جامعــة عبــد الرحمــان ميرة ـ بجايـــة-
كليــة الحقــوق والعلــوم السياسيــة
قســم القانــون الخاص

# القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية في القانون الجزائري

## مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

## تخصــص: القانــون الخاص

من إعداد الطالبتين:
ـ حمراوي سلمى
ـ إخلف حنان

تحت إشراف الأستاذ:
ـ د/ عيد عبد الحفيظ

أعضــاء لجنــة المناقشــة

الأستاذة: نجومن سناء، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة بجاية ----------رئيسا.

الأستاذ:عيد عبد الحفيظ، أستاذ محاضر "أ"، جامعة بجاية----------مشرفا ومقررا.

الأستاذة: شيخ أعمر يسمينة، أستاذة مساعدة قسم "أ"، جامعة بجاية----------ممتحنا.

السنة الجامعية: 2020-2021

بسم الله الرحمن الرحيم

# شكر وعرفان

الحمد لله ربي العالمين والصلاة والسلام على اشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى اله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد

فاني اشكر الله تعالى على فضله حيث أتاح لي انجاز هذا العمل بفضله، فله الحمد أولا وأخرا.

ثم اشكر أولائك الأخيار الذين مدو لي يد المساعدة ،خلال هذه الفترة،وفي مقدمتهم أستاذي المشرف على المذكرة الدكتور/عيد عبد الحفيظ حفظه الله ومتعه بالصحة والعافية فله من الله الأجر ومني كل التقدير.

وكما أتقدم بأسمى عبارات التقدير والاحترام للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة.

وإلى كل قسم الحقوق.

**-حنان وسلمى-**

# الإهداء

أهدي هذا العمل إلى التي يعجز اللسان عن شكرها التي رفع **الله** من شانها وجعل الجنة تحت أقدامها **"أمي"**أطال **الله** في عمرها.

والى من ساندني ماديا ومعنويا وكان له الفضل على ما أنا عليه الآن بعد **الله"أبي"**أطال **الله** في عمره .

والى إخوتي ( **غانية، ريحة، نصير، عبد الرحمن، سيف الدين**)، أطال **الله** في أعمارهم وجعلهم سندا لي في الحياة.

وإلى أبناء أختي حفظهم **الله"نهال"**و**"صهيب".**

والى كل شخص عزيز على قلبي الذين دعموني ولو بكلمة طيبة.

وكما أهدي هذا العمل بشكل خاص إلى السيد**"بلال"** حفظه **الله** و أعانه.

**-الطالبة حمراوي سلمى-**

# الإهداء

إلى الذين قال فيهما الحق تبارك وتعالى " وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا"

إلى الشمعة التي تنير طريقي، إلى حضن الحنان وسندي في الحياة إلى أغلى ما أملك **"أمي"** العزيزة خفضها الله وأطال في عمرها.

إلى من كان لي عونا وسندا في حياتي، إلى من اعترض الصعاب لإرضائي.

إلى **"أبي"** الغالي حفظه الله وأطال في عمره.

إلى إخوتي الأعزاء **" سميرة"**وزوجها وأبنائها **"أيلا"** و **"إياد"**،وأخي **"نعيم".**

وإلى جدتي **"دليلة"** وجدي **"علي".**

إلى خطيبي الغالي **"عبد الحق".**

وإلى صديقاتي **"مريم" و "صبرينة"** و **"إلهام".**

**- الطالبة إخلف حنان -**

# قائمة المختصرات

**أولا– باللغة العربية**

**ص:** الصفحة.

**ط:** الطبعة.

**ق.م.ج:** القانون المدني الجزائري.

**ج ر:** الجريدة الرسمية.

**ثانيا – باللغة الفرنسية:**

**P :page.**

# مقدمة

تحتل مسائل الأحوال الشخصية أهمية بالغة ومجالا خصبا في مجال تنازع القوانين، بحيث يثار فيه بقوة وبصورة متكررة، وهي من أكثر المسائل التي تثير مشكلة تنازع القوانين نتيجة اختلاف هذه الأخيرة فيما بينها والتي هي أكثر ارتباطا بالديانات، مما يثير من ناحية أخرى مسألة الدفع النظام العام.

إن موضوع تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية لا تثير إشكال إذا كانت عناصر العلاقة القانونية محل النزاع وطنية، لكن تعدد عناصر هذه العلاقة التي يتدخل فيها عنصر أجنبي يجعلنا أمام تزاحم وتنازع القوانين، يجعل العلاقة القانونية ترتبط بأكثر من قانون مما يتطلب الأمر أولا معرفة القانون الواجب التطبيق عليها.

يقوم الأسلوب المتبع حاليا في حل تنازع القوانين في مسائل العلاقات الأسرية على أساس اختيار أفضل القوانين المتنازعة وأنسبها لحكم العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي، وذلك عن طريق قواعد إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق على مثل هذه العلاقات،حيث يتم إسناد كل مجموعة إلى قانون معين و التي يثور بصددها التنازع، كجنسية أد الطرفين أو موطنه...الخ، ويعتبر تنازع القوانين في شؤون الأسرة من بين أهم مواضيع القانون الدولي الخاص نظرا لاختلاف الدول في تنظيمها، حيث يعبر مصطلح شؤون الأسرة أو ما يعرف بالأحوال الشخصية عن جميع الأحكام المنظمة للعلاقات الأسرية.

إن أول تقنين جزائري نظم أحكام المنازعات الخاصة الدولية في التشريع الجزائري هو القانون المدني[1]، الذي بين القانون الواجب التطبيق على مختلف العلاقات الخاصة التي تندرج ضمن روابط الأحوال الشخصية.

فبمقتضى تعديل 2005 الذي مس العديد من أحكام القانون المدني على وجه الخصوص المسائل التي تشكل محور تنازع القوانين سواء كانت العلاقات شخصية أو مالية، بحيث أعاد تنظيم قواعد الإسناد الخاصة بالأحوال الشخصية ضمن المواد من (10) إلى (16) من القانون

[1]– الأمر رقم 75– 58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم بقانون رقم 05– 10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر عدد 44، مؤرخة في 26 جوان 2005.

المدني، وبهذا التعديل وسع المشرع الجزائري من فئة الأحوال الشخصية ، وكما حرص المشرع الجزائري في تعديله لأحكام قانون الأسرة سنة 2005[2]، بأن يدخل جملة من التغييرات بموجب عدة مواد لتنظيم الأحكام الموضوعية الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية.

وبناءا على ما سبق الإشارة له، يتضح أن البحث عن كيفية تطبيق قاعدة التنازع في مسائل الأحوال الشخصية من أهم المواضيع التي هي بحاجة إلى بحث ومناقشة و تحليل في مجال القانون الدولي الخاص، لما تخلفه من مشاكل عملية واقعية تنعكس على الأسرة مشاكل أخرى نظرية وقانونية تنعكس آثارها على المجتمع ككل، وعليه تهدف دراستنا هذه عل رسم الأطر الشاملة للقانون الذي يحكم مسائل الأحوال الشخصية في التشريع الجزائري.

ومن أبرز الأسباب الدافعة لاختيار هدا الموضوع:

نجد منها أسباب ذاتية والتي تتمثل في الرغبة والميول في دراسة هذا الموضوع نظرا لأهميته في طرح نزاعات قانونية عديدة، وبالنظر إلى خصوصية القانون الدولي الخاص ومرونة قواعده وتوسع مفهوم النظام العام الدولي فيه يجعل للباحث الفرصة في استقراء كل النصوص القانونية وإيجاد القانون الواجب التطبيق.

أما فيما يتعلق بالأسباب الموضوعية فإن تعدد مواضيع التي تشملها الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص، كثرة الإشكالات والنزاعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، فهي الدافعة لي اختيارنا لهذا الموضوع.

ولما كانت الأحوال الشخصية محل نزاعات قانونية بين ما يثيره قانون القاضي وقواعد الإسناد المتضمنة نصوصه العنصر الأجنبي الذي يحتج بتطبيق قانونه لأنه نظرا لعدم ملائمة القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية وكذلك تحديد الجهة المختصة بالفصل في هذه النزاعات .

لذلك فالإشكالية المطروحة في موضوع البحث هي:

[2]- القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر عدد15، مؤرخة في 27 فبراير 2005.

ما هو القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص الجزائري؟

وفي إطار الإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا على منهج واحد والمتمثل في:

-المنهج الوصفي في كامل الفصلين وذلك بوصف شامل ودقيق لكل عناصر الموضوع إذ تم تبيان وتحليل القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية ومختلف قواعد الإسناد التي تحكمه ،والتعرض إلى جملة النصوص القانونية التي نظمت مسائله .

أبرز الصعوبات التي واجهتنا أنه وبرغم من وجود المراجع إلا أنها جميعها تضمنت أفكارا متشابهة بل إن البعض منها تضمن تكرارا لأفكار موجودة في مراجع أخرى ،بالإضافة إلى قلة المؤلفات الجزائرية في هذا الموضوع بل وفيما يخص القانون الدولي الخاص ككل .

بناءا على ذلك ارتأينا إلى تقسيم هذا البحث اعتمادا على الخطة الآتية للإجابة على الإشكالية، ومن أجل معالجة هذا الموضوع:

الفصل الأول: بعنوان القانون الواجب التطبيق على الحالة الفردية للشخص الطبيعي.

وقسمناه إلى مبحثين، بحيث عالجنا في المبحث الأول منه القانون الواجب التطبيق على الحالة.

ثم تعرضنا إلى المبحث الثاني لدراسة القانون الواجب التطبيق على الأهلية.

الفصل الثاني: فكان عنوانه القانون الواجب التطبيق على الحالة العائلية للشخص.

وهو بدوره أيضا قسمناه إلى مبحثين وقد عالجنا في المبحث الأول القانون الواجب التطبيق على العلاقات الأسرية ذات الطابع الغير المالي. في حين تناولنا في المبحث الثاني القانون الواجب التطبيق على العلاقات الأسرية ذات الطابع المالي.

# الفصل الأول

# القانون الواجب التطبيق على

# الحالة الفردية للشخص

مسألة الحالة الفردية لا تثير أي إشكال في إطار العلاقات القانونية وطنية مشتملة على كل عناصرها القانونية حيث يطبق عليها القانون الداخلي، لكن الإشكال يثور حينما يكون أحد أطراف العلاقة القانونية أو كلاهما أجنبي،ومن أجل حل هذا الإشكال يجب علينا تحديد ضابط الإسناد الذي يحدد لنا القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة، فبرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أنه قد اعتمد على ضابط واحد والذي هو ضابط الجنسية.

وبناءا على ما تقدم سيتم دراسة القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص الطبيعي (المبحث الأول)، والقانون الواجب التطبيق على الأهلية(المبحث الثاني).

## المبحث الأول

## القانون الواجب التطبيق على

## حالة الشخص

يطلق لفظ الشخص الطبيعي على الإنسان وحده، وهو الذي له صلاحية في اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات والتي تعرف بالشخصية القانونية، ولهذا الشخص هوية تتحدد بمجموعة من المميزات التي تميّزه عن غيره من أفراد المجتمع، والتي من شأنها أن تأثر على حياته القانونية، وهذه الخصائص تتمثل في الحالة و الإسم و الموطن[3].

وفي هذا المبحث سنتناول كل من حالة الشخص الطبيعي طبقا للمبادئ العامة(المطلب الأول)، ثم حالة الشخص الطبيعي طبقا لقواعد تنازع القوانين(المطلب الثاني).

### المطلب الأول

### حالة *الشخص* طبقا

### للمبادئ العامة

تعتبر حالة الشخص إحدى مميزات الشخصية القانونية للشخص الطبيعي، وتتمثل هذه الحالة في تحديد مركز هدا الشخص ووضعيته سواء من الناحية العائلية التي ينتمي إليها و من الناحية السياسية وكذلك من الناحية الدينية[4].

وسنتعرض في هذا المطلب إلى تعريف الحالة (الفرع الأول)،و أقسام الحالة (الفرع الثاني).

[3]– جعفور محمد سعيد، المدخل للعلوم القانونية،الجزء الثاني،دروس في نظرية الحق، دار هومة، الجزائر، 2011، ص222، 285.

[4]– الصغير بعلي محمد، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون . نظرية الحق، دار العلوم، عنابة، 2006، ص 139.

## الفرع الأول

## تعريف الحالة

تعرف حالة الشخص الطبيعي، بأنها جملة الصفات التي تحدد ذات الشخص ومركزه من أسرته ودولته، وهذه الصفات تقوم على أسس من الواقع، مثل السن والذكورة والأنوثة والصحة أو على أسس من القانون كالزواج.

وتشمل الحالة بهذا التعريف معنيين، المعنى الأول وهو الحالة العامة، والمعنى الثاني هو الحالة الخاصة[5].

ومن هذا المنطلق سنتعرف في هذا الفرع إلى المقصود بالحالة (أولا)، وأيضا معرفة أقسام الحالة (ثانيا).

**أولا – المقصود بالحالة:**

يقصد بحالة الشخص مجموعة الصفات التي يتصف بها الشخص، فتحدد مركزه القانوني وتؤثر فيما يكون له من حقوق وما عليه من واجبات، وعلى ذلك؛ فإن كل إنسان يتصف بصفة معينة تحدد انتمائه إلى دولة معينة، وهذه هي الحالة السياسية. كما ينتمي الإنسان إلى أسرة أو عائلة معينة وهذا ما يشكل الحالة العائلية؛ كما يترتب من انتماء الشخص لديانة أو عقيدة معينة ترتب آثار على انتمائه إلى هذا الدين أو هذه العقيدة[6].

[5]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص 16.

[6]– نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 151.

**ثانيا – خصائص الحالة:**

تظهر هذه الخصائص فيما يلي:

**1-عدم قابلية الحالة للتجزئة:** ذلك أن مجموع الصفات التي ينفرد بها الشخص داخل دولة أو أسرة،وكذلك انتمائه لدين معين ما هي إلا انعكاس للشخصية القانونية التي يتمتع بها،فحالة الإنسان غير قابلة للتعدد وتحتاج إلى الاستقرار بصورة مستمرة ودون تجزئة[7].

**2- عدم قابلية الحالة لنظام التقادم:** طالما أن الحالة التي يتمتع بها الشخص لصيقة بشخصيته فهي لا يمكن له أن يفقدها بمرور الوقت وإن لم يطالب بها، عكس ما هو معروف بالنسبة لانقضاء واكتساب الحقوق بالتقادم.

**3-عدم القابلية للتصرف في الحالة:** مادامت الحالة ليست ذات طابع مالي فهي تخرج عن دائرة التعامل، فلا يجوز التصرف فيها، وترجع خاصية عدم التصرف في الحالة إلى أنها ملازمة لشخصيته، على أساس أنها مجموعة من الصفات التي ينفرد بها الشخص داخل دولته أو أسرته[8].

## الفرع الثاني

## أقسام الحالة

يتضمن اصطلاح الحالة بمعناه المطلق نوعين وهي: الحالة العامة والتي يقصد بها الحالة السياسية والحالة الخاصة والتي يقصد بها الحالة المدنية للشخص والحالة الدينية.

وفي هذا الصدد سنتطرق في هذا الفرع إلى دراسة الحالة العامة (أولا)، والحالة الخاصة (ثانيا).

[7]- بناسي شوقي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ص 277، 278.

[8]- مرجع نفسه، ص 278.

**أولا – الحالة العامة:**

تعني ارتباط الشخص بالدولة وانتمائها لها، ويكون ذلك عن طريق حمل جنسية الدولة إما بالدم أو الإقليم،وقواعدها تخرج عن موضوع دراستنا لأنها من القانون العام، ولا مجال لظهور تنازع القوانين بين قواعدها وقواعد القوانين الأجنبية[9].

وتتحدد للشخص بتحديد جنسيته أي انتمائه إلى دولة معينة، وللحالة السياسية أهمية كبيرة من حيث تحديد حقوق الشخص وواجباته، ونشاطه القانوني ولذلك هناك تفرقة بين الوطنيين والأجانب في كل الدول من حيث نطاق ما يتمتع به كل واحد منهم من حقوق وواجبات[10].

**ثانيا – الحالة الخاصة:**

تسمى بالحالة المدنية، وهي تشمل مجموعة من الصفات المكونة للشخص الطبيعي والمتعلقة به، إما بالتعريف به كالاسم والموطن، أو تلك التي تحدد مركزه من أسرته[11]، وتشكل مجموعة صفاته الطبيعية ككونه ذكرا أو أنثى راشدا أو قاصر زوجا أو أرملا أو أعزبا، أبا أو ابنا...الخ، وفي البلاد التي تعطي للدين أهمية فالحالة الشخصية فيها تختلف باختلاف الأديان[12] .

ومن هنا نستنتج أن الحالة الخاصة للشخص تنقسم إلى الحالة العائلية و الحالة الدينية وسيتم دراسة كل واحدة منها على حدا.

**1- الحالة العائلية:** إن الحالة العائلية هي التي تحدد مركز الشخص من حيث انتمائه إلى أسرة معينة، وهذه الحالة يكون مصدرها إما قرابة الدم أو النسب أو مصدرها الزواج[13]، في هذا

---

[9]– حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة السابعة، دار الثقافة، عمان، 2017، ص 94.

[10]– نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 151.

[11]– هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص255.

[12]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 136.

[13]– جعفور محمد سعيد، مرجع سابق، ص 410،431،

الخصوص تنص المادة 32 من القانون المدني الجزائري على أنه " *تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد*"[14].

وينتج من ذلك أن القرابة قد تكون قرابة نسب وهي التي تظم كل من يجمعهم أصل مشترك أو مصاهرة التي تنشأ بين الزوج وأقارب الزوج الآخر وتحدد درجة القرابة المركز القانوني للشخص[15].

**2- الحالة الدينية:** يقصد بها مركز الشخص من حيث انتمائه إلى دين معين، والمبدأ هو عدم تأثير الدين الذي يعتنقه الأشخاص في حياتهم القانونية في المجتمع، والاستثناء هو تأثير حالتهم المدنية أو السياسية بالدين الذي يعتنقونه[16].

يترتب عن اعتناق الشخص لدين ما بعض الحقوق والوجبات بالنظر إلى دينه، وإذا كانت المادة الثانية من الدستور تنص على أن *"الإسلام دين الدولة"*[17]، فإن المواطن المسلم له حقوق وعليه واجبات مصدرها الشريعة الإسلامية، كما يظهر خاصة في مجال الأحوال الشخصية[18].

## المطلب الثاني

## حالة الشخص طبقا

## لقواعد تنازع القوانين

لقد أخضع المشرع الجزائري حالة الشخص إلى قانون الجنسية طبقا لنص المادة 10 من القانون المدني، وتشمل هذه الحالة الإسم واللقب والموطن والذي يتم عن طريقها تحديد الشخص الطبيعي، وتبقى لصيقة به منذ ولادته حتى وفاته .

---

[14]_ المادة 32 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[15]- أنظر المادة32 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[16]- جعفور محمد سعيد، مرجع سابق، ص 431.

[17]_- المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76 مؤرخة في 8 ديسمبر 1996 معدل ومتمم ب: القانون رقم 02- 03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر عدد 25،مؤرخة في 14 أبريل 2002. القانون رقم 08- 19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008،ج ر عدد 63،مؤرخة في 16 نوفمبر 2008. القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، يتضمن تعديل الدستور، ج ر عدد 14، مؤرخة في 7 مارس 2016. القانون رقم 20-251، مؤرخ في 15 سبتمبر 2020، ج ر عدد 54، الصادر بتاريخ 16 سبتمبر 2020.

[18]- الصغير بعلي محمد، مرجع سابق، ص 140.

ويتم في هذا المطلب دراسة القانون الواجب التطبيق على الحالة المدنية للشخص (الفرع الأول)، و القانون الواجب التطبيق على موطن الشخص (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## القانون الواجب التطبيق على

## الحالة المدنية للشخص

تخضع الحالة المدنية للشخص إلى القانون الوطني للشخص أي قانون الجنسية، والحالة المدنية هي الصفة التي تحدد لنا هوية الشخص، وذلك عن طريق اسمه ولقبه وهي من أهم العناصر المكونة للحالة الفردية للشخص ،وكما يتم تحديد هوية الشخص أيضا عن طريق ما يتمتع به من حقوق طبيعية.

وسنتطرق في هذا المبحث إلى الإسم واللقب (أولا) والحقوق الطبيعية للإنسان (ثانيا).

**أولا – الاسم واللقب:**

يعتبر الاسم من أهم السمات التي تميز كل شخص عن غيره من الأشخاص، ولكن لا يكفي للتميز بينهم الاسم وحده لذا أوجب القانون أن يكون لكل شخص إلى جانب الاسم الشخصي أن يكون للشخص لقب وهو اسم العائلي، والشائع عندنا هو استعمال الاسم الشخصي مضافا إليه اسم الأب والجد وكل هذا حرصا على استقرار المعاملات داخل المجتمع، وكما نجد أن القانون لم يترك الحرية للأفراد في تغير أسمائهم وتصحيحها حسب إرادتهم ولكن قيدهم بنظام وجب عليهم إتباعه [19] .

هذا ما جاء في نص المادة 28 من القانون المدني على أنه" *يجب أن يكون لكل شخص اسم و لقب فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده*".

وحيث نجد أن القانون المدني الجزائري لم يتوقف عند هذا الحد فحسب بل وأوجب أيضا في الفقرة الثانية من نفس المادة على أن تكون الأسماء جزائرية وقد تكون حيث جاء في نصها ما

[19]– نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص155، 156.

يلي " *يجب أن تكون الأسماء جزائرية وقد يكون خلاف ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين غير مسلمين*"[20].

خلاف ذلك، فبالنسبة للأطفال المولودين من أبوين غير مسلمين، وكما بيّن لنا انه في حالة اكتساب الألقاب وتبديلها فانه يسري على ذلك القانون المتعلق بالحالة المدنية طبقا للمادة 29 القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه " *يسري على اكتساب الألقاب وتبديلها القانون المتعلق بالحالة المدنية* " [21].

ويكون الإسم إما اسم حقيقي أو اسم الشهرة أو اسم مستعار أو اسم تجاري، ولا يجوز التصرف في الإسم أو التنازل عنه، كما أنه لا يكتسب ولا يسقط بالتقادم[22].

بما أن الإسم واللقب من الحقوق اللصيقة بالشخصية، فإن أنسب القوانين التي يجب أن يخضع لها هو القانون الشخصي الذي هو قانون الجنسية بالنسبة للجزائر،غير أن القضاء الفرنسي نجده قد طبق على الإسم فيما يتعلق بنظامه أو تغيره قانون الجنسية، في حين أنه كان مترددا فيما يتعلق باكتساب الإسم بسبب الزواج بين القانون الذي يحكم آثاره وبين القانون الشخصي للمعني[23].

**ثانيا – الحقوق الطبيعية للإنسان:**

تعتبر الحقوق الطبيعية للإنسان هي الأخرى من العناصر اللصيقة بالإنسان وتثبت له تكريما لإنسانيته وتتمثل أهم هذه الحقوق في حرمة الجسد و صيانة الحياة الخاصة، فلابد من الوقوف على هذه الحقوق عندما تكون مرتبطة بعنصر أجنبي لمعرفة القانون الواجب التطبيق عليها.

---

[20]– أنظر المادة 28 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[21]– الأمر رقم 70–20 مؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، المعدل و المتمم بالأمر رقم 14–08 المؤرخ في 9 أوت 2014، ج ر عدد 49، مؤرخة في 2014.

[22]– الصغير بعلي محمد، مرجع سابق، ص 145، 146.

[23]– أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة 12، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 211.

**1- حرمة الجسد:** تعرف بسلامة الجسد وهي من الحقوق المتعلقة بشخص الإنسان نفسه، ومعنى هذا أن جسم الإنسان يتمتع بحرمة وحماية قانونية خاصة فلا يجوز المساس بجسمه مهما كانت الأسباب لذلك[24].

فلا يجوز التعرض له سواء من قبل سلطات الدولة أو المواطنين، فلا يجوز ضربه أو جرحه أو تعذيبه بأية صورة كانت، وحق السلامة الجسمية ليس مظهرا ايجابيا يخول صاحبه حق الاقتضاء من الغير فحسب، وإنما يفرض واجبا على الغير باحترامه، ويتمتع هذا الحق بالإطلاق على نحو يحيط جسم الإنسان بقدسية كاملة، ويمنع مناقشة إمكان المساس به بأي شكل من الأشكال[25].

يخضع الحق في حرمة الجسد للقانون الشخصي متى تعلق الأمر بحياة الفرد الشخصية باعتباره لصيق بالشخصية، أما إذا تعلق الأمر بحق من حقوق الإنسان التي تدخل في إطار ما يصنف بالحريات العامة فيطبق قانون القاضي[26].

إلا أن المشرع الجزائري يستبعد تطبيق القانون الشخصي من قبل القاضي المعروض عليه النزاع متى كان مخالفا للنظام العام و الآداب العامة وفقا ما يقضي به قانون الدولة[27].

**2- صيانة الحياة الخاصة:** لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة الشخصية المتمثلة في سلامة الجسد والعيش والحرية في اختيار الجنسية التي يرغب بها، وأيضا الحياة الخاصة الاجتماعية المتمثلة في الحق في إنشاء علاقات مع الآخرين وإنمائها والحق في الهوية والحق في الإقامة في بيئة متوازنة[28].

إلا أن مسألة الاعتداء على هذا الحق وما يترتب على ذلك من آثار فيخضع لقانون محل وقوع

---

[24]- عروبة جبار الخزرجي، القانون الدولي لحقوق الإنسان، الطبعة الثانية، دار الثقافة، عمان، 2012، ص 260، 261.

[25]- المرجع نفسه، ص260.

[26]- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص774، 775.

[27]- موشعال فطيمة، دور الجنسية في حل تنازع القوانين، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص تحت إشراف يوسف فتيحة، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص18.

[28]- محمد يوسف علوان، محمد الخليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، الجزء الثاني، الحقوق المحمية، دار الثقافة، عمان، 2009، ص277، 294.

الاعتداء، منه الاعتداء على حق الإنسان في شرفه أو سمعته أخطاء تستوجب مسؤولية فاعلها مما يقضي تطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار[29].

لكن قد يحدث وأن يكون مكان ارتكاب الاعتداء مختلف عن مكان وتحقق الضرر ففي هذه الحالة يطبق قانون الدولة التي ترتب فيها الضرر حماية للمتضرر[30].

## الفرع الثاني

## القانون الواجب التطبيق

## على موطن الشخص

إن مميزات الشخص الطبيعي لا تتوقف على ما تم عرضه سابقا فحسب بل يعتبر كذلك موطن الشخص من العناصر المميزة للشخص الطبيعي،لأنه هو الذي يتيح لنا العثور على مكانه.

وبناء على هذا فننا سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الموطن مع تحديد القانون الذي يخضع له(أولا).

وفي نفس السياق باعتبار أن الغياب والفقد لهما علاقة بالموطن، فإننا سنقوم بتعريفهما وكذا نبين القانون الذي يخضع له كل واحد منهما (ثانيا).

### أولا – تعريف الموطن و القانون الذي يخضع له:

يعتبر الموطن ذو صلة وثيقة بالشخصية، إذ يمكن العثور على مقر الشخص وتحديد مكانه القانوني بالنسبة لمن يريد التعامل معه من خلال موطنه[31].

**1- تعريف الموطن:** يقصد بالموطن المقر القانوني للشخص، الذي يعتد به فيما يتعلق بعلاقته القانونية، فهو المكان الذي تكون للشخص صلة فيه بحكم استقراره فيه، أو بحكم اتخاذه مركزا لأعماله ومصالحه.

---

[29]– عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 771، 772.

[30]– المرجع نفسه، ص 19.

[31]– نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 157.

إن مختلف الأنظمة القانونية لا تعطي للموطن نفس التعريف، كما أنه حتى في القانون الداخلي لنفس الدولة، نجده ينقسم إلى عدة تقسيمات، فمثلا في الجزائر ينقسم الموطن إلى موطن خاص وموطن عام، والموطن العام ينقسم بدوره إلى موطن اختياري وموطن إلزامي[32] .

– فالموطن الاختياري هو المحل الذي يوجد فيه سكن الشخص وفي حالة عدم وجود سكن يحل محلها الإقامة العادية وهذا طبقا للمادة 36 من القانون المدني الجزائري[33].

– أما الموطن الإلزامي ويسمى أيضا بالموطن القانوني فهو الذي يحدده القانون بالنسبة لبعض الأشخاص وهم: القاصر و العاجز و المفقود و الغائب وفقا لنص المادة 38 من القانون المدني الجزائري[34] التي تنص على " موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا.

غير أنه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها".

– أما بالنسبة للموطن الخاص فيجوز اختياره لتنفيذ تصرف قانوني معين بحيث ينقسم إلى:

– موطن الأعمال وهو المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة حسب ما جاء في المادة 37 من القانون المدني الجزائري" *يعتبر المكان الذي يمارس فيه تجارة أو حرفة موطنا خاصا بالنسبة إلى* المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة ". فلا يكون هذا الموطن إلا لمن احترف هذه المهنتين فقط .

---

[32]– أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 211.

[33]– تنص المادة 36 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، على أنه " *موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام المواطن.*

*ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت*".

[34]– عليوش قربوع كمال،مرجع سابق، ص 194.

– موطن القاصر المأذون له بالتجارة أو ما يعرف بموطن ناقص الأهلية وأذنت له المحكمة بأعمال وتصرفات يعتبره القانون أهلا لمباشرتها[35] طبقا لنص المادة 38 من نفس القانون[36].

–الموطن المختار وهو الموطن الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل معين[37]. وهو ما جاء في نص المادة 39 القانون المدني الجزائري [38].

**2– القانون الذي يخضع له الموطن:** إن اختلاف في مفهوم الموطن داخليا و على الصعيد الدولي يطرح مشكلة اختيار القانون الذي يحدد موطن الشخص، وبما أن الموطن يعتبر من العناصر المميزة لشخصية الشخص لأنه هو الذي يتيح لنا العثور على مكانه فيعتبر بذلك متعلقا بحالة الشخص وبالتالي تحديده يخضع لقانون الجنسية طبقا لما جاء في المادة 10 من القانون المدني[39].

وهذا ما أخذت به بعض الأحكام القضائية فيما يتعلق بموطن القصر و موطن النساء المتزوجات.

وكما أن أغلب الفقه يرى بأن الموطن قد يتخذ كضابط للإسناد كما يمكن أن يتحدد الاختصاص القضائي على أساسه، وبالتالي ينبغي إخضاع تحديده لقانون الدولة التي اتخذته كضابط للإسناد أو لقانون الدولة التي جعلت الاختصاص القضائي الدولي يتحدد بمقتضاه[40].

---

[35]– محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 147، 148.

[36]– تنص المادة 38 من القانون المدني، مرجع سابق، على أنه " *موطن القاصر و المحجور عليه و المفقود و الغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا.*

*غير أنه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها* ".

[37]– عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 195.

[38]– تنص المادة 39 من القانون المدني على أن " *يجوز اختيار موطن خاص لتنفيذ تصرف قانوني معين.*

*يجب إثبات اختيار الموطن كتابة.*

*الموطن المختار لتنفيذ تصرف قانوني يعد موطنا بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا التصرف بما في ذلك اجراءات التنفيذ الجبري ما لم يشترط صراحة هذا الموطن على تصرفات معينة*"، مرجع سابق.

[39]– أعراب بلقاسم، مرجع السابق، ص 111، 112.

[40]– المرجع نفسه، ص 113.

**ثانيا – تعريف الغياب و الفقد و القانون الذي يخضعان له:**

يعتبر الغياب والفقد من الصفات التي تتكون منها الحالة وكما قد تؤدي غلى انتهاء الشخصية القانونية للشخص، وكذلك بما أن الموطن هو الذي يحدد لنا الشخص فإن الغياب والفقد يحولان دون ذلك وبتالي لا يمكن تحديده فالغياب والفقد لهما علاقة بموطن الشخص[41].

**1- تعريف الغياب والفقد:** يؤثر الغياب والفقد على حالة الشخص ولذلك ألحقا بالأحوال الشخصية، ولكن يختلف المفقود عن الغائب فهذا الأخير تكون حياته معلومة على عكس حال المفقود، وكذا يعتبر كل مفقود غائب ولكن لا يمكن أن يعتبر الغائب مفقودا.

ونجد أن الأحكام المتعلقة بالمفقود والغائب منصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري، وقد خصصت لها المواد من 109 إلى 115 خاصة بتعريف وأحكام الغياب و الفقد[42].

**أ- تعريف الغياب:**

الغائب هو كل شخص منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه ولكن حياته تكون معلومة، في حين أنه إذا بلغت مدة الغياب ستة أشهر وتسبب غيابه ضرر للغير فإنه في هذه الحالة يعتبر مفقود[43]، طبقا لنص المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أن" *الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود*"[44] .

---

[41]– عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 195.

[42]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 139.

[43]– عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 195، 196.

[44]– المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

**ب – تعريف الفقد:**

عرفت المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري المفقود كما يلي " *المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم*"[45].

ومنه فإن المفقود حسب هذه المادة، هو الشخص الذي غاب عن موطنه وانقطعت أخباره بحيث لا يعرف حياته من مماته على نحو الذي يرجح بوفاته، ويعتبر الشخص المفقود ميتا في الحالة التي يغلب عليه الهلاك كأن يفقد في زلزال الحرب إذا مرت أربع سنوات على الفقد، أما في حالة غرق السفينة أو سقوط طائرة يعد ميتا بقوة القانون بعد مضي سنة من تاريخ الفقد[46]، و في حالة فقد الشخص في حالة السلامة يترك الأمر للقاضي لتقرير وفاته من عدمها وفي جميع الأحوال يعتبر المفقود ميتا بمرور أربع سنوات على فقدانه[47].

فالفقدان، هو إحدى حالات الغيبة، فالغائب هو الذي انقطعت أخباره في لا يغلب عليها الهلاك وإنما تكون حياته محققة ، أما المفقود هو الذي انقطعت أخباره في ظروف لا يغلب عليها الهلاك والموت دون أن تتحقق حياته من مماته، فإذا كان كل مفقود غائب، فإنه ليس كل غائب مفقود، فالغائب حياته محققة وإنما مجهول الإقامة بحيث لا يستطيع إدارة شؤونه بنفسه[48].

**2- القانون الذي يخضع له الغياب والفقد:** يؤثر الغياب والفقد على حالة الشخص ولذلك يطبق عليهما القانون الشخصي لذلك تم إلحاقه بالأحوال الشخصية، ويطبق عليهم القانون الوطني بالنسبة لقواعد الموضوعية الخاصة بالفقد والغيبة المنقطعة[49].

أما الآثار المترتبة على الغيبة أي صدور الحكم بموت الغائب فإنها تخضع بالنسبة للحالة إلى القانون الشخصي، أما فيما يخص الآثار المتعلقة بالأموال،[50] فإن المادة 15 في الفقرة الثانية

---

[45]– المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

[46]– نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 148، 149.

[47]– الصغير بعلي محمد، مرجع سابق، ص 137.

[48]– عبده جمال غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات، لبنان، 2009، ص255.

[49]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 139.

[50]– عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 197.

من القانون المدني الجزائري قد أخضعتها هي كذلك للقانون الوطني [51].

لكن يختص قانون موقع المال ببيان التدابير الوقتية الهادفة إلى المحافظة على أموال الغائب والمفقود، وفي بعض الدول التي تسند الميراث إلى غير قانون الجنسية يختص قانون العقار أو قانون الموطن الأخير للغائب أو المفقود بتصفية تركته وتوزيعها، ولكن هذا الإشكال غير مطروح في القانون الجزائري مادام الميراث يخضع لقانون جنسية المورث[52].

[51]–تنص المادة 2/15 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، على ما يلي "... *غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر وعديمو الأهلية و الغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر*".

[52]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 139.

## المبحث الثاني

## القانون الواجب التطبيق على

## الأهلية

إن الأهلية تعتبر من أهم المسائل التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية، لذا نجد أن المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 10 من القانون المدني قد أخضعها لقانون الجنسية وهو الأصل، لكن المشرع نجد انه في الفقرة الثانية من نفس المادة قد أورد استثناء عن هذا الأصل جاء فيها "ومع ذلك فإن التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذ كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة ...".

وبينت المادة 15 من القانون المدني على أن عديم الأهلية بحاجة إلى حماية في نفسه وفي ماله.

ومن أجل معرفة كل هذا وجب علينا دراسة الأهلية طبقا للمبادئ العامة (المطلب الأول) ومن ثم نتطرق لدراسة الأهلية طبقا لقواعد التنازع (المطلب الثاني) .

### المطلب الأول

### أهلية الشخص الطبيعي

### طبقا للمبادئ العامة

من مميزات الشخص الطبيعي الأهلية القانونية، فهي ملازمة له ولا يجوز التنازل عنها وتأخذ الأهلية مظهرين، من جهة أهلة الوجوب التي هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق، ومن جهة أخرى أهلية الأداء صلاحية الشخص لممارسة الحقوق يملكها بنفسه، وأهلية الشخص تعترضها عوارض وموانع تؤدي إلى انعدامها.

وهذا ما سنتطرق إلى دراسة خلال هذا المطلب مفهوم الأهلية (الفرع الأول)، عوارض الأهلية و موانعها (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## مفهوم الأهلية

كما أشرنا سابقا غلى أن الأهلية تشمل على معنيين وهي أهلية الأداء و أهلية الوجوب فعلينا في هذا الفرع التطرق إلى تعريف هذه الأهلية (أولا) ومن ثم سنتعرف على أقسام الأهلية (ثانيا).

**أولا – تعريف الأهلية:**

الأهلية في اللغة : هي الصلاحية فيقال "فلان أهل لهذا الأمر" بمعنى انه صالح له وجدير به.

أما الأهلية في الاصطلاح القانوني : هي بصفة عامة صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل الالتزامات، أن يمارس بنفسها لتصرفات التي تمكنه من كسب الحقوق، وتحمل الالتزامات، و مباشرة التصرفات القانونية التي تكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذاك أو هي صلاحية الشخص لتعلق الحقوق به أو عليه ولمباشرة الأعمال القانونية والقضائية[53].

**ثانيا – أقسام الأهلية:**

يتضح لنا من خلال التعريفين السابقين أن الأهلية عند فقهاء القانون وعند فقهاء الشريعة الإسلامية تنقسم إلى نوعان أهلية وجوب و أهلية أداء.

**1- أهلية الوجوب:** يقصد بها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات وهي ملازمة للشخصية القانونية، يكتسبها الشخص عندما يكون جنين إلى غاية وفاته وتثبت لكل الأشخاص دون تمييز[54].

وقد أعطى الفقهاء لأهلية الوجوب عدة تعريفات ولعلى أهمها " صلاحية الشخص لأن يكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات"، كما يرى بعض الفقهاء أنها " قابلية الشخص لأن يكتسب حقا أو

[53]–جعفور محمد سعيد، مرجع سابق، ص 466، 467.

[54]– زعلاني عبد المجيد، الوجيز في القانون الجزائري، دراسة فقهية، دار بيرتي، الجزائر، 2013، ص 162.

يتحمل التزاما"، في حين يعرفها البعض الأخر على أنها " صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه"[55].

تمر أهلية الوجوب عبر مرحلتين وهي:

-**المرحلة الأولى:** وهي مرحلة الحمل ويعد فيها الشخص ذو أهلية وجوب ناقصة لأنه غير صالح للتحمل بالالتزام وغير صالح لكسب الحقوق وتثبت له شرط ولادته حيا حسب المادة 25 من قانون المدني الجزائري التي تنص على "*تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وينتهي بموته. على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا*"[56].

- **المرحلة الثانية:** تبدأ بعد ولادته حيا حيث يستطيع بعده تحمل الالتزامات لاكتساب الحقوق إلا ما منعه عنه القانون بنص خاص[57].

**2- أهلية الأداء:**هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية أي القدرة على التعبير بنفسه عن إرادته تعبيرا منتجا لآثار القانونية في حقه وذمته، وهكذا فأهلية الوجوب تثبت لكل إنسان، أما أهلية الأداء فلا تثبت إلا إذا أثبت الشخص أنه قادر على التمييز بين النفع والضرر[58].

ويمكن تمييز أهلية الأداء بالمراحل التالية:

-**المرحلة الأولى:** وهي مرحلة الجنين ليس له أهلية الأداء.

- **المرحلة الثانية:** الصبي الغير المميز، قد حدد المشرع الجزائري سن التمييز كل من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة، من وقت ولادته إلى سن التمييز، فلا تكون له أهلية أداء مطلقا، وهذا حسب نص المادة 42 من القانون المدني[59].

---

[55]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول،مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، دار النشر للجامعات المصرية، لبنان، 1952، ص 95.

[56]- أنظر المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق .

[57]- أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق و تطبيقاتها في القوانين الجزائرية، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 102.

[58]- الصغير بعلي محمد، مرجع سابق، ص 150.

[59]- تنص المادة 42 من القانون المدني، مرجع سابق، على أن "*لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشر سنة*".

- **المرحلة الثالثة:** الصبي المميز(ناقص الأهلية): وتمتد هذه المرحلة من الثالثة عشرة دون بلوغ سن الرشد 19 سنة، وهنا تكون أهليته قابلة للإبطال وتمييزها من خلال تصرفاته[60]، فإذا كانت تدخل ضمن التصرفات الضارة محضا فإنها تكون باطلة، أما التصرفات التي تدور بين النفع والضرر متروكة للسلطة التقديرية للقاضي، أما التصرفات النافعة نفعا محضا فإنها جائزة مع إمكانية إبطالها [61].

- **المرحلة الرابعة:** أهلية التمييز (كامل الأهلية): وهي كل شخص بلغ 19 سنة كاملة وهنا تكون تصرفاته صحيحة سواء كانت نافعة أو ضارة نصت عليها المادة 40 من القانون المدني الجزائري " *كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.*

*وسن الرشد تسعة عشر(19)سنة كاملة*"[62].

وحسب ما تم ذكره سابقا فأهلية الأداء تنقسم بدورها إلى أهلية الأداء العامة وأهلية الأداء الخاصة:فأهلية الأداء العامة محورها التمييز،وهي تلك الأهلية التي مناطها القدرة على التعبير عن الإرادة، لذلك فإن نطاقها يتحدد بالأعمال أو التصرفات القانونية التي تحتاج للإرادة في إنشائها، وكذلك في ترتيب آثارها فتخرج بذلك من نطاقها الأعمال المادية، لأنها لا تحتاج للإرادة مطلقا، لأن القانون هو الذي يرتب عليها الآثار القانونية المناسبة لها حتى ولو لم يريد الشخص ترتيب تلك الآثار[63].

أما بالنسبة لأهلية الأداء الخاصة، فهي تتعلق بأشخاص معنيين يمنعهم القانون من مباشرة بعض التصرفات القانونية مع أنهم راشدون، وهو ما نصت عليه المادة 420 من القانون المدني الجزائري"*لا يجوز للقضاء ولا المدافعين القضائية ولا للمحاميين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط أن*

---

[60]- أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 103.

[61]- الصغير بعلي محمد، مرجع سابق، ص 151.

[62]- أنظر المادة 40 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[63]- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 217.

*يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا".*

وأيضا نص المادة 408 من القانون المدني " *إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون جائزا إلا إذا أقره باقي الورثة". كما منع القانون أيضا النائب أن يشتري باسمه أو اسم مستعار ما عهد إليه بيعه حماية لمصلحة الأصيل*[64].

فالغرض من هذه الأهلية ليس حماية الشخص نفسه، وإنما حماية شخص آخر غيره، لذلك فإن مناطها ليس التمييز وإنما اعتبارات أخرى كحماية مصلحة الغير أو مصلحة اجتماعية[65].

## الفرع الثاني

## عوارض الأهلية وموانعها

يعتبر كامل الأهلية كل شخص بلغ سن الرشد ومتمتعا بكامل أهليته، ولكن قد يحدث أن يصاب بعارض يعدم تمييزه وإرادته إلى جانب ذلك يمطن أن يتعرض الشخص لظروف تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية.

ولتوضيح ذلك سنتطرق إلى دراسة عوارض الأهلية (أولا) وموانع الأهلية (ثانيا) .

**أولا – عوارض الأهلية:**

يقصد بها بعض المؤثرات التي تصيب شخصية الإنسان فتؤثر على التمييز عنده و تتأثر أهليته بالتبعية، وقد تتعرض شخصية الفرد لهذه العوارض قبل بلوغه سن الرشد فيؤدي ذلك إلى الحكم باستمرار الولاية و الوصية عليه، وقد تصيب هذه العوارض الفرد بعد بلوغه سن الرشد فتؤدي إلى إعدام أهليته أو إنقاصها[66].

وهناك نوعان من العوارض وهي:

---

[64]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول،تنازع القوانين، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010، ص 217.

[65]– عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة، القاهرة، 1987، ص255.

[66]– خشاب حمزة، مدخل إلى العلوم القانونية، نظرية الحق، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، 2014، ص 191.

**1- العوارض المعدمة للأهلية:** وهي التي تصيب الإنسان في عقله، فتقضي على إدراكه وتمييزه، وتجعله في مرتبة الصبي الغير المميز[67]، وهي:

- **الجنون:** وهو مرض يصيب العقل ويفقده تمييزه، فلا يعتد بأفعاله وأقواله، فهو شخص فاقد للعقل ومنعدم الإدراك، فالمجنون تتوفر لديه أهلية الوجوب لكن أهلية الأداء تكون لديه معدومة.

- **العته:** وهو نقصان العقل واختلاله، ويجعل الشخص قليل الفهم، مختلط الكلام دون أن يصل إلى مرتبة الجنون[68].

وقد سوى القانون بين المجنون و المعتوه في الحكم واعتبر كلا منهما كالصبي غير المميز، ويحجر عليهما بحكم من المحكمة وفقا للإجراءات التي بينهما القانون في هذا الصدد، كما يرفع الحجر بقرار من المحكمة كذلك إذا ما انتهت حالة الجنون أو العته[69].

أما بالنسبة للتصرفات التي يقوم بها المجنون أو المعتوه، فقد فرقت المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري بين التصرفات الصادرة قبل الحكم بالحجر عليه، وبين تلك الصادرة بعد الحكم بالحجر، إذ نصت على ما يلي " *تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها* "[70].

**2- العوارض المنقصة للأهلية:** هي عوارض تلحق الإنسان في تدبيره فتفسده، وتجعل الشخص في حكم الصبي المميز، وهي السفه والغفلة[71]، وقد نصت عليها المادة 43 من القانون المدني الجزائري وهي فيما يلي:

- **السفه:** وهي حالة تصيب الشخص تدفع به إلى إنفاقه ماله بدون تدبير، أي ينفق ماله على غير مقتضى العقل و الشرع مما يتسبب في تبذيره من دون عقل أو منطق[72].

---

[67]-جعفور محمد سعيد، مرجع سابق، ص527.

[68]- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 169.

[69]- المرجع نفسه، ص 169.

[70]- المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

[71]-جعفور محمد سعيد، مرجع سابق ، ص 527.

[72]- المادة 43 من القانون المدني، *مرجع سابق*، التي تنص على أن *"كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"*.

- **الغفلة:** وهي ليست ناتجة عن خلل في العقل إنما هي عبارة عن عدم القدرة على الاهتداء للتصرفات الصحيحة بسبب سلامة نيته وطيبة قلبه.

تنص المادة 43 من القانون المدني على ما يلي" *كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون*"[73].

**ثانيا - موانع الأهلية:**

يبلغ الشخص سن الرشد فيصبح له كامل الأهلية، لكن قد يقوم لديه مانع يمنعه من مباشرة التصرفات القانونية[74]، وهذا المانع قد يكون ماديا بغياب الشخص، وقد يكون قانونيا كالحكم على شخص بعقوبة سالبة للحرية (جناية)، أو قد يكون المانع طبيعيا كإصابة بعاهة أو عجز جسماني[75].

**1- المانع المادي (الغيبة):** حتى تعتبر الغيبة مانع مادي يعوق الشخص من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، فإنه يجب أن تنقضي سنة أو أكثر على غيابه، ويترتب على ذالك تعطيل لمصالحه بحيث يستحيل له أن يتولى شؤونه بنفسه[76].

فالغيبة كمانع يمنع من مباشرة الأهلية فهي تنتهي بزوال سببها أو بموت الغائب أو بالحكم باعتباره ميتا[77].

2- **المانع الطبيعي (العاهة):** قد تجتمع على الشخص عاهتين أو أكثر كأن يكون أصم وأبكم، أو أن يكون أعمى وأبكم، أو أعمى و أصم، مما تجعله عاجز عن التعبير عن إرادته بشكل سليم

---

[73]- محمد حسن القاسم، مدخل إلى القانون و الالتزامات، مبادئ القانون، دار العلوم، 1998، ص 270.

[74]- المرجع نقسه، ص 290.

[75]- خشاب حمزة، مرجع سابق، ص 194.

[76]- محمد حسن القاسم، مرجع سابق، ص 210.

[77]- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 172، 173.

حيث يجوز للمحكمة في هذه الحالة أن تعين له وصيا قضائيا يعينه على التصرفات التي يجريها[78]، وهذا ما نصت عليه المادة 80 من القانون المدني[79].

أما إذا كان الشخص مصابا بعاهة واحدة فإن الوصاية القضائية، لا تقرر له بحسب الأصل أو إذا كان مصاب بغير العاهات المحددة في القانون، ونفس الأمر إذا كان الشخص مصابا بعاهتين ولكنه يستطيع التعبير عن إرادته لا تقرر له الوصاية القضائية[80].

**3- المانع القانوني (الحكم بعقوبة جنائية):** إن الحكم بعقوبة جنائية يعتبر مانع قانوني يحول دون قيام الشخص بمباشرة التصرفات القانونية، فالشخص في هذه الحالة يفقد أهليته لا بسبب فقد التمييز وإنما كعقوبة تبعية فرضها الحكم عليه بعقوبة جنائية، فإذا زال هذا المانع كالإفراج عن المحكوم فيستطيع في هذه الحالة مباشرة التصرفات القانونية بنفسه[81].

فالمحكوم عليه بعقوبة جناية هو شخص كامل الأهلية، لكن المشرع قضى لظروف قانونية أن يوقع حجرا قانونيا وأن ينوب عنه نائب في إدارة أمواله، فكل محكوم عليه بجناية وطبقا لقانون العقوبات يعد محجورا عليه قانونا كعقوبة تبعية[82].

---

[78]- سعيد جعفور محمد، مرجع سابق، ص 581، 582.

[79]- تنص المادة 80 من القانون المدني، مرجع سابق، على أنه "*إذا كان الشخص أصم أبكم، 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 قابلا للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة*".

[80]- الصغير بعلي محمد، مرجع سابق، ص 157.

[81]- محمد حسن القاسم، مرجع سابق، ص 210.

[82]- انظر المادة 9 مكرر 1 من القانون رقم 06- 23 المؤرخ في 20/ 12/ 2006 المتضمن قانون العقوبات، المعدل و المتمم بالقانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج ر العدد 84، مؤرخة في 21 ديسمبر 2006.

## المطلب الثاني

## أهلية الشخص الطبيعي طبقا

## لقواعد تنازع القوانين

يظهر من خلال المادة 10 من القانون المدني أن هناك قاعدة عامة و هي خضوع الأهلية لقانون الجنسية، وهناك استثناء على القانون الواجب التطبيق على الشخص الطبيعي فيشمل الشخص الأجنبي ناقص الأهلية الذي يرجع لسبب فيه خفاء يصعب تنبيهه.

وهذا ما سنتطرق إليه بالتفصيل من خلال دراستنا اللاحقة، فسوف نتناول فيها القاعدة العامة (الفرع الأول)، والاستثناء (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

### القاعدة العامة

إن القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص الطبيعي طبقا للقاعدة العامة هي خضوعها لقانون الجنسية وهذا ما نصت عليه المادة 10 الفقرة 1 من القانون المدني بقولها " *يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم*" .

وكما تطرقنا سابقا إلى أن الأهلية تنقسم إلى أهلية الوجوب وأهلية الأداء وكما تنقسم هذه الأخيرة أيضا إلى أهلية أداء عامة و أهلية أداء خاصة،فإن هذه المادة لم تحدد لنا المقصود بالأهلية التي تخضع للقانون الوطني، ولمعرفة القانون الواجب التطبيق على الأهلية، يجب علينا تحديد أيهما يدخل في نطاق حكم المادة 10 من التقنين المدني وأيهما يخرج من نطاقها.

ومن خلال هذا الفرع سنقوم بتحديد المسائل التي تخضع لقانون الجنسية(أولا)، والمسائل التي لا تخضع لقانون الجنسية(ثانيا)، وأيضا سنتطرق إلى حماية غير كاملي الأهلية(ثالثا).

**أولا – المسائل التي تخضع لقانون الجنسية:**

إن من بين المسائل التي تخضع لقانون الجنسية نجد: أسباب فقدان الأهلية، عوارض الأهلية، شروط وحالات انتهائها، والآثار المترتبة على فقدانها والأعمال التي يمكن لفاقد الأهلية القيام بها بنفسه استثنائيا أو بمعاونة الوصي أو القيم، كذلك الأشخاص الذين تنزل هذه الجزاءات لمصلحتهم[83].

فتحديد سن الرشد، وعوارض الأهلية، ومتى يكون الشخص فاقد الأهلية أو ناقصها أو كاملها، وتحديد ما هي التصرفات التي يجوز لناقص الأهلية القيام به وحده وما لا يستطيع القيام بها[84].

وعليه نستخلص مما سبق أن أهلية الأداء العامة هي وحدها التي تدخل في نطاق حكم المادة 10 من القانون المدني الجزائري، فقانون الجنسية هو الذي يحدد سن الرشد وعوارض الأهلية، ويبين الشخص الفاقد للأهلية أو ناقصها أو كاملها، وما هي التصرفات التي يجوز لناقص الأهلية القيام بها وحده وما لا يستطيع القيام به، ومتى يعتبر الصبي مأذونا له بإدارة أمواله، كذلك يحدد القانون الشخصي الجزاء المترتب على التصرفات عند فقد الأهلية ونقصها إذا كان هذا الجزاء هو البطلان فيبين نوعه ومن له الحق التمسك به والمدة التي يجب رفع دعوى البطلان، وما إذا كان يجوز إقرار التصرف الباطل أو لا يجوز ذلك[85] .

والغاية من إسناد أهلية الأداء العامة لقانون جنسية الشخص، تتمثل في حماية الشخص ذاته، ولذلك يتكفل القانون الشخصي بتقرير طرق الحماية المطلوبة[86].

---

[83]– عبده جمال غصوب، مرجع سابق، 246، 247.

[84]_ عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، مرجع سابق، ص 225.

[85]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص152.

[86]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، مرجع سابق، ص141.

**ثانيا – المسائل التي لا تخضع لقانون الجنسية:**

يخرج من نطاق تطبيق قانون الجنسية كل من أهلية الوجوب وأهلية الأداء الخاصة.

**1- أهلية الوجوب:** أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات، وأنها تثبت للشخص بمجرد ميلاده، فهي من مظاهر الشخصية القانونية[87].

وعليه فإنه باعتبار أن أهلية الوجوب هي من مظاهر الشخصية القانونية، فهي تخرج من نطاق نص المادة 10 من التقنين المدني، وبالتالي لا تخضع لقانون الجنسية، وهذا ما أخذ به الفقه الراجح في كل من فرنسا ومصر. وبما أن أهلية الوجوب تكون دائما متعلقة بالشخص فهي تخضع للقانون المختص[88].

**2- أهلية الأداء الخاصة:** وهي ما يصطلح عليها باسم موانع التصرف والتي تخرج بدورها عن تطبيق القانون الشخصي، فهي تتقرر بخصوص تصرفات معينة مثل منع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها، وهذا يختلف اختلافا جوهرية عن أهلية الأداء العامة، فبالنسبة للأهلية الخاصة أو موانع التصرف يكون المنع خاصا بتصرف معين ومقصودا لذاته[89].

إن الغرض من أهلية الأداء الخاصة ليس حماية الشخص نفسه وإنما حماية شخص آخر غيره، لذلك مناطها ليس التمييز وإنما اعتبارات أخرى كحماية مصلحة الغير أو مصلحة اجتماعية، وهذا ما جعل الفقه يخرجها من نطاق قانون الجنسية، وأخضعها للقانون الذي يحكم التصرف القانوني ذاته.

---

[87]– عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 199، 200.

[88]– أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 216.

[89]– حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2009، ص 340، 390.

بالإضافة إلى استبعاد الأهلية الخاصة من حكم قانون الجنسية، ترد بعض القيود على الأهلية العامة والتي تتمثل في استبعاد تطبيق قانون الجنسية في حالة المخالفة للنظام العام،وأيضا في حالة الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية[90].

**ثالثا – حماية ناقصي أو عديمي الأهلية:**

جاء في نص المادة 15 الفقرة الأولى من التقنين المدني الجزائري " *يبين قانون الشخص الذي تجب حمايته القواعد الموضوعية الخاصة بالولاية و الوصاية والقوامة وغيرها من النظم المتعلقة بحماية المحجوزين والغائبين*"[91]، وينصرف معنى هذا النص إلى حماية القاصر في ماله وليس في شخصه، وقد أسندت إلى قانون الشخص الذي يتولى ممارسة الحماية لأن هذه النظم مقررة لمصلحة القاصر و المحافظة على أمواله[92].

ويدخل في من يجب حمايته كل من المحجورين، كالسفيه والمجنون والمعتوه، بعبارة أخرى يدخل في جملة من تجب حمايتهم القاصر، القاصر الغير المميز والراشد ناقص أو عديم الأهلية[93].

وفي هذا السياق فإن قانون الشخص الذي تجب حمايته هو الذي يبين أسباب انقضاء الولاية، ومتى تنتهي مهمة الوصي والقيم، وما يستحقه كل واحد منهم من أجر[94].

---

[90]– أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 217، 218.

[91]– أنظر المادة 15 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[92]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 146،147.

[93]– عليوش قربوع كمال،مرجع سابق، ص208،209.

[94]– أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 224،226.

## الفرع الثاني

## الاستثناء الوارد على القاعدة

تخضع الأهلية طبقا لنص المادة 10 من التقنين المدني لقانون الجنسية وهذا هو الأصل المنصوص عليه في فقرتها الأولى، ولكن لهذا الأصل استثناء في الفقرة الثانية من نفس المادة، وهو خضوع الأهلية لقانون القاضي وفقا لشروط.

ومن خلال ذالك سنتطرق في هذا الفرع إلى دراسة الجهل المغتفر بالقانون الأجنبي(أولا)، و ثم شروط إعمال الاستثناء(ثانيا)، وأخيرا الاستثناء من تطبيق القانون الشخصي لغير كاملي الأهلية(ثالثا).

### أولا – الجهل المغتفر بالقانون الأجنبي:

استثنى المشرع الجزائري الأهلية من خضوعها لقانون الجنسية في الحالة التي يجهل فيها المتعاقد مع أجنبي أنه ناقص الأهلية وفقا لقانونه، ويرجع جهله بنقص أهليته إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تنبيهه[95] وهذا ما نصت عليه المادة 10 الفقرة الثانية من التقنين المدني الجزائري[96].

وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الاستثناء في القضية الشهيرة و المعروفة بقضية Lizardi، وتتمثل في أن شابا مكسيكي، يبلغ من العمر 23 سنة قد وقع صكوكا لتسديد ثمن مجوهرات اشتراها من تاجر فرنسي، ولما كان القانون المكسيكي يحدد سن الرشد ب25 سنة، فعندما طلب من الشاب المكسيكي الوفاء بديونه اعتد بأن قانونه الوطني يعتبره غير راشد وبالتالي فإنه غير ملزم بأداء دينه يعني ذلك أن تصرفاته تعتبر وفقا لقانون جنسيته باطلة. رغم ذلك فإن محكمة

---

[95]_أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 218.

[96]– تنص المادة 10 الفقرة الثانية من القانون المدني، مرجع سابق، على أنه " *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 وفي صحة المعاملة*".

النقض الفرنسية قد حكمت على الشاب بتسديد ديونه، معتبرا أن بائع المجوهرات الفرنسي لا يمكنه أن يعرف[97].

اختلف الفقه في أساس هذا الاستثناء، فهناك من ذهب إلى أن القضاء السابق يجد أساسه في فكرة المصلحة الوطنية، والتي تستلزم ألا يضار الوطني من تطبيق القوانين الأجنبية، وقد أنتقد هذا التبرير، لأن مفاده حماية مصالح الوطنيين على حساب الأجانب وهو ما يخالف حكمة التشريع، في حين أن قواعد القانون الدولي الخاص تهدف إلى حماية مصالح الأفراد دون تفرقة بين وطنيين وأجانب[98].

وقد التمس البعض الآخر من الفقه أساس هذا الاستثناء في فكرة النظام العام، ومن الصعب قبول هذا الأساس في الواقع، لأن رجوع إلى فكرة النظام العام يكون فقط في الحالة التي يتعارض فيها القانون الأجنبي مع الأسس الجوهرية للقانون الوطني، وليس هذا هو حال هذا الاستثناء فاختلاف سن الرشد في القانون الأجنبي عن القانون الوطني، لا يصطدم بحال فكرة النظام العام[99].

ويميل الفريق الثالث إلى الاستناد إلى فكرة الإثراء بلا سبب لتبرير استبعاد أحكام القانون الأجنبي الخاصة بسن الرشد في قضية ليزا ردي، ويعيب على هذا الرأي أنه يعجز عن تفسير أحكام القضاء الفرنسي التي قضت بصحة التصرف القانوني الذي باشره الأجنبي ناقص الأهلية دون تفرقة بين ما إذا كان هذا الأجنبي قد أثرى من وراء التصرف الذي أبرمه من عدمه[100].

وأخيرا تلمس الفقه الراجح أساس هذا الاستثناء في حيثيات محكمة النقض الفرنسية التي جاءت في هذه القضية أن المتعاقد الوطني يعد معذورا في جهله بالقانون الأجنبي، وهذا التبرير يتماشى مع الرأي القائل بأن القضاء الفرنسي لم يعامل القانون الأجنبي معاملة الوقائع،ومن شأن هذا الرأي أن الأمر متروكا لتقدير القاضي[101].

---

[97]– عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 203، 204.

[98]– حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 325.

[99]– أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 220.

[100]– حفيظة السيد حداد،مرجع سابق، ص 252، 253.

[101]– أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 220، 221.

**ثانيا – شروط إعمال الاستثناء:**

يتضح من خلال الفقرة الثانية من المادة 10 السالفة الذكر من التي أدخلت الاستثناء على القاعدة العامة أنه يشترط لإعماله توافر الشروط التالية:

**الشرط الأول:** أن يكون التصرف الذي قام به الأجنبي من التصرفات المالية أما إذا كان خاصا بالأحوال الشخصية فلا يطبق بل تطبق القاعدة العامة بدله[102].

وقد حاول بعض الفقه قصر مجال هذا الاستثناء على التصرفات الملية العادية أو التجارية، أما تلك التصرفات المالية ذات الأهمية والتي تتطلب من المتعاقد مع الأجنبي الكثير من الحيطة والحذر كبيع العقار أو رهنه، فتخرج من نطاق هذا الاستثناء، لكن المشرع الجزائر لم يأخذ بهذا التقييد ذلك أن نص المادة 10 الفقرة 2 جاءت مطلقة [103].

**الشرط الثاني:** أن تعقد التصرفات في الجزائر و أن تنتج آثارها في الجزائر، و المقصود من هذا الشرط هو أن تعقد التصرفات في الجزائر بين أجنبي وجزائري، وأن ينتج العقد آثارها في الجزائر[104].

وعليه فلا مجال لإعمال هذا الاستثناء في الحالة التي يتم فيها التصرف في الجزائر وينتج أثره في الخارج أو العكس[105].

**الشرط الثالث:** أن يكون الأجنبي الذي قام بهذا التصرف كامل الأهلية طبقا للقانون الجزائري، وان يكون ناقص الأهلية طبقا لقانون جنسيته، وعلى ذلك فلو كان ناقص الأهلية أيضا في نظر القانون الجزائري فلا يسري حكم هذا النص[106].

---

[102]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 144.

[103]– أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 221.

[104]– عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 205، 206.

[105]– أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 222.

[106]– علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 66.

**الشرط الرابع:** أن يكون نقص أهلية الأجنبي راجعا إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه، معناه أن يكون المتعاقد مع الأجنبي معذورا في جهله بنقص أهلية الأجنبي الذي تعاقد معه، ولقضاة الموضوع سلطة تقدير ذلك وفقا لمعيار موضوعي وهو معيار الرجل العادي[107].

يترتب على الأخذ بهذه الشروط عدم حكم على أهلية الأجنبي بقانون جنسيته بالنسبة للتصرف المالي الذي يتولد منه ضررا لأحد الوطنيين، ويصحح العقد باعتباره صادرا من كامل الأهلية كما هو وارد في القانون الوطني، ويرفض دفع الأجنبي بنقص أهليته ويلزم بما يرتبه العقد من آثار والتزامات[108].

فمتى توافرت الشروط السابقة جميعا يعد المتعاقد مع أجنبي معذورا، ويحق له عندئذ التمسك بهذا الاستثناء، فيعتبر التصرف الذي أبرمه معه صحيحا ومنتجا لآثاره[109].

**ثالثا – الاستثناء من تطبيق القانون الشخصي لناقصي و عدمي الأهلية:**

بينا في ما سبق أن القانون الواجب التطبيق على ناقص وعديمي الأهلية يخضع لقانون جنسية الشخص الواجب حمايته، وهذا كأصل وارد في الفقرة الأولى من المادة 15 من التقنين الجزائري، لكن المشرع الجزائري وضع استثناءات لهذا الأصل في الفقرة الثانية من نفس المادة[110] والتي تتمثل فيما يلي:

**الاستثناء الأول:** قرر المشرع الجزائري إخضاع المسائل الإجرائية المتعلقة بالشخص محل الحماية، على أنها لا تخضع إلى قانون ذلك الشخص، وإنما تخضع لقانون دولة القاضي،حيث منح الاختصاص للقانون الجزائري إذا تعلق الأمر بتدبير استعجالي وكان القاصر أو عديم الأهلية موجود في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، إن الفقرة المضافة في للمادة 15 من القانون المدني

---

[107]– أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 223.

[108]– حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 104.

[109]– أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 223.

[110]– تنص المادة 2/15 من القانون المدني، مرجع سابق، على أن " *غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر و عديمو الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، أو تعلقت بأموالهم المجودة في الجزائر*".

الجزائري، أجازت للقاضي الجزائري تطبيق قانونه بشأن التدابير الوقائية والمستعجلة التي تهدف إلى حماية المؤقتة للشخص الموجود في الجزائر[111].

**الاستثناء الثاني:** هو خضوع نظام حماية ناقصي أو عادمي الأهلية عندما يتعلق الأمر بالأموال إلى قانون موقع المال على عقارات الوصي أو القيم[112].

كما أن قانون الشخصي لناقص الأهلية أو عديمها يستبعد في حالة ما إذا كان مخالف للنظام العام فيخضع لقانون الإقليم[113].

[111]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 157، 158.

[112]– حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، الطبعة الثانية، دار الثقافة، عمان، 1997، ص96.

[113]– مرجع سابق، ص 210.

## خلاصة الفصل

إن القانون الواجب التطبيق على مسألتي الأهلية والحالة هو القانون الشخصي، وهو قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بواسطة الجنسية، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال نص المادة 10 من القانون المدني، حيث اعتمد على ضابط إسناد والذي يتمثل في ضابط الجنسية، و اعتبره كأصل فيما يخص الأهلية، و كما أورد على هذا النص استثناء في الفقرة الثانية، يخص الأجنبي ناقص الأهلية الذي يرجع نقص أهليته إلى خفاء يصعب تبيينه.

كما يستثنى أيضا تطبيق قانون الجنسية في حالة ما إذا كان مخالف للنظام العام في دولة القاضي المعروض عليه النزاع، حيث يطبق عليه قانون القاضي بغض النظر عن القانون الأجنبي الشخصي، وهذا فيما يخص الحالة ولأهلية معا.

# الفصل الثاني

# القانون الواجب التطبيق على

# الحالة العائلية للشخص

مسألة الحالة العائلية للشخص تعتبر من بين أكثر المسائل التي يثار فيها تنازع القوانين، إذا كان احد أطراف النزاع أجنبيا.

و يدخل ضمن الحالة العائلية للشخص كل من الزواج، النسب، الميراث، الوصية، الهبة، النفقة بين الأقارب، الوقف، الولاية، هذا قبل تعديل القانون المدني، لكن بعد التعديل أضاف المشرع للحالة العائلية كل من التبني والكفالة.

و من خلال هذا فإننا في هذا الفصل سنتطرق إلى دراسة القانون الواجب التطبيق على الحالة العائلية للشخص ذات الطابع غير المالي(المبحث الأول)، و القانون الواجب التطبيق على الحالة العائلية للشخص ذات طابع المالي(المبحث الثاني).

## المبحث الأول
## القانون الواجب التطبيق على
## الحالة العائلية للشخص ذات الطابع
## غير مالي

أخضع المشرع الجزائري العلاقات الأسرية ذات الطابع غير المالي إلى القانون الشخصي،وتشمل على كل من الزواج وانحلاله، الحضانة والنسب، التبني و الكفالة.

و بهذا فإننا سنتناول القانون الواجب التطبيق على الزواج (المطلب الأول)، و القانون الواجب التطبيق على الآثار الناتجة عن الزواج (المطلب الثاني).

### المطلب الأول
### القانون الواجب التطبيق على
### الزواج

يعتبر الزواج من أهم مواضيع تنازع القوانين، ويعود ذلك إلى اختلاف وجهة نظر الأنظمة القانونية المختلفة حوله، سواء من حيث اختلاف في مفهومه أو في طريقة انعقاده وكذلك الحال بالنسبة لآثاره وهذا ما جعل من الزواج المجال الرحب لتنازع القوانين.

ولما كانت مختلف جوانب الزواج لا تخضع في معظم التشريعات لقانون واحد، فإننا سنتناول كل جانب منه بصفة مستقلة، على النحو التالي: إبرام عقد الزواج(الفرع الأول)، انحلال عقد الزواج و الانفصال الجسماني(الفرع الثاني).

#### الفرع الأول
#### إبرام عقد الزواج

عرف المشرع الجزائري الزواج من خلال المادة 4 من قانون الأسرة بأنه عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي، من هدفه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون

وإحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب[114]، ولكي يتم إبرام هذا الزواج بشكل صحيح لابد من توفر مجموعة من الشروط وهذه الشروط تختلف من دولة لأخرى لذا يجب تحديد القانون الذي تخضع لها كل منها.

وفي هذا الفرع سنتطرق إلى معرفة القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية(أولا)، والقانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية(ثانيا).

**أولا – القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية:**

يقصد بالشروط الموضوعية للزواج تلك التي يتوقف عندها وجود الزواج من عدمه، وقد حددت الشريعة الإسلامية و المشرع الجزائري هذه الشروط في قانون الأسرة الجزائري وهي: الرضا، الأهلية، الولي، الشاهدين، الصداق، بلوغ السن القانونية، خلو الزوجين من الموانع الشرعية[115]، وكل هذا نجده مذكورة في نصوص المواد (المادة 9 [116] و 9مكرر[117]، 24 [118]،

---

[114]– تنص المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، على " *الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون وإحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب*".

[115]– سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص تحت إشراف بن ملحة الغوثي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2015، ص 6.

[116]– تنص المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، على أنه " *ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين*".

[117]– تنص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، على أنه " *يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية*:

– *أهلية الزواج*،

– *الصداق*،

– *الولي*،

– *شاهدان*،

*انعدام الموانع الشرعية للزواج*".

[118]– تنص المادة 24 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، على أنه " *موانع النكاح المؤبدة هي:*

– *القرابة*،

– *المصاهرة*،

– *الرضاع*".

25[119]، 26 [120]، 27 [121])من قانون الأسرة الجزائرية .

أما فيما يتعلق بالقانون الذي يسري على الشروط الموضوعية لعقد الزواج يطبق عليها القانون الوطني لكل من الزوجين، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 11 من القانون المدني ويعتد بهذا القانون وقت إبرام عقد الزواج فقط، فإذا تغيرت جنسية أحدهما بعد ذلك فلا يؤثر ذلك على العقد[122] .

هذا، وإن كان القانون المختص لا يثير أي صعوبة في حال ما إذا كان الزوجان يحملان جنسية واحدة، لكن الصعوبة تظهر في حالة اختلاف في الجنسية، فقد نص المشرع الجزائري على الحل في هذه الحالة في المادة 13 من القانون المدني التي جاء بها المشرع كاستثناء للمادتين 12و11 بحث تنص على أنه " *يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج*" فهذه المادة تطبق لما يكون أحد الزوجين جزائريا فإنه يطبق القانون الجزائري فقط، ويستثنى من هذا الشرط شرط الأهلية الذي يبقى خاضعا لقانون جنسية كل من الطرفين[123] .

أما في حالة زواج أجنبيان فتحديد القانون المختص في هذه الحالة أدى إلى ظهور اتجاهين لدى الفقه أحدهما ينادي إلى تطبيق الجامع لكلا القانونين معا، بحيث يطبق على كل زوج الأحكام المنصوص عليها في قانونه الوطني، وكذا الأحكام المنصوص عليها في قانون

---

[119]– تنص المادة 25 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، على أنه "*المحرمات بالقرابة هي: الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت*".

[120]– تنص المادة 26 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، على أنه "*المحرمات بالمصاهرة هي:*

*1- أصول الزوجة بمجرد العقد عليها،*

*2- فروعها إن حصل الدخول بها،*

*3- أرامل أو مطلقات الزوج وإن علوا،*

*4- أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا*".

[121]– تنص المادة 27 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، على أنه" *يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب*".

[122]– علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 69.

[123]– أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص231.

جنسية الطرف الثاني[124]، والآخر ينادي إلى التطبيق الموزع بحيث يجب أن تتوفر في الزوج الشروط التي يستلزمها قانون جنسيته فقط، وفي الزوجة الشروط التي يستلزمها قانونها فقط.[125] وقد استقر القضاء الفرنسي على هذا الرأي[126].

و القانون الجزائري أخذ أيضا بالتطبيق الموزع في نص المادة 11 من القانون المدني، غير أنه إذا تعلق الأمر بالموانع الزواج فيطبق بشأنها دائما التطبيق الجامع[127].

ومن هذا السياق باعتبار أن لكل من الزوجين شروطا معينة لانعقاد الزواج، فيمكن أن توجد من بين تلك الشروط شروطا تكون معارضة لنظام العام في دولة القاضي الأمر الذي يجعل من القاضي الوطني استبعادها،وهذا يكون أوسع نطاقا في الجزائر و الدول العربية خاصة وأن قانون الأسرة الجزائري مستمد من الشريعة الإسلامية[128].

**ثانيا – القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية:**

يدخل في الشروط الشكلية للزواج كل ما يتعلق بالإجراءات ومسائل الاختصاص و إشهار الزواج وتحرير عقده وإثباته، وهي الطرق اللازمة لإظهار الزواج والإفصاح عنه[129].

يخضع الزواج باعتباره تصرفا قانونيا من الناحية الشكلية إلى القاعدة العامة التقليدية، وهي قاعدة "Locus" التي تقضي بخضوع العقود التي هي بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي

---

[124]– موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص69.

[125]– مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة، دراسة مقارنة، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، 2015،ص52.

[126]– Jean Marc Bischoff : marriage , répertoire de droit international, Dalloz, Tom 2, Paris ;1999, P.26.

[127]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنة بالقوانين العربية، مرجع السابق، ص150.

[128]– أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص235

[129]–حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، مرجع سابق، ص95.

تمت فيه، ويجوز خضوع الزواج أيضا للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين[130].

ونشير هنا إلى أن المشرع الجزائري لم يورد نص خاص بالقانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية، وبالتالي يجب تطبيق نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري[131]، التي أجازت تطبيق أربع قوانين على هذه الشروط وهي: قانون محل إبرام العقد أو القانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو لقانونهما الوطني المشترك، أو لقانون الذي يسري على أحكامه الموضوعية[132].

ويتأكد الطابع المفسر لقاعدة لوكيس بالنسبة لشكل الزواج من خلال المادتين 95و 96 من قانون الحالة المدنية الجزائري، التي استلهم المشرع الجزائري أحكامها من المواد 47و 48 من التقنين المدني الفرنسي، وقد نصت المادة 95 على أنه " *إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرر طبق الأوضاع المألوفة في هذا البلد* "

أما المادة 96 فقد نصت على أنه " *إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيون أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية* "[133].

أما نص المادة 97 في فقرتها الثانية والثالثة من نفس القانون، فقد واجهت الحالة التي تتعلق بالوضعية التي يكون فيها أحد الطرفين جزائريا[134].

---

[130]– RizkallahNouhad : « Droit International privée » ,M.A.J.D, Beyrouth, édition 1985, P79.

[131]– تنص المادة 19 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، على أنه " *تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه. ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية*".

[132]– زروتي الطيب، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 05–10، مجلة المحكمة العليا، 2006، العدد01، ص85، 86.

[133]– فضيل نادية، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 192.

[134]– المادة 2/97 من الأمر رقم 70–20 مؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، المعدل و المتمم بالأمر رقم 14–08 المؤرخ في 9 أوت 2014، ج ر عدد 49 مؤرخة في 2014 .

و يتقلص مجال تطبيق هذه القاعدة بمجرد ظهور بعض الموانع، فيتوقف تطبيقها إذا ثبت وجود غش نحو القانون بحيث تمارس هذه القاعدة بقصد استبعاد القانون المختص أصلا بحكم التصرف، وفي هذا الصدد يرى الفقيه بأن تطبيق قاعدة لوكيس في هذه الحالة يجب أن تتوقف وأن التصرفات التي نشأت في الخارج وكانت مشوبة بنية الغش لا يمكن أن تنتج أي أثر[135].

ويتوقف تطبيق القاعدة أيضا في حالة مخالفة النظام العام و الآداب العامة طبقا لنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن " *لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.*

*يطبق القانون الجزائري محل القانون المخالف للنظام العام أو الآداب العامة* "[136].

**ثالثا – القانون الواجب التطبيق على آثار إبرام عقد الزواج:**

يترتب على الزواج الذي استوفى الشروط وأركان انعقاده آثار شخصية وآثار مالية، وسنقتصر هنا على تحديد المقصود بهذه الآثار بشكل مبسط دون التطرق إلى أحكامه التفصيلية من أجل التركيز على البحث عن القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بآثار الزواج الشخصية والمالية.

ولقد أخضع المشرع الجزائري آثار الزواج الشخصي والمالية إلى قانون واحد وهو قانون الجنسية وقت إبرام عقد الزواج، وذلك حسب نص المادة12 الفقرة الأولى من القانون المدني التي تنص على " *يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية و المالية التي يرتبها عقد الزواج*"[137]، و الملاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يفرق بين الآثار الشخصية والمالية وأخضعها لقانون واحد وهو قانون جنسية الزوج عند إبرام عقد الزواج، مع ذلك فإن هناك بعض الآثار بحاجة إلى تفصيل لكونها تطرح صعوبة في تكييفها.

---

[135]– ، مرجع سابق، ص 263، 268.

[136]– المادة 24 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق،.

[137]– عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص255.

**1- الآثار الشخصية لعقد الزواج:** وهذه الآثار هي مجموعة من الحقوق والواجبات الشخصية المتبادلة، التي يرتبها العقد على الزوجين، كالطاعة وحسن المعاشرة و الإخلاص فهذه الآثار الشخصية تخضع لقانون الدولة التي يتمتع الزوج بجنسيتها وقت انعقاد الزواج[138]. كما يرتب عقد الزواج آثارا شخصية بالنسبة للعائلة مثل البنوة الشرعية(النسب)، علاقة الأولاد بالوالدين، السلطة الأبوية[139]، ويدخل أيضا في هذا السياق مسألة مدى تأثير الزواج على جنسية الزوجين ولقب الزوجة وأهليتها[140].

**أ- إسم الزوجة**

المشرع الجزائري لم يتكلم عن هذه المسألة، غير أن بعض الفقهاء يرون أنه من الضروري عدم تطبيق قانون جنسية الشخص على النزاع المتعلق باسم الزوجة بل يجب تطبيق قانون جنسية الزوج وقت الانعقاد باعتبار أن هذه المسألة أثر من آثار الزواج[141].

**ب- أهلية المرأة المتزوجة:**

يرى جانب من الفقه أنه من المناسب إخضاع نقص أهلية المرأة بسبب الزواج لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج باعتباره من آثار الزواج، للمحافظة على مصلحة الأسرة وكذلك لارتباطه بالسلطة الزوجية[142].

---

[138]- غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص170.

[139]- عبده جمال غصوب، مرجع سابق، ص267

[140]- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص170

[141]- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 253.

[142]- هشام صادق، مرجع سابق، ص272.

غير أننا ننظم لرأي القائل بضرورة إخضاع أهلية المرأة المتزوجة لقانونها الشخصي، تطبيقا لنص المادة 10 من القانون المدني الجزائري التي ربما تكون نية المشرع الجزائري حين استثنى أهلية الزواج من نص المادة 13 من نفس القانون[143].

**ج- جنسية الزوجة:**

طبقا لأحكام قانون الجنسية الجزائرية فإن زواج الجزائرية بأجنبي لا يؤثر على جنسيتها، بل تبقى محتفظة بجنسيتها الأصلية حتى ولو اكتسبت جنسية زوجها إلا إذا طلبت التخلي عنها، طبقا لأحكام نص المادة 18 الفقرة الثالثة من قانون الجنسية تنص على أنه " *...3- المرأة الجزائرية المتزوجة بأجنبي وتكتسب جراء زواجها جنسية زوجها وأذن لها بموجب مرسوم في التخلي عن الجنسية الجزائرية،..*".

أما بالنسبة لجنسية المرأة الأجنبية المتزوجة بجزائري فهي أيضا لا تفقد جنسيتها الأصلية ما لم ترغب بالتخلي عنها، وبإمكانها الحصول على الجنسية الجزائرية متى توافرت الشروط لذلك[144].

**د- النفقة على الزوجة:**

توجب قوانين الأسرة المستمدة من الشريعة الإسلامية على الزوج أن ينفق على زوجته، ورغم أنها ذات طابع مالي إلا أنها تعتبر من الآثار الشخصية، لأنها خاصة بنظام المالي للزوجين، ويسري عليها قانون جنسية الزوج، وهو المعمول به أيضا في فرنسا ومصر[145].

---

[143]- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص255.

[144]- المادة 18 الفقرة 3 من الأمر رقم 70- 86 مؤرخ في 1517 شوال عام 1390 الموافق 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-01 مؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج ر عدد 15 سنة 2005.

[145]- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 162،163.

**2- الآثار المالية لعقد الزواج:** الآثار المالية للزواج تتمثل في نظام الموال بين الزوجين المعروف في الدول الأجنبية، و لكن في التشريع الجزائري نجد أن المشرع قد كرسه بما يعرف بالعقد المالي، لكن الإشكال هو أن المشرع لم يبين طبيعة هذا العقد[146].

وقد اختلف الفقه في مسألة القانون الواجب التطبيق على هذه الآثار، فهناك من يرى أنها تخضع لقانون الإرادة كغيرها من العقود المالية الأخرى، وهناك من يرى أنها تخضع لنفس القانون الذي يحكم الزواج، وهذا الرأي الأخير هو الغالب باعتبار أن القيود التي يفرضها المشرع غلى العقود بين الزوجين هدفها حماية نظام الزواج وليس العقد[147].

حيث نص المشرع على أنه يسري على الآثار المالية لعقد الزواج قانون جنسية الزوج وهذا حسب المادة 12 الفقرة الأولىمن القانون المدني الجزائري[148].

واستثناء عن قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، يسري القانون الوطني وحده إذا كان أحد الزوجين وقت انعقاد الزواج ذلك وهذا ما أكدته المادة 13 من القانون المدني الجزائري "*يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج*" [149].

## الفرع الثاني

## انحلال عقد الزواج

## و الانفصال الجسماني

يطرح موضوع انحلال عقد الزواج و الانفصال الجسماني العديد من المشاكل، لذلك فقد حظي باهتمام جميع التشريعات التي أخذت على عاتقها عناء التصدي لهذه المشاكل بوضع قواعد

---

[146]- هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 274،275.

[147]- هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، مرجع نفسه، ص 276،277.

[148]- تنص المادة 1/12 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، على أنه "*يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج*" .

[149]- زيدون بختة، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقا يد، تلمسان، السنة الجامعية 2011، ص43،44.

فنية للتطبيق على العلاقات الدولية الخاصة، هدفها حل نزاعات ذات طبيعة خاصة، والنظر في حقوق الأجانب المتواجدون في الدولة.

وسنتطرق في هذا الفرع إلى دراسة القانون الواجب التطبيق على انحلال عقد الزواج (أولا)، و القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني(ثانيا)، وأخيرا القانون الواجب التطبيق على آثار انحلال عقد الزواج و الانفصال الجسماني(ثالثا).

**أولا: القانون الواجب التطبيق على انحلال عقد الزواج**

لانحلال الزواج عدة أسباب عامة و قانونية، فمن بين الأسباب العامة نذكر انحلال عقد الزواج بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة طبقا للمادة 47 من قانون الأسرة الجزائري[150]، أو بالتطليق أي بانتهاء الرابطة الزوجية بحكم من القاضي، وذلك لسبب من الأسباب التي يحددها القانون وهذا ما نصت عليه المادة 53 من نفس القانون،[151] أو بالخلع المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري[152]، أو بالفسخ أو البطلان المواد 32[153] و 33[154] و 34 من نفس القانون.

أما الأسباب القانونية، فإنه يمكن حصرها في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والطلاق بالتراضي بين الزوجين طبقا للمادة 48 من قانون الأسرة الجزائري، أو بطلب من الزوجة [155].

---

[150]– تنص المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، على أنه "*تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة*".

[151]– انظر المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

[152]– تنص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، على أنه "*يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم*".

[153]– تنص المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، على أنه "*يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد*".

[154]– تنص المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، على أنه "*يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.*

*إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل*".

[155] – تنص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، على أنه " *مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بالتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53و 54 من هذا القانون*".

وقد أسند المشرع الجزائري انحلال الزواج دون تمييز بين الطلاق والتطليق و الانفصال الجسماني، وهذا عكس التشريعات الأخرى إلى قانون واحد هو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وهذا ما جاء في نص المادة 12 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري " *ويسري على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى*"[156] ، و تنص المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " *تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة*"[157].

وبهذا، ومن خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري قد وسع من مفهوم الفئة المسندة الخاصة بانحلال الزواج بحيث أصبح يشمل أيضا الانفصال الجسماني، وأصبح من شأنه تذليل الصعوبات التي يمكن أن تواجه القاضي الجزائري بخصوص تكييف نزاع يتعلق بهذه المسألة.[158]

وأما بخصوص إجراءات الطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسماني، وكذلك الإجراءات التحفظية الهادفة إلى المحافظة على مصالح الزوجين، تخضع لقانون القاضي المعروض عليه النزاع[159] تطبيقا لنص المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري التي تنص على "*يسري على قواعد الاختصاص و الإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات*"[160].

واستثناء عما سبق فأن المشرع الجزائري قد استبعد تطبيق القانون الأجنبي فيما يتعلق بموضوع انحلال الزواج والانفصال الجسماني وأخضعه للقانون الجزائري وهذا في حالة ما إدا كان أحد الزوجين جزائريا، وهذا الاستثناء جاء في نص المادة 13 من قانون المدني كما يلي" *يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج*".

---

[156]– زروتي الطيب، القانون الولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 170.

[157]– المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

[158]– زروتي الطيب، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 05-10، مرجع سابق، ص70.

[159]– زيدون بختة، مرجع سابق، ص35.

[160]– أنظر المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

ويستبعد أيضا قانون جنسية الزوج في حالة مخالفة النظام العام، وأيضا بسبب الغش نحو القانون طبقا لنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري.

**ثانيا – القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني:**

الانفصال الجسماني هو نظام يترتب عليه انقطاع المعيشة المشتركة بين الزوجين دون حل عقدة النكاح في الحال، ولكنه قد يكون سببا للطلاق إذا استمر مدة معينة تختلف من قانون لآخر[161]، إذن هو ليس إنهاء الزوجية، بل مجرد مباعدة مادية ما بين الزوجين[162].

ونظام الانفصال الجسماني هو نظام تقره القوانين الغربية كما في فرنسا وانجلترا وألمانيا و أمريكا، ولا تعترف به النظم التي تدين بالشريعة الإسلامية[163].

بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على هذا النظام، نجد أن المشرع الجزائري قد حاول عند تعديل القانون المدني سنة 2005 تفادي الثغرات و الفراغات القانونية من قبل، لذلك بعدما كان قد وضع قاعدة إسناد التي تبين القانون الذي يحكم حل الرابطة الزوجية في المادة 12 الفقرة الثانية من القانون المدني والتي تنص على أنه " *يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى*"[164].

فقد اكتفى المشرع في هذه الحالة بوضع قاعدة إسناد لانحلال الزواج ولم يتعرض إلى مسألة الانفصال الجسماني، لأنه نظام غير مقرر في الجزائر، إلا أنه من الممكن أن يعرض أمام القضاء الجزائري منازعات بشأنه، خاصة بالنسبة للزوجين اللذين يقرر قانونهما الشخصي هذا النظام[165]، من هذا المنطلق تدارك المشرع الجزائري هذا النقص وعدل المادة 12 من القانون المدني وأضاف مصطلح الانفصال الجسماني، وبالتالي أصبحت الفكرة المسندة شاملة لانحلال

---

[161]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 178.

[162]– عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 308.

[163]– غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص 179، 180.

[164]– أنضر المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[165]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 169، 170.

الزواج و الانفصال الجسماني، وقد أخضع المسألتين معا لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، إذ نصت المادة 12 الفقرة الثانية من القانون المدني المعدلة في 2005، على ما يلي " *و يسري على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى*"[166].

إذن المشرع الجزائري وضع نص المادة 12 الفقرة الثانية السالفة الذكر، للاعتراف بالحقوق المكتسبة عن الانفصال الجسماني ، وليس لإنشاء حق الانفصال.

**ثالثا – القانون الواجب التطبيق على آثار انحلال عقد الزواج والانفصال الجسماني:**

بالنسبة للآثار المترتبة على انحلال الزواج والانفصال الجسماني، منها ما يخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج ومنها ما لا يخضع له.

فبالنسبة للآثار المرتبطة بالحالة الشخصية، مثل إمكانية إعادة الزوجة أو حق الزوجة في استرداد اسمها السابق على الزواج، فهي تخرج من نطاق القانون الذي يحكم انحلال الزواج[167]، وبالتالي فهي تخضع لنص المادة 10 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري[168].

أما الآثار التي يخلفها الطلاق، كنفقة الزوجة المطلقة والأولاد المحضونين ومن له الحق في الحضانة فهي تخضع للقانون المختص بانحلال الزواج[169].

---

[166]– آيت منصور صونية، علواش وردية، تنازع القوانين في الزواج وانحلاله، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، السنة الدراسية 2018، ص 45.

[167]– أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 261.

[168]_ أنظر المادة 10 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[169]– زروتي الطيب، القانون الولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 184، 185.

## المطلب الثاني

## القانون الواجب التطبيق على

## الآثار الناتجة عن الزواج

إن المشرع الجزائري وقبل تعديل القانون المدني الجزائري، نجد أنه قد اعترف بالنسب والحضانة فقط في مجال الأحوال الشخصية، ولكن وبعد تعديل القانون المدني سنة 2005 قام بإضافة كل من التبني والكفالة وأدخلها ضمن فئة الأحوال الشخصية وأخضعها لقواعد إسناد خاصة بها.

ومن هذا المنطلق سنحاول دراسة النسب والحضانة(الفرع الأول)، وأيضا التبني والكفالة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

### التبني و الكفالة

إن مسألة الحضانة و النسب فيما يخص العلاقات الداخلية فهي تخضع للقانون الداخلي، أما عندما يتعلق الأمر بعنصر أجنبي ففي هذه الحالة أخضعها المشرع لقواعد خاصة بها، وبما أن كل منها ناتجة عن علاقة زواج فهي تعتبر من آثارها.

في هذا السياق سنتطرق إلى القانون الواجب التطبيق على النسب(أولا)، و القانون الواجب التطبيق على الحضانة(ثانيا).

**أولا – القانون الواجب التطبيق على النسب:**

يعتبر النسب أثر من آثار عقد الزواج وهو رابطة طبيعية تربط الشخص بأصله وتولد الحقوق والواجبات المتبادلة بينهم، كالنفقة والحضانة وحق التربية والتأديب والولاية، وقد يكون النسب من جهة الأب أو من جهة الأم[170].

[170]– غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية، ص173، 174.

وهناك من يميز بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي، بالنسبة للنسب الشرعي هناك من يخضعه للقانون الذي يحكم آثار الزواج، أما النسب الطبيعي هناك من يخضعه لقانون جنسية الطفل وهناك من اقترح إخضاع النسب لقانون جنسية الأم[171].

أما المشرع الجزائر فقد حسم أمره في هذه المسألة حيث بين في المادة 13 مكرر من القانون المدني، أن القانون الذي يخضع له النسب والاعتراف به أو إنكاره هو قانون جنسية الأب، فقد جاء في نص المادة 13 مكرر" *يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل. وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة*"[172].

إن المشرع في هذه المادة حل مشكلة النزاع المتحرك، بأن ربط الاعتداد بقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، وإذا توفي الأب قبل ميلاد الطفل فيطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة وهذه المادة تتعلق فقط بالبنوة الشرعية[173].

أما فيما يتعلق بالنسب الطبيعي لم يتناول أحكامها المشرع الجزائري، فيما عدا ما يتعلق بجنسية الولد في المادة 6 من قانون الجنسية قبل التعديل، وبما أنها ناتجة عن علاقة غير شرعية لا تعترف بها الشريعة الإسلامية، مما يستدعي إخضاعها لقانون الشخصي للولد مادامت تخص حالته وتتعلق بحمايته (المادتين 10 و15 من قانون المدني الجزائري)[174].

**ثانيا – القانون الواجب التطبيق على الحضانة:**

نظم قانون الأسرة الجزائري كل الجوانب المتعلقة بالحضانة، في المواد من 62 إلى غاية 72 القانون الأسرة الجزائري، وطبقا للمادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، فإن الحضانة تسند إلى

---

[171]– أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 265.

[172]– أنظر المادة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[173]– أحمد محجوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، دار بهاء الدين للنشر والتوزيع، قسنطينة، 2004، ص96.

[174]– زروتي الطيب، القانون الولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 189، 190.

الأم[175]. لكن هذا النص قد يستبعد تطبيقه إذا كان إسناد الحضانة للأم مخالفا للشرع والقانون أي للنظام العام وهذا ما عالجته المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري حيث نصت أنه " *إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون*"[176]، وقد صدرت أحكام قضائية عديدة بهذا الشأن، تبين هذه الأحكام[177].

أما فيما يخص بمنازعات الحضانة عندما تكون مرتبطة بطرف أجنبي، فإن القانون الجزائري وعلى الرغم من عدم وجود نص صريح يحدد القانون الواجب التطبيق، فإنه قد أخضعها للقانون الذي يحكم انحلال الزواج باعتبارها من آثاره، وفي هذه الحالة إذا كان الزواج بين جزائري وأجنبية فإن الحضانة تكون أولى للأم الأجنبية إذا كنت مقيمة في الجزائر، أما إذا كانت تقيم بالخارج فيسقط عنها حق الحضانة لأن الولد يجب أن تتم تربيته على دين أبيه[178].

## الفرع الثاني

## التبني و الكفالة

الكفالة والتبني هي عبارة عن بنوة مصطنعة بين شخصين لا تقوم بينهما رابطة الدم، ولم يكن المشرع الجزائري قد خص هذان النظامين بقاعدة إسناد خاصة قبل التعديل، غير أنه بعد التعديل خصهما بقاعدة إسناد تضمنتها المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها " *يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل و المكفول وقت إجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل.*

*وتطبق نفس الأحكام على التبني*".

---

[175]– تنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة، مرجع سابق، على أن "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

[176]– أنظر المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

[177]– زيدون بختة، مرجع سابق، ص 47، 48.

[178]– عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 240.

ومن خلال هذا المنطلق سوف نتطرق إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على الكفالة(أولا)، والقانون الواجب التطبيق على التبني(ثانيا).

**أولا – القانون الواجب التطبيق على التبني:**

التبني هو إلحاق شخص بآخر معلوم النسب أو مجهول مع علمه يقينا أنه ليس منه، ويكون أحدهما المتبني (رجل أو امرأة) وآخر المتبنى وهو الطفل الصغير[179].

ولقد تطرق المشرع الجزائري لمسألة التبني في المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري، إذ نصت صراحة على أن التبني محرم شرعا و قانونا ، فلا يجوز للقاضي الحكم أو الإذن به، كما لا يجوز للأجانب المقيمين في الجزائر الذين يسمح لهم قانون بلدهم بالتبني طلبه أمام القاضي الجزائري[180].

أما بالنسبة لموقف القضاء الجزائري من هذه المسألة فمن المنطقي أن يتبع موقف المشرع، فالقضاء بدوره حرس على محاربة التبني الذي من شأنه تزييف النسب، إذ لا يسمح بإلحاق الطفل بعائلة غريبة سواء كان مجهول النسب أو معلوم النسب[181].

وفي هذا الشأن أصدرت المحكمة العليا في العديد من القرارات على إلغاء التبني وإبطال أي وثيقة تتضمن هذه الحالة، وذلك بسبب مخالفتها لنظام العام الجزائري، وحسب المادة 47 من قانون الحالة المدنية فإنه يمنع التبني شرعا و قانونا[182].

أما بالنسبة للتنازع القوانين في مسألة التبني فإنه لا يثير أي إشكال في حالة اتحاد جنسية الطرفي المتبنى والمتبني حيث يخضع التبني لقانون الجنسية المشتركة باعتباره من الأحوال الشخصية وتصرفا من نوع خاص، أما في حالة اختلاف الجنسية، فالرأي الراجح هو تطبيق قانون

---

[179]– بومدان يسمينه، وليكان ثن هينان، التبني و الكفالة في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو،السنة الدراسية 2017، ص5.

[180]– تنص المادة 46 من قانون الأسرة، مرجع سابق، على أنه "*يمنع التبني شرعا وقانونا*".

[181]– بومدان يسمينه، وليكان ثن هينان، مرجع سابق، ص21.

[182]– أنظر المادة 47 من قانون الحالة المدنية، مرجع سابق.

جنسية الطرفين معا تطبيقا جامعا وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري حيث نجده قد أخضعه لنفس الأحكام التي أخضع إليها الكفالة وهذا في نص المادة 13 مكرر 1 الفقرة الثانية التي نصصت على أنه " *وتطبق نفس الأحكام على التبني*"[183].

يمكن أن ينشأ التبني في دولة أجنبية بين شخصين أحدهما جزائري الجنسية، ففي هذه الحالة المتبنى من جنسية جزائري وحتى وإن تعددت جنسياته لذا يتطلب من القاضي تطبيق القانون الجزائري إعمالا بأحكام المادة 22 الفقرة الثانية من القانون المدني[184].

**ثانيا – القانون الواجب التطبيق على الكفالة:**

الكفالة التزام يتعهد بموجبه الكافل على وجه التبرع بالإنفاق، وتربية ورعاية القاصر، وقد يكون الولد المكفول معروف أو مجهول النسب، وهي نظام خاص أقره المشرع الجزائري في المواد (من 116 إلى 125 من قانون الأسرة) يتم بموجب عقد موثق أو بترخيص من المحكمة، ولكن من غير أن يلحق نسب المكفول بالكافل، وأن نفقة المكفول واجبة على الكافل بحكم الشرع والقانون، وتستمر مسؤوليته ما لم يتنازل عنها بالطرق القانونية[185].

ويجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وهو ما جاء في القرار رقم (620402) الصادر بتاريخ 12/ 05/ 2011: " *حيث أنه بالرجوع إلى المادة 123 من قانون الأسرة تبين أنها إذا كانت تجيز بهذه الوصاية، فإن أي تجاوز للحد يكون باطلا إلا إذا أجازه الورثة*"[186].

أما فيما يخص القانون الواجب التطبيق على الكفالة، فيسري على العلاقة بين الأصول و الفروع قانون جنسية الطرفين الأب والابن وكذا الكافل والمكفول فيما يتعلق بصحة الكفالة

---

[183]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 191، 192.

[184]– أيت منصور كمال، "وضعية الأحوال الشخصية في قواعد الإسناد الجزائرية"، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق و العلوم السياسية– جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية يومي 23 و 24 أفريل 2014، ص 11، 12.

[185]– سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص1412.

[186]– القرار رقم (620402) الصادر بتاريخ 12/ 05/ 2011، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2011، ص 283.

وشروطها الموضوعية[187] وفقا لأحكام المادة 13 مكرر1 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري، بينما تخضع آثارها إلى قانون جنسية الكافل سواء كان ذكرا أو أنثى شخصا واحدا أو زوجين [188].

والشكل الرسمي المطلوب لصحة الكفالة بأن تتم بعقد رسمي أمام الموثق أو أمام المحكمة، إن هذا الشكل يتعلق بالحماية وبالتالي للقانون الشخصي خصوصا قانون الطفل المكفول، ولذلك فهو يخرج عن اختصاص قانون المحل طبقا للقاعدة العامة في شكل التصرفات القانونية[189].

[187]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، الطبعة الأولى، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010، ص192.

[188]– تنص المادة 13 مكرر1/1 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، على أنه " *يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل*".

[189]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص194.

## المبحث الثاني

## القانون الواجب التطبيق على

## العلاقات الأسرية ذات طابع مالي

و سنتطرق في هذا المبحث إلى الولاية والنفقة بين الأقارب، وعندما تكون هذه العلاقات الأسرية مرتبطة بطرف أجنبي فلابد في هذه الحالة البحث عن القانون الواجب التطبيق على هذه التصرفات، لذا قسمنا مبحثنا إلى النفقة بين الأقارب (المطلب الأول)، التركات وعقود التبرع (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

### النفقة بين الأقارب

النفقة بين القارب أثر من آثار الزواج و النسب وتعد من مسائل الأحوال الشخصية، ويقوم مفهومها على أساس أن الأفراد الذين ينتسبون إلى عائلة واحدة يجب أن ينفق بعضهم على العض.

وهي قد تجب للأولاد على الأصول، وقد تجب لذوي الأرحام على الفروع أو لأحد الزوجين على الآخر، لأن القرابة تعتبر سببا لوجوب نفقة القريب المعسر على قريبه الموسر، و لكن القرابة الموجبة للإنفاق مختلفة باختلاف قوانين الدول، لذا يلزم تحديد القانون الذي يحكم النفقة عند ظهور تنازع بين قوانين دول مختلفة.

وفي هذا المطلب سنتطرق إلى تعريف النفقة بين الأقارب( الفرع الأول)، القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب ( الفرع الثاني)، عندما يتخلل هذه العلاقة عنصر أجنبي.

## الفرع الأول

## تعريف النفقة بين الأقارب

فيما يخص النفقة بين الأقارب فإننا نشير في هذا الصدد أن النفقة المقصودة هنا والتي ستكون محور دراستنا هي تلك التي تكون بين الأقارب ولا يندرج ضمنها النفقة الواجبة على الزوج لزوجته، لأنها تعتبر أثرا من آثار الزواج وتخضع لقاعدة إسناد خاصة، وفي النفقة بين الأقارب نجد طرفان: طرف يتوجب عليه الإنفاق فيكون هو المدين بالنفقة وطرف يحصل على النفقة وله الحق بالمطالبة بها، ولقد قرر المشرع في نص المادة 14 من القانون المدني الجزائري الاعتداد بالطرف الأول[190].

والنفقة بين الأقارب تجب في الغالب الأعم لمن لا مال له، وغايتها وصل ما أمر الله به أن يوصل حتى لا تتقطع الروابط العائلية[191]، وهذه الروابط أو العلاقة بين الأقارب هي علاقة أساسها القرابة، وهي إما أن تكون قرابة مباشرة وهي العلاقة بين الأصول والفروع، أو قرابة غير مباشرة وهي قرابة الحواشي وهي رابطة بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدا فرعا للأخر، وفضلا عن ذلك توجد قرابة المصاهرة التي بموجبها يصبح أقارب أحد الزوجين قريبا للزوج الآخر في نفس القرابة والدرجة[192].

وتجب نفقة الأصول على الفروع و الفروع على الأصول، حسب القدرة والاحتياج وكذا درجة القرابة في الإرث[193].

و النفقة كما عرفها الفقهاء هي: ما يجب من المال لتأمين ضروريات للبقاء.

وعرفها الحنفية بقولهم: "هي الطعام والكسوة و السكنى"

وعرفها المالكية على أنها " ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف"

---

[190]– علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 78.

[191]– صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص438.

[192]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 180.

[193]– المادة 77 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

وعرفها الحنابلة بقولهم " هي كفاية من يمونه خبزا و إداما و كسوة ومسكنا وتوابعها"[194].

وقد نصت المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري على أن *" النفقة تشمل: الغذاء والكسوة والعلاج، و السكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"*[195].

## الفرع الثاني

## القانون الواجب التطبيق على

## النفقة بين الأقارب

نص المشرع الجزائري في نص المادة 14 من القانون المدني الجزائري على أنه " *يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها* "، ويقصد بالمدين هنا الملزم بالنفقة، وليس المستفيد منها، فلفظ المدين يدل على وجود دين في ذمته، وعلى كل فلا يوجد إشكال في إسناد النفقة بين الأقارب للقانون الوطني[196]، وكما أن النص المذكور لم يكن دقيقا في الصيغة حين حدد القانون المختص بقانون المدين بها، و المفروض ألا يكون مدينا مسبقا إلا إذا قضى بذلك القانون المختص.

ولقد لاحظ بعض الفقه أن اصطلاح قانون المدين بها معيب، فهو ينطوي على مصادرة على المطلوب إذ يفترض سلفا الشخص مدين بالنفقة، في حين أن قانون الجنسية هو الذي يحدد ما إذا كان يعد مدينا بالنفقة أم لا، وعليه هذا الرأي الفقهي يرى تفسير اصطلاح قانون المدين بالنفقة على أنه قانون جنسية المطالب بها[197]، وقد تفادى المشرع الإماراتي هذا العيب فاستعمل لفظ المكلف بدل المدين، وعبارة الأقارب المذكورة في النص تنصرف إلى قرابة النسب و قرابة المصاهرة[198].

---

[194]– جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه و القانون، دار الحامد، الأردن، 2009، ص 221.

[195]– المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

[196]– أحمد محجوب، مرجع سابق، ص 96.

[197]– عوض الله شيبة السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجنسية– مركز الأجانب– تنازع القوانين الاختصاص القضائي الدولي – تنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 464.

[198]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص181.

وقانون المكلف بالنفقة هو الذي يحدد من يجب له النفقة من الأقارب وشروط وجوبها وأسباب سقوطها، وغير ذلك من الجوانب الموضوعية[199].

وتخرج عن مسألة النفقة بين الأقارب، النفقة الزوجية على الزوجة والأبناء أو ما تسمى بالنفقة الأصلية و التي تعتبر من آثار الزواج والتي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج[200]، ونفقة العدة أو نفقة الأبناء و التي تعتبر من آثار انحلال الزواج وتخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى[201]، و النفقة الوقتية والتي يحكم بها القاضي أثناء النظر في الدعوى، فباعتبارها إجراء مؤقت يتعلق بالأمن العام في الدولة، فهي تخضع لقانون القاضي[202]، و الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يبين لنا وقت تحديد جنسية المدين بها، ونرى أنها تحدد بوقت رفع الدعوى ضبطا لتنازع المتحرك.

## المطلب الثاني

## التركات وعقود التبرع

تنتقل الأموال بين الأفراد بعدة طرق فقد تكون بموجب العقد وقد تكون بموجب القانون كالميراث، وقد تكون بالإرادة المنفردة كالوصية، وقد تكون بموجب التبرع كالهبة و الوقف، ولكن قد تكون هذه الطرق متصلة بطرف أجنبي ففي هذه الحالة يجب معرفة القانون المختص لتطبيقه من أجل حل النزاعات التي تنشأ من تنقل الأموال بهذه الطرق.

وعلى هذا الأساس سيتم في هذا المطلب التطرق إلى دراسة القانون الواجب التطبيق على التركات( الفرع الأول)، و القانون الواجب التطبيق على عقود التبرع( الفرع الثاني).

---

[199]–زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 182.

[200]– تنص المادة 1/12 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، على أنه " *يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية و المالية التي يرتبها عقد الزواج*".

[201]– تنص المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، على أن " *ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى*".

[202]– أحمد محجوب، مرجع سابق، ص 78.

## الفرع الأول

## القانون الواجب التطبيق على

## التركات

وفقا للمادة 16 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري، يتبين مدى حرص المشرع عل إخضاع التركة لقانون واحد، وهو قانون جنسية المورث وقت الوفاة، ولم يفرق بين الميراث الذي هو خلافة إجبارية، و بين الوصية التي هي خلافة إجبارية، من حيث القانون الواجب التطبيق.

كما أنه تجنب تعدد القوانين التي تحكم التركة إذا ما كانت الأموال موزعة في عدة دول أو كان الورثة منتمين إلى عدة جنسيات، وذلك بالأخذ بجنسية المورث دون غيره من القوانين[203].

ومن هذا المنطلق سنتطرق إلي تحديد القانون الواجب التطبيق على الميراث(أولا)، والقانون الواجب التطبيق على الوصية و سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت( ثانيا).

**أولا – القانون الواجب التطبيق على الميراث:**

الميراث هو حق الوارث من مورثه بسبب من أسباب الإرث بموجبه ينتقل ما كان يملكه الهالك في حياته إلى ورثته، ويقصد بالميراث كذلك أنه خلافة بسبب الموت بحكم القانون[204].

**1- تحديد القانون الذي يخضع له الميراث:** نظم المشرع الجزائري قاعدة الإسناد الخاصة بالميراثفي المادة 16 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها " *يسري على الميراث و الوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته*".

---

[203]– تنص المادة 1/16 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق،" *يسري على الميراث و الوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته*".

[204]– عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، مصر، 1986، ص337.

ما يلاحظ أن الميراث في القانون الجزائري، فقد تم إخضاعه للقانون الشخصي للمتوفى وهو قانون جنسيته وقت وفاته[205]. ما يلاحظ أيضا في نص هذه المادة أنه عام في إعمال قانون جنسية المورث في المنقول والعقار، والوقت الذي يبدأ فيه سريان معيار الجنسية هو وقت الوفاة بالذات لا قبله بحسب عبارة المشرع في نهاية الفقرة الأولى من المادة 16 من القانون المدني الجزائري(وقت موته)[206].

إن الميراث يثير الكثير من الصعوبات في تنازع القوانين، وهذه الصعوبة تتعلق بوجود الميراث ما بين طائفة الأحوال الشخصية وطائفة الأحوال العينية، هذا ما جعل بعض الدول تختلف في تكييف الميراث، فمنها من يعتبر الميراث يدخل ضمن نظام الأحوال العينية وتخضعه لقانون موقع المال سواء كان منقول أو عقار مثل التشريع الإيطالي و الألماني[207]، ودول أخرى فرقت مابين العقار والمنقول في الميراث فنجدها تخضع العقار لقانون موقعه، و المنقولات لقانون موطن المتوفي والبعض منها يخضعه لقانون جنسية المتوفي[208].

و الميراث في الشريعة الإسلامية مبني على الزوجية و القرابة وبالتالي يدخل ضمن الأحوال الشخصية وليس في الأحوال العينية[209]، ومما لا شك فيه أن المشرع الجزائري بإخضاعه الميراث لجنسية الهالك أراد أن يدخله ضمن طائفة الأحوال الشخصية، باعتباره متصلا بنظام الأسرة، وينظم انتقال مال المتوفي إلى ورثته من أقاربه، كما أن قانون الأسرة هو الذي ينظم أحكامه[210].

**2- مجال تطبيق القانون الذي يخضع له الميراث:** يدخل ضمن فكرة الميراث شروط استحقاق الإرث، مثل مدى جواز توريث المفقود ومتى يعتبر مورثا، وقت استحقاق الإرث، تحديد الأشخاص

---

[205]- أعراب بلقاسم، مرجع السابق، ص 269.

[206]- المادة 16 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[207]- هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص312.

[208]- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص79.

[209]- عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ص 341.

[210]- أعراب بلقاسم مرجع سابق، ص 296.

المستحقين للميراث...الخ [211]، إلا أن هناك بعض المسائل تتعلق بالميراث إلا أنها لا تدخل ضمن فكرة الميراث وإنما تدخل ضمن فكرة الإجراءات والأموال، وبالتالي لا تخضع لقاعدة الإسناد الخاصة بالميراث ، ولا يطبق عليها القانون الذي يطبق عليه[212]. وتتمثل هذه الإجراءات في تعيين حارس قضائي أو المنصف فطبقا للمادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري[213]. يطبق عليها قانون القاضي[214].

أما بالنسبة لديون التركة فيري غالبية الفقه بعدم خضوعها لقانون جنسية الهالك، ويطبق عليها ما يطبق على العقد، وهكذا فإن قانون موقع المال هو الذي يطبق عليها[215].

أما التركة الشاغرة فيرى الفقهاء أن هذه المسألة تحل عن طريق التكييف الذي يخضع إلى قانون القاضي[216].

**3- موانع تطبيق القانون الأجنبي في مسائل الميراث:** كرس المشرع الجزائري مبدأ استبعاد القانون الأجنبي و إحلال القانون الوطني محله، وفق المادة 24 من القانون المدني[217]، في صورتين:

- **مخالفة النظام العام و الآداب العامة:** إن قاعدة الإسناد التي ينطلق منها القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات الطرف الأجنبي، قد تصل به إلى استبعاد ذلك

---

[211]- أعراب بلقاسم مرجع سابق، ص 270، 271.

[212]- هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص315.

[213]- تنص المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، على أنه " *لا تسري أحكام المواد السابقة ألا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك، في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر* ".

[214]- هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 342.

[215]- أعراب بلقاسم مرجع سابق، ص 272، 273.

[216]- هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 315، 316.

[217]- تنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، على أنه " *لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.*

*يطبق القانون الجزائري محل القانون المخالف للنظام العام أو الآداب العامة* ".

القانون بحد ذاته بناءا على قاعدة النظام العام، إذا ما اصطدم محتواه ويتقاطع مع خصوصيات المجتمع الجزائري وفقا لنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري، ولإعمال فكرة النظام العام يجب توفر شرطين هما:

– أن يكون القانون الواجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية هو القانون الأجنبي.

– أن تتوفر إحدى مقتضيات النظام العام في دولة القاضي التي تجعل تطبيق القانون الأجنبي غير مقبول[218].

– **الغش نحو القانون:** إن العديد من صور الإسناد يسهل تدخل إرادة الأفراد وحريتهم في تغيرها كالجنسية و الموطن والإقامة والمعتقد الديني و موقع المنقول، بنية التحايل الغش والتهرب من تبعات تطبيق القانون المختص، واستبداله بقانون آخر أفيد و أصلح للشخص[219].

**ثانيا – القانون الواجب التطبيق على الوصية:**

الوصية طبقا للشريعة الإسلامية و المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري[220]. هي تصرف يضاف إلى ما بعد الموت، وهي تنعقد عند صدورها من الموصي، ولكن يتوقف نفاذها على موته و قبول الموصى له[221].

**1- القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للوصية:** رغم أن فكرة الوصية تقترب من الميراث إلا أنها تصرف قانوني بإرادة منفردة، ولا تتحقق آثارها إلا بعد وفاة الموصي، لذلك لا يوجد خلاف بين الفقه في خضوعها لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة، فقانون جنسية الموصي هو الذي يحدد لنا مقدار الوصية، وما يشترط في الوصي و الموصى له، وما هي

---

[218]– أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص274.

[219]– علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 160.

[220]– تنص المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، على أن " *الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع*".

[221]– علي علي سليمان، مرجع سابق، ص81.

أحكامه...الخ[222]، وربط المشرع وقت الاعتداد بجنسية الموصي بوقت وفاته واضعا حدا لمسألة التنازع المتحرك.

واعتبار أن الوصية تصرفا قانونيا بإرادة منفردة، دفع بعض الفقهاء إلى القول بضرورة أن تخضع هذه المسائل لقانون جنسية الموصي عند الإيصاء، ومن بين هذه المسائل هما أهلية الموصي وعيوب الإرادة، وحجة هؤلاء أن هذه المسائل ترتبط بالوصية باعتبارها تصرفا قانونيا ويلزم لصحتها الأهلية الكاملة للموصي وقت صدور الإرادة، وبالنسبة لعيوب الإرادة كذلك يجب النظر إليها عند إجراء الوصية[223].

وعلى كل حال فيما يخص أهلية الموصي و الموصى له المفروض أنها تخضع للمادة 10 من القانون المدني الجزائري حيث تخضع لقانون جنسية المتنازع في أهليته، وحلا لتنازع المتحرك يجب أن يعتد بقانون جنسية الموصي وقت الوفاة كما نص عليه القانون الجزائري في المادة 16 من القانون المدني الجزائري [224].

و المشرع الجزائري لم يميز أيضا بين الوصية في العقار و الوصية في المنقول، حيث أخضعها لقانون واحد وهو قانون جنسية الموصي وهذا ما جاء في نص المادة 16 السالفة الذكر[225].

وقد نص المشرع أيضا على أن سائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت تخضع لقانون جنسية من صدر منه التصرف وقت الوفاة، وقد ورد في القانون المدني الجزائري حالتين من هذه التصرفات تأخذ حكم الوصية[226]، وهي حالة عندما يتصرف المريض مرض الموت، وحالة عندما

---

[222]– هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص319.

[223]– عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ص 485.

[224]– علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 85، 86.

[225]– المرجع نفسه، ص80، 81.

[226]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق ص186.

يكون فيها التصرف لأحد الورثة مع الاحتفاظ بعين المتصرف[227]، كما توجد حالة ثالثة نص عليها المشرع الجزائري وهي الهبة في مرض الموت تأخذ حكم الوصية[228].

وقد يؤثر استعمال فكرة النظام العام في المسائل المتعلقة بالوصية، بحيث يستبعد القانون الأجنبي الذي يخالف القواعد التي تحدد مقدار الوصية طبقا لأحكام الشريعة، أو يجيز استحقاق الوصية لمن قتل الموصي عمدا[229].

**2- القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية:** المقصود بالشكل هو إظهار الإرادة ماديا إلى العالم الخارجي[230]، والوصية كتصرف قانوني تثبت في القانون الجزائري بتصريح أمام الموثق عن طريق تحرير العقد، وإذا وجد مانع فتثبت الوصية بحكم قضائي وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 191 من قانون الأسرة[231]، وقد ألغى المشرع قاعدة الإسناد التي كانت تحكم شكل الوصية قبل تعديل القانون المدني سنة 2005، وأحالنا بذلك إلى الأصل العام لشكل التصرف الذي يخضع للمادة 19 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها "*تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه. ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية*".

ونشير إلى أن موضوع التفرقة بين ما يعتبر من الشروط الموضوعية للوصية، وما هو من الشروط الشكلية هو مسألة تكييف[232]، تخضع للمادة 9 من القانون المدني الجزائري[233].

---

[227]- المواد 776، 777 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[228]- المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

[229]- المواد 185، 188 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

[230]- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية، مرجع سابق، ص126.

[231]- تنص المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، على أنه "*تثبت الوصية: 1)بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك. 2) وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية*".

[232]- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 278.

[233]- تنص المادة 9 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، على أنه "*يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوبة تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه*".

## الفرع الثاني

## القانون الواجب التطبيق على

## عقود التبرع

سنتطرق في هذا الفرع إلى دراسة القانون الواجب التطبيق على الهبة(أولا)، و القانون الواجب التطبيق على الوقف(ثانيا)، باعتبار أن الهبة والوقف هي تصرفات يقوم به الشخص قبل وفاته على وجه التبرع، و هي لا تثير أي إشكال إذا كان الشخص الذي قام بهذه التصرفات وطنيا من حيث القانون الواجب التطبيق عليها، بحيث يطبق عليها الأحكام الموضوعية المنصوص عليها في القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري، ولكن إذا كان الشخص أجنبيا وقام بهذه التصرفات ففي هذه الحالة وجب تحديد القانون المختص عليها.

**أولا – القانون الواجب التطبيق على الهبة:**

يقصد بالهبة في اصطلاح الفقهاء بأنها تمليك المال في الحال مجانا، وقيل تمليك المال بلا عوض حال حياة المملك[234]، وقد عرفت المادة 202 في فقرتها الأولى من قانون الأسرة الجزائري الهبة أيضا على أنها " الهبة تمليك بلا عوض "[235].

وتعتبر الهبة عقدا يلزم فيه توافر كافة الأركان الموضوعية من إيجاب وقبول وتمليك في الحال، وهو عقد رسمي، ويترتب على اختلاف هذه الشروط بطلان الهبة[236].

وقد اختلفت القوانين في تحديد القانون المطبق على الهبة، فهناك من اعتبرها من العقود وطبق عليها ما يطبق على العقود كالقانون الليبي و المصري[237]، وهناك من يرى أنها ترتبط بالأحوال الشخصية لأنها تمس الميراث وتتعلق بالعلاقات الأسرية، وبعض الدول تقيد الواهب في

---

[234]– كمال حمدي، المواريث و الهبة و الوصية، دون طبعة، منشأة المعارف جلال حزى وشركاه، الإسكندرية، 1998، ص145.

[235]– المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

[236]– تنص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، على أنه " *تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات. وإذا اختل أحد القيود بطلت الهبة*".

[237]– علي علي سليمان، مرجع سابق، ص83.

مقدار المال الذي يهبه[238]، أما في الجزائر نجد أن المشرع الجزائري قبل تعديل القانون المدني سنة 2005 لم ينظم الهبة من حيث إسناده أو موضوعها، ولذلك اعتبرت من الأحوال الشخصية عملا بالمادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني[239]، التي تحيل على الشريعة الإسلامية كمصدر ثاني للقانون، والهبة في الشريعة الإسلامية من الأحوال الشخصية، وحين صدور قانون الأسرة الجزائري سنة 1984، نظم الهبة في المواد من 202 إلى 212 منه، ومن ثم استقر اعتبارها نهائيا من الأحوال الشخصية بالرغم أنها عقد ناقل للملكية[240].

لكن بعد تعديل القانون المدني أخضع المشرع الجزائري الهبة إلى قانون جنسية الواهب باعتبارها تتعلق بالأحوال الشخصية، وحددها المشرع بوقت إجراء الهبة حسب المادة 16 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها " *...ويسري على الهبة و الوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائها* ". ماعدا ما يتعلق بالأهلية، فإنها تخضع لقانون كل منهما حسب المادة 10 من القانون المدني الجزائري[241].

أما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق بعد موت الواهب، إذ جاء في المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري أنه " *يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها* "، فإذا وهب الواهب كل ممتلكاته، فليس هناك إشكال يطرح بالنسبة للورثة، أما إذا وهب جزء من ممتلكاته، فإن النصيب الباقي يرجع للورثة وفي هذه الحالة، فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون الواهب وقت موته، وعلى ذالك فإذا كان القانون الأجنبي ينص على أن هناك قدر يجوز التبرع به و المتعين إيفاؤه وهي أحكام تخضع لقانون جنسية الواهب وقت موته لاتصال المسألة بنظام الميراث[242].

---

[238]– عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ص 704.

[239]– تنص المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني، مرجع سابق، على أنه " *وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة*".

[240]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 182.

[241]– المواد 16 و 10 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[242]– عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 276،277.

أما ما يتعلق بشكل الهبة فيخضع للأحكام الوارد في نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري، وكذلك تخضع إجراءات التسجيل والشهر و انتقال الملكية في الهبة إلى قانون مكان وجود المال، حسب ما تنص عليه المادة 17 من القانون المدني الجزائري لأنها من الحقوق العينية[243].

**ثانيا – القانون الواجب التطبيق على الوقف:**

الوقف هو نظام للانتفاع بالمال، مصدره الشريعة الإسلامية، بموجبه يرصد الواقف المال الموقوف للجهة المحبس عليها مؤقتا دون أن يكون لها حق التصرف فيه، أو لجهة عامة، أو خاصة بصفة مؤبدة، وأدرج المشرع الجزائري أحكامه الموضوعية ضمن الأحوال الشخصية في المواد من 213 إلى 220 قانون الأسرة الجزائري، فيما يخص إنشاءه وأنواعه وطرق إدارته و استغلاله و الجهة المستفيدة منه[244].

وقد عرف المشرع الجزائري الوقف في المادة 213 من قانون الأسرة على أنه حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق[245]، وللوقف شروط كثيرة، منها ما يتعلق بالصيغة وهي الإيجاب الذي يصدر من الواقف فقط، ومنها ما يتعلق بالواقف والموقوف عليه كالبلوغ و العقل وغيرها، و غير ذلك من الشروط التي يشترطها الواقف أو القانون[246].

أما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الوقف، فيطبق عليه نفس الأحكام التي تطبق على الهبة، فقبل تعديل القانون المدني لم ينص المشرع الجزائر على قاعدة إسناد خاصة بالوقف، ولكن بالنظر لما يثيره الوقف من منازعات ذات عنصر أجنبي خاصة في حالة الوقف على

---

[243]– تنص المادة 17 من قانون المدني الجزائري، مرجع سابق، على أن " *يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها. يسري على الحيازة و الملكية و الحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار، ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، أو فقدها* ".

[244]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مرجع سابق، ص 21، 22.

[245]– المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

[246]– أحمد فراج حسنين، أحكام الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية قانونية، منشأة المعارف جلال حزى وشركاه، 2000، ص 249.

الجهات خيرية غير وطنية، رأى المشرع أن يضبط قاعدة التنازع الخاصة به بعد التعديل فأخضعه المشرع إلى قانون جنسية الواقف وقت إجراء الوقف، وهذا ما جاء في نص المادة 16 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري[247].

أما ما يتعلق بشكل الوقف كذلك أخضعه إلى الأحكام الواردة في نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري، و المادة 17 من نفس القانون فيما يخص إجراءات تسجيل وشهر و انتقال الملكية، حيث أخضعتهم لقانون مكان وجود المال.

[247]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 206.

## خلاصة الفصل

أخضع المشرع الجزائري الحالة العائلية للفرد فيما يخص جانبها الموضوعي إلى قانون جنسية، ماعدا ما يتعلق بجانبها الشكلي فقد أخضعها لقانون محل الإبرام، إضافة إلى ضوابط إسناد احتياطية تحكم الجانب الشكلي لحالة الفرد العائلية، وهي إما قانون الجنسية المشتركة، أو قانون الموطن المشترك، أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

وهذا، فإن الحالة العائلية للفرد تشمل على الزواج و الآثار الناتجة عنه و أيضا النفقة و التركات وعقود التبرع.

فبالنسبة للزواج، نجد أن المشرع الجزائري فيما يخص انعقاده قد ميّز بين الشروط الموضوعية والشكلية، فأخضع الشروط الموضوعية لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، بينما أسند الشروط الشكلية لقانون محل الإبرام، إضافة إلى ضوابط إسناد احتياطية. و أما فيما يخص آثار هذا الزواج تنقسم إلى آثار مالية وشخصية، وتخضع لضابط إسناد واحد وهو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وكما تم إبرام عقد الزواج فإنه يمكن انحلاله أيضا، وفي هذه المسألة نجد أن المشرع الجزائري ودون تمييز بين انحلال الزواج أو الانفصال الجسماني؛ أخضع الكل إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، ولكن المشرع أورد استثناء عن كل هذا و أخضع الكل إلى القانون الجزائري في حالة ما إذا كان أحد طرفي العلاقة جزائري، وإن انعقاد الزواج يرتب عدة نتائج وهي الحضانة فرغم عدم وجود نص صريح على القانون الذي تخضع له، نجد أن المشرع الجزائري أخضعها لنفس القانون الذي يحكم انحلال الزواج،النسب الذي يسري عليه قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل أو قانون جنسية الأب وقت الوفاة في حالة وفاة الأب، أما فيما يخص الكفالة والتبني فهي تخضع لقانون جنسية كل من الكفيل و المكفول وقت إجرائها ونفسه مع التبني.

وأما بالنسبة لنفقة و التركات وعقود التبرع، فإن المشرع الجزائري، فقد أخضعها كلها لضابط واحد وهو القانون الوطني. سواء القانون الوطني للمدين بالنفقة، أو القانون الوطني للهالك أو الموصي فيما يتعلق بالتركات، أو لقانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائها فيما يتعلق بعقود التبرع.

# خـاتـمـة

بعد تعرضنا لدراسة موضوع القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية في القانون الجزائري، يتضح لنا أن مواضيع الأحوال الشخصية هي من أكثر المواضيع التي يثار بشأنها تنازع القوانين نظرا لارتباطها بالشخص و النظام العام للدولة.

وبعد إحاطتنا بكافة مواضيع الأحوال الشخصية، و تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، توصلنا إلى إحصاء واستخلاص مجموعة من النتائج و الاقتراحات التي سنوردها على النحو التالي:

**أولا – النتائج:**

1. أن سبب تنازع القوانين في مسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية بقوة وبصورة مستمرة يرجع إلى اختلاف في التشريعات و الشرائع و الأديان التي تحكمها، واختلاف الحلول المطبقة علي منازعاتها بصفة عامة.
2. اعتماد المشرع الجزائري على ضابط إسناد واحد يحكم تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية وهو قانون الجنسية، وذلك أن قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته هي أولى القوانين بحكم المسائل المتعلق بالأحوال الشخصية.
3. جعل المشرع الجزائري قواعد الإسناد المتعلقة بالأحوال الشخصية، قواعد مرنة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها كونها مرتبطة بالشخص و النظام العام للدولة.
4. أن المشرع الجزائري فيما يخص الأهلية المنصوص عليها في ( المادة 10 ق.م.ج)، قد أخذ بنوع وواحد من الأهلية وهي أهلية الأداء العامة.
5. أتى المشرع الجزائري بطابع استثنائي عل المبدأ المقرر في المادتين (11 و 12 من ق.م.ج)، والمتمثل في تطبيق قانون الجزائري على الشروط الموضوعية و الآثار المالي و الشخصية لانعقاد الزواج؛ و كذا انحلال الزواج والانفصال الجسماني في حالة ما إذا كان أحد الزوجين جزائريا( المادة 13 ق.م.ج).

6. لقد استحدث المشرع الجزائري بموجب تعديل القانون المدني الجزائري رقم 10/05 أحكاما جديدة ذات صلة بمسائل الأحوال الشخصية، ومن بينها وضع قاعدة تنازع لمسألة الانفصال الجسماني والتبني، رغم عدم الاعتراف بها.

7. لم يضع المشرع الجزائري رغم تعديله للقانون المدني، قواعد إسناد خاصة بتنازع القوانين في مسائل ذات أهمية في مجال الأحوال الشخصية لحد الآن، و التي تثار أمام القاضي الجزائري من بينها الخطبة، الشروط الشكلية لعقد الزواج، الحضانة والنفقة، الولاية على النفس.

8. قد عالج المشرع الجزائري مسألة تطبيق قانون الأجنبي في مسألة الزواج إذا ما كان كل من الزوجين أجنبيا، بحيث أخذ بنظرية التطبيق الموزع لكلا القانونين.

9. اعتبر المشرع الجزائري الحضانة أثرا من آثار انحلال الربطة الزوجية على غرار التشريعات الأخرى.

10. لقد وسع المشرع الجزائري بعد تعديله للقانون المدني الجزائري رقم 10/05في الأحوال الشخصية، فأصبحت تشمل على الكفالة والتبني.

11. أعطى المشرع الجزائري الأولوية لتطبيق القانون الجزائري في تنازع القوانين، في حالة ما إذا كان القانون الأجنبي المختص مخالفا لنظام العام و الآداب العامة، و أيضا في حالة الغش نحو القانون ( المادة 24 من ق.م.ج).

12. وضع المشرع الجزائري حلا للحد من التحايل على القضاء في مسألة تنازع القوانين، وذلك من خلال تحديده للزمن وهو ( وقت انعقاد الزواج فيما يخص آثاره الشخصية و المالية، وقت رفع الدعوى بالنسبة لانحلال الزواج و الانفصال الجسماني، وقت وفاة الأب أو وقت ميلاد الطفل بالنسبة للنسب، ووقت الإجراء فيما يتعلق بالهبة و الوقف و الكفالة والتبني، وأيضا وقت الموت بالنسبة للميراث و الوصية).

13. عالج المشرع الجزائر مسألة تعدد الجنسية و انعدامها، فأخذ بالجنسية الحقيقية في حالة تعدد ، والجنسية الجزائري إذا كانت من ضمنها، وأخذ بضابط المواطن أو قانون محل الإقامة في حالة انعدام الجنسية.

**ثانيا – الاقتراحات:**

بناءا على النتائج التي توصلنا إليها سابقا، ارتقينا إلى تقديم بعض من الاقتراحات و التي سنذكرها كما يلي:

1. نأمل من المشرع الجزائري على إحداث قاعدة إسناد خاصة بشكل الزواج، و التي تتماشى مع التطور المتسارع التي تشهده العلاقات الدولية الخاصة.
2. كان من الأجدر على المشرع الجزائري، عدم وضع قاعدة إسناد تطبق على الانفصال الجسماني بنفس الأسلوب المعتمد عليه في الدول التي تعترف به، وذلك أن الانفصال الجسماني غريب عن المنظومة القانونية الجزائرية لقانون الأسرة الذي يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية.
3. يستحسن من المشرع الجزائري أن يراعي مصلحة الأفراد بتطبيق الحل الوظيفي، خصوصا في مسألة الحضانة التي لم يخصها بقاعدة إسناد خاصة على غرار التشريعات الأخرى، وعليه نرجو من المشرع أن يخصص لها قاعدة إسناد خاصة لحل إشكالات الحضانة للأطفال الناتجين من زواج الأجانب.
4. نأمل من المشرع الجزائري أن يتبنى حلولا أكثر موضوعية، للتقليل من الصعوبات التي يثيرها موضوع انحلال الزواج و منها اللامساواة التي لا يطبقها القاضي الأجنبي لتناقضها مع النظام العام.

# قـــائـــمـة
# الـــمـراجـع

**أولا: المراجع باللغة العربية**

**I. الكتب**

1- أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق و تطبيقاتها في القوانين الجزائرية، دار هومة، الجزائر، 2010.

2- أحمد فراج حسنين، أحكام الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية قانونية، منشأة المعارف جلال حزى وشركاه، 2000.

3- أحمد محجوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، دار بهاء الدين للنشر والتوزيع، قسنطينة، 2004.

4- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول،تنازع القوانين، الطبعة 12، دار هومة، الجزائر، 2011.

5- بناسي شوقي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2010.

6- جعفور محمد سعيد، المدخل للعلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2011.

7- جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه و القانون، دار الحامد، الأردن، 2009.

8- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة السابعة، دار الثقافة، عمان، 2017.

9- ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، الطبعة الثانية، دار الثقافة، عمان، 1997.

10- حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2009.

11- خشاب حمزة، مدخل إلى العلوم القانونية، نظرية الحق، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، 2014.

12- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، الطبعة الأولى، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010.

**13-** ، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.

14- ، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010.

15- زعلاني عبد المجيد، الوجيز في القانون الجزائري، دراسة فقهية، دار بيرتي، الجزائر، 2013.

16- سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، منشورات كليك، الجزائر، 2013.

**17-** الصغير بعلي محمد، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون . نظرية الحق، دار العلوم، عنابة، 2006.

18- صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

19- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، دار النشر للجامعات المصرية، لبنان، 1952.

20- عبده جمال غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات، لبنان، 2009.

21- عروبة جبار الخزرجي، القانون الدولي لحقوق الإنسان، الطبعة الثانية، دار الثقافة، عمان، 2012.

22- عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول،تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986.

23- عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة، القاهرة، 1987.

24- ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.

25- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

26- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

27- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011.

28- عوض الله شيبة السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجنسية- مركز الأجانب- تنازع القوانين الاختصاص القضائي الدولي – تنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

29- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، 2011.

30- ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2005.

31- فضيل نادية، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار هومة، الجزائر، 2006.

32- كمال حمدى، المواريث و الهبة و الوصية، دون طبعة، منشأة المعارف جلال حزى وشركاه، الإسكندرية، 1998.

33- محمد حسن القاسم، مدخل إلى القانون و الالتزامات، مبادئ القانون، دار العلوم، 1998.

34- محمد يوسف علوان، محمد الخليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، الجزء الثاني،الحقوق المحمية، دار الثقافة، عمان، 2009.

35- مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة، دراسة مقارنة، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، 2015.

36- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

**37**- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

38- هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

**II. الرسائل و المذكرات**

**أ- أطروحة دكتوراه**

- سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، الجزائر، السنة الدراسية 2015.

**ب- المذكرات**

**ب.1. مذكرات الماجستير**

1- زيدون بختة، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقا يد، تلمسان، 2011.

2- موشعال فطيمة، دور الجنسية في حل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون الخاص ، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012.

**ب.2. مذكرات الماستر**

1- آيت منصور صونية، علواش وردية، تنازع القوانين في الزواج وانحلاله، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2018.

2- بومدان يسمينه، وليكان ثن هينان، التبني و الكفالة في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2017.

**III. المقالات و المداخلات**

**أ. المقالة**

_ زروتي الطيب، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 05-10، مجلة المحكمة العليا، 2006، العدد01.

**ب. المداخلة**

_ أيت منصور كمال، "وضعية الأحوال الشخصية في قواعد الإسناد الجزائرية"، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق و العلوم السياسية- جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية يومي 23 و 24 أفريل 2014.

**IV. النصوص القانونية**

**أ. الدستور**

- المرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76، مؤرخة في 8 ديسمبر 1996 معدل ومتمم ب:القانون رقم 02- 03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر عدد 25، مؤرخة في 14 أبريل 2002.القانون رقم 08- 19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008،ج ر عدد63، مؤرخة في 16 نوفمبر 2008.القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، ج ر عدد 14،

مؤرخة في 7 مارس 2016. القانون رقم 20-251، مؤرخ في 15 سبتمبر 2020، ج ر عدد 54 ، الصادر في 16 سبتمبر 2020.

**ب- النصوص التشريعية**

1- الأمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، المعدل و المتمم بالأمر رقم 14-08 المؤرخ في 9 أوت 2014، ج ر عدد 49، مؤرخة في 2014 .

2- الأمر رقم 70- 86 مؤرخ في 1517 شوال عام 1390 الموافق 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-01 مؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج ر عدد 15 سنة 2005.

3- الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم بقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر عدد 44، مؤرخة في 26 جوان 2005.

4- القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر عدد15، مؤرخة في 27 فبراير 2005.

5- القانون رقم 06- 23 المؤرخ في 20/ 12/ 2006 المتضمن قانون العقوبات، المعدل و المتمم.

**ج. الاجتهاد القضائي**

_ قرار المحكمة العليا رقم (620402)، الصادر بتاريخ 12/ 05/ 2011، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2011.

**ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية**

- **Les ouvrages** :

1- **Jean Marc Bischoff** : marriage , répertoire de droit international, Dalloz, Tom 2, Paris ,1999.

2- **RizkallahNouhad** : « Droit International privée » ,M.A.J.D, Beyrouth, édition 1985.

# الفهرس

شكر و التقدير

الإهداء

قائمة المختصرات

مقدمة.....2

الفصل الأول : القانون الواجب التطبيق على الحالة الفردية للشخص.....6

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص الطبيعي.....7

المطلب الأول: حالة الشخص طبقا للمبادئ العامة.....7

الفرع الأول: تعريف الحالة.....8

أولا: المقصود بالحالة.....8

ثانيا: خصائص الحالة.....9

1/ عدم قابلية الحالة للتجزئة.....9

2/عدم قابلية الحالة لنظام التقادم.....9

3/ عدم القابلية للتصرف في الحالة.....9

الفرع الثاني: أقسام الحالة.....9

أولا: الحالة العامة.....10

ثانيا: الحالة الخاصة.....10

1/ الحالة العائلية.....10

2/ الحالة الدينية.....11

المطلب الثاني: حالة الشخص الطبيعي طبقا لقواعد تنازع القوانين.....11

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الحالة المدنية للشخص.....12

أولا: الإسم و اللقب.....12

ثانيا: الحقوق الطبيعية للإنسان.....13

1/ حرمة الجسد.....14

2/ صيانة الحياة الخاصة.....14

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على موطن الشخص.....15
أولا: تعريف الموطن و القانون الذي يخضع له.....15
1/ تعريف الموطن.....15
2/ القانون الذي يخضع له الموطن.....17
ثانيا: تعريف الغياب و الفقد والقانون الذي يخضعان له.....18
1/ تعريف الغياب و الفقد.....18
أ/ تعريف الغياب.....18
ب/ تعريف الفقد.....19
2/القانون الذي يخضعان له الغياب و الفقد.....19
المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الأهلية.....21
المطلب الأول: أهلية الشخص الطبيعي طبقا للمبادئ العامة.....21
الفرع الأول: مفهوم الأهلية.....22
أولا: تعريف الأهلية.....22
ثانيا: أقسام الأهلية.....22
1/ أهلية الوجوب.....22
2/ أهلية الأداء.....23
الفرع الثاني: عوارض الأهلية و موانعها.....25
أولا: عوارض الأهلية.....25
1/ العوارض المعدمة للأهلية.....26
2/ العوارض المنقصة للأهلية.....26
ثانيا: موانع الأهلية.....27
1/ المانع المادي.....27
2/ المانع الطبيعي.....27
3/ المانع القانوني.....28

المطلب الثاني: أهلية الشخص الطبيعي طبقا لقواعد لتنازع القوانين.....29
الفرع الأول: القاعدة العامة.....29
أولا: المسائل التي تخضع لقانون الجنسية.....30
ثانيا: المسائل التي لا تخضع لقانون الجنسية.....31
1/ أهلية الوجوب.....31
2/ أهلية الأداء الخاصة.....31
ثالثا: حماية ناقصي أو عديمي الأهلية.....32
الفرع الثاني: الاستثناء الواردة على القاعدة.....33
أولا: الجهل المغتفر بالقانون الأجنبي.....33
ثانيا: شروط إعمال الاستثناء.....35
ثالثا: الاستثناء من تطبيق القانون الشخصي لناقصي و عدمي الأهلية.....36
خلاصة الفصل .....38
الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على الحالة العائلية للفرد.....40
المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على العلاقات الأسرية ذات الطابع غير مالي.....41
المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الزواج.....41
الفرع الأول: إبرام عقد الزواج.....41
أولا: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية .....42
ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية.....44
ثالثا: القانون الواجب التطبيق على آثار إبرام عقد الزواج.....46
1/ الآثار الشخصية لعقد الزواج.....47
2/ الآثار المالية لعقد الزواج.....49

الفرع الثاني: انحلال عقد الزواج و الانفصال الجسماني.....49
أولا: القانون الواجب التطبيق على انحلال عقد الزواج .....50
ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني.....52
ثالثا: القانون الواجب التطبيق على آثار انحلال عقد الزواج والانفصال الجسماني.....53
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الآثار الناتجة عن الزواج.....54
الفرع الأول: التبني و الكفالة.....54
أولا: القانون الواجب التطبيق على النسب.....54
ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الحضانة.....55
الفرع الثاني: التبني و الكفالة.....56
أولا: القانون الواجب التطبيق على التبني.....57
ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الكفالة.....58
المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على العلاقات الأسرية ذات طابع مالي.....60
المطلب الأول: النفقة بين الأقارب .....60
الفرع الأول: تعريف النفقة بين الأقارب.....61
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب.....62
المطلب الثاني: التركات وعقود التبرع.....63
الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على التركات.....64
أولا: القانون الواجب التطبيق على الميراث.....64
1/ تحديد القانون الذي يخضع له الميراث.....64
2/ مجال تطبيق القانون الذي يخضع له الميراث.....65
3/ موانع تطبيق القانون الأجنبي في مسائل الميراث.....66
ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الوصية.....67
1/ القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للوصية.....67
2/ القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية.....69

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود التبرع.....70
أولا: القانون الواجب التطبيق على الهبة.....70
ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الوقف.....72
خلاصة الفصل .....74
خاتمة.....76
قائمة المراجع.....80
الفهرس.....88

**القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصيةفي القانون الجزائري.**

**ملخص:**

إن دراسة موضوع القانون الواجب التطبيقعلى الأحوال الشخصية في القانون الجزائري، تهدفإلى معرفة القانون المختص الذي يحكم العلاقات الخاصة بين الأفراد التي يتخللها طرف أجنبي، وكيفية تطبيق هذه القوانين من قبل القاضي الوطني، ومعرفة ما هي موانع تطبيقه.

ولقد عالج المشرع الجزائر موضوع الأحوال الشخصية في الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم بقانون 05-10.

الذي جاء بأهم مستجدات التي تنظم القواعد الخاصة بالأحوال الشخصية، ومن أهمها توسيع نطاقها وذلك بإضافة الكفالة والتبني .

**الكلمات المفتاحية:**

القانون الواجب التطبيق، موانع التطبيق، كيفية تطبيق القانون المختص.

**The Law applicable to personalstatus in algerian Law.**

**Abstract :**

The study of the subject of the law applicable to personalstatus in algerianlaw, aims to know the competentlawthatgoverns theprivaterelations betweenindividualsthatpermeate a foreign party, and how theselaws are applied by the national judge, and what are the obstacles to its application.

The algerianlegislatordealtwith the issue of personalstatus in order no, 75-58 containing the civil code, as amended and supplemented by law 10-05 .

Whichbrought the mostimportant developpementsthat joins special roules personalstatus, the most important of whichis to expandits scope by addingsponsorship and adoption.

**Key words :**

applicable law, impediments to application, how to apply the relevant law.