

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق



القانون الواجب التطبيق على مسائل الأهلية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص : قانون الأسرة

إشراف الدكتورة:

- د. نظيرة عتيق

من إعداد الطلبة :

▪ بوغاعة شرف الدين

▪ عرباتني حيزر

لجنة المناقشة :

الصفة	الرتبة العلمية	لقب واسم الأستاذ
- رئيسا	- محاضر أ	- د. قاري علي
- مشرفا ومقررا	- محاضر أ	- د. عتيق نظيرة
- مناقشا	- مساعد أ	- أ. بازين راجح

دورة سبتمبر 2021

إهداء :

- إلى سندي في الحياة : والدي الكريمين أطل الله في عمرهما
- إلى إخوتي حفظهم الله و رعاهما بدعمهما المادي و المعنوي
- إلى من دعمي و شجعني للمضي قدما .
- إلى أعز الناس من أشدهم أزرى كل الأصدقاء والزملاء
- إليكم أهدي هذا العمل .

بوغاغة شرف الدين

إهداء :

- إلى روح والدي الطاهرتين أبي و أمي رحمة الله عليهما
- إلى سندي في الحياة زوجتي و أولادي قرة عيني
- كما أتقدم بإهداء هذا العمل إلى كل من طالب العلم و أعانني على طلبه
- وساعد في نشره وساهم في استفادة غيره .

عرباتي حيدر

مقدمة:

الى الماضي البعيد الذي غلبت فيه العداوة والحروب بين الدول لم تطرح فكرة تنازع القوانين، والقانون الواجب التطبيق أبداً، وذلك نظراً لتعصب الكبير لدى الدول لفكرة أو مبدأ إقليمية القوانين وسيادة الدولة على إقليمها بصفة مطلقة، فكانت الدول لا تعترف بالأجنبي وقانونه، فكانت القوانين تطبق على جميع العلاقات القانونية التي تجري في إقليمها سواء بالنسبة للأشخاص أو الأموال.

لكن ما إن أخذت العلاقات تتطور نتيجة عوامل كثير خاصة العلاقات التجارية والاقتصادية التي أدت إلى تنقل الأفراد بين الدول، مما أدى إلى بروز عدة مشاكل فيما يتعلق بتطبيق القانون على الأفراد الأجنبية، كأن يكون كامل الأهلية في دولته ويصبح ناقصاً في الدولة التي انتقل إليها، وتعد من القضايا المهمة في حياة الإنسان، تلك المتعلقة بالأهلية، ولما لها من أهمية تناولتها القوانين بشكل دقيق وشفاف وعالجت أحكامها بالتفصيل، فالأهلية ضرورة يحتاجها الإنسان في كافة شؤون حياته، لدى يسعى لحمايتها والدفاع عنها، يتفاوتون الناس فيها فيهم من منحهم الله من عقل وقدرة على حسن التصرف، ومنهم من كمل عقله فاستطاع أن يدبر أموره وهذا هو العاقل الراشد كامل الأهلية ومنهم من انعدم عقله أو تميز أو نقص لصغر سنه، أما لإصابته - رغم بلوغ سن الرشد - بإحدى عوارض الأهلية (الجنون والعتة والغفلة والسفه) فيحجر عن التصرف وتسوء إدارته لأمواله، وهؤلاء هم عديمو الأهلية وناقصوها.

وطبقاً لما تقتضي مبادئ العدالة، وحاجة المعاملات الدولية يجب أن يقرر إمكانية اللجوء إلى القانون الأجنبي كلما دعت الحاجة إلى ذلك وكانت العلاقة مشوبة بعنصر أجنبي، ويتم تعيين القانون واجب التطبيق بمقتضى ما يعرف بقواعد الإسناد، ومن المسائل التي عالجتها هذه القواعد مسألة القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية التي تدخل في نطاقها مسائل الأهلية.

وتكمن أهمية الموضوع، في أنه يعتبر إضافة في مجال القانون الدولي الخاص، وأيضاً في حل إشكال القانون الواجب التطبيق في مسائل الأهلية، سواء بالنسبة للشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي وما يثيره هذا الأخير في إشكالية معرفة القانون الذي يحكم العلاقة بينه وبين الدول المضيفة كالشركات الأجنبية مثلاً، وكل النزاعات المتعلقة على الصعيد الداخلي أو على الصعيد الدولي.

تعود دوافع اختيار الموضوع، إلى أسباب موضوعية تتمثل أساساً في الوصول إلى معرفة القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص، وما تتطوي عليها هذه المسألة من أهمية على اعتبار أن الشخص لا يمكن أن يكون ذو صلاحية لاكتساب الحقوق أو تحمل الالتزامات، أو يكون ذو صلاحية

لمباشرة التصرفات القانونية، ما لم يكن متمتعاً بالأهلية اللازمة لكل ذلك، ومن هنا تأتي الأهلية كفكرة مسندة تتنازع القوانين من أجل حكمها، أيضاً معرفة القانون الذي يحكم أهلية الشخص المعنوي وما يثيره من مسألة الاعتراف بالشخصية القانونية والحقوق المترتبة على هذا الاعتراف، ومحاولة إضافة واكتساب معلومات جديدة حول القانون الدولي الخاص.

لذا فإن الهدف من هذه الدراسة هو تحديد مسائل الأهلية وتحت أي فئة قانونية تتدرج، وتحديد القانون الواجب التطبيق على جميع مسائل الأهلية لتحقيق الليونة، وسهولة معرفة الضوابط ومعايير تطبيق هذه القوانين سواء عند المشرع الجزائري أو باقي التشريعات العربية.

أما فيما يخص الدراسات السابقة، فلم نتمكن من الحصول على دراسات كاملة وشاملة وإنما دراسات سطحية وجزئية في مجال الأحوال الشخصية.

كما وتكمن صعوبة هذا البحث في الدقة المتناهية التي يتطلبها هذا الموضوع خاصتنا في هذا المجال، وذلك نظراً لما تتسم به قواعد تنازع القوانين من تعقيد، كذلك شح ومحدودية المصادر والمراجع المتخصصة الملمة بجزئيات الموضوع، الذي يشمل القانون الواجب التطبيق على مسائل الأهلية بكل تفاصيله وكل جزئية تستدعي الدراسة المستوفية، وتكرار المعلومات في المراجع الجزائرية المتوفرة وعدم التجديد فيها، بالإضافة عدم تمكين الطالب من الحصول على المراجع الأجنبية.

لذا فإنه انطلاقاً من هذه المعطيات نطرح إشكالية البحث التي تتمثل في: وما هو القانون الواجب التطبيق على مسائل الأهلية، والضوابط المعتمدة في تحديد هذا القانون بالنسبة للشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي؟

وقد تم الاعتماد في هذه الدراسة على المنهج الوصفي وذلك من خلال التعريفات المقدمة للأهلية الشخص الطبيعي، وتعريف الشخص المعنوي وأهليته فقها وقانوناً والآثار المترتبة على اكتساب الشخصية القانونية، أما المنهج التحليلي فاستندنا إليه من خلال تحليل مواد القانون المدني المتعلقة بالموضوع، ومحاولة الخروج منها بالقانون الواجب التطبيق على الأهلية لكل شخص طبيعي أو معنوي، كما وجب الاستعانة بالمنهج المقارن في بعض الأحيان للبحث عن الأحكام والمعالجات من خلال الاستعانة ببعض القوانين، وذلك للاستخلاص أفضل الحلول وأنجعها للمشكلة التي تتناولها الدراسة .

في ضوء ما تقدم فقد كانت معالجة هذا الموضوع وفق خطة علمية، حيث تم التطرق إلى فصلين يتقدمها الفصل الأول بعنوان القانون الواجب التطبيق على الشخص الطبيعي والذي يتناول مبحثين: المبحث الأول القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص الطبيعي، وذلك من خلال مطلبين : يتناول المطلب الأول: ماهية الأهلية، والمطلب الثاني: قانون جنسية الشخص وقانون القاضي، أما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه حماية ناقص الأهلية وعديمها، وذلك وفق مطلبين تناول المطلب الأول حماية عديم الأهلية و ناقصها، أما المطلب الثاني فكان: دراسة حالة (أثر السن في أهلية الزواج).

أما الفصل الثاني فكان بعنوان: القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص المعنوي حيث قسم هذا الفصل إلى مبحثين : يتطرق المبحث الأول الشخص المعنوي و أهليته فقها وقانونا، وذلك من خلال مطلبين: المطلب الأول: مفهوم الشخص المعنوي (الاعتباري) وخصائصه، وتحدث المطلب الثاني على أهلية الشخص المعنوي، أما المبحث الثاني فقد عالجن فيه : القانون الواجب التطبيق على أنواع الأشخاص المعنوية، والذي قسم إلى مطلبين: بحيث تناول المطلب الأول: أنواع الشخص المعنوي، وتكلمنا في المطلب الثاني على: ضابط الإسناد المحدد للقانون الواجب التطبيق على الشخص المعنوي و بداية الشخصية المعنوية و انقضاءها.

الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص الطبيعي

تعد الأهلية من أهم المسائل التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية، لدى أخضعها المشرع الجزائري للقانون الشخصي على غرار غالبية التشريعات سواء اللاتينية على رأسها التشريع الفرنسي أو التشريع العربي منها التشريع المصري أو الأردني، حيث يعتبر خضوع الأهلية لأهلية الأشخاص لقانون الدولة الذي ينتمون إليه بجنسيتهم، والقاعدة العامة طبقا للمادة 10 فقرة أولى من القانون المدني من الفقرة الأولى من ق م بالنسبة للأشخاص الطبيعيين ويرد على هذه القاعدة استثناء سواء بالنسبة للأشخاص الطبيعيين طبقا للمادة 10 فقرة 02 من ق. م.

وبناء على ذلك تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، حيث سيتم دراسة القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص الطبيعي (في المبحث الأول) ثم حماية ناقص الأهلية وعديمها (في المبحث الثاني).

□ المبحث الأول: قانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص الطبيعي

يستفاد من نص المادة 10 فقرة 01 من ق.م. ج، أن أهلية الأشخاص كحالتهم تخضع هي الأخرى لقانون الجنسية، وهو ما يشكل الأصل العام إلا أن هذا الأصل يرد عليه استثناء طبقا لنص المادة 10 فقرة 02 من ق. م. ج، لكن للتطرق الى هذا وجب علينا الوقوف أولا عند أهلية الشخص الطبيعي وفقا للمبادئ العامة، ولا يجوز إبرام العقد إلا ذي أهلية مع ذي أهلية.

وبناء على ذلك تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين تم دراسة القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص الطبيعي (المطلب الأول)، ثم قانون جنسية الشخص و قانون القاضي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية الأهلية

الأهلية وصف يقوم به الإنسان فيجعله أهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وصلاحيات للقيام بالتصرفات الصحيحة، والأهلية ذات معنى مزدوج.

معناه الأول: أهلية الوجوب تثبت للإنسان منذ ولادته حيا وتنتهي بموته.

معناه الثاني: أهلية الأداء تعتمد على وجودها ما يتوفر عند الشخص من إدراك وتمييز.

الفرع الأول: تعريف الأهلية لغو و اصطلاحا

تتمتع الأهلية بأهمية بالغة ولهذا ينبغي التطرق لمفهوم الأهلية في اللغة والاصطلاح والتعريف القانوني والفقهية .

أولاً: تعريف الأهلية لغة

يقال استوجب ذلك واستحقه ولكن تقول هو أهل ذاك وأهل لذلك، ويقال هو أهل لذلك وأهله لذلك الأمر تأهيلا، وأهله رآه له أهلا¹.
ومن ذلك قوله تعالى «وَالزَّمَهُمْ كَلِمَةَ التَّقْوَىٰ وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا»² ، وقال تعالى: «وَمَا يَذْكُرُونَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ هُوَ أَهْلُ التَّقْوَىٰ وَأَهْلُ الْمَغْفِرَةِ»³.

ثانياً:تعريف الأهلية اصطلاحا

وهي صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحا، لثبوت الحقوق له ووجوب التزامات عليه وصحة التصرفات منه، وعرفها ذ.محمد إمام بأنها صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلا صالحا للخطاب بالأحكام الشرعية⁴.

¹ - ابن منظور، لسان العرب، ط1، دار صادر، بيروت ، 1414هـ، ج9، ص30.

² - سورة الفتح الآية 26.

³ - سورة المدثر: الآية (56).

⁴ - شامي محمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحكام التعديلات (دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، د.ط، دار الجامعية، مصر ، 2010، ص62.

عرفها اغلب القوانين "صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات" ¹

تعتبر الأهلية من أهم مميزات الشخصية القانونية وبعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 أصبحت الأهلية موحدة في مواد القانون المدني (المادة 40) ومادة 7 من ق. أ. ج. لس 19 سنة كاملة، فالأهلية هي صلاحية الشخص ليكون طرفاً إيجابياً أو سلبياً في حقوق كما أنها تعتبر بالأعمال القانونية لحساب نفسه²، انطلاقاً من هذه التعريفات نستخلص التعريف التالي للأهلية "صلاحية قانونية تؤهل الشخص الطبيعي لاكتساب الحقوق على الاستثناء مع تحمل الالتزامات المرتبة عليه تجاه الغير³ كما جاء في القانون المدني الفرنسي في المادة 1123: Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi⁴

أما فقها هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، عرفها ابن الأمير الحاج أهلية الإنسان الشيء صلاحيته لصدوره وطلبه منه وقبوله وإياه⁵ وقسم الفقهاء الأهلية إلى أهلية الأداء وأهلية الوجوب، تثبت أهلية الأداء الكاملة للبالغ الذي لم يحجر عليه، أما صغير تكون الأهلية وجوب كاملة ولا تكون أهلية الأداء وإذا لا يجوز تزويج الصغير والصغيرة حتى يبلغ لقوله تعالى: «وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا»⁶.

¹ - عبد المجيد زعلاني، مدخل لدراسة القانون النظرية العامة للحق، دار الهومة للطباعة والنشر و التوزيع، جرائد، 2010، ص 125.

² - توفيق حسن فرح، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، نظرية الحق، الدار الجامعية للطباعة و النشر، لبنان، 1993، ص 643.

³ - عجة جيلالي، المدخل للعلوم القانونية، ج 2، برتي للنشر، الجزائر، 2009، ص 139.

⁴ - Art .cree par loi 1804 -02-07 pronulguée le 17 février

www .legilrance .gouve .fe / affich code 03/05/2021 16 :50

⁵ - مقدم سارة، الأهلية وأثر تخلفها في قضايا شؤون الأسرة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغربية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2016، ص 12.

⁶ - القرآن الكريم، سورة النساء، الآية 6.

الفرع الثاني: أنواع الأهلية

تنقسم الأهلية إلى نوعين، أهلية أداء وأهلية وجوب وما هو المقصود بها؟ وللإجابة على هذا السؤال نتناول أولاً أهلية الوجوب وثانياً أهلية الأداء.

أولاً: أهلية الوجوب

هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق وتحمل الالتزامات له وعليه، وهي تلازم الشخصية ولا ترتبط بالعقل والرشد¹ ويترتب عن ذلك أن أهلية الوجوب ترتبط وجوداً أو عدماً بالشخصية القانونية للشخص وليس بإرادته ولذلك تثبت للإنسان من وقت الميلاد إلى حين الوفاة وفي بعض الحالات قبل الولادة عند مرحلة الجنين فيحفظ حقه في الميراث والوصية، ويتساوى جميع الأشخاص في التمتع بأهلية الوجوب إلا في حالة خاصة تكون فيها الأهلية منعدمة كحالة الشخص المحكوم عليه بالإعدام أو قد تكون الأهلية ناقصة². مثلاً بعض الحقوق لا يتمتع بها الإنسان إلا ببلوغ سن رشد معين مثلاً (الزواج و الانتخاب)³.

ثانياً: أهلية الأداء

صلاحية الشخص للقيام بالأعمال والتصرفات القانونية، ومناط أهلية الأداء هو العقل والتمييز، فإذا كان الشخص فاقد التمييز تماماً تكون الأهلية معدومة، وإذا كان غير مستكمل للتمييز يكون ناقص الأهلية ولا يكون كامل الأهلية، إلا إذا استكمل جميع عناصر التمييز أو التقدير⁴، وأهلية الأداء هي أهلية إبرام التصرفات القانونية بما فيها من العقود والملاحظة من أهلية الأداء قد تكون كاملة فيستطيع الشخص إبرام كافة العقود والتصرفات القانونية، أو قد تكون ناقصة فلا يستطيع إلا إبرام بعضها فقط وإما أن تكون معدومة فلا يستطيع إبرام أي تصرف ولو كان نافعا له نفعا محض⁵، وبناء على مناط أهلية الأداء والإدراك فإن الإنسان يمر بأربعة مراحل في بلوغ سن الرشد.

¹ - عبد المجيد زعلاني، مدخل لدراسة القانون النظرية العامة للحق، مرجع سابق، ص 125.

² - عجة جيلالي، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 141.

³ - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 126.

⁴ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، ولارادة منفردة، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر،

2011، ص 153.

⁵ - عجة جيلالي، مرجع سابق، ص 141.

أ.الجنين : فله أهلية وجوب ناقصة، و لكن ليس له أهلية أداء.

ب-الصبي غير المميز : يبدأ من الولادة ببلوغ الصبي سن الثالثة عشر من عمره فكون له أهلية أداء معدومة طبقا للمادة 42 ق. م. ج، فكل تصرف صادر منه يكون باطلا بطلان مطلقا، وقد نصت المادة 82 من القانون رقم 84-11(قانون الأسرة) بقولها: "من لم يبلغ سن الرشد لصغر سنه طبقا للمادة 42 ق. م تعتبر جميع تصرفاته باطلة".

والذي يتولى مباشرة تصرفات عن الصغير ويمثله قانونا، هو الولي أو الوصي قد نصت عليه المادة 81 من قانون الأسرة بقولها: (من كان فاقد الأهلية ناقصها لصغر سنه أو جنون أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا الولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام القانون).¹

ج.الصبي المميز : هو بلوغ الصبي سن الثالثة عشر حتى يبلغ سن الرشد وهي تسعة عشر سنة كاملة (المادة 40 ق. م. ج) وتثبت له أهلية أداء ناقصة، ويلحق كل من السفه وذو الغفلة²، وكما نصت المادة 43 من ق. م بقولها: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد يكون ناقص الأهلية وفقا لما قرره القانون"، كما تضيف المادة 84 على أنه للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة و له الرجوع في الإذن إذا أثبت لديه ما يبرر ذلك.

وانطلاقا من هذه النصوص القانونية نجد أن المشرع قد وضع قاعدة عامة بشأن تصرفات الصبي المميز طبقا(للمادة 83 من ق. أ، ج) بين ثلاث أنواع من التصرفات

- التصرفات النافعة نفعا محضا:

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني مرجع سابق، ص 154-155.

- يقصد بالولي: تنفيذ القول على الغير و الإشراف على شؤونه، وهي القدرة على إنشاء العقد نافدا غير موقوف على إجازة أحد(القدرة على إنشاء العقد نافدا)أنظر في ذلك، بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2015، ص 401.

- الوصي: و من هو من يعينه الولي للقيام مقامه بعد موته في نص المادة 92 ق. أ. ج "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر، إن لم يكن له أم تتولى أمره أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، و إذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون"

- القيم: عرفه المشرع الجزائري في المادة 99 من ق. أ. ج تحت مصطلح المقدم على أنه "المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها، بناء على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة".

² - محمد حسين، الوجيز في نظرية حق بوجه عام، مؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص 58.

ويقصد بالنفع تلك الأعمال التي من شأنها أن تؤدي إلى زيادة أموال القاصر أو تخفيض في ديونه ويتمتع القاصر في هذه الحالة بأهلية أداء كاملة، ومن بين هذه التصرفات: قبول الهبة أو الوصية¹ دون الحاجة إلى تدخل وليه أو وصيه، فيقبل الكفالة بمفرده و كفالة الدين².

- التصرفات الضارة ضررا محضا

تلك الأعمال التي من شأنها تحميل القاصر التزامات دون أن تكسبه حقوق فمثل هذه التصرفات وغيرها تكون باطلة بطلانا مطلقا استنادا على المادة 83 ق. أ. ج، ويجب على القاضي أن يحكم ببطلان هذه التصرفات من تلقاء نفسه حتى وإن لم يثرها أطراف هذه الدعوى كما أن هذا البطلان لا يصححه التقادم حتى وإذا سقطت دعوى البطلان بالتقادم عملا بأحكام المادة 104 من القانون المدني.

- التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر

تلك الأعمال التي يتبدلان فيها الطرفان الأخذ والعطاء بمعنى أن يكتسب الشخص حقا بمقابل كعقد البيع والإيجار، وحكم هذا التصرف صحيح مادام صادر من طرف القاصر صبي المميز ناقص الأهلية وليس عديم الأهلية حيث يرتب جميع أثاره القانونية، ومدة البطلان القانونية خمس سنوات تسري من تاريخ بلوغ القاصر سن الرشد عملا بأحكام المادة 101 من ق. م.³

د - البالغ سن الرشد : هي تسعة عشر كاملة حسب نص المادة 40 من ق. م ويستكمل

الصبي الأهلية، وإنما يشترط أن يبلغ سن الرشد كامل قواه العقلية(م 40فقرة1) ق. م، فإذا بلغها مجنون أو معنوها، بقيت حالة قصره استمرت الولاية على المال للولي أو الوصي⁴.

ونصت المادة 86 من قانون الأسرة(من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل للأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني)، ونستنتج من هذا النص ارتباط كامل الأهلية بتوفر شرطين أساسيين:

- بلوغ السن تسعة عشرة كاملة يبدأ احتساب من تاريخ ميلاد الشخص، وقد يحتسب من تاريخ افتراضي مقرر بموجب أمر قضائي.

¹ - بلحاج العرب، النظرية العامة في الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2001، ص 61.

² - محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص155.

³ - عجة جيلالي، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 147.

⁴ - محمد الصبري السعدي، نفس المرجع، ص 156.

- تمتع البالغ بقواه العقلية أن لا تصاب أهليته بعارض من عوارض الأهلية حيث يتحقق للشخص كامل الرشد ويتمتع بالحرية المطلقة في إدارة أمواله وتولي شؤونه بنفسه، فله أن يبيع ويشترى ويقترض ويهب ويوصي ويقاضي، وتولي شؤون غيره حسب الأوضاع التي يقرها القانون.

الفرع الثالث: عوارض وموانع الأهلية

بما أن الشخص متى بلغ سن الرشد متمتعاً بكامل قواه العقلية صار كامل أهلية الأداء فإنه قد يحدث ويصاب بعارض من عوارض الأهلية لعدم تمييزه وإرادته أو يخل بحسن مصيره وحكمه على الأمور، وإلى جانب هذه العوارض قد يحدث وأن يتعرض الشخص لظروف معينة تمنعه من مباشرة هذه التصرفات القانونية بنفسه وذلك بصفة كلية أو جزئية، وهذه الظروف هي تعرف بموانع الأهلية وسنتناولها في هذا الفرع.

أولاً: عوارض الأهلية

عوارض الأهلية هي الأمور التي تعترض البالغ الراشد تؤدي إلى انعدام الأهلية أو إنقاصها فيتعذر عليه أداء الأحكام الشرعية كلية أو جزئية، ما يستوجب تعيين ولي أو وصي أو قيم ينوب عنه قانوناً.

1- العوارض المنعومة الأهلية

- **الجنون:** اضطراب يلحق العقل عند صاحبها لإدراك والتمييز¹، أن العقل مناطه التمييز والتكليف لكن قد يحدث ويصاب الإنسان بعارض من عوارض الأهلية يفقده عقله ويسلبه التمييز، فلا يعتد حينها لا بأقواله ولا بأفعاله حتى ولو كان بالغ سن الرشد فتتعدم الأهلية وهو ما يعرف بعارض الجنون²، والمجنون تتوفر لديه أهلية الوجوب كاملة، أما أهلية الأداء فتكون معدومة، كالصبي المميز وتقع أعماله القانونية باطلة بطلان مطلقاً لانعدام الإرادة وقد يفيق المجنون من جنونه في فترات من الزمن ومتى كانت الإفاقة تامة فأهلية الأداء عنده تكون كاملة، أما إذا لم تكن الإفاقة تامة فتكون أهلية الأداء كأهلية أداء الصبي المميز³.

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 157.

² - عمار بوضياف، نظرية عامة للحق و تطبيقاته في القانون الجزائري، ط 1، جسر و النشر و التوزيع، الجزائر، 2010، ص 60-61.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمد الداية، لبنان، ص 330-337.

-العتة: جاء في لسان العرب أن المعتوه هو المدهوش من غير مجنون، وقيل بالمعتوه الناقص العقل في الحديث رفع القلم على ثلاث: الصبي والنائم والمعتوه، عرفه الجرجاني بأنه "عبارة عن آفة ناشئة عن الذات توجب خللا في العقل فيصير صاحبه مختلط، فيثبته بعض علامات الكلام العقلاء، وبعض علامات المجانين بخلاف السفه، فإنه لا يشابه المجنون ولكن تعثره حقه إما فرحا وإما غضبا" وعرفه الكاتب عبد المنعم البذراوي: "نقصان العقل واختلاله وليس زواله بالكلية كالمجنون"¹، ونص المشرع الجزائري على العتة المادة 42 من ق. م. ج اعتبر عارض من عوارض منعما للتمييز بصفة مطلقة وتصرفاته باطلة بطلانا مطلقا، ومن المؤكد أن القوانين المدنية يجمع على اعتبار العتة كمرض عقلي عارض من عوارض الأهلية سواء كانت تعدم التمييز أو تنقصه فقط ومن ثم يتوجب الحكم على المعتوه حماية للمتعاقد معه سواء كانت تصرفاته مثل الصبي المميز ناقص الأهلية.²

2-العوارض المنقصة للأهلية

أ- السفه: هو من يبذر المال على الغير مقتضي العقل والشرع، سواء كان ذلك في وجوه الخير أو الشر، والسفيه كامل العقل ولكن العقل في تدبير أمره لأنه يسرف في إنفاق ماله³، فالسفه عارض يصيب الإنسان في ممتلكاته النفسية فيضعف بعضا منها، وهو بذلك لا يصيب الإنسان في عقله فيظل كامل العقل، وإنما تعثره حقه تحمله على فعل خلاف مقتضى العقل والشرع فتعد تصرفاته بوجه عام خارجة عن العرف والمنطق⁴، واستنادا إلى هذا التعريف يتميز السفه بخاصيتين:

- خاصية وجود الإدراك و لو أنه إدراك ناقص.
- خاصية أن يتصرف السفه إلى إحداث تبذير في الأموال.

نصت المادة 43 من ق. م. ج السفه ناقص الأهلية فيترتب عن هذا الاعتبار أنه في حكم الصبي المميز، أي أن تصرفاته ليست باطلة بطلانا مطلقا وإنما قابلة للإبطال، لكن هذا الحكم يتناقض مع حكم آخر، التصرفات السفه، نصت عليه المادة 101 من ق. أ. ج بقولها: "أن السفه يحجر عليه مثل المجنون، وهذا يعني أن تصرفات السفه باطلة بطلانا مطلقا لكن الحكم بالحجر عليه وقبل الحكم إذا كانت أعراض السفه ظاهرة وفاشية، ويعتبر الحجر على السفه بنفس الإجراءات التي تنظم

¹ - عجة جيلالي، المرجع السابق، ص 156.

² - [https://qowaeen, bligspot. Com](https://qowaeen.bligspot.Com). 20:05، 2021/05/07 .

³ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 156.

⁴ - رمضان أبو السعد، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص 67.

الحجر على المجنون والمعتوه من حيث تعيين الولي أو الوصي أو القيم أو مقدم لإدارة أمواله وتعتبر تصرفاته في حق الغير غير نافذ طبقا لنص المادة 85 من قانون الأسرة¹.

ب- الغفلة: هي السذاجة التي تؤدي بصاحبها إلى تعيين في معاملاته غبنا فاحشا، أو تتعرض أمواله للضياع، و ذلك أنه لا يعرف ما ينفقه و ما يصرفه²، وشخص ذو غفلة شخص كامل العقل ولكنه إنسان طيب القلب إلى حد الغفلة بحيث تجره طيبة قلبه إلى أن يغبن في المعاملات المالية³.

كما عرفته محكمة النقد المصرية على أنها "إفساد التدبير و ضعف في التقدير"، وانطلاقا من ذلك تتميز الغفلة بخاصيتين هما:

- خاصية ضعف الإدراك والتمييز بين التصرفات.
- خاصية سهولة خداع الشخص من طرف الغير بأبسط السبل مما يؤدي إلى ضياع الأموال.

يعد ذو الغفلة في مرتبة ناقص الأهلية، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري في نص المادة 43 من ق. م وهو ما يجعل تصرفاته قابلة للإبطال حيث يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ولا يلتزم ذو الغفلة إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ويحرم من الاسترداد المتعاقد الذي كان يعلم بغفلة الشخص⁴.

ثانيا: موانع الأهلية

أن يتمتع الشخص بكامل الأهلية من حيث بلوغ سن الرشد وخلوه من عوارض الأهلية تؤدي حتما إلى مباشرة هذا الشخص للتصرفات نفسها، حيث قد يتعرض هذا الشخص لمانع من موانع الأهلية حيث تعيق الشخص رغم كمال أهليته، وذلك كليا أو جزئيا عن مباشرة تصرفاته القانونية.

1- المانع المادي

¹ - عجة جيلالي، مرجع سابق، ص 158.

² - محمد حسين، المرجع السابق، ص 67.

³ - عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 483.

⁴ - عجة جيلالي، مرجع سابق، ص 159.

ينقرر المانع المادي في حالة الفقد والغيبة حيث يكون الشخص مفقود أو غائب غير قادر على إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة وكيل وعلى القاضي في هذه الحالة تعيين مقدم لإدارة أموال المفقود، أو الغائب إلى حين تبين حياته من مماته.¹

2- المانع القانوني

يقصد بالمانع القانوني وجود نص قانوني يمنع شخص معين من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، نصت المادة 9 مكرر من ق. ع. ج على أنه: "في حالة الحكم بعقوبة جنائية، تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية

تتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي".²

3- المانع الذاتي (الطبيعي)

نصت المادة 80 من ق. م. ج بقولها: "إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته.

ويكون قابل للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة"، ومن هذا النص نستنتج في المنع الطبيعي أو الذاتي يشترط ما يلي: اجتماع عاهتين على الأقل وأن لا تسمح هاتين العاهتين للشخص مباشرة تصرفاته وأيضا أن يكون العجز الجسماني شديد يخشى معه من انفراد الشخص بمباشرة التصرف في ماله وإذن يتعلق بتصرف من التصرفات التي نص عليها القانون حتى يتم تعيين المساعد القضائي.³

المطلب الثاني: قانون جنسية الشخص وقانون القاضي

تخضع مسائل الأحوال الشخصية إلى ضابط الجنسية كغيره من مسائل الحالة والنسب والزواج والميراث وغيرها، فجاء في حكم صادر بتاريخ 21 جوان 1934 من محكمة النقد المصرية بما يلي " هو مجموعة ما يميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها

¹ - المرجع نفسه، ص 162.

² - المادة 09 مكرر من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 سفر 1386 الموافق ل 8 يونيو سنة 1666، يتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم.

³ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 682 - 683.

أثر قانونيا في حياته الاجتماعية ككون الإنسان ذكر أو أنثى، وكونه زوجا أو أرملًا أو مطلقا أو ابنا شرعيا أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سنه أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها لسبب من الأسباب القانونية".

ونتناول في هذا المطلب قانون جنسية الشخص في (الفرع الأول) ونتعرض إلى أساس تطبيق قانون القاضي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: قانون الجنسية في التشريع الجزائري

تعتبر الأهلية من أهم مسائل الأحوال الشخصية، لذلك فقد عكف المشرع الجزائري على غرار غالبية التشريعات العربية واللاتينية على إخضاعها لقانون جنسيته، وهذا حسب نص المادة 10 فقرة 01 من ق. م. ج بقولها "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليهم بجنسيتهم".

فعلى الرغم من أن مصطلح الأهلية ينصرف إلى عدة أنواع من الأهلية فهناك أهلية الأداء وأهلية الوجوب وأهلية التقاضي وأهلية المسائل على الفعل الضار، إلا أن المراد بالأهلية التي قصدها المشرع وخصها بقاعدة الإسناد هي أهلية الأداء العامة والتي مناطها القدرة على التعبير على الإرادة، لذلك فإن نطاقها يتحدد بالأعمال القانونية أو التصرفات القانونية التي يحتاجها إلى إرادة في إنشائها وكذلك يترتب آثارها¹.

وهذا قد نص المشرع التونسي صراحة على أن المقصود بالأهلية التي تخضع للقانون الوطني هي أهلية الأداء وذلك من خلال المادة 40 من مجلة قانون الدولي الخاص التونسي²، أما باقي أنواع الأهلية المذكورة سلفا فهي تخضع لقوانين أخرى، فأهلية الوجوب فهي لا تخضع لقانون واحد وإنما يسري في شأنها القانون المختص بحكم المراد المعرفة ما إذا كان الشخص يتمتع به أم لا، فحق الشخص أن يرث ويخضع لقاعدة الإسناد التي تحكم الميراث والتي تقضي بتطبيق قانون الجنسية وحق الشخص في أن يتزوج بامرأة ثانية ويخضع لقانون جنسيته وحق الشخص أن يمتلك ويخضع للقانون الذي يحكم الملكية وقانون موقع المال³، أما أهلية الأداء الخاصة فهي تتعلق بأشخاص معينين

¹ - أعرب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج 1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط 10، ص 216-217.

² - قانون رقم 97-98 صادر 27 نوفمبر 1998، متعلق بالمجلة التونسية للقانون دولي خاص www.droit-Afrique.com/imagestextes/tunsie

³ - أعرب بلقاسم، المرجع السابق، ص 216.

يمنحهم القانون مباشرة بعض التصرفات القانونية مع أنهم راشدون ومثال من التشريع الجزائري حرمان رجال القضاء من شراء الأموال عليها بأسمائهم أو بأسماء مستعارة وأيضاً ما تقتضي به بعض التشريعات الغربية كالتشريع اليوناني من حرمان الزوجة من كفالة زوجها¹، وكذلك حرمان الشخص المريض من وصاية الطبيب الذي عالجته (حماية مصلحة الغير أو المصلحة الاجتماعية).

و يخضع تكييف الأهلية لقانون القاضي طبقاً للقاعدة العامة في التكييف فالقاضي المرفوع أمامه النزاع هو الذي يكيف المسألة هل هي متعلقة بالأهلية العامة أم لا، وهل هي أهلية عامة أو خاصة وعليه لما كانت أهلية الأداء العامة هي وحدها التي تدخل في نطاق تطبيق قانون الجنسية، فإن هذا الأخير هو الذي يحدد مدى أهلية الشخص ومتى يبلغ سن الرشد، ما هي التصرفات التي يعتبر أهلاً للقيام بها ويبين قانون الجنسية أيضاً ما يترتب من جزاء على هذه التصرفات، كما يبين ماهية عوارض الأهلية من جنون وعته وسفه وغفلة وعليه إذا ما أثار نزاع حول أهلية الأداء لأحد الجزائريين بخصوص منازعة تتعلق بعقد دولي مثلاً فإن القانون الجزائري هو الذي يسري وبهذا الخصوص حسب نص المادة 40 من ق.م.ج "كل شخص بلغ سن الرشد متمتع بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة الحقوق المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة"، وعلى الرغم من أهمية هذا الإسناد المعتمد لحكم أهلية الشخص، إلا أنه في بعض الأحيان يكون غير ملائم، خاصة بالنسبة للمعاملات التي تقوم بين وطنيين وأجانب.

أولاً: إشكالية متعدد الجنسيات

نصت المادة 22 من ق.م.ج على: "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية " غير أن القانون المدني هو الذي يطبق إذا كان للشخص في واحد بالنسبة إلى الجزائر، بالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدولة.

فالاتفاقية لاهاي المبرمة في 12-04-1930 المتعلقة بحل بعض مشاكل ازدواجية الجنسية والتي من المفروض أن تقدم حلول للمشكلة، راحت تعترف صراحة بالاختصاص المانع للدولة والذي يشكل عقبة للقضاء على هذه الظاهرة.

ولعل هذا ما يبدو بوضوح من خلال تشريع الجنسية الجزائرية، فالمشروع فتح مجالاً واسعاً لذيوع هذه الظاهرة، لاسيما من خلال التعديل الجديد الذي مس قانون جنسية والذي ألغى بموجبه نص المادة 03 من قانون الجنسية القديم التي كانت تشترط لاكتساب الجنسية الجزائرية تقديم تصريح

¹ - زروتي الطيب، قانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1، تنازع القوانين، دراسة مقارنة للقوانين العربية و القانون الفرنسي، ط

2، مطبع الفسيلة، الجزائر 2008 ص 153.

بالتخلي على الجنسية الأصلية، وبناء على ذلك فإنه يمكن لأجانب الحصول على الجنسية الجزائرية دون التخلي على الجنسية الأصلية، فإن تعدد في الجنسية قد يحصل أيضا لاسيما مع إقرار المشرع الجزائري لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في منح الجنسية الأصلية وهذا ما عرفته المادة 6 من ق.ج.ج.¹ وعلى ذلك فإن كانت الأم الجزائرية مثلا، وكان الأب فرنسي، فإن طفل يولد ويحمل جنسيتين، جنسية الأم، وجنسية الأب.

وهذا يبدو بوضوح أن ظاهرة تعدد الجنسيات لدى بعض الجزائريين تكون محققة لذلك فقد عمل المشرع الجزائري على إيجاد حل لها، تكرر قاعدة إسناد فردية مقررة بموجبها الاعتداد بالجنسية الجزائرية دون غيرها من الجنسيات المتنازع عنها، ما عبرت عنها المادة 22 فقرة 2 من ق.ج.ج. "غير أن القاضي الجزائري هو الذي يطبق عندما تثبت لشخص في وقت واحد الجنسية الجزائرية بالنسبة للجزائر وجنسية أخرى بالنسبة لدول أو عدة دول جنسية"، يؤخذ بهذا الحل، سواء كانت الجنسية التي يحملها الشخص هي جنسية أصلية أو مكتسبة وسواء كانت إقامته داخل إقليم الجزائري أو خارجه.²

إن المشرع الجزائري قد استوحى هذا الحل من اتفاقية لاهاي المبرمة 12 افريل 1930 والتي نصت في مادتها الثانية على أن "كل شخص يتمتع بجنسيتين أو أكثر يمكن أن تعتبره كل دولة التي له جنسيتها من رعاياها"، إن قانون الدولة لما يعتبر الشخص من وطنيتها، فإنه لا يمكن لأية سلطة فيها قضائيا كانت أو إدارية إنكار عليه هذه الصفة، لأنها هي نفسها تستمد سلطتها من ذات النظام القانوني الذي أضفى على شخص الصفة الوطنية.³ وهذا ما عبر عنه الإسناد batiffol بقوله "إن القانون الفرنسي هو الذي يحدد من هو فرنسي، لنفس الشخص الذي اعتبره القانون الفرنسي من الفرنسيين" فإن هذا الحل ينسجم مع قاعدة إن كل دولة حرة في تحديد وطنيتها، لأنه من غير المعقول أن تترك الدولة تحديد رعاياها لدولة أخرى.⁴

ثانيا: إشكالية عديم الجنسية

¹ - المادة 06 من ق. ج. ج. "يعتبر جزائري الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية".

² - اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص جزائري، ج 2، (تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية). دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2، 2008، ص 166.

³ - المرجع نفسه، ص 166.

⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان، ط 1، 2008، ص 103.

عرفته المادة الأولى من اتفاقية 1954 بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية على أن منعدم الجنسية هو "الشخص الذي لا يعتبره أي دولة مواطناً لها بمقتضى تشريعاتها"¹. ولقد عرفه الفقه على أن انعدام الجنسية هو "وضع قانوني لشخص لا يتمتع بجنسية أية دولة على الإطلاق"²، إنا حالة انعدام الجنسية حالة شاذة وسلبية كون أن فرد عديم هو شخص لا ينتمي لأي دولة، ووضعه القانون محدد. أما موقف المشرع الجزائري لم ينص صراحة على تعريف لهذه المشكلة بل حدد لفئة عديمي الجنسية القانون الذي يخضع له من خلال نص المادة 22 فقرة 02 من ق.م. ج التي تحدد ضوابط الإسناد بدورها تحيل إلى القانون الواجب التطبيق وعليه فإن منعدم الجنسية في نظر التشريع الجزائري هو الشخص الذي لا يتمتع بأي جنسية على الإطلاق، على غرار مكان موطنه أو محل الإقامة، ولقد ظهرت عدة اتجاهات للبحث عن أكثر القوانين اتصال بعديمي الجنسية وقد ذهب جانب من الفقه إلى إعمال قانون آخر في جنسيته، وقد اتجه بعض التشريعات إلى ترك تحديد القانون الواجب التطبيق على عديمي الجنسية للقاضي المعروض أمامه النزاع، بينما اتجه بعض التشريعات على وجوب الاعتماد لقانون الدولة الذي كان ينتمي إليه الشخص قبل أن يفقد جنسيته في حالة الانعدام اللاحق.

أما إذا كان معاصر للبلاد فإن القانون الأكثر صلة بالشخص المنعدم جنسيته هو القانون الذي ولد على إقليمها، أما إذا تعذر تحديد قانون الدولة التي ولد عليها هذا الشخص وذلك على أساس الولادة قد تكون واقعة عرضية لا تكتشف بحد ذاتها على مدى ارتباط الشخص بالدول، فضلاً على أنه ربما تكون هذه الدولة هي التي سبق له حمل جنسيته وفقدانها وانقطعت الروابط بينه وبينها أوجد الفقه رأي مفاده وجوب الأخذ بقانون الدولة الذي أخذها الشخص منعدم الجنسية موطناً أو محل إقامة، ذلك أن الموطن ومحل إقامة ضابط لإسناد احتياطي تلجأ إليه إذا تعذر إعمال ضابط الجنسية³.

ولقد نصت المادة 29 من ق.م. ج الألماني على أن "الاعتداء في حالة عديم الجنسية يكون بقانون آخر دولة كان يتمتع بجنسيته واعتمدت هذا الحل اتفاقية لاهاي لعام 1930 المادة الأولى إذا لم يسبق حمله للجنسية يعتمد قانون مكان ميلاده إلا أن الأكثر استقراراً على مستوى الفقه والقضاء بالاعتماد الصلة الأقوى للشخص عديم الجنسية بالدولة التي تحتفظ معها الشخص عديم الجنسية بالصلة الأقوى والأكثر هي دولة الجنسية المفترضة وتشبه دولة الجنسية الفعلية بالنسبة للشخص

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح قوانين الجنسية، ط 1، دار النهضة العربية، مصر، 1993، ص 283.

² - اتفاقية عديمي الجنسية، للمفوضة السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين <https://www.V.nhcr.orglar/4be7cc2746f.html>

2021/05/26 18:00.

³ - أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، ب.ط.ب.ن، مصر، 2012، ص 60.

متعدد الجنسيات فأين ما كانت إقامة الشخص فإن جنسية مكان تلك الدولة هي الجنسية المفترض وقانونها هو قانون الواجب التطبيق¹، وعليه فإن أغلب التشريعات الفقهية اعتمدت على ضابط الموطن أو محل إقامة كضابط احتياطي يحدد قانون الموطن كقانون الواجب التطبيق على الشخص عديم الجنسية، وقد اتجه جانب من الفقه إلى اعتماد ضابط الموطن كحل بديل للفصل في النزاع الذي يكون أحد الأطراف عديم الجنسية، وهذا على أن اعتبار أن الموطن يتفق على اعتباره حالة واقعية تنطوي على ارتباط بين الشخص وإقليم دولة معينة، وعليه يجب الرجوع إلى قانون الدولة الذي يقيم فيها الشخص لتحديد القانون الواجب التطبيق، لأن الموطن يشكل رابطة بين الشخص وإقليم الدولة فإنه يترتب آثار قانونية يترتب إعطاء الشخص مجموعة من الحقوق ويتحمل التزامات².

إلا أنه يمكن على القاضي إذا تعذر عليه تحديد قانون الموطن وهذا في حالة عندما يكون الشخص غير مرتبط رابطة فعلية أو حقيقية بأي إقليم للدولة حلا لهذه المشكلة نجد أن غالبية الفقه والقانون الدولي الخاص، يأخذ بفكرة بديلة عن فكرة الموطن وهي فكرة محل الإقامة هو الحل الذي اعتمد عليه غالبية التشريعات في عديد من المحاكم³، يرى فريق من الفقهاء أن يطبق على عديم الجنسية قانون محل الإقامة في حالة لم يوجد موطن له، فقد ترك المشرع الجزائري أمر تحديد القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية لتقدير القاضي طبقا لنص المادة 22 فقرة 3 من ق.م.ج، "في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة"، وهذا ما أكدته المادة 12 من اتفاقية نيويورك المؤرخة في 28-09-1954 "الحالة الشخصية لعديم الجنسية يحكمها قانون البلد موطنه و إذا تخلف الموطن فيكون قانون بلد إقامته".

الفرع الثاني: أساس تطبيق قانون لقاضي وشروطه

أولا: أساس تطبيق قانون القاضي

لم تجعل المادة 10 من ق.م.ج من ضابط الجنسية الحل الوحيد بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية وخاصة الأهلية بل أقرت وجود استثناء والعمل به من خلال النص على ذلك فيما تبقى من نص المادة حيث جاء فيها أيضا: "ومن ذلك في التصرفات المالية التي تتعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبي ناقص الأهلية، وكان ناقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء يسهل

¹ - (2) pdf.crotedwithpdfactoryprotrial version www.pdfactory.com.

² - عامر حمود الكسواني، الجنسية ومركز الأجانب، ج2، دار الثقافة و النش والتوزيع، عمان، 2010، ص296.

³ - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص (تنازع قوانين الجنسية، تنازع اختصاص قضائي)، دار المطبوعات الجامعية، مصر،

تبيينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في الأهلية وفي صحة المعاملة كما حاول الفقه أن يرد على هذا الاستثناء إلى أصول فقهية عامة تبرير الاستثناء على أساس فكرة المصلحة الوطنية التي مقتضاها الامتناع عن تطبيق قانون أجنبي متى كان يضر بمصالح المتعاقد الوطني"، وقد أثبت هذا التبرير على أساس يفرق بين الوطني والأجنبي وهذا الأمر يتعارض مع حكمة التشريع، فقواعد القانون الدولي الخاص موضوعه لحماية الوطني الأجنبي دون تمييز وبالإضافة إلى ذلك فإن هذا التبرير يؤدي إلى تجاهل القانون الأجنبي الوطني في الكثير من الفروض بدعوى حماية المصلحة الوطني¹.

بينما اتجه جانب من الفقه إلى فكرة النظام العام وبمقتضى هذا الرأي فإنه يتعين استبعاد أحكام القانون الأجنبي باسم النظام العام مادام هذا الأخير يضر بمصالح الوطنيين، وأنقد هذا الرأي على أساس أن استبعاد أحكام القانون الأجنبي باسم النظام العام مدام أن هذا الأخير يضر بمصالح الوطنيين وانتقد هذا الرأي على أساس استبعاد أحكام قانون أجنبي باسم النظام لعام، فقط في حالة التي يتعارض فيها القانون الأجنبي مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي وليس هذا هو حل للاستثناء، ذلك أن اختلاف سن الرشد في القانون الأجنبي عنه في القانون الوطني لا يصطدم بأي حال من الأحوال مع فكرة النظام العام وهناك من أسس هذا التبرير بفكرة إثراء بلا سبب، وهم بعض الفقهاء الفرنسيين بناء على محكمة النقد، في قضية استبعاد القانون الأجنبي بسبب سن الرشد ذلك أن المتعاقد الأجنبي الذي يتمسك بنقص الأهلية من أجل إبطال العقد فقد أثر على حساب الطرف الوطني لهذا يخضع النزاع لقانون القاضي باعتباره لقانون الدولة الذي حدثت فيها واقعة الإثراء بلا سبب².

ثانيا: شروط تطبيق قانون القاضي

حسب نص المادة 10فقرة 1 ق.م. فإن الأصل هو القانون الجنسية إلا انه وفي الفقرة الثانية من المادة نفسها ادخل المشرع الجزائري مجموعة من الشروط إذا توافرت جميعها تطبق الاستثناء المذكور في مادة وهو قانون القاضي ويستبعد قانون جنسية الشخص وهي الشروط حسب نص المادة التي جاءت كما يلي "ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج أثارها فيها ، إذا احد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان ناقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا تسهل

¹ - زيدون بختة، التطبيق الاستثنائي لقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة الماجستير، تخصص القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم لسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012/2011، ص 15.

² - كمال سمية، تطبيق قانون قضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ص 293.

تبيينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة وعليه يمكن أن تحمل هذه الشروط في :

1. أن يكون التصرف الذي قام به الأجنبي يدخل في نطاق التصرفات المالية¹ أما إذا تعلق الأمر بالأحوال الشخصية مثل الزواج فلا يطبق هذا الاستثناء، ويرجع ذلك لكون الأحوال الشخصية ترتبط ارتباط وثيقاً بالفرد لما ينص إسناده لقانون جنسيته².

وقد انتقد موحد اسعاد هذه الشروط، حيث يرى أن المسألة يمكنها أن تخص كذلك مجال الأحوال الشخصية، حيث يمكن للأجنبي أن يتزوج في الجزائر، وقد يظهر فيها بعدها أنه عديم الأهلية لأسباب متعددة وفق لقانونه الوطني، إذا كان الزوج دون نية حسنة وقتها فمن غير المستحسن أن تغلق أبوابه لإمكانية تصحيح هذا الزواج³.

02- إذا يتم هذا التصرف في الجزائر وينتج آثاره فيها بل لا بد من تلازم الأمرين⁴ وانتقد موحد اسعاد هذا الشرط كذلك، معتبر أنه يمكن أن يتعلق الأمر بإنتاج آثاره بالجزائر بالنسبة لتصرف جرى في الجزائر أو العكس لاسيما وأنا عند إبرام العقد لا تعرف إذا كان سينتج آثاره بالجزائر، وإذا طرحت مسألة تتعلق ببطلان العقد فإن القاضي يقوم بتقييم الخطأ أو الغلط في الوقت وفي المكان إبرام العقد.

وهذا وقد تساؤل الفقه حول جنسية المتعاقد مع الأجنبي، هل يشترط أن تكون جنسية جزائري؟

ذهب بعض إلى أن عبارة النص "إذا كان أحد الطرفين أجنبي" يفهم منها وبمفهوم المخالفة أن الطرف الآخر يجب أن يكون وطنياً، وفي حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأنه مادام المشرع الجزائري لم يشترط صراحة أن يكون المتعاقد مع الأجنبي جزائرياً، فهذا يصف إن العلاقة التعاقدية قد تكون بين جزائري وأجنبي، كما قد تكون بين أجنبي، فالمشرع الجزائري من خلال هذا الاستثناء لم يقصد فقط لحماية المتعاقد الوطني إذا ما تعاقد مع أجنبي ناقص الأهلية وفقاً لقانونه لسبب

¹ - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 66.

² - محمود وليد صبري، الوجيز في شرح قانون الدولي الخاص، دراسات مقارنة للتشريعات العربية و القانون الفرنسي، ط 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2009، ص 126.

³ - عليوش قريوع كمال، قانون الدولي الخاص الجزائري و تنازع القوانين، ط 2، دار الهومة، الجزائر، 2007، ص 198.

⁴ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 66.

فيه خفاء، بل إن هذا الاستثناء يحمي المتعاقد مع أجنبي آخر إذا كان هذا الأخير ناقص الأهلية وفقا لقانونه لسبب فيه خفاء¹.

03- أن يكون نقص الأهلية الأجنبي راجع إلى سبب في خفاء لا يسهل تبيينه ويترك هذا الشرط مجال واسع للسلطة التقديرية للقاضي لتحديد متى يكون نقص الأهلية راجع إلى سبب في خفاء، وعلى ذلك فإن السبب الذي فيه خفاء لا يسهل تبيينه و يؤدي إلى عذر المتعاقد الجزائري بجهل القانون الأجنبي فلا يطبق القانون الأجنبي المختص على الأهلية².

أما إذا كان سبب الخفاء يسهل تبيينه، حيث كان من الممكن المتعاقد الجزائري أن ينتبه بسهولة على الأجنبي غير الراشد لصغر السن، أو أن سلوكه ينبأ بأن حركته ليست عادية فعليه أن يتأكد قبل أن يتعاقد و قبل أن يفعل ذلك فإنه لا يمكن أن يتمسك بجهله لنقص الأهلية للمتعاقد الأجنبي³.

04- أن يكون المتعاقد الأجنبي كامل الأهلية وفق لقانون جزائري، وناقصها وفق لقانونه الوطني، لأنه لا يمكن تصور أعمال هذا الاستثناء إذا كان الأجنبي ناقص أهلية أيضا وفقا للقانون الجزائري، ولذلك إذا كان المتعاقد مع الأجنبي لعذر في جهله في نقص الأهلية وفقا لقانون الشخص فإنه لا يعذر في جهله بنقص الأهلية وفقا للقانون الجزائري⁴.

05- وجوب أن يكون الطرف الذي تعاقد مع الأجنبي جزائريا وهذا ما نستنتج من عبارة: "إذا كان أحد الطرفين أجنبيا".

إذا اجتمعت جميع هذه الشروط أمكن للطرف الذي يتعاقد مع الأجنبي وهو يجهل أنه غير كامل الأهلية طبقا لقانون هذا الأخير، بالتالي لا يؤثر ذلك على التصرف الذي ابرمه إذ يعتبر دائما صحيح وقد سبق للقضاء الفرنسي في قضية lizardi 1861، إذ يجمع الفقه أن هذه القضية تعتبر الأصل التاريخي لهذا الاستثناء.

المبحث الثاني: حماية ناقص الأهلية وعديمها:

إذا كانت القاعدة العامة السائدة لدى غالبية التشريعات العربية، هي اعتبار أن المسائل المتعلقة بالأهلية من قبيل مسائل الأحوال الشخصية وإخضاعها لقانون الجنسية إلا أن المشرع الجزائري لم

¹ - زيدون بختة، المرجع السابق، ص 19.

² - عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 206.

³ - المرجع السابق، ص 207.

⁴ - اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 223.

يتقيد بالاختصاص المطلق لهذا القانون لحكم كافة هذه المسائل بل قرر وفي حالات محددة الخروج عن تطبيق هذا القانون وتقرير الاختصاص لصالح القانون الجزائري وحده وذلك لاعتبارات معينة . وهذا سوف نتعرض إليه بالتفصيل من خلال دراستنا لهذه المسائل وذلك في المطلبين، حماية ناقص الأهلية و عديمها(المطلب الأول)،ثم دراسة حالة أثر السن في أهلية الزواج (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حماية عديم الأهلية وناقصها:

يحتاج عديم الأهلية وناقصها لحماية في شخصه، وكذلك في أمواله لذلك نجد التشريعات وأنظمة قانونية خاصة تنظم لهم هذه الحماية، وتختلف هذه الأنظمة من دولة إلى أخرى، الأمر الذي يجعل البحث عن القانون الواجب تطبيق عليه ذو أهمية بالغة ونظرا لارتباط هذه الأنظمة كالولاية، الوصاية، القوامة، ارتباطا وثيقا بالأهلية العامة فقد اعتبرها المشرع الجزائري هي الأخرى من قبل مسائل الأحوال الشخصية وأسندها لقانون الشخص الذي تجب حمايته كأصل عام، غير أنه استثنى من خضوع لهذا القانون ما يتعلق بالتدابير الاستعجالية المؤقتة الهادفة لحماية عديم الأهلية وناقصها، فأخضعها للقانون الجزائري للقانون وحده وذلك لاعتبارات خاصة.

وعليه سوف نخصص هذا المطلب قانون الواجب التطبيق على النظم الخاصة بحماية عديم الأهلية و من في حكمها في (الفرع الأول)، وكذلك الاستثناء المقرر اختصاصها لصالح القانون الجزائري بشأن التدابير الاستعجالية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على النظم الخاصة بحماية عديم الأهلية ومن في حكمه:

تنص المادة 15 فقرة 1 ق م ج على ما يلي: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة، وغيرها من النظم المقرر لحماية القصر وعديم الأهلية، والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته".

الواضح من خلال هذا النص إن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية الأخرى قد أسند الاختصاص التشريعي للنظم الخاصة بحماية عديمي الأهلية، ومن في حكمهم لقانون الشخص الذي تجب حمايته، وليس لقانون جنسية القائم بحماية، كون أن هذه النظم تقررت لمصلحة الشخص الذي تجب حمايته، لا لمصلحة الشخص القائم بالحماية¹.

من الواضح أيضا من خلال هذا النص أن المقصود بالولاية هناك الولاية على المال، لا الولاية على النفس، لأن الغرض من هذه النظم التي نص المشرع الجزائري على إخضاعها لقانون جنسية

¹ - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الجزائري، ديوان مطبوعات جامعية، الجزائر، 2000، ص 78.

عديمي الأهلية، هو سد عجزهم عن مباشرة التصرفات القانونية¹، أما الولاية عن النفس فنظرا لتعلقها بالتنظيم العائلي، فهي تعد من آثار عقد الزواج أو من آثار النسب، لذلك فقد أخضعها الفقه الراجح لقانون جنسية الأب².

وقد سلك غالبية الفقه المصري ذات الاتجاه حيث قصر الولاية على الولاية على المال دون الولاية على النفس وذلك عند تفسيرهم لنص المادة 16 من قانون مدني مصري وجاءت مطابقة لنص المادة 15 ق م ج، وقد استندوا في ذلك على أمرين، وأولها هو أن المشرع قد عبر في الولاية في ترجمة نص المادة 16 من القانون المدني، أي الولاية على المال وثانيا هو ورد اصطلاحا "الولاية" في نص واحد مع النظم الخاصة بحماية عديمي الأهلية أو ناقضيها في أموالهم.

هذا يتبين أيضا من النص المقدم، أن الرجوع إلى قانون جنسية الشخص الذي يجب حمايته إنما يكون في حدود القواعد الموضوعية المنظمة لتلك الحماية فيرجع لقانون جنسية الشخص لمعرفة نظام الحماية الذي تجب أن تشمل به ناقص الأهلية، أي لمعرفة ما إذا كان هذا النظام هو الولاية الشرعية أو الوصاية أو القوامة أو قانون جنسية الشخص، هو الذي يبين كذلك طرق تعيين الأولياء والأوصياء و القيمين، وشروطهم وصلاحياتهم وحدود وظائفهم، وكذلك التصرفات التي يجوز لهم إبرامها، وطرق إنهاء مهامهم ومسؤولياته.

وعليه إذا كان الشخص الواجب حمايته جزئيا، فإن القانون الجزائري هو الذي يسري ويستتبع ذلك سيران أحكام قانون الأسرة الجزائري³ وقد بينت المواد من 81 إلى 108 من هذا القانون الأحكام الموضوعية للولاية على المال والوصاية والقوامة، فنصت المادة 81 من قانون الأسرة جزائري على أنه "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر في السن، أو جنون أو عته أو سفه، فينوب عنه قانون ولي أو الوصيف أو مقدم لأحكام هذا القانون و أضافت المادة 87 المعدلة على أنه "يكون الأب ولدا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل محله الأم قانونا" أما المادة 88 قد حددت سلطات في إدارة أموال فجاء فيها ما يلي "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص،

¹ - بلعبور عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص في ضوء التعديلات التي جاء بها قانون 10/05 لسنة 2005، جامعة الجزائر بن عكنون ، 2008- 2009 ، ص 96.

² - عليوش قربوع كمال، القانون الدولي خاص جزائري، ج1، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة و نشر و توزيع، الجزائر، ط2، 2007، ص209.

³ - القانون رقم 84- 11، المؤرخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة جزائري، المعدل و المتمم بموجب رقم 05- 02، المؤرخ في 27 فيفري 2005، منشور في الجريدة الرسمية العدد 15 سنة 2005.

ويكون مسئولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام، وعليه إذ يستأذن القاضي في التصرفات التالية: بيع عقار وقسمته ورهنه وإجراء مصالحه بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة، استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة، إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو لمدة لأكثر من سنة بعد بلوغ سن الرشد".

أما الأحكام المتعلقة بنظام الوصاية، فقد نظمها المواد 92 إلى 96 من ذات القانون فنصت المادة 92 على أنه "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر، إذا لم تكن له أم تتولى أمره أو تثبت عدم أهليتها للقيام بذلك بالطرق القانونية، وإذا تعددت الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم" يشترط في الوصي أن يكون مسلم، عاقلاً، بالغاً، وأمين وحسن التصرف".

وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في المادة 93 ق أ ج و هي "الإسلام، العقل، البلوغ، القدرة، الأمانة وحسن التصرف فيها"، أو تكون للوصي نفس سلطات الولي في إدارة أموال القاصر والتصرف فيها، وتنتهي مهمة الوصي في الأحوال المنصوص عليها في المادة 96 ق أ ج، وهي موت القاصر أو زوال أهلية الوصي أو موته أو بلوغ القاصر سن الرشد أو انتهاء المهام التي أقيم من أجلها، أو بقبول عذر الوصي في التخلي عن مهمته أو عزل الوصي، إذ يكون الوصي ملزماً لنص المادة 97 ق أ ج أن يقدم حسابات بالمستندات إلى من يخلفه، أو إلى القاصر الذي رشده، أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته، ويكون مسؤول عما يلحق القاصر من ضرر بسبب تقصيره، وذلك طبقاً لنص المادة 98 من قانون الأسرة الجزائري.

أما أحكام المواد المتعلقة بنظام القوامة، فنظمها المواد 99، 100 من نفس القانون فنصت المادة 99 على أن "المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية، أو ناقصها، فبناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة". ونصت المادة 100 من ق الأسر الجزائري على أن "يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام".

الفرع الثاني: الاستثناء المقرر لصالح القانون الجزائري بشأن التدابير الاستعجالية:

لقد أضاف المشرع الجزائري بموجب تعديل 20 جوان 2005 -فقرة ثانية للمادة 15 ق م ج جاء فيها "غير أنه يطبق القانون الجزائري، بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر وعديمي الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، أو تعلق بأموالهم الموجودة في الجزائر".

إن المشرع الجزائري من خلال هذه الفقرة المضافة، أجاز للقاضي الجزائري تطبيق قانونه بشأن التدابير المستعجلة الهادفة للحماية المؤقتة للقاصر الموجود بالجزائر، أو أمواله الموجودة فيها،

وقد أخذ القانون التونسي بهذا الاستثناء صراحة بموجب المادة 2/41 من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص.¹

وترجع الجذور التاريخية لهذا الاستثناء إلى اتفاقية لاهاي المتعلقة بحماية القصر المؤرخة في 5 أكتوبر 1961 و التي دخلت حيز التنفيذ في 4 فيفري 1969.²

ولقد أعطت هذه الاتفاقية في مادتيها الأولى والثانية، الصلاحية المبدئية إلى سلطات الدولة التي يسكن فيها القاصر، وبشكل معتاد، لاتخاذ تدابير الحماية حسب القانون الداخلي، أي بالنسبة لشخص القاصر وأمواله، ولكن يبقى القانون الشخصي للقاصر حسب مادته الثالثة من هذه الاتفاقية معمول بها في الدولة.

وذلك وفقا للقاعدة العامة في الحماية، خلافا للقاعدة التي وضعتها هذه الاتفاقية، إذا كان ذلك القانون ينشئ علاقة وسلطة مباشرة، ونافذة بصورة حكمية بمعنى أن يكون معمول بها دون تدخل من السلطة القضائية أو الإدارية كالسلطة الأبوية أو سلطة القرابة أو الوصاية التي تستمد مصدرها من القانون مباشرة لا تتطلب لإنشائها تدخلا من السلطة المختصة، إلا في حالات التي يكون فيها القاصر مهددا في شخصه وأمواله، وهو ما يفرضه تدخل السلطة المحلية وفق ما جاء في أحكام المادة الثامنة من الاتفاقية.³

كما وفرت هذه الاتفاقية سلطة فعالة للدولة للإقامة عندها فقضت في المادة 09 باختصاص قانون الدولة التي يكون القاصر متواجدا بها، أو المال العائد له موجود بها باتخاذ كافة التدابير الاستعجالية.⁴

¹ - ARTHAAL 2 du code de droit international prive tunisienne qui dispose « toute fois, les mesures provisoires ou urgentes sont prise en vertu du droit tunisien si le mineur ou l'interdit se trouve sur le territoire au moment, ou ces mesures doivent être prises ou, si la mesures de protection se rapporte a un bien mobilier situe un Tunisie .

² - أحمد عبد الحميد، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، مؤسسة الشباب، جامعة الإسكندرية، 1989، ص 34.

³ - سامي بديع منصور، الوسيط في شرح القانون الدولي خاص، تقنية و حلول التنازعات الدولية الخاصة، دار العلوم العربية، بيروت لبنان، ط 1، 1994، ص 364 - 365.

⁴ - art 9 de convention concernant la compétence des autorités et la lois applicable en matière de protection des mineures qui dispose : « dans tous les cas d'urgence, les autorités de chaque contractant sur le territoire du quel se trouvent le mineur ou des biens lui appartenant, prennent les mesures de protection nécessaires. Les mesures prises en application de l'alinéa précédent cessent, sous réserve de leurs effets définitifs, aussitôt que les autorités compétentes selon la présente convention ont prise les mesures exigées par la situation » .

كما أُناحت أيضا في المادة 16 سلطات دولة القاصر، الاتفاق مع سلطات دولة الإقامة على أن تقوم دولة الإقامة بالبء في تنفيذ الإجراءات المتخذة، بالإضافة إلى ما سبق، فإن المادة 13 قد حددت مجال تطبيق هذه الاتفاقية، فقضت بتطبيق أحكام هذه الاتفاقية كافة القصر المقيمين بالدول المتعاقدة حتى و لو كان هؤلاء القصر ينتمون إلى دول غير متعاقدة.

وهكذا تجدر الإشارة بالتتويه في الأخير، إلى أن هذه الاتفاقية وما تضمنت في المادة 25 جاءت بقواعد قانونية هادفة كلها إلى تقرير حماية القصر، ولعل أهم مظاهر تلك الحماية ما تضمنت المادة 9 سائلة الذكر، والتي استسقى منها المشرع الجزائري الذي نص عليه من المادة 2/15 ق م ج حيث خرج عن تطبيق القانون الشخصي للقاصر، وقضى باختصاص القانون الجزائري باعتباره قانون محل إقامة القاصر ومكان موقع أمواله، وذلك باتخاذ كافة التدابير المستعجلة، وهي تلك التدابير التي لا ننتظر لاتخاذ الفصل في النزاع، ومن ثم فإن تطبيق قانون الشخصي عليها من شأنه الإضرار بمصالح القاصر، ولعل هذا ما يبرز بوضوح أهمية هذا الاستثناء، إلى جانب الاستثناء المتعلق بالأهلية، حيث وضع المشرع الجزائري بموجبها مجال تطبيق قانونه إقرار المصلحة الوطنية.

المطلب الثاني: دراسة حالة (أثر السن في أهلية الزواج)

تعد أحكام الأهلية أحد أهم المواضيع التي اعتنى المشرع الوضعي بتنظيمها في نصوص القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، كما لم يغفل المشرع عن تحديد هذه الأهلية في قانون الأسرة معتبرا إياها شرط من شروط إبرام عقد الزواج وذلك ببلوغ السن القانوني معين يتم بها الزواج وعليه سنحاول من خلال هذا المطلب أن نتطرق إلى بلوغ السن القانوني في قوانين الوضعية (الفرع الأول) وبلوغ السن القانوني للزواج في الشرائع السماوية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: بلوغ السن القانوني للزواج في القوانين الوضعية

لقد تم تحديد أهلية الزواج ببلوغ سن قانوني معين يصح بها عقد الزواج، وهذا السند يختلف باختلاف التشريع الوضعي لكل بلد بحسب المراحل التي مر بها في إصداره، سنحاول أن نتطرق في هذا العنصر إلى بلوغ السن القانوني للزواج في قانون الجزائر (أولا) ثم قوانين المقارنة (ثانيا).

أولا: في القانون الجزائري

نحاول أن نتطرق إلى تحديد سن الزواج في القانون الجزائري حسب نص قانون رقم 63-224 و هذا القانون صدر في 29-06-1963 و قد كان يشمل ستة (06) مواد كل مادة تشمل

على قاعدة قانونية معينة¹ والمادة التي تهمننا هنا هي نص المادة 01 منه والتي تحدد سن الزواج لكل من الفتى والفتاة بنصها على ما يلي: "لا يجوز للرجل الذي لم يكمل الثامنة عشر سنة، ولا للمرأة التي لم تكمل السادسة عشر أن يعقدا زواجهما"².

إذن من خلال نص المادة نجد أن المشرع الجزائري قد حدد سن الزواج ثمانية عشر سنة (18) وستة عشر سنة (16) للفتاة، بعد أن كان من قبل محدد بخمسة عشر (15) سنة فقط.

لكن وعلى الرغم من صدور القانون رقم 63-224 إلا أن الشعب الجزائري لم ينل جزء من استقلاله التشريعي وظل طوال مدة قدرها واحد وعشرون (21) سنة بلا قانون أحوال الشخصية إلى أن صادق البرلمان الجزائري على قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية وأصبح ساريا بتاريخ 9 جوان 1984، و هو القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة³.

وجاء قانون رقم 84-11 و هو القانون 9 جوان 1984 ويتضمن قانون الأسرة ونص على سن الزواج في المادة 01/07 منه "تكتمل أهلية الرجل بتمام 21 سنة و للمرأة بتمام 18 سنة..."⁴. إذن نلاحظ من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد رفع سن الزواج بالنسبة للرجل إلى 21 سنة وبالنسبة للمرأة 18 سنة كاملة"، وقد حصر الدكتور تشوار جيلالي أسباب رفع سن الزواج في نقطتين أساسيتين هما:

أولاً: أن الفتاة مثل الفتى، لا تعرف بمجرد بلوغها الجنسي مشكلات الزواج ومتاعبه في عصرنا، وإنما يجب انتظار سنوات حتى لا توافق أوليائها على الزواج إلا وهي مقتنعة بأن مصلحتها فيه، وحتى لا يرغمها أبواها و عائلتها في سن مبكرة رغبة في منافع الحياة.

ثانياً: إن المجتمع الجزائري يعاني في وقتنا الحاضر من المشكل الديموغرافي، وللقضاء عليه، ولو بصفة تدريجية لجأ مشرعنا إلى رفع سن الزواج⁵.

كما أنه لا يتعارض مع أحكام الشريعة والتي لا تحدد البلوغ بسن محدد وإنما يستدل عليه بأمارات بيولوجية¹ فكل من بلغ سن 19 سنة يتمتع بحق التزويج وتكوين أسرة وفقاً لأحكام قانون

¹ - سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 2، دار البعث، الجزائر، 1989، ص 27.

² - قانون رقم 63-224، بتاريخ 29 جوان 1963، المتضمن تحديد سن الزواج، ج. ر 2، يوليو 1963.

³ - ابتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون أسرة كلية حقوق سياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة 2011-2012، ص 37.

⁴ - القانون رقم 84-11 و يتضمن قانون الأسرة.

⁵ - جيلالي تشوار، الزواج و طلاق اتجاه الاكتشافات للعلوم الطبية و بيولوجيا، د . ط، ديوان مطبوعات جامعية، جزائر، 2001، ص

الأسرة الجزائري، وهو حق معترف به في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وذلك من خلال نص المادة 01/16 منه "للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج وتأسيس أسرة دون أي قيد بسبب الجنس أو الدين، ولهم حقوق متساوية عند الزواج وأثناء قيامه وعند انحلاله".²

وتجب الإشارة إلى أن الوضع يختلف عندما يراد عقد الزواج جزائري أو جزائرية بالغين سن أهلية الزواج وفقا لقانون بلدهما مع شخص أجنبي سن أهلية الزواج في بلده أقل من سن الزواج أهلية المعمول به في الجزائر، حيث يطبق في هذه الحالة القانون الجزائري فيها يتعلق ببلوغ أهلية الزواج في الجزائر، ويطبق في القانون الأجنبي فيما يتعلق ببلوغ سن أهلية الزواج على الزوج الأجنبي³، وفي هذا الأمر نصت المادة 11 ق، م، ج "يسري على الشروط الموضوعية خاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين" وكذلك نص المادة 13 ق، م، ج "يسري على القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج".

وبذلك إذا تقدم شباب جزائري بلغ سن أهلية الزواج وهي 19 سنة كاملة ليعقد زواجا مع شابة أجنبية سن الزواج في بلد جنسيتها هو 18 سنة، فإن الشخص المؤهل في تحرير عقد الزواج موثقا كان أو ضابط حالة مدنية لا يجوز له أن يتمتع عن تحرير عقد الزواج بسبب عدم بلوغ الأجنبية سن 19 سنة، وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن أهلية الزواج هي من أهم المسائل التي تتعلق بالنظام العام، حيث لا يمكن إبرام عقد زواج بدون مراعاة السن القانوني، ولو ارتضى الطرفان ذلك قياسا على الأهلية بصفة عامة⁴.

ثانيا: في القوانين المقارنة

عملت التشريعات المقارنة على غرار المشرع الجزائري إلى تحديد سن معين للزواج وعليه سنحاول من خلال هذا العنصر التركيز على بعض التشريعات وليس كلها لمعرفة هذا السن.

¹ - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري، طبقا لأحدث التعديلات: دراسة فقهية ونقدية مقارنة، د. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 66 - 67.

² - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 <http://www.bibalex.05g> بتاريخ 2021/05/2 على الساعة 17:16

³ - سعد عبد العزيز، قانون الأسرة في جديد: شرح أحكام الزواج و طلاق بعد التعديل، ط 4، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 164.

⁴ - سعد عبد العزيز، قانون الأسرة في الثوب الجديد، المرجع السابق، ص 164.

1-مدونة أسرة المغربية: نص المشرع المغربي في المادة 123 م. أ. م ما يلي "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: 1- أهلية الزوج والزوجة...." ونص في المادة 19 م. أ. م على ما يلي "تكتمل الأهلية الزواج بإتمام الفتى و الفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمانية عشر سنة شمسية"¹.

إن يتضح من خلال هذين النصين أن المشرع المغربي قد اعتبر أهلية الزواج شرط من شروط عقد الزواج، كما أنه ساوى بين أهلية الزواج بالنسبة للرجل والمرأة، وقام بتحديد سن الأهلية ببلوغها سن 18 سنة مع متعها بقواهما العقلية² وهذا بعدما كانت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة يتميز في سن الزواج بين الفتى والفتاة، والذي كان محددًا بخمسة عشرة (15) سنة بالنسبة للفتاة وثمانية عشرة (18) سنة بالنسبة للفتى³.

والغاية من تحديد السن في القوانين هي تكوين أسرة مبنية على أسس سليمة تكفل لها الحفاظ على تماسكها واستقرارها، ويتقاسم فيها الزوجان أعباءها ومسؤولياتها كما يخلق جو من المودة والألفة بين الأفراد ومحاولة تفادي كل الأخطار الجسمية والنفسية والاجتماعية التي قد تترتب على الزواج المبكر، وتماشيا مع ما جاءت بالمواثيق الدولية⁴. إذن فالمشرع المغربي اعتبر الأهلية شرط من شروط عقد الزواج و حددها ب18 سنة لكلا الجنسين مع التمتع بالقوى العقلية.

2-القانون المدني الفرنسي:

حددت المادة 144 من قانون المدني الفرنسي السن التي يجوز فيها الزواج، فنصت على ما يلي: "لا يجوز زواج الرجل قبل أن يتم ثمانية عشر سنة ولا زواج المرأة قبل بلوغها خمسة عشرة سنة كاملة" على أنه يجوز الإعفاء من هذا الشرط، و ذلك حسب ما نصت عليه المادة 145 من نفس القانون "يجوز لرئيس الجمهورية أن يأذن بالزواج قبل بلوغ هذا السن لأسباب جدية"⁵.

لكن بعد تعديل القانون الفرنسي بموجب القانون رقم 404 الصادر في 17 ماي 2013 أصبح سن الزواج ثمانية عشر (18) سنة بالنسبة للرجل والمرأة مع الإبقاء على شرط الإعفاء، وهو ما نصت عليه المادة 144 ق مدني فرنسي "الزواج لا يمكن أن ينعقد قبل بلوغ ثمانية عشر سنة"

¹ - القانون رقم 03-07 بمثابة مدونة أسرة، ج. ر، ع 5184، بتاريخ 05 فيفري 2004 .

² - أحمد سامي، قانون أسرة طبقا لأحدث التعديلات.

³ - <http://benimelalpress.com> بتاريخ 2021/05/14 على الساعة 12:06 .

⁴ - ابتسام مليط، المرجع السابق، ص 41.

⁵ - عبد الفتاح كبارة، الزواج المدني، دراسة مقارنة، ط 1، دار الندرة الجديدة، بيروت، لبنان، 1994، ص 133.

والمادة 145 ق مدني فرنسي "يمكن لوكيل الجمهورية أن يمنح إعفاءات هذا الزواج إذا كانت هناك أسباب جدية"¹، نجد أن المشرع الفرنسي هو الآخر جعل سن الزواج 18 سنة كباقي التشريعات المقارنة.

الفرع الثاني: بلوغ السن القانوني للزواج في الشرائع السماوية

تعددت الآراء الفقهية عند فقهاء الشريعة الإسلامية في جواز تحديد سن معين للزواج من عدم تحديدها و الاكتفاء بفكرة البلوغ الجنسي فقط، بين اختلف الأمر في الشرائع المسيحية و اليهودية والتي تحدد سن معينة للزواج يسمح من خلالها إبرام عقد زواج وعليه سنحاول التطرق إلى تحديد سن الزواج في الشريعة الإسلامية (أولاً)، ثم تحديد سن الزواج في الشريعة المسيحية (ثانياً) وأخيراً تحديد سن الزواج في الشريعة اليهودية (ثالثاً).

أولاً في الشريعة الإسلامية:

إذا ألقينا نظرة على الكتب الفقهية القديمة وجدنا أنها لا تأخذ في أصل بفكرة في السن في الزواج وإنما في البلوغ، وهو البلوغ الجنسي الفعلي الذي يكون بظهور أمارات طبيعية وهي اثنان يستدرك فيها الذكر والأنثى تتمثل في الإنزال وإنبات شعر العانة، وأمارات أخرى تتفرد بها الأنثى دون الذكر منها الحيض والحمل.² ويعرف الإنزال أو ما يسمى الاحتلام بأنه خروج المني المتدفق بلذة في حالة النوم أو في حالة اليقظة بالجماع.³

أما الإنبات فهو نبات الشعر الخشن على الفرج الأنثى وعلى الذكر للغلام، و هو ما يعرف عندا لعلماء بنبات الشعر العانة، ويحتاج في إزالته الحلق، دون الشعر الزغب الذي ينبت للصغير ولا عبرة بنبات شعر الإبط أو اللحية أو الشارب لأن ذلك يتأخر عند البلوغ، وحينئذ لا يكون علامة عليّة.⁴

أما الحيض فهو الدم الذي ينفسه رحم المرأة بصورة دورية كل شهر قمري غالباً، خلال فترة نشاطها الجنسي التي تمتد من البلوغ إلى سن اليأس، ويتوقف مؤقتاً أثناء الحمل والنفاس كما يمكن أن

¹ - القانون المدني الفرنسي 2 mars 2017code civil version consolidée au .

² - جيلالي نشوار، المرجع السابق، ص 48.

³ - عمر سليمان أشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، ط11، دار نفائس، عمان، الأردن، 1997، ص 111.

⁴ - سعيد قاضي، رضا مكلفة في إنشاء عقد الزواج في شريعة الإسلامية و قانون أسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص أصول و فقه، كلية علوم الإسلامية، جامعة الجزائر (1)، 2010/2011، ص 66-67.

يتوقف مؤقتاً أو نهائياً بسبب بعض الأمراض، أما الحمل أو ما يعرف بالحبل، فهو تخلق الجنين في رحم أمه و له علامات تدل عليه منها: انقطاع الطمث، انتفاخ البطن تدريجياً.... الخ . وعليه فإنه يصعب تحديد سن معينة تنطبق على جميع الأشخاص لأن وقت ظهور تلك الأمارات يختلف باختلاف الأشخاص و نموهم¹.

وتعتبر قضية تحديد سن الزواج بسن معين من قضايا الواقع المعاصر وهي محل الخلاف بين الفقهاء المتقدمين المعاصرين على حد سواء، فقد اتفقوا على أن الزواج من حيث مشروعيته جائز ومشروع، كما اتفقوا على جواز نقيذ المباح للمصلحة، غير أنهم اختلفوا في حكم تحديد سن معين للزواج، فذهب بعض علماء الفقه ومنهم فضيلة الشيخ ابن عثيمين رحمه الله، والشيخ العلامة عبد المحسن العبدكان، وفضيلة الشيخ الدكتور يوسف القرضاوي إلى جواز تحديد سن الزواج وتقييده بسن معينة، بينما ذهب جانب آخر من الفقه منهم فضيلة الشيخ عبد العزيز ابن باز والدكتور أحمد العسال و الدكتور مصطفى السباعي والأستاذ حسام الدين عفاة إلى عدم جواز تحديد سن معين للزواج². وأمام هذا الاختلاف في تحديد سن البلوغ التي تتم به أهلية كل من الفتى والفتاة للزواج قسم الفقهاء المسلمون مسار حياة الإنسان من ولادته حتى بلوغه إلى ثلاث مراحل هي: مرحلة الطفولة وتمتد من الولادة وحتى إتمام السبع سنوات تقريبا، وفيها يكون الصبي غير مميز وتصرفاته غير معتبر في الزواج أو غيره، ومرحلة التمييز وتمتد من سن السابعة حتى سن البلوغ، وفيها يكون الصبي مميز وتصرفاته تحتاج إلى إجازة وليه، ثم أخيرا مرحلة البلوغ الجسماني لأهلية الزواج، و تبدأ تقديريا عند تمام الثانية عشر عند الفتى و سن التاسعة عند الفتاة³.

ثانيا : في الشريعة المسيحية

يعتبر الزواج من المقدسات لدى جميع الطوائف المسيحية، وتعتبر الطوائف الأرثوذكسية والكاثوليكية سر مقدس، وهو رمز اتحاد المسيح بالكنيسة، ولكن الطوائف البروتستانتية، تعتبر

¹ - جيلالي تشوار، المرجع السابق، ص 49.

² - نجاة قروز، السلطة التقديرية للقاضي في تزويج القاصرة في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجلفة، 2014/2013، ص 41- 43.

³ - سعد عبد العزيز، الزواج و طلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ص 93 .

رابطة مقدسة مفضلة على البتولية ،لأن الله رسم نظام الزواج منذ بدء الخليفة وكرمه ولكنه لا ترتفع به إلى مستوى السر الإلهي المقدس ¹.

ولم تعتبر بعض المذاهب النصرانية البلوغ كشرط لأهلية الزواج وإنما اعتبرت تحديد السن قانونا هو الشرط، كما اشترطت العقل لصحة الزواج بأن يكون للمتعاقدین عاقلين مستكملين القوى التي تمكنهما من إتمام الاقتران الطبيعي، وإذا ثبت أن أحد المتعاقدین لم يكن عاقلا عند إتمام العقد فيبطل الزواج، و هذا الإبطال يحتاج إلى طلب من أحد الزوجين و قرار المحكمة الروحية وهذا حسب ما جئت به المادة 23 من المشروع البروتستانتي كما اعتبرت المادة 16 من المشروع الأرمن الأرثوذكس و أن زواج المصابين بالأمراض العقلية ممنوعا منعاً باتاً².

وتحدد الطوائف المسيحية سن الزواج لكل من امرأة و رجل مع وجود اختلاف بينهما فترى الطائفة الكاثوليكية أن سن الزواج هو ستة عشر سنة للرجل و أربعة عشر سنة للمرأة و هذا حسب ما ورد في المادة 1183 من الحق القانوني اللاتيني والمادة 800 من مجموعة الكنائس الشرقية وهو نفس السن الذي يحدده الإنجيل، بينما يحدد القانون البيزنطي لطائفة الروم والأرثوذكس، بسن الرابعة عشر سنة للرجل وسن الثانية عشر للمرأة، وقانون الأحوال الشخصية لطائفة الأرمن الأرثوذكس بسن السابعة عشر سنة للرجل وسن الرابعة عشر للمرأة، أمل الأقباط فيحددون سن الزواج بثمانية عشر للرجل و ستة عشر للمرأة³.

¹ - فؤاد عبد اللطيف أحمد، الزواج المبكر بين أحكام الشريعة و أحكام القوانين الوضعية، مقال منشور بمجلة الحجار العالمية المحكمة للدراسات الإسلامية و العربيتين عدد 12، جامعة فلانديا، عمان، الأردن، 2015، ص

² - محمد فهد شفق، شرح الأحوال الشخصية للمسلمين و النصارى و اليهود، دراسة قانونية فقهية مقارنة، ج. 1، د. ط، د. د. ن ، سوريا، 1972، ص 216- 218.

³ - فؤاد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 264 .

الفصل الثاني : القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص المعنوي

تعد مسألة القانون واجب التطبيق على الشخص المعنوي من أهم المواضيع التي تطرح في مجال القانون الدولي الخاص، وذلك لما تمثله هذه الأشخاص المعنوية (الاعتبارية) والدور الكبير التي تلعبه في إطار النشاط الاقتصادي، وحركة رؤوس الأموال وغيرها.

و منه فقد اضطرت كل الدول المختلفة في جميع العهود إلى الاعتراف بالشخص المعنوي وإن اختلفت درجته، مما يدل على أن الشخص المعنوي أصبح ضرورة لا يمكن الاستغناء عنها، فالأشخاص المعنوية هي التي تزودنا بالكهرباء والماء، وهي التي نستودعها أموالنا، وهي التي تؤمن أخطارنا وتدرس أبناءنا وتداوي مرضانا، إنها المؤسسات العامة والخاصة وكذا الشركات التجارية فقد أصبحت الأشخاص المعنوية عصب الاقتصاد و بدونها لا يمكن العيش.

و لذلك سنتحدث في هذا الفصل في المبحث الأول : (الشخص المعنوي و أهليته فقها وقانونا) و في المبحث الثاني إلى : (أنواع الشخص المعنوي و القانون الواجب التطبيق) .

المبحث الأول : الشخص المعنوي و أهليته فقها وقانونا:

كثيرا من الأعمال لا يستطيع الإنسان وحده أن يقوم بها ليحققها لأن طاقته محدودة وعمره محدود، لذلك فهو يحتاج إلى جهود متضافرة لتنفيذها وتحقيقها، و ذلك لا يتوفر إلا من خلال الأشخاص المعنوية التي تكون بإعطائها الشخصية القانونية مستقلة على الأفراد المكونين لها، لذلك قد اعترف القانون والفقه لشخصية المعنوية (الاعتبارية) بعدة خصائص للقيام بنشاطاتها وتحقيق الأهداف التي أنشأت من أجلها ومن بين أهم هذه الخصائص أهلية في حدود الغرض والهدف الذي أنشأت من أجله.

نتطرق في هذا المبحث في **المطلب الأول** منه إلى : (تعريف الشخص المعنوي وخصائصه) وفي **المطلب الثاني** إلى : (أهلية الشخص المعنوي فقها و قانونا)

المطلب الأول: مفهوم الشخص المعنوي (الاعتباري) وخصائصه:

الأصل أن الشخصية القانونية تنسب للشخص الطبيعي أي الإنسان فقط، فالشخص الطبيعي يكتسب الشخصية القانونية بمجرد ميلاده، كما تثبت له بعض مميزات هذه الشخصية حتى قبل الميلاد، غير أن الضروريات العلمية والظروف الاجتماعية والتطور الاقتصادي الهائل في هذا العصر دفع القانونيين إلى منح الشخصية القانونية للشخص المعنوي أو الاعتباري الشخصية القانونية والاعتراف له بالقدرة على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وسنتناول في هذا المطلب في الفرع الأول منه إلى تعريف الشخص المعنوي (الاعتباري) لغة واصطلاحا، والشخص المعنوي (الاعتباري) في الفقه الإسلامي وخصائص الشخصية المعنوية في الفرع الثاني .

الفرع الأول : التعريف بالشخصية الاعتبارية (المعنوية) لغة و اصطلاحا :

أولا : تعريف الشخصية الاعتبارية (المعنوية) لغة :

بالنظر إلى المصطلح نجده مكون من كلمتين شخصية واعتبارية (معنوية)

1 - تعريف الشخص أو الشخصية لغة :

الشخصية لغة: مصدر صناعي، من الشخص: والفعل من شخص، والشخص في اللغة يطلق

على معان:

الشخص : هو كل جسم له ارتفاع وظهور، وقيل هو سواد الإنسان يرى من بعيد، وجمعه أشخاص، ويقال هذا أمر شخصي يعني أنه يخص إنسانا بعينه¹.

كما يطلق على الفرد من الكائن البشري ذكرا أو أنثى²، ويطلق الشخص في المجاز اللغوي على كل شيء إذ عينه الإنسان³، أي على كل شيء معين .

2- تعريف الاعتبارية أو الاعتبار :

صفة الاعتبارية، وهي من الاعتبار، والفعل منها عبر، ومصدره العبر، وهو التجاوز من حال إلى حال، وهذا ما جاء في مفردات القرآن للراغب الأصفهاني : «أن أصل العبرة هو التجاوز من حال إلى حال»⁴ .

قال تعالى : « إن في ذلك لعبرة لأولي الأبصار »⁵

و في أية أخرى قال تعالى : « فاعتبروا يا أولي الأبصار »⁶

¹ - ابن منظور لسان العرب، مادة (شخص) الجزء 7 مرجع سابق ص 51 .

² - أنطوان نعمة وآخرون، المنجد في اللغة العربية، مادة (شخص)، طبعة 2، دار المشرق، بيروت، 2001، ص 751.

³ - محمود الزمخشري ، أساس البلاغة، طبعة 2، دار صادر، بيروت، ص 323 .

⁴ - الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق صفون داوودي، الطبعة الخامسة، دار القلم، الدار الشامية، 2011 ص 543 .

⁵ - سورة آل عمران الآية 13

⁶ - سورة الحشر الآية 2

الاعتبار يطلق ويراد به ما يقابل الواقع، يقال هد أمر اعتباري أي ليس بثابت في الواقع، فهو مبني على الفرض والتقدير، وقد يطلق ويراد بهما يقابل الوجود الخارجي فيكون بهذا المعنى هو اعتبار الشيء الثابت في الواقع.

ثانيا : الشخصية الاعتبارية (المعنوية) في الاصطلاح القانوني :

1- تعريف الشخص الاعتباري (المعنوي) عند فقهاء القانون :

لقد أعطى فقهاء القانون تعريفات متعددة للشخص الاعتباري (المعنوي) حيث عرفه الدكتور عمار بوضياف : « الشخص المعنوي (الاعتباري) على انه مجموعة من الأشخاص أو الأموال تتحد من اجل تحقيق غرض معين و معترف لها بالشخصية القانونية»¹ .

كما عرفه الدكتور محمد حسين منصور أن: « الشخص المعنوي (الاعتباري) مجموعة من الأموال ترصد لتحقيق غرض معين يتعلق بالبر أو النفع العام كمستشفى أو ملجأ أو معهد علمي، ينشئه أحد الأشخاص، وتكون له شخصية قانونية تقوم على أساس المال و الغرض منه»²

وعرفته أيضا الدكتورة محمدي فريدة (زواوي) : « الشخص المعنوي أو الاعتباري هو مجموعة من الأموال أو جماعة من الأشخاص يتحدون للقيام بنشاطات مشتركة ولأغراض مختلفة، ويسمى بالشخص المعنوي لأن ليس له كيان مادي، وإنما وجود معنوي فقط، وقد اعترف له القانون بالقدرة على اكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات»³.

ينشأ الشخص المعنوي لتحقيق غرض معين، وهذا الغرض هو الذي يحدد غالبا مميزاته، وخصائصه فل تكون له أهلية ولا ذمة مالية إلا في حدود هذا الغرض ولا تمنح له الشخصية القانونية إلا لتحقيق هذا الغرض⁴.

من خلال جملة التعريف يمكن صياغة تعريف الشخص المعنوي بأنه : « الشخص المعنوي (الاعتباري) مجموعة من الأشخاص الطبيعيين أو الأموال أو كلاهما معا تتحد من أجل غرض معين ويعترف لها بالشخصية القانونية» .

¹ - د عمار بوضياف، النظرية العامة للحق و تطبيقاتها، المرجع السابق، ص 92 .

² - محمد حسن منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2009، ص 437.

³ - د محمدي فريد (زواوي)، المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، المدرسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، سنة 1997، ص

103 .

⁴ - المرجع نفسه، ص 104.

2 - شرح التعريف من خلال بيان عناصره :

أ- وجود الشخص المعنوي (الاعتباري) هو وجود شرعي، أو قانوني تقديري وليس وجودا حسيا.

ب- وجود الشخص المعنوي (الاعتباري) وجود تبعي لكنه مستقل، أي أننا بصدد كائن كيان جماعي وليد تجمع أفراد أو أموال، يتمتع بكيان ذاتي مستقل عن كيان وذاتية تكوينه أو منشئه من الأفراد¹، يتمتع بأهلية وذمة مالية مستقلة عن أهلية وذمة الأشخاص الطبيعيين الممثلين له.

ت- يجب أن يكون هدف الشخص المعنوي (الاعتباري) هو تحقيق غرض معين، أي أن يهدف إلى تحقيق مصلحة المجموعة سواء كان هدفا عاما يحقق المصلحة العامة أو يحقق مصلحة خاصة لجماعة معينة².

كما يشترط أن يكون الهدف أو الغرض ممكنا و مشروعاً، أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة³، ويجب كذلك أن يكون مستمرا وليس امراً عرضياً⁴.

ث- يجب أن يكون هناك تنظيم يضمن حسن سير العمل ويكفل مباشرة الشخص المعنوي (الاعتباري) لنشاطه، فلا بد من وجود إرادة منظمة تعمل على تحقيق أغراضه، وأن تكون هذه الإرادة مستقلة عن إرادة المكونين له، وطبقاً لهذا التنظيم يتم تعيين الهيئة التي تمثل الشخص المعنوي وتعبّر عن إرادته وتعمل لحسابه⁵.

ج- لا يعد شخص معنوي حتى يكتسب الاعتراف الشرعي أو القانوني، إذ لا بد من إقرار القانون واعترافه بهذا الكائن حتى يولد قانوناً ويكتسب الشخصية القانونية⁶.

يكون الاعتراف إما اعترافاً عاماً أو اعترافاً خاصاً، ويكون الاعتراف عاماً إذا وضع المشرع شروطاً عامة، متى توافرت في مجموعة من الأموال، أو مجموعة من الأشخاص اكتسبت الشخصية المعنوية، دون حاجة إلى إذن أو ترخيص م 417 قانون مدني : ” الشركات المدنية تكتسب الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها... “.

¹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 447.

² - د محمدي فريد (زواوي)، المرجع السابق، ص 112 .

³ - محمد حسين منصور، مرجع سبق ذكره، ص 447

⁴ - محمدي فريدة (زواوي)، ، مرجع سبق ذكره ، ص 112

⁵ - محمد حسين منصور، نظرية الحق، المرجع السابق، ص 448

⁶ - المرجع نفسه، ص 449

أما الاعتراف الخاص فهو الترخيص الخاص المطلوب الحصول عليه للاكتساب الشخصية المعنوية نص المادة 49 قانون مدني : « ... و كل مجموعة التي يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية ... »¹.

الفرع الثاني : الشخصية المعنوية في الفقه الإسلامي وخصائص الشخصية المعنوية:

أولاً: الشخصية المعنوية في الفقه الإسلامي:

لم يعرف الفقه الإسلامي الشخصية الاعتبارية أو المعنوية، ولكننا إذا تصفحنا كتبهم وجدنا أن فكرة الشخصية المعنوية موجودة واضحة في كتب الفقه الإسلامي، و لكن بلفظ مخالف للفظ المشار إليه، لان العبر بالمعنى لا باللفظ والسبب في ذلك هو أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد جعلوا فكرة الذمة هي الأساس لذلك، و انحصرت نظرة الفقه الإسلامي في الذمة الطبيعية وحدها لان الإنسان هو محل الاهتمام باعتباره أهلاً للتكليف كما يقول الإمام الغزالي : « ما أهلية ثبوت الأحكام في الذمة فمستقاة من الإنسانية التي بها يستعد لقبول قوة العقل الذي فهم التكليف.... و تشترط الإنسانية الحياة.... والنطفة في الرحم قد يثبت لها الملك بالإرث و الوصية.....إذا مصيرها الحياة ،فكذلك الصبي مصيره إلى العقل فصح لإضافة الحكم إلى ذمته ولم يصلح لتكليف في الحال » فالذمة هي أساس الحقوق والالتزامات².

وفقهاء الإسلام وإن لم يعرفوا اصطلاح الشخصية الاعتبارية أو المعنوية المحدث فقد عرفوا معناها حين بحثوا في الذمة والأهلية فكما أثبتوها للإنسان أثبتوها لغير الإنسان لضرورة ذلك، فقد تجلت صورة هذه الشخصية في الدولة، وبيت المال ،والوقف والمسجد والشركات وغيرها³، وقد جعل الفقه الإسلامي الذمة أهلية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات فما مفهوم الذمة قانوناً مقارنة بالشريعة الإسلامية وما علاقة الذمة المالية بالشخصية ؟

1- مفهوم الذمة في القانون الوضعي مقارنة بالشريعة الإسلامية

¹ - محمدي فريدة، المرجع السابق، ص 114 .

² <https://www.asjp.cerist.dz/en/downarticle/92/5/1/15000> ، الشخصية القانونية المعنوية في الفكر الإسلامي

محمود بورقعة.

³ - مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار القلم ،دمشق، 2004، ص 786.

تكلم فقهاء القانون الوضعي عن الذمة المالية وقد عرفها الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنها: "ما للشخص وما عليه من حقوق وديون منظورا إليها كمجموعة"¹.

وعليه فيدخل في الذمة الحقوق والديون ذات القيمة المالية كالحقوق العينية مثل : حق الملكية، حق الانتفاع، وحق الرهن..... إلخ، ويدخل فيها أيضا الحقوق الشخصية² أو الالتزامات لأنها قيمة مالية إيجابية من حيث أنها حقوق، ويدخل فيها أيضا الحقوق المالية الواقعة على الأشياء غير المادية كحق المؤلف، وحق الفنان المالي بخلاف الحق الأدبي للمؤلف فهو حق غير مالي فلا يدخل في الذمة المالية³، وتخرج من الذمة المالية الحقوق والواجبات ذات الصلة السياسية كحق الحياة، والولاية على النفس وبعض الدعاوى المدنية كدعوى النسب.⁴

2- علاقة الذمة المالية بالشخصية:

لما كانت الذمة المالية تعبر عن حقوق وديون والتزامات مالية فلا بد أن تسند إلى شخصية تمتلكها، فالشخص وحده هو الذي تكون له ذمة مالية سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، فبموجب صلاحيته لأن تكون له حقوق وعليه التزامات تكون له ذمة مالية⁵ لذلك قرر فقهاء القانون أنه نظرا لتمتع الشخص الاعتباري بشخصية مستقلة عن شخصية أعضائه، فإن ذلك يستتبع تمتعه بذمة مالية مستقلة عن ذمم أعضائه الممثلين له، وتكون هذه الذمة وعاء معنويا مقدرا في الشخص الاعتباري تثبت فيه حقوقه وواجباته⁶، فتكون الذمة المالية ذمة معنوية مقدرة في شخصية معنوية مقدرة أيضا.

ثانيا : خصائص الشخصية المعنوية :

عملا بنص المادة 50 من أحكام القانون المدني التي تنص على: "يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازم لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقرها القانون يكون لها خصوصا :

- ذمة مالية.

- أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقرها القانون.....

¹ - عبد الرزاق السنهوري، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 225.

² د عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 184.

³ المرجع نفسه، ص 226، 227.

⁴ د المرجع نفسه، ص 225، 226.

⁵ د المرجع نفسه، ص 232، 233.

⁶ د أحمد الخولي، نظرية الشخصية الاعتبارية، طبعة 8، دار السلام ، القاهرة، سنة 2003 ، ص 37.

- مواطن و هو المكان الذي يوجد في مركز إدارتها.

- حق التقاضي“ .

وتأسيسا على هذا النص يتميز الشخص المعنوي بعدة خصائص يمكن عرضها كما يلي الذمة المالية،
الموطن، الحالة، الاسم، و حق التقاضي و الأهلية.

1- الذمة المالية :

يقصد بالذمة المالية للشخص المعنوي التراث المالي مجموع ما لشخص و ما عليه من حقوق
وواجبات مالية في الحال أو المستقبل.

وتتميز هذه الذمة باستقلالية عن ذمم الأشخاص الطبيعيين المكونين للشخص المعنوي¹، فديون
الشخص الاعتباري تضمنها حقوقه، ولا يجوز لدائني الأعضاء أو دائني المؤسسين التنفيذ بحقوقهم
على أموال الشخص المعنوي، ولا يجوز لدائني الشخص المعنوي التنفيذ على الأموال الخاصة
للأعضاء والمؤسسين لأن أموالهم لا تدخل في ذمة الشخص الطبيعي فلا تعد ضمانا عاما، بإستثناء
شركة التضامن التي تقوم على الاعتبار الشخصي فلا يوجد فرق بين المال الخاص للشريك والمال
المملوك للشركة .

2- الموطن:

ينجر عن تمتع الشخص المعنوي بالشخصية القانونية اكتساب موطن يخاطب فيه بكل ما يخص
علاقاته ونشاطه القانوني، ويصبح بهذا الشكل ذو قيمة قانونية والتساؤل عن قيمة الموطن يتطلب من
جهة التساؤل عما إذا كان إلزاميا، كما يعني من جهة أخرى تحديد مكانة الموطن ضمن مكونات
الشخصية القانونية للشخص المعنوي و يكون هذا الموطن مستقل عن موطن أعضائه والذي يوجد فيه
مركز إدارته الرئيسي² .

3- الاسم:

لشخص المعنوي اسم يميزه عن غيره، فقد يكون اسم الشركاء أو احدهم أو اسم منبثق من غرض
الشخص³ .

واسم الشخص المعنوي ليس عمل جوازي بل تصرف إلزامي يتعين على الأفراد المشكلين لشخص
المعنوي تحديده، ويختلف هذا التحديد بحسب طبيعة الشخص المعنوي¹ . وإذا كان هذا الشخص

¹ - د عجة الجبالي، مدخل العلوم القانونية، نظرية الحق ، المرجع السابق ، ص214.

² - د محمدي فريدة ، المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، المرجع السابق، ص117.

³ - المرجع نفسه، ص117.

المعنوي يمارس التجارة فيمكن اتخاذ اسما تجاريا، ويعد حقا ماليا، يجوز التصرف فيه ولكن ليس بصفة مستقلة عن المحل التجاري

وحق الشركة على اسمها حق مالي أما حق الجمعية أو المؤسسة الخاصة على اسمها طالما لا تهدف إلى تحقيق الربح فيعد حقا أدبيا من حقوق الشخصية².

4- الحالة:

يقصد بالحالة الحالة السياسية، إذ لا يمكن أن يكون لشخص المعنوي حالة عائلية فهي قاصرة بالطبيعة على الإنسان، وهي أنتساب الشخص قانونا للدولة معينة والسائد عرفا وقانونا أن يحدد جنسية الشخص المعنوي بالدولة التي توجد فيها مركز الإدارة الرئيسي الفعلي فمتى اتخذ الشخص المعنوي بلدا معيناً مركز إدارته تثبت له جنسية هذا البلد، و يخضع نظامه القانوني لقانون هذه الدولة، وقد اعتبر بعض الفقهاء أن الجنسية بالنسبة لشخص المعنوي أهم من الجنسية للشخص الطبيعي، ذلك لأنه إذا كان من الممكن وجود شخص عديم الجنسية، فمن غير المتصور وجود شركة بدون جنسية، فمن الضروري أن تكون لها جنسية .

5- حق التقاضي :

من الخصائص المترتبة على اكتساب الشخصية المعنوية حق التقاضي، إذ يمكنها رفع الدعاوى بإسمها للمطالبة بحقوقها و الدفاع عن مصالحها، و لا شأن في ذلك للشخص المعنوي طالما تتوفر فيه صفة التقاضي بإسمه³، و هذا ما اقره المشرع الجزائري طبقا لأحكام المادة 50 الفقرة 08 من القانون المدني الجزائري.

كما أن جميع الدعاوى ترفع باسم الشخص المعنوي، وفي شخص ممثله والخطأ في اسمه لا اثر له طالما كان اسم الشركة صحيحا، ويمكن للممثل القانوني مباشرته للدعوى باستعمال دفوع خارجة عن الشخص المعنوي.

¹ - د عجة الجبالي ، مدخل العلوم القانونية، نظرية الحق ، المرجع السابق ص 192.

² - د محمدي فريدة ، المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، المرجع السابق ص117.

³ - أحمد أبو الروس : موسوعات الشركات التجارية، المكتب الجامعي الحديث، سنة 2002، ص 42

المطلب الثاني: أهلية الشخص المعنوي :

مما سبق ذكر في خصائص الشخص المعنوي في المطلب الأول وخاصة تمتع بأهلية وجوب و أهلية أداء، و ذمة مالية، وموطن، وجنسية، وبروز هذه المميزات خاصة بمقارنتها مع مميزات الشخص الطبيعي.

وفيما يلي ندرس أهلية وجوب الشخص الطبيعي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في (الفرع الأول)، أما في (الفرع الثاني) أهلية الأداء للشخص المعنوي في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي.

الفرع الأول: أهلية الوجوب للشخص المعنوي (الاعتباري)

أولاً: أهلية الوجوب للشخص المعنوي (الاعتباري) في الفقه الإسلامي :

إن علماء الشريعة الإسلامية يقولون أن أهلية الوجوب والذمة كلتيهما من خصوصيات الإنسان، فقد امتاز عن غيره من سائر المخلوقات، من حيوانات و جمادات بما أودعه الله تعالى من عقل، غير انه لا بد من أهلية و ذمة للجهات العامة كالدولة و الهيئات الحكومية، والجمعيات، والشركات، وكذا بيت المال والوقف، وغيرها نتيجة للحقوق والواجبات التي تثبت لهم وعليهم، و إن كان الفقهاء لم يتكلموا عن الشخصية المعنوية تصريحاً فلا بد من وجود هذه الشخصية تتمتع بأهلية و ذمة معنوية أيضاً¹.

ادعى بعض الباحثين المعاصرين أن الحنفية لا يقرون بوجود الشخصية المعنوية ولا يثبتون لها أهلية ولا ذمة، وبنو ذلك على قول بعض الحنفية: (إن الوقف لا ذمة له)، وعلى قولهم إن الهبة لهذه للجهات العامة كالمسجد والمستشفى لا تصح لأن الهبة تملك، وهي لا تملك².

غير أن الشيخ علي خفيف رد هذا القول بأن الحنفية كثيراً ما يقرون في كتبهم الفقهية والأصولية لهذه الجهات العامة أحكاماً تقتضي أنه يثبت لها حقوق تجاه غيرها يطالب بها القائمون من ولي أو ناظر وأن عليها وجبات مالية يطلبها أرباب العمل ممن له الولاية عليها شأنها في ذلك شأن الصبي المميز ومن في حكمه³.

¹ - د آل علي صالح، عوارض الأهلية في المسؤولية الجنائية، الطبعة 1، ص 84 - 85

² - الشيخ علي الخفيف الحق و الذمة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة 2010، ص 120-121

³ - الشيخ علي الخفيف الحق و الذمة، المرجع نفسه، ص 121.

وهذا ليس خاصا بالمذهب الحنفي فقط، بل هو في المذاهب الأربعة وفيما يأتي عرض لبعض الأمثلة والنماذج في المذهب الحنفي و المالكي:

1- في المذهب الحنفي :

- قال الحنفية إذا آجر الناظر أعيان الوقف فتأخر المستأجر في أداء الأجرة يكون مدينا بها لجهة الوقف، لا للناظر عليه، ولا لغيره¹. وهذا يدل على وجود ذمة لها تقوم عليها أهلية الوجوب.
- كما قالوا يستحق بيت المال ويملك جميع التركات التي لا مستحق لها، وله أموال وأملاك إذا استغنى عن شيء منها يباع باسمه ويكون ثمنه له، كما انه تستحق فيه النفقة للفقراء والعاجزين الذين لا عائل لهم شرعا، وأجور العمال ورواتب الموظفين من ولاية وقضاة ومعلمين²، وعليه يعد بيت المال أهلا للالتزام بحفظ المال ريثما ينفق في مصالح المسلمين.
- كما أجاز الحنفية للإمام أن يستقرض لبيت المال عند الحاجة، ويعد بيت المال هو المدين بالقرض في هذه الحالة³. وهذا يدل على أن بيت المال له حقوق وعليه واجبات، وبالتالي وجود أهلية وجوب له.

2- في المذهب المالكي :

- صرحوا المالكية في الوقف بأن الموقوف عليه (يجب أن يكون أهلا للتملك حقيقة كالشخص المعين و الفقراء، أو أهلا للتملك حكما كالقنطرة أو المسجد)⁴ فقد اعتبروا أن القناطر والجسور والمسجد أهلا للتملك حكما . وبمفهوم المخالفة ذلك ثبوت للشخصية المعنوية بما لها من أهلية و ذمة.
- كما جاء أيضا في بعض كتب المالكية نفي أهلية التملك عن المسجد وأن الصدقة عليه ولهبة له وعد بإنفاق المال في جهة البر فيؤمر بإنفاذها، ولا يجبر عليه قضاء لعدم المطالب به لان المنتفع بها، ليس المسجد وإنما جماعة المسلمين⁵ .

¹ - د عبد الرزاق السنهوري، المدخل إلى النظرية العامة في الالتزام، المرجع السابق ص 279.

² - المرجع نفسه، ص 280.

³ - المرجع نفسه، ص 280.

⁴ - المرجع نفسه، ص 281.

⁵ - الشيخ علي الخفيف، الحق و الذمة، المرجع السابق، ص 124-125.

ثانيا: أهلية الوجوب للشخص المعنوي (الاعتباري) في القانون :

طالما أن الشخص الاعتباري يتمتع بالشخصية القانونية كالشخص الطبيعي فإنه لابد أن يتمتع كذلك بأهلية وجوب أي صلاحيته لاكتساب الحقوق وتحمل بالالتزامات غير أن أهلية وجوب الشخص المعنوي أضيق نطاقا منها لدى الشخص الطبيعي، ويتضح ذلك من خلال القيود المفروضة على أهلية الوجود أي صلاحيته لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات إلا بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض أو الهدف¹ أو ما يعرف بمبدأ التخصيص.

فما هو المقصود بهذا المبدأ و كيف تتأثر أهلية الوجود و ما هي القيود التي ترد عليها؟

(1)- تأثر أهلية الوجوب بمبدأ التخصيص:

يقصد بمبدأ التخصيص هو وجود الشخص المعنوي من اجل تحقيق هدف أو غرض معين ينحصر في الحدود التي يقتضيها هذا الهدف، ولا يصلح بالتالي، لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات إلا بالقدر اللازم لتحقيق ذلك الغرض².

وهذا ما يستنتج من نص المادة 416 ق مدني والتي تقتضي أن «الشركة عقد بمقتضاها يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة».

انطلاقا من هذا النص يتعين على الشخص المعنوي أن يتخصص في نشاط معين أو تحقيق هدف مشترك بين الأشخاص المكونين له، كما أن استفاد الغرض الذي انشأ من اجله يؤدي إلى انقضاء الشخصية المعنوية عملا بإحكام الفقرة الأولى من نص المادة 437 ق المدني، وصفوة القول أن أهلية الوجوب تنحصر بالقدر اللازم لتحقيق غرض أو هدف الشخص المعنوي³.

(2)- القيود المفروضة على أهلية الوجوب المرتبطة بالشخص المعنوي:

تستمد هذه القيود أساسا من القانون و هذا ما يتجلى في نص المادة 50 ق مدني والتي تقضي على أن يتمتع الشخص المعنوي (الاعتباري) بجميع الحقوق إلا ما كان ملازما لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي قررها القانون، فلا تثبت للشخص المعنوي الحقوق و الالتزامات الملازمة لصفة الإنسان الطبيعية ، وإنما تثبت له فقط الحقوق و الالتزامات التي تتلاءم وتسمح بها طبيعته⁴.

¹- د محمدي فريدة ، المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، المرجع السابق، ص 116 .

²- محمد حسين منصور، نظرية الحق، المرجع السابق، ص 454.

³- د عجة الجيلالي ، مدخل العلوم القانونية، نظرية الحق ، المرجع السابق، ص203.

⁴-محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 454.

كما تضيف المادة 50 ق مدني في فقرة أخرى «أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون»، وفي نفس الاتجاه المادة 549 ق تجاري على أنه «لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها ...» انطلاقاً من هاتاه النصوص تثبت أن أهلية وجوب الشخص المعنوي مقيدة بقيود قانونية و قيود اتفاقية¹ .

تتمثل بالأساس في قيد احترام حدود الأهلية التي يقررها القانون، أي أن أهلية الوجوب التي يتمتع بها الشخص المعنوي مقيدة في حالات نصت عليها أحكام قانونية خاصة نذكر منها على سبيل المثال منع المشرع الجزائري لبعض الأشخاص المعنوي من اكتساب الحقوق، كما هو الحال بالنسبة للجمعيات ذات الطابع السياسي، والاجتماعي والتي يحضر عليها المشرع قبول الهبات الأجنبية دون وجود إذن خاص صادر على وزارة الداخلية²، كذلك نجد قيود اتفاقية وهذا يستتج من عبارة احترام حدود الأهلية التي يعينها عقد إنشائها، عملاً بأحكام م 50 ق مدني، وفي هذا الإطار يمكن للأشخاص المكونين لشخص المعنوي تحديد أهلية الوجوب التي يتمتع بها الشخص المعنوي المزمع إنشاؤه في حدود معينة يرسمها عقد الإنشاء وتكون حسب شكل هذا الشخص المعنوي³.

الفرع الثاني : أهلية الأداء للشخص المعنوي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

لقد عرف علماء الأصول من الحنفية أهلية الأداء بأنها: « صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل»⁴ .

و عليه فهل تثبت هذه الأهلية لشخص الاعتباري ، أم لا ؟

أولاً : ثبوت أهلية الأداء لشخص الاعتبار (المعنوي) في الفقه الإسلامي:

إن الشخص الاعتباري هو شخصية معنوية افتراضية لا تتمتع بالحياة ، ولا تمر بأطوار الحياة الإنسانية وما يعترئها من إدراك وتمييز، وتكليف (أي: بلوغ مع العقل) إذا لا يتصور وجود أهلية أداء لهذا الشخص، فهو فاقد للأهلية الأداء والتصرف أي ليس له أهلية أداء ناقصة أو كاملة، فلا يتصور أن يباشر التصرفات الشرعية، أو القانونية، إلا بواسطة من يمثلوه من أشخاص طبيعيين يقومون بتلك التصرفات بالنيابة عنه ولحاسبه ، فالرئيس والملك يتصرفان نيابة عن الدولة، والقاضي يتصرف نيابة عن المؤسسة القضائية.

¹ - د عجة الجبالي، المرجع السابق، ص204.

² - المرجع نفسه، ص204.

³ - د عجة الجبالي، المرجع السابق ، ص 205.

⁴ -أصول الفقه ، و هبة الزحيلي ، ص/ الزرقا المدخل الفقهي ص 782

لكن لابد من التنبيه هنا بأنه يشترط توافر أهلية الأداء الكاملة فيمن يمثل الشخص الاعتباري حتى يصح تصرفه نيابة عنه فيشترط فيمن يمثله أن يكون بالغاً عاقلاً سالماً من عوارض الأهلية الخلقية أو المكتسبة التي تنقص الأهلية أو تزيلها كالسلامة من الجنون والعتة.... الخ ، وهي أمور تعرف في مواطنها من كتب أصول الفقه.

كما يشترط توافر الشروط الإضافية التي ذكرها الفقهاء في كتبهم (كعدالة، والعلم المؤدي للاجتهاد في النوازل والأحكام، وسلامة الأعضاء من النقص، والرأي المفضي إلى سياسة الرعية والشجاعة والنجدة...)، والشروط الذي ذكرها العلماء للقاضي، والشروط التي ذكرها لناظر الوقف ليقوم الشخص الطبيعي بالتصرف عن الشخص المعنوي، ومن أمثلة أهلية الأداء في الفقه الإسلامي حيث جعلوا لناظر الوقف حق بيع محصول أراضي الوقف، وإن يشترى لها ما تحتاجه من الأثاث ودواب، ويكون ما يشتريه ملكاً للوقف، لا لمستحقه ولا سائبة بلا مالك، لأن ذلك يتنافى مع عقد الشراء فأصبحت جهة الوقف بذلك بائعة و مشتريه و كان لها من الحقوق ما يكون لكل بائع أو مشتري ، وكذا إذا اجر الناظر أعيان الوقف، فتأخر المستأجر يكون مدينين بها لجهة الوقف لا لناظر عليه ولا للمستحقين¹.

ثانياً : ثبوت أهلية الأداء لشخص المعنوي في القانون:

تعرف الأهلية قانوناً على أنها صلاحية الشخص لمباشرة الأعمال والتصرفات القانونية بنفسه والشخص الاعتباري ليس له تمييز بحكم طبيعته إذ ليس له بذاته إرادة ولقد اختلف الفقه بين من أقرها لشخص المعنوي، أي أن الشخص المعنوي ليس منعدم الأهلية بل له أهلية لكن لا يستطيع العمل إلا بواسطة ممثله ، كما هو الأمر بالنسبة لشخص الطبيعي عديم التمييز².

لكن يجب أن لا يقهم من عدم إمكانية الشخص المعنوي القيام بعمله إلا بواسطة ممثله ، انعدام الأهلية لدية، إذ القانون يعتبر الإرادة التي يعبر عنها ممثل الشخص المعنوي والأعمال التي يقوم بها بمثابة إرادة وعمل الشخص المعنوي³.

وهذا ما ذهب إليه القانون الجزائري في نص المادة 50 ق مدني بقوله: «نائب يعبر عن إرادتها»، ومعناها تحقق هذه الأهلية عبر شخص طبيعي، له صفة الممثل القانوني للشخص المعنوي⁴.

¹- الشيخ علي الخفيف، الحق و الذمة، المرجع السابق، ص 128.

²- د محمدي فريدة ، المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، المرجع السابق، ص 16.

³- د عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 205.

⁴- المرجع نفسه ، ص 205.

ويقصد بالنائب القانوني للشخص المعنوي كل شخص قانوني يتمتع بصفة تمثيل الشخص المعنوي قصد مباشرة التصرفات القانونية باسمه ولحسابه ، وتم تبرير وجود هذا النائب بالمتطلبات العلمية لإنفاذ إرادة الشخص المعنوي والذي يحتاج بالضرورة إلى شخص طبيعي يمثله عند مباشرة تصرفاته القانونية، وبهذا المعنى يعتبر النائب مجرد أداء يعبر من خلالها الشخص المعنوي عن إرادته.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على أنواع الأشخاص المعنوية

إن التطرق لدراسة القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص المعنوي يقودنا أولاً إلى معرفة أنواع الشخص المعنوي، و أهلية الشخص الطبيعي للمبادئ العامة و قواعد التنازع مطلب ثاني.

المطلب الأول: أنواع الشخص المعنوي

ينقسم الأشخاص المعنوية إلى أشخاص عامة و أشخاص خاصة و يرد هذا التقسيم إلى تقسيم القانون إلى قانون عام و قانون خاص، و تعتبر الأشخاص المعنوية الخاصة من أشخاص القانون الخاص فترة عليها أحكامها، و يصعب القول بأنه معيار حاسم للتفرقة و ذلك نظراً لتزايد الدور التخلي للدولة و قيام بنشاط مماثلة لنشاط الأفراد، و فرض رقابتها على أشخاص القانون الخاص، و قد تعددت المعايير المقترحة في هذا الصدد، غير أنه واقعياً يصعب الاستناد إلى معيار واحد في هذه التفرقة، و الأحسن هو الرجوع إلى جملة معايير للكشف عن توافر الصفة العامة أو الخاصة، كمدى تمتعه بامتيازات السلطة العامة.¹

و يلاحظ بالنسبة لنص المادة 49 ق المدني، أن المشرع الجزائري لم يحدد أنواع الأشخاص المعنوية الخاصة أو العامة على سبيل الحصر، و إنما ورد ذكرها على سبيل المثال، و هو ما يستشف من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 49: "كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية".²

¹ د محمد حسين منصور، نظرية الحق، المرجع السابق ص 465.

² المادة 49 من الأمر رقم 05-07 مؤرخ في 13 ماي 2007، القانون المدني صادر في الجريدة الرسمية عدد 31، الصادر في 13 ماي 2007.

الفرع الأول: الشخص المعنوي العام

يتميز الشخص المعنوي العام بما له من السيادة و حقوق السلطة العام،¹ و ينقسم الأشخاص المعنوية العامة إلى أشخاص معنوية عامة إقليمية (الدولة، الولاية، البلدية) و المعترف بها بالشخصية المعنوية بصفة تقليدية، و الأشخاص المعنوية العامة المرفقية مثل: الجامعات و المستشفيات.

أولاً: الأشخاص المعنوية العامة الإقليمية

و هي تلك الأشخاص المعنوية العامة التي تمارس اختصاصها و صلاحياتها في حيز جغرافي معين إذ تستند على الاختصاص الإقليمي² و لعل أهم الأشخاص المعنوية الإقليمية هي:

1-الدولة: فالدولة شخصية معنوية و نشأ بمجرد توافر عناصرها من شعب و إقليم و حكومة ذات سيادة³، إذ تمارس سلطتها على كافة أرجاء و أقطار حدود الدولة، في الأصل الذي تنفرع عنه كافة الأشخاص المعنوية العامة والخاصة.⁴

2- الولاية: و هي شخص معنوي إقليمي، إذ تمارس صلاحيتها داخل حيز جغرافي يضم أحد مناطق أو أجزاء الدولة⁵ و هذا إما نصت عليه المادة 1 فقرة 1 من قانون الولاية: "الولاية في الجماعة الإقليمية للدولة و تتمتع بالشخصية المعنوية و الذمة المالية المستقلة".

3- البلدية: هي الشخص المعنوي الأهلي القاعدي في الإدارة الجزائرية، كما اعترف القانون لها بالشخصية مستقلة فهي ليست فرعاً من الحكومة المركزية ولا من الولاية، ويمثلها رئيس البلدية وتثبت الشخصية المعنوية العامة للبلدية بمقتضى القانون⁶، وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من قانون الجماعات الإقليمية.

¹ محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المرجع السابق، ص 104.

² د. محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، ص 27.

³ د محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 104

⁴ د محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 27.

⁵ المرجع نفسه، ص 27.

⁶ محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 104 .

ثانيا: الأشخاص المعنوية العامة المرفقية:

وهي المرافق التي يعترف بالشخصية المعنوية وتكون مختصة بتحقيق غرض معين، فإذا كان اختصاص الشخص المعنوي العام الإقليمي مقيدا بحدود إقليمية، فإن اختصاص الشخص المعنوي المصلحي أو المرفقي مقيد بالغرض الذي أنشأ من أجله¹، ذلك أن اختصاصها يتعلق بنوع معين من النشاط بحيث يدخل في مرفق أو مرافق محددة و لهذا فإن هذه المرافق تخضع لمبدأ التخصص الموضوعي الإقليمي ويطلق عليها المؤسسات العامة، ولقد كانت هذه الأشخاص المرفقية أو المؤسسات العامة مقصورة في بداية الأمر على مجرد المرافق العامة الإدارية التي تتمتع بالشخصية المعنوية، ثم تطورت فكرة المرفق العام، ووجدت مرافق عامة اقتصادية وصناعية وتجارية وكلما منحت الدولة هذه المرافق الشخصية المعنوية صارت مؤسسات عامة.²

وبالمختصر المفيد فإن الأشخاص المعنوية العامة المرفقية هي التي يعترف لها القانون باستقلال ذاتي وبميزانية خاصة تساعد على تحقيق أهدافها كالجامعات، والمرافق العامة مثلا وغيرها كثير مما تنص عليه قواعد القانون الإداري بوجه عام.³

الفرع الثاني: الشخص المعنوي الخاص

وهي الأشخاص القانونية التي لا تتبع القانون العام، ونجد أن الكثير من الأشخاص الخاصة أغراض ومصالح عامة، مع ذلك تخضع للقانون الخاص، وتنشأ بمبادرات الأفراد لتحقيق الربح أحيانا وتحقيق النفع العام أحيانا أخرى.⁴

أو هي التي يكونها الأفراد، سواء لتحقيق غرض خاص بهم أو لغرض يعود بالنفع العام⁵، و هي على نوعين: مجموعة الأشخاص ذات الشخصية المعنوية و مجموعة الأموال ذات الشخصية المعنوية.

¹ محمودة فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 105.

² المرجع نفسه، ص 105.

³ إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون و الحق و تطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص 242.

⁴ علوي علي أحمد الشارفي، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي دراسة مقارنة المركز الديمقراطي العربي، الطبعة الأولى-برلين ألمانيا 2019، ص 25.

⁵ محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 106.

أولاً: مجموعة الأشخاص ذات الشخصية المعنوي

و هي التي تقوم على اجتماع عدد من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين و تنقسم بحسب الغرض المنشأ لها، فإن كانت تسعى لتحقيق ربح مادي تعتبر شركات و إن كانت تسعى إلى تحقيق أغراض أخرى غير الربح المادي كأعمال الخير و البر و الثقافة تعتبر جمعيات.

1-الشركات:

اعترف القانون الجزائري شأنه شأن القوانين الحديثة، لشركة التجارية بالشخصية المعنوية، مم جعل من هذه الشخصية التي أقرها القانون للشركة شخصية مستقلة عن شخصية الأفراد المكونين لها، و قد عرفها القانون الجزائري في المادة 416 من القانون المدني على أنه: "الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة عن عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منعة مشتركة كما يتحملون الخسائر التي قد تتجر عن ذلك".

كما نصت المادة 417 ق مدني على أنه: "تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخص معنويًا، غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير، إلا بعد ستفاء إجراءات الإشهار التي ينص عليها القانون ومع ذلك إذ لم تقم الشركة بالإجراءات المنصوص عليها في القانون فإنه يجوز للغير بأن يهتك بتلك الشخصية "

و عليه فإن الشركات أما تكون مدنية أو تجارية غير أن الشركات المدنية تكتب الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها عكس الشركات التجارية التي لا تكتب الشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، و هذا حسب نص المادة 549 ق تجاري.¹

2-الجمعيات:

تعد الجمعية كل جماعة ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة تتألف من أشخاص طبيعيين، أو أشخاص اعتبارية أو منهما معا لا يقل عددهم في جميع الأحوال عن عشرة، و ذلك لفرض الحصول على ربح مادي.¹

¹ - المادة 549 من القانون التجاري: «لا تتمتع الشركة. بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري ... »

و قد عرف المشرع الجزائري الجمعية في المادة 2 من القانون رقم 2012/06/12 المتعلق بالجمعيات بأنها: "تعتبر الجمعية في مفهوم القانون، تجمع أشخاص طبيعيين و/أو معنويين على أساس تعاقدية لمدة محددة أو غير محددة، و يشترك هؤلاء الأشخاص في تسخير معارفهم و وسائلهم تطوعا و لغرض غير مربح من أجل ترقية الأنشطة و تشجيعها، لاسيما في المجال المهني و الاجتماعي و العلمي و الديني و التربوي و الثقافي و الرياضي و البيئي و الخيري و الإنساني....".

كما تكتب الجمعية المعتمدة الشخصية المعنوية و الأهلية المدنية بمجرد تأسيسها حسب نص المادة 17 من القانون سالف الذكر، كما أن تأسيس الجمعية يخضع لتصريح تأسيسي و إلى تسليم وصل تسجيل، يوضع هذا التصريح التأسيسي لدى:

-المجلس الشعبي البلدي بالنسبة للجمعيات البلدية.

- الولاية بالنسبة للجمعيات الولائية.

- الوزارة المكلفة بالداخلية بالنسبة للجمعيات الوطنية أو مابين الولايات بحسب نص المادة 7 من نفس القانون رقم 06/12.

ثانيا: مجموعة الأموال ذات الشخصية المعنوية

تخصيص مجموعة من الموال لتحقيق مشروع ذي نفع عام أو عمل من أعمال الخير والإحسان و يكون ذلك إما في شكل وقف أو مؤسسة خاصة.²

ويعد كل منها تبرع بمجموعة من المال، لذلك يأخذ حكم التبرعات ويمكن لدائني المتبرع الطعن في التصرف بالدعوى البولصية، كما يأخذ التصرف حكم الوصية إذا كان مضافا إلى بعد الموت، و يجوز للورثة الطعن فيه إذا جاوز مقدار الثلث المقرر شرعا.³

1-المؤسسات الخاصة

¹ - د محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 469.

² - علوي علي أحمد الشارفي، المرجع السابق، ص 27.

³ - محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 108.

تنشأ من بتخصيص أحد الأشخاص لمجموعة من الأموال على وجه التأييد أو لمدة غير معينة لتحقيق عمل ذي نفع عام أو عمل من أعمال البر أو على وجه العموم لتحقيق غرض غير الربح المالي.

و منه تتبين أن العنصر الأساسي و الجوهرى في المؤسسة هو أنها مجموعة أموال فهي لا تتكون من مجموعة أشخاص و لا يلزم لقيامها اجتماع عدد من الأشخاص إذ يكفي شخص واحد أو مجموعة من الأشخاص.

غير أنه يدخل في تكوينها كأعضاء فيها، بل يقتصر ورهم على رصد المال و تخصيصه لتحقيق غرض من الأغراض المذكورة.¹

2-الوقف:

الوقف نظام إسلامي، وتتمثل في حبس العين على أن تكون مملوكة لأحد من الناس، ولا يجوز، بالتالي التصرف فيها، ويتم رصد منفعتها أو التصديق بربحها لجهة من جهات البر.²

وقد عرف المشرع م 04 من ق الأوقاف: «حبس الغير عن التملك على وجه التأييد والتصديق بالمنعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير».

وهذا يعني، أن الوقف لابد أن يكون على وجه التأييد وحبس العين على التملك فلا يستطيع ناظر الوقف التصرف فيها، وله التصرف في ربحها طبقا لإرادة الواقف.³ وتمنح للوقف الشخصية المعنوية، وهذا إما نصت عليه المادة 05 من ق الأوقاف بقولها: «الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية و شهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها»

المطلب الثاني: ضباط الإسناد المحدد للقانون الواجب التطبيق على الشخص المعنوي

يعتبر ضابط الإسناد المرشد الهادي إلى القانون الواجب التطبيق، فهو الأداة التي يستند إليها المشرع في بنية قاعدة الإسناد لتعيين القانون الواجب التطبيق، ويتم اختيارها من خلال العناصر المكونة للعلاقة القانونية، ومن خلال ذلك وجب أن نتعرف إلى ضابط الإسناد الذي اعتمده المشرع الجزائري في تحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص المعنوي، وسيتم التعرض في)

¹ - محمد حسين منصور، نظرية الحق، المرجع السابق، ص 491.

² - المرجع السابق، ص 382 .

³ - المرجع السابق، ص 503.

الفرع الأول) إلى ضابط الإسناد الذي يحدد القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص المعنوي وفي (الفرع الثاني) بداية الشخصية المعنوية وانقضاءها

الفرع الأول: ضابط الإسناد الذي يحدد القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص المعنوي :

أولاً: معيار أو ضابط مركز الإدارة الرئيسي الفعلي:

حرصت معظم التشريعات الحديثة على تطبيق معيار مركز الإدارة الرئيسي، واعتمدته كضابط إسناد يتحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق، وتظهر أهمية هذا الضابط أو المعيار في تحديد تبعية هذا الشخص المعنوي إلى قانون الدولة التي يوجد بها مركزه الرئيسي، وكمثال على ذلك الشركات التي تكتسب جنسية الدولة، فهذا المعيار فإذا وجد مركز إدارة الشركة في الجزائر مثلاً فإنها تعتبر جزائرية حتى وإن امتد نشاطها إلى الخارج، كما أن الشركة تعد أجنبية إذا كان مقر إدارتها الرئيسي خارج الجزائر حتى وإن كان نشاطها في الجزائر، إذن فالعبرة في أجنبية الشركات أو وطنيتها هو محل وجود مركز إدارتها الرئيسي الذي يحدد التبعية السياسية لهذه الشركة¹.

ويقصد بمقر الإدارة الرئيسي والفعلي المكان الذي تتركز فيه الإدارة العليا والتوجيه الرئيسي والرقابة على الأشخاص الاعتبارية، والذي يتم فيه اجتماع مجلس الإدارة، والجمعية العامة، وتوجد فيه مكاتب الإدارة².

وقد وضع الفقه شروطاً يجب توافرها في مركز إدارة الشركة لإمكانية إعمال هذا المعيار، وهذه الشروط مستمدة أساساً من التشريع والقضاء نوجزها فيما يلي:

1- أن يكون مركز الإدارة رئيسي وفعلي:

بمعنى أن يكون مركز الإدارة هو المكان الذي يتمركز فيه النشاط التوجيهي للشركة من مجلس إدارة فجمعية عمومية ومكاتب إدارة، وفي حالة وجود مركز إدارة واحد لا يثور أي إشكال، فالإشكال يطرح إذا تعددت مراكز الإدارة، فالعبرة هنا بمركز الإدارة الرئيسي وهو المكان الذي توجد به الإدارة العليا³، وأن يكون وجوده فعلياً وليس مركزاً سورياً يتخذه الشخص الاعتباري بقصد

¹ - ناصيب مريم، "القانون الواجب التطبيق على الشركات الأجنبية العاملة في الجزائر"، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، سنة 2016، ص 44 .

² - د.حسن الهداوي، "القانون الدولي الخاص-تتازع القوانين"، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص 91.

³ - حسام الدين عبد الغني، "النظام القانوني لاندماج الشركات" دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 127.

التهرب من قانون دولة معينة¹، لكن متى تبينه صورية المقر المختار فإن العبرة في تحديد موطن الشركة بالمكان الذي تباشر فيه أعمال الإدارة الفعلية.

2- أن يكون مقر الإدارة جديا وليس احتياليا:

قد يكون للشركة أكثر من مركز حقيقي في أكثر من دولة، لذا فإنه لا يكفي أن يكون هذا المركز فعليا بل يجب أن يكون جديا، وفحوى هذا الشرط أن تحديد مركز الإدارة الرئيسي يكون بمدى الاندماج في الاقتصاد الوطني لدولة معينة، وعلى المحاكم التأكد عند التأسيس من وجود صلة حقيقية بينها وبين الدولة التي يوجد فيها مقر الإدارة، وهذا ما يجعله مبررا لعدم احتيالية وصورية المركز، ويقصد بالمركز الاحتياالي مكان معين أسس من أجل التهرب من أحكام القانون الوطني الذي كان يتعين خضوع الشخص المعنوي له، فإذا اختار الشركاء مركز الإدارة بهدف الإفلات من القانون المختص وهو قانون الدولة التي ترتبط بها الشركة جديا.²

ثانيا: موقف التشريعات في تبني ضابط مركز الإدارة الرئيسي

لقد اختلفت التشريعات في تحديد القانون الواجب التطبيق وفقا لعدة ضوابط، ومعايير لكن معظم هذه التشريعات ذهبت إلى تغليب معيار مركز الإدارة الرئيسي على المعايير الأخرى كونه معيارا واقعيًا ومنطقيًا يتسم بالموضوعية، والتطبيق السليم للقانون ويظهر ذلك جليا في بعض التشريعات المقارنة، وكذا في موقف المشرع الجزائري من تبني هذا الضابط.

1 - موقف التشريعات المقارنة:

من بين التشريعات المقارنة نجد أن المشرع البلجيكي قد استند إلى هذا الضابط أو المعيار حيث تنص المادة (110) من القانون الدولي الخاص البلجيكي: «أن الأشخاص المعنوية تخضع للدولة التي يقع في إقليمها مركز إدارتها الرئيسي».³

أما التشريعات العربية فنجد أن جلها تبنت هذا المعيار أو الضابط من بين هذه التشريعات نجد المشرع المصري حيث نص في المادة (11) من القانون المدني المصري بقوله: «أما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، فيسري عليها

¹ - حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 91.

² WAN DOREN (Boris), La nationalité des entreprises multinationales édition ou réalité juridique, droit international, université de Montréal, 2008, p110,111.

³ Ibid , p .111

قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي ... » فنجد أن المشرع المصري قد وضع إليه لحل مشكل التنازع، و ذلك باعتماده على معيار مركز الإدارة الرئيسي كضابط إسناد أساسي لتحديد القانون واجب التطبيق .

كذلك نجد أن المشرع الأردني في المادة (12) من القانون المدني الأردني أخضع حالة الشخص الاعتباري الأجنبي كقاعدة أساسية لقانون مركز إدارته الرئيسي الفعلي فقد جاء فيها ما يلي : « أما النظام القانوني للأشخاص الحكيمة الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، فيسري عليها قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي »¹.

تجدر الإشارة أن كلا المشرعين سواء المصري أو الأردني قد وضع استثناء على قاعدة مركز الإدارة الرئيسي الفعلي لصالحهما ، بإخضاع النظام القانوني لشخص الاعتباري للقانون الوطني ولو كان مركز الإدارة الرئيسي في الخارج ، متى كان الشخص الاعتباري يمارس نشاطا في بلادهم .

2 -موقف المشرع الجزائري :

إن التطور اقتصاد الجزائر بعد الاستقلال و ما نجم عنه من إصلاحات أدى إلى تغيير المنظومة التشريعية، ففي المرحلة الأولى كانت التشريعات الفرنسية هي المعمول بها، إلا ما كان منافيا للسيادة الوطنية، وبعد صدور الأمر 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني الذي نص في مادته (10) على : "أما الأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها والتي تمارس نشاطا في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري".
فهذه المادة لم تتضمن ضابط إسناد خاص بالقانون المحدد للنظام القانوني للأشخاص المعنوية.²

بعد اعتناق الجزائر للنظام الاقتصادي الحر و قيامها بجولة من الإصلاحات الاقتصادية والتشريعية والتي من نتائجها صدور القانون رقم 05-10 المعدل والمتم والتي تم من خلالها تعديل المادة وأوردت فيها قاعدة إسناد خاصة، واعتماد معيار المركز الاجتماعي الرئيسي الفعلي، الراجح فقها وقضاء ومقرر في جل الأنظمة القانونية المقارنة³ .

¹ حسن الهداوي، مرجع سبق ذكره، ص 91.

² - الطيب زروني، مرجع سبق ذكره، ص 262.

³ - المرجع نفسه ص 262 .

ولكن بموجب المادة الفقرة 04 من المادة نفسها يكون القانون الجزائري هو المختص إذا مارس الشخص الاعتباري الأجنبي نشاطا في الجزائر.

إن اختصاص القانون الجزائري في هذه الحالة أساسه التطبيق الإقليمي للقانون الوطني، وغالبا ما يكون ذلك بوصفه قانونا للبوليس و الأمن.¹

الفرع الثاني: بداية الشخصية المعنوية وانقضاؤها

تنص المادة 51 من القانون المدني الجزائري على انه " يعين القانون الشروط التي يجب توفرها لتأسيس مؤسسات الدولة والمنشآت الاقتصادية والاجتماعية والمجموعات مثل الجمعيات والتعاونية واكتسابها الشخصية القانونية أو فقدها " وبناء على ذلك سيتم من خلال هذا الفرع دراسة بداية الشخصية المعنوية (أولا) انقضاؤها (ثانيا)

أولا: بداية الشخصية المعنوية

تنص المادة 51 من القانون المدني الجزائري تكوين الأشخاص المعنوية على اختلافها، وأيضا على كيفية اكتساب للشخصية المعنوية وكيفية فقدها و يتم وفق الشروط المنصوص يحددها القانون.

1) وجود مجموعة الأموال و الأشخاص:

إن التطور الحاصل في الوقت المعاصر جعل الإنسان عاجز عن القيام بالمشروعات الاقتصادية الكبرى بمفرده، مما دفعه إلى الانضمام إلى مجموعة من الأشخاص من أجل إقامة منشآت كبرى بمجهداته الشخصية والأموال وبذلك اعترف القوانين المستقلة عن الشخصيات المكونة لها من أجل تمكينها من ممارسة نشاطها القانوني بوصفها شخصا قانونيا مستقلا، وحتى لا تختلط حقوقها أو التزاماتها بحقوق الأفراد و الأعضاء فيها و التزاماتهم.²

وعادة ما يقوم الشخص الاعتباري (المعنوي) على وجود مجموعة من الأشخاص و الأموال معا، كما قد يستند وجوده إلى مجموعة من الأشخاص أي الأفراد أو يستند إلى توافر مجموعة الأموال أي الأشياء كالشركات المساهمة.³

¹ - المرجع نفسه ص 262 .

² - إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 62.

³ - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 161.

(2) الغرض المشترك:

إن الغرض الذي يسعى الشخص المعنوي إلى تحقيقه قد يكون مالياً، كما هو الأمر بالنسبة للشركات قد يكون اجتماعياً أو ثقافياً كالجمعيات مثلاً، و يجب أن يكون هذا الغرض ممكناً ومشروعاً، وأن يهدف إلى تحقيق مصلحة جماعية مستقلة عن المصلحة الخاصة بالأفراد مع أنه يمكن أن يكون الغرض المراد تحقيقه خاصاً بشرط عدم تعلقه بمصلحة الفرد الواحدة.¹

(3) الاعتراف الدولة

ويقصد كمبدأ عام الاعتراف بالشخصية القانونية القدرة على التمتع بالحقوق والتحمل التزامات، أي قابلية التي تؤهل الشخص المعنوي لأي يكون طرفاً سلبياً أو إيجابياً بشأن الحقوق ونتائجه دوام الدولة و وحدتها والمساواة والعدل. الاعتراف الذي تمنحه الدولة للشخص المعنوي نوعان، اعتراف عام ويقصد به أن يحدد المشرع مسبقاً الشروط اللازمة وتوافرها في مجموعات الأشخاص و الأموال، حتى تكون لها شخصية معنوية فتصبح بذلك متمتعة بالشخصية القانونية.

أما الاعتراف الخاص أو ما يعرف بنظام الترخيص، فيقصد به صدور ترخيص أو اذن خاص في كل الحالة على حدى، فلا تعطي الشخصية المعنوية لتجمع ما إلا بصدر هذا الترخيص وذلك من طرف المشرع.²

واعتراف الدولة بالشخصية المعنوية للدولة حقيقة قانونية ضرورية و أساسية تفرضها وجود الدولة.

ثانياً: انقضاء الشخصية المعنوية

نص المشرع الجزائري في القانون المدني بصفة عامة والقانون التجاري بصفة خاصة على الأسباب المؤدية إلى انقضاء الشخصية المعنوية، رغم أن طولها أطولاً عمراً من الشخص الطبيعي و التي تنقسم بدورها إلى أسباب عامة تتحل بها كافة الشركات وأسباب خاصة تحصى مجموعة من الشركات سواء كانت شركات أشخاص أو أموال ويضاف إلى هذه الأسباب أسباب أخرى هي الحل والإلغاء حيث تأخذ عدة صور منها:

¹ - محمد حسين قاسم، المدخل لدراسة القانون، القاعدة القانونية، نظرية الحق، ج 2، منشورات الحالة بالحقوقية، 2006، ص 406.

² - محمد حسين، المرجع السابق، ص 161.

(1)الحل الاتفاقي:

و يكون باتفاق إرادتي المؤسسي لهذا الشخص الاعتباري كحل الجمعيات.¹

(2)الحل الإداري:

حل مؤسسة تابعة للبلدية بقرار بلدي، فهذا النوع من الحل يتم بقرار إداري صادر عن جهة إدارية مختصة.²

(3)الحل القضائي:

إن القضاء يعتبر الجهة التي تستطيع الموازنة بين مصالح الشركاء والترجيح المصلحة بالاعتبار، نظرا لما يتصف به من حياد، فيختلف أحد الشركاء عن الوفاء بالدين بما يلتزم به، أو التصرف برعونة فأصاب الشركة بضرر، أو عدم قيام الشركة بمواصلتها لنشاطها كان للمحكمة أن تقضي بحل لشركة بناء على طلب كل ذي مصلحة³، وحل الشركة عن طريق القضاء يعتبر بمثابة الفسخ لها شأنها في ذلك شأن سائر العقود حيث تنشئ التزامات تعاقدية متقابلة، فإذا لم ينفذ جانب ما عليه من التزامات كان للقاضي أن يفسخ العقد غير أنه لما كان عقد الشركة عقدا زمني كعقد الإيجار، فإن الفسخ لا يكون له أثر رجعي.⁴

وتقضي المادة 441 من القانون المدني الجزائري "يجوز حل الشركة بحكم قضائي بناء على طلب أحد الشركاء لعدم الوفاء الشريك بما تعهد به أو بأي سبب آخر ليس من فعل الشركاء و يقدر القاضي خطورة السبب لحل الشركة و يكون باطلا كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك.

¹ - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 169.

² - المرجع نفسه، ص 169.

³ - محمود محمد الشمسان، تصفية الشركات أشخاص التجارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط 2، القاهرة، سنة 1954، ص 138.

⁴ - الرزاق أحمد الصنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: التي ترد عل الملكية، الهبة و الشركة و القرض و الدخل الدائم و

الصلح، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2000، ص 378

الخاتمة:

إن دراسة الأهلية في القانون يتطلب الكثير من التركيز والبحث المتواصل للإلمام بجميع الجوانب ومحاولة حل المشكلات المطروحة سابقا بالاستعانة بالكتب والدراسات السابقة والشبكة العنكبوتية والمجالات العلمية المختلفة المتخصصة في هذا المجال.

وأن القانون الواجب التطبيق على مسألة أهلية القانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، اعتمادا على ضابط الجنسية، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في معظم المواد الأحوال الشخصية ومنها مسائل الأهلية لكن لا يجعله مطلقا إذ حل عليه استثناء وهو تطبيق قانون القاضي، إذا توفرت مجموعة من الشروط التي نص عليها المشرع الجزائري، وكذلك حماية للمصلحة المتعاقدة حسن النية، لأن الاستعلام عن الأهلية فيما بين المتعاقدين أمر في غاية الصعوبة، لاسيما في تلك المعاملات التي تتم بين الوطنيين والأجانب، والتي ازداد حجمها بشكل ملحوظ خصوصا مع انفتاح الجزائر عن التجارة الدولية، واتساع حركة المعاملات مع الخارج.

وما يلاحظ من خلال هذا الاستثناء، أن المشرع الجزائري لم يتم من ورائه إلى حماية المتعاقدين الوطني فقط، بل سعى إلى حماية الاقتصاد الوطني ككل، فهو لا يشترط لأعمال الاستثناء أن يكون أحد الطرفين أجنبيا، بل اشترط فقط على ذلك، أن تكون هذه التصرفات قد أبرمت في الجزائر وأنتجت آثارها فيها.

وفي سياق عن حديثنا عن الأهلية، فقد رأينا المشرع الجزائري قد تقدم خطوة مهمة وفعالة بموجب التعديل الجديد في المادة 15 من القانون المدني، والتي أقرها بموجب تطبيق القانون الجزائري على التدابير الإستعجالية المتعلقة بعديمي الأهلية ومن حكمهم إذا كان هؤلاء الموجودين بالجزائر أو تعلق أموالهم الموجودة فيها، فهذا الأمر بالغ الأهمية، لأن التدابير الإستعجالية لا ينتظر لاتخاذها الفصل في النزاع، ومن ثم فإن التطبيق القانون الشخصي عليها من شأنه الإضرار بمصالح القاصر.

أما بالنسبة لأهلية الشخص المعنوي، والتي يقصد بها صلاحيته في القيام بالتصرفات القانونية من أجل تحقيق أهدافه وفق ما يقرره سند إنشائها، أو وفق ما يقرره القانون.

فإن القانون الواجب التطبيق عليها هو قانون الدولة التي يوجد فيه مركز الإدارة الرئيسي والفعلي لقاعدة عامة

واستثناء تخضع لقانون الدولة التي يمارس بها نشاطها، في ولو كان مركز إدارتها الرئيسي بالخارج و يجب على المشرع أن يولي اهتمام كبير وفعال الذي تلعبه الشخصية المعنوية في تأسيس الشركة و نحن نواجه انفتاح اقتصادي كبير، وذلك بتجسيد الضمانات القانونية الكافية للمستثمرين والمتعاملين المحليين والأجانب، تشجيعا للتطور الاقتصادي للبلاد.

من خلال دراستنا للموضوع، توصلت إلى مجموعة من النتائج والملاحظات التي تتعلق بهذا الموضوع:

- اختلاف الدول في مصادر الأحوال الشخصية ككل بما فيها مسألة الأهلية وهو الذي أدى إلى إخضاع إلى القانون الشخصي.
- صعوبة معرفة تواجد حكم الغائب والمفقود، وما يترتب عليها من كثرة النزاعات جعل قانون الجنسية هو الأنسب لحكمها مع أن المشرع الجزائي ورغم تمييزه بين حالة الغياب وحالة الفقد، إلا أنها أخضعها إلى الحكم في مجال تتازع القوانين فيطبق عليها القانون الشخصي.
- ظاهرة انعدام الجنسية من بين أسوأ وأكثر الظواهر التي يمكن أن تصيب الشخص، فهي تجرد من كامل الحقوق عكس ما هو متوفر في متناول أولئك الأفراد الذين يتمتعون بالجنسية.
- أصبحت الأشخاص المعنوية تمثل البنية التحتية لاقتصاد الدول، لذلك وجب على المشرع أن يختص هذه المجموعة بنصوص قانونية هامة وواضحة بأطر من خلال هذه المجموعات من جميع النواحي كحقوق و واجبات، و طريقة التقاضي.
- يكتسب الشخص المعنوي الأهلية بتوفرها على الشروط المطلوبة، فتصبح بذلك شخص معنوي قوي و مهيمن.
- يخضع الشخص المعنوي العام إلى أحكام القانون العام ويخضع الشخص المعنوي الخاص إلى أحكام القانون الخاص.

من خلال دراستنا للموضوع توصلنا للتوصيات التالية:

- توضيح الأشخاص المقصودين من حكم الفترة الأولى من المادة 10 من القانون المدني، هل المقصود بهم الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين أو كلاهما؟
- وضع تقنين خاص بالقانون الدولي الخاص.

قائمة المصادر والمراجع:

- القرآن الكريم.

□ أولا : المصادر القانونية الرسمية :

-الدساتير :

01-دستور الجزائر المؤرخ في 1963 المعدل بالقانون 16-01 المؤرخ 2016-03-06 (جريدة رسمية رقم 14 لسنة 2016).

-القوانين:

01-القانون رقم 98-97 صادرة في نوفمبر 1998 متعلق بالمجلة التونسية للقانون الدولي الخاص.

02-القانون رقم 63-224 بتاريخ 19 جوان 1963، جريدة الرسمية عدد 2 ، يوليو 1963.

03-القانون رقم 03-07 بمثابة مدونة الأسرة، جريدة الرسمية عدد 5184 ، بتاريخ 05 فيفري 2004

-الأوامر:

1. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08-07-1966 المتضمن قانون العقوبات، (الجريدة الرسمية رقم 94، لسنة 1966) المعدل والمتمم بالقانون 06-23 المؤرخ في 24-12-2004، (الجريدة الرسمية رقم 84 لسنة 2006) والمعدل والمتمم بالقانون 20-06 الصادر في 28-04-2020، جريدة الرسمية عدد 20.
2. الأمر رقم 75-58، المؤرخ 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، جريدة الرسمية عدد 78 صادر في 30 سبتمبر 1975 معدل والمتمم
3. الأمر رقم 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، جريدة الرسمية عدد صادر ديسمبر 1975، معدل ومتمم.

4. الأمر رقم 84-11 مؤرخ في 9 يوليو 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية العدد 24 الصادرة 12 يوليو 1984، معدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ 27 فبراير 2005، في الجريدة الرسمية العدد 15 صادرة في 27 فبراير 2005.
5. الأمر رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
6. الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر لسنة 1970 يتضمن قانون الجنسية المعدل والمتمم.

-المعاهدات الدولية:

- 01-اتفاقية بشأن عديم الجنسية، للمفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، المنشورة على الموقع <https://www.v.nhcr.orglar/4be7cc2746f.html>
- 02- الإعلام العالمي لحقوق الإنسان لسنة 19948 <http://www.bibalex.05g>

-المقالات:

- 1- فؤاد عبد اللطيف أحمد: الزواج المبكرة بين أحكام الشريعة و أحكام القوانين الوضعية، مقال منشور بمجلة الحجار العالمية المحكمة للدراسات الإسلامية و لعربية العدد 12، جامعة فلانديا، عمان، الأردن، 2015.

-الكتب:

- 01- ابن المنظور، لسان العرب، ط 1، دار الصادرة، بيروت، 1414 هـ، ج 9.
- 02- أحمد أبو الروس، موسوعة الشركات التجارية، المكتب الجامعي الحديث، 2002.
- 03- أحمد شام، قانون الأسرة الجزائري، طبقا لأحدث التعديلات الفقهية و النقدية مقارنة، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.
- 04- أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، ب.ط، ب.ن، مصر، 2012.
- 05- أحمد عبد الحميد، تنازع القوانين في المسائل الأهلية، مؤسسة الشباب جامعة الإسكندرية، 1989.
- 06- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، ط 1، بيروت، لبنان، سنة 2008.

- 07- أحمد عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح قوانين الجنسية، ط 1، دار النهضة العربية، مصر، 1993.
- 08- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون و الحق و تطبيقاته في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- 09- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون و تطبيقاته في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجزائرية، ط 7، 2001.
- 10- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري(تتازع الاختصاص القضائي الدولي،، الجنسية)، دار الهومة للطباعة و النشر و التوزيع، ط 2، الجزائر، 2008.
- 11- أعراب بلقاسم، القانون لدولي الخاص،، تتازع القوانين، ج 1، دار الهومة للطباعة و النشر و التوزيع، ط 10.
- 12- إلياس نصيف، موسوعة الشركات التجارية، الأحكام العامة للشركة، ج 1، سنة 1994.
- 13- بلحاج العربي، النظرية العامة في الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 14- بلعويور عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص في ضوء التعديلات التي جاء بها القانون 10/05 لسنة 2005 جامعة الجزائر بن عكنون 2009/2008
- 15- توفيق حسن فرح، مدخل للعلوم القانونية نظرية القانون، نظرية الحق، الدار الجامعية للطباعة و النشر، لبنان، 1993.
- 16- جيلالي تشيوار، الزواج و الطلاق اتجاه الاكتشافات للعلوم الطبية و البيولوجية، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 17- حسام الدين عبد الغاني، النظام القانوني لإدماج الشركات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- 18- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص-تتازع القوانين، ط 2، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1997.
- 19- رمضان أبو السعد، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعية الجديدة للنشر، مصر، 2005.
- 20- زروشي الطيب، قانون الدولي الجزائري، ج 1، تتازع القوانين، دراسة مقارنة للقوانين العربية و القانون الفرنسي، ط 2، مطبعة الفسييلة، الجزائر، 2008.
- 21- سامي بديع منصور، الوسيط في شرح القانون الدولي الخاص، تقنية و حلول تتازعات دولية خاصة، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، ط 1، 1994.

- 22- سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 2، دار البعث، الجزائر، 1989.
- 23- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة في الثوب الجديد، شرح أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، ط 4، دار الهومة، الجزائر، 2010.
- 24- شامي محمد، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحكام التعديلات (دراسة فقهية و نقدية و مقارنة)، د.ط، دار الجامعية، مصر، 2010.
- 25- عامر حمودة الكسواني، الجنسية و مركز الأجانب، ج 2، دار الثقافة و النشر و التوزيع، عمان، 2010.
- 26- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني: التي ترد عل الملكية، الهبة و الشركة و القرض و الدخل الدائم و الصلح، ط 3، منشورات الحالة بالحقوق، بيروت، 2000.
- 27- عبد الرزاق أحمد الصنهاوري، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمد داية، لبنان.
- 28- عبد الفتاح كباره، الزواج المدني، دراسة مقارنة، ط 1، دار الندرة الجديدة، بيروت، لبنان، 1994.
- 29- عبد المجيد زعلاني، مدخل لدراسة القانون. النظرية العامة للحق، دار الهومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2010.
- 30- عجة جيلالي، المدخل للعلوم القانونية، ج 2، برتي للنشر، الجزائر، 2009.
- 31- عزيز المكيلى، الوسيط في الشركات التجارية-دراسة فقهية قضائية مقارنة-في الأحكام العامة و الخاصة، دار الثقافة، سنة 2007.
- 32- علوي علي أحمد الشارفي، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة المرطز الديمقراطي العربي، ط 1، برلين، ألمانيا، 2019.
- 33- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2000.
- 34- علي علي سليمان، مذكرة في القانون الدولي الخص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 35- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري و تنازع القوانين، ط 2، دار الهومة الجزائر، 2007.

- 36- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1، تنازع القوانين، دار الهومة للطباعة و النشر و التوزيع، ط 2، الجزائر، 2007.
- 37- عمار بوضياف، النظرية العامة للحق و تطبيقاتها في القانون الجزائري، ط 01، جسر و النشر و التوزيع، الجزائر، 2010.
- 38- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسر النشر و التوزيع، ط 2، الجزائر، 2007.
- 39- عمار عوابدية، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.
- 40- عمر سليمان أشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، ط 11، دار النفائس، عمان، أردن، 1997.
- 41- فتحي عبد الصبور، الشخصية المعنوية للمشروع العام، عالم الكتب، ط 1973.
- 42- فتيحة يوسف، أحكام الشركات التجارية-وفق للنصوص التشريعية و المراسيم التنفيذية الحديثة، دار الغرب.
- 43- فريدة محمدي زواوي، المدخل للعلوم القانونية-نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون، الجزائر، سنة 2002.
- 44- فريدة محمدي زواوي، المدخل للعلوم القانونية-نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، سنة 1997.
- 45- الفيروز أبدي محمد بن يعقوب، د.ط، دار الجبل، بيروت، د.س.ن،
- 46- مبروك بوخرنة، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في التشريع الجزائري، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2010.
- 47- محمد الصغير بعلي، قانون إداري، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر.
- 48- محمد حسين المنصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009.
- 49- محمد حسين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.
- 50- محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد و الإرادة المنفردة (دراسة مقارنة في القوانين العربية)، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2011.
- 51- محمد فريد العريني، الشركات التجارية، المطبوعات الجامعية، سنة 2020.

- 52- محمد فهد شفق، شرح الأحوال الشخصية للمسلمين و النصارى و اليهود، دراسة قانونية فقهية مقارنة، ج 1، د.ط، دن، سوريا، 1972.
- 53- محمود أحمد مختاري البربري، الشخصية المعنوية للشركة التجارية-شروط اكتسابها و حدود الاحتجاج بها، ط 2، سنة 2002.
- 54- محمود محمد الشمسان، تصفية الشركات الأشخاص التجارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط 2، القاهرة، 1954.
- 55- محمود وليد صبري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسات مقارنة للتشريعات العربية و القانون الفرنسي، ط 2، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2009.
- 56- مصطفى أحمد الزرق، المدخل الفقهي العام، ج 1، ط 2، دار القلم، دمشق، 2004.
- 57- نبيل إبراهيم سعد، مدخل للقانون، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط 1، 2010.
- 58- هشام صادق، القانون الدولي الخاص(تتازع القوانين الجنسية، تتازع الاختصاص القضائي)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004.

-الرسائل العلمية:

1. ابتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ،تخصص قانون الأسرة، كلية حقوق والعلوم السياسية ، جامعة 20 اوت 1955، سكيكدة 2011-2012.
2. زيدون بخته، التطبيق الاستثنائي لقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية ،مذكرة الماجستير ،تخصص القانون الدولي الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.
3. سعيد قاضي، رضا مكلفة في إنشاء عقد الزواج في شريعة الإسلامية وقانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية ، تخصص أصول وفقه ، كلية علوم الإسلامية ، جامعة الجزائر (1)، 2010-2011.
4. كمال سمية، تطبيق القانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة ،أطروحة الدكتوراه في القانون الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة أبو بكر بالقياد، تلمسان.
5. مقدم سارة، الأهلية وأثر تخلفها في قضايا شؤون الأسرة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغربية ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ،جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2016.

6. ناصيب مريم ، القانون الواجب التطبيق على الشركات الأجنبية العامة في الجزائر،مذكرة
مكملة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة قاصدي مرباح ،
ورقطة،2015-2016.

7. نجاه قروز ، السلطة التقديرية في تزويج القاصرة في التشريع الجزائري ،مذكرة مكملة لنيل
شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة الجلفة،2013-2014.

-المواقع الإلكترونية:

- 1- ART .cree par loi 1804-02-07 pronulguée le 17 février
- 2-www.legilrance .gouve .fe/ affich code
- 3- htps:/ : qowaeen ,bligspot .com
- 3-pdf.crotedwithpdfactoryprotril version [www.pdf](http://www.pdfactory.com) factory .com

الفهرس

أ ب	المقدمة.....
ج	
04	الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص الطبيعي.....
04	لمبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص الطبيعي.....
05	المطلب الأول: ماهية الأهلية.....
05	الفرع الأول: تعريف الأهلية.....
05	أولا: الأهلية في اللغة.....
05	ثانيا: الأهلية اصطلاحا.....
06	ثالثا: الأهلية في القانون.....
06	رابعا: الأهلية في الفقه.....
07	الفرع الثاني: أنواع الأهلية.....
07	أولا: أهلية الوجوب.....
07	ثانيا: أهلية الأداء.....
10	الفرع الثالث: عوارض و موانع الأهلية.....
11	أولا: عوارض الأهلية.....
13	ثانيا: موانع الأهلية.....
14	المطلب الثاني: قانون جنسية الشخص و قانون القاضي.....
14	الفرع الأول: قانون جنسية الشخص في التشريع الجزائري.....
16	أولا: إشكالية متعدد الجنسيات.....
17	ثانيا: إشكالية عديم الجنسية.....
18	الفرع الثاني: أساس تطبيق قانون القاضي و شروطه.....
19	أولا: أساس تطبيق قانون القاضي.....
20	ثانيا: شروط تطبيق القاضي.....
22	المبحث الثاني: حماية ناقص الأهلية و عديمها.....
22	المطلب الأول: حماية عديم الأهلية و ناقصها.....
23	الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على النظم الخاصة بحماية عديم الأهلية و من في حكمه.....

25	الفرع الثاني: الاستثناء المقرر لصالح القانون الجزائري بشأن التدابير الإستعجالية.....
27	المطلب الثاني: دراسة حالة (أثر السن في أهلية الزواج).....
27	الفرع الأول: بلوغ السن القانوني للزواج في القوانين ية.....
27	أولا: في القانون الجزائري.....
29	ثانيا: في القوانين المقارنة.....
30	الفرع الثاني: بلوغ السن القانوني للزواج في الشرائع السماوية.....
31	أولا: في الشريعة الإسلامية.....
32	ثانيا: في الشريعة المسيحية.....
34	الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص المعنوي.....
34	المبحث الأول: الشخص المعنوي و أهليته فقها و قانونا.....
34	المطلب الأول: مفهوم الشخص المعنوي (الاعتباري) وخصائصه.....
35	الفرع الأول : التعريف بالشخصية الاعتبارية (المعنوية) لغة و اصطلاحا.....
35	أولا: تعريف الشخصية المعنوية لغة.....
36	ثانيا: تعريف الشخصية المعنوية في الاصطلاح القانوني.....
38	الفرع الثاني: الشخصية المعنوية في الفقه الإسلامي و خصائص الشخصية المعنوي.....
38	أولا: الشخصية المعنوية في الفقه الإسلامي.....
39	ثانيا: خصائص الشخصية المعنوية.....
42	المطلب الثاني: أهلية الشخص المعنوي.....
42	الفرع الأول: أهلية الوجوب للشخص المعنوي.....
42	أولا: أهلية الوجوب للشخص المعنوي في الفقه الإسلامي.....
44	ثانيا: أهلية الوجوب للشخص المعنوي في القانون.....
45	الفرع الثاني: أهلية الأداء للشخص المعنوي في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي.....
45	أولا: ثبوت أهلية الأداء للشخص المعنوي.....

46	ثانيا: ثبوت الأداء للشخص المعنوي في القانون.....
47	المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على أنواع الأشخاص المعنوية.....
47	المطلب الأول: أنواع الشخص المعنوي.....
48	الفرع الأول: الشخص المعنوي العام.....
48	أولا: الأشخاص المعنوية العامة الإقليمية.....
49	ثانيا: الأشخاص المعنوية العامة المرفقية.....
49	الفرع الثاني: الشخص المعنوي الخاص.....
50	أولا: مجموعة الأشخاص ذات الشخصية المعنوية.....
51	ثانيا: مجموعة الأموال ذات الشخصية المعنوية.....
52	المطلب الثاني: ضباط الإسناد المحدد للقانون الواجب التطبيق على الشخص المعنوي.....
53	الفرع الأول: ضابط الإسناد الذي يحدد القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص المعنوي
53	أولا: معيار أو ضابط مركز الإدارة الرئيسي
	الفعلي.....
54	ثانيا: موقف التشريعات في تبني ضابط مركز الإدارة الرئيسي.....
56	الفرع الثاني: بداية الشخصية المعنوية و انقضاءها.....
56	أولا: بداية الشخصية المعنوية.....
57	ثانيا: انقضاء الشخصية المعنوي.....
59	الخاتمة.....
61	قائمة المراجع