جامعة أكلي محند اولحاج – البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

القانون الواجب التطبيق على الأموال في مجال الأحوال الشخصية

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية

تخصص: قانون الاسرة

من اعداد الطالب(ة)

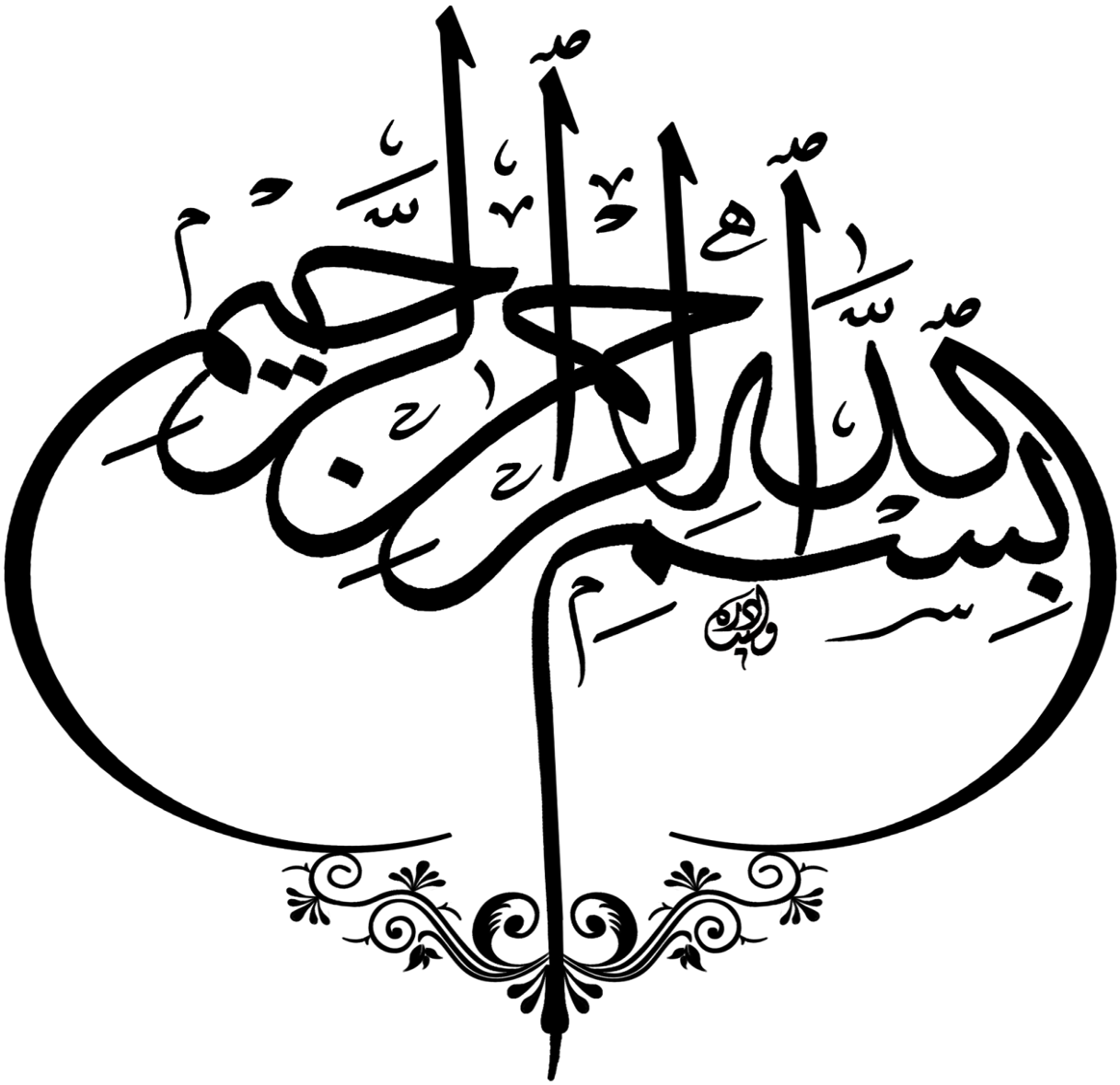
- بن اعراب مريم
- مزهود كريمة

تحت اشراف

- د. معزوز علي

السنة الجامعية

2022-2021


بسم الله الرحمن الرحيم

اتقدم بالشكر الجزيل الى الاستاذ القدير« **معزوز علي** »لإشرافه و لكل ما قدمه لكمال هذا العمل ،

فلكل استاذي الفاضل اسمى معاني الشكر و التقدير على توجيهاته البناءة المثمرة حتى يخرج هذا العمل الى حيز الوجود

إهـــداء

بعد الصلاة و السلام على خير الانام حامل رسالة الاسلام "**محمد صلى الله عليه و سلم** "

اهدي هذا العمل الى :من بلغ الرسالة و ادى الامانة و نصح الامة الى نبي الرحمة

و نور العالمين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

الى والدي العزيز و الى امي الغالية امد الله في عمرها

و الى كل افراد عائلتي دون استثناء

و الى الاحبة و الاصدقاء الذين اسهموا و شجعوا و ماتاخروا

الى كل كل من شجعني على مواصلة مسيرتي العلمية

المقدمة

لقد حث الإسلام على الزواج و رغب فيه و نهى الرجال على الرهبنة و جعل عقد الزواج رباطا مقدسا و ميثاقا غليظا بين الرجل و المرأة مما جعل بناء الأسرة و توفير الطمأنينة و التعاون بين الزوجين.

و قد يصادف هذا الزواج عراقيل تؤدي إلى عدم قدرة الزوجين على إستمرار في الحياة الزوجية فيلجأ إلى الإنفصال أو الطلاق كحل أخير الذي قيده بمجموعة من الحقوق مالية منها ماهو خاص بالمرأة المطلقة و منها ماهو خاص بالمرأة المطلقة و منها ماهو خاص بالأولاد بصفتهم محضونين بضمان لهم حقهم في النفقة و الحضانة ، كما أخضع المشرع الجزائري عديمي الأهلية لأحكام الولاية و الوصاية و القوامة بحيث ينوب عنهم نائب شرعي و ذلك حماية لمصالحهم مع إبراز القانون المطبق على المالية التي تدخل ضمن طائفة الأحوال الشخصية ، و قد تثار إشكالية تنازع القوانين في مسائل أخرى الخاصة بالميراث و الوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت ، عند توفر شروط قيام حالة تنازع. عموما سواء في أطرافها أو بسبب إختلاف جنسيتهم أو مكان إنعقاد أو مكان تنفيذها أو مكان وجود المال فمتى توفرت هذه الشروط كنا أمام مشكلة تنازع القوانين التي تتطلب. البحث عن القانون المناسب لحل النزاع.

ومن هذا المنطلق يكتسي البحث في موضوع القانون الواجب التطبيق على الأموال في مجال الأحوال الشخصية أهمية بالغة تحتاج إلى دراسة و تحليل لما تثيره من مشاكل تنعكس على الأسرة ككل التي لفتت إنتباهنا بإضافة إلى إشكالات تنازع القوانين في المسائل القانونية و التصرفات

و من أسباب إختيارنا للموضوع الأسباب الذاتية تتمثل في الرغبة الشخصية في الإطلاع على مادة قانون الأسرة و ربطه بالقانون الدولي الخاص وبالتحديد الرغبة في التعرف على الاثار المالية المرتبطة عن الزواج وفك الرابطة الزوجية وموقف التشريعات المقارنة وبالخصوص المشرع الجزائري من تنظيم تنازع القوانين في الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت.

ولقد واجهتنا صعوبات تتمثل في قلة المراجع وكذلك التشابه الكبير والتكرار نفس المعلومات في المراجع بالرغم من كثرتها والجمع من بين موضوعين في موضوع واحد مما جعلنا نلجا لتفكيك كل عنصر على حدى ودراسته حسب متطلبات خطتنا.

ولقد اعتمدنا على المنهج التحليلي بتحليل المواد القانونية وربطها بمضامينها كما اعتمدنا على المنهج المقارن بصفة كبيرة وخاصة في المقارنة بين المواقف التشريعات حول القانون الواجب التطبيق، وتكمل اشكالية بحثنا هذا في ما هو القانون الواجب التطبيق على الاموال في مجال الاحوال الشخصية ؟

ولدراسة ومعالجة موضوع بحثنا هذا اعتمدنا على خطة ثنائية وتقسيمها الى فصلين **الفصل الاول:** القانون الواجب على الاثار المالية للزواج وفك الرابطة الزوجية اما

الفصل الثاني :عن القانون الواجب التطبيق على الميراث الوصية وسائل التصرفات التي تنفذ بعد الموت.

الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق بين الزوجين المختلفين من حيث الجنسية على المسائل المالية

لكي يكون الزواج صحيحا يجب أن يستوفي جميع شروطه الشكلية والموضوعية وجميع أركانه اللازمة التي تترتب عنها آثار قانونية ، كما تترتب عليه آثار شخصية وإلى جانب هذه الآثار هناك أثار مالية التي تعبر عنها معظم التشريعات بالنظم المالية للزوجين أي حقوق وواجبات كل من الزوجين من حيث ملكية الأموال وإدارتها والانتفاع بها أثناء الحياة الزوجية بالإضافة إلى الآثار المالية لفك الرابطة الزوجية بعد حكم الطلاق والالتزام بالنفقة بين الأقارب والأنظمة المالية الأخرى ، ولكن سيبقى التساؤل مطروح بشأن القانون المختص بالتطبيق على المسائل المالية اثناء فترة الزواج وبعد انحلال الرابطة الزوجية ، هذا بالتحديد ما سوف نتطرق اليه من خلال هذا الفصل حيث خصصنا المبحث الأول للآثار المالية للزواج و المبحث الثاني إلى الآثار المالية لفك الرابطة الزوجية

المبحث الأول :

الآثار المالية لعقد الزواج و انحلال الرابطة الزوجية

يترتب عن عقد الزواج و انحلال الرابطة الزوجية أثار مالية فمنها ما يتعلق بملكية أموال [1] الزوجين من حيث إدارتها و الحقوق الواردة عليها التي تختلف من دولة إلى اخرى و من خلال تنظيم أموالها التي تسمى في التشريعات الغربية بالنظم المالية (المطلب الأول) ، بينما يترتب عن فك الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق أثار مالية تتمثل في العدة ، الحضانة، متاع البيت ، نفقة الزوجة الأولاد و بيان القانون الواجب التطبيق على المسائل المالية المتنازع عليها .(المطلب الثاني).

المطلب الأول :

الآثار المالية لعقد للزواج

تنقسم الآثار المالية للزواج إلى اثار شخصية و اثار مالية ، فالآثار الشخصية هي الحقوق و الواجبات المتبادلة بين الزوجين، اما الآثار المالية فهي غير معروفة عندنا لأن الشريعة الإسلامية لا يترتب على الزواج أي أثر مالي ، بل يحافظ كل من الزوجين بحرية التصرف في أمواله الخاصة . (فالبلاد الغربية يترتب عل الزواج أثار مالية أو نجد النظام الاشتراكي المالي النظام الانفصالي المالي يولونها أهمية كبرى ، وأهم النظم السائدة في أوروبا ،

[1] _ علي سليمان : **مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري** ، دون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1984 ، ص 75

الفرع الأول :

النظام الاشتراكي المالي (القانوني)

بمقتضاه يشترك كل من الزوجين في مصاريف الأسرة و قضاء الديون الناتجة عن القيام بشؤونها ، ففي هذا النظام يتمتع الزوج بصلاحية إدارة الأموال و الظهور بمظهر المالك لها و له أيضا أن يتولى إدارة أموال زوجته التي احتفظت بها لنفسها، وعند انتهاء الزوجية يقسم المال المشترك بين الزوجين أو بين ورثتهما إلى ثلاثة صور .

أولاً: نظام الإشتراك العام (الصورة الأولى) : و تكون فيه أموال الزوجين مشتركة بينهما .

ثانيا : نظام الاشتراك في المنقولات و المكاسب : و تكون فيه فقط المنقولات المملوكة للزوجين عند انعقاد الزواج ، شركة بينهما ، أما الأموال التي يكتسبها بعد الزواج فتكون مشتركة بينهما كانت عقارات أو منقولات، [1]

ثالثا: نظام الاشتراك المخفف

ولا يشترك فيه الزوجان إلا فيما يكسبانه بعد الزواج.

ويكون للزوجين الإتفاق على النظام الذي سيأخذان به عند إبرام عقد الزواج وهو ما يصلح على تسميته بالنظام الاتفاقي فإذا أهملا ذلك يتم الأخذ بنظام الإشتراك المخفف بالضرورة فإذا اختارا نظاما طبق عليه القانون الذي يختاره أما إذا لم يختار نظاما طبق عليها حسب القانون الفرنسي موطنهما. [2]

---

[1] _ زروني طيب : **القانون الدولي الخاص ، الجزائري ، مقارنا بالقوانين الغربية** ، الجزء الأول ، تنازع القوانين ، دون رقم طبعة ، مطبعة الكاهنة ، الجزائر ، 2000، ص 74

[2] _ شور فتيحة : **محاضرات في القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين"** ، لطلبة السنة الثالثة ليسانس ، تخصص قانون خاص ، بكلية الحقوق و العلوم السياسية_ جامعة البويرة، 2016 /2017، ص 35

الفرع الثاني :

نظام الانفصال المالي

بموجب هذا النظام يستقل كلا من الزوجين بحرية التصرف و الإدارة و إستغلال الأموال الخاصة شرط مساهمة كل منهما في مصاريف الأسرة.

و في حال اختيار نظام آخر غير النظام القانوني المطبق على من لم يختر نظام آخر فيجب الإتفاق على النظام المختار كتابة " قبل شهر الزواج، على ينتج آثاره بعد انعقاد الزواج[1] .

بالإضافة إلى هذين النظامين هناك نظام آخر يسمى بنظام الدولة او البائنة ، و مفاده أن الزوجة تقوم بتقديم أموالها في شكل مهر لزوجها ليتولى إدارته و إستغلاله و الإنتفاع بأرباحه في نفقات الأسرة.

لا يجوز التصرف في هذه الأموال ولا يجوز الحجز عليها أما غيرها من الأموال الزوجية فتبقى تحت تصرفها و مستقلة بها و قد كان العقد في السابق يتصف بالجمود ، كون الدستور مقدسا جامدا النظام المالي للأسرة فلا يمكن تعديله أصلا بعد العقد ، أما حاليا فقظ يمكن تعديل النظام المالي الإتفاقي أو القانوني من طرف الزوجين عن طريق عقد توثيقي مصادق عليه من طرف الزوجين عن طريق محكمة محل إقامة الزوجين

[1] _ رحاوي أمينة : **الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص**, مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، بجامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2011/2010 ، ص 50

الفرع الثالث :

قواعد التنازع التي تحكم الآثار المالية لعقد الزواج

لقد سعت التشريعات الغربية إلى وضع قواعد تحكم النزاع حول الآثار المالية ، ذلك أن العلاقة الزوجية قائمة على عقد صحيح ففي هذا الفرع سوف نقوم بتحديد و بيان قواعد التنازع المتبعة لدى الدول الغربية و كذا قواعد التنازع المتبعة لدى الدول العربية بالخصوص لدى المشرع الجزائري .

أولا: قواعد التنازع التي تطبق على الآثار المالية المتبعة في الدول الغربية

لقد اهتم مشرع الغرب اهتماما بالغا بتنظيم مسألة التنازع حول القانون الذي يحكم الآثار المالية لعقد الزواج المختلط ، بحيث تجد المشرع الفرنسي خصص لها أكثر من 190 مادة إذا كان المبدأ المستقر عليه في الفضاء الفرنسي إخضاع النظام المالي للزوجين لقانون الإرادة و في حالة عدم الإتفاق يخضع إما لقانون الجنسية المشتركة أو القانون الموطن أو القانون مكان إبرام الزواج [1].

و عليه فالقانون الفرنسي كان يخضع للنظام المالي للزوجين لقانون الإدارة الصريحة عند وجود عقد يحدد النظام المالي ، و في حالة عدم وجود نظام مالي اتفاقي للزوجين يخضع لقانون الإرادة الضمنية و يضيف قانون أول موطن مشترك للزوجين على أساس إنصراف إرادتهما التطبيق هذا القانون ، لكن الفقه الفرنسي الحديث يميل إلى إسناد النظام المالي للزوجين إلى القانون الشخصي للزوج و بخصوص مشارطات الزواج ينظر اليهما على أنها عقد من العقود المالية فتخضع لقانون الإرادة كما يمكن أن يخضع لقانون موقع المال إذا تعلق الأمر بالعقارات

[1] _ دربة أمين: **القواعد المتعلقة بالزواج و انحلاله** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 2011/2010 ، ص 39_40

بالإضافة إلى اتفاقية لاهاي المتعلقة بالنظام المالي المنعقدة بتاريخ 14_03_1978 التي دخلت حيز التنفيذ إبتداءا من 1_09_1992 تخضع النظام المالي للزوجين بخصوص المنقولات لقانون الإرادة وفي حالة عدمه لقانون الجنسية المشتركة للزوجين وفق إبرام عقد الزواج ، وقد الإتفاقية بحلول اخرى حيث نصت على تطبيق قانون الدولة التي فيها الزوجين إقامة معتادة أو القانون المستقبلي للزوجين المشترك بعد الزواج . المادة 03 من الفصل المتعلق بالقانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين و بالرجوع إلى نص **المادة 4** من نفس الإتفاقية في الفقرة الرابعة فأسندت النظام المالي للزوجين لقانون الموطن المشترك بعد الزواج [1].

ثانيا : القوانين التنازع التي تطبق على الآثار المالية المتبعة في الدول العربية

إن معظم النظم القانونية العربية تجهل النظام المالي للزوجين و تتفق بالتالي في إسناد أثار عقد الزواج المختلط بما في ذلك من أثر المال إلى قانون جنسية الزوج وقتو إنعقاد الزواج و هذا ما جاءت به المادة 13 ف2 قانون مدني مصري ، حيث لعل جهل المشرع لهذه الأنظمة المالية للزواج هو ما دفع به لهذا التكييف التشريعي و إلحاقها بآثار الزواج [2].

ثالثا: بالنسبة للمشرع الجزائري

_لقد نص المشرع الجزائري على أن يسري قانون جنسية الزوج على الآثار المالية لعقد الزواج.

وهذا حسب **م 12 فقرة 1 ق.م.ج** كما أن القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية لعقد الزواج فهو حسب نص **م12/ ف1، ق.م.ج** ، قانون جنسية الزوج عند إبرام عقد الزواج

[1] _ دربة أمين: المرجع السابق ، ص 38

[2] _ هشام علي صادق : **القانون الدولي الخاص تنازع القوانين من حيث انعقاده و اثاره**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2000 -2001

و طبقا **لنص المادة 13 ، ق.م.ج** "يطبق القانون الجزائري على الآثار المالية للزواج إذا كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرام عقد الزواج أو يطبق هذا الاستثناء ولو غير الزوج جزائري الجنسية بأن يتخلى عن الجنسية الجزائرية و اكتسب جنسية أجنبية بحيث يكون أجنبيا عندما يثور النزاع . [1]

المطلب الثاني :

الآثار المالية لفك الرابطة الزوجية

باعتبار فك الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق يترتب عليها آثار قانونية التي تترتب بالنسبة للأشخاص فيما يخص لعلاقة المطلق بالمطلقة كالنفقة الزوجية وعلاقات المطلق بالأولاد ، كالحضانة و ما يتفرع عنها (الفرع الأول) الذي يستدعي تحديد القانون المختص لحل هذه النزاعات (الفرع الثاني) .

الفرع الأول :

نفقة الزوجية للمطلقة و نفقة المحضون (الحضانة) .

تعتبر نفقة الزوجة المطلقة و نفقة المحضون من الآثار المالية التي تترتب عن انحلال العلاقة الزوجية بالطلاق ، فقد تكون إحدى المشاكل التي تطرأ في مجال امتناع الزوج المطلق على أداء التزامه بدفع النفقة.

[1] _ علي علي سليمان : **المرجع السابق** ، ص. ص 74 .75.

أولا : نفقة الزوجة المطلقة

_و النفقة هنا ليست بالنفقة الزوجية (المادة 37 فقرة 1 من قانون الأسرة) وإنما النفقة التابعة للطلاق فتخص الزوجة و الأولاد ، و نفقة في عدة الطلاق **(المادة 61 من قانون الأسرة)**[1].

فنفقة المطلقة هي مبلغ مالي الذي يجب للمرأة على زوجها السابق به ايقاع الطلاق أو صدور حكم التطليق[2] .

و بالرجوع إلى للقانون الجزائري نجد أنه لم يعرف النفقة و لكنه و كل مشتملاتها ذلك في نص المادة 78مز قانون الأسرة ، كما جعلها واجبة على الزواج بموجب نص المادة 74 من قانون الأسرة [3].

و ما يلاحظ من خلال هذا النص أن تعداد عناصر النفقة وردت على سبيل المثال لا الخضر بدليل اب المشرع الجزائري قراراته يمكن أن يضاف إليها شيء ضروري في غرف الناس و عاداتهم [4].

و تشمل النفقة في القوانين العربية نفقة العدة و نفقة المتعة.

فنفقة العدة هي المبلغ المالي الذي تستحقه المطلقة من مال زوجها في عدمها ، بحيث يرجع تقديرها للسلطة التقديرية للقاضي الموضوع و الذي له أن يحكم اما اجمالا أو شهريا و على

---

[1] _ بلحاج العربي : **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري** ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 379، 393

[2] _ احمد عبد الكريم سلامة "الأحوال الشخصية في التنازع الدولي القوانين ، دون طبعة ، دار النهظة العربية ، القاهرة ، 2008 ، ص96

[3] – راجع المادة 78 من الأمر رقم 84/11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم.

[4] _ احمد سامي :" **السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة** ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2014 ، ص 264

هذا النحو لا تعتبر من النفقات بين الأقارب الواردة في نص المادة 14 من القانون المدني ، بل من آثار الطلاق و التطليق[1] .

_إما نفقة المتعة فهي من الحقوق المستوجبة للمرأة على زوجها ، إذا تمنح لها تخفيفا لا لأمها بسبب ما أصابها من حسرة نتيجة سوء إستعمال الرجل لحقه في الطلاق [2].

ثانيا: الحضانة

تعتبر الحضانة من آثار فك الرابطة الزوجية فقد عرفها المشرع الجزائري في نص **المادة 62 من قانون الأسرة** ، التي تنص على دين أبيه و السهر على حمايتها و حفظه صحة و خلق

_يعتبر هذا التعريف الوارد في نص المادة السالفة الذكر من أحسن التعاريف لاحتوائه على أهداف الحضانة و أسبابها كما أنه تعريف جميع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل البدنية و الصحية و الخلفية و التربوية و المادية[3] .

ولقد أسندت الحضانة من طرف المشرع الجزائري ضمن دعوى الاستعجالية[4] .

و بالرجوع إلى نص المادة 65 التي أجازت تمديد الحضانة إلى ، 16 عشر سنة بالنسبة للذكر و الأنثى ببلوغها سن الزواج و هو ما نفترض فيها البلوغ.

---

[1] _ المادة 14 من الأمور : 75_58 ، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

[2] _ عبد العزيز سعد:" **الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، دون طبعة ، دار هومة _الجزائر ، 1996 ، ص 250

[3] _ خليفي سارة : **حق الحاضنة في التبني** ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون أعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2014_2015 ، ص 50

[4] _ باديس دبابي : " **أثار فك الرابطة الزوجية (تعويض ، نفقة ، عدة ، حضانة ، مناع ، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي** ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2008 ، ص 50

ثالثا : مسكن الحضانة

الطلاق بين الزوجين يؤدي إلى تخصيص مسكن الزوجية للمطلقة و التي تنفرد به و الأولاد بوصفها الحاضنة لهم ، جمعنا أن الحاضنة أن تسكن مع المحضون مع شرط الحضانة و في حالة عدم وجود مسكن يتوجب علة الزوج توفيره لها ، تطبيقا لما نصت عليه **المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري**[1] .

الفرع الثاني :

القانون الواجب التطبيق على أثار انحلال الرابطة الزوجية

عندما ينشأ النزاع حول أثار الطلاق بين الزوجين و تقام الدعوة أمام القاضي ، فهمت يجرح مشكل القانون الواجب التطبيق لحسم مثل هذه النزاعات المتعلقة بآثار انحلال عقد الزواج و من بين هذه الأثار

_نفقة الزوجة المطلقة و العدة ، الحضانة ، مسكن الحضانة.

أولا: قواعد التنازع المتعلقة بالنفقة الزوجية للمطلقة.

_ لقد اختلفت الآراء الفقهية بشأن القانون الذي تخضع له النفقة التي يحكم القاضي بها للزوجة المطلقة ، فهناك من الفقه من أخضعها للقانون الذي يحكم انحلال الزواج.

وهناك من الفقه من قال بتطبيق قانون القاضي عليها باعتبارها إجراء من الإجراءات الوصية التي يحكم بها القاضي قبل صدور الحكم لصالح الزوجة من أجل المحفظة على الحد الأدنى

[1] _ مصطفى إبراهيم إلزامي :" **أحكام الزواج و الطلاق** ، الطبعة الأولى ، 2011 ، لبنان ، ص 287

لمعيشتها و ذلك للاعتبارات لها علاقة بالأمن لدولة القاضي لأنها تعتبر في بعض الأنظمة القانونية من النظام العام[1] .

و استنادا إلى ذلك نجد المشرع الجزائري قد أخضع انحلال الزواج للقانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى.

وعليه فيجب إثبات الطلاق تطبيقا لما تنص عليه المادة 39 من ق أ ج " على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن يتجاوز هذه لمدة ثلاثة أشهر ، وهذا لا يكون إلا بناءا على دعوى[2] .

ولقد نص قانون الأحوال الجزائية بموجب المادة 337 أنه بإمكان المحكوم له بالنفقة أو الخاضع للحكم له بها تقديم شكوى عن طريق الإدعاء المباشر محضر إلزام بالدفع .و محضر امتناع عن الدفع [3].

_ وإن حكم الطلاق منشأ يدخل في الوظيفة الولائية للقاضي رغم أن المشرع أعطاه صفة الحكم الفضائي أي حكم الطلاق يكون حكم إبتدائي لها في غير قابل للإستئناف و يلعب عليه الطابع الإستعجالي[4] .

في النفقة و الحضانة و مسكن الزوجية و لقد حصرها المشرع في في المادة 313 من قانون العقوبات في حالة عدم تسديدها من طرف الزوج [5].

---

[1] _ تمورت نوال : " **القانون الواجب التطبيق على أثار عقد الزواج و أثر انحلاله** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، تخصص دولية خاص ، جامعة البويرة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، سنة 2017 ، ص 64

[2] _ المادة 39 من قانون الأسرة الجزائري

[3] _ المادة 337 من الأمر

[4] _ بلحاج العربي :؛ **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري و**، الطبعة الرابعة ، ص 394

[5] _ المادة 331 من القانون (06/23) المتضمن قانون العقوبات الصادر في 20 &12_2006

ثانيا: قواعد التنازع المتعلقة باسناد الحضانة

يتعين على المحكمة عندما تقرر الحكم بفك الرابطة الزوجية لسبب من الأسباب و نفضل في حق الحضانة و أن تراعي كل هده العناصر الذي أشتمل عليها القانون في المادة 62 السالفة الذكر و أن تراعي كذلك حاجيات المحضون و مصاحبة الحقيقة التي يجب أن تتوفر له طيلة عدة الحضانة[1] .

و تعد دعوى إسناد الحضانة من التطبيقات التابعة للحضانة و أكثرها عرضا على ساحة الفضاء ، إذا كثيرا ما يتنازع الزوجين الحق في الحضانة على الحصول عليها مما يجعل مهمة القاضي في غابة الدقة و التعقيد و القاضي ملزم في الفصل فيها عند الحكم بالطلاق بموجب امر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة المتعلقة بها و تؤول الإختصاص في إصدارها إلى قاضي شؤون الأسرة حبيت تنص المادة 425 من ق أ م أو تسند حضانة الطفل إلى الشخص المشخص لهذا الحق حيث جدد قانون الأسرة في المادة 64 منه مشخصي الحضانة حيث جاء في نص المادة و المعدلة بموجب الأمر 05/02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 " ان إلام أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة الأم ثم الجدة الأب مراعاة مصلحة المحظون في كل ذلك "

يتضح أن المشرع الجزائري أبقى على حق الحضانة للام و قدم الأب على الجدة الأم و الخالة في إستحقاقه إبنه و بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بعد الأم من المسائل التي لم يتحقق فيها الإجماع و من ثم فإن المشرع الجزائري في تعديله

[1] _ عبد العزيز سعد : **الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري** ، الطبعة الثالثة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، ص 298

الأخير لقانون الأسرة يكون قد أخذ برأي الذي يقدم الأب على سائر المستوى بعد الأم لأن تقديم الأم على الأب حسب هذا الرأي كان سبب الأمومة لا سبب الأنوثة [1].

المبحث الثاني :

الإلتزام بالنفقة بين الأقارب و المسائل المالية و الأنظمة المالية الأخرى

تعتبر النفقة الزوجية من اثار الزواج التي سبق التطرق اليها في المبحث الاول في المقصود بالدراسة هنا هي النفقة بين الاقارب(الأفراد) التي تربطهم علاقه دم (الاصول ،الفروع، الحواشي) او المصاهرة والمقررة بناء على قواعد موضوعية بهدف حماية اطراف العائلة من العوز الذي قد يلحقهم بسبب عدم قدرتهم على متطلبات المعيشة بمفردهم.(المطلب 1)

ولقد اعتبر المشرع الجزائري القواعد المتعلقة بحماية ناقص الاهلية كالولاية والمقصود بها هنا الولاية على المال لان الولاية على النفس هي من احكام الزواج وهي الوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية التي تحمي المحجوزين والغائبين من الاحوال الشخصية (المطلب 2)

المطلب الأول :

الإلتزام بالنفقة بين الأقارب

تعتبر نفقة بين الأقارب من اهم المواضيع التي تحتاج الى تفصيل من خلال بيان تعاريفها و مشروعيتها ، الاثار المترتبة عنها و القانون الذي يحكمها

[1] _ عن داود عبد القادر : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد ، دار الهلال للخدمات الإعلامية ، الجزائر ، 2004 ، ص 171

الفرع الأول : القانون الذي يحكم النفقة بين الاقارب

وقبل دراسة القانون الواجب التطبيق على الإلتزام بالنفقة يجدر بنا معرفة.

أولا :المقصود بالنفقة بين الأقارب

النفقة بين الأقارب هي تلك النفقة التي تقرر وفقا للقواعد الموضوعية العادية التي تحددها للقوانين في مختلف الدول و التي سكون الهدف منها حماية أطراف العلاقة العائلية المعوزة التي لا تقدر على الحياة بمفردها ، و من ذلك تخرج النفقة الوقتية التي يقررها القاضي أثناء نظر الدعوى الزوجية و هذه النفقة يحكمها قانون القاضي و ليست المقصودة في المادة 14 من القانون المدني الجزائري[1].

و تخرج أيضا النفقة الزوجية التي تكون واجبة على الزواج إتجاه الزوجة فهذه النفقة تعتبر من اثار الزواج بقيامه و تنعدم بانعدامه تطبيق كما تم التطرق إليه في المبحث الأول غير أنه و بالرجوع إلى نص المادة 77 من القانون أن المشرع الجزائري أوجب على فروع النفقة على أصولهم شروط و هي القدرة و الإحتياج و درجة القرابة في الإرث.

و لقد حدد المشرع الجزائري لوجوب النفقة قدرة الملتزم بالنفقة و ذلك حسب الموارد المالية.

و يلاحظ من خلال المادة أن المشرع الجزائري عندما جعل النفقة حسب القرابة في الإرث فقد أخذ بالمذهب الحنفي و عليه يجب الرجوع إلى المشهورة عند الفقهاء لكون النفقة لا علاقة لها بالدين و لا بقواعد الميراث و لا يمكن أن تقوم على أساس القرابة[2].

و لقد قسم الفقهاء القرابة الى قسمين:

أ- قرابة الولادة: ويقصد بها الأصول فهم الاب والجد وان علا، وقرابة الولادة عن الفروع

---

[1] -زهية ربيع :"**النفقة بين الأقارب من خلال الشريعة و القانون**

[2] -لحسن بن شيخ اث ملويا : **المرشد في قانون الاسرة الجزائري ملكم باجتهاد المجلس الأعلى و المحكمة العليا من السنة 1982 الى 2014** ، ط8، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ،2015، ص277

وهم ابن وابن الابن وان نزل

ان نفقة الأصول واجبة حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة والارث.

ب- قرابة غير الولادة (الحواشي): الاخوة والاخوات واولادهم والاعمام والعمات والاخوال والخالات

ج- القرابة الموجبة للنفقة:

1-عند المالكية: تجب النفقة لقرابة الولادة المباشرة فقط أي ان النفقة تجب للاب والام على الولد ذكرا كان او انثى وتجب نفقة الولد ذكرا كان أو انثى على ابيه ولا تجب على امه.

2 -عند الشافعية: تجب نفقة القرابة مطلقا: المباشرة والغير مباشرة للفروع على الأصول وللأصول على الفروع من غير تقيد بالدرجة.

3-عند الأحناف: تجب النفقة للقرابة المحرمة للزواج فهي تجب على كل قريب اذا كانت القرابة بينهم تحرم على الرجل الزواج بالأنثى[1].

2 _دليل وجوبها في السنة:

عن طارق المحاربي رضي الله عنه قال: قدمنا المدينة فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم قائم على المنبر يخطب الناس ويقول:" يد المعطي العليا وابدا بمن تعول امك واباك واختك واخاك ثم ادناك فادناك[2]."

[1] – بكدي بختة ،مختاري ليلى : **النفقة في التشريع الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة ماستر أكاديمي في العلوم القانونية** ، تخصص أحوال شخصية ، كلية العلوم السياسية و القانونية ، قسم العلوم الحقوق ، جامعة الجيلالي بونعامة ،بخميس مليانة ،2017-2018 ، ص16

[2] رواه النسائي و صححه ابن حيان و الدار القطني الإمام الحافظ إبن حجر العسقلاني ، **بلوغ المرام من أدلة الأحكام** نشر مكتبة نزار مصطفى الباز ، ص 189

3_**موقف المشرع الجزائري** :فقد اخذ براي الشافعية ويتبين ذلك من خلال نص المادة 77 من قانون الاسرة سالفة الذكر .[1]

بالإضافة الى النفقة الملزمة التي سبق ذكرها فانه هناك أنواع أخرى وهي:

ا –**نفقة الملك:** تجب نفقة العبد على سيده رغم ان هذا السبب لم يعد موجود في وقتنا الحالي وفي مجتمعنا الاسلامي بالذات

ب_ نفقة الالتزام: اضاف المالكية الالتزام كسبب من اسباب وجوب النفقة والالتزام هو مايلزم به الانسان نفسه من نفقة اتجاه الغير.

ونجد ان هذا العنصر قد تضمنته بعض النصوص في التشريع المقارن كالقانون في الفصل (37) والمادة 47 الفقرة ب من مشروع القانون العربي التي تقضي بما يلي اسباب النفقة هي: "الزوجية والقرابة والالتزام[2]"

أما المشرع الجزائري لم يدرج هذا العنصر ضمن أحكام قانون الأسرة واكتفي فقط بالزوجية والقرابة كأحد الأسباب الموجبة للنفقة حسب نص المادة 77 من هذا القانون و السالفة الذكر سابقا.

ثانيا :مشتملات النفقة

حدد المشرع الجزائري عناصر النفقة من خلال المادة 75 التي تنص على أنه "تشمل النفقة الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته ، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة

[1] – المادة 77 من قانون الأسرة الجزائري

[2] – بكري بختة ، مختاري ليلى ، مرجع سابق ، ص 17

✓**القوت** : و هو ما يؤكل من خبز أو غيره و ذلك حسب عادة و عرف كل بلد[1].

✓**الكسوة** : و هي كل ما يقي في الأصل من حر الصيف و برد الشتاء[2].

✓**المسكن:** يجب أن يوفر الفرع لأصله مسكن يليق به و يجب أن يكون هذا المسكن متوفر على أثاث و أفرشة و أواني و هذا حسب ما جرى عليه العرف و العادة.

✓**أجر الخادم** : هذا إذا كان الأصل في حاجة لمن يخدمه ، فإن كان عاجزا عن خدمة نفسه وجب على فرعه نفقة خادمه[3].

✓**مصاريف العلاج** : و هي كل من أجرة الطبيب و المستشفى و ثمن الدواء الذي لا غنى عنها في حالة المرض[4].

ثالثا : مشتملات النفقة في القانون

تشمل النفقة في قانون الأسرة ثلاث حاجيات تتمثل في الغذاء ،الكسوة ،العلاج ،و السكن و أجرته و ذلك طبقا لنص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري و التي تنص على أنه " تشمل النفقة الغذاء والكسوة و السكن و أجرته و ما يعتبر من الضروريات في العرق و العادة".

و يفهم من خلال هه المادة أن المشرع الجزائري قد ذكر مشتملات النفقة من غذاء و كسوة و علاج و سكن و أجرته و ألحق بها ما يعتبر من الضروريات كمصاريف الكهرباء و الغاز و

---

[1] – المادة 78 من قانون أسرة الجزائري

[2] – عبد القادر بن حزر الله : **الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق** ، ط1، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2007، ص388

[3] – محمد سمارة : **أحكام و أثار الزوجية ، شرح مقارن قانون الأحوال الشخصية** ، ط1 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 427

[4] –أحمد الغزالي ، عبد الحليم محمد منصور علي :**أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي** ، ط1 ، دار الفكر الجامعي ، مصر ،2009 ، ص 485

كذا أدوات النظافة و مصاريف التعليم و الدراسة و غيره من الضروريات حسب العرف و العادة الجارية بين الناس.

الفرع الثاني :

القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب

يرد على القانون الذي يحكم النفقة بعض القيود من هذه القيود تطبيق القانون الوصي إذ كان أحد الزوجين وطنيا ، كما هناك قيود ترجع إلى النظام العام

أولا : تطبيق القانون الوطني إذا كان أحد الزوجين وطنيا

يسري هذا القيد على نفقة الزوجة و نفقة المطلقة و نفقة الأصول ، نفقة الأقارب (قرابة غير مباشرة) و لا على النفقة المتوقفة بدينهم ، و لا تسري عليها قانون المدين طبقا لنص المادة 21من القانون العراقي.

كما يرد هذا القيد على نفقة الأصول و الفروع تطبيقا لنص المادة 19 /3 من القانون المدني العراقي على هذه النفقة فإذا كان أحد الزوجين عراقيا وقت إنعقاد الزواج فإن القانون العراقي هو الذي يسرى مهما كانت جنسية الأب[1].

ثانيا : تطبيق قانون القاضي إذا كان القانون الأجنبي مخالفا لنظام العام.

تخضع نفقة الأقارب لقيد النظام العام فلا يطبق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا لنظام العام في دولة القاضي ، و يعد القانون الأجنبي مخالفا لنظام العام إذا كان يرفض كل حق في النفقة لطالبها و هو أمر متطور في ظل إختلاف القوانين حول مفهوم القرابة المؤهلة لطلب

[1] – د/جابر جاد عبد الرحمان ، **القانون الدولي الخاص** ، الجزء الثالث في تنازع القوانين ، جامعة الدول العربية ، معهد الدراسات العللمية ، 1970 ،ص214

النفقة ، ذلك أن بعض النظم القانونية كقوانين الأنجلوسكسونية التي لا تعرف النفقة بين الاصهار ،و في ألمانيا لا توجد النفقة إلا بين الأصهار من الدرجة الأولى[1].

و لا يلزم أن تكون مخالفة صريحة إذ أن هناك حالات لا يمنع فيها القانون الأجنبي[2] الحق في النفقة بنص صريح ، كله اعماله يؤدي إلى عدم وصول إلى ذلك الحق كأن يلتزم رفع دعوى خلال مدة قصيرة للغاية و إلا سقط الحق فيها أو يلغي الدين من إلتزامه بالنفقة إذ بلغ الدائن سن معينة على الرغم من حاجاته و عوزته و هنا لا مناص من تطبيق قانون القاضي على النفقة[3].

ثالثا : بالنسبة للمشرع الجزائري

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص في المادة 14 من القانون المدني الجزائري على أن النفقة بين الأقارب تخضع لقانون جنسية المدين بها أي ملتزم بالنفقة ، و ليس مستفيد منها ، اما نفقة الوقتنة أي التي يحكم بها القاضي أثناء الدعوى فباعتبارها إجراء مؤقت يتعلق بالأمن العام في الدولة فتخضع لقانون القاضي[4].

و قد درج القضاء في فرنسا على إخضاع النفقة بين الأقارب إلى قانون القاضي لأنها متعلقة بنظام العام ، أما إتفاقية لاهاي بتاريخ 24/ 10 / 1956 الخاصة بالنفقة على الأولاد ، فقد أخضعها لقانون الوطن العادي الذي تجدده قواعد التنازع في قانون القاضي و يتجه الفقه الحديث في فرنسا الأخذ بالقانون الذي يحكم الأثار الزواج و الذي يسري على علاقة الأبوة

---

[1] _

[2] – علي علي سليمان ، **مرجع سابق** ،ص78. لقد ورد في النظام العام في تطبيق القانون الأجنبي في القوانين المقارنة ، في القانون المدني المصري ، المادة 24 و القانون السوري المادة 35

[3] – مجلة الرافدين ، المجلد 11 ، العدد 40 ، 2009 ، ص39

[4] –نشور و فتيحة "محاضرات في القانون الدولية الخاص مرجع سابق ص 39

المطلب الثاني:

الأنظمة المالية للولاية و الوصاية و القوامة

أخضع المشرع الأشخاص عديمي و ناقصي الأهلية لأحكام الولاية و الوصاية أو القوامة وفقا لمقتضيات المادة 44 من القانون المدني التي الاتي " يخضع فاقدو الأهلية و ناقصوها ، بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ضمن شروط ووفق القواعد المقررة في القانون

تم جاء تقنين الأسرة منظما لأحكام الولاية و الوصاية و القوامة في الكتاب الثاني منه "تحت عنوان : النيابة الشرعية و ذلك في المواد 81 إلى 100 منه و سنتناول في هذا المطلب الأشخاص الذين حددهم القانون نيابة عن القاصر مع بيان القانون الواجب التطبيق على هذه الأنظمة المالية.

الفرع الأول :

الولي على أموال القاصر

و هو من له حق الإشراف على شؤون القاصر المالية و التصرف فيها لكن قد يتبادر إلى الذهن من هو الولي ؟ و ماهي شروطه ؟

أولا : الولي على المال

و الولاية سلطة شرعية تحول للولي التصرف في شؤون الموصى عليه الشخصية و المالية و يتولى بموجبها شخص بالغ عاقل راشد التصرف نيابة عن القاصر لحسابه و مصلحته[1]

[1] – الرزق مصطفى أحمد : **المدخل الفقهي العام** ، الجزء الثاني ، ط3 ، دار القلم ، دمشق ، سوريا ،2012 ، ص 843

و من مقاصد الولاية على المال القاصر حفظ حقوقه المالية و مساعدته لإجتياز هذه المرحلة من عمره لهذا أقام الإسلام و مختلف النظم القانونية الولي على المال و سنتناول فيما يلي الولي على أموال القاصر في قانون الأسرة الجزائري ثم القانون المقارن.

1 _الولي على مال القاصر في قانون الأسرة الجزائري

جعل قانون الأسرة الجزائري الولاية على مال القاصر للأب ثم الأم بعد وفاته و في المادة 57 فقرة 1 إذ تنص على أنه يكون الأب وليا على أولاده القصر بعد وفاته تحل الأم محله قانونيا[1].

و لكن الوفاة ليست السبب الوحيد للإنتقال الولاية على القاصر من الأب إلى الأم إذ قد تنتقل الولاية للأم و الأب حي في حالات معينة.

_كحالة غياب الأب أو حصول مانع له و قد يكون المانع ماديا كحصول إعاقة جسدية أو قانونا كفقدان الأهلية في هذه الحالة تحل الأم محل الأب للقيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد[2].

و تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم ينص في قانون الأسرة على شروط الواجب توافرها في الولي لذا ترجع الأحكام الشرعية الإسلامية طبقا لما تنص عليه المادة 222 من قانون الأسرة.

و التي إشترط فقهاؤها في الولي أن يكون بالغا ، عاقلا منحازا في الدين مع القاصر أمينا عليه غير مفسد و لا مفرد في رعايته ، فلا ولاية لغير بالغ ، و لا لغير عاقل و لا سفيه لأن هؤلاء في حاجة من يتولي شؤونهم ، فلا يصلحون للولاية على غيرهم[3].

---

[1] – المادة 87/ فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري

[2] _

[3] – قزامل سيف رجب ، **النيابة في التصرفات المالية** ، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون ، دار المناهج للنشر و التوزيع ، عمان ،الأردن ، 2010 ، ص98

-الولي على أموال القاصر في القانون المقارن

جعل المشرع السوري في قانون الأحوال الشخصية الولاية على المال للأب ثم للجد العصي دون غيرها [1]، أما المشرع الفرنسي فجعل الولاية سلكة مشتركة بين الدولتين و ذلك عند قيام العلاقة الزوجية تطبيقا لما جاء في المادة 883 من القانون الفرنسي[2].

بينما الفقه المصري في غالبية إلى قصر الولاية على المال دون الولاية على النفس[3].

ثانيا : شروط الولي على مال القاصر:

لم ينص المشرع الجزائري على شروط الولي الأصلي على المال، بل نص فقط على الشروط الوصي في نص المادة 93 من قانون الأسرة الجزائري و كان من المستحسن على المشرع الجزائري لوضع هذه الشروط في الولي ثم أسقطها على الوصي[4].

و للوقوف على شروط الولاية نرجع للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري و التي تحد لنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية لهذه الأخيرة حددت شروط الولي على أموال القاصر كما سبق ذكره و تتميز في ثلاثة عناصر:

•**الأهلية** : يكون الشخص كامل الأهلية إذا كان عاقلا بالغا حسب نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري و المقصود بها هي أهلية الأداء و التي تعرف بأنها قدرة الشخص على مباشرة تصرفاته القانونية بنفسه[5].

---

[1] – أعراب بلقاسم : **تنازع القوانين** ، ط9 ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2006

[2] – هشام علي صادق : مرجع سابق ، ص 265

[3] – عز الدين عبد الله : مرجع سابق ، ص 242-243

[4] – غربي صورية :**حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق ،كلية الحقوق و العلوم سياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2014_2015 ، ص128

[5] – نبيل إبراهيم سعد : **مدخل إلى القانون نظرية الحق** ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط 1 ، 2010 ، بيروت ، لبنان ص 168

•**العدالة** : لم ينص المشرع الجزائري على هذا الشرط في الولي، و لكنه اشترطه في الوصي حسب المادة 93 من قانون الولاية على المال على أنه :" يجب أن يكون الوصي عدلا[1]".

و المقصود بالعدل أن يتحلي الولي بالأمانة و الصدق و حسن الخلق ، بحيث يكون محلا للثقة و الإئتمان على المولى عليه ، و هو يقابل الفاسق الذي لا تتوفر فيه هذه الشروط[2].

إتحاد الدين : يشترط في الولي أن يكون متحدا في الدين مع الولى عليه فلا يثبت الولاية لغير مسلم على مسلم [3] و يستثني من هذا القاضي فلا يشترط الإتحاد في الدين بينه و بين القاصر لأن ولاية القاضي هنا ولاية عامة بإعتباره ولي من لا والي له[4].

الفرع الثاني :

الوصاية أو القوامة على أموال القاصر

الوصاية او القوامة على أموال القاصر هي إحدى صور النيابة الشرعية المفروضة على أموال القاصر

[1] – غربي صورية ، المرجع السابق ، ص 331

[2] – حميد سلطان الخالدي ، "**الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل** ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2013 ، ص348

[3] – عزدين صورية ،"المرجع السابق " ،ص132

[4] – د.عبد الوهاب خلف " **احكام الأحوال الشخصية في شريعة الإسلامية على وقف مذهب ابن حنيفة** ، الطبعة الأولى دار القلم ، الكويت ، 1990/ ص 222

أولا تعريف الوصاية

هي النيابة التي يمارسها و هي الأب ، أو وصي الجد لموافقة قاضي شؤون الأسرة للمحافظة على أموال القاصر و ذلك بعد مماتهم و مصدر هذه النيابة القضاء لأنه هو الذي يمنح لهذا الوصي صفة النيابة على القاصر.[1]

و الوصي هو الشخص الذي يعينه الأب و الجد الذي يعينه الأب أو الجد أثناء حياتهم لتولي شؤون القاصر الذي فقد أمه أو ثبت عدم قدرته بالطرق القانونية على تولي شؤونه ، كانعدام أهليتهما مثلا و يسمى "الوصي المختار لأنه معين من طرف الأب أو الجد للإشراف على أموال أولاده أو أحفاده و هذا طبقا لمقتضيات المادة 92 من قانون الأسرة و تخضع الوصاية لشروط نذكر منها .

خلافا لما رأيناه بالنسبة للولي حدد قانون الأسرة المادة 93 منه شروط الواجب توافرها في الوصي ، و التي قضي بأن يكون الوصي مسلما ، عاقلا ، بالغا ، قادرا أي ميسور الحال ، أمينا ، حسن التصرف ، فإذا لم تتوافر فيه الشروط السابقة عزله القاضي[2].

هذا و اذا تعدد الاوصياء ، فكقاضي ان يختار و الاصلح منهم ات ذرة أموال القاصر و التصرف فيها طبقا للمادة 92 من قانون الاسرة .[3]

في حين أن القوامة تعرف في الفقه الإسلامي و القوانين العربية بأنها نظام القصد منه حماية المصالح المالية للأشخاص البالغين (غير القصر) الذين تطرأ على أهليتهم عارض من عوارض الأهلية المنقصة.

---

[1] – مخلوف سليمان ، العلاوي زهرة ،"**النيابة الشرعية كنظام لحماية أموال القاصر في قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون ، تخصص قانون الأسرة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم القانون الخاص ، جامعة البويرة ، 2016 ، ص8

[2] – المادة 93 من قانون الأسرة

[3] – المادة 92 من قانون الأسرة

للتميز (النفقة و العتة) [1]أو المعدمة له (الجنون و العتة) [2]و نجد المشرع الجزائري خرج عن هذا المفهوم يجعل التقديم أحد الأنظمة النيابة الشرعية التي يخضع لها القاصر في حالة عدم وجود ولي أو وصي يتولي رعاية أمواله كأن يكون يتيم الأبوين و لم يعين له وصي مثلا و ليس فقط نظاما يخص من بلغ سن الرشد وتم الحجر عليه لكونه سفيها ، معتوها ، مجنونا أو ذا غفلة [3].

الفرع الثالث :

القانون الواجب التطبيق على حماية الأشخاص غير كاملي الأهلية

إعتبر المشرع الجزائري القواعد المتعلقة بحماية ناقص الأهلية كالولاية على المال و الوصاية و القوامة و غيرها من النظم المالية و التي يخضع لها القصر و المحجور عليهم و الغائب و المفقود و نص المشرع على قاعدة الإسناد الخاصة بها في المادة 15 من القانون المدني أين تضمنت المادة فقرتين ، ففي الفقرة الأولى حدد المشرع ضابط الإسناد لجنسية الشخص الخاضع لهذه الحماية ، فلو تنازع شخصان مثلا حول الولاية على الطفل أو تمت المطالبة بالحجر على شخص أجنبي لأي سبب من أسباب الحجر فإن قانون جنسية الطفل هو الذي يحدد لنا من هو صاحب الحق في الولاية عليه و متى يستحق الشخص الحجر أما المسائل الإجرائيية المتعلقة برفع الدعوى و إجراءاتها فتخضع لقانون القاضي.

أما الفقرة الثانية في المادة 15 فقد أعطت الإختصاص للقانون الجزائري بالنسبة التدابير الإستعجالية المقررة للقصر و المحجور عليهم و الغائب و المفقود في حالتين.

---

[1] – محمد سعيد جعفور ،"**مدخل للعلوم القانونية** ، الجزء ثاني ، دروس في نظرية الحق ، ط1 ، دار هومة لطباعة و النشر و التوزيع ، الحزائر ، 2011 ، ص619

[2] – علي فيلالي ، **نظرية الحق** ، موفم للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2011 ، ص 232

[3] – بلقاسم شتوان ، **النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية و القوانين العربية** ، ط1 ، دار النشر ، مطبعة المنار ، الجزائر ، 2011

_إقامة الشخص الخاضع للحماية في الجزائر

_و حول الأموال التي تتعلق بها التدابير الإستعجالية في الجزائر[1].

المطلب الثاني :

القانون الواجب التطبيق عبر الميراث

و المقصود به القانون الذي ينشر إليه ضابط الإستناد و المعروف بالقانون الواجب التطبيق على المنازعات التي يتعين تطبيقه و إعمار أحكامه على المنازعات ذات الطابع الأجنبي و يمكن أن يكون هذا القانون هو القانون الوصي أو القانون الأجنبي المختص وفق معطيات النزاع مرورا بإلتزامية التكيف كإجراء أولي و قد تعترض المشرع مجموعة من الإشكالات كتحديد قانون المختص و هذا ما سوف نراه في هذا المطلب.

الفرع الأول :

القانون الذي يخضع له التكييف

إن التكيف هو أول ما يعرض له القاضي عندما يتعرض لمسألة تحتوي على عنصر أجنبي.

و يقصد بالتكيف في نطاق القانون الدولي الخاص لتحديد طبيعة العلاقة الخاصة ذات العنصر الأجنبي يردها إلى فكرة مسندة معينة التي تشكل بدورها عنصر من عناصر قادة الإسناد حتى يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقة محل إهتمام وفق قاعدة الإسناد[2].

---

[1] – د.فديري محمد توفيق ، " **دروس في مقياس القانون الدولي الخاص "دروس موجهة لطلبة السنة الثالثة شريعة و قانون** ، السداسي السادس ، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ، سنة 2019–2020 ، ص 24

[2] – امين رجاء رشيد ، **تنازع القوانين في فلسطين** ، ط1 ، دار الشروق للنشر و للتوزيع ، 2001 ، ص55

و قد ذهب الرأي الراجح و الفقه الغالب إلى إخضاع التكييف كمبدأ عام لقانون القاضي من خلال المادة 9 من القانون المدني بنصها " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوبة لتحديد نوعها عند تنازع القوانين واجب تطبيقه[1].

و من الإستثناءات الواردة على أعمال قاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي.

إذا كانت القاعدة العامة يقتظي بإخضاع التكيف لقانون القاضي ، فهناك الحالات التي تستثني من إعمال هذه القاعدة و أهمها.

تكييف المال إذا كان عقارا أو منقولا حسب ما يقظي به القانون موقع المال لا قانون القاضي و هذا ما جاءت به القانون المدني الجزائري من خلال المادة 17 فقرة الأولى بنصها على أنه " يخضع تكييف المال سواءا عقارا منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها.

الفرع الثاني :

وحدة القانون المختص بالميراث

على نقيض الإتجاه السابق ، يرى أصحاب هذا الإتجاه أنه من الضروري وحدة القانون الذي يطبق على التركة على إعتبار أن أموال الشخص تشكل وحدة لا تتجزأ من جهة طبيعة ممتلكاتها مما يتطلب وحدة القانون المطبق على التركة دون التفرقة بين العقار و المنقول[2].

و لقد أخذت بعض الدول بضابط موقع المال لتحديد قانون المختص أما البعض ففقد اختارت ضابط موطن المتوفى و البعض الأخر إلى جنسه قانون جنسية المتوفي ، كما بيناه سابقا

[1] – محمد وليد المصري ،"**الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص** " ، ط1 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2009 ، ص75

[2] – فؤاد ديب ، القانون الدولي الخاص ، **تنازع القوانين** ، دار الملايين لطباعة و النشر و التوزيع ، مرجع سابق ، ص97

و المشرع الجزائري و على غرار غالبية الدول العربية أخذ كمبدأ وحدة القانون الذي تخضع له التركة و أخضعها كلها لقانون جنسية المتوفي طبقا لنص المادة 16 من قانون المدني الجزائري الذي تعرضنا لها سابقا في موقف المشرع الجزائري و بهذا و توجه للمشرع الجزائري يحقق وحدة القانون المطبق على التركة حتى و لو توزعت عناصرها في إقليم عدة دول[1].

الفرع الثالث :

إشكالات التي تخضع لتطبيق للقانون المختص

تخضع التركة لقانون جنسية المتوفي تطبيق لنص المادة 16من قانون المدني الجزائري إلا أنه القاضي يتعرض لمشكلة فيما إذا كان لشخيص أكثر من جنسية فأي الجنسيات سيعتمدها القاضي كمعيار يتحدد به القانون المختص ؟

أولا : حالة تمتع الشخص بجنسية دولية القاطن من بين الجنسيات المتعددة

يذهب الإتجاه الغالب في القانون المقارن أي أنه إذا كانت جنسية دولة القاطن إحدى الجنسيات المترجمة وجب إعتماد هذه الجنسية و تطبيقها بغض النظر عن باقي الجنسيات و دون إعتبار لكون هذا الشخص مرتبطا من الناحية الفعلية بإقليم هذه الدولة أم لا أم تربطه بها مصالح أو يعيش هذه الجنسية فعلا وواقعا أو مجرد إرتباط إداري فقط [2] و قد أخذت به تشريعات غالبية الدول العربية و طبقته أحكام القضاء في لبنان [3] و هو ذات الحل الذي أخذ به المشرع

[1] – طيب زروتي ، مرجع سابق ، ص97 الفرع الثالث: **إشكالات التي تعترض القاطن لتطبيق القانون المختص**

[2] – عكاشة محمد عبد العال

[3] – مثل المادة 25 / 2 من القانون المدني الليبي ، المادة 25 / 2 مدني مصرس و الفصل (39) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي

الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 22 من القانون المدني الذي أعطى الأفضلية للجنسية الجزائرية و ألزم القاطن بتطبيق القانون الجزائري على المعني .[1]

ثانيا : حالة تمتع الشخص بعدة جنسيات ليس من بينها جنسية القاطن

و في هذه الحالة يميل الإتجاه الغالب في الفقه إلى الإعتناء بالجنسية الفعلية بمعني الجنسية التي تظهر الوقائع و الظروف و أن الشخص يرتبط بها فعليا أكثر من غيرها من الجنسيات التي يتمتع بها [2] كأن يتبين له أن هذا الشخص يقيم بشكل دائم في إقليم دولة معينة .

أو يتقلد فيها وظيفة عامة و غيرها ، فيختار جنسيتها دون غيرها من الجنسيات المتنازعة و هذا هو الذي تبناه المشرع الجزائري بموجب الفقرة الأولى من المادة 22 من القانون المدني[3]

ثالثا: الإحالة بإعتبارها إشكالا في مسائل الميراث

و تيسيرا لعمل القاطن من جهة و توسيعا لتطبيق القانون الجزائري من جهة أخرى أخذ بالإحالة بعد التعديل القانون المدني 2005 حيث أنه أخذ موقف صريحا من الإحالة بنصه في المادة (23 مكرر 01) في القانون المدني على إذا تقرر أي قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق إلا أحكامه الداخلية دون تلك الحاصلة بتنازع القوانين من حيث المكان ، غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص .

[1] – بلقاسم أعراب ، "مرجع سابق " ، ص 207

[2] – د. أحمد فظلي ، مرجع سابق ، ص 86

[3] – بلقاسم أعراب ، "مرجع سابق " ، ص 206

الفصل الثاني :المعاملات المالية في مجال الأحوال الشخصية في الزواج

تنتقل الأموال بين الأفراد بعدة طرق فقد تكون بموجب عقد وتكون بموجب القانون كالميراث وقد تكون بالإرادة المنفردة كالوصية وقد تكون بموجب التبرع كالهبة والوقف.

تعتبر مسالة الميراث من أكثر المسائل التي من الممكن أن يثور بشانها تنازع القوانين في حالة وقوع نزاع حول الملكية يؤدي إلى تحديد القانون الواجب التطبيق بين الطرفين احدهما وطني والاخر أجنبي مما ادى إلى نشوب خلافات مختلفة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على الميراث .(المبحث الأول)

و نظرا للأهمية التنموية والاجتماعية للتصرفات التبرعية فقد علقت مختلف التشريعات على تنظيمها تنظيما محكما وبالرجوع إلى التشريع نجد هذه التصرفات التي نص عليها قانون الأسرة كالوصية، الهبة ،الوقف تعد من أهم التصرفات التبرعية وأكثرها شيوعا وخطورة .(المبحث الثاني)

المبحث الأول :

الوقائع القانونية (الميراث)

وباعتبار انتقالا للمال بطريقة غير تعاقدية ادى إلى إختلاف التشريعات في تصنيفه هل هو من الأموال العينية أو من الأحوال الشخصية .(المطلب الأول)

فبالنظر إلى العنصر الرئيسي في علاقات الميراث من شأنه تغليب واقعة الوفاة باعتباره الشرط الأساسي للتوريث وبالتالي إخضاع الميراث لقانون مكان حدوث الوفاة والاعتداد بالجانب المالي في الميراث باعتباره من نظام الأموال يؤدي إلى اخضاع الميراث لقانون موقع المال.

أما باعتبار الميراث متعلقا بالأحوال الشخصية يؤدي إلى إخضاعه لقانون الجنسية المتوفي.
في هذا المبحث سوف نتطرق إلى مجمل الآراء التشريعية في الفقه المقارن (المطلب الأول) ثم على الرأي الذي يتبناه المشرع الجزائري .(المطلب الثاني)

المطلب الأول :

تحديد فئة الإسناد المتعلقة بالميراث

الميراث هو الحق الوارث من مورثه بسبب من أسباب الإرث بموجبه يتقرر انتقال ما كان في ملكية المالك في حياته إلى ورثته ويقصد بالميراث كذلك أنه خلاف بسبب الموت بحكم القانون إلا أن تعريفه قد عرف خلافا فقهيا وتشريعيا خاصة بين الدول الاسلامية والعلمانية(الفرع الأول) فتختلف الدول في الأنظمة التي تطبقها على الميراث لذلك من المهم دراسة مسألة تحديد فئه الإسناد المتعلقة بالميراث المستقل على عنصر أجنبي (الفرع الثاني)

الفرع الأول :

تعريف الميراث

يوجد إلى جانب التعريف اللغوي عند التعاريف له من الناحية الاصطلاحية إذا كان المشرع الجزائري على غرار أغلبية التشريعات الأخرى لم يرد تعريف له فإن القضاء قد تكفل بذلك.

أولا :التعريف اللغوي : الميراث جمله من المواريث واصله (موارث) فقلت واو ياء بسكونها وإنكار ما قبلها.

وكلمه ميراث هي من قليل الألفاظ المشتركة لتحدد استعمالا لها فإن تستعمل :

1_كمصدر للفعل ورث فيقال ورث فلان أخاه يرثه إرثا ووراثة ميراث وهو بهذا الاستعمال

يطلق على أحد المعنيين المعنى الأول الانتقال وهو نوعان :

أ_مادي : وهو انتقال تركة مالية أو عقاريه إلى الوارث

ب_معنوي : بمعنى انتقال امر معنوي من شخص إلى آخر [1].

المعنى الثاني : البقاء قال الله تعالى " انا لا نحن نحيي ونميت ونحن الوارثون "[2] أي الباقون والباقي من أسماء الله الحسنى أي الباقي بعد فناء الخلق وهو بقاء لا بلحقه فناء أبدا والجمع في الأية للتعظيم.

2_كإسم.مفعول : بمعنى الشيء الموروث وتكون مرادفة للإرث فيقال ميراف أو إرث أي موروث.

[1] _ هاني الطعيمات : **فيه الأحوال الشخصية في الميراث و الوصية** ، دار الشروق ،عمان ، الأردن ، 2007 ، ص 23

[2] _ سورة الجدر ، الأية 23

3_ كعلم مخصوص من علوم الشريعة : وهو علم الميراث ويسمى بعلم الفرائض[1] .

ثانيا: التعريف الاصطلاحي

ولقد عرفه الدكتور محمد علي الصابوني على أنه انتقال الملكية من الميت إلى ورثته الأحياء سواء كان المتروك عقارا أو منقولا أو حق من الحقوق الشرعيه القابلة للانتقال بطريق الميراث[2]

كما عرفه العربي الحاج : الميراث في الاصطلاح الشرعي بانه اسم لما يستحقه سبب من أسباب للإرث سواء كان المتروك مالا ، او عقارا ام حقا من الحقوق الشرعيه فهو علم يعرف بمقتضاه النوع المستحقين لتركه الصافية وتطبيق من الوارث واحد أو متعدد وكيفية تصفية التركة وتسليمها لمستحقيها[3].

و بالتالي تعريفنا للميراث فهو كالاتي هو انتقال مجموع الاملاك التي يخلفها المتوفي بعد سداد ديونه إلى ورثته وفقا لقواعد شرعية.

ثالثا: التعريف التشريعي

لم يعرف المشاريع الجزائري في قانون الأسرة تعريف الإرث مثله مثل التشريعات العربية بينما عرفه القانون الإماراتي بأنه انتقال حتمي للأموال والحقوق المالية بوفاة مالكهم لمن يستحقها[4]

---

[1] _ هاني الطعيمات : **المرجع السابق** ، ص 23

[2] _ محمد على صابوني : **المواريث في الشريعة الإسلامية على ضوء الكتاب و السنة** ، مكتب الرحاب ، الجزائر ، 1990 ، ص 34

[3] _ العربي بلحاج : **أحكام التركات و المواريث في ضوء قانون الأسرة الجديدة** ، دار الثقافة ، عمان، الأردن ، 2009 ، ص 22

[4] _ الرشيدين شويخ : **الوصية ، الميراث في قانون الأسرة الجزائري ، دراسة مقارنه للتشريعات العربية** ، دار الخلدونية، الجزائر ، 2008

رابعا: التعريف الفضائي

لقد عرفت المحكمة العليا الميراث بأنه ما يخلفه المورث من أموال جمعها وتملكها أثناء حياته ومن ثم فإن التعويض عن الأضرار ليس إرث ولا يدخل ضمن عناصر التركة لشموليتها استحقاقه لكل متضرر وارث كان أو غير وارث ولخضوع التقدير فيه يحسب قيمة الضرر[1]

الفرع الثاني :

اختلاف الرأي حول الطائفة التي يدرج ضمنها الميراث

تعتبر المواريث إحدى المواد المثيرة الجدول لأنها تقع على حدود فاصلة بين الحالة الشخصية و الحالة العينية بل حتى على حدود الأعمال القانونية.

ولقد أختلف الفقهاء و حتى التشريعات ما إذا كان الميراث يدخل ضمن الأحوال الشخصية أو العينية بتحديد القانون الذي يخضع له المستفيدين بأدلة و دوافع و هذا ما سنراه في هذا الفرع . في الميراث ضمن طائفة الأحوال الشخصية :

لقد ادرج الميراث ضمن طائفة الأحوال الشخصية لدى بعض الدول من خلال توسيع نطاق الأحوال الشخصية وقد اسند إلى فكرة الإرث يتصل بواقعة الوفاة ويؤسس هؤلاء موقفهم انطلاقا من روابط النسب ، القرابة ، واعتبارات أخرى تعود إلى المحافظة على أحوال المتوفي ضمن نطاق العائلة حسب اختلاف درجة القرابة والنسب فكلما زادت درجة القرابة ازدادت الحصة الإرثية [2].

[1] _ المحكمة العليا غ.ن 1982/4/14 ملف رقم 24770 م ،.ف 1982

[2] _ سليمة وصيف خالد : **تنازع القوانين في الميراث و الوصية** ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة ، جامعة الشهيد جمعة لخضر ، الوادي ، 2015 _2016 ، ص 16

لقد تأثر بنظرية الفقيهين مانشتي سافيهي " [1]

ولقد كان لهذين الفقهيين دورا هاما من خلال اتساع مجال تطبيق مبدأ شخصية القوانين من جهة وقانون الجنسية، بوصفها القانون الشخصي ليشمل الأجانب، الحالة، والأهلية والميراث في العقار وفي المنقول والنظام المالي للزوجين وكذلك المنقولات[2] .

ومن دوافع تصنيف الميراث ضمن الأموال الأحوال الشخصية ان أنصار هذا الاتجاه قد نادت بتطبيق الميراث ضمن الأحوال الشخصية مستنده في ذلك على عده اسباب نذكر منها :

أن الميراث يتصل أساسا بواقعة حياة الشخص ووفاته والاسباب المؤدية أي الميراث هي عبارة عن مجموعة من العناصر المأخوذة من حالة الشخص ودرجة القرابة وكذلك مصلحة العائلة والتنظيم الأسرة و كفالة التضامن بين الأفراد يهيمن على أيوله الترة إي إن الأمر يتعلق بخلافة أسرته اكثر منها ملكية مجردة للأموال ولهذا يخضع الميراث للنظام الذي يخضع له الشخص بنفسه سواء كان قانون الجنسية أو قانون الموطن[3].

---

[1] _ _يعد ماشيني زعيم المدرسة الإيطالية الجديدة التي تميزت عن المدرسة الإيطالية القديمة وهي تقوم بالشخصية القوانين مأخوذ عن الدكتور فؤاد رياض: **تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي أثار الأحكام الأجنبية**، دار النهضة العربية, 1994 ص17وقد اعتمد ماشيني مبدأ شخصية القوانين إلى حد المغالاة فرأى القوانين توضع للأشخاص لا للإقليم وهي لا نصلح لغير الأشخاص الذين وضعت لهم ولقد نادى الدولة الإيطالية التي تتكون منها الأمة الإيطالية وحدها ورأى مبدأ شخصية القوانين يجب أن يكون هو الأصل مخالفا بذلك النظريات السابقة التي جعلت اقليمية القوانين هي القاعدة اكثر بدوره من الاستثناءات حتى قيل عن هذه الاستثناءات قد فاقت الأصل وأصبحت أكثر منه ولم يتبنى في الأصل إلا القواعد الخاصة بالأحوال الشخصية.

مأخوذة من كتاب الدكتور علي علي سليمان ، **المرجع السابق**، ص 33 ، 34

[2] _ سليمة ضيف حالة: **المرجع السابق** ، ص 17

[3] _ موحند سعاد : **القانون الدولي الخاص**، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، دون سنة نشر ، ص 5،3

ثانيا : تصنيف الميراث ضمن طائفة الأحوال العينية

يرى أنصار هذا الاتجاه أن إدخال الميراث بعد الوفاة ضمن الحالة العينية في انتقال الأموال بسبب الوفاة يعد أسلوب عادي كغيره من أساليب انتقال الأموال ولا يختلف عن الوسائل الأخرى إلا في سبب هذا الانتقال المتمثل في الوفاه لذلك لابد إن تتبع التركات بالنظام القانوني الذي يتمتع الذي يخضع له المال نفسه إلى القانون العيني [1].

و سيتخذون في ذلك وإن كان نتيجة انتهاء الشخصية فهو إحدى أسباب إنتقال الملكية ولا يختلف عن الوسائل الأخرى لنقل الملكية الا في كونه صادر عن واقعه مادية هي الوفاة ، ، التي تخاف أثار قانونية تتمثل في الإرث إلا أن موضوعه هو المال لذلك يجب إخضاع الإرث للنظام القانوني الذي يخضع له المال نفسه مهما تغيرت طريقة الانتقال[2] .

وعلى رأس التشريعات التي غلبت الطابع المالي للميراث والوصية نجد التشريع الفرنسي الإنجليزي والأمريكي وغيرهم الذي اعتبر الميراث من الأحوال العينية وميز بينها وبين الميراث المنقول وغير المنقول[3].

ثالثا : تصنيف الميراث ضمن فئة مستقلة

نظرا للطابع الخاص للميراث وارتيائه بالأموال الشخصية وكذلك بالأحوال العينية يرى الفقه الحديث بأنه لا يمكن إدراج الميراث ضمن طائفة الأحوال الشخصية كونه نتيجة انتهاء الحالة

[1] _ موحند سعاد: **القانون الدولي الخاص** ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ، دون سنة النشر ، ص 315

[2] _ صلاح الدين جمال الدين : **تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون** ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر ، 2007 ، ص 311

[3] _ غالب داوي : **القانون الدولي الخاص** ، الكتاب الأول ، تنازع القوانين ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية ، دراسة مقارنة ، دار وائل ،للطباعة و النشر ، عمان الأردن ، 2001 ص 113

الشخصية وفي حين أن الأحوال الشخصية نتيجة لوجود الشخص [1] ، وفي المقابل لا يمكن إدراج الإرث في مجال الأحوال العينية لأن مضمونها يختلف تماما عن فكرة مركز الأموال باعتبار موضوع الإرث هو تركة المتوفي منظورا اليه كمجموعه شائعة وليس المال منظورا إليه منفردا ولهذا التوجه إدخال الإرث في فئة قانونيه مستقلة [2] .

الفرع الثالث :

تحديد ضوابط الإسناد المتعلقة بالميراث

_لقد اختلفت بعض التشريعات ضابط الإسناد المتعلق بالميراث مثلما اختلفت حول طائفة التي تندرج ضمنها هذا الأخير و، فهناك من يخضعه لقانون موقع المال ،و البعض الأخر ، خضعه لقانون لجنسية المتوفي على خلال في الرأي السابق فإن التشريعات أخرى احتارت معيار آخر وهو الموطن و هذا ما سوف نفصل فيه هذا الفرع.

أولا : قاعدة إخضاع الميراث لقانون موقعه

ثمة اختلاف كبير بين الفقهاء في إخضاع الميراث لقانون موقعه بين إخضاع العقار فقط و بين من يخضع الميراث كله بآل يا ة و متقول.

و العقار قيمة كبيرة ترتبط بمكانة الأرض خاصة في العهد الإقطاعي الذي يقوم على الاقطاعيين و الذي كان لها مفهوم ترابي باعتبار الارض هي تصب الحياة وكما أن هذه الفكرة هي تطبيق لقاعدة أهم وهي خضوع المال لقانون موقفه التي كانت من أولى , القواعد التي

---

[1] _

[2] _ شلورو نورية : **تنازع القوانين في مسائل الميراث و الوصية و سائر التصرفات المضافة في مابعد الموت** ، مجلة صوت القانون ، المجلد الخامس ، العدد 02 ، آكتور 2018 ،كلية العلوم السياسية ، جامعة جيلالي لباس ، سيدي بلعباس ، ص 208

ظهرت في العالم فلقد وجدت جذورها الحقيقية في ظل إقليمية القوانين التي سادت في غصر الإقطاع ، لم ثم أخذ بها فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة ، في القرن (16) السادس عشر برزت قاعدة خضوع العقار لقانون موقعة عند " دار جنترية بشكل مستقبل فلقد كانت الأموال العينية عنده تلك المتعلقة بالعقارات وحدها ، تطبق إقليميا و أكدها الفقهاء الفرنسيون و غيرهم و أخذ بها الفقيه الألماني سافيني [1].

قد ذهب " تيبوابيه" ألى أن الميراث كله بعقاره ومنقوله يجب أن يخضع لقانون موقع المال لعوامل اقتصادية واجتماعية وسياسية[2] .

ثانيا: الموطن كضابط إسنادي في الميراث

ذهب بعض الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه " نيبوية " ، Niboyet ,إلى تحديد القانون الشخصي إستنادا إلى معيار الموطن ، أو محل الإقامة ، اعتمادا عدة اعتبارات اهمها أن الشخص يرتبط بالمحيط الذي يقيم و يتفاعل معه علميا ، حيث يؤسس مركز مصالحة و يعيش فيه بصورة اعتيادية و يوطد علاقات الاجتماعية والعائلية ويكون ارتباطه هذا أكثر واهم من ارتباطه بقانون جنسيته بالإضافة إلى ذلك فان اخضاع الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة لقانون الموطن وحده النظام القانوني للشركة من جهة ومن جهة أخرى لديه ميزة خاصة كونه يكون غائب موقع المال عقارا أو منقولا لأنه في الغالب الدولة التي يتوطن فيها الشخص مركز لأعماله ومكان وجود أمواله وموطن لعائلته ولقد أيد مؤتمر لاهاي حول القانون الدولي الخاص في

[1] _ عزالدين عبد الله :**القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين ،تنازع الاختصاص القضائي الدوليين** ، الجزء الثاني ، الطبعة الثامنة ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986 ، ص 338

[2] _ روسي طيب : المرجع السابق، ص184

أكتوبر 1988 هذا الاتجاه ، حيث تبنى مشروع اتفاقية حول القانون المطبق على الشركات بسبب الموت، اعتمد من خلاله رابطا موحدا للمنقولات والعقارات وهو عموما المقام المعتمد[1].

للمتوفي إنه هو بقي فيه على أقل خمسة سنين قبل وفاته إلا في قانون جنسيته إن كان المتوفي أكثر إرتباطا لهذه الدولة (المادة 03) و يستيطع المتوفي قبل وفاته أن يختار رأيا من القوانين و خاصة عند تحرير وصية و ذلك حماية لقانونية الوصي أو القانون محل الإقامة المضاد (المادة 5)[2]

ثالثا : الجنسية كضابط إسناد للميراث

رغم الإنتقادات التي وجهت لقاعدة الإسناد الخاصة بالميراث في فرنسا نظرا للإشكالات التي أثار لها ازدواجيتها ، إلا أنها طبقت لأمر طويل إلى غاية 17 أوت 2015 و هو تاريخ دخول لائحة الإتحاد الأروبي رقم 650/ 2012 الصادرة عن البرلمان الأروبي 4جويلية 2012 و المتعلقة بالميراث حيز التنفيذ و التي أقرت بقاء العمل بقاعدة الإسناد التي كان معمولا بها على كل التركات التي توفي أصحابها قبل 17 أوت 2015 بينما سندت قاعدة الإسناد موحدة تطبيق على العقارات و المنقولات على حد سواء[3].

ثالثا : الجنسية كضابط إسناد للميراث

لقد أخضعت تشريعات بعض الدول الميراث لقانون جنسية المتوفي ، و لقد أثار هذا الضابط صعوبات عديدة.

[1] _ هشام علي صادق : المرجع السابق ، ص 313

[2]–شبورد نورية ، "المرجع سابق " ، ص 212

[3]– لعطر فتيحة ، **أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في القانون** ، تخصص القانون الخاص الداخلي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ،2018 ، ص 42 – 43

و لقد قامت بإسناد الميراث لقانون الجنسية و بالضبط لقانون جنسية المورث لأنه حجر الزاوية في الميراث إذ لا تركة بدون ميراث[1].

ولقد أخذ بها الإتجاه كل من ألمانيا ، قبل دخول لائحة الإتحاد الأروبي رقم 650 / 2012 المتعلقة بالميراث حيز التنفيذ بتاريخ 17 أوت 2015 و جل القوانين العربية و إن كانت معظم الدول العربية بما فيعا القانون المدني المصري في مادته 17 قد إختارت إسناد الميراث لقانون جنسية المورث وقت وفاته إلا أن البعض منها أورد إستثناءات على هذه القاعدة ، بينما فضل البعض الأخر وضع قاعدة إسناد ذات طابع ضابط إسناد متعددة[2].

و تجدر الملاحظة أن قانون جنسية المورث من شأنه أن يحقق وحدة القانون المطبق على التركة و بذلك تجنبت التشريعات التي أخذت بهذا المبدأ تعدد القوانين التي تحكم التركة إذا ما كانت الأموال موزعة في عدة دول أو كانت الورثة منتمين إلى عدة جنسيات و ذلك بالأخذ بقانون جنسية المورث دون غيره من القوانين كقانون موقع المال أو قانون جنسية المورثة ، كما أن القوانين المؤدية لهذه النظرية قد ساوت بين المنقولات و العقارات و لم تخضع كلا منهما لقانون كما فعلت بعض التشريعات.

---

[1]–فاطيمة موشعال ، " **دور الحنسية في حل مشاكل تنازع القوانين** ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الدولي الخاص ، ملية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 2011– 2012 ، ص 75

[2]– المادة 18 / 1 مدني سردي ، المادة 17 /1 مدني ليبي ، المادة 22 مدني عراقي مع إختلاف في التفاصيل ، المادة 47 من القانون الكويتي رقم 05 لسنة 1961 ، المادة 17 /1 من قانون الإتحادي رقم 05 لسنة 1985 دولة الإمارات العربية المتحدة – لعطر فتيحة المرجع سابق ، ص44 . نقلا عن حسن الهنداوي ، تنازع القوانين و أحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني ، دار عدلاوي ، الأردن ، 1993 ، ص 127

رابعا : موقف المشرع الجزائري

بإعتبار أن الميراث في الجزائر يعتبر متصلا بنظام الأسرة إذ أنه ينظم إنتقال مال المتوفي إلى ورثته من أقر بائه كما أن قانون الأسرة هو الذي تولي بين أحكامه فقد أخضعه المشرع إلى قانون جنسية المتوفي ، جاء في **المادة 16 من القانون المدني** "يسري على الميراث و الوصية و سائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون المالك أو الوصي أو من صدر منه التصرف وقت موته.

و نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يأخذ بالتفرقة بين الميراث في العقار و الميراث في المنقول فيكون بذلك قد أخذت بالاتجاه المدافع عن إخضاع الميراث في مجمله القانون واحد[1].

–و هنا نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بالنظرية التي تعتبر المواريث من الأحوال الشخصية و هي النظرية التي أخذت بها معظم الدول العربية و الإسلامية.

الفرع الرابع :

نطاق تطبيق قانون جنسية المورث

هناك مسائل تدخل في نطاق تطبيق قانون جنسية المورث اي مسالة تنظيم الحق في الارث ويتضمن عده نقاط في مجال تطبيق هذا القانون.

اولا :المسائل التي تدخل في نطاق تطبيق قانون جنسية المورث

بعدما توصلنا إلى أن المشرع الجزائري اخذ بقانون جنسية المورث وجب علينا ان نحدد المسائل التي تدخل في نطاقه

[1]– اعراب بلقاسم ، **القانون الدولي الخاص** ، "المرجع السابق " ، ص 273

1_**اسباب الارث:** كالقرابة الزوجية **(المادة 126 قانون الأسرة الجزائري)** واضاف المشرع المصري سببا اخر وهو العضوية السببية وهو ما ورد في المادة 7 من القانون المصري بشأن المواريث ورد مثله في مدونة الاسرة المغربية في المادة 329

2_**بيان شروط استحقاق الارث** :وذلك ببيان ما اذا كان استحقاق الإرث منوط بتحقيق موت المورث حقيقة او يكفي الموت الحكمي؟ جاء في المادة 127 يستحق الارث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي.[1]

و جاء في المادة 01 من القانون المصري يستحق الارث بموت المورث او باعتباره ميتا بحكم القاضي والمادة الاولى من القانون الاحوال الشخصية والميراث والوصية رقم 25 الاردني، اما المشرع التونسي فقد اشترط تحقيق حياة الوارث بعد الموت بالاضافة الى موت المورث حكما وهو ما نص عليه الفصل 85 من مجلة الاحوال الشخصية التونسية ، اما المدونة العربية فقد جعلت شروط الارث ثلاثة ،يشترط في استحقاقة موت المورث حقيقة او حكما.

_التحقيق من حياة الوارث بعد موت المورث

_العلم بجهة الارث وهي الزوجية والقرابة.[2]

_اما بالنسبة لميراث الحمل اذا كان يرث فما هي شروط استحقاقه للميراث وهل يشترط ان يولد حيا؟

[1]–_المادة رقم 01 من قانون المواريث المصري رقم 77 لسنة 1934

[2]_المادة 230 من مدونة الأحوال الشخصية رقم 07_03

فمتى يعتبر مولودا حيا ؟ وقد ورد في القانون الجزائري لا يرث الحمل الا اذا ولد حيا ويعتبر حيا اذا استهل صارخا او بدت منه علامات ظاهره بالحياة[1].

كما نص المشرع الجزائري في القانون المدني على ما يلي "على ان الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط ان يولد حيا و لقد نصت الفقرة02 من المادة الثانية من القانون المصري ويكون الحمل مستحقا للإرث اذا توفرت فيه من نص عليه في المادة 43 في فقرتها الاولى " إذا توفي الرجل عن زوجته فلا يرثه حملها الا اذا ولد حيا لخمسة و ستين وثلاثمئة يوم على الاكثر من تاريخ الوفاة او الفرقة " وما حكم شخص لا يعرف ايهما مات أولا ؟ أي معرفة توارث من ماتوا في نفس الوقت وقد اجاب المشرع الجزائري في المادة 129 من قانون الاسرة على هذا "اذا توفي اثنان او اكثر ولم يعلم ايهم هلك اولا فلا استحقاق لاحدهم في تركة الاخر سواء كان موتهم في حادث واحد ام لا و مثله المشرع في المادة الثالثة[2].

ثانيا : تخرج من نطاق تطبيق قانون جنسية المورث

مثلما رأينا المسائل التي تدخل في نطاق تطبيق قانون جنسية المورث فقد توجب علينا إدراج مسائل أخرى التي تخرج عن هذا النطاق و المتمثلة في مايلي:

✓**الشهر** : إذا كانت التركة تشمل على حقوق عينية عقارية و كانت الدولة التي يقع بها العقار محل هذه الحقوق تتطلب لشهر التصرفات الصادرة من الورثة في شأنها إتباع إجراء معين من إجراءات العلانية كإعلام الورثة ، مثلا فإنه يتعين مراعاة حكم قانون موقع العقار في هذا الشأن حتى و إن كان القانون الذي يحكم الحق في الإرث لا يستلزم شيئا من ذلك.

[1]– المادة 124 من قانون الأسرة الجزائري 05_02 و المادة 25 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري 05_01

[2]_ د. لوعيل قويدر ، **تنازع القوانين في الميراث و الوصية و الوقف في التشريعات العربية و الاجتهاد و القصاص** ، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية ، العدد 8 ، جامعة وهران ، احمد بن بلة 1 ، بدون ءكر السنة ، ص190

كما يختص قانون موقع العقار بتحديد الجزاء الذي يترتب غلى عدم إتباع حكمه في شهر المستندات المثبتة للحق في الإرث ، و يختص أيضا بتقرير إجراءات العلنية التي ينبغي لها تحقيق إطمأنانية في التعامل ، حتى و إن لم يكن محل الإجراء حق من حقوق العينية[1].

✓**حالة الشيوع** : إذ يتعين بالرجوع لقانون موقع أعيان التركة في شأن ثبوت الحق في طلب القسيمة للورثة و من في حكمهم ، و في شأن ما يرتبط بهذه المسألة من مدى إلزام النشأ يعين بالبقاء على حالة الشيوع كما أن هذا القانون هو المرجع كذلك في شأن تحديد أثار القسمة و في شأن تعيين ما إذا كانت القسمة و بتالي مقررة أم منشئة[2].

و المشرع الجزائري اخذ بنظام الشهر العلني بموجب الامر 75_ 74 والمراسم المطبقة له مبدئيا هذا النظام مبدأ قيد مطلق ومفادها ان الشهر هو مصدر الحقوق العينية العقارية[3].

وقد نصت المادة 793 من القانون المدني الجزائري على ذلك[4]

---

[1] – _د.يمينة قصير ،**حماية الحقوق المجاورة لحق المؤلف في إطار العلاقات الدولية الخاصة** ، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص ، جامعة الجزائر سعيد حمدين ،2016 ،ص242-244

[2] _ الطيب بن علبة ،**الاختصاص التشريعي في المسائل الميراث ذي طابع الأجنبي** ، مذكرة ضمن متطلبات الماستر في الحقوق ، قانون الأسرة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،قسم الحقوق ، جامعة زيان عاشور الجلفة ، 2019-2020,ص35

[3] –_صدافي عمر ، **التصرفات العقارية في القانون الجزائري** ، رسالة ماجستير ،جامعة الجزائر ،د.ت غير منشور ، ص76

[4] – فالمادة صريحة في جعل انتقال العقار لا يتم الا بالشهر ولقد احالتها على قانون الشهر وهو المرسوم 76 _63 وقد نصت المادة 91 منه على ان انتقال الملكية العقارية بسبب الوفاة يجب ان يثبت بموجب شهادة موثقة وابدت المادة 39 منه على ان الحديث عن العقارات التركة فانه يجري عليها ما يجري على العقار عموما لانعدام التخصيص لأن المادة 75_ 74 عملت معناه الحقيقي فهي لم تتناول سوى اثر سريان الشهر فجعلته من يوم الشهر في العقارات عموما وخصصت المتنقلة عن طريق الوفاة بان يبدا سريان الشهر من يوم الوفاة ،نكاح عمار ، "الشروط القانونية في إنتقال التركة العقارية في التشريع الجزائري ، مجلة العلوم الانسانية ، عدد 544 ، المجلد ب ، كلية الحقوق ، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة ، الجزائر ، 2015 ، ص62

- **التركة الشاغرة**

من بين المسائل المستثناة تطبيق قانون الجنسية تلك المتمثلة في التركة الشاغرة ومن المعروف قانونا ان التركة التي لا وارث لها تؤول الى الدولة لكن الغموض يكمن في معرفة أي دولة تؤول إليها التركة هل هي الدولة التي يقع بها المال ام الدولة التي يحددها القانون الواجب التطبيق على الميراث

ومن ثم يطرح إشكال كيفية الحاق التركة الى الدولة على اساس انها وارث لمن لا وارث له فانتقال التركة لما ينظمه قانون الميراث التابع لجنسية المتوفي، اما اذا كان الانتقال على اساس سيادة الدولة على اقليمها فان التركة باعتبارها مالا لا مالك له[1].

ونفس الامر ناخذ به مختلف الانظمة التشريعية مع اختلاف بينهما في طبيعة استيلاء الدولة على هذه الأموال

وتعتبر دولا اخرى مالا شاغرا تستولي عليه بموجب سيادتها على اقليمها وباسم النظام العام الجزائر وهو ما تجده في المادة 180 من قانون الاسرة والمادة 773 من القانون المدني الجزائري[2].

وقد ذهب جمهور الفقهاء الى ان الدولة لا تعتبر وارثه انما ترجع اليها التركة من باب رعاية المصلحة.

–واستنادا الى المادة 222 من قانون الاسرة الجزائري فالقاضي ياخذ بهذا التفسير لان المواد المذكورة سابقا لم تبين طبيعة انتقال التركة الى الدولة رغم ان المرسوم رقم 454/ 91 المؤرخ في 23 نوفمبر 1991 المتضمن شروط ادارة الاملاك الخاصة والعامة للدولة نص في المادة

[1] –_هشام على صادق ،حفيظة السيد حداد ، **القانون الدولي الخاص** ، تنازع القوانين ، الجزء الثاني ، دار الفكر الجامعي ،مصر ،1999،ص318

[2] – زروتي الطيب ،"المرجع السابق"،ص185

98 منه على انه "عملا بالقانون يطالب والى الولاية التي توجد فيها املاك التركة الشاعرة باسم الدولة امام الجهة القضائية المتخصصة يحق الدولة في وراثة تلك الاموال[1].

–اما بالنسبة لحقوق وارثي التركة في البداية يظهر بان تصفية التركة من الديون امر يتعلق بالتركة وبالقانون الذي تخضع له التركة ،لكن الفقه الغالب يرى عدم اخضاع هذه الحقوق لقانون الميراث لان المسالة لا تتعلق بنظام الاشخاص وانما بنظام الاموال وسلامة المعاملات[2]

وبالتالي فان كان الميراث يخضع لقانون الشخصي للمتوفي فان التصرفات التي تتعلق بالتركة ستخضع لموقع المال.

ومن يرى عكس ذلك يرد عليه بأن التركة إلا بعد سداد الديون أي أن قانون الميراث يرجع إليه فقط بعد الصراع من مسالة الديون والحديث عن تطبيق قانون موقع المال لا يخضع فقط حقوق الدائنين وانما التصرفات الخاصة بنقل ملكية التركة والحيازة وكل ما يتعلق بالتصرفات الواردة على اموال التركة وهذا لا يتنافى مع تطبيق قانون جنسية المورث لأن هذا الأخير يبين ما سبق ذكره من اسباب الميراث و الأنصبة و حقوق الورثة و لا يتعلق بطرق و إجراءات إنتقال الملكية[3]

12–المرسوم رقم 91_954 المؤرخ في 23/ 11 / 1991 المتضمن شروط إدارة الأملاك الخاصة و العامة للدولة ، الجريدة الرسمية ، العدد رقم 60 ، المؤرخة في 24 / 11 / 1991

[2] – أعراب بلقاسم ، "المرجع السابق ،ص272

[3] _عبد الحكيم بوجاني ، "**مكانة النظام العام في القانون الواجب التطبيق على منازعات الميراث** ، المجلة المتوسطة للقانون و الإقتصاد ، المجلد 05، العدد 02 ، السنة 2020، المركز الجامعي بوشعيب بإحاج ، عين تيموشنت ، الجزائر ، ص منقول عن عليكوش قربوع كمال ، مرجع سابق ، ص264

المبحث الثاني :

التصرفات القانونية (التبرعات) الوصية و الهبة و الوقف

تثير التصرفات التبرعية العديد من الاشكالات على صعيد العلاقات الخاصة الدولية أبرزها مشكلة تنازع القوانين التي عكف المشرع الجزائري على غرار مختلف التشريعات على حلها بموجب قواعد الإسناد وتوضيح القانون الواجب التطبيق في هذه التصرفات ولقد نص قانون الأسرة على الوصية والهبة، والوقف التي تعد من أهم التصرفات التبرعية وأكثرها شيوعا وخطورة لأنها تؤثر على الذمة المالية للمتبرع مما قد يلحق اضراره بحقوق الورثة وقد تزداد حدتها خاصة بوجود عنصر أجنبي وفي هذا المبحث سوف نتطرق إلى هذه التبرعات مع إختلاف التشريعات في تكييفها والقانون الذي يحكم هذه التصرفات في مطلبين المطلب الأول سوف نتطرق إلى الهبة والوصية والمطلب الثاني إلى الوقف

المطلب الأول :

الوصية و الهبة

بالرجوع الى القانون فقد تطرق المشرع الجزائري في الكتاب الرابع من هذا القانون تحت عنوان التبرعات أي أهم التصرفات التبرعية واكثرها شيوعا وخطورة وهي الوصية والهبة والوقف فالوصية تعرفها المادة **184 ق.أ.ج** (الفرع الأول) أما الهبة فقد استقر المشرع الجزائري على اعتبارها من الأحوال الشخصية على الرغم أنها عقد ناقل للملكيةو في هذا المطلب سوف نتطرق اليه بالتفصيل

الفرع الأول :

الوصية

لقد عرفتها المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري بنصها " الوصية تحليل مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع "فالوصية هي تصرف في المال لا ينفذ إلا بعد موت الموصي وهي التصرف دون معارضة كمبدأ عام فهي من التبرعات وعلى ذلك فان المال الموصي به يبقى تحت خيارة الموصل الذي ينتفع به لغاية وفاته وتبعا لذلك يجوز للموصي الرجوع في الوصية والوصية من الحقوق المتعلقة بالتركة وبالتالي فإنها تستوفي منها قبل القسمة والموصي له اللجوء إلى القضاء للمطالبة بما أوصي له، بأنه يرفع الدعوة ضد الورثة ان رفض هؤلاء إعطاءه ما هو موصي به لصالحه [1].

كما عرفها القانون المصري في المادة الأولى من قانون الوصية، ب "الوصية " تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت " و عرفتها المادة (240) من قانون الأحوال الشخصية الامارتي 'الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت' [2]

ولقد الحق المشرع الجزائري تصرفين بالوصية يطلق عليهما بالوصايا الحكمية و هي في الأصل تصرفات أخرى ، (بيع ، هبة ، مبادلة ،،الخ) فهي ليست وصية و لكن القانون يعطيها حكم الوصية

[1] _ لحسن بن شيخ أثملويا: **قانون الأسرة نصف شرحا** ، دار الهدى ، عين مليلة، الجزائر، ص 150

[2] _ الطيب زروني : المرجع السابق ، ص 185

أولا: للتصرفات المتعلقة بالوصية

لقد ألحق القانون المدني بالوصية تصرفات قانونية أعطاها حكما و هي : تصرفات المريض مرض الموت ، و التصرف الوارث مع بالاحتفاظ بالحيازة.

أ_ تصرفات مريض مرض الموت

و يعرف بعض الفقه مرض الموت من سياق الحديث عن حالة المريض حيث يقول (أن المريض مرض الموت هذا الذي يكون سواء يكون الموت بسببه أم الهلاك ، الحالة بسبب ما هو فيه و أن يتصل و بعض الأثر يقول أن مرض الموت هو مرض يتصل به الموت مع علية الهلاك.. [1]

ولقد نصت المادة 176 /ف1 قانون مدني أو تصرف قانوني تبرعا مضافا أي ما بعد الموت و تسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف .

و من خلال هذه التعاريف تجد أنه يشترط شرطان لابد من توافرها من تكون بصدد ما يعرف بمرض الموت و هما [2].

1_ إن يكون المرض حسب طبيعته من الامراض التي يغلب الظن فيها تحقق الهلاك لإحالة ، لمعرفة ذلك يتم الرجوع إلى أهل الخبرة أي الأطباء الاختصاص.

2_ أن ينتهي المرض بالموت فعلا ، و مفادها أنه شفي المريض من احد الأمراض ثم أصيب بمرض ثاني عقبته الوفاة و كان قد أبرم تصرفا ملحقا بالوصية ولا يسري عليه حكمها.

---

[1] _ زهود محمد : **الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية** ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1991 ، ص 38

[2] _ المرجع نفسه ، ص 38 .39

ومن جهة أخرى فإنه الموت إذا اتصل بالمرض كان التصرف الذي أيرم خلاله قد تم في مرض الموت حتى لو نشأت الموت عن سبب آخر كالقتل و الموت حرقا أو غرقا و من ثم إذا تكلف أحد الشرطين السابقين كانت تصرفات الشخص سليمة و نافذة لأن المرض لم تكن مرض الموت

التصرف الوارث على الاحتفاظ بالحيازة **:نصت المادة 777 مدني جزائري على أنه** " يعتبر التصرف وصية وصية و يجري عليه أحكامها اذا تصرف شخص لأحد ورثته ، و استثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه مدى حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك[1]

لها مدى حياته [2] .، و مع انه لا يصدر من الموروث في مرض موته بل في حال صحته ، إلا أن القانون قيده بقيود لو تحققت قامت قرنية قانونية بسيطة على ان هذا التصرف مضاف إلي ما بعد الموت و تسري عليه و بالتالي أحكام الوصية ، [3] ، يشترط لكي يعتبر هذا التصرف وصية و نجري عليه أحكامها

_أن بحفظ المتصرف بحيازة العين و بحقه في الإنتفاع بها مدى حياته

متى اجتمعت هذه الشروط قامت قرنية بسيطة بأن التصرف وصية بعض النظر عن التسمية و التي قد تعطي لهذا التصرف سواء بيع أو هبة أو مبادلة ويجوز للمتصرف له أن يثبت العكس ، كما لو أثبت أن التصرف لم يكن على سبيل التبرع و إنما هناك عوض دفعه للمتصرف أو أثبتت أن المتصرف قصد نقل ملكية العين حال حياته [4].

---

[1] _ زهدور محمد : **المرجع السابق** ، ص 39 و تقابلها المادة 921 مدني بيبي ، المادة 1129 مدني أردمي ، و المادة 917 من القانون المدني المصري

[2] _ أحمد فراج حسين : **أحكام الوصية و الأوقاف في الشريعة الإسلامية**، دار جامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2003 ،، ص 10

[3] _ أحمد نصر الجندي : **الأحوال الشخصية** ، القانون الكويتي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2006 ، ص 666

[4] _ علي الهادي عبيري ، **الحقوق العينية** ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2005 ، ص 142

و بناءا على ما تقدم ا اذا عرض نزاع على القضاء الجزائري يتعلق بالتصرف القانوني فأول ما يلجأ اليه القاضي هو التكييف هذا التصرف فيما إذا كان عاديا أو يعد من الوصايا أو تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت يكون ذلك وفق القاعدة العامة لتكييف تخضع للقانون الجزائري باعتباره قانون القاضي.

ثانيا : الشروط الموضوعية و القانون الذي يحكمها

طبقا لنص المادة 16/1 من القانون المدني الثالثة الذكر يتضح ان المشرع الجزائري يخضع للشروط الموضوعية للوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت لنفس القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للإرث.

ويقصد بالشروط الموضوعية مجمل الشروط اللازمة لصحة الوصية من الناحية الموضوعية سواء تعلق بالوصي أو الموصي له أو الموصى به.

غير أنه يثور التساؤل حول خضوع كافة الشروط الموضوعية لقانون جنسية الموصي وقت وفاته لقد إختلف الفقهاء في ذلك ومر هذا الاختلاف أن بعض هذه الشروط يرد على الوصية بوصفها تصرف إرادي بمعنى يرد عليهما بحكم اتصالها اتصالا وثيقا بالميراث [1].

فالوصية وفقا لقواعد قانون الأسرة الجزائري" تصرف في التركة يضاف إلى ما بعد الموت وهي تنعقد عند صدورها من الموصي لكن يتوقف نفاذها على موته وقبول الموصي ولقد اشترط المشرع الجزائري في المادة 180 من قانون الأسرة في الموصي أن يكون سليم العقل وأن يكون بالغ 19 سنة على الأقل واذا يتجه الرأي الغالب و التشريع أن أهلية الموصي وصحته ، الإرادة والمحل والسبب في الوصية يخضع لقانون الموصي وقت عمل الوصية ونفس الحكم

[1] _ عز الدين عيد الله : المرجع السابق ، ص 361

بالنسبة للتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت لسريان أحكام الوصية عليها بنص صريح التطبيق لنص المادة 776_ 777 ._778من القانون المدني الجزائري[1].

ثالثا : الشروط المتعلقة بالوصية و القانون الذي يحكمها

تنص المادة 17 /ف2 من القانون المصري على قاعدة اسناد خاصة بالشروط الشكلية كالتالي : يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية ، و كذلك الحكم في التصرفات المضافة لما بعد الموت ".

كم أن المشرع الجزائري قبل التعديل هو الآخر لتنص على مثل هذا الحكم في الفقرة 2 / من المادة 16 من القانون المدني إلا أنه بعد التعديل الوارد في القانون 05_10 و سكوت المشرع الجزائري عن هذه المسألة أصبحت الوصية تخضع له سائر التصرفات القانونية من حيث الشكل في المادة 19 من القانون 05_10

ولقد اعتبرت الوصية صحيحة إذا كان شكلها موافق لقانون نحب الإبرام ، قانون جنسية الموصي وقت تحديد الإيصاء ، لقانون موطن الموصي لقانون محل الإقامة المعتادة للموصي عند التصرف أو عند الوفاة ، لقانون موقع العقار إذا كانت الوصية واردة على عقار [2].

الفرع الثاني :

الهبة

للشخص حرية التصرف في أمواله كيف شاء و لكن شاء ما دام أن التصرف ينجم اثاره القانوني حال حياته و ليس لورثته المحتملين اعتراض عليه في ذلك حتى ولو كان تصرفه تبرعا عن طريق الهبة.

[1] _ عز الدين عبد الله : **المرجع السابق**، ص 362

[2] _ لوعيل قويدر : **المرجع السابق** ، ص 19

أولا : تعريف عقد الهبة

أن المشرع الجزائري عرف الهبة ووضع أحكامها في الكتاب الرابع من قانون الأسرة ، وقد تم تعريفها في المادة (202) كما بلي : الهبة تمليك بلا عوض إلا أنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام يتوقف تماما على انجاز الشرط موهبة موقوفة على شرط "

_و حسب الشرط الاول من نص المادة يمكننا أن نلاحظ أن الهبة تمليك ما يفهم منه مثل ملكية مال تخرج عن ذمة الواهب لتدخل في ذمة الموهوب له أي تفتقره وتعني المستفاد من تصرفه و كل للمطالب متفقة على اعتبار الهبة تمليك بلا عوض أي بدون مقابل مجاني ، ذلكم جوهر الهبة أما الشطر الذي ينبغي قوله يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب القيام بالالتزام يتوقف على إنجاز الشرط [1].

كونها موقوفة على شرط مول اعتبار الهبة كونها عقد فإن المشرع الجزائري لم يعرفها مباشرة عقد لكن بالرجوع إلى نص المادة (206) [2] ، المشرع الجزائري لم يذكر هبة التبرع بصفة صريحة و لم يذكر عنصر الحياة بصفة جلية لأن الهبة لم تقع إلا في حياة كل من الواهب و الموهوب له.

_ولقد. عرفتها معظم التشريعات العربية على أنها اعتبارها عقد إما مباشر في المادة الصريحة[3] .

---

[1] _ داودي هدى : **الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري (دراسة مقارنة(**، مذكرة لنيل شهادة الماستر فيك الحقوق، تخصص أحوال شخصية ، جامعة زيان عاشور ، الجلفة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014_2015 , ص

[2] _ مادة 206 من ق.م .ج

[3] _ م 833 من مجلة الأحيان المدنية

_ مادة 577 من القانون المدني الأردني (م200! من قانون الأحوال الشخصية التونسية (م 894) من القانون المدني الفرنسي

ثانيا : القانون الذي يحكم التصرفات التبرعية (الهبة)

بما أن الهبة عقد ناقل للملكية فقد اتجاه بعض التشريعات كالقانون المصري و الليبي أي إدراجها في القانون المدني و إخضاعها لقانون الهبة . [1] ، بينما أتجه المشرع التونسي إلى إخضاعها لجنسية الواهب وقت حصولها باعتبارها من الأحوال الشخصية ، [2] و هو ذات الاتجاه الذي سلكه المشرع الجزائري بموجب التعديل حيث أضاف الفقرة الثانية للمادة 160 .ق.م.ج ، بإخضاع بموجبها الهبة لقانون الجنسية الواهب وقت إجرائها و سيري هذا القانون على مختلف الأحكام الموضوعية للهبة كتحديد أهلية الواهب مدى جواز الهبة للوارث ، أحوال الرجوع فيها ، بطلانها ، و تخضع الهبة من الناحية الشكلية لحكم المادة 19 ق.م.ج مع الملاحظ أنه إذا تعلق الأمر ب بالعقار فإن مسائل التوثيق و الشهر تبقى خاضعة لقانون الموضع [3].

المطلب 02:

الوقف

الفرع الاول:

مفهوم الوقف :

الوقف هو حبس العين على ملك الواقف ، والتصدق بالمنفعة ابتداء وانتهاء ، أو هو تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة .[4]

---

[1] _ علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 53

[2] _ الفصل 56 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998

[3] _ علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 83

[4] –السيد سابق ، **فقه السنة** ،الشركة الدولية للطباعة ،مصر ،2004 ،ط 1 ص 1069.

أولا : تعريف الوقف لدى المشرع الجزائري

ولقد أولى المشرع الجزائري اهتماما بالغا بالأملاك الوقفية خاصة العامة منها بسبب الطابع الديني التعبدي لها و لدورها الأساسي في تحقيق التكافل الاجتماعي، وذلك من خلال تدخله بالقواعد القانونية الكفيلة بإضفاء الحماية القانونية اللازمة لهذا النوع من الأوقاف .

فجاء تعريفه في القانون الجزائري في المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري " الوقف حبس المال عن لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق "[1]

ثانيا : تعريف الوقف لدى التشريعات الأخرى

أما المشرع المغربي " فقد عرفه بأنه " الوقف كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة...» ومعظم الدول العربية أفردت تشريعا خاصا بالأوقاف وأول تقنين للوقف كان في مصر . 1946 وتلتها كل من الأردن ولبنان وسوريا والكويت وفي العقد الأخير من القرن العشرين شهدت الجزائر أول حلقاتها بإصدار قانون رقم 91-10 الصادر في 27/04/1991 الذي يحدد القواعد العامة لتنظيم الأملاك الوقفية وتسييرها وحفظها ، وتلتها على مدى سنوات كل من اليمن وقطر وموريتانيا والإمارات العربية، وسلطنة عمان والمملكة الأردنية التي أصدرته سنة 2001 ، أما المغرب فتأخر إلى غاية 2010 ، وعموما نلاحظ أن تقنين الوقف بالجزائر مقارنة بكثير من الدول العربية قد تم م إذا فالوقف هو نظام الانتفاع بالمال ، مصدره الشريعة الإسلامية، ولقد أدرج المشرع الجزائري أحكامه الموضوعية ضمن الأحوال بكرا .[2]

ثالثا : مشروعية الوقف:

-**من القرآن الكريم** : قال الله تعالى : " لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون "[3]، وقال أيضا :" ياأيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ، ومما أخرجنا لكم من الأرض"[4]

---

[1] -المادة 01 من مدونة الأوقاف المغربية رقم 01 . 09 .236

[2] -حمس لرجام ، **الأملاك الوقفي في الجزائر** ، مقال بتاريخ 04/ 2009/11 ، المنتدى العقاري ، قسم التقنين العقاري،

[3] - سورة آل عمران الآية :91

[4] - سورة البقرة الآية : 266.

– **من السنة النبوية الشريفة:** إذا مات الإنسان انقطع عمله، إلا من ثلاثة أشياء: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له "رواه مسلم

– مشروعيته من الإجماع : اتفق جمهور علماء السلف على جواز الوقف وصحته[1]

الفرع الثاني :

القانون الواجب التطبيق على الوقف :

في ظل تصنيف المشرع الجزائري الوقف على أنه من الأحوال الشخصية لم يضع قاعدة إسناد خاصة به قبل تعديل القانون المدني في 20 جوان 2005 ، أما بعد تعديل أحكام تنازع القوانين بموجب القانون رقم 10/05 وبالنظر لما يثيره الوقف من منازعات ذات عنصر أجنبي خاصة في حالة الوقف على جهات خيرية غير وطنية أدرجت فقرة ثانية في المادة 16 منه خاصة بتنازع القوانين بشأن الهبة والوقف وقد أسندت الوقف إلى قانون الواقف وقت إجرائه وجاء نصها كالآتي :" ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائها ."

وبما أن الوقف هو تصرف مالي ينتج آثاره في الحين، فإن المشرع الجزائري قد حدد ضابط إسناده ألا وهي جنسية الواقف وذلك في حين مباشرة عملية الوقف.

ويشترط في الوقف أن يكون مملوكا للواقف ، وخاليا من كل نزاع ولوكان مشاعا ، كما يشترط في ال واقف أن يكون أهلا للتبرع رشيدا لا مكرها وقد قضت المحكمة العليا في قرارها الذي موضوعه : وقف – شروط الواقف والمال المحبس اختلالها - مخالفة الشريعة الإسلامية ، والمرجع في ذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادتين 213 و 216 من قانون الأسرة الجزائري وجاء فيه

[1] – مصطفى أحمد الزرقا، **أحكام الأوقاف**، دار عمار، عمان، 1998 ، ط2 ،ص 22

من حيث المبدأ : من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط في الواقف أن يكون أهلا للتبرع رشيدا ، ويشترط في المال المحبس أن يكون مملوكا للواقف معينا خاليا من النزاع ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية والقانون .

ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن المحبس كان عمره 99 سنة مريضا بصيرا وأن قطعة الأرض المحبسة ملك لشخص آخر ، فإن قضاة المجلس الذين قضوا بتصحيح عقد الحبس خالفوا أحكام الوقف والقانون. و متى كتن ذلك استوجب نقض القرار الطعون فيه .[1]

أولا: تحديد القانون الذي يحكم شكل الوقف :

يكون الوقف صحيحا في شكله إذا تم وفق أحد القوانين المحددة في المادة 11 من القانون المدني الجزائري : وذلك بقانون محل إجراء الوقف ، أو بقانون الموطن المشترك لطرفي الوقف أي الواقف والموقوف له ، أو بقانون جنسيتهما المشتركة ، أو بالقانون الذي يحكم موضوع الوقف نفسه .

وجاء في قانون الجزائري المتعلق بالأوقاف:" يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف"[2]

كما أن الوقف يخضع لإرادة الواقف وله الحق في الأخذ بأي مذهب إسلامي ، وهو ما ورد في قرار المحكمة العليا والذي موضوعه : الوقف – خضوع العقد إرادة المحبس – حق المحبس في الأخذ بأي مذهب، وبذلك فإن مخالفة هذه المبادئ تقضي بطلان ما يترتب عليها من أحكام مخالفة . وعليه يستوجب نقض القرار الذي يقضي بإبطال عقد الحبس لخروجه عن

[1] – جمال السايس ، **الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية** ، منشورات كليك ، ط1 ، 2013 ، ص470–472 رقم القرار 46546 قرار صادر بتاريخ 24 / 2/ 1988 ، المجلة القضائية 1989 ، العدد 1 ، ص 118 " قضية ب ض (ب م)

[2] – المادة 41 من القانون الجزائري رقم :91– 10الذي يحدد تنظيم الأملاك العامة للأوقاف وتسييرها وحفظها .

القواعد المعمول بها في المذهب المالكي مخالفا بذلك القاعدة الشرعية التي توجب احترام إرادة المحبس. [1]

ثانيا : مسائل الوقف المخالفة للنظام العام:[32]

- لا يصح الوقف على معابد غير المسلمين ولا على الذي ليس من البري في شيء.
- الوقف بالشروط المخالفة للشرع والقانون.
- الشروط المضرة بالوقف وبالمستحقين له, كما لو اشترط الواقف عدم محاسبة متولي الوقف عما صدر منه ولو كان مضرا بالوقف.
-

[1] – جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، الجزء الأول ، المرجع السابق، 470–472 ، رقم القرار 46546 ، قرار صادر بتاريخ 11/21 / 1988 ، المجلة القضائية 1989 ، العدد1 ، ص 118 ،قضية (ب) ضد (ب.م)

[2]

[3] – عبد الكريم زيدان ، **المفصل في احكام الاسرة والبيت المسلم** ، مؤسسة الرسالة ، ط1 ، الجزء 10، ص 435–436

خاتمة

توصلنا في نهاية البحث إلى أن المسألة المالية ، المسألة المتعلقة بتنازع القوانين في الزواج و انحلال الرابطة الزوجية وأثارهما في القانون الدولي الخاص موضوعا شائعا و يثير إشكالات متعددة من الناحية العلمية ولذلك راجع إلى تشابث العلاقات بين الأشخاص الطبيعيين و الاعتباريين وينصح لنا أن هناك العديد من المسائل التي أعطى لها المشرع أهمية بالغة منها ما يخص المسائل المتعلقة بالنفقة الأسرية و كذا الحضانة بإضافة حماية أموال القاصر من الضياع لذلك وضع مجموعة من الضوابط القانونية لإدارة أمواله حيث منح القاضي السلطة الواسعة دورا مهما في تعيين نواب شرعيين و مراقبتهم و كذا محاسبتهم عند تجاوز سلطانهم كما اولى عناية للشخص و حقوقه المالية ومنها الميراث باعتباره واحدا من اثأر انحلال الزواج وسبب من أسباب الملكية ضمن أحكام القانون الدولي وان منازعات الميراث و إشكال حيث عرضها على للفصل منها وذلك لكون كل الأطراف العلاقة القانونية ينتمون لنفس التي ينتمون إليها بينهما حيث يتواجد العنصر الأجنبي في هذه المنازعات يثير إشكالية تنازع القوانين لحكم هذه المنازعة وتتولى قواعد الإسناد دولة القاضي معالجة هذه الإشكالية عن طريق الإسناد و العلاقات القانونية والأكثر ملائمة بحكمها .

عليه ومن خلال تعمقنا في هذه الدراسة خلصنا لنتائج التالية

_من خلال التعرض لتطبيق قانون القاضي نجد أن المشرع الجزائري حاول إعطاء الهيمنة القانونية لتضييق مجال الأحوال الشخصية وان كان لهذا التوجه مبرراته فإنه لمه سيئاته والتي تتمثل في احتمال عدم ملائمة قانون القاضي لحكم العلاقة المعروضة عليه

_إن المشرع الجزائري حول القاضي شؤون الأسرة سلطة تعديرية واسعة في تقديره لنفقة وذلك حسب الطرفين سيرا وعسرا

_وان القاضي وضع في وضع محرج في مسألة الحضانة فهو ملزم من جهة بالبحث عن مصلحة المحصنون ومن جهة أخرى يجد نفسه مجردا من الوسائل التي تمكنه من البحث و التحقيق من توفر المسألة

_وقد حاول المشرع الجزائري للحد من ظاهرة رمي الأبناء لآبائهم في دار العجزة يتعلق بالواسطة الودية دورها في حل النزاعات الأسرية وذلك حسب اجتهاده بشرط مراعاة حال الطرفين سيرا و عسرا .

_ومن نتائج امتناع تسديد النفقة بين الأصول و الفروع تتمثل في تشرد و تسول الكبار ويرتاح للكبار في دار العجزة بإضافة إلى انتشار الاولاد في الشوارع و تسولهم بالرغم من تجريم المشرع لها .

ب_ وعدم تطرق المشرع الجزائري التي توارث في إيجاب النفقة بين الأصول و الفروع

–وقد وفق المشرع الجزائري

_بإخضاعه الميراث القانون حسنة المتوفى وقت وفاته وذلك في اعادة مادة 16 ق،م،ج مسايرا في ذلك موقف اغلب الدول التي ألقت الميراث بالأحوال الشخصية باعتباره متصلا بقانون الأسرة.

_ان المشرع الجزائري حصرا للقواعد المتعلقة بعقد الهيمنة في قانون الأسرة واستند أحكامها من الشريعة الإسلامية في الوقت الذي يجب أن يوسع نطاق القوانين النظمة لعقد الهيمنة ضمن نصوص القانون المدني الجزائري كونها سبب من الاسباب الملكية

_نرى بأن الملكية القانونية مازالت تعتقد أن الدراسات الحادة في مجال تنازع القوانين بالأخص هذه المسائل وعلى رأسها الوقف

_وكمحاولة من التدارك هذا النقص الموجود في التشريع الجزائري باعطاء بعض التوصيات

_ابداء العناية الفائقة بالأمور التي تخص الأسرة

وتحميل من المسائل الشائكة تنازع في أمور الحضانة النفقة الأسرية والنفقة بين الأصول والفروع وبخصوص أموال القاصر .

_اطلاع القانون وتحديده باستمرار خاصة في آليات تطبيقية .

_الدقة في صياغة المواد من حيث سلامة اللغة ومن حيث الوضوح حتى لا يكون الغموض مثاد التأويل وصعوبة تطبيق ويمكن الاستعانة بخبراء اللغة .

ولهذا الجهد المتواضع نتمنى ن نكون قد أوفينا بحيث بات الموضوع وقد اسهمنا ولو بقدر يسير تبيان أهمية هذا الموضوع الوارد في القانون الدولي الخاصة املنا أن نكون قد توصلنا وسطا من المعرفة القانونية و اسهمنا في إثراء الرصيد لطلبة الغد .

قائمة المراجع

القران الكريم

سورة آل عمران الآية :91

سورة البقرة الآية : 266

أولا : اللغة العربية

1_الكتب

1- محمد سمارة ، **أحكام و أثار الزوجية ، شرح مقارت قانون الأحوال الشخصية** ، ط1 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن

[10] _ شور فتيحة : **محاضرات في القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين"** ، لطلبة السنة الثالثة ليسانس ، تخصص قانون خاص ، بكلية الحقوق و العلوم السياسية_ جامعة البويرة، 2017/ 2016

11_بلحاج العربي : **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري** ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية

12_ عبد العزيز سعد:" **الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، دون طبعة ، دار هومة _الجزائر ، 1996

13_مصطفى إبراهيم إلزامي :" **أحكام الزواج و الطلاق** ، الطبعة الأولى ، 2011 ، لبنان

14-بلحاج العربي: **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري** و، الطبعة الرابعة

15عبد العزيز سعد : **الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري** ، الطبعة الثالثة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر

[16] _عن داود عبد القادر : **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد** ، دار الهلال للخدمات الإعلامية ، الجزائر ، 2004

17–لحسن بن شيخ اثملويا ، **المرشد في قانون الأسرة الجزائري ملكم باجتهاد المجلس الأعلى و المحكمة العليا من السنة 1982 الى 2014** ط8، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ،2015

18–زهية ربيع "**النفقة بين الأقارب من خلال الشريعة و القانون**

19– أعراب بلقاسم : **تنازع القوانين** ، ط9 ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2006

20–محمد سعيد جعفور ،"**مدخل للعلوم القانونية** ، الجزء ثاني ، دروس في نظرية الحق ، ط1 ، دار هومة لطباعة و النشر و التوزيع ، الحزائر ، 2011 ، ص619

[21] –علي فيلالي ، **نظرية الحق** ، موفم للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2011 ، ص 232

[22] – بلقاسم شتوان ، **النيابة الشرعية في ضوء المذاهب** الفقهية و القوانين العربية ، ط1 ، دار النشر ، مطبعة المنار ، الجزائر ، 2011

23– د.عبد الوهاب خلف " **أحكام الأحوال الشخصية في شريعة الإسلامية على وقف مذهب ابن حنيفة** ، الصيغة الأولى دار القلم ، الكويت ، 1990/

24_حميد سلطان الخالدي ، "**الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل** ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2013

25–عبد القادر بن حزر الله ، **الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق** ، ط1، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2007

[26] –أحمد الغزالي ، عبد الحليم محمد منصور علي ،**أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي** ، ط1 ، دار الفكر الجامعي ، مصر ،2009

[27] –د/جابر جاد عبد الرحمان ، **القانون الدولي الخاص** ، الجزء الثالث في تنازع القوانين ، جامعة الدول العربية ، معهد الدراسات العلمية ، 1970

28–الرزق مصطفى أحمد : **المدخل الفقهي العام** ، الجزء الثاني ، ط3 ، دار القلم ، دمشق ، سوريا ،2012

29– فزامل سيف رجب ، **النيابة عن نفي التصرفات المالية** ، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون ، دار المناهج للنشر و التوزيع ، عمان ،الأردن ، 2010

2–أحمد الغزالي ، عبد الحليم محمد منصور علي ،**أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي** ، ط1 ، دار الفكر الجامعي ، مصر ،2009

30–نبيل إبراهيم سعد : **مدخل إلى القانون نظرية الحق** ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط 1 ، 2010 ، بيروت ، لبنان

31 –أمين رجاء رشيد ، **تنازع القوانين في فلسطين** ، ط1 ، دار الشروق للنشر و للتوزيع ، 2001

[32] –محمد وليد المصري ،"**الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص** " ، ط1 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2009

[33] –فؤاد ديب ، **القانون الدولي الخاص ، تتازع القوانين** ، دار الملايين لطباعة و النشر و التوزيع

[34] –طيب زرواي ، **مرجع سابق** ، ص97 الفرع الثالث: إشكالات التي تعترض القاطن لتطبيق القانون المختص

35_ هاني الطعيمات : **فيه الأحوال الشخصية في الميراث و الوصية** ، دار الشروق ،عمان ،الأردن ، 2007

[36] _ محمد على صابوني : **المواريث في الشريعة الإسلامية على ضوء الكتاب و السنة** ، مكتب الرحاب ، الجزائر ، 1990

[37] _العربي بلحاج : **أحكام التركات و المواريث في ضوء قانون الأسرة الجديدة** ، دار الثقافة ، عمان، الأردن ، 2009

[38] _الرشيدين شويخ : **الوصية ، الميراث في قانون الأسرة الجزائري** ، دراسة مقارنه للتشريعات العربية دار الخلدونيه ، الجزائر ، 2008

39_موحند سعاد : **القانون الدولي الخاص**، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، دون سنة نشر

3–باديس دبابي : " **أثار فك الرابطة الزوجية (تعويض ، نفقة ، عدة ، حضانة ، مناع ، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي** ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2008

4 – أعراب بلقاسم : **تنازع القوانين** ، ط9 ، داار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الحزائر ، 2006

[40] _موحند سعاد: **القانون الدولي الخاص** ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ، دون سنة النشر

41 _عز الدين عبد الله :**القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين ،تنازع الاختصاص الفضائي الدوليين** ، الجزء الثاني ، الطبعة الثامنة ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986

[42] _صلاح الدين جمال الدين : **تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون** ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر ، 2007

[43] _غالب داوي : **القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، تنازع القوانين ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية** ، دراسة مقارنة ، دار وائل ،للطباعة و النشر ، عمان الأردن ، 2001

44- حميد سلطان الخالدي ، "**الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل** ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2013

45-علي فيلالي ، **نظرية الحق** ، موفم للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2011

46 - بلقاسم شتوان ، **النيابة الشرعية في ضوء المذاهي الفقهية و القوانين العربي**ة ، ط1 ، دار النشر ، مطبعة المنار ، الجزائر ، 2011

47-بن شيخ أثملويا: **قانون الأسرة نصف شرحا** ، دار الهدى ، عين مليلة، الجزائر

48-أحمد فراج حسين : **أحكام الوصية و الأوقاف في الشريعة الإسلامية**، دار جامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2003

49- أحمد نصر الجندي : **الأحوال الشخصية ، القانون الكويتي** ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2006

50- علي الهادي عبيري ، **الحقوق العينية** ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2005

51- السيد سابق ، **فقه السنة** ،الشركة الدولية للطباعة ،مصر ،2004 ،ط 1

51-مصطفى أحمد الزرقا، **أحكام الأوقاف**، دار عمار، عمان، 1998 ، ط2

52 -جمال السايس ، **الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية** ، منشورات كليك ، ط1

53-عبد الكريم زيدان ، **المفصل في احكام الاسرة والبيت المسلم** ، مؤسسة الرسالة ، ط1 ، الجزء 10

54- امين رجاء رشيد ، **تنازع القوانين في فلسطين** ، ط1 ، دار الشروق للنشر و للتوزيع ، 2001

55 – محمد وليد المصري ،"**الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص** " ، ط1 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2009

56–مصطفى أحمد الزرقا، **أحكام الأوقاف**، دار عمار، عمان، 1998 ، ط2

5–عبد الكريم زيدان ، **المفصل في احكام الاسرة والبيت المسلم** ، مؤسسة الرسالة ، ط1 ، الجزء 10

6_هشام على صادق، حفيظة السيد حداد، **القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين**، الجزء الثاني،دار الفكر الجامعي،مصر،1999

7 – د/جابر جاد عبد الرحمان ، **القانون الدولي الخاص** ، الجزء الثالث في تنازع القوانين ، جامعة الدول العربية ، معهد الدراسات العللمية ، 1970 ،

8–علي علي سليمان : **مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري** ، دون طيعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر

9_زروتي طيب : **القانون الدولي الخاص** ، الجزائري ، مقارنا بالقوانين الغربية ، الجزء الأول ، تنازع القوانين ، دون رقم طبعة ، مطبعة الكاهنة ، الجزائر ، 2000

–محمد سمارة ، **أحكام و أثار الزوجية ، شرح مقارن قانون الأحوال الشخصية** ، ط1 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن

الرسائل الجامعية

دكتوراه

1_ احمد سامي :" **السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة** ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2014

2- لعطر فتيحة ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في القانون ، تخصص القانون الخاص الداخلي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ،2018

3- د.يمينة قصير ،**حماية الحقوق المجاورة لحق المؤلف في إطار العلاقات الدولية الخاصة،** أطروحة دكتوراه في القانون الخاص،جامعة الجزائر سعيد حمدين،2016 ،

ماجستير

1_تمورت نوال : " **القانون الواجب التطبيق على أثار عقد الزواج و أثر انحلاله** : مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، تخصص دولية خاص ، جامعة البويرة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، سنة 2017

2- غربي صورية :**حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق ،كلية الحقوق و العلوم سياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2014_2015

3-_صدافي عمر،**التصرفات العقارية في القانون الجزائري،** رسالة ماجستير،جامعة الجزائر،د.تغير منشور

4 _ هشام علي صادق : **القانون الدولي الخاص تنازع القوانين من حيث انعقاده و أثاره،** مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2000 -2001

5–رحاوي أمينة : **الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص,** مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، بجامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2011/2010

6 _دربة أمين: **القواعد المتعلقة بالزواج و انحلاله** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 2011/2010

7–فاطيمة موشعال ، " **دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين** ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الدولي الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 2011– 2012

8–غربي صورية **:حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق ،كلية الحقوق و العلوم سياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2014_2015

ماستر

1_داودي هدى : **الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري (دراسة مقارنة(**، مذكرة لنيل شهادة الماستر فيك الحقوق، تخصص أحوال شخصية ، جامعة زيان عاشور ، الجلفة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014_2015

2– مخلوف سليمان ، العلاوي زهرة ،"**النيابة الشرعية كنظام لحماية أموال القاصر في قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون ، تخصص قانون الأسرة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم القانون الخاص ، جامعة البويرة ، 2016 ، ص8

3-الطيب بنعلبة، **الاختصاص التشريعي في المسائل الميراث ذي طابع الأجنبي**،مذكرة ضمن متطلبات الماستر في الحقوق،تخصص قانونالأسرة ،كلية الحقوق والعلوم السياسية،قسم الحقوق،جامعة زيان عاشور الجلفة، 2019-2020

4_سليمة وصيف خالد : **تنازع القوانين في الميراث و الوصية** ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة ، جامعة الشهيد جمعة لخضر ، الوادي ، 2015 _2016

5-سليمان ، العلاوي زهرة ،"النيابة الشرعية كنظام لحماية أموال القاصر في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون ، تخصص قانون الأسرة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم القانون الخاص ، جامعة البويرة ، 2016

6_ خليفي سارة : **حق الحاضنة في التبني** ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون أعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2015_2014

7 -بكدي بختة ، مختاري ليلى ، **النفقة في التشريع الجزائري** ،مذكرة لنيل شهادة ماستر أكاديمي في العلوم القانونية ، تخصص أحوال شخصية ، كلية العلوم السياسية و القانونية ، قسم العلوم الحقوق ، جامعة الجيلالي بونعامة ،بخميس مليانة ،2017-2018

النصوص التشريعية

1- الأمر رقم 84/11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم.

2- الأمر : 75_58 ، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

3-القانون (06/23) المتضمن قانون العقوبات الصادر في 20 12_2006

4- المادة 18 / 1 مدني سردي ، المادة 17 /1 مدني ليبي ، المادة 22 مدني عراقي مع إختلاف في التفاصيل ، المادة 47 من القانون الكويتي رقم 05 لسنة 1961 ، المادة 17 /1 من قانون الإتحادي رقم 05 لسنة 1985 دولة الإمارات العربية المتحدة – لعطر فتيحة المرجع سابق ، ص44 . نقلا عن حسن الهنداوي ، تنازع القوانين و أحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني ، دار عدلاوي ، الأردن ، 1993

5- قانون المواريث المصري رقم 77 لسنة 1934

المجلات

1-جمال السايس ، **الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية** ، منشورات كليك ، ط1 ، 2013 ، ص470-472 رقم القرار 46546 قرار صادر بتاريخ 24 / 2/ 1988 ، المجلة القضائية 1989 ، العدد 1 ، ص 118 " قضية ب ض (ب م)

[2] _ شلورو نورية : **تنازع القوانين في مسائل الميراث و الوصية و سائر التصرفات المضافة في مابعد الموت** ، مجلة صوت القانون ، المجلد الخامس ، العدد 02 ، آكتور 2018 ،كلية العلوم السياسية ، جامعة جيلالي لباس ، سيدي بلعباس

3-لوعيل قويدر ، **تنازع القوانين في الميراث و الوصية و الوقف في التشريعات العربية و الاجتهاد و القصاص** ، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية ، العدد 8 ، جامعة وهران ، احمد بن بلة 1 ، بدون ذ كر السنة

4- نكاح عمار، "**الشروط القانونية في انتقال التركة العقارية في التشريع الجزائري**، مجلة العلوم الإنسانية،عدد 544 ،المجلد ب ،كلية الحقوق،جامعة الاخوة منتوري قسنطينة،الجزائر، 2015 ،

5-جمال سايس ، **الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية** ، الجزء الأول ، المرجع السابق، 470-472 ، رقم القرار 46546 ، قرار صادر بتاريخ 11/21 / 1988 ، المجلة القضائية 1989 ، العدد1 ، ص 118 ،قضية (ب) ضد (ب.م)

المحاضرات و الدروس

1-فديري محمد توفيق ، " **دروس في مقياس القانون الدولي الخاص "دروس موجهة لطلبة السنة الثالثة شريعة و قانون** ، السداسي السادس ، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ، سنة 2020-2019

فهرس المحتويات

المحتوى	الصفحة
شكرو تقدير	
اهداء	
مقدمة عامة	ا-ب
الفصل الأول : : القانون الواجب التطبيق بين الزوجين المختلفين من حيث الجنسية على المسائل المالية	
***تمهيد**	**1**
المبحث الأول : الآثار المالية للزواج و انحلال الرابطة الزوجية	
المطلب الأول : الآثار المالية للزواج	**2**
الفرع الأول : النظام الاشتراكي الشمالي (القانوني)	**3**
الفرع الثاني : نظام الانفصال المالي	**4**
الفرع الثالث : قواعد التنازع التي تحكم الآثار المالية لعقد الزواج	**5**
المطلب الثاني : الآثار المالية لفك الرابطة الزوجية	**7**
الفرع الأول : نفقة الزوجية للمطلقة و نفقة المحضون (الحضانة)	**10-7**
الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على أثار انحلال الرابطة الزوجية	**-10**
المبحث الثاني :الإلتزام بالنفقة بين الأقارب والمسائل المالية والأنظمة المالية الأخرى	
المطلب الأول : الالتزام بالنفقة بين الأقارب	**13**
الفرع الأول:	**-13**

الفرع الثاني :القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب	18
المطلب الثاني: الأنظمة المالية للولاية و الوصاية و القوامة	
الفرع الأول : الولي على أموال القاصر	20
الفرع الثاني :	23
الفرع الثالث : القانون الواجب التطبيق على حماية الأشخاص غير كاملي الأهلي	25
المطلب الثالث : القانون الواجب التطبيق عبر الميراث	
الفرع الأول : القانون الذي يخضع له التكييف	26
الفرع الثاني : وحدة القانون المختص بالميراث	27
الفرع الثالث : إشكالات التي تعترض لتطبيق للقانون المختص	28
الفصل الثاني: المعاملات المالية في مجال الأحوال الشخصية في الزواج • **تمهيد**	30
المبحث الأول : الوقائع القانونية (الميراث)	
المطلب الأول : تحديد فئة الإسناد المتعلقة بالميراث	31
الفرع الأول : تعريف الميراث	32
الفرع الثاني : اختلاف الرأي حول الطائفة التي يدرج ضمنها الميراث	34
الفرع الثالث : تحديد ضوابط الإسناد المتعلقة بالميراث	37

الفرع الرابع : نطاق تطبيق قانون جنسية المورث	**41**
المبحث الثاني : التصرفات القانونية (التبرعات) الوصية و الهبة والوقف	
المطلب الأول : الوصية و الهية	
الفرع الأول : الوصية	**48**
الفرع الثاني : الهبة	**52**
المطلب الثاني: الوقف	
الفرع الأول: مفهوم الوقف	**54**
الفرع الثاني :القانون الواجب التطبيق على الوقف	**56**
خاتمة	**59**
قائمة المراجع	**62**
فهرس المحتويات	**74**