بكلية الحقوق – جامعة تعز

ملخص البحث

يتضمن البحث دراسة تحليلية لنصوص القانون اليمني المتعلقة بأهلية الصغير المميز لإبرام التصرفات القانونية ذات الأثر المالي، بهدف الوصول إلى بيان الحكم القانوني للتصرفات التي يباشرها الصغير المميز دون أن تكون له أهلية لمباشرتها، والوقوف على الإشكاليات التي تكتنف النصوص القانونية ووضع المقترحات لمعالجتها.

حيث تستهل الدراسة ببيان مفهوم الصغير المميز الذي تعنينا تصرفاته القانونية في البحث، وكذا بيان مدى أهليته القانونية لإبرام التصرفات القانونية وصولاً إلى تحديد التصرفات التي تخرج عن نطاق أهليته، حيث تناولت الدراسة المراحل التي يمر بها الصغير منذ ولادته إلى بلوغه سن الرشد، وبينت المرحلة التي يكون فيها الصغير مميزاً تمييزاً غير مكتمل وهي مرحلة الصغير المميز الذي حدد القانون بدايتها ونهايتها بموجب السن. وقد بينت الدراسة أن الصغير في هذه المرحلة يكون ناقص الأهلية، حيث يكون أهلا لإبرام التصرفات النافعة له نفعاً محضاً دون التصرفات الضارة به ضررا محضا أو الدائرة بين النفع والضرر فليس له أهلية إبرامها، ويستثني من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ما كان مأذوناً له به من نائبه القانوني حيث تكون له أهلية بشأنها في حدود الإذن الممنوح له.

وبعد معرفة التصرفات التي لا يكون الصغير المميز أهلا لمباشرتها انتقلت الدراسة إلى موضوعها الرئيس وهو بيان الحكم القانوني لهذه التصرفات والذي يختلف باختلاف نوع التصرف؛ فيما إذا كان ضاراً ضرراً محضاً أم دائراً بين النفع والضرر، وقد تناولت الدراسة أولا التصرفات التي لا خلاف في التشريع والفقه بشأن حكمها وهي التصرفات الضارة ضرراً محضاً، فبينت الدراسة حكمها والأساس الذي يقوم عليه وأثره، ثم الانتقال إلى دراسة التصرفات المختلف بشأن حكمها وهي التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، حيث تناولت الدراسة الرأيين السائدين في الفقه والتشريع بهذا الشأن والنتائج المترتبة على كل منهما، ثم الوقوف على الإشكالية التي تضمنها القانون اليمني بشأن حكم هذه التصرفات وبيان أسبابها والحلول المقترحة لمعالجتها.

Ruling on the legal actions of the discerning young child outside the scope of his capacity in Yemeni law

D/ Anwar Youssef Hussein Alyafi
Assistant professor of civil law
Faculty of law- Taiz University

Research Summary

The research includes an analytical study of the Yemeni law texts related to the eligibility of the discerning young child to conclude legal actions with a financial impact, with the aim of reaching a statement of the legal rule for the actions that the discerning young child undertakes without being incompetent to undertake them, and identifying the problems surrounding the legal texts and developing proposals to address them.

Where the study begins with a statement of the concept of the distinguished young child whose legal actions concern us in the research, as well as a statement of the extent of his legal capacity to conclude legal acts in order to determine the behaviors that are outside the scope of his capacity, as the study dealt with the stages that the young child goes through from his birth to the age of adulthood, and the stage showed In which the young child is distinguished, incomplete discrimination, and it is the stage of the distinguished young child whose beginning and end are determined by the law according to age.

The study has shown that a young child at this stage is lacking in competence, as he is permitted to conclude actions that are beneficial to him purely without those harmful to him purely or the circuit between benefit and harm and an exception from the last category is what was authorized for him by the legal representative.

And after knowing the behaviors that the discerning young child is not qualified to undertake is the study. The study has moved to its main topic, which is the statement of the legal rule for these behaviors, which differs according to the type of behavior, whether it is harmful, purely harmful or circular between benefit and harm, and the study first dealt with behaviors that do not disagreement in legislation and jurisprudence regarding its ruling, which is harmful behavior purely harmful, so the study showed its ruling and the basis on which it is based and its impact.

Then moving on to study the different behaviors over its ruling, which are the behaviors between benefit and harm, where the study dealt

with the two prevailing views in jurisprudence and legislation in this regard and the consequences of each of them, then stand on the problem that occurred in Yemeni law regarding the ruling on these behaviors and clarify Its causes and proposed solutions to address it.

مقدمة:

التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، لذا يطلق عليه التصرف الإرادي، ويقابله عند الحديث عن مصادر الالتزام المدني الواقعة القانونية وهي التي يرتب القانون على وقوعها أثاراً قانونية سواء اتجهت إرادة من يمسه هذا الأثر إلى ذلك أم لا.

فالتصرف القانوني هو الذي تلعب فيه الإرادة دوراً محورياً في إنشائه وترتيب أثاره، فإذا كانت إرادة المدين وحدها كافية لإنشاء التصرف كما هو الحال في الوعد بالجائزة، والإبراء من الدين، كنا بصدد تصرف بإرادة منفردة، أما إذا كان إنشاء التصرف يحتاج إلى توافق إرادتين أو أكثر كنا بصدد عقد، وهذا الأخير يعد أهم مصدر من مصادر الالتزام.

والتصرف القانوني لا يكتمل وجوده من الناحية القانونية إلا اذا صدر من شخص أهلاً لذلك قانوناً، ومناط الأهلية بالنسبة للشخص الطبيعي (الإنسان) هو التمييز، فالقانون إذ يرسم حدود الأهلية لإبرام التصرفات القانونية على أساس النضوج العقلي، إنما هو يبني ذلك على الربط بين سلامة الإرادة والقدرة العقلية للإنسان، فحيث تكون قدرة الإنسان العقلية مكتملة باكتمال تمييزه تكون إرادته سليمة صالحة لإبرام التصرفات القانونية، وحيث ينعدم التمييز تنعدم الإرادة فيكون التعبير الصادر من عديم التمييز عن رغبته في إبرام تصرف قانوني معين نابعاً عن إرادة غير حقيقية فلا يعتد به القانون، أما حيث يوجد تمييز غير مكتمل فإن القانون ينظر إلى الإرادة بعين الشك فلا يعتبرها صالحة إلا لبعض التصرفات القانونية.

وعلى ذلك فإن أهلية الإنسان لإبرام التصرفات القانونية تكون أما كاملة أو ناقصة أو منعدمة تبعاً لاكتمال التمييز أو نقصانه أو انعدامه، فإذا كان الإنسان كامل الأهلية فمعنى ذلك صلاحيته لإبرام جميع التصرفات القانونية، أما إذا كان ناقص الأهلية فإنه صلاحيته تقتصر على إبرام بعض التصرفات القانونية دون البعض الأخر، أما عديم الأهلية فلا يكون صالحاً لإبرام أي تصرف قانون.

ويعتبر الصغير المميز في عداد ناقصي الأهلية، ومن ثم فإن الحكم القانوني لتصرفاته القانونية يتوقف على ما يمنح له القانون من أهلية بشأن هذا التصرف القانوني أو ذاك، ولا إشكال فيما يبرمه الصغير المميز من تصرفات في نطاق الأهلية الممنوحة له فهي تقع صحيحة من هذه الزاوية ومنتجة لأثارها القانونية، ولكن الإشكالية تثور بشأن التصرفات التي يبرمها خارج نطاق أهليته، وهو ما نحاول الوقوف عليه في بحثنا هذا من خلال دراسة حكم التصرفات القانونية ذات الأثر المالي[1] التي يبرمها الصغير المميز دون أن تكون له أهلية قانونية لإبرامها، لنرى مدى تأثير غياب أهلية الصغير على هذه التصرفات؛ وفيما إذا كان هذا الأثر يختلف من تصرف قانوني إلى أخر أم لا؟

(1) حيث يقتصر بحثنا هذا على تصرفات الصغير المميز في مجال المعاملات المالية دون التصرفات في مجال الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق ونحوهما.

أهمية موضوع البحث:

موضوع بحثنا المسمى حكم التصرفات القانونية للصغير المميز الخارجة عن نطاق أهليته، من المواضيع التقليدية التي لا تثير اهتمام الباحثين كون القواعد القانونية التي تنظمه لا تتميز بالتجدد، إذا يكفي تناوله ضمن المواضيع العامة المتعلقة بنظرية الحق أو بنظرية العقد، غير أن ما لفت انتباهنا إلى هذا الموضوع هو اضطراب نصوص القانون المدني اليمني المتعلقة به، وما قد يفرزه هذا الاضطراب من صعوبة في التطبيق، الأمر الذي دفعنا إلى محاولة لفت الانتباه إلى هذه المشكلة ووضع المقترحات لمعالجتها من خلال بحثنا هذا.

منهج البحث:

المنهج الوصفي هو المنهج الذي اتبعناه في بحثنا هذا، والذي من خلاله تم جمع النصوص القانونية والآراء الفقهية المتعلقة بموضوع البحث وتحليلها وصولاً إلى نتائج معينة بشأنها.

خطة البحث:

يتضمن بحثنا هذا على ثلاثة مباحث وخاتمة على النحو الاتي:

المبحث الأول: مفهوم الصغير المميز ومدى أهليته لإبرام التصرفات القانونية.

المبحث الثاني: تصرفات الصغير المميز الخارجة عن نطاق أهليته المتفق على حكمها.

المبحث الثالث: تصرفات الصغير المميز الخارجة عن نطاق أهليته غير المتفق على حكمها.

الخاتمة: وتتضمن خلاصة بما خرج به البحث من نتائج وتوصيات.

المبحث الأول

مفهوم الصغير المميز ومدى أهليته لإبرام التصرفات القانونية

لغرض دراسة حكم تصرفات الصغير المميز التي يبرمها دون أن يكون أهلاً لذلك ينبغي لنا أن نبين أولاً من هو الصغير المميز التي تعنينا تصرفاته في هذا البحث؟ ومعرفة إلى أي مدى يجوز له إبرام التصرفات القانونية بنفسه؟ وهذا ما سوف نعرض له في مطلبين.

المطلب الأول

مفهوم الصغير المميز

عندما تبدأ حياة الإنسان بالولادة تكون مداركه العقلية منعدمة، وبنموه الجسدي المتدرج تبدأ هذه المدارك بالنمو، فإذا وصل إلى مرحلة يكون فيها قادراً على إدراك مخاطر الأمور ومنافعها قيل أنه مميز.

فالتمييز هو ملكة عقلية لدى الإنسان تنمو بنموه وتمكنه من الوقوف على حقيقة الأشياء ومعرفة منافعها ومضارها في الحياة العملية، أي أنه القدرة على الفهم والإدراك[1].

ولما كان التمييز يرتبط بالنمو الجسدي للإنسان الذي يرتبط بالمراحل العمرية، فإن الإنسان في مراحله العمرية الأولى لا يكون لديه القدرة على الفهم والإدراك، فكيون عديم التمييز، ومع تقدم مراحله العمرية ونموه الجسدي تبدأ مداركه تتفتح فيصيب بعض التمييز، ولكنه لا يكتمل إلا بوصوله مرحلة عمرية يكتمل فيها نموه الجسدي، والمرحلة التي يبدأ عندها تمييز الإنسان دون اكتماله تسمى مرحلة الصغير المميز، أو كما أعتاد الفقه والقانون أن يطلق على الإنسان في هذه المرحلة اصطلاح الصبي المميز.

([1]) بو كرزازة أحمد، المسئولية المدنية للقاصر، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة قسنطينة بالجزائر، 2002م، ص 16.

ولما كان القانون يرتب نتائج مهمة على تحديد بداية مرحلة التمييز لدى الإنسان، سواء من حيث ألأهلية لإبرام التصرفات القانونية، أو من حيث مدى المسئولية عن الفعل لضار، فإنه من الأهمية معرفة بداية مرحلة الصغير المميز ونهايتها، ولما له من أهمية في بحثنا هذا الذي يقتصر على معرفة حكم تصرفات الإنسان في هذه المرحلة.

أولاً: بداية مرحلة الصغير التمييز:

التمييز كما أسلفنا هو القدرة على الفهم والإدراك، لذا نجد أن فقها الشريعة الإسلامية ربطوا مرحلة بداية التمييز لدى الإنسان بالتمييز ذاته، فقالوا أن المميز هو الذي يفرق بين الخير والشر والحسن والقبيح، وهو الذي يدرك أن البيع سالب للملك والشراء جالب له[1]، ويعلم الغبن الفاحش من اليسير[2]، ويفهم الخطاب ورد الجواب ومقاصد الكلام[3].

ولكن لما كان التمييز أمر غير محسوس ويتعذر ضبطه كونه لا يظهر على الإنسان إلا تدريجياً، بحيث يصعب فصل مرحلة التمييز عما قبلها، فضلا عن اختلاف التمييز من فرد إلى آخر نتيجة اختلاف النمو الجسدي والبيئة التي يعيش فيها الفرد، نجد أن بعض فقهاء الشريعة الإسلامية حددوا سناً معينة من عمر الإنسان تعتبر بداية لمرحلة التمييز وهي سن السابعة[4]، وكذلك فعلت معظم القوانين العربية رغم اختلافها في تحديد سن التمييز، فهي في بعض القوانين سبع سنين كالقانون المصري[5] والأردني[6] والعراقي[7]، وهي ثلاث عشرة سنة في القانون الجزائري[8]، أما القانون اليمني فقد اعتبر مرحلة بداية التمييز هي بلوغ الإنسان العاشرة من العمر، فالمادة(51) تقضي بأن "سن التمييز هي عشر سنين كاملة...".

فإذا بلغ الأنسان هذه السن أطلق عليه تسمية الصغير المميز، وقبل ذلك يكون عديم التمييز، ويطلق عليه الصغير غير المميز، ولا يعتبر الصغير مميزا إلا إذا بلغ هذه السن خالياً من مرض يفقده تمييزه كالجنون أو العته، والا فإنه يظل عديم التمييز.

ثانياً: نهاية مرحلة الصغير المميز:

تنتهي مرحلة الصغير المميز بوصول الصغير مرحلة الرشد، والرشد كما عرفته المادة (60 مدني يمني) هو حسن التصرف بالمال، ولا يصل الصغير إلى الرشد إلا إذا اكتملت لدية القدرات العقلية، أي إذا اكتمل تمييزه، والذي يكون مصاحباً لاكتمال نموه الجسدي.

ولما كان الرشد مثله مثل التمييز أمر يصعب ضبطه كان لابد من وجود قرينة منضبطة تدل عليه، لذا نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية جعلوا ظهور علامات البلوغ عند الإنسان كالاحتلام عند الذكر والحيض عند الأنثى قرينة على الرشد، فاعتبروا الإنسان البالغ راشداً[9]، إلا أن هذه القرينة غير كافية إذ قد لا تظهر علامات البلوغ على الإنسان رغم وصوله مرحلة عمرية تظهر فيها عادة مثل هذه العلامات، ففي مثل هذا الفرض لجأ بعض فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تحديد سناَ معينة يعتبر فيها الإنسان الذي لا تظهر عليه علامات البلوغ رشيداً، واختلفوا في

([1]) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط31، دار الفكر، دمشق، 2009م، ج 9، ص127.

([2]) جاء في مجلة الأحكام العدلية (م 643): "الصغير غير المميز هو الذي لا يفهم البيع والشراء أي لا يعلم كون البيع سالبا للملك والشراء جالبا له ولا يميز الغبن الفاحش الظاهر مثل أن يغش بالعشرة بخمسة من الغبن اليسير، والطفل الذي يميز هذه المذكورات يقال له صبي مميز".

([3]) كشاف القناع على متن الإقناع، للعلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر، بيروت، 1402هـ، ج1، ص225.

([4]) وهو رأي الأحناف والحنابلة، انظر: المبسوط، للإمام شمس الدين أبي بكر محمد بن احمد السرخسي، ج24، ص 162. كشاف القناع، ج1، ص 225.

([5]) المادة (45/ 2) مدني مصري.

([6]) المادة (44/ 2) مدني أردني.

([7]) المادة (97/ 2) مدني عراقي.

([8]) المادة (2/42) مدني جزائري.

([9]) انظر: د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 126.

تحديد هذه السن؛ فاعتبرها أبو حنيفة سبع عشرة سنة للأنثى وثماني عشرة للذكر[1]، وعند مالك سبع عشرة سنة للذكر والأنثى[2]، وعند الشافعي خمس عشرة سنة[3].

أما بالنسبة للقوانين المعاصرة فقد جعل كل منها سناً معينة من عمر الإنسان إذا أكملها اعتبر رشيدا، أي انتقل من طور الصغير المميز إلى طور الإنسان الرشيد، وهذه السن تختلف من قانون إلى آخر فقد اعتبرها القانون المصري سن الحادية والعشرين[4]، ومثله القانون الكويتي[5]، واعتبرها القانون العراقي سن الثامنة عشرة[6] ومثله القانون الأردني[7]، أما القانون اليمني فقد جعل سن الرشد بلوغ الإنسان الخامسة عشرة من عمره، حيث تنص المادة(50) على: "سن الرشد خمس عشرة سنة كاملة اذا بلغها الشخص متمتعا بقواه العقلية رشيدا في تصرفاته يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية والتصرف فيها".

وخلاصة ما سبق فإن الصغير المميز في القانون اليمني هو الطفل الذي أكمل سن العاشرة من العمر ولم يكمل سن الخامسة عشرة.

المطلب الثاني

مدى أهلية الصغير المميز لإبرام التصرفات القانونية

لبيان مدى أهلية الصغير المميز لإبرام التصرفات القانونية، فإنه حري بنا أن نبين أولا مفهوم الأهلية القانونية ومدى تأثرها بالسن، نعقب ذلك بتقسيم التصرفات القانونية من حيث أهلية الصغير المميز لمباشرتها.

الفرع الأول

مفهوم الأهلية القانونية ومدى تأثرها بالسن

الأهلية في اللغة هي الصلاحية لأمر ما[8]، وفي الاصطلاح القانوني هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات[9]، أوهي صلاحية الشخص للوجوب له والوجوب عليه[10]. عليه[10]. سواء كان هذا الشخص شخصاً طبيعياً (الإنسان) أو شخصاً معنوياً.

والأهلية القانونية بالمفهوم السابق نوعان، أهلية وجوب وأهلية أداء.

أهلية الوجوب: هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات[11]، وهذه الأهلية تثبت للإنسان بمجرد ولادته حياً، وتزول عنه بموته موتا طبيعياً آو حكمياً، أي أنها ملازمة لوجود الشخصية القانونية للإنسان وتزول بزوالها، فمناط هذه الأهلية يتمثل في أمر واحد فقط

([1]) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكساني، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982م، ج 7، ص 172.

([2]) شرح الزرقاني على مختصر خليل، للعلامة عبدالباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد بن علوان الزرقاني، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ.، ج 6، ص 112.

([3]) كتاب الأم، للإمام محمد بن عبدالله بن إدريس الشافعي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1993م، ج5، ص 115.

([4]) المادة 44/ 2.

([5]) المادة 96/ 1.

([6]) المادة 106.

([7]) المادة 43/ 2، وسن الرشد في القانون الجزائري التاسعة عشرة من العمر، المادة 40/ 1.

([8]) المعجم الوسيط، ج1، ص 31.

([9]) د. نعمان خليل جمعه، المدخل للعلوم القانونية، مطابع سحل العرب، 1977م، ص 443.

([10]) د. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999م، ص 207.

([11]) د. نعمان جمعة، المرجع السابق، ص 443.

هو وجود إنسان حي، سواء كان هذا الإنسان مميزا أو فاقد التمييز، قادرا على مباشرة التصرفات القانونية بنفسه أو غير قادر[1].

وإذا كان مناط أهلية الوجوب هو وجود إنسان حي، فمعنى ذلك ان الجنين قبل انفصاله عن أمة انفصالاً تاما لا تثبت له الأهلية، فليس له شخصية قانونية في هذه المرحلة ولو ثبتت حياته، ولكن مع ذلك يعترف القانون بأهلية وجوب ناقصة للجنين، بموجبها يكتسب بعض الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول منه كالوصية والميراث، ولكن لا تثبت له هذه الحقوق بصورة نهائية إلا إذا ولد حيا.

أهلية الأداء: هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه[2]. ويعرفها البعض بأنها بأنها صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية على وجه يعتد به قانونا[3].

وأهلية الأداء هي المقصودة دائماً عند الحديث عن أهلية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية، ومناط هذه الأهلية هو الإدراك أو التمييز، ومن ثم فإن أهلية الشخص تتأثر بالعوامل المؤثرة في إدراكه، فيكون أما عديم الأهلية أو ناقصها أو كامل الأهلية، ومن هذه العوامل السن.

تأثر الأهلية بالسن:

لما كان مناط الأهلية هو التمييز، فإن اكتمال تمييز الإنسان يتأثر بنمو مداركه العقلية، على مدى المراحل العمرية التي يمر بها، وهنا نجد أن أهلية الإنسان تتدرج بموجب السن، على النحو التالي:

مرحلة انعدام الأهلية:

وتبدأ هذه المرحلة منذ ولادة الإنسان إلى بلوغه سناً معينة هي في معظم القوانين العربية سن السابعة من العمر، وهي في القانون اليمني سن العاشرة من العمر. وفي هذه المرحلة يطلق على الإنسان بالصغير غير المميز أو عديم التمييز، فيكون عديم الأهلية لمباشرة التصرفات القانونية لذا فإن القانون يعين له نائبا ولياً أو وصياً يباشر التصرفات القانونية المتعلقة به.

مرحلة نقصان الأهلية:

وتبدأ هذه المرحلة ببلوغ الإنسان سناً معينة يحددها القانون، هي في القانون اليمني سن العاشرة من العمر كما قدمنا، وتنتهي ببلوغ الصغير سن الرشد التي يحددها القانون، وفي هذه المرحلة، التي يطلق عليها مرحلة الصغير المميز، يكون للإنسان فيها بعض التمييز، ولكنه تمييز ناقص، لذا يعترف القانون له في هذه المرحلة بأهلية أداء ناقصة، بموجبها يجوز له مباشرة بعض التصرفات القانونية دون البعض الأخر كما سنرى لاحقاً، ولكن لا تثبت له هذه الأهلية إلا على فرض أنه مميز، فإذا ثبت انعدام تمييزه بجنون أوعته، فلا أهلية له.

مرحلة اكتمال الأهلية:

وتبدأ هذه المرحلة ببلوغ الإنسان سناً معينة هي في بعض القوانين العربية على سبيل المثال وكما بينا سابقاً إحدى وعشرون سنة، وفي بعضها ثماني عشرة سنة، وهي في القانون اليمني خمس عشرة سنة، فإذا أكمل الإنسان هذه المرحلة من العمر أصبح كامل الأهلية القانونية ويجوز له مباشرة جميع التصرفات القانونية عدا تلك التي يتطلب القانون سنا أعلى لمباشرتها[4]، وهذا على فرض ان الإنسان قد بلغ هذه السن مكتمل التمييز، أما إذا بلغها بعارض بعارض يؤثر في تمييزه أو رشده انعدمت أو نقصت أهليته حسب الأحوال.

([1]) توفيق حسن فرج، الأصول العامة للقانون، الدار الجامعية، 1988، ص 275.

([2]) د. جلال علي العدوي ورمضان أبو السعود ومحمد حسن قاسم، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996م، ص113.

([3]) د. أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 213.

([4]) كما هو الحال في الأعمال التجارية التي يتطلب القانون اليمني لمباشرتها بلوغ سن الثامنة عشرة.

والملاحظ أن سن الرشد في القانون اليمني وهي خمس عشرة سنة سن متدنية جداً مقارنة بما تقرره القوانين الأخرى من جهة، وبما ينبغي أن يكون عليه الحال من جهة أخرى، إذ لا يمكن أن يكون بلوغ الإنسان هذه السن قرينة على اكتمال مداركه ورشده، بحيث يمكن اعتباره كامل الأهلية فيجوز له أن يباشر تصرفاته القانونية بنفسه، فمازال في مثل هذه السن غضاً طرياً لم يصب تمييزاً كاملاً، ومن ثم يكون غير قادر على أن يستقل بإدارة شؤونه بنفسه، لذا من المناسب أن يجعل القانون اليمني سن الرشد الثامنة عشرة من العمر.

الفرع الثاني
تقسيم التصرفات القانونية من حيث أهلية الصغير المميز لمباشرتها

سبق وأن بينا أن الصغير المميز هو الطفل الذي بلغ سن العاشرة من العمر ولم يبلغ سن الرشد وهي خمس عشرة سنة، والإنسان في هذه المرحلة يتمتع بأهلية ناقصة، والقول بأن أهلية الصغير ناقصة معناه أن الصغير يبقى عديم الأهلية كغير المميز بالنسبة لبعض التصرفات القانونية فلا يجوز له مباشرتها، بينما يكون أهلا لمباشرة البعض الأخر من التصرفات. فما هي التصرفات التي يجوز للصغير مباشرتها وتلك التي لا يجوز له مباشرتها؟

لغرض الأهلية تقسم التصرفات القانونية إلى ثلاثة أقسام: تصرفات نافعة نفعاً محضاً وتصرفات ضارة ضرراً محضاً، وتصرفات دائرة بين النفع والضرر، وهذا التقسيم الذي يعتنقه فقهاء القانون والشريعة الإسلامية وتتضمنه معظم القوانين العربية لم يتضمنه القانون اليمني بشكل واضح كما سنرى لاحقا، الأمر الذي جعل أهلية الصبي المميز لبعض التصرفات يكتنفها الغموض.

1- **التصرفات النافعة نفعاً محضاً**:

وهي التصرفات التي تؤدي إلى إثراء الشخص دون مقابل يخرج من ذمته، ومثالها الهبة بالنسبة للموهوب له، والوصية بالنسبة للموصى له، ويدخل فيها أيضا التصرفات التي تنقص من الجانب السلبي للذمة المالية، كالإبراء من الدين بالنسبة للمدين. وهذه الطائفة من التصرفات يكون الصغير المميز أهلا لمباشرتها في جانبها النافع له، فيجوز له قبول الهبة أو رفضها، وقبول الإبراء من الدين ونحو ذلك.

ولكن الملاحظ أن القانون المدني اليمني لم يبين بوضوح مدى أهلية الصغير المميز لمباشرة التصرفات النافعة نفعاً محضاً، بل أن النصوص التي وردت عامة بشأن تصرفات الصغير المميز في القانون المدني توحي بأن تصرفاته هذه تعتبر موقوفة على إجازة وليه، مما يفهم من ذلك أن الصغير ليس أهلا لمباشرتها، فالمادة (60) من القانون المدني تنص على: تصرف فاقد الأهلية غير صحيح وتصرف ناقص الأهلية يعتبر موقوفاً على الإجازة ولا يضمن فاقد الأهلية ما اتلفه مما يدفع اليه من الغير ولولي ناقص الأهلية أو وصيه ان ينظر في تصرفه أن كان بعوض فله رده (إبطاله) أو إجازته بما تقضي به مصلحته وإن كان بغير عوض تعين على الولي أو الوصي رده لبطلانه.

فهذا النص أشار إلى حكم تصرفات ناقص الأهلية بعوض وبغير عوض، والمقصود بالتصرفات بغير عوض الواردة في النص التصرفات الضارة بناقص الأهلية أي التصرفات التي يعطي فيها ناقص الأهلية بدون مقابل، أما التصرفات النافعة له نفعاً محضاً فلم يذكر حكمها بوضوح مما قد يفهم أنها موقوفه على إجازة الولي أو الوصي كما جاء في مطلع النص.

وقد حاولنا اللجوء إلى نصوص خاصة بعقود التبرع لنتلمس اتجاه المشرع بشأن هذه التصرفات، ففيما يتعلق بعقد الهبة الذي تضمنه قانون الأحوال الشخصية، وجدنا أن هذا القانون أناط قبول الهبة بولي الصغير أو وصيه، وفي الوقت نفسه أجاز للصغير قبول الهبة

بنفسه[1]، مما يعني أن الصغير المميز أهلا لمباشرة التصرفات النافعة له نفعا محضاً، وهذا أمر يقتضيه العقل والمنطق.

2- التصرفات الضارة ضرراً محضاً:

وهي التصرفات التي تؤدي إلى افتقار الشخص دون مقابل يحصل عليه، ومثالها الهبة بالنسبة للواهب، وإبراء المدين من الدين بالنسبة للدائن. وهذه التصرفات لا يكون الصغير المميز أهلاً لمباشرتها، فلا يجوز له التبرع بشيء من ماله، ولا إبراء مدينة من الدين، ولا التنازل عن الدعاوى المتعلقة به، فلا يجوز له شيء من ذلك حتى ولو كان بإذن وليه، إذ لا يجوز للولي نفسه أن يباشر مثل هذه التصرفات نيابة عن الصغير كون الولاية منوطة بالمصلحة وليس من مصلحة الصغير إخراج المال من ذمته بدون مقابل[2]، ويستثنى من ذلك التصرفات المتعلقة بالمجاملات التي جرى بها العرف كرد مقابل الهدايا والتبرعات التي تلقاها الصغير فتجوز مثل هذه التصرفات من الصغير ولو بغير إذن وليه[3].

وقد اختلف الفقه بشأن أهلية الصبي المميز لإبرام الوصية على الرغم من أن الوصية من أعمال التبرع، فالبعض أجاز وصية الصغير على أساس أنها من أعمال البر، والبعض لم يجزها لاعتبارها من التصرفات الضارة ضررا محضا[4]، والأخير هو مسلك المشرع اليمني الذي اشترط البلوغ والعقل في الموصي[5].

3- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر:

وهي التصرفات التي لا تنطوي على نفع خالص ولا ضرر محض، فهي تقوم على الأخذ والعطاء وتحتمل الربح والخسارة، ومثالها المعاوضات بوجه عام، كالبيع والشراء والإيجار. وتنقسم هذه التصرفات بدورها إلى أعمال تصرف وأعمال إدارة، فأعمال التصرف تتمثل في الأعمال التي تهدف إلى تقرير حق عيني للغير على الشيء كالبيع والقرض والرهن، أما أعمال الإدارة فهي التي تهدف إلى تنمية المال واستغلاله دون المساس بأصله[6]، كالإيجار وبيع المحصولات الزراعية وإعادة البناء، وأعمال الإدارة تنقسم بدورها إلى أعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة؛ فأعمال الإدارة المعتادة هي التي تهدف إلى استغلال الشيء مع بقاء أصله دون تغيير، ومثلها الإيجار وبيع المحصولات الزراعية، أما أعمال الإدارة غير المعتادة فهي التي تهدف إلى استغلال الشيء مع تغيير جوهري في أصلة كإعادة بناء الدار أو البناء في العلو الفضاء.

والصغير المميز لا يكون أهلاً لمباشرة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فلا يجوز له إبرام عقد بيع أو إيجار أو مقاولة ونحو ذلك حيث يتولى وليه أو وصية إبرامها نيابة عنه، ويستثنى من ذلك التصرفات التي تتعلق بالأشياء البسيطة التي يحتاجها الصغير والتي جرى العرف أن يقوم بها الأطفال بأنفسهم.

جواز تصرفات الصغير المميز فيما هو مأذون له به:

إذا كان الصغير المميز غير أهل لمباشرة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، ألا أن معظم القوانين أجازت للولي أو الوصي أن يأذن للصغير مباشرة بعض هذه التصرفات ، والغرض من ذلك هو اختبار الصغير، وإكسابه ثقة بالنفس وتدرباً على إجراء المعاملات، ومن ثم فإن تصرفات الصغير المميز في حدود الإذن الممنوح له تكون صحيحة، وكأنها صدرت من

---

(1) المادة 172 من قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم 20 لعام 1992م.

(2) د. أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 214.

(3) المادة 172 من قانون الأحوال الشخصية اليمني، حيث جاء فيها بشأن الهبة ".. ويجوز أن يُقبل من الصغير ومنفي حكمة خاصة فيما جرى به العرف..".

(4) انظر تفصيل ذلك عند: بو كرزازة أحمد، المرجع السابق، ص 64 وما بعدها.

(5) المادة (230/أ) من قانون الأحوال الشخصية اليمني.

(6) د. جلال العدوي، المرجع السابق، ص 131.

شخص كامل الأهلية، فالمادة (61) تنص على: "الصبي المميز يختبر في رشده قبيل بلوغه بأن يأذن له وليه أو وصيه بإدارة شيء من ماله ويختلف باختلاف الأحوال فولد التاجر بالبيع والشراء والمحترف بما يتعلق بحرفته وولد المزارع بالزراعة والصبية بتدبير شئون بيتها وذلك لمعرفة الغاية المقصودة من الاختبار". ويشترط في صحة الإذن الصادر للصغير عدة شروط هي:

1- **أن يكون الصغير قد بلغ سن التمييز مميزاً:**

يشترط لصحة الإذن الصادر من الولي أو الوصي للصغير، أن يكون الصغير قد بلغ سن التمييز وهي في القانون اليمني سن العاشرة من العمر، وقبل ذلك لا يكون الإذن صحيحا، على أن يكون قد بلغها الصغير مميزاً، فإذا لم يبلغها أو بلغها فاقد التمييز لجنون أو عته، فلا يجوز الإذن له.

ولكن هل يكفي للإذن أن يبلغ الصغير سن التمييز أم يلزم أن يكون قد اقترب من سن الرشد؟

يفهم من عبارة قبيل بلوغه الواردة في نص المادة (61) مدني يمني على أن الإذن للصغير لا يكون إلا عند اقتراب الصغير من سن الرشد، ولا يكفي أن يبلغ سن التمييز، ومرد عدم تحديد القانون اليمني سناً معينة للإذن هو قصر المدة الزمنية بين وصول الصغير سن التمييز وبلوغه سن الرشد وهي خمس سنوات فيكون تحديد سن للإذن غير مجد، وهو خلاف ما سارت عليه بعض القوانين التي لا تكتفي ببلوغ الصغير سن التمييز ليأذن له وليه بالتصرف، بل تشترط وصول الصغير إلى سن أعلى من الحد الأدنى لسن التمييز وأدنى من سن الرشد، ففي القانون المصري سن التمييز هي بلوغ الصغير السابعة من العمر غير أن الإذن بالإدارة لا يكون إلا بعد بلوغ الصغير سن الخامسة عشرة، وقبل بلوغه سن الرشد وهي الحادية والعشرون من العمر.

وفي هذا المقام يحب لفت الانتباه إلى خطأ وقع فيه المشرع اليمني في قانون حقوق الطفل رقم (45) لعام 202م، حيث جعلت المادة (64) من القانون الإذن للصغير عند بلوغه الخامسة عشرة من العمر[1]، مع أن القانون نفسه في المادة (59) جعل سن الرشد أي سن الأهلية الكاملة خمس عشرة سنة[2]، ومع أنه لا عبرة بما ورد في قانون حقوق الطفل من ناحية التطبيق العملي كون القانون المدني قانون خاص بالنسبة للمعاملات المالية وما يتعلق بها فتطبق النصوص الواردة فيه المتعلقة بالأهلية، إلا أنه من الأفضل إلغاء النصوص الواردة في قانون حقوق الطفل المتعلقة بالأهلية ، والاكتفاء بما ورد في القانون المدني باعتباره المعني بهذا الأمر.

2- **أن يتعلق الإذن ببعض التصرفات القانونية:**

الإذن الصادر للصبي المميز يجب أن يتعلق ببعض التصرفات القانونية وليس جميعها، وهي التصرفات الأقل خطورة، كون الغاية من الإذن هي الاختبار، لذا نجد بعض القوانين تحصر الإذن في أعمال الإدارة دون أعمال التصرف، فأعمال الإدارة هي التي تهدف إلى استثمار المال دون المساس الجوهري بأصله ومثله الإيجار وبيع المحصولات الزراعية والوديعة بالنسبة للمودع، وهو ما اتجه إليه القانون اليمني، حيث تشير المادة (61) بأن الولي يأذن للصغير بإدارة شيء من أمواله، غير أن بعض شراح القانون اليمني يرى أن

([1]) حيث تنص المادة (64/ أ) من قانون حقوق الطفل على: "للصغير المميز أن يدير شيئاً من أمواله بإذن وليه أو وصيه إذا أتم الخامسة عشرة من عمره ولوحظ عليه حسن التصرف، ويستمر الولي أو الوصي بمراقبة تصرفاته حت يبلغ سن الرشد".

([2]) انظر هذا النقد أيضا عند: منير محمد الصلوي، نظام الحجر على فاقدي الأهلية في الفقه الإسلامي والقانون اليمني، دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، 2010م، ص 285.

المشرع اليمني وقع في تناقض في صياغة المادة (61) فيما يتعلق بالتصرفات التي يأذن بها للصغير، حيث أشار صدر المادة إلى أعمال الإدارة، وفي بيان الأمثلة جاء في النص: فولد التاجر بالبيع والشراء، والبيع والشراء من أعمال التصرف وليس من أعمال الإدارة[1]، لكننا لا نرى وجود تناقض في ذلك فإذا كان البيع أو الشراء يعتبر من أعمال التصرف، إلا أنه متى كان مثل هذا التصرف تقتضيه أعمال الإدارة أي الأعمال التي تهدف إلى استغلال المال كبيع المحصولات الزراعية وشراء الأسمدة وكذا البيع أو الشراء المتعلق بتجارة قائمة ونحو ذلك أعتبر التصرف من أعمال الإدارة لا من أعمال التصرف كونه لا يمس أصل المال[2].

ولكن النقد الذي يمكن أن يوجه لنص المادة (61) يتعلق بمحل التصرف الذي يأذن به الولي للصغير؛ هل يتعلق بمال الولي أو الوصي أم بمال الصغير؟ المفترض أن التصرف يتعلق بمال يعود للصغير نفسه يسلم له ويديره، وليس بمال يعود للولي، ولكن ما ورد في نص المادة يفهم منه أن الولي أو الوصي يأذن للصبي بأن يدير بعض أموال الولي نفسه، حيث جاء في النص: "أن يأذن له بإدارة شيء من أمواله فولد التاجر بالبيع والشراء وولد المزارع بالزراعة .." وهذا خطأ وقع فيه المشرع، فالتصرف المأذون به يجب أن يتعلق بمال يعود للصغير، وأثر التصرف المتعلق به ينصرف إلى ذمة الصغير نفسه، أما إذا كان التصرف المأذون به يتعلق بمال يعود للولي أو الوصي فالصغير هنا يعد بمثابة النائب عن الولي أو الوصي في إدارة المال، وأثر التصرف ينصرف للولي أو الوصي ، وهذا ما كان بحاجة إلى النص عليه في معرض الحديث عن الأهلية، لأنه يتعلق بالنيابة الاتفاقية، والمعروف أن إنابة الصغير المميز جائزة، فلا يشترط في النائب الاتفاقي أن يكون راشدا طالما وقد ارتضى ذلك الأصيل، وهذا الأمر لم يكن هو المقصود معالجته هنا، لذا ينبغي على المشرع اليمني ان يلتفت إلى هذا العيب ويعمل على معالجته.

3- **صدور الإذن من الولي أو الوصي أو المحكمة**:

ساوى القانون اليمني بين سلطتي الولي والوصي في إصدار الإذن للصغير، بخلاف بعض القوانين كالقانون المصري الذي منح الولي فقط سلطة إصدار الإذن ولم يمنح هذه السلطة للوصي، ففي حال إن كان الصغير مشمولا بالوصاية فإن الإذن له يصدر من المحكمة بناء على طلب الوصي[3].

كما أن الإذن للصغير يمكن أن يقع من المحكمة في حال امتناع الولي أو الوصي عن إصداره، ويكون ذلك بناء على طلب الصغير أو النيابة العامة، فهذا الحكم وإن لم يشر إليه صراحة القانون اليمني إلا أنه يستنتج من عبارة نص المادة (70) التي تشير إلى وجوب شهر الإذن للصغير بطلب من الوصي في حال لم يكن الإذن قد صدر به حكم وفي حال صدور حكم تقوم به إدارة المحكمة مباشرة[4]، حيث يفهم من ذلك جواز صدور الإذن من المحكمة.

([1]) أستاذنا الدكتور سعد محمد سعد، النظرية العامة للحق وفقا للقانون المدني اليمني، دار جامعة عدن للطباعة والنشر، 1997م، ص 81.

([2]) د. جلال العدوي، المرجع السابق، ص 132.

([3]) المادة (55) من قانون الولاية على المال المصري.

([4]) تنص المادة (70): الإذن الصادر للصبي المميز أو إلغاءه أو تعديله يلزم إشهاره طبقا لما تقدم في المادة السابقة ويكون الإشهار في حالة عدم صدور حكم بناء على طلب الوصي ويبين فيه التصرفات المأذون بها ويوقع الوصي على ذلك وفي حالة صدور حكم تقوم به إدارة المحكمة مباشرة ولا اعتداد بالأذن قبل إشهاره.

4- إشهار الإذن الصادر للصبي:

يستتبع صدور الإذن للصغير بإدارة بعض أمواله وجوب إشهار هذا الإذن لدى المحكمة، مبيناً فيه التصرفات المأذون بها للصغير، وكذلك ينبغي إشهار أي تعديل لاحق يمس مضمون هذا الإذن.

خلاصة القول فيما يجوز للصبي المميز مباشرته من تصرفات:

خلاصة القول إن أهلية الصغير المميز تقف عند التصرفات النافعة نفعاً محضاً فهذه الطائفة من التصرفات هي التي يجوز للصغير المميز مباشرتها أما التصرفات الضارة ضرراً محضاً وكذلك التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فليس له أهلية لمباشرتها ويستثنى من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ما كان الصغير مأذوناً له مباشرته فتكون له أهليه بشأنه في حدود الإذن الممنوح له.

وجميع التصرفات التي لا يجوز للصغير مباشرتها بنفسه، يتولى وليه أو وصيه إبرام هذه التصرفات نيابة عنه، بما يحقق مصلحة الصغير، وفقاً للحدود التي رسمها القانون لتصرفات النائب عن الصغير.

المبحث الثاني

تصرفات الصغير المميز الخارجة عن نطاق أهليته المتفق على حكمها

التصرفات التي يبرمها الصغير المميز خارج نطاق أهليته هي التصرفات الضارة ضرراً محضاً، وتلك الدائرة بين النفع والضرر غير المأذون له مباشرتها.

والتصرفات الضارة ضررا محضاً هي المتفق بشأن حكمها، فهذه التصرفات تقع باطلة بطلانا مطلقا حتى ولو إذن نائب الصغير بها، وهذا ما تتفق بشأنه معظم القوانين إن لم يكن جميعها[1]، وهو اتجاه يتفق أيضا مع فقه الشريعة الإسلامية[2].

وسنبحث في مطلب أول عن أساس بطلان تصرف الصبي المميز الضار ضرراً محضاً، وفي مطلب ثانٍ الأحكام المتعلقة ببطلان هذه التصرفات.

المطلب الأول

أساس بطلان تصرفات الصغير الضارة ضرراً محضاً

عادة ما يتم تناول بطلان التصرفات القانونية عند الحديث عن بطلان العقود وما يقال في ذلك ينسحب على بقية التصرفات القانونية، والبطلان الذي يلحق التصرف يتدرج إلى بطلان مطلق وبطلان نسبي أو بطلان مطلق وقابلية للإبطال ولكل نوع من نوعي البطلان أحكامه الخاصة، والحديث عن أساس بطلان تصرفات الصغير المميز بطلاناً مطلقاً يتم البحث عنه في الأساس الذي يقوم عليه التقسيم الثنائي للبطلان والذي اختلف الفقه بشأنه.

حيث يرى البعض أن التقسيم الثنائي للبطلان ينهض على أساس التفرقة بين أركان التصرف أي شروط الانعقاد والوجود من ناحية وبين شروط الصحة من ناحية أخرى، وعلى ذلك إذا تخلف ركن من أركان التصرف أو أختل فلا يعتد بهذا التصرف لكون الخلل الذي أصابه خطيراً، فيكون التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً، أما إذا استجمع التصرف أركانه ولكن تخلف شرط من شروط صحته فالخلل هنا اقل خطراً من سابقه فيكون التصرف باطلاً بطلاناً

([1]) انظر في القوانين العربية على سبيل المثال: المادة المادة 111/ 1 مدني مصري، المادة 118/ 1مدني اردني، المادة 87/ 1 مدني كويتي. المادة 97/ 1 مدني عراقي، المادة 1/111 مدني ليبي.

([2]) بدائع الصنائع، ج 5، ص 149. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي، دار الفكر بيروت، 1409هـ، ج3، ص6. المجموع شرح المهذب، للإمام أبي زكريا محي الدين النووي، مكبة الإرشاد، ج9، ص 157. كشاف القناع، ج2، ص 151.

نسبياً، بحيث يمكن ان ينتج مثل هذا التصرف أثره مالم يتقرر بطلانه بناء على طلب من تقرر البطلان لمصلحته.

وعلى ذلك فإن البطلان المطلق للعقد كأهم تصرف قانوني يترتب على تخلف ركن من أركانه، كالرضا أو المحل أو السبب، أو تخلف شرط من شروط الانعقاد كعدم مشروعية المحل أو السبب أو كون محل العقد مستحيلاً استحالة مطلقة. أما البطلان النسبي أو ما يعرف بقابلية العقد للإبطال فهو يترتب عن تخلف شرط من شروط صحة الرضا كنقصان الأهلية أو كون احد العاقدين أبرم العقد تحت تأثير غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال[1].

غير أن البعض يرى أن أساس التمييز بين نوعي البطلان يجب أن يبحث عنه في المصلحة المرجوة من العنصر أو الشرط الذي تخلف في التصرف، فإذا الهدف منه حماية مصلحة خاصة كان البطلان نسبياً، أما إذا كان الغرض منه تحقيق المصلحة العامة (النظام العام) كان البطلان مطلقا[2].

فما هو الأساس القانوني لاعتبار تصرفات الصغير المميز باطلا بطلانا مطلقاً، هل في انعدام ركن في التصرف، أم مراعاة النظام العام؟

لاشك أن فكرة النظام العام لا تسعفنا كأساس لبطلان تصرفات الصبي المميز الضارة ضرراً محضاً، ذلك أن اشتراط كمال الأهلية لإبرام مثل هذه التصرفات يهدف إلى حماية مصلحة خاصة هي مصلحة الصغير.

كما أن التفرقة بين تخلف ركن أو تخلف شرط من شروط الصحة كمعيار للتفرقة بين نوعي البطلان لا تمكنّا من القول أن أساس بطلان تصرف الصغير المميز الضار ضرراً محضاً هو تخلف ركن من أركان التصرف فنقصان الأهلية لا يؤدي إلى انعدام ركن الرضا بعكس انعدامها لدى الصغير غير المميز الذي يؤدي إلى تخلف ركن الرضا لانعدام الإرادة، فعقد ناقص الأهلية يعتبر معيباً لعدم توافر شرط من شروط صحة الرضا وهو كمال الأهلية، فكان ينبغي وفقا للرأي الأول أن تكون تصرفات الصبي المميز الضارة ضرراً محضا قابلة للإبطال وليس باطلة بطلاناً مطلقاً ولكن نتيجة لخطورة مثل هذا التصرف اعتبره المشرع باطلاً بطلاناً مطلقاً .

ومن هنا يمكن القول أن أي من الأساسين المذكورين أعلاه للتفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي لا يمكن الأخذ به على إطلاقه، كون ثمة اعتبارات أخرى يأخذ بها المشرع لتقرير فيما اذا كان العيب الذي أصاب التصرف يترتب عليه بطلانه بطلانا مطلقا أو مجرد قابليته للإبطال فحسب، فنخلص إلى أن أساس بطلان تصرف الصبي المميز الضار ضررا محضاً هو تخلف شرط من شروط صحة التصرف وهو كمال الأهلية التي يتطلبها القانون لمثل هذا التصرف حماية لمصلحة الصغير نتيجة خطورة التصرف.

المطلب الثاني

الأحكام المتعلقة بالبطلان المطلق لتصرفات الصغير

لما كانت تصرفات الصغير المميز الضارة ضرراً محضاً باطلة بطلانا مطلقاً، فإن المسألة التي تطرح هنا تتعلق بكيفية تقرير هذا البطلان، سواء من حيث مدى الحاجة إلى دعوى لتقريره، أوفي من له حق التمسك بهذا البطلان ومدى زوال البطلان.

([1]) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول – مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1981م، ص 399. د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام، مطبعة النسر الذهبي، القاهرة، 1985م، ص 343.

([2]) د. فتحي عبدالرحيم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001م، ص226.

كيفية تقرير البطلان:

التصرف الباطل بطلانا مطلقا يعتبر معدوماً، أي لا وجود قانوني له، ومن ثم فبطلانه لا يحتاج إلى صدور حكم قضائي يقرره ، ولكن في الواقع عادة ما يتم اللجوء إلى القضاء للحكم بالبطلان أما بهدف التخلص من أثار هذا التصرف، أو لحسم ما قد يحصل من نزاع بشأن وجود سبب للبطلان من عدمه.

ومن المقرر قانوناً أن التصرف الباطل بطلانا مطلقاً يخول كل ذي مصلحة المطالبة ببطلانه[1]، والمقصود بكل ذي مصلحة هو كل شخص يؤثر وجود التصرف أو عدمه بحقوقه[2]، ففي عقد الصغير المميز الباطل بطلاناً مطلقاً يكون صاحب المصلحة في طلب الحكم ببطلانه كل من طرفي العقد، فلولي الصغير أو وصيه أو الصغير بعد بلوغه سن الرشد حق المطالبة ببطلانه، كما يكون للمتعاقد مع الصغير هذا الحق حيث وأن من مصلحته التخلص من أثار عقد مهدد بالزوال، وكذا لاسترداد ما يكون قد أداه تنفيذا للعقد، كما يكون لدائني الصغير المطالبة بالبطلان حتى يبقى ما تصرف به الصغير من مال في الضمان العام.

وإذا كان لكل ذي مصلحة المطالبة ببطلان تصرف الصغير المميز، فإن للقاضي أن يحكم بالبطلان من تلقاء نفسه وإن لم يطلب منه ذلك متى كشف نزاع أثير أمامه على مثل هذا التصرف. والحكم الصادر بالبطلان يعتبر حكماً مقرراً لا منشئا للبطلان إذ هو يقرر أو يكشف عن واقعة موجودة من قبل وهي بطلان التصرف.

مدى زوال التمسك بالبطلان:

لما كان تصرف الصغير المميز الضار به ضرراً محضاً باطلاً بطلانا مطلقا، فهو عدم فلا يزول هذا الوصف عنه، ومن ثم فإن مثل هذا التصرف لا تلحقه الإجازة ولا يزول البطلان بها، فلا يعتد بها سواء صدرت هذه الإجازة من النائب القانوني عن الصغير أو من الصغير بعد بلوغه سن الرشد.

كذلك لا يزول بطلان هذا التصرف بالتقادم، فمهما مر عليه من زمن يبقى التصرف معدوما، فمضي الزمن ليس من شأنه أن يخلق من العدم وجودا، ولكن حماية لاستقرار المعاملات وعدم إثقال كاهل القضاء بدعاوى عفا عنها الزمن نجد أن معظم القوانين تقرر عدم سماع دعوى البطلان بعد مرور فترة زمنية طويلة هي في القانون اليمني خمس وعشرون سنة[3] يبدأ احتسابها من يوم أبرام التصرف.

ومع ذلك فإن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم حتى وإن كانت دعوى البطلان قد سقطت به، والعلة في ذلك أن الدفع لا يقدم إلا تبعاً لدعوى، وطالما لم تقدم دعوى للمطالبة بتنفيذ التصرف الباطل قبل انقضاء المدة المانعة من سماع دعوى البطلان، فإن الدفع بعدم قبول مثل هذه الدعوى عن طريق الدفع ببطلان التصرف يظل قائماً حتى ولو كان بعد أن انقضت المدة المانعة من سماع دعوى البطلان. فالدفع هنا لا يخل باستقرار المعاملات كون الهدف منه منع تنفيذ تصرف معدوم وليس زوال أثار ما تم تنفيذه والذي يهدف تقرير عدم سماع دعوى البطلان لحمايته[4].

([1]) المادة (206 مدني يمني).

([2]) د. أحمد محمود سعد، مصادر الالتزام في القانون اليمني، 1990م، ص 497.

([3]) المادة (202 مدني يمني)، وهي في القانون المصري خمس عشرة سنة، م (141 مدني مصري).

([4]) د. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999م، ص 194.

المبحث الثالث
تصرفات الصغير المميز الخارجة عن نطاق أهليته غير المتفق على حكمها

سبق البيان أن تصرفات الصغير المميز الدائرة بين النفع والضرر لا تكون له أهلية بشأنها إلا ما كان مأذونا له به من وليه أو وصيه أو المحكمة، وقد اختلفت القوانين العربية في حكم التصرفات غير المأذون بها، فمنها ما يعتبر هذه التصرفات قابلة للإبطال، ومنها ما يعتبرها موقوفة، أما القانون اليمني فقد تأرجحت نصوصه بين الحكمين. لذا نبدأ بعرض فكرة القابلية للإبطال، نعقب ذلك بعرض فكرة التصرف الموقوف، ونختتم ذلك ببيان اضطراب نصوص القانون اليمني بشأن حكم تصرفات الصغير المميز الدائرة بين النفع والضرر.

المطلب الأول
فكرة قابلية التصرف للإبطال

هناك عدد غير قليل من القوانين العربية تعتبر تصرفات الصغير المميز الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال[1]، والتصرف القابل للإبطال، هو الذي تخلف فيه شرط من شروط صحة الرضا، كأن يصدر الرضا من شخص ناقص الأهلية كالصبي المميز أو من شخص تعيبت إرادته بغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، والتصرف القابل للإبطال ليس معدوم الأثر كالتصرف الباطل بطلانا مطلقاً، بل أن القانون يسمح له بإنتاج أثره القانوني إلى يتقرر بطلانه بناء على طلب من تقرر البطلان لمصلحته، كما أن طلب البطلان يزول بالإجازة أو التقادم.

وهذه الأحكام الخاصة بالتصرف القابل للإبطال أدت إلى اختلاف الفقه في بيان الطبيعة القانونية لهذا التصرف فيما اذا كان تصرفاً صحيحاً أم غير صحيح، لذا حري بنا أن نبين أولاً طبيعة التصرف القابل للإبطال، نعقب ذلك ببيان الأحكام المتعلقة بقابلية تصرف الصغير المميز للإبطال.

أولاً: طبيعة التصرف القابل للإبطال

اختلف فقهاء القانون في بيان الطبيعة القانونية للتصرف القابل للإبطال، فالبعض يذهب إلى اعتبار التصرف القابل للإبطال تصرفاً صحيحاً في نشأته منتجا لأثاره غير أنه متى تقرر بطلانه بناء على طلب من تقرر البطلان لمصلحته زال بأثر رجعي مثله مثل التصرف الباطل[2].

أما الرأي الغالب فيعتبر التصرف القابل للإبطال تصرفاً غير صحيح، غير أن لما كان زوال هذا التصرف متوقفاً على استعمال من تقرر البطلان لمصلحته حقه في إبطاله، فإنه قبل تقرير بطلانه ينتج أثاره كأي تصرف صحيح[3].

ويرى الأستاذ الكبير الدكتور عبدالرزاق السنهوري: بأن التصرف القابل للإبطال يمر على المرحلتين: الصحة والبطلان، فهو في المرحلة الأولى قبل تقرير بطلانه أو إجازته يعتبر كالتصرف الصحيح منتجاً لجميع أثاره، وفي المرحلة الثانية يلقى فيها التصرف أحد مصيرين: فهو أما أن تلحقه الإجازة أو يتم بشأنه التقادم فيزول البطلان ويستمر التصرف صحيحاً، فلا

([1]) من هذه القوانين: القانون المدني المصري (م 2/111)، القانون المدني الكويتي (م 87)، القانون المدني الليبي (م 2/111).

([2]) خالد أحمد حسن، الوسيط في مصادر الالتزام دراسة تحليلية في ظل القانون المدني المصري، مؤسسة بداري، أسيوط، بدون تاريخ، ص 125. د. عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص 341، 353. د.عبد المنعم الصده، مصادر الالتزام، 1990م، ص 304.

([3]) د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 486. د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام في قانون الجمهورية العربية اليمنية، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1986م، ص 229 وما بعدها د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج2، مصادر الالتزام، مكتبة عبدالله وهبة، بدون تاريخ. ص319.

يعود هناك فرق بينه وبين التصرف الصحيح، وأما أن يتقرر بطلانه فينعدم وجوده القانوني وتزول جميع أثاره، فلا يعود هناك فرق بينه وبين التصرف الباطل بطلانا مطلقاً. لكنه يخلص في النهاية إلى القول بأن القابلية للإبطال أو البطلان النسبي ليس شيئا مستقلا عن البطلان المطلق وإنما هو تعبير مناسب لتصرف يمر على المرحلتين السابق ذكرهما[1].

غير أن هذا الراي لم يرضِ بعض الفقه المناهض لفكرة التقسيم الثنائي للبطلان، حيث يذهب هذا الاتجاه إلى أنه من غير المقبول الكلام عن وجود التصرف الباطل بطلاناً نسبياً حتى يقضي ببطلانه، ثم زوال هذا التصرف بأثر رجعي، ففي ذلك تناقض واضح، ذلك أن الرجوع بأثر الحكم بالبطلان إلى يوم إبرام التصرف وإزالة كل أثر ترتب على افتراض قيام هذا التصرف يعني أن هذا التصرف كان معيباً منذ نشأته بصورة تجعله غير صالح لترتيب أثاره، وهذا ما يتفق مع معنى البطلان الذي لا يترتب إلا على عيب يلحق التصرف منذ نشأته [2].

ومن ثم يخلص هذا الاتجاه إلى أن التصرف القابل للإبطال لا يختلف عن التصرف الباطل بطلاناً مطلقاً لا في الطبيعة ولا في الأثر، وغاية ما يمكن قوله أن الأمر ينحصر في من له حق التمسك بالبطلان، ففي حين يكون لكل ذي مصلحة حق التمسك بالبطلان المطلق ويجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فان المصلحة في البطلان النسبي تتعلق بأحد طرفي التصرف، الذي له وحده حق التمسك بالبطلان، والسبب في ذلك ان العيب الذي يصيب التصرف القابل للإبطال هو عيب داخلي لا يكشف عنه إلا من تعلق به[3].

ويؤيد البعض هذا الرأي بالقول أن قصر المطالبة بإبطال التصرف القابل للإبطال على أحد طرفي التصرف لا يؤدي إلى وجود نوع أخر من البطلان، وكل ما في ذلك أن المشرع في تقريره لهذا الحكم يهدف إلى الحد من أُثر البطلان[4].

وبرأينا أن التصرف القابل للإبطال هو تصرف غير صحيح طالما نشأ معيباً لم يستجمع شروط صحته، إذ لا يمكن أن يكون التصرف صحيحاً ومعرضاً للبطلان في الوقت نفسه، وكون هذا التصرف ينتج أُثراً كالتصرف الصحيح إذا لم يتقرر بطلانه فذاك مرده تعلق البطلان بمصلحة أحد طرفي التصرف الذي قد يرى أن مصلحته تقتضي القبول بهذه الأثار، أما إذا قرر التخلص من التصرف فلا يكون له ذلك إلا عن طريق القضاء أو بالاتفاق مع الطرف الأخر، والحكم المقرر للبطلان حكما مقرراً لا منشئا للبطلان، وإذا كان التصرف تلحقه الإجازة فإن الإجازة لا تصححه كما يزعم البعض، وإنما أثرها يقتصر على إزالة خطر الحكم ببطلان التصرف فقط، أي أن الإجازة تعني في مضمونها تنازل من له حق المطالبة بإبطال التصرف عن هذا الحق فحسب.

غير أن هذا ما هو إلا تحليل لوضع فرضه القانون، هذا الوضع المتعلق بالأحكام الخاصة بهذا البطلان، وهو لا يخلو من العيوب، ومن تلك العيوب تعلق مصير التصرف بإرادة أحد طرفيه وهو من تقرر البطلان لمصلحته، فلا يكون للطرف الأخر إلا الرضوخ لإرادة الطرف الأول الذي قد يعلم بسبب البطلان فلا يستعمل حقه في الإبطال إلا عندما توشك مدة تقادم دعوى المطالبة بالبطلان أن تنقضي، وإن كان المشرع قد حاول تفادي هذا العيب بجعله مدة تقادم دعوى المطالبة ببطلان التصرف قصيرة (ثلاث سنوات)، على خلاف البطلان المطلق الذي تتقادم دعواه بمدة طويلة، غير أن هذه المعالجة غير كافية في نظرنا، لذا نجد أن بعض القوانين

(1) السنهوري، المرجع السابق، ص 397 وما بعدها.
(2) د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 229 وما بعدها.
(3) المرجع نفسه، ص 230.
(4) د. احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 487.

قد تداركت هذا الأمر بمنح الطرف الأخر طلب استفهامي أو دعوى استفهامية تجاه الطرف الذي تقرر البطلان لمصلحته من خلالها يقرر الأخير أما إبطال التصرف أو التنازل عن ذلك[1].

ثانياً: الأحكام المتعلقة بقابلية تصرف الصغير المميز للإبطال

يتميز التصرف القابل للإبطال أو الباطل بطلانا نسبيا بأحكام تختلف عن تلك التي تتعلق بالتصرف الباطل بطلاناً مطلقاً، سواء من حيث كيفية تقرير بطلانه، أومن حيث سقوط الحق بالمطالبة بالبطلان.

كيفية تقرير البطلان:

قابلية التصرف للإبطال مقررة لمصلحة أحد طرفي التصرف دون الطرف الأخر أو الغير فلهذا وحده حق التمسك بالبطلان، فإذا كان سبب البطلان نقص الأهلية فلناقص الأهلية وحده حق التمسك بالبطلان فقد يرفع الدعوى بنفسه بعد بلوغه الرشد أو بواسطة وليه أو وصيه قبل البلوغ، ومن ثم لا يجوز للطرف الأخر المطالبة بإبطال التصرف، ولا لدائني الصغير ذلك، كما لا يجوز للقاضي أن يحكم ببطلان التصرف من تلقاء نفسه. وهذا ما قضت به المادة (198) بشأن قابلية العقد للإبطال بنصها على: "إذا جعل القانون لاحد المتعاقدين الحق في إبطال العقد أو نقضه دون العاقد الأخر، فليس للعاقد الأخر أن يتمسك بالبطلان، وليس للمحكمة أن تحكم به إلا إذا تمسك به صاحب الحق فيه". وبناء على ذلك فإن الصغير أو نائبه لا يمكنه تقرير بطلان التصرف من تلقاء نفسه، ففي حال أن رفض الطرف الأخر إبطال التصرف بالتراضي، فللصغير أو نائبه أن يستخدم الحق في طلب إبطال التصرف عن طريق دعوى يرفعها أمام القضاء.

الأثر المترتب على الحكم ببطلان تصرف الصغير المميز:

القاعدة العامة في مجال البطلان أنه متى تقرر بطلان التصرف ترتب على ذلك زوال جميع أثاره وبأثر رجعي، أي زوال جميع أثار التصرف من يوم انعقاده، فيلزم كل طرف إرجاع ما كان قد حصل عليه تنفيذا لهذا التصرف، فاذا تعذر ذلك جاز الحكم بالتعويض بدلا عن الرد، غير أنه يستثنى من هذا الحكم ناقص الأهلية فلا يلزم برد إلا ما بقي معه فقط بموجب المادة (203) مدني يمني التي تنص على: "..على أنه لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته برد غير ما بقي لديه وما استعاض به شيئا باقيا له". وبموجب ذلك فإن الصغير الذي أبطل تصرفه لنقص أهليته لا تطبق بشأنه أحكام الرد أو التعويض المترتبة على بطلان التصرف إلا بقدر ما بقي معه، فإذا كان الشيء الذي تسلمه تنفيذا للتصرف الباطل مازال في حيازته التزم برده أما إذا كان قد استهلكه أو تصرف به كله أو بعضه ولم يبق معه إلا جزء منه فلا يلزم برد غير ما بقي لديه ولا تعويض يلزمه فيما استهلكه أو تصرف به، إلا أن يكون قد استعاض به شيئا أخر فيلزم برد قدر قيمة ما تسلمه من التصرف الباطل من الشيء الذي استعاضه إذا كان ما استعاضه باقياً لديه، أما إذا كان هو الأخر لم يعد باقياً لديه فلا يلزم بشيء، حتى ولوكان قد عاد عليه التصرف بنفع[2].

غير أنه متى كان الصغير قد استخدم طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته عند إبرام التصرف، فإنه يكون ملزماً بتعويض الطرف الأخر عما أصابه من ضرر نتيجة لإبطال التصرف وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية.

سقوط الحق في المطالبة بإبطال التصرف:

يسقط حق المطالبة بإبطال التصرف القابل للإبطال بالإجازة أو التقادم.

1- الإجازة:

([1]) وهو ما قرره القانون المدني الفرنسي بتعديلاته الجديدة في المادة (1183).

([2]) بخلاف بعض القوانين التي تلزم الصغير بتعويض الطرف الأخر بقدر ما عاد من نفع للصغير نتيجة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن التصرف، (م 2/142 مدني مصري).

تنص المادة (199) على: "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية ممن يملك الحق في إبطال العقد...".

فالقاعدة أن التصرف القابل للإبطال يزول الحق في إبطاله بإجازته ممن له حق التمسك ببطلانه، والإجازة هي تصرف قانوني بالإرادة المنفردة يعبر فيها المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته عن رغبته في النزول عن الحق في التمسك ببطلان التصرف، فالإجازة ليست عقدا، فلا يشترط فيها القبول من الأخر، ولا يتطلب في الإجازة شكلاً معيناً، فقد تكون صريحة أو ضمنية، وتكون الإجازة صريحة إذا استخدم المجيز عبارات أو إشارات تفيد ذلك، أو اتخذ موقفا لاتدع ظروف الحال شكاً في أن المقصود منه التنازل عن حق الإبطال، أما الإجازة الضمنية فهي التي تستخلص من ظروف الحال وخصوصاً من مسلك أو عمل يفيد التنازل عن التمسك بحق الإبطال.

من له حق إجازة تصرف الصغير المميز؟

لولي الصغير أو وصيه إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر الصادر من الصغير، وبما لا يتعارض مع مصلحة الصغير، إذ أن تصرف الولي أو الوصي منوط بمصلحة الصغير، فإذا كان التصرف لا يحقق النفع المرجو للصغير وجب على الوصي أو الولي إبطاله لا إجازته، فإن هو أجازه مع تعارضه مع مصلحة الصغير، فلا يعني ذلك عدم صحة الإجازة، بل تقع الإجازة صحيحة منتجة لأثارها، ويضمن المجيز ما وقع من ضرر على الصغير لتفريطه.

ومثلما يكون للولي أو الوصي إجازة تصرف الصغير الدائر بين النفع والضرر يجوز كذلك للصغير بعد بلوغه إجازة التصرف إن لم يكن قد أجيز، وهذا الأمر وإن كان القانون اليمني قد أغفله إلا أن طبيعة الأمور تقتضيه، فطالما وأن القانون قرر للصغير حق المطالبة ببطلان التصرف بعد بلوغه سن الرشد فله أن يتنازل عن هذا الحق بالإجازة.

وإذا أجاز الولي أو الوصي تصرف الصغير سقط الحق في المطالبة ببطلان التصرف فلا يجوز للصغير بعد بلوغه سن الرشد أن يطالب ببطلانه.

أثر الإجازة

يترتب على إجازة تصرف الصغير القابل للإبطال زوال الحق في المطالبة بالبطلان، ومن ثم يستقر التصرف ويزول عنه خطر الحكم ببطلانه، ولكن الإجازة لا تصحح التصرف، ليس لأنه تصرف صحيح، فالتصرف نشأ معيباً ولا زال كذلك بعد إجازته، ومن ثم فإن الإجازة ليس لها أثر رجعي يصحح التصرف كما يزعم البعض[1]، فالتصرف من ناحية منتج لأثاره من يوم نشوئه، ومن ناحية أخرى فإن الإجازة لا يمكن لها أن تزيل العيب الذي شاب التصرف عند نشوئه، فأثرها يتمثل في إزالة خطر الحكم بالبطلان الذي كان يتهدد التصرف فحسب، وعلى ذلك من الأنسب أن لا يطلق على مثل هذا العمل بأنه إجازة للتصرف، بل تنازل عن التمسك بالإبطال.

2- التقادم:

التصرف القابل للإبطال إذا لم يتقرر بطلانه بالتراضي، فلابد لمن تقرر البطلان لمصلحته إن رام التخلص من هذا التصرف أن يرفع دعوى يطالب فيها ببطلان التصرف، ولابد لهذه الدعوى أن ترفع خلال مدة زمنية معينة، وإلا اعتبر من تقرر البطلان لمصلحته متنازلا عن حقه في طلب الإبطال فلا تسمع دعواه بعد مضي هذه المدة، وليس له التمسك بالبطلان حتى عن طريق الدفع على اعتبار انه قد نزل عن حقه طالما لم يستعمل الدعوى المقررة لمصلحته خلال المدة المحددة فلا يجوز له استخدام الدفع. وبالنسبة لمدة تقادم دعوى بطلان تصرف الصغير المميز القابل للإبطال فهي ثلاث سنوات يبدأ احتسابها من يوم بلوغ الصغير سن الرشد بموجب

([1]) د. عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للالتزام، القسم الأول مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1994م، ص 148.

المادة (200) من القانون المدني اليمني. وهذا التقادم القصير لدعوى الإبطال ليس أساسه حماية استقرار المعاملات كما في تقادم دعوى البطلان المطلق، بل قرينة التنازل عن إبطال التصرف ممن تقرر لمصلحته[1].

المطلب الثاني
فكرة التصرف الموقوف

هناك عدد غير قليل من القوانين العربية تعتبر تصرفات الصغير المميز الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على إجازة ولي الصغير أو وصية، أو إجازة الصغير بعد بلوغه[2]، مستمدة فكرة التصرف الموقوف من فقه الشريعة الإسلامية، فجمهور الفقه الإسلامي: الحنفية[3] والمالكية[4] والحنابلة[5] يعتبرون تصرفات الصغير المميز الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على إجازة ولي الصغير أو وصيه أو الصغير بعد بلوغه الرشد، ويخالفهم في ذلك الشافعية[6] حيث يعتبرون هذه التصرفات باطلة.

وسنبدأ أولا بالحديث عن الطبيعة القانونية للتصرف الموقوف من حيث الصحة وعدمها، نعقب ذلك ببيان الأحكام المتعلقة بوقف تصرف الصغير المميز.

أولاً: طبيعة التصرف الموقوف

إن السؤال الذي يطرح بشأن طبيعة التصرف الموقوف هو هل هذا التصرف صحيح أم غير صحيح؟ وما علة إصباغ أحد الوصفين عليه؟

لما كانت فكرة التصرف الموقوف من صناعة فقهاء الشريعة الإسلامية، فإننا نستطيع تلمس طبيعة هذا التصرف في كتبهم من خلال حديثهم عن العقد الموقوف، وبإجماع الفقه الذي يعتنق هذه الفكرة فإن العقد الموقوف يعتبر عقداً صحيحاً، غير أنه لا ينتج أثره إلا بإجازة من له حق إجازته[7].

أما من حيث السبب الذي يؤدي إلى جعل العقد غير نافذ رغم صحته فمرده انتفاء الولاية في العاقد، فالولاية كشرط في العاقدين هي سلطة شرعية على النفس أو على المال يترتب عليها نفاذ العقد فيها شرعا[8]. أي أن الولاية نوعان ولاية على نوع التصرف وهي تتطلب أن يكون العاقد أهلا لمباشرته، وولاية على محل التصرف وهي تتطلب أن يكون للعاقد حق الملك في هذا المحل أو النيابة عن المالك وأن لا يتعلق بالمحل حق للغير، فإذا لم يكن العاقد ذا ولاية على نوع التصرف بأن يكون غير أهلا لمباشرته كما هو الحال في تصرف الصغير المميز الدائر بين النفع والضرر، أو لم تكن له الولاية على المحل كالفضولي أو كون المحل متعلق به حق للغير

([1]) د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 320.

([2]) من هذه القوانين: القانون المدني العراقي (م 97)، القانون المدني الأردني (م 118/ 2)، قانون المعاملات المالية الإماراتي (م 59/ 2).

([3]) بدائع الصنائع، ج7، ص 171.

([4]) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، للعلامة أبي عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، المعروف بالخطاب، دار الفكر، بيروت، 1992م، ج4، ص 246.

([5]) المغني، للإمام موفق الدين أبي محمد بن عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، دار الفكر، بيروت، 1405هـ، ج4، ص04 2.

([6]) المجموع شرح المهذب، ج9، ص 157.

([7]) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن نجيم، دار المعرفة بيروت، بدون تاريخ، ج 6، ص 76. مواهب الجليل، ج4، ص 246. المغني، ج4، ص 205.

([8]) د. عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، بدون تاريخ أو دار نشر، ج1، ص 216.

كبيع الراهن للشيء المرهون، فان العقد ينعقد صحيحاً لوجود العبارة المعتبرة غير أنه لا يكون نافذا إلا باستكمال الولاية بأن يجيزه صاحب الشأن[1].

ومن هنا اعتبر عقد الصبي المميز موقوفاً على إجازة وليه أو وصيه أو الصغير بعد بلوغه عند جمهور الفقه الإسلامي، وخالفهم الشافعية واعتبروا الولاية بنوعيها شرط لانعقاد العقد لا شرط لنفاذه، فإذا لم تتوافر الولاية في العاقد بطل العقد، فليس تفسيراً صائباً ما يذهب إليه البعض[2] من أن العقد الموقوف عند الشافعية عقد باطل، إذ أن الشافعية لا يعتدون بالعقد الموقوف، فما يعتبر عقداً موقوفاً عند الجمهور لتخلف الولاية في العاقد يعتبر عند الشافعية عقداً باطلاً، أي أن العقد لا يحمل الوصفين معاً الوقف والبطلان.

وقد أخذ القانون اليمني بفكرة العقد الموقوف واعتبره من أقسام العقد الصحيح، فعرفه في المادة (143) وذكر بعض تطبيقاته، حيث جاء في نص المادة: "العقد الموقوف هو الذي أضيف إلى أجل أو علق على شرط أو إذن يوقف أثره في الحال فلا يترتب إلا عند حلول الأجل أو تحقق الشرط أو حصول الإذن ممن يملكه، كعقد الفضولي يتوقف على إجازة الأصيل له، وعقد الصبي المميز يتوقف على إذن الولي أو الوصي في غير ما أذن له".

والملاحظ أن المشرع أدخل في مفهوم العقد الموقوف لتخلف شرط يتطلبه القانون العقد المعلق على شرط واقف أو المضاف إلى أجل واقف بإرادة المتعاقدين أي لأمر يتعلق بصيغة العقد التي جعلته غير نافذ في الحال.

وعلى كل حال فوفقاً لفكرة التصرف الموقوف يعتبر تصرف الصغير المميز الدائر بين النفع والضرر تصرفاً صحيحاً غير أنه لا ينتج أثره إلا بإجازة ولي الصغير أو وصيه أو الصغير بعد بلوغه الرشد أن لم يكن الولي قد إجازة أورده كما سنرى عند الحديث عن هذا أحكام هذا التصرف.

ثانيا: الأحكام المتعلقة بوقف تصرف الصغير المميز:

التصرف الموقوف بوجه عام هو الذي يتوقف نفاذه على إجازة من له حق إجازته، فقبل الإجازة لا ينتج التصرف أثره، وباعتبار تصرف الصغير المميز الدائر بين النفع والضرر تصرفاً موقوفاً، فإن الطرف الأخر كالمتعاقد مع الصغير لا يستطيع جبر الصغير على التنفيذ، ولا اتخاذ الإجراءات التي يستطع الدائن اتخاذها حفاظاً على حقه في ذمة مدينه كدعوى المطالبة بحقوق المدين ودعوى وقف نفاذ التصرف، فحقه غير ثابت في ذمة الصغير.

وتصرف الصغير المميز بهذا الوجه لا يحتاج إلى دعوى لوقف نفاذه، فهو موقوف بقوة القانون، فإذا نفذ الصغير شيئاً مما يرتبه التصرف قبل بلوغه وقبل إجازة وليه أو وصيه للتصرف اعتبر ما نفذه غير مستحق الأداء فيجوز له استرداده بدعوى دفع غير المستحق.

مدى حاجة التصرف الموقوف لدعوى إبطال:

الأصل أن التصرف الموقوف يظل عديم الأثر طالما لم ترد عليه الإجازة ممن يملكها، ومن ثم فهو ليس بحاجة لدعوى إبطال تعدم أثاره، وهذا هو اتجاه الفقه الإسلامي بشأن التصرف الموقوف.

ولكن إذا كان تصرف الصغير لا يحتاج إلى دعوى لإبطاله فإنه يبطل بالرد أي بالرفض من الولي أو الصغير بعد بلوغه فلا يجوز بعد ذلك إجازته، والرد تصرف قانوني بإرادة منفردة فهو تعبير من له حق إجازة التصرف الموقوف في نقض التصرف[3]، سواء كان ذلك بمبادرة منه أو ردا على استفهام الطرف الأخر، حيث نجد بعض القوانين التي تعتنق فكرة العقد

([1]) د. عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1968م، ص 23.

([2]) المرجع نفسه، ص 24، 30.

([3]) د. عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص 54.

الموقوف كالقانون العراقي يتطلب استعمال حق نقض العقد الموقوف خلال ثلاثة أشهر، فاذا لم يصدر خلال هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر نافذا (م2/136).

كيف تقع إجازة التصرف الموقوف وما أثرها؟

الإجازة التي تجعل تصرف الصغير نافذا قد تقع من ولي الصغير أو وصيه أو من الصغير بعد بلوغه وتقع صريحة أو ضمنية، وقد سبق بيان ذلك عند الحديث عن التصرف القابل للإبطال، إلا أن الأمر الجديد هنا يتعلق بسكوت من له حق الإجازة عن إجازته، فهل يعتبر سكوت النائب عن الصغير أو الصغير بعد بلوغه مدة طويلة إجازة منه للتصرف؟

لا يعتبر السكوت إجازة للتصرف الموقوف إلا عند المالكية الذين يعتبرون سكوت من له حق إجازة التصرف مدة عام من يوم علمه دون ان يبدي رغبته في إجازة التصرف أو رده إجازة منه له[1]، أما جمهور الفقه فلا تقع الإجازة عندهم إلا صراحة أو ضمنا[2].

وإذا وقعت الإجازة أصبح التصرف نافذاً من يوم انعقاده لا من يوم وقوع الإجازة، فإجازة التصرف الموقوف لها أثر رجعي يرتد إلى وقت إبرام التصرف، فإذا وقعت الإجازة لعقد بيع مثلا كان المشتري مالكا للمبيع مع ثمراته من يوم انعقاد التصرف. ولما كان للإجازة هذا الأثر فإنه يشترط لصحتها بقاء محل العقد إلى حين وقوع الإجازة، فإن هلك قبل وقوعها بطلت[3].

والفرق بين إجازة التصرف الموقوف وبين ما يطلق عليه إجازة بالنسبة للتصرف القابل للإبطال، هي أن إجازة التصرف الموقوف تؤدي بالدرجة الأساسية إلى نفاذ التصرف من يوم إبرامه، بينما إجازة التصرف القابل للإبطال تؤدي إلى إزالة خطر الحكم بإبطاله مستقبلا.

ما قيل في تقييم فكرة التصرف الموقوف:

يرى البعض أن فكرة التصرف الموقوف إذا تم مقابلتها بفكرة التصرف القابل للإبطال، فإنها تعد الأكثر قبولا لأنها تحقق فائدة للصغير لا تحققها فكرة التصرف القابل للإبطال، وهذه الفائدة تتمثل في كون التصرف الموقوف لا يكون نافذا إلا بالإجازة ومن ثم لا يلحق الصغير ضررا إذا رأى وليه عدم إجازة التصرف أورده، بعكس التصرف القابل للإبطال الذي يكون نافذاً إلى أن يتقرر بطلانه، وما قد يلحق تنفيذ التصرف من ضرر بمصلحة الصغير لا يمكن تداركه[4].

بينما ينظر البعض إلى التصرف الموقوف نظرة أخرى لا تتعلق بالمصلحة، بل بالتصرف ذاته، إذ يتساءل بالنسبة للعقد الموقوف كيف يعتبر عقداً صحيحاً رغم عدم استكماله الشروط التي يتطلبها الشارع؟ واذا قيل أنه قد استكمل شروطه فكيف لا ينتج أثره؟ ومن ثم يرى بأن ما يسمى العقد الموقوف ما هو إلا مرحلة من مراحل تكوين العقد أي أنه تمهيد لإبرام العقد الذي لا يكتمل وجوده القانوني إلا بتوافر جميع شروط صحته [5].

المطلب الثالث

اضطراب نصوص القانون المدني اليمني

بشأن تصرفات الصغير المميز الدائرة بين النفع والضرر

من خلال القواعد القانونية المتعلقة بالعقد باعتباره أهم التصرفات القانونية نحاول أن نستجلي حكم تصرفات الصغير المميز الدائرة بين النفع والضرر في القانون اليمني، فالمادة

([1]) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص 12.
([2]) المبسوط، ج3، ص140. المغني، ج4، ص 206.
([3]) بدائع الصنائع، ج5، ص 151.
([4]) د. عبدالرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص 110.
([5]) د. محمد أمين إبراهيم الندي، نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1983م، ص 159، 160، 171.

(146) مدني يمني تعتبر أركان العقد ثلاثة التراضي والعاقدان والمحل، وقد بين القانون شروط كل ركن من هذه الأركان، فالمادة (163) اعتبرت الأهلية شرطاً في العاقدين، ثم رتب القانون على تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته عدم صحة العقد، فالمادة (196) تنص على: "اذا تم العقد مستوفياً لأركانه وشروط صحته كان صحيحاً ومنتجاً لأثاره واذا انعدم ركن في العقد أو فقد شرطاً من شروط صحته كان غير صحيح ولا تترتب عليه أثاره".

وبالنظر إلى النصوص المتعلقة بحكم تصرفات الصغير المميز الدائرة بين النفع والضرر نجد أن نصوص القانون اليمني اضطربت في بيان حكم هذه التصرفات، فهناك نصوص تعتبرها موقوفة وأخرى تمنحها حكم التصرفات القابلة للإبطال. ونبدأ بعرض ما ورد في نص المادة (60) التي تنص على: "تصرف فاقد الأهلية غير صحيح وتصرف ناقص الأهلية يعتبر موقوفاً على الإجازة ولا يضمن فاقد الأهلية ما أتلفه مما يدفع إليه من الغير ولولي ناقص الأهلية أو وصيه ان ينظر في تصرفه ان كان بعوض فله رده (إبطاله) أو إجازته بما تقضي به مصلحته وان كان بغير عوض تعين على الولي أو الوصي رده لبطلانه".

فمن خلال ما ورد في مطلع النص نجد أن المشرع وضع حكماً عاماً لتصرفات الصغير المميز، وجعلها جميعها موقوفة على إجازة الولي أو الوصي، غير أنه من خلال المضي بالنص إلى أخره نجد أن التصرف الضار ضرراً محضاً جعله باطلا، وإن كان قد أناط بالولي أو الوصي إبطال مثل هذا التصرف فهو من باب التزيد، إذ أن عباره وعلى الولي رده لبطلانه تفيد اعتبار هذا التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً.

إذا يبقى التصرف الدائر بين النفع والضرر والذي أشار إليه النص بالتصرف معاوضة، حيث يشير النص إلى أن مثل هذا التصرف موقوف على إجازة الولي أو الوصي، فله إجازته أو إبطاله بما يحقق مصلحة الصغير، وليس المشكلة هنا في ورود لفظ إبطاله إذ اعتبرنا أن المشرع اليمني قد ساير الاتجاه القائل بجواز إبطال التصرف الموقوف بالرد، مع أن ذلك يتعارض مع فكرة كون التصرف الموقوف تصرفاً صحيحاً، ولكن الإشكالية تتعلق بوجود نصوص أخرى تعطي تصرف الصغير المميز حكم التصرف القابل للإبطال وليس حكم التصرف الموقوف فالمادتان (200، 203) يستنتج منهما أن عقد الصبي المميز قابل للإبطال حيث تنص المادة (200) على: "لا تسمع الدعوى بطلب إبطال العقد أو نقضه بعد مضي ثلاث سنوات ... وتبدأ المدة بالنسبة للصغير من يوم بلوغه ...". وتنص المادة (203) على: "إذا كان العقد غير صحيح وترافع المتعاقدان فيعادان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل، ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته برد غير ما بقي لديه وما استعاض به شيئا باقياً له"، حيث يستخلص مما ورد في المادتين أن عقد ناقص الأهلية غير صحيح، ولكنه قد يبطل وقد لا يبطل، وهو نافذ قبل إبطاله، مما يعني أننا بصدد عقد قابل للإبطال.

ولكون هناك فرق بين التصرف الموقوف والتصرف القابل للإبطال فإنه من غير الممكن المزاوجة بين الحكمين الواردين في القانون اليمني، فالتصرف الموقوف لا يعتبر نافذا أي منتجا لأثاره إلا إذا أجازه من له حق الإجازة فإن لم يجزه بقي التصرف غير نافذ وعدم النفاذ لا يحتاج إلى حكم قضائي يقرره، بينما التصرف القابل للإبطال لا يكون معدوم الأثر إلا بعد الحكم ببطلانه.

فالمشرع اليمني يميل إلى فكرة التصرف الموقوف رغبة منه في اتباع الرأي الغالب في فقه الشريعة الإسلامية، وهذا الميول يستنتج ليس فقط من نص المادة (60) سالف الذكر، ولكن من نصوص أخرى أيضاً تؤيد قولنا هذا؛ منها نص المادة (143) الذي عرف فيه العقد الموقوف وأورد أمثلة له ومنها عقد الصبي المميز. كذلك ما ورد في نص المادة (466): بشأن بيع الصبي

المميز حيث اعتبره موقوفاً على إجازة ولي الصبي أو وصية، فالمادة تنص على: "بيع الصغير المميز ومن في حكمه موقوف على إجازة وليه أو وصيه".

ولكن لكون كثير من نصوص القانون المدني اليمني مأخوذة من القانون المدني المصري نجد المشرع اليمني عندما استقى بعض الأحكام المتعلقة ببطلان العقد من القانون المصري، ومنها ما ورد في لمادتين (200، 203 مدني يمني)[1] سالفتي الذكر لم يراع أنه قد خالف القانون المصري بشأن حكم تصرفات الصغير المميز الخارجة عن نطاق أهليته في نصوص أخرى، فوقع في التناقض الذي أشرنا إليه.

وإزاء هذا التعارض الواجب على المشرع اليمني معالجته نرى أنه من المناسب لو اعتبر المشرع تصرفات الصغير المميز الدائرة بين النفع والضرر باطلة بطلاناً مقرراً لمصلحة الصغير، ذلك أن فكرة التصرف الموقوف التي حاول المشرع اعتناقها لا تستقيم من وجهة نظرنا مع فكرة الأهلية كنظام قانوني متكامل؛ فالأهلية شرط من شروط صحة التصرف القانوني إذا تخلفت اعتبر التصرف غير صحيح، ولا يمكن أن تكون الأهلية تارة شرط صحة وتارة شرط نفاذ، فطالما وأن تصرفات الصغير المميز الضارة ضرراً محضاً باطلة لانعدام الأهلية، فيجب أن تكون تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر باطلة للسبب نفسه وهو انعدام الأهلية بشأنها، ولكنه بطلان مقرر لمصلحة الصغير فله وحده حق التمسك به بواسطة نائبه القانوني قبل بلوغ سن الأهلية الكاملة أو بنفسه بعد البلوغ، كما يجوز التنازل عن التمسك بالبطلان أما عن طريق ما يسمى مجازاً الإجازة أو عن طريق عدم استعمال دعوى الإبطال خلال المدة المقررة قانوناً.

فليس مرضياً القول بأن تصرف الصغير ينشأ صحيحاً غير نافذ لوجود اصل الأهلية عنده أي أهلية غير مكتملة[2]، فالشخص أما أن يكون أهلاً لإبرام التصرف أو غير أهل، ولا يمكن أن تكون له بعض الأهلية بالنسبة للتصرف الواحد، فكون الشخص ناقص الأهلية لا يعني أن له بعض الأهلية بالنسبة للتصرف الواحد، وإنما يقصد بنقص الأهلية أن الشخص له أهلية إبرام بعض التصرفات ولا يكون أهلا لإبرام البعض الأخر.

فطالما وأن القانون اليمني قد اعتبر الأهلية شرط لصحة العقد (م163) وهو ما أكده في القواعد الخاصة ببعض العقود كعقدي البيع (م463) والإيجار (م685)، فكان لابد أن يرتب على تخلف هذا الشرط عدم صحة العقد إعمالا لنص المادة (196) سالف الذكر الذي يعتبر العقد الذي لم يستوف شروط صحته عقد غير صحيح.

وفكرة قابلية التصرف للإبطال أو ما نسميها البطلان المقرر لمصلحة أحد طرفي التصرف ليست بالفكرة الغريبة عن المشرع اليمني فقد اعتنقها في القواعد العامة فيما يتعلق بأحكام العقد المبرم بتأثير الغلط أو التدليس أو المنطوي على غبن فاحش، وجعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة المتعاقد الذي تعيبت إرادته أو المغبون، بالإضافة إلى اعتناق هذه الفكرة في نصوص خاصة[3].

أما القول بأن فكرة التصرف الموقوف تحقق فائدة للصغير أفضل مما تحققها فكرة قابلية التصرف للإبطال فليس مقنعا لنا، ذلك أن فكرة قابلية التصرف للإبطال لا تخلو من الفائدة، فمن خلالها يستطيع الولي أو الصغير إزالة أثر التصرف واسترداد ما أداه الصغير دون أن يكون ملزماً إلا برد ما بقي معه من مقابل.

([1]) تقابلان المادتين (140، 142) مدني مصري.

([2]) د. أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 215.

([3]) من ذلك قابلية بطلان تصرف الشريك على الشيوع بحصته إذا كان هذا التصرف ضاراً ببقيه الشركاء (1182 مدني يمني).

ثم أن فكرة التصرف الموقوف بأحكامها المعروفة تحمل في طياتها تناقضًا ، فلا يستساغ القول بأن التصرف ينشأ صحيحاً ولكنه لا ينتج أثره بين طرفيه لأمر لم تتجه إرادتاهما إليه[1] فالتصرف قد ينشأ صحيحاً ولكنه لا ينتج أثره بالنسبة للغير إذا كان ضاراً بحقوقه التي يمسها التصرف، كما أنه قد لا ينتج أثره بين طرفيه باتفاقهما كتعليق نفاذه على شرط أو إضافته إلى أجل، أما أن لا ينتج أثره بين طرفيه بقوة القانون مع التسليم بصحته فأمر فيه نظر، لأنه يعني أن أهلية الصغير المميز كافية لصحة التصرف ولكنها غير كافية لنفاذه، فلا تستطيع إرادته ذاتها التي أبرمت التصرف صحيحاً أن تجعله نافذاً لسبب يتعلق بها عند إنشاء التصرف، إذ أن نقصان الأهلية يقوم على فكرة عيب الإرادة، وهو ما يصعب قبوله من حيث المنطق؛ فالتصرف القانوني في معناة المتعارف عليه هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، فإذا لم يكن للإرادة القدرة على إحداث الأثر القانوني فمعنى ذلك أن التصرف مصاب بخلل في إنشائه لا في عوامل نفاذه.

كما أنه لا يستساغ القول بأن التصرف الموقوف ينشأ صحيحاً ولكنه قابل للإبطال عن طريق الرد من الولي أو الصغير بعد بلوغه، إذ أن ذلك لا يستقيم مع كون التصرف نشأ صحيحاً، فإذا قلنا أن التصرف يظل موقوفا فحسب فلا يرد عليه البطلان، يواجهنا سؤال مفاده إلى متى يظل التصرف معلقاً بمشيئة أحد طرفيه طالما وأن الوقف ليس له مدى يتحدد عنده مصير التصرف إذا لم ترد عليه الإجازة؟

الخاتمة

بعد أن فرغنا من البحث في حكم تصرفات الصغير المميز الخارج عن نطاق أهليته وعرض الإشكاليات المتعلقة بالتنظيم القانوني للمسائل المتعلقة بهذا الموضوع في القانون اليمني، خرجنا بالنتائج والتوصيات الأتية:

1- اعتبر القانون اليمني الصغير المميز من بلغ سن العاشرة من العمر ولم يبلغ سن الخامسة عشرة وهي سن الرشد (أي سن الأهلية الكاملة)، وفي ذلك لم يكن المشرع اليمني موفقاً إذ أن سن الخامسة عشرة لا يمكن أن تكون قرينة على نضج الإنسان عقلياً وبلوغه الرشد إذ أن الواقع يقول غير ذلك، فما زال الصغير في هذه السن غير مكتمل الإدراك، ومن ثم نقترح أن تكون سن الأهلية الكاملة الثامنة عشرة من العمر، لتكون مرحلة الصغير المميز من سن العاشرة إلى سن الثامنة عشرة والإذن له بأعمال الإدارة لا يكون إلا من سن الخامسة عشرة.

2- لقد أعاد المشرع اليمني تنظيم أهلية الإنسان في قانون حقوق الطفل، ورغم أن جل النصوص المتعلقة بالأهلية في هذا القانون جاءت تكرارا لما سبق وأن نظمه القانون المدني إلا أن بعضاً من هذه النصوص جاءت معيبة ومتناقضة، ولكون قانون حقوق الطفل لا شأن له بقواعد الأهلية، حيث جاء تضمنه لها بدعة جديدة فإننا نقترح إزالة هذه النصوص من القانون المذكور.

([1]) وإن كان المشرع اليمني قد اعتنق فكرة عدم نفاذ التصرف بين طرفيه فيما يخص التصرفات الواردة على العقار، حيث لا يكون التصرف نافذا إلا بعد تسجيله في السجل العقاري، حيث تنص فالمادة (5) من قانون السجل العقاري اليمني تنص على "لا تعتبر نافذة في سريان أحكام هذا القانون حتى بين المتعاقدين الاتفاقات العقارية مثل عقود البيع والمبادلة والقسمة والانتفاع والرهن وغيرها إذا لم يتم قيدها في السجل على أن ذلك لا يمنع المتعاقدين من متابعة حقوقهم الشخصية أمام القضاء" إلا أن المشرع تدارك الأمر بالنص على أن ذلك لا يمنع طرفي التصرف في متابعة حقوقهم الشخصية أمام القضاء وهذا لا يكون إلا بالنسبة التصرف نافذ بين طرفيه.

3- لم يقسم القانون اليمني تصرفات الصبي المميز التقسيم المتعارف علية بشأن الأهلية، مما أدى إلى غموض حكم تصرفات الصغير النافعة نفعا محضاً، ومن هنا نقترح على المشرع أن يتنبه لهذا العيب.

4- إن أهلية الصغير المميز تقف عند التصرفات النافعة نفعاً محضاً حيث يكون أهلا لمباشرتها، أما التصرفات الضارة ضررا محضا وتلك الدائرة بين النفع والضرر فلا أهلية له بشأنها، ويستثنى من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ما كان الصغير ما ذوناً له بها من وليه أو وصية أو المحكمة، فتكون له أهلية بشأنها في حدود الإذن الممنوح له.

5- إذا كان القانون اليمني قد أجاز الإذن للصغير المميز بأعمال الإدارة واعتبر تصرفاته في حدود الإذن الممنوح له من نائبه القانوني أو المحكمة صحيحاً، غير أنه جعل الإذن من النائب في أعمال تخص شؤون النائب لا الصغير، وهذا الأمر بحاجة إلى إصلاح، حيث ينبغي أن يكون الإذن في إدارة أموال تعود للصغير نفسه وتتصرف أثار تصرفاته بشأنها إليه.

6- التصرفات القانونية التي لا أهلية للصغير في مباشرتها منها ما هو متفق على حكمها تشريعاً وفقهاً وهي التصرفات الضارة ضرراً محضاً فهذه باطلة بطلانا مطلقاً، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر في غير ما هو مأذون للصغير به فمختلف بشأن حكمها في التشريعات العربية؛ فمنها من يعتبرها موقوفه على إجازة ولي الصغير أو وصيه أو الصغير بعد بلوغه الرشد، ومنها من يعتبرها قابلة للإبطال.

7- اضطربت نصوص القانون المدني اليمني بشأن حكم تصرفات الصغير المميز الدائرة بين النفع والضرر غير المأذون للصغير بها، فالمشرع اليمني وإن كان قد أراد جعل هذه التصرفات موقوفة على إجازة الولي في أكثر من موضع، إلا أنه أجرى عليها حكم التصرفات القابلة للإبطال في مواضع أخرى، على نحو خلق تناقضا يجب تداركه، إذ لا يمكن المزاوجة بين هذين النظامين، لذا نرى أن يتبنى المشرع فكرة بطلان هذه التصرفات بطلانا يتعلق بمصلحة الصغير، على نحو لا يضر بمصلحة الطرف الأخر وذلك بمنحه طلب استفهامي عن مصير التصرف يوجهه إلى النائب عن الصغير أو إلى الصغير بعد بلوغه الرشد.

المراجع

أولا: كتب الفقه الإسلامي

❖ **كتب الفقه الحنفي:**

1- السرخسي (ت 383هـ): المبسوط، لشمس الدين أبي بكر محمد بن أحمد السرخسي، دار المعرفة ببيروت، 1406هـ.

2- الكساني (ت 587هـ): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، دار الكتاب الربي، بيروت، 1982م.

3- إبن نجيم (ت 970هـ): البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن نجيم، دار المعرفة بيروت، بدون تاريخ.

❖ **كتب الفقه المالكي**

1- الحطاب (ت 954هـ): مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، للعلامة أبي عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، المعروف بالخطاب، دار الفكر ببيروت، 1992م.

2- الزرقاني (ت 1099هـ): شرح الزرقاني على مختصر خليل، للعلامة عبدالباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد بن علوان الزرقاني، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ.

3- الدسوقي (ت 1230هـ): حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي، دار الفكر ببيروت، 1409هـ.

❖ **كتب الفقه الشافعي**

1- الشافعي (ت 204هـ): كتاب الأم، للإمام محمد بن عبدالله بن إدريس الشافعي، ط1، دار الكتب العلمية ببيروت، 1993م، ج5، ص 115.

2- النووي (ت 676هـ): المجموع شرح المهذب، للإمام أبي زكريا محي الدين النووي، مكبة الإرشاد، 1980م.

❖ **كتب الفقه الحنبلي**:

1- إبن قدامه (ت 620هـ): المغني، لموفق الدين أبي محمد بن عبدالله بن احمد بن قدامة المقدسي، دار الفكر ببيروت، 1405هـ.

2- البهوتي (ت1051): كشاف القناع على متن الإقناع، للعلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر ببيروت، 1402هـ

❖ **كتب حديثة في الفقه الإسلامي:**

1- د. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ط31، دار الفكر بدمشق، 2009م.

2- د. عباس حسني محمد: العقد في الفقه الإسلامي، بدون تاريخ أو دار نشر.

3- د. أحمد فراج حسين: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999م.

ثانيا: الكتب القانونية:

1- د. أحمد محمود سعد: مصادر الالتزام في القانون اليمني، بدون دار نشر، 1990م.

2- د. توفيق حسن فرج: الأصول العامة للقانون، الدار الجامعية، 1988م.

3- د. جلال علي العدوي د. رمضان أبو السعود د. محمد حسن قاسم: الحقوق وغيرها من المراكز القانونية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1996م.

4- د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام في قانون الجمهورية العربية اليمنية، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1986م.

5- د. خالد أحمد حسن: الوسيط في مصادر الالتزام دراسة تحليلية في ظل القانون المدني المصري، مؤسسة بداري بأسيوط، بدون تاريخ.

6- د. سعد محمد سعد: النظرية العامة للحق وفقا للقانون المدني اليمني، دار جامعة عدن للطباعة والنشر، 1997م.

7- د. عبد الحي حجاز: النظرية العامة للالتزام، ج2، مصادر الالتزام، مكتبة عبدالله وهبة، بدون تاريخ.

8- د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول – مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1981م.

9- د. عبد المنعم البدراوي: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام، مطبعة النسر الذهبي بالقاهرة، 1985م.

10- د. عبد المنعم الصده: مصادر الالتزام، بدون دار نشر، 1990م.

11- د. عبد الودود يحي: الموجز في النظرية العامة للالتزام، القسم الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1994م.

12- د. فتحي عبدالرحيم: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001م.
13- د. مصطفى الجمال: مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999م.
14- منير محمد الصلوي: نظام الحجر على فاقدي الأهلية في الفقه الإسلامي والقانون اليمني، دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، 2010م.
15- د. نعمان خليل جمعه: المدخل للعلوم القانونية، مطابع سحل العرب، 1977م.

ثالثاً: الرسائل العلمية

1- د. بوكرزازة أحمد: المسئولية المدنية للقاصر، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة قسنطينة بالجزائر، 2002م.
2- د. عبد الرزاق حسن فرج: نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1968م.
3- محمد أمين إبراهيم الندي: نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1983م.