

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



تنازع القوانين في مسائل الأهلية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في تخصص قانون الأحوال الشخصية

تحت إشراف:

* أ. مجذوب كوثر

إعداد الطالب:

✓ زوالي ناصر

لجنة المناقشة

- 1: فليغة نورالدين.....رئيسا.
- 2: مجذوب كوثر.....مشرفا و مقرا.
- 3: مناجلي محمد الأمين.....مناقشا.

دورة جوان 2017

شكر وعرّفان

أشكر الله أولاً على أن وفقني لإنجاز هذا البحث، وأعانني على إتمامه رغم الصعوبات التي واجهتني والعراقيل التي صادفتني.

أشكر الأستاذة الكريمة المشرفة على هذا العمل على صبرها معي وتوجيهها لي في كل خطوات إنجاز هذا العمل المتواضع.

وفي الأخير أتقدم بجزيل الشكر إلى جميع من ساهم في الإعداد والمساعدة والنصيحة سواء من قريب أو بعيد.

إهداء

أشكر الله الذي وفقني إلى انجاز هذا العمل وإتمامه رغم الصعوبات التي واجهتني والعراقيل التي صادفتني، وبحمد الله تغلبت عليها وأتممت البحث.

إلى والدتي العزيزة التي تطمح دوماً إلى تخرجي وتدعمني دوماً وتشجعني..

إلى والدي الذي يسهر على مساعدتي وتوفير كل شيء يساعدي في إنجاز عملي..

إلى جميع أفراد عائلتي الذين وقفوا بجانبني ومنحوني الدعم اللازم..

إلى هبة موماني خطيبتي ورفيقة دربي، التي ساعدتني في كل مراحل هذا البحث ...

المقدمة

نظرا لوجود مجتمع دولي كبير يضم العديد من الدول والمنظمات الدولية المختلفة والتي تنظمها مجموعة من القواعد؛ وتحكمها عدة قوانين سواء على المستوى الداخلي داخل الدولة نفسها؛ أو بين الدول فيما بينها؛ ونظرا للحركة الهائلة التي يشهدها العالم في عصر السرعة والتنقل؛ أصبح العالم قرية صغيرة؛ ينتقل فيها الفرد بدون قيود أو شروط؛ وحتى وإن كانت فإنها يمكن وصفها بالبسيطة وحسب الاتفاق بين هذه الدول والمنظمات حيث أصبحت الدولة الواحدة تظم بالإضافة إلى شعبها الذي يسكن إقليمها وحاصل على جنسيتها؛ أصبحت تضم عددا لا يستهان به من أفراد الدول الأخرى سواء مقيمين أو لاجئين أو غير ذلك.

وبناء على هذا فقد أصبحت العلاقات القانونية بالغة التعقيد والصعوبة؛ نظرا لتعدد التشريعات واختلافها من دولة لأخرى؛ حيث وبمجرد قيام نزاع داخل الدولة الواحدة بوجود عنصر أجنبي فإنه يصعب الاتفاق على حل قانوني بين أروقة القضاء. وهذا ما يصطلح عليه بتنازع القوانين أو بصفة عامة القانون الدولي الخاص.

وتتعدد مجالات تنازع القوانين بتعدد العلاقات القانونية بين الأفراد والعنصر الأجنبي؛

فقد يكون النزاع حول مسائل التعاقدات المالية أو الأحوال الشخصية مثلا كأن يقوم نزاع بين جزائري وتونسي؛ مقيم في الجزائر حول أهلية هذا الأخير مثلا؛ فهذا النزاع متصل بالقانون الجزائري بوصفه قانون الموطن المشترك؛ ومتصل بالقانون التونسي بوصفه قانون جنسية التونسي ومن هنا نستطيع القول أن هناك تنازع بين القانون التونسي والقانون الجزائري لحكم المركز القانوني محل النزاع.

هذا ولا يتطرق العنصر الأجنبي إلى العلاقة القانونية فقط من حيث الأشخاص وإنما أيضا من حيث الموضوع حيث إذا تعلق النزاع مثلا بين فرنسي بشأن عقد مبرم في فرنسا ولكن بشأن مال كائن بالجزائر؛ كما قد تلحق الصفة الأجنبية أيضا بعنصر الواقعة القانونية المنشئة للعلاقة كما لو طالب جزائري مثلا بحقه في التعويض أمام القضاء الجزائري عن ضرر لحقه في دولة أجنبية.

المشرع الجزائري وعلى غرار باقي التشريعات نظم مسائل القانون الدولي الخاص من خلال نصوص القانون المدني من المادة التاسعة (م9) إلى المادة الرابعة والعشرين (24) منه وهي ما يطلق عليها بقواعد الإسناد والتي يلزم لإعمالها أن يكون الاختصاص القضائي تابعا فعلا للمحاكم الجزائرية وذلك بموجب قواعد الاختصاص القضائي الدولي التي نظمها المشرع بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد (41 و42) منه، وبرجوع القاضي الجزائري إلى هذه القواعد فإنه يطبق القانون الذي يشير باختصاصه والذي قد يكون إما قانونه الوطني؛ أو قانون أجنبي آخر؛ وهذه هي الطبيعة المزدوجة لقواعد الإسناد والتي تميزها عن غيرها من قواعد القانون الدولي الخاص الأخرى¹.

ويمكن أن يتعلق النزاع الدولي للقوانين بمجالات عديدة كما سبق القول فهناك فئة التعاقدات المالية أو التصرفات القانونية؛ وكذلك فئة الأحوال الشخصية هذه الأخيرة التي تختلف التشريعات حول ما يدخل ضمن هذه الفئة؛ حيث هناك تشريعات تدخل الميراث والوصية والنظم المالية التي تصحب الزواج وكذلك الهبة في دائرة الأحوال الشخصية؛ بينما تستبعد بعض التشريعات من نطاق الأحوال الشخصية الهبة وميراث المنقولات والنظم التي تصحب الزواج.

ولعل أقرب تعريف جامع وقريب إلى المنطق هو التعريف الذي ورد في حكم محكمة النقض المصرية صادرة بتاريخ 1943/06/21 قالت فيه المقصود بأحوال الشخصية هو مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية؛ ككون الإنسان ذكرا أو كونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو أبا شرعيا أو ابنا شرعيا؛ أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو عته أو جنون.... الخ².

ولذلك سوف نتعلق دراستنا بمسائل الأهلية التي تندرج ضمن فئة الأحوال الشخصية؛ حيث نتعرض إلى كل ما يخص تنازع القوانين في هذا المجال مع التركيز على التشريع الجزائري، مع الاستعانة ببعض التشريعات الأجنبية والعربية على سبيل الاستئناس والمقارنة.

وتتجلى أهمية دراسة موضوع الأهلية في القانون الدولي الخاص؛ في كثرة النزاعات المتعلقة بها سواء على الصعيد الداخلي أو على الصعيد الدولي تنازع القوانين حيث يجعل الكثيرون النظم القانونية لها؛ خاصة ما يتعلق بسن الرشد في القوانين المختلفة للدول وكذلك عوارض الأهلية وكيفية التنصيص لها كما تتجلى أيضا الأهمية من خلال معرفة القانون الواجب التطبيق على هذه النزاعات وكيفية حلها.

إلا أنه وخلال محاولة بحثنا في هذا الموضوع قد وجدت بعض الصعوبات التي صادفتنا كأن وجدنا قلة من الكتابات في مجال الأهلية خاصة؛ سواء في الجزائر أو باقي البلدان وهذا ما

1- زيدون بخته، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2011، ص 02.

2- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (ج ر ج ج عدد 21 مؤرخة في 2008).

أعاق عملنا بعض الشيء، بالإضافة تكرار نفس المعلومات في المراجع الجزائرية المتوفرة وعدم التجديد فيها.

وبالتالي فإن دراستنا تهدف إلى تحديد مسائل الأهلية وتحت أي فئة قانونية تندرج ؛ ومحاولة التوسع في الموضوع من خلال طرح الأفكار والاتجاهات الفقهية المقارنة من أجل المساهمة في تحقيق نوع من التراكم المعرفي بالإضافة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على جميع مسائل الأهلية لتحقيق ليونة وسهولة في معرفة ضوابط ومعايير تطبيق هذه القوانين سواء عند المشرع الجزائري أو باقي التشريعات العربية. بالإضافة إلى الاستفادة من مواقف التشريعات الأجنبية ومحاولة تقريبها إلى ما ذكره المشرع الجزائري.

وتأسيسا على كل ما سبق فإن معالجتنا لهذا الموضوع يمر عبر إشكالية أساسية تتمثل في: إلى أي مدى وفق المشرع في تنظيم مسائل الأهلية معتمدا على المذاهب الفقهية والتشريعات المقارنة؟

وللإجابة على هذه الإشكالية تطرقنا إلى مضمون الأهلية في القانون الدولي الخاص (الفصل الأول)، ثم بيان موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على مسائل الأهلية (الفصل الثاني).

الفصل الأول : مضمون الأهلية في القانون الدولي الخاص

نتطرق في هذا الفصل إلى بعض الجوانب النظرية في تنازع القوانين والتي لها علاقة بالأهلية (المبحث الأول)، ثم نعالج الضوابط الفقهية المعتمدة في تحديد مسائل الأهلية (المبحث الثاني).

المبحث الأول تنازع القوانين وعلاقته بالأهلية .

ندرس في هذا المبحث مفهوم تنازع القوانين (المطلب الأول)، ثم نصل إلى تعريف الأهلية وتكييفها القانوني (المطلب الثاني).

المطلب الأول مفهوم تنازع القوانين

نتناول في هذا المطلب تعريف تنازع القوانين (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى شروط قيامه (الفرع الثاني)، كيفية حل تنازع القوانين (الفرع الثالث).

الفرع الأول تعريف تنازع القوانين

إن اصطلاح تنازع القوانين يوحي لأول وهلة إن هناك نضال أو صراع أو حتى تصادم أو تتنافس بين قوانين الدول التي تتصل بها العلاقة ذات العنصر الأجنبي، بما يستلزم معه محاولة فض أو تسوية ذلك النضال أو الصراع باختيار احد تلك القوانين وتطبيقه على العلاقة محل النزاع وإهمال الباقي.¹

وفي الواقع ليس هناك تنازع بين القوانين بالمعنى الحقيقي ذلك لان التنازع إنما يفترض المساواة بين القوانين المختلفة من حيث السيادة ومثل هذه المساواة منتفية والأصل أن تكون السيادة في الإقليم الوطني للقانون الوطني ولا يطبق القانون الأجنبي إلا إذا أمر بذلك المشرع الوطني لاقتناعه بضرورة تطبيق القانون الأجنبي في حكم العلاقة القانونية.

لذلك فتنازع القوانين يستلزم وجود سبب منشئ لعلاقة التنازع. كان يكون تصرفاً قانونياً كبيع أو وصية أو واقعة قانونية- عملاً ضاراً أو نافعاً- أو نصاً في القانون كالولاية والوصاية. وقد يكون واقعة طبيعية كالولادة والموت. كذلك لا بد من وجود أشخاص العلاقة القانونية سواء كانوا مدينين أو دائنين أو أصحاب حقوق وملتزمين فاعلي ضرر أو متضررين... الخ . وأخيراً محل العلاقة القانونية كان تكون قياماً بعمل شيء أو امتناعاً عن القيام به أو التزاماً بإعطاء شيء منقول.²

1 - احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2008، ص12

1-حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين : المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، 1997، ص 13.

وتجدر الإشارة إلى ضرورة التفرقة بين وضعين، الأول يكون في العلاقة بين الخصوم أنفسهم ، أو بينهم وبين القاضي الذي ينظر النزاع . هنا يمكن أن نكون فعلاً أمام نوع من التنازع الحقيقي بين القوانين، فقد يطالب شخص بتطبيق قانون دولة معينة أو قاعدة نظامية محددة بينما يدعي آخر اختصاص قانون دولة مغايرة أو قاعدة نظامية أخرى، في حين يتمسك القاضي بتطبيق القانون الذي تفرضه قاعدة التنازع في قانون دولته. أما الوضع الثاني فيتعلق بالقوانين المتزاحمة مجردة عن ادعاءات الخصوم والقاضي. ويكزن ذلك عادة في مرحلة صنع قاعدة التنازع أو في مرحلة أعمالها، وهنا لأن كون إلا أمام نوع من العروض الاختيارية غير الملزمة من جانب أكثر من قانون لحلول قابلة للتطبيق على العلاقة القانونية محل النزاع ، وقبول أي عرض منها هو في جوهره اختيار العرض الأكثر ملائمة ومناسبة لتلك العلاقة.¹

وهناك منهجان لفض التنازع ، الأول تطبيق قانون القاضي الذي ينظر النزاع على كافة منازعات العلاقة القانونية التي تعرض أمامه بغض النظر عن اشتغالها لعنصر أجنبي من عدمه، وتدعم هذا المنهج بمبدأ إقليمية القوانين أو التطبيق الإقليمي للقوانين، ومقتضاه أن قانون دولة معينة يطبق وحده دون غيره على إقليمها، ولا يكون لغير ذلك القانون أي سلطان داخل هذا الإقليم. أما المنهج الثاني فمضمونه تطبيق قانون المكان أو الدولة التي ترتبط به العلاقة القانونية أكثر من غيره، ذلك أن العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي لا يكون لها ذلك الوصف إلا إذا اتصلت بأكثر من دولة، سواء من ناحية أشخاصها أو موضوعها أو سببها، أي الواقعة المنشئة لها.²

وعليه فإن موضوع تنازع القوانين هو البحث عن القانون الواجب التطبيق عند اشتغال النزاع على عنصر أجنبي، أي أن يكون هناك قانونان أو أكثر يمكن أن تحكم النزاع المعروض أمام القضاء، فيجري البحث عن أي القوانين يحب تطبيقه، لذلك فتنازع القوانين من أهم المسائل التي يدرسها القانون الدولي الخاص، بالإضافة إلى موضوع تنازع الاختصاص القضائي، وموضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية، ومركز الأجانب والجنسية، والتي تعد كلها من مواضيع القانون الدولي الخاص.

الفرع الثاني: شروط قيام حالة تنازع القوانين.

يشترط لقيام تنازع القوانين توافر ظروف اجتماعية وتشريعية.

أولاً- توافر العنصر الأجنبي: وهو ما يعبر عنه حالياً بالبعد الدولي، أي كون العلاقة لها آثار تمتد إلى أكثر من دولة واحدة بسبب الجنسية أو الموطن بالنسبة لأطراف العلاقة، أو

2- احمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 3.

1- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 18.

المكان الذي حدث فيه سبب الالتزام بين الطرفين، وهذا ما يتحقق في عقود البيوع الدولية والزواج المختلط بين عدة جنسيات، أو الأفعال الضارة التي تقع في أماكن متعددة.

ووجود العنصر الأجنبي أو الدولي هو السبب المباشر لقيام حالة التنازع، لأنه لكل دولة مصلحة في أن يطبق قانونها، ولأن الأصل في معاملات القانون الدولي الانطلاق والحرية وعدم الخضوع إلى قانون دولة معينة بالذات.¹

ثانيا- ضرورة وجود مكنة في أن يقبل المشرع الوطني تطبيق قانون غيره:

ذلك لان التمسك بمبدأ سيادة القانون الوطني على إطلاقه وفي جميع الأحوال لا يظهر والحالة هذه أي تنازع بين قانون القاضي وأي قانون آخر، لان المسألة ستكون معلومة، وهي انه ليس من قانون يُصار إليه إلا القانون الوطني، ولا يظهر التنازع إلا إذا قبل المشرع الوطني مبدأ احتمال تطبيق قانون آخر غير القانون المحلي،²

ويتوقف ظهور تنازع القوانين أيضا على عدم الأخذ بمبدأ إقليمية وشخصية القوانين بصورة مطلقة، ونعني بإقليمية القوانين المطلقة أن القانون المحلي واجب التطبيق لا على جميع العلاقات القانونية التي تنتسب بعناصرها إلى ذلك الإقليم فحسب، بل يشمل اختصاص هذا القانون جميع العلاقات القانونية حتى تلك التي كانت عند نشوئها أجنبية في احد عناصرها.³

ثالثا- أن يكون هناك اختلاف في التشريع بين الدول: فمتى كانت قوانين الدول التي

تتصل بها عناصر العلاقة القانونية متشابهة وموحدة، فان اختيار احدها دون الآخر لا يؤدي إلى نتيجة ومنفعة نظرية، أما عمليا فان الحكم سيكون ذاته، سواء أعطي الاختصاص إلى قانون دولة ما، أم لقانون دولة أخرى، فعلى سبيل المثال لو تبنت الدول أحكاما موحدة في الأحوال الشخصية فسيخضع زواج وطلاق ونسب كل شخص من تلك الدول إلى القواعد نفسها، وعندها لن يكون هنالك فرق إن طبق قانون جنسية الزوج أو طبق قانون جنسية الزوجة التي هي من جنسية أخرى.⁴

الفرع الثالث: كيفية حل تنازع القوانين

إن منهج قاعدة التنازع كما يرى الفقيه الألماني صافيني يقوم على تحليل العلاقة القانونية محل النزاع، وتوطينها أو تركيزها في مكان أو إقليم الدولة التي نمت وارتبطت به أكثر من غيره، ثم اختيار قانون تلك الدولة باعتباره القانون الأكثر صلاحية وملاءمة لحكمها، ويستوي بعد ذلك أن يكون هذا القانون هو قانون دولة أجنبية .

أما منهج القواعد ذات التطبيق الضروري فيقوم على تحقيق الحماية اللازمة للنظام القانوني لمجتمع دولة القاضي، ومن هنا يأتي البحث عن القاعدة التي تعمل على إدراك هذا الهدف،

1-ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين-ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص16.

2-حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 17.

3-نفس المرجع ، ص 18

4-نفس المرجع ، ص 19.

فإذا وجدت فتطبق مباشرة دون سابق بحث في طبيعة المسألة. فكأن القاضي في منهج قاعدة التنازع ينطلق من القاعدة القانونية ابتداءً، للبحث عن العلاقة القانونية التي تسري عليها، ويبدو هذا الأمر الأخير منطقيًا وطبيعيًا، يتماشى مع وظيفة القاضي الذي يسهر على رعاية مصالح دولته وإطاعة أوامرها، بحيث إذا عرض عليه نزاع تعين عليه البحث أولاً في قانونه عن حل له، فإن لم يجد يمكنه البحث عن قانون أجنبي وفقاً لما ترشد إليه قاعدة التنازع.¹

المطلب الثاني: تعريف الأهلية وتكييفها القانوني

نعالج في هذا المطلب تعريف الأهلية (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى تكييفها القانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الأهلية

الأهلية في القانون المدني هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ومباشرة الأعمال القانونية التي تكسبه حقاً أو تحمله التزاماً.

أما المشرع الجزائري فإنه لم يحدد المقصود بالأهلية في المادة 10 من القانون المدني والتي أخضعها للقانون الوطني، عكس القانون التونسي المتعلق بالقانون الدولي الخاص، فقد حدد المقصود بالأهلية التي تخضع للقانون الوطني، حيث جاء في المادة 40 منه: " تخضع أهلية الأداء للأشخاص الطبيعية للقانون الوطني".²

لكن بعض الفقهاء الجزائريين يرون أن الأهلية المقصودة في المادة العاشرة من القانون المدني، هي أهلية الأداء لا أهلية الوجود، حيث يرى الأستاذ علي علي سليمان أن أهلية الأداء هي المقصودة، وبالضبط أهلية الأداء العامة التي ترتبط بسن التمييز، أما الأهليات الخاصة فهي لا تخضع لقانون الجنسية وإنما يسري عليها القانون الذي يحكم العلاقة، ومثال هذه الأهليات ما تقضي به أكثر التشريعات العربية من عدم أهلية الزوجة للقيام ببعض التصرفات، وكذلك منع رجال القضاء والمحامين من شراء الحقوق المتنازع عليها أمام المحاكم التي يعملون بها.³

ومن الجدير بالذكر أن أهلية الأداء تتأثر بالسن إذ تكتمل ببلوغ الشخص سن الرشد وتحقق العقل، أما إذا كان الشخص بالغ مجنون فيكون عديم الأهلية وإذا كان بالغ و سفيه أو معتوه أو محجور عليه فيكون ناقص الأهلية، أما إذا كان دون البلوغ فيكون عديم الأهلية إذا كان صغير غير مميز أو ناقص الأهلية إذا كان صغيراً مميزاً أو قاصراً. وتختلف القوانين حول سن البلوغ فبعض القوانين تحدد سن 21 سنة مثل فرنسا ومصر والكويت، والبعض الآخر يحدده بسن 25 مثل المكسيك، في حين يكون السن هو 18 سنة في العراق وبريطانيا.

1- احمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ص 257، 258.

1- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، -تنازع القوانين- 2، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 198.

2- علي علي سليمان مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائري، 2005، ص 41.

الفرع الثاني: التكيف القانوني

للأهلية

عرف الفقهاء التكيف بأنه : " تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية، لكي يستند حكمها قانون معين ".¹

ولأن العلاقة محل النزاع على صلة بأكثر من دولة فإنه من المتصور أن يدعي أكثر من قانون قابليته لتكييف المسألة التي تثيرها. وقد اختلفت الاتجاهات الفقهية والمذاهب القضائية في اختيار القانون الذي يخضع له التكيف، وهذه النظريات هي نظرية إخضاع التكيف لقانون القاضي، ونظرية إخضاع التكيف للقانون المختص بالعلاقة، ونظرية إخضاع التكيف للقانون المقارن.¹

ويعتبر القضاء الفرنسي أول من تطرق الى مسألة التكيف، وأخضعه لقانون القاضي، وسار على هذا النهج الفقيه الفرنسي "بارتان"، الذي وضع نظريته في التكيف بعد تحليل القضاء الفرنسي، وبرر رأيه بحجتين هما: الأولى، تتمثل في أن خضوع التكيف لقانون القاضي هو نتيجة حتمية لاعتبار أن قواعد التنزع قواعد وطنية محضة، تضع كل دولة القواعد الخاصة بتنزع القوانين وهي لا تخضعها لأي اعتبار بالنسبة للقانون الأجنبي. أما الحجة الثانية فتمثل في مرحلة التكيف تسبق مرحلة الإسناد إلى القانون الأجنبي، فلا يطبق القاضي القانون الأجنبي إلا إذا تبين له من طبيعة النزاع المعروف عليه أنه يخضع للقانون الأجنبي. وهذا يرجع إلى أن قاعدة التنزع مستمدة من فكرة السيادة، وقد أخذ الفقه في غالبية بنظرية "بارتان"، وإن لم يتفق مع في الأساس الذي بني عليه هذه النظرية أي فكرة السيادة.²

وما يمكن استخلاصه أن المشرع الجزائري وحسب المادة 09 من القانون المدني، تبنى نظرية إخضاع التكيف إلى قانون القاضي، على انه يجب الأخذ بعين الاعتبار أن التكيف هنا هو التكيف الأصلي وليس الثانوي، أي التكيف الذي يعين في تحديد قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق، أما التكيف الثانوي فيرجع فيه إلى القانون الأجنبي المختص، على أن هذا الكلام لا يمنع القاضي الوطني وهو بصدد التكيف وفقا لقانونه الاهتداء بالقانون الأجنبي الذي ترتبط به العلاقة القانونية الماثلة أمامه، وهذا من اجل الإحاطة بالمسألة القانونية المجهولة في القانون الجزائري.³

1- احمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص...ص 376... 387.

2-دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، النظرية العامة في تنزع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم، عنابة-الجزائر، 2010، ص، ص 98، 99.

1- نفس المرجع، ص...ص 75... 84.

وفي الجزائر تعتبر من فئة الأحوال الشخصية الحالة والأهلية العامة، حماية ناقصي الأهلية، والزواج والمشاركات المالية التي تصحبه، والتطبيق والانفصال الجسماني وغيرها.¹

مما سبق يتضح لنا أن المشرع الجزائري وعلى غرار باقي التشريعات العربية فقد اخضع الأهلية لقانون الجنسية، إلا انه لم يتقيد بالاختصاص المطلق لهذا القانون بل خرج عنه في حالات نتعرض إليها لاحقاً.

2-علي علي سليمان، مرجع سابق، ص ص 64، 65

المبحث الثاني: الضوابط الفقهية المعتمدة في تحديد مسائل الأهلية

تتمثل هذه الضوابط في ضابط الجنسية(المطلب الأول)، وضابط الموطن(المطلب الثاني)،

المطلب الأول: ضابط الجنسية

نتناول في هذا المطلب الأساس الفقهي لضابط الجنسية (الفرع الأول)، ثم صعوبات تطبيق قانون الجنسية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأساس الفقهي لضابط الجنسية

يعتبر القانون المدني الفرنسي أول من نص على إخضاع حالة الأشخاص وأهليتهم إلى قانون الجنسية، بعدما كان سائدا من قبل إسنادها لقانون الموطن في جميع البلاد الأوربية، ولقد كان مبتغى الفرنسيين من ذلك هو إحلال قانونهم الموحد محل القوانين الإقليمية المتعددة ولم يكونوا يظنون أنهم يأتون بمذهب جديد سرعان ما انتشر في كافة أنحاء أوروبا كما تأثرت به القوانين العربية جميعا ومنها التشريع الجزائري.¹

1 - موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، ط1، المركز الثقافي المغربيين المغرب، 1994، ص 223.

إن الأحوال الشخصية تتحدد بالحالة ليس بمعناها الواسع، لأن هذه الأخيرة تشمل كل من الحالة العامة أو السياسية وهي الجنسية، والتي ليست مجالاً لتنازع القوانين والحالة الخاصة أو المدنية والتي تعني جميع الصفات التي تميز الشخص عن غيره ككونه ذكراً أو أنثى، راشداً أو قاصراً، زوجاً أو أرملاً أو أعزباً أو ابناً، وفي البلاد التي تعطي أهمية للدين فهي تختلف فيها باختلاف الأديان كالبلاد الإسلامية وهذه الحالة هي محور الأحوال الشخصية.¹

وكما سبق القول فإن معظم الدول العربية تُخضع فئة الأحوال الشخصية لضابط الجنسية ومنها الجزائر، وذلك من خلال نص المادة 10 ق م، في فقرتها الأولى، وجاء فيها: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

ويحتج أنصار الاتجاه الذي ينادي بتطبيق قانون الجنسية على النزاعات ذات العنصر الأجنبي بحجج منها ضرورة استقرار الأحوال الشخصية وثباتها، لأن الجنسية ثابتة ومستقرة، عسيرة التغيير؛ لذلك فالقانون الذي يرتبط بها يكون أثبت وأصلح من قانون الموطن؛ كما أن الدولة تمنح قوانين الأحوال الشخصية لرعاياها دون الأجانب، ويجب أن تتبع هذه القوانين رعاياها أينما انتقلوا، وهي لا تتبعهم خارج الدولة إلا إذا انتقلوا بجنسيتهم وارتبطت بها، وتعد هذه الحجج من بين حجج المدرسة الإيطالية الحديثة بزعم مانشيوني.

هذا الأخير الذي قرر أن القوانين توضع أساساً للأشخاص ويراعى في وضعها ظروفهم الاجتماعية والاقتصادية وغيرها، زماً وضع لتنظيم حالة أشخاص مجتمع معين، لا يصلح بالنسبة لأشخاص مجتمع آخر، ومن الناحية القانونية يلاحظ أن من أهداف القانون تحقيق الأمان القانوني والاستقرار لعلاقات الأفراد وحالتهم، وهو من أهداف قاعدة التنازع.²

كما أن الأخذ بقانون الجنسية يغرس في نفوس رعايا الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم الشعور بالقومية، ويجعلهم يتعلقون بوطنهم الذي يحملون قانونه أينما ذهبوا.³

ومن النظم التي تأخذ بقانون دولة الجنسية لحكم مسائل الحالة والأهلية من القوانين الحديثة نذكر القانون الدولي الخاص الإسباني لعام 1974 (المادة 9)، والقانون الدولي النمساوي لعام 1979 (م 9 و 12 وما بعدها)، والقانون الدولي الخاص التركي لعام 1982 (م 08 وما بعدها) والقانون المدني المصري لعام 1949 (م 11 وما بعدها).⁴

الفرع الثاني: صعوبات تطبيق قانون الجنسية

1- موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012/2011، ص 08.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 650.

1- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 58.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص...ص 648... 651.

من الصعوبات التي تعترى تطبيق قانون الجنسية بالنسبة للأحوال الشخصية ومنها مسائل الأهلية، مسألة جنسية دولة تتعدد فيها الشرائع، وذلك إذا أحيل الحكم إلى دولة كهذه، سواء تعدد إقليمي كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، أو تعدد طائفي داخل الدولة البسيطة كما هو الحال في أغلب الدول الشرقية حيث يسري على كل طائفة قانون خاص بأحوالها الشخصية مستمد من ديانتها، ففي هذه الحالة يتولى التشريع الداخلي للدولة التي أسند الحكم إلى قانون جنسيتها حل هذه المشكلة، فيجبل على أي القوانين يجب تطبيقه، وتسمى هذه الحالة بالإحالة الضرورية أو الداخلية؛ ويسمى الفقيه بيبه بالتفويض، وقد أخذت بها بعض التشريعات الوضعية مثل القانون البولوني لعام 1926، والقانون السويدي لعام 1937، ثم جاء الدور على القانون الجزائري في المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني، التي نصت على: "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا تطبق من ه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان."

وعليه وطبقاً لهذا النص، إذا وجب تطبيق قانون أجنبي على نزاع متعلق بالأحوال الشخصية وكان البلد الذي يجب تطبيقه فيه من البلدان التي تتعدد فيها الشرائع الداخلية سواء إقليمياً أو طائفيًا، فإن قواعد التنازع الداخلي بين الشرائع هي التي تتولى تحديد الشريعة الواجبة التطبيق من بين هذه الشرائع المتعددة.¹ أما بالنسبة لعديم الجنسية أو اللاجئ فإن الفقه قد استقر على قانون الدولة التي يتوطن فيها هذا الأخير يعتبر قانونه الشخصي البديل لقانون الجنسية، وفي حالة انعدام الموطن يعتد بالإقامة أو السكن، وقانون دولة الإقامة أو اسكن يكون قانونه الشخصي، ويملى هذا الحل طالما أنه تحديد الانتماء القانوني لعديم الجنسية أو اللاجئ السياسي عن طريق الجنسية، يتعين التزام المنهج الواقعي والبحث عن الانتماء الواقعي لهما، وهو ما يجسده التوطن أو الإقامة.

وهذا الحل اعتنفته الاتفاقيات الدولية، ومنها اتفاقية نيويورك في 28 سبتمبر 1954، بشأن الحالة الدولية لعديمي الجنسية التي نصت في مادتها 1/12 على أن "الحالة الشخصية لكاديم جنسية يحكمها قانون بلد موطنه، وإذا تخلف الموطن فيكون بلد إقامته"، وبخصوص اللاجئ السياسي تبنت ذات الحل صراحة اتفاقية جنيف لعام 1951 المتعلقة بالحالة الدولية للاجئين السياسيين م12، م35.²

المطلب الثاني : قانون الموطن

للموطن عنصران، عنصر مادي يتمثل في الإقامة الفعلية في مكان معين، وعنصر معنوي يرتبط بنية الاستقرار في ذلك المكان ويقوم محل الإقامة العادي محل الموطن. وقد تناول

1- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 62، ص 63

2- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 654، 653

قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008 مسائل المواطن سواء للنزاعات الداخلية أو الدولية.¹

نعالج في هذا المطلب الأساس الفقهي لضابط المواطن (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى النقطة الموجه لأنصار هذا الاتجاه (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الأساس الفقهي لضابط المواطن

تبنت بعض النظم القانونية الدولية ضابط المواطن كمرجع لحل النزاعات الدولية ذات العنصر الأجنبي، معتمدين على العديد من الحجج منها أنه من اليسير توحيد موطن الأسرة إذا اختلفت جنسية الزوجين ولكن من العسير توحيد جنسية الأسرة، إذ أن موطن الزوجة والأولاد القصر هو موطن الزوج أو الأب، في حين أن جنسيته قد لا تكون هي نفسها جنسيتهم، كما أن قانون المواطن هو القانون واجب التطبيق حينما يكون هناك شخص بلا جنسية، بالإضافة إلى أن قانون المواطن أصلح من قانون الجنسية بالنسبة للمهاجرين الذين توطنوا في إقليم آخر، إذ يكون من مصلحتهم أن يسري عليهم قانون المواطن الذي يعرفونه دون قانون جنسيتهم، وربما كانوا يجهلونه لبعدهم عن إقليم دولتهم، ثم إنه من شأن سريان قانون المواطن على المهاجرين أن يسهل اندماجهم مع رعايا الدولة وإحاقهم بمواطنيها بدلا من أن يظلوا أجنب عنها.

وبالنسبة للمواطنين فخير لهم أن يتعاملوا مع الأجانب المقيمين معهم في إقليمهم على أساس قانون المواطن الذي هو معروف لهم وذلك حتى لا يتعرضوا لمفاجآت غير سارة في حالة ما إذا كان قانون جنسية هؤلاء الأجانب وهو خفي على المواطنين، يقضي بأحكام غريبة فيما يتعلق بنقص الأهلية أو انعدامها كما سنرى لاحقا، وهذا بالإضافة إلى أن مصلحة القاضي أن يجري حكم قانونه الذي يعرفه حق المعرفة بدلا من أن يبحث عن القانون الأجنبي واجب التطبيق لاسيما وإن كان الأجانب من دول مختلفة وعديدة، مما يجعل من مهمة القاضي بالغة الصعوبة.²

كما أنه من الناحية التاريخية ففكرة الدولة لم تكن ظهرت بعد، بل كانت توجد مدن أو مقاطعات مستقلة، وكان الأمر يتعلق بنوع من التنازع الداخلي بين قوانين أو أحوال تلك الدول، والانتماء إلى تلك المدن كان يترجمه التوطن والإقامة. والضابط الذي يقوم به القانون الشخصي هو مكان التوطن لا الانتماء بالجنسية، لأن تلك الفكرة ارتبطت ظهورها بظهور الدولة في أواخر القرن الثامن عشر، ومن الناحية الاجتماعية يلاحظ أن الشخص يتأثر بالمكان الذي يعيش فيه. وتتركز فيه مصالحه المالية وغيرها، ومن الناحية السياسية يساعد تطبيق قانون المواطن على الحالة الشخصية في الدول المستوردة للسكان على سرعة دمج وصهر الأجانب في

3-كَمَال سَمِيَّة، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015، ص 33.
1-علي علي سليمان، مرجع سابق، ص ص 58 59.

مجتمعها الوطني وتشبههم بالوطنيين، ومن الناحية القانونية يحقق تطبيق قانون الموطن في المعاملات التي تتم على الإقليم الوطني حيث يكون من الميسور التعرف على حالة الشخص وأهليته حسب بلد موطنه¹.

الفرع الثاني: نقد نظرية الموطن

رد بعض أنصار قانون الجنسية على أنصار قانون الموطن بالقول أنه إذا كانت هناك أسر تختلف بجنسيتها، فهناك أسر أيضا يختلف موطنها، فليس من الضروري إذن أن ترتبط الأسرة بقانون حتى تكون خاضعة كلها لقانون واحد.

أيضا فإنه إذا كان صحيحا أن قانون الموطن أصلح للمهاجرين فإن ذلك لا يصدق إلا على المهاجرين الذين استقروا نهائيا في موطنهم الجديد مثلما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، ولكن قد يحدث أن ينتقل المهاجرون من إقليم إلى إقليم ولا يستقرون في أحدها، وحينئذ يكون من مصلحتهم أن تسري عليهم قانون جنسيتهم حتى لا تتغير أحوالهم الشخصية كلما انتقلوا إلى موطن جديد.

هذا بالإضافة إلى القول بأن المفاجآت غير السارة قد تترتب على تطبيق أحكام قانون الموطن أكثر مما تترتب على أحكام الجنسية ويستشهدون على ذلك بالأحكام القضائية العديدة².

على أنه القول بأن هناك ميلا وتعاضما لقانون دولة الموطن، ونظن أن قانون دولة الموطن سيزيد في المستقبل، بل إن النظم القانونية التي تتبنى قانون دولة الجنسية تزوج بين هذا الأخير وقانون دولة الموطن في حالات كثيرة³.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري فإننا نجد أن المشرع قد جمع في الكثير من الحالات بين ضابطي الجنسية والموطن لتجنب الخلاف الفقهي القائم، ومحاولة حصر مسائل الأهلية من خلال قاعدة تنازع ازدواجية، على غرار القانون المدني الفرنسي، والمصري والليبي.

وكمثال على ذلك فإن المشرع الجزائري قد أخذ بضابط الجنسية بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج⁴ والشروط الموضوعية للزواج هي تلك المذكورة في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، ومنها الأهلية، حيث يعتبر الجزائري أهلا للزواج ببلوغ سن 19 سنة كاملة لكل من الرجل والمرأة معا.

1- أحمد عبد الكريم سلامه، مرجع سابق، ص ص 647، 648.

1- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 59.

2- أحمد عبد الكريم سلامه، مرجع سابق، ص 651.

3- نسرين شريقي وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ط1، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013، ص 59.

الفصل الثاني: موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على مسائل الأهلية

يتجلى موقف المشرع الجزائري من خلال القانون لواجب التطبيق على هذه المسائل (المبحث الأول)، من خلال النص على تطبيقات المادة 10 ق م؛ ثم التطرق إلى القانون الواجب التطبيق على عديمي الأهلية وناقصيها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على مسائل الأهلية.

نتطرق في هذا المبحث إلى قانون الجنسية (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى قانون الموطن (المطلب الثاني).

المطلب الأول: قانون جنسية الشخص.

تخضع مسائل الأحوال الشخصية إلى ضابط الجنسية كغيرها من مسائل الحالة والنسب والزواج والميراث وغيرها. ونص على ذلك المشرع الجزائري في نص المادة 10 ق م التي احتوت على أصل عام في مسألة الأهلية وهو قانون الجنسية ثم عرجت على ذكر استثناء وهو قانون القاضي. وونتاول في هذا المطلب الأصل وهو تطبيق قانون جنسية الشخص.

الفرع الأول : قانون الجنسية في التشريع الجزائري.

أخضع المشرع الجزائري لأهلية لقانون الجنسية في فقرتها الأولى وذلك بالنص في المادة 10 ق م : "على يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم..". وهو نفس النص في القانون المدني المصري

(م11 منه) والقانون المدني الليبي م 11 منه؛ والمادة 12 المدني الأردني؛ والمادة 3/3 مدني فرنسي؛ والمادة 1/9 مدني أسباني.¹

وكما تمت الإشارة سابقا فإنه بالرغم من أن مصطلح الأهلية ينصرف إلى عدة أنواع من الأهلية ؛ كأهلية الأداء ؛ وأهلية الوجوب وأهلية التقاضي وأهلية المساءلة عن الفعل الضار، بالرغم من هذا فإن المشرع الجزائري قصد أهلية الأداء العامة والتي مناطها القدرة عن التعبير عن الإرادة لذلك فإن نطاقها يتحدد بالأعمال القانونية أو التصرفات القانونية التي تحتاج إلى الإرادة في إنشائها وكذلك في ترتيب آثارها.²

أما المشرع التونسي،³ صراحة على أن المقصود بالأهلية التي تخضع للقانون الوطني هي أهلية الأداء ؛ وذلك نصت خلال المادة 40 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.⁴

وغير خافية علّة إخضاع تلك الأنماط من أهلية الأداء للقانون الوطني للشخص فالأمر يتعلق بحماية إرادة هذا الأخير في مباشرة مختلف التصرفات الشخصية والمالية كالزواج ؛ أهلية الالتزام المصرفي مثلا ؛ ولا يتعلق بحماية تلك التصرفات ذاتها والحقوق الناشئة عنها ؛ حتى تخضع الأهلية للقانون الذي يحكمها ؛ على أنه قد تثار مسألة سلطة الشخص على الحقوق المشار إليها سواء كان مصدر ذلك السلطة القانون أم العقد ؛ كسلطة القاصر أو المحجور عليه أو سلطة المرأة

1-عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 778.

2-أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الاول، تنازع القوانين، دار هوم، الجزائر، ص 217.

3-قانون رقم 98-97، الصادر في 27 نوفمبر 1998، المتعلق بالمجلة التونسية للقانون الدولي الخاص

4-زيدون بختة، مرجع سابق، ص10.

المتزوجة أو سلطة التاجر المفلس ولكن مسألة السلطة تخضع للقانون الذي ينظم
المسألة المقررة تلك السلطة بشأنها.¹

أما باقي الأهليات فهي تخضع لقوانين أخرى ؛ فأهلية الوجوب والتي يقصد بها
صلاحية الشخص لان تكون له حقوق فهي لا تخضع لقانون واحد وإنما يسري في
شأنها القانون المختص بحكم الحق المراد معرفة ما إذا كان الشخص يتمتع به أم
لا فحق الشخص في أن يرث يخضع لقاعدة الإسناد التي تحكم الميراث والتي
تقضي بتطبيق قانون الجنسية ؛ وحق الشخص في أن يتزوج من امرأة ثانية؛
يخضع لقانون جنسيته ؛ وحق الشخص في أن يملك يخضع للقانون الذي يحكم
الملكية وهو قانون موقع المال.²

أما أهلية المسائلة عن الفعل الضار فهي أيضا تخرج من مجال تطبيق قانون
الجنسية لتخضع للقانون الذي يحكم الفعل الضار ؛ أي قانون محل وقوع الفعل
الضار؛ وكما تخرج أيضا من نطاق قانون الجنسية أهلية الشخص للتقاضي
لتخضع لقانون القاضي ؛ كونها تعتبر من المسائل الإجرائية تطبقا لنص المادة
21 مكرر من القانون المدني الجزائري.³

أما أهلية الأداء الخاصة ؛ فهي تتعلق بأشخاص معينين يمنعهم القانون من مباشرة
بعض التصرفات القانونية مع أنهم راشدون ؛ ومثالها ما تقضي به أغلب
التشريعات، ومنها التشريع الجزائري من حرمان رجال القضاء من شراء الأموال
المتنازع عليها بأسمائهم أو بأسماء مستعارة إذا كان المال المتنازع عليه يدخل في
اختصاص الدائرة القضائية التي يمارسون فيها مهامهم. وأيضا ما تقضي به أغلب

1- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 719، ص 720

2- زيدون بختة، مرجع سابق، ص 11

3- نفس المرجع، ص 12

التشريعات الغربية كالتشريع اليوناني من حرمان الزوجة من كفالة زوجها،¹ وكذلك حرمان الشخص المريض من الإيحاء للطبيب الذي عالجه.

ويتضح من خلال هذا أن الغرض من أهلية الأداء الخاصة ؛ ليس فقط حماية الشخص نفسه وإنما اعتبارات أخرى ؛ كحماية مصلحة الغير أو مصلحة اجتماعية، وهذا ما جعل الفقه يخرج هذا النوع من الأهلية من نطاق قانون الجنسية واستقر على إخضاعها للقانون الذي يحكم التصرف القانوني ذاته.²

هذا ويخضع تكييف الأهلية لقانون القاضي طبقا للقاعدة العامة في التكييف؛ فالقاضي المرفوع أمامه النزاع هو الذي يكيف المسألة، هل هي متعلقة بالأهلية 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 وما هي التصرفات التي يعتبر أهلا للقيام بها ؛ كما بين أيضا متى يعتبر الصبي مأذونا له بإدارة أمواله ويبين قانون الجنسية أيضا ما يترتب من جزاء على هذه التصرفات ؛ كما بين أيضا ما هي عوارض الأهلية من جنون و عته وسفه و غفلة.³

وتجدر بنا الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد جعل سن 19 سنة كاملة هو السن القانوني الذي يعتبر فيه الشخص راشدا ويستطيع ممارسة جميع التصرفات القانونية بمفرده؛ وذلك من خلال المادة 40 ق م ج التي تنص: "كل شخص بلغ سن الرشد

1-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، ط2، مطبعة الفسيلة، الدوير-الجزائر، 2008، ص153

2-أحمد عبد الكريم عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الاسكندرية، 1989، ص 111.

3-زيدون بختة، مرجع سابق، ص 12.

متمتعا بقواه العقلية ولم يجبر عليه؛ يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ؛
وسن الرشد هو 19 سنة كاملة ."

الفرع الثاني: إشكالية متعددي الجنسية وعديميها .

تطرق المشرع الجزائري إلى هذه الإشكالية من نص المادة 22 من القانون المدني التي جاء مضمونها على النحو الآتي "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية.

غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية؛ وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول.

وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة ."

و يتضح من خلال نص المادة السابقة أن المشرع الجزائري ميز بين أن تكون الجنسية الجزائرية هي إحدى الجنسيات المتنازعة أو لا تكون ففي الحالة الأولى يطبق القاضي الجزائري قانون الأحوال الشخصية الجزائري؛ ويصرف النظر عن قانون الجنسية أو الجنسيات الأخرى؛ أما في الحالة الثانية أي في حالة تنازع جنسيات أجنبية ليست الجنسية الجزائرية من بينها فإن القاضي الجزائري هو الذي يعين القانون الواجب التطبيق.

والأمر كذلك أيضا إذا لم تكن للشخص محل النزاع أية جنسية؛ ويرى الفقه أن الجنسية الفعلية هي التي يؤخذ بقانونها في حالة هذا التعدد الأخير . كما يرون أن يطبق بالنسبة إلى عديم الجنسية قانون الموطن ؛ فإن لم يكن له موطن فيطبق

عليه قانون محل إقامته ؛ وقد أخذت بهذا الرأي اتفاقيات جنيف المنعقدة في سنة 1931 وسنة 1951 بخصوص اللاجئين.¹

ويعتبر مشكل التعدد أو الانعدام من أمراض الجنسية وحسم غريب فيها ويحاول فقهاؤها وأطبائها استئصاله ؛ ولكم فاضت مؤلفاتهم بحلول ؛ ولكم خرجت مؤتمراتهم بتوصيات ولكم أبرمت اتفاقيات ؛ ولكم أدلى القضاء بدلوه ولكن مازال المرض مزمن حيث نواجه تعارض في أداء الشخص لتكاليفه العامة المقررة على الوطنيين ؛ مثل أداء الخدمة وتتصاعد هذه المشكلة عند تشوب حرب بين دولتين يحمل جنسيتهما كذلك لا تخلو ممارسته لحقوقه السياسية من مشاكل وأوضاع مستغربة، إذ قد يمارس حقوقه الانتخابية أو الترشح للمجالس التشريعية في كلتا الدولتين التي يحمل جنسيتهما.²

بخصوص تعدد أو تراكم الجنسيات فإنه هناك فرضين من الفقه وهما :

الأول إذا كانت جنسية دولة القاضي الذي ينظر المنازعة الخاصة بحاله متعدد الجنسية ؛ هي إحدى الجنسيات التي يتمتع بها هذا الأخير ؛ وهنا تكون الأفضلية دائما لجنسية دولة القاضي بغض النظر عن باقي الجنسيات ؛ وقد أخذت بها اتفاقية لاهاي المبرمة في 12 أبريل 1930 الخاصة بتنازع القوانين في بعض مسائل الجنسية ؛ وكذلك بعش التشريعات الحديثة كقانون الجنسية البرتغالي لعام 1981 (م27) والقانون الدولي الخاص الإسباني لعام 1974 والتركي لعام 1982 م4/ب. أما الفرض الثاني فيتعلق بحالة شخص بجنسية أكثر من دولة ليس من بينها جنسية دولة السلطة التي تنظر المسألة المعروضة ؛ والقاعدة في هذا

1-علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 62

2-أحمد عبد الكريم عشوش، مرجع سابق، ص 42.

الخصوص هو تفضيل الجنسية الواقعية،¹ أي تفضيل الجنسية التي تكون أكثر توافقاً مع الواقع الفعلي لحياة الشخص، وهو واقع يقوم على عناصر ذات طابع موضوعي كمحل الميلاد أو محل إقامته وموطنه أو ممارسته لحقوقه المدنية والعامّة ويقوم على عناصر ذات طابع شخصي؛ قوامها شعوره وانتمائه النفسي وسلوكه في حياته العائلية والاجتماعية والاقتصادية.

وهذا الحل أخذت به محاكم التحكيم المختلطة ومحكمة العدل الدولية في قضية نوتباوم عام 1955؛ ومحكمة التحكيم الإجرائية - الأمريكية في قضية ناصر الأصفهاني 1983؛ كما أنه الحل الذي قننته القوانين المقارنة الأجنبية والعربية ومنها القانون الدولي الخاص الإسباني م 9/9؛ والنمساوي م 1/9؛ والتركي م 4 ج؛ والمصري م 1/25؛ والسوري م 1/26؛ والعراقي م 1/33؛ والليبي م 1/25.

وقد جمع المشرع الجزائري بين الفرضيتين السابقتين منى خلال نص المادة 22 من القانون المدني سالف الذكر.

المطلب الثاني: قانون القاضي

نتعرض إلى أساس تطبيق قانون القاضي (الفرع الأول)، ثم إلى شروط تطبيق قانون القاضي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أساس تطبيق قانون القاضي

لم تجعل المادة 10 م ج من ضابط الجنسية الحل الوحيد على إطلاقه بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية وخاصة الأهلية؛ بل أقرت وجود استثناء والعمل به من خلال النص على ذلك في ما تبقى من نص المادة حيث جاء فيها أيضاً "ومع ذلك

1_ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 656، ص 657

ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية ؛ وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر ؛ فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة.."

والاستثناء الوارد في المادة 10 ف 2 هو نفسه الموجود في المادة 11 ف 2 من القانون المدني المصري وكذلك المادة 40 ف 2 من القانون الدولي الخاص التونسي.¹

كما حاول بعض الفقه أن يردّ هذا الاستثناء إلى أصول فقهية عامة منها تبرير الاستثناء على أساس فكرة المصلحة الوطنية التي مقتضاها الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي متى كان يضر بمصالح المتعاقد الوطني.

وقد انتقد هذا التبرير على أساس أنه يفرق بين الوطني والأجنبي ؛ وهذا الأمر يتعارض مع حكمة التشريع ؛ فقواعد القانون الدولي الخاص موضوعة لحماية الوطني والأجنبي دون تمييز ؛ وبالإضافة إلى ذلك فإن هذا التبرير يؤدي إلى تجاهل القانون الأجنبي في كثير من الفروض بدعوى حماية المصلحة الوطنية.²

بينما اتجه جانب آخر من الفقه إلى تبرير هذا الاستثناء إلى فكرة النظام العام ؛ وبمقتضى هذا الرأي ؛ فإنه يتعين استبعاد أحكام القانون الأجنبي باسم النظام العام مادام أن هذا الأخير يضر بمصالح الوطنيين .

وانتقد هذا الرأي على أساس أن استبعاد أحكام القانون الأجنبي باسم النظام العام يكون فقط في الحالة التي يتعارض فيها القانون الأجنبي مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي ؛ وليس هذا هو حال الاستثناء ذلك أن اختلاف

1-عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 203.

2-زيدون بخته، مرجع سابق، ص 15.

سن الرشد في القانون الأجنبي عنه في القانون الوطني لا يصطدم بأي حال من الأحوال مع فكرة النظام العام.¹

وهناك من أسس هذا التبرير بفكرة الإثراء بلا سبب، وهم بعض الفقهاء الفرنسيين بناء على حكم محكمة النقض، في قضية استبعاد القانون الأجنبي بسبب سن الرشد، ذلك أن المتعاقد الأجنبي الذي يتمسك بنقص أهليته من أجل إبطال العقد قد أثري على حساب الطرف الوطني، لهذا يخضع النزاع لقانون القاضي باعتباره قانون الدولة التي حدثت فيها واقعة الإثراء بلا سبب.² ويعاب هذا الرأي بسبب عجزه عن تفسير القرار القضائي الذي يقضى بصحة التصرف القانوني الذي قام به الأجنبي ناقص الأهلية، دون تفرقة بين ما إذا أثري بهذا التصرف أو لا، لأن القضاء يحمي المتعاقد مع الأجنبي ناقص الأهلية حتى ولو لم يكن هذا الأخير قد حقق إثراء، وإن كان الإثراء هو الوضع الغالب.

الفرع الثاني: شروط تطبيق قانون القاضي.

رأينا في ما سبق بنص المادة 10 ف1 م أن الأصل هو قانون الجنسية إلا أنه وفي الفقرة الثانية من المادة نفسها أدخل المشرع الجزائري مجموعة من الشروط إذا توافرت جميعها تطبق الاستثناء المذكور في المادة وهو قانون القاضي ونستبعد قانون جنسية الشخص وهي الشروط حسب نص المادة التي جاءت كما يلي "ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية ؛ وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر ؛ فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته و في صحة المعاملة".

1-زيدون بختة ، مرجع سابق، ص 16.

2-كمال سمية، مرجع سابق، ص 293.

وعليه يمكن أن نجمل هذه الشروط في :

أولاً: أن يكون التصرف الذي قام به الأجنبي يدخل في نطاق التصرفات المالية¹ كأن يكون بيعاً أو إيجاراً ؛ أما إذا تعلق بالأحوال الشخصية مثل الزواج أو الوصية ؛ فلا يطبق هذا الاستثناء ؛ ويرجع ذلك لكون الأحوال الشخصية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالفرد ؛ مما يقتضي إسنادها لقانون الجنسية،² كما أن مثل هذه التصرفات لا يتم إبرامها على عجل بل تحتاج على من الحيطة ؛ وبالتالي لا يعذر المرء بجهله لصفة من صفات الطرف الآخر .

غير أننا نرى مع فريق آخر من الفقه ؛ بأنه لا مجال لهذا التنفيذ ؛ فمادام أن نص المادة جاء مطلقاً فلا يسوغ تقييده بغير مقتضى ؛ ومن ثم فإن هذا الاستثناء يمكن إعماله على أي تصرف مالي كان³.

وقد انتقد الأستاذ موحند إسعاد هذه الشروط ؛ حيث يرى أن المسألة يمكنها أن تخص كذلك مجال الأحوال الشخصية ؛ حيث يمكن للأجنبي أن يتزوج في الجزائر ؛ وقد يظهر فيما بعد أنه عديم الأهلية لأسباب متعددة وفقاً لقانونه الوطني . إذا كان الزوج ذو نية حسنة وقت الزواج فمن غير المستحسن أن تغلق كل الأبواب لإمكانية تصحيح هذا الزواج.⁴

ثانياً : أن يتم هذا التصرف في الجزائر وينتج آثاره فيها ؛ ويشمل الإقليم الجزائري ما يتبعه من مياه إقليمية وغيرها ؛ فلا يكفي إذن أن يتم التصرف في الجزائر ثم

1- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 66.

2_ محمود وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 126.

3_ زيدون بختة، مرجع سابق، ص 18

4- عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 205.

ينتج آثاره خارجها كما أنه لا يكفي أن يكون قد انعقد في الخارج وأنتج آثاره في الجزائر بل لا بد من تلازم الأمرين.¹

إن عبارة الأجنبي الواردة في النص؛ تعني أن العلاقة هي بين جزائري وأجنبي رغم أنها يمكن أن تكون بين أجنبي؛ ولكن الحل يرجع إلى القضاء الجزائري وسلطته التقديرية.

إن الحل الذي جاء به المشرع التونسي في المادة 40ف2؛ يفيد بأن العلاقة ليست بين تونسي وأجنبي فقط وإنما يمكنها أن تكون بين أجنبي ذلك لأن المادة تستعمل عبارة عن إحدى الأطراف في التصرف المالي دون ذكر الطرف الأجنبي؛ كما جاء في القانون الجزائري والمصري.²

وانتقد الأستاذ موحند إسعاد هذا الشرط كذلك معتبرا أنه يمكن أن يتعلق الأمر بإنتاج آثاره بالجزائر بالنسبة لتصرف جرى بالجزائر أو العكس لاسيما وأنا عند إبرام العقد لا نعرف إذا كان سينتج آثاره بالجزائر.

وإذا طرحت مسألة تتعلق ببطلان العقد فإن القاضي يقوم بتقييم الخطأ أو الغلط في الوقت وفي مكان إبرام العقد.

كما يرى الدكتور عكاشة محمد عبد العال أن هذا الاستثناء لا يكرس قاعدة من قواعد البوليس ذات التطبيق المباشر؛ كما لا يعد قاعدة تتنازع تقليدية مفردة الجانب؛ بل يتعلق الأمر بقاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص ترمي إلى حماية

1- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 66.

2 - عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 206.

المعاملات التجارية الدولية سواء تمت داخل الدولة أو خارجها متى كان المتعاقد الذي يتمسك بها حسن النية.¹

هذا وقد تساءل الفقه حول جنسية المتعاقد مع أجنبي؛ هل يشترط أن تكون جنسيته جزائرية؟

ذهب البعض إلى أن عبارة النص "إذا كان أحد الطرفين أجنبي" يفهم منها وبمفهوم المخالفة أن الطرف الآخر يجب أن يكون وطنيا؛ في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأنه مادام المشرع الجزائري لم يشترط صراحة أن يكون المتعاقد مع أجنبي جزائريا؛ فهذا يعني أن العلاقة التعاقدية قد تكون بين جزائري وأجنبي؛ كما قد تكون بين أجنب؛ فالمشرع الجزائري من خلال هذا الاستثناء؛ لم يقصد فقط حماية المتعاقد الوطني إذا ما تعاقد مع أجنبي ناقص الأهلية وفقا لقانونه لسبب فيه خفاء؛ بل إن هذا الاستثناء يحمي أيضا المتعاقد مع أجنبي آخر إذا كان هذا الأخير ناقص الأهلية وفقا لقانونه لسبب فيه خفاء.²

واستقر الفقه المصري على هذا الرأي؛ وكذلك القضاء الفرنسي؛ حيث لم يتردد هذا الأخير في حماية المتعاقد الأجنبي الذي لم يستطع أن يتبين أحكام قانون جنسية الطرف الأجنبي الآخر الذي تعاقد معه.³

ثالثا: أن يكون نقص أهلية الأجنبي راجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه يترك هذا الشرط مجالا واسعا للسلطة التقديرية للقاضي لتحديد متى يكون نقص الأهلية راجعا إلى سبب فيه خفاء؛ وعلى ذلك فإن السبب الذي فيه خفاء لا يسهل تبينه

1-زيدون بختة، مرجع سابق، ص ص 18، 19

2-زيدون بختة، مرجع سابق، ص 19

3-حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2007، ص 356.

يؤدي إلى عذر المتعاقد الجزائري بجهله للقانون الأجنبي ؛ فلا يطبق القانون الأجنبي المختص أصلا على الأهلية.¹

أما إذا كان سبب الخفاء يسهل تبينه؛ حيث كان من الممكن من المتعاقد الجزائري

أن ينتبه بسهولة على أن الأجنبي غير راشدا لصغر سنه ؛ أو أن سلوكه ينبئ بأن حركاته ليست حركات عادية فعلية أن يتأكد قبل أن يتعاقد ؛ وقبل أن يفعل ذلك ؛ فإنه لا يمكنه أن يتمسك بجهله لنقص أهلية المتعاقد الأجنبي.²

أما الاعتراض على هذا الشرط بقاعدة لا عذر بجهل القانون؛ فهو مردود لأن هذه القاعدة تقتصر على الجهل بالقانون الوطني الذي يفترض في كل مواطن أن يعرفه متى وصل إلى علمه بطريق النشر في الجريدة الرسمية ؛ بينما الجهل بالقانون الأجنبي عذر مقبول لأن المفروض أن الإنسان لا يستطيع أن يحيط علما بأحكام قوانين العالم كله.³

ويعتبر القانون الألماني الأجنبي الذي يتعاقد في ألمانيا ويكون قاصرا طبقا لقانون جنسيته وراشدا طبقا للقانون الألماني ؛ يعتبر راشدا البند 7 فقرة 3 من مقدمة القانون المدني الألماني دون أي شرط ولا قيد.⁴

رابعاً: أن يكون المتعاقد الأجنبي كامل الأهلية وفقا للقانون الجزائري ؛ وناقصها وفقا لقانونه الوطني: لم يتضمن نص المادة 10 ق م صراحة هذا الشرط ؛ لكنه شرط بديهي ومنطقي لأنه لا يمكن تصور أعمال هذا الاستثناء إذا كان الأجنبي ناقص الأهلية أيضا وفقا للقانون الجزائري ؛ وذلك إذا كان المتعاقد مع أجنبي لعذر

1-عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 206

2- نفس المرجع، ص 207

3 -علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 66.

4-نفس المرجع ، ص 67.

في جهله بنقص أهليته وفقا لقانونه الشخصي فإنه لا يعذر في جهله بنقص أهليته وفقا للقانون الجزائري.¹

وهكذا متى توافرت كافة الشروط سالفة الذكر؛ فإن المتعاقد مع أجنبي يعد معذورا ويحق له حينئذ التمسك بهذا الاستثناء، فيعتبر التصرف الذي أبرمه صحيحا ومنتجا لآثاره
المبحث الثاني: حماية ناقصي الأهلية وعديميها .

سننظر في هذا المبحث إلى القانون الواجب التطبيق على عديم الأهلية وناقصيها (المطلب الأول)، ثم ندرس الاستثناء الوارد على القانون الواجب التطبيق (المطلب الثاني).

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على عديم الأهلية وناقصيها.

سننظر في هذا المطلب إلى تعريف عديمي الأهلية وناقصيها (الفرع الأول)، ثم ننظر إلى القانون الواجب التطبيق على عديمي الأهلية وناقصيها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف عديمي الأهلية وناقصيها:

ذكرت المادة 15 ق م ج ، نظم حماية ناقص الأهلية وعديميها ؛ من خلال الولاية والوصاية والقوامة ويدخل ضمن هذا النطاق المحجورين ؛ كالسفيه والمجنون والمعتوه ؛ وبعبارة أخرى ؛ القاصر ؛ القاصر غير مميز والراشد ناقص أو عديم الأهلية .

وقد يطرح التساؤل لمعرفة إذا كان المقصود بالولاية الولاية على المال أو على النفس؟ فيتجه الفقه المصري على اعتبار أن المقصود بالولاية هي الولاية على المال؛ أما الولاية على النفس فتخضع لجنسية الأب بوصفها من آثار النسب أو

1-أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص223.¹

الزواج؛ وكلاهما نص عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة المعدل والمتمم لسنة 2005.

ونظرا لارتباط هذه الأنظمة كالولاية والوصاية والقوامة؛ ارتباطا وثيقا بالأهلية العامة؛ فقد اعتبرها المشرع الجزائري من قبيل مسائل الأحوال الشخصية وأسندها لقانون الشخص الذي تجب حمايته كأصل عام مع استثناء سنذكره لاحقا.

والسبب في حماية ناقص الأهلية هو الحاجة الدائمة إلى حماية نفسه وأمواله ؛ سواء كان عدم أهليته راجع إلى صغر السن وتلك حالة القاصر؛ أم راجع إلى إحدى عوارض الأهلية وتلك حالة غير كامل الأهلية وعادة ما تتم تلك الحماية عن طريق الولاية أو الوصاية أو القوامة ؛ أو غيرها في إطار عائلي أو أسري لما يدعو إلى القول بأن الأمر يتعلق بنوع من الحماية العائلية.¹

على أنه قد لا يشير تحقيق الحماية العائلية لغير كامل الأهلية، ولا يكون هناك مناص من تحمل الدولة ذاتها تبعة تلك الحماية بحيث تصير الدولة عن طريق تجهزتها المعنية ؛ هي الولي أو الوصي على من لا ولي ولا وصي له ولعل من جملة الأسباب التي أدت إلى تزايد دور الدولة في حماية غير كامل الأهلية هي أسباب سياسية بمعنى تدخل الدولة وسياستها التوجيهية بقواعد ضرورية التطبيق في مجال الأسرة ؛ كالقواعد الخاصة بالتعليم الإلزامي ؛ أو أسباب اجتماعية ؛ كضعف دور الأسرة والتفكك العائلي ؛ وأسباب طبيعية كوجود العديد من الصغار والأيتام والأولاد غير الشرعيين ؛ واللقطاء ومجهولي الأبوين.²

1- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 754.

2_ نفس المرجع، ص 754، ص 755.

الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على ناقصي الأهلية وعديميها .

نصت المادة 15 من القانون المدني الجزائري على: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة كحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته".

وهو نفس ما جاء في المادة في المادة 16 من القانون المدني المصري وكذلك المادة 41 من القانون الدولي الخاص التونسي.

ويتضح من خلال الفقرة 1 من المادة 15 ق م ج أن المشرع وعلى غرار باقي التشريعات العربية الأخرى أسند الاختصاص التشريعي للنظم الخاصة بحماية عديمي الأهلية ومن في حكمهم لقانون الشخص الذي تجب حمايته ؛ وليس لقانون جنسية القائم بالحماية ؛ وذلك لأن هذه النظم إنما تقررت لمصلحة الشخص الذي تجب حمايته ؛ وليس لمصلحة القائم بالحماية.¹

كما يرجع إلى قانون من يجب حمايته تحديد من تثبت له الولاية (المادة 81 من قانون الأسرة) ومن يصح لأن يكزن وصيا (المادة 93 من قانون الأسرة) ؛ او قيما وسلطة القائم بالحماية في إبرام التصرفات المختلفة (المادة 88 ق الأسرة) وواجبات من يتولى الحماية وكذلك أسباب سلب الولاية والحد منها(المادة 91 ق أ).

غير أن هناك مسائل أخرى متصلة بحقوق الذين تجب حمايتهم ولا تخضع للقانون الشخصي لهؤلاء ؛ حيث نص القانون المصري ز كذلك التونسي على أن المسائل الإجرائية تخضع لقانون القاضي.²

1-زيدون بختة، مرجع سابق، ص 23.

2-عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص ص 209، 210

كما أن قانون من تجب حمايتهم يستبعد بسبب النظام العام؛ أو إذا كانت المسألة تتعلق بإجراء أمني فتخضع للقانون الإقليمي.

وهو كذلك عندما يتعلق الأمر بقانون مركز الأموال الذي يسري على الحياة والحقوق العينية؛ فيحكم قانون القاضي نظام نقل العقارات؛ الحياة؛ الشهر والتسجيل.

كما يتضح من خلال الفقرة السابقة أن المقصود بالولاية هنا هي الولاية على المال لا على النفس لان الغرض من هذه النظم التي نص المشرع الجزائري على إخضاعها لقانون جنسية عديمي الأهلية أو ناقصيها ؛ هو لسدّ عجزهم عن مباشرة التصرفات القانونية،¹ في حين قد سبق القول أن الولاية على النفس تتعلق بالتنظيم العائلي؛ لذلك تعد من آثار عقد الزواج أو من آثار النسب.

كما أن الرجوع إلى قانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته؛ إنما يكوم في حدود القواعد الموضوعية المنظمة لتلك الحماية؛ فيرجع لقانون جنسية الشخص ؛ لمعرفة طبيعة نظام الحماية الذي يجب أن يشمل به ناقص الأهلية ؛ أي لمعرفة ما إذا كان هذا النظام هو الولاية الشرعية أو الوصاية أو القوامة.

وقانون جنسية الشخص هو الذي يبين كذلك طرق تعيين الأولياء والأوصياء والقيمين وشروطهم وصلاحياتهم وحدود وظائفهم وكذلك التصرفات التي يجوز لهم إجرامها وطرق إنهاء مهامهم ومسؤولياتهم.

وعليه إذا كان الشخص الواجب حمايته جزائريا؛ فإن القانون الجزائري هو الذي يسري؛ ويستتبع ذلك سريان أحكام قانون الأسرة الجزائري.

1- عبد الكريم بلعيو، محاضرات في القانون الولي الخاص في ضوء تعديلات 10/05 سنة 2005 ، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2009/2008، ص 96.

وقد نظمت المواد 81 إلى 108 من القانون للولاية على المال والوصاية والقوامة ؛ في حين نظمت المواد من 92 إلى 96 من القانون نفسه أحكام الوصاية أما أحكام القوامة فجاءت في نصوص المادتين 99 و 100 من نفس القانون .

وتتولى الدولة حماية ورعاية غير كاملي الأهلية الأجانب المقيمين أو المتواجدين على إقليمها في حالة الاستعجال؛ بحيث يسوغ للدولة إتخاذ التدابير الوقائية والوقائية اللازمة للحماية طبقا لقانونها ؛ إلى حين التمكن من تقرير الحماية الموضوعية النهائية وفق القانون الشخصي لهؤلاء¹.

المطلب الثاني : الاستثناء الوارد على القانون الواجب التطبيق.

جاءت الفقرة 2 من المادة 15 ق المدني باستثناء على القانون الواجب التطبيق على عديمي الأهلية وناقصها؛ حيث جاء فيها "غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر عديمو الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر".

ويتضح من خلال هذه الفقرة أن المشرع الجزائري أجاز للقاضي الجزائري تطبيق قانونه بشأن التدابير المستعجلة الهادفة للحماية المؤقتة للقاصر الموجود بالجزائر؛ أو لأمواله الموجودة فيها وقد أخذ القانون التونسي بهذا الاستثناء صراحة بموجب المادة 41/ف من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص².

وترجع الجذور التاريخية لهذا الاستثناء إلى اتفاقية لاهاي المتعلقة بحماية القصر المؤرخة في 5 أكتوبر 1961؛ والتي دخلت حيز التنفيذ في 4 فيفري 1969. وقد أعطت هذه الاتفاقية في مادتها الأولى والثانية الصلاحية المبدئية إلى سلطات الدولة التي يسكن فيها ؛ وبشكل معتاد لأن تدابير الحماية حسب قانونها

1- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 757

2- زيدون بختة، مرجع سابق، ص 25.

الداخلي، أي بالنسبة إلى شخص القاصر أو أمواله ؛ ولكن يبقى القانون الشخصي للقاصر حسب المادة الثالثة من هذه الاتفاقية معمولا به في دولة السكن ؛ وذلك وفقا للقاعدة العامة في الحماية ؛ وخلافا للقاعدة التي وضعتها هذه الاتفاقية ؛ إذا كان ذلك القانون ينشئ علاقة وسلطة مباشرة ونافذة بصورة حكيمية بمعنى أن يكون معمولا بها دون تدخل من السلطة القضائية أو الإدارية كالسلطة الأبوية ؛ أو سلطة القربة أو الوصاية التي تستمد مصدرها من القانون مباشرة ولا تتطلب لإنشائها تدخل من السلطات المختصة ؛ إلا في الحالات التي يكون فيها القاصر مهددا جديا في شخصيته وأمواله وهو ما يضمن تدخل السلطة المحلية وفق ما جاء في أحكام المادة الثامنة من الاتفاقية.¹

ولعل المشرع الجزائري قد استسقى الاستثناء المذكور أعلاه من المادة التاسعة من هذه الاتفاقية ؛ حيث خرج عن تطبيق القانون الشخصي للقاصر و قضى باختصاص القانون الجزائري باعتباره قانون محل إقامة القاصر أو مكان موقع أمواله ؛ وذلك باتخاذ كافة التدابير المستعجلة ؛ وهي تلك التدابير التي لا ينتظر لاتخاذها الفصل في النزاع ؛ ومن ثم فإن تطبيق القانون الشخصي عليها من شأنه الإضرار بمصالح القاصر .ولعل هذا ما يبرز وضوح أهمية هذا الاستثناء المتعلق بالأهلية حيث وسع المشرع الجزائري بموجبها مجال تطبيق قانونه إقرارا للمصلحة الوطنية ؛ كما أنه لم يقتصر في توسيع مجال تطبيق قانونه على هذه المسائل فقط.

1-زيدون بختة، مرجع سابق، ص 26.

بل أقر ذلك بخصوص مسائل أخرى ؛ نخص منها بالذكر الرابطة الزوجية ؛ حيث أفرد المشرع الجزائري بشأنها هي الأخرى اختصاصا استثنائيا لصالح قانونه وذلك كما كان أحد الزوجين جزائري وقت الزواج.¹

حيث جاء في الاستثناء إخضاع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا إلا فيما يخص الأهلية ؛ فتظل أهلية الزوجين خاضعة لقانون جنسية كل من طرفي العلاقة الزوجية.²

هذا وتجدر الإشارة أنه يمكن استبعاد القانون الأجنبي في عدة حالات، منها إذا كان مخالفا للنظام العام في دولة القاضي، لأن النظام العام فكرة عن مجموعة من المبادئ القانونية، السياسية، أو الاجتماعية الدينية في كل دولة وهي فكرة مرنة تتغير من بلد لآخر ومن زمان إلى زمان وكل دولة حرة في تحديد ما يدخل ضمن فكرة النظام العام وبين ما لا يدخل فيه.³

1-زيدون بختة ، مرجع سابق، ص 27.

2-موحند إسعاد، مرجع سابق، ص 297

3-ولد شيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية في دول المغرب العربي، رسالة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، 2015، ص ص 223، 224.

الخاتمة:

إن دراسة الأهلية في القانون الدولي الخاص يتطلب الكثير من التركيز والبحث المتواصل للإلمام بجميع جوانبه؛ ومحاولة حل المشكلات المطروحة سابقا بالاستعانة بالكتب والدراسات السابقة الخاصة بهذا المجال.

وتطرقنا إلى الضوابط الفقهية المعتمدة في مسائل الأحوال الشخصية وجدنا ضابطين أساسيين هما ضابط الجنسية؛ وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في معظم مواد الأحوال الشخصية ومنها مسائل الأهلية؛ لكنه لم يجعله مطلقا بل أدخل عليه استثناء وهو تطبيق قانون القاضي؛ إذا توافرت مجموعة من الشروط نص عليها المشرع الجزائري؛ وكذلك حماية مصلحة المتعاقد الوطني حسن النية من الضرر الذي يلحق به جراء تطبيق قانون الجنسية؛ عندما يتمسك الأجنبي بنقص أهليته طبقا لقانون جنسيته؛ مما سبب اضطرابا في المعاملات ويزعزع الثقة اللازمة لنمو تلك المعاملات.

وهذا ويلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري من خلال جعل الاستثناء على ضابط الجنسية فهو لم يسع إلى حماية المتعاقد الوطني فقط. وإنما سعى بموجبه إلى حماية الاقتصاد الوطني ككل؛ فهو لم يشترط أن يكون أحد الطرفين أجنبيا؛ بل اشترط فضلا عن ذلك أن تكون هذه التصرفات قد أبرمت في الجزائر وأنتجت آثارها فيها.

ويمكن القول أن المشرع الجزائري قد خطا خطوة مهمة فعالة بعد تعديل القانون المدني لسنة 2005؛ بعدما أضاف الفقرة الثانية للمادة 15 منه؛ والتي جاء فيها تطبيق القانون الجزائري على التدابير الاستعجالية المتعلقة بعديمي الأهلية ومن في حكمهم إذا كان هؤلاء موجودين في الجزائر أو تعلقت بأموالهم الموجودة فيها، وهذا أمر مهم لمصلحة القاصر، لأن التدابير الإستعجالية لا ينتظر لاتخاذها الفصل في

النزاع؛ومن ثم فإن تطبيق القانون الشخصي عليها من شأنه الإضرار بمصالح القاصر.

وكذلك الحال بالنسبة لمتعدد الجنسية؛ فقد حمى المشرع الجزائري العنصر الوطني في العلاقة؛ وجنب القاضي مشقة البحث عن القانون الأجنبي ؛ إلا أنه قد لا يكون مناسباً أحياناً خاصة إذا كان الأجنبي اكتسب الجنسية الجزائرية وبقي محتفظاً بجنسيته الأصلية فيصعب هنا تطبيق القانون الجزائري وبالأخص أحكام الشريعة الإسلامية على هذا الأجنبي.

وما يمكن استخلاصه هو أن المشرع الجزائري قد وسع مجال تطبيق القانون الوطني لاسيما مع التعديل الجديد للقانون المدني؛ آخذاً بذلك مذاهب أغلبية الفقهاء ؛ وكذلك ما ستقر عليه القضاء الفرنسي في هذا المجال ؛ حيث أقر تطبيق قانونه بصفة استثنائية في حالة استبعاد القانون الأجنبي المختص سواء بموجب نظرية الإحالة أو في حالة صعوبة إثبات مضمونه ؛ أو في حالة تعارضه مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي.

قائمة المراجع

أولا/ الكتب :

- 1- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 2- احمد عبد الكريم عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1989.
- 3- إسعاد موحد، القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول، قواعد التنازل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
- 4- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول ، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 5- الطيب زروتي ، القانون الدولي الخاص الجزائري، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيحة، الجزائر، 2008.
- 6- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين : المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، 1997.
- 7- حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

8-عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.

9- عبد الرزاق دربال، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم، عناية-الجزائر، 2010.

10-علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.

11-عبد الكريم بلعور، محاضرات في القانون الدولي الخاص في ضوء تعديلات 05-10 لسنة 2005، بن عكنون، الجزائر، 2009/2008.

12-كمال عليوش قريوع، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2007.

13-نسرين شريقي وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013.

14-محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

15-ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.

16-موسى عبود، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص المغربي، الطبعة الأولى، المركز الثقافي المغربي، المغرب، 1994.

ثانيا/ المذكرات والرسائل الجامعية :

1/ رسائل الدكتوراه

1-كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولي الخاصة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016.

2- ولد شيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية في دول المغرب العربي، رسالة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015/2014.

2/ رسائل الماجستير

1-عكوش سهام، القانون الأجنبي إثباتا وتفسيرا، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقره، بومرداس، 2010/2009.

2-موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، 2012/2011.

3-زيدون بختة، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، 2012/2011.

ثالثا/ القوانين :

1-الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر ج ج العدد 44، سنة 2005.

2-الأمر رقم 11-84 المؤرخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر ج ج العدد 15 سنة 2005.

3-الأمر رقم 01-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، المعدل والمتمم بالأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج ر ج ج العدد 15 سنة 2005.

4-القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج العدد 21، المؤرخة في 23 افريل 2008.

الفهرس

المقدمة.....	01 ص
الفصل الأول: مضمون الأهلية في القانون الدولي الخاص.....	05 ص
المبحث الأول: تنازع القوانين وعلاقته بالأهلية.....	05 ص
المطلب الأول: مفهوم تنازع القوانين.....	05 ص
الفرع الأول: تعريف تنازع القوانين.....	05 ص
الفرع الثاني: شروط قيامه.....	07 ص
الفرع الثالث: كيفية حل تنازع القوانين.....	08 ص
المطلب الثاني: تعريف الأهلية وتكييفها القانوني.....	09 ص
الفرع الأول: تعريف الأهلية.....	09 ص
الفرع الثاني: تكييفها القانوني.....	10 ص
المبحث الثاني: الضوابط الفقهية المعتمدة في تحديد مسائل الأهلية.....	13 ص
المطلب الأول: ضابط الجنسية.....	13 ص
الفرع الأول: الأساس الفقهي لضابط الجنسية.....	13 ص
الفرع الثاني: صعوبات تطبيق قانون الجنسية.....	15 ص
المطلب الثاني: قانون الموطن.....	16 ص
الفرع الأول: الأساس الفقهي لضابط الموطن.....	17 ص

الفرع الثاني : نقد نظرية الموطن.....	ص 18
الفصل الثاني: موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على مسائل الأهلية.....	ص 20
المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على مسائل الأهلية.....	ص 20
المطلب الأول: قانون جنسية الشخص.....	ص 20
الفرع الأول: قانون الجنسية في التشريع الجزائري.....	ص 20
الفرع الثاني: إشكالية متعددي وعديمي الجنسية.....	ص 24
المطلب الثاني: قانون القاضي.....	ص 26
الفرع الأول: أساس تطبيق قانون القاضي.....	ص 26
الفرع الثاني: شروط تطبيق قانون القاضي.....	ص 28
المبحث الثاني: حماية ناقصي الأهلية وعديميها.....	ص 33
المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على عديم وناقص الأهلية.....	ص 33
الفرع الأول: تعريف عديم الأهلية وناقصها.....	ص 33
الفرع الثاني : ناقص الأهلية في التشريع الجزائري.....	ص 35
المطلب الثاني: الاستثناء الوارد على القانون الواجب التطبيق.....	ص 37
الخاتمة:.....	ص 40