جامعة أكلي محند أولحاج - البويرة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

القانون واجب التطبيق على حالة الأشخاص وأهليتهم

مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون

تخصص: القانون الدولي الخاص

إعداد الطالبة

عزي نبيلة

إشراف الأستاذ

بلعزوز رابح

لجنة المناقشة

الأستاذة: بشور فتيحة.....رئيسًا

الأستاذ بلعزوز رابح .....مُشْرِفًا ومقرّرًا

الأستاذ: قتال حمزة.....عُضْوًا

تاريخ المناقشة

2016 / 10 / 15

كلمة شكر

يسعدني أن أتقدم بالشكر الجزيل لأستاذي ومشرفي "بلعزوز رابح" على ما قدمه لي من نصح و إرشاد فجزاه الله خير الجزاء.

كما أشكر أعضاء لجنة المناقشة.

والى كل من ساعدني في إتمام هذا البحث.

كما أشكر أساتذتي الأفاضل في كلية الحقوق بجامعة البويرة على ما قدموه لي من علم ومعرفة طيلة دراستي في مرحلتي الليسانس والماستر.

إهـداء

الحمد لله الذي وفقنا ولم نكن لنصل لولا فضل الله علينا.

أما بعد:

أهدي هذا العمل المتواضع إلى أمي وأبي العزيزين حفظهما الله لي

اللذان سهرا وتبعا تعليمي في إتمام هذا العمل من قريب ومن بعيد.

كما أهدي ثمرة عملي إلى أفراد أسرتي.

و إلى رفيق دربي و سندي في الحياة فارس بوشعلال.

وإلى كل الأصدقاء والأحباب بدون استثناء.

وإلى أساتذتي، وكل رفقاء الدراسة.

نبيلة

قائمة أهم المختصرات

ق أ ج : قانون الأسرة الجزائري

ق م ج : قانون المدني الجزائري

ق ت ج ج : قانون التجاري الجزائري

ق ع ج : قانون العقوبات الجزائري

ق إ م إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق ح م : قانون الحالة المدنية

ق م م : قانون المدني المصري

ج ر : الجريدة الرسمية

ج : جزء

ص : صفحة

ص ص : من الصفة إلى الصفحة

ط : الطبعة

م : المادة

مقدمة

تختص قواعده تنازع القوانين بتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المنشوب بعنصر أجنبي والناتج عن العلاقات الخاصة بين الأفراد في روابط أحوالهم الشخصية والمالية، ونظرا لتشعب العلاقات واتساعها بين الأفراد، على المستوى الدولي في ظل تقدم وسائل المواصلات والاتصالات، التي انعكست على ازدياد العلاقات بين الأفراد من دول مختلفة واختصار المسافات في هذا العصر، أصبح الانتقال إلى أقصى الأرض بين أفراد المجتمع الدولي مسألة في غاية السرعة والسهولة، لهذا أصبحت الدولة في وقتنا هذا تضم فضلا عن أبنائها، عددا لا يستهان به من مواطني الدول الأخرى، أي الأجانب الذين قد يرتبطون مع مواطني الدولة التي وجدوا فيها بعلاقات قانونية.

لذلك إنعقدت العلاقات القانونية بين أفراد الجنس البشري، وتنوعت القواعد التي تحكمها، وأصبحت معرفة تلك القواعد ليس بالأمر اليسير في كل حين، ما دام أن كل مجتمع له نظامه القانوني الخاص به، وله سلطته الخاصة التي تسهر على إدارة شؤونه، ويخضع أفراده في علاقتهم المتعددة الجوانب لقواعد وأنظمة تتناسب مع هذه العلاقات، وتختلف باختلافها ولربما تغيرت وتطورت في المجتمع الوطني للدولة بتغير الزمن وتطور العصر، فيظهر التباين في القواعد القانونية في المجتمع الواحد، حيث يبدو واضحا حينما يتعلق الأمر بأكثر من مجتمع، بالنظر لاختلاف الدول في درجة تطورها وظروفها وأنظمتها.

لذلك مهما تعددت المواقف في تفسير الأساس الذي يقوم عليه تطبيق القانون الأجنبي، فإن العصر الحديث فرض على كل دولة ضرورة السماح بتطبيق القانون الأجنبي على تراب إقليمها، غير أنّ هذا الاختلاف بين قوانين الدول وأنظمتها، سيثير ولاشك نزاعا فيما بينها كلما اتصلت علاقة قانونية أو مركز قانوني بدولة أجنبية أو أكثر، سواء كان ذلك من ناحية الأشخاص أو المحل أو السبب، وهو ما تنجر عنه مشكلة اختيار أنسب القوانين لحكمها مسألة صعبة مادام أن تلك القوانين تحمل جميعا ارتباطا معينا بها، ولهذا فقد تثور منازعات بشأن هذه العلاقات، ونظرا لأنها خاصة فهي تخرج بهذا من النطاق الإقليمي لتطبيق القانون الوطني، الذي يقضي بتطبيق هذا الأخير متى تعلقت المسألة بالقانون العام سواء بالنسبة للمواطنين أو الأجانب.

لأجل ذلك اتجه الفقهاء لحل تنازع القوانين، باعتبار أن الإشكالية الرئيسية لهذا الأخير هي البحث عن أي القوانين المتزاحمة والمتعارضة أفضل وأجدر بحكم النزاع وهي تقنية لا تعطي الحل المباشر للنزاع كما في مختلف الفروع الأخرى، وإنما ترشد فقط للقانون الذي يجب تطبيقه من بين القوانين المتنازعة، وذلك عن طريق ما يسمى بضابط الإسناد، الذي تكمن مهمته في تعيين القانون الواجب التطبيق بصفته أكثر القوانين اتصالا بالعلاقة وأكثرها إيفاء بمقتضيات العدالة.

لذلك نجد تنازع القوانين يظهر خاصة في مسائل الأحوال الشخصية، نتيجة تواجد الأجنبي على أرض الدولة، والاعتراف له بمجموعة من الحقوق.

يقصد بالأحوال الشخصية مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية والعائلية التي رتب عليها القانون أثار قانونية في حياته الاجتماعية، ككون الإنسان ذكرا أو أنثى، وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو ابنا شرعيا، أو كونه كامل الأهلية أو ناقصها لصغر سنه أو عته أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيد لسبب من الأسباب القانونية، ويضيف هذا التعريف بعض المسائل المتعلقة بالمال، كالوقف والهبة والوصية والنفقة.

إن المشرع الجزائري في نظامه القانوني لم يعرف المقصود بالأحوال الشخصية في القانون المدني أو قانون الأسرة، وإنما حدد فقط نطاقها، حيث يعتبر من الأحوال الشخصية الحالة والأهلية وحماية عديمي الأهلية، والزواج والمشرطات المالية التي تصحبه وانحلاله وآثاره، والبنوة وإثبات النسب، والولاية على النفس، والنفقة بين الأصول والفروع وبين الأقارب والوقف والميراث والوصية والكفالة، وهذا ما يفهم من تصفح قانون رقم11/84 المؤرخ في1984/06/09 المعدل و المتمم [1].

وعليه سوف ندرس في هذا الموضوع، مسألة من مسائل الأحوال الشخصية، ألا وهي الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم وحماية القصر وعديمي الأهلية، حيث يعد من أهم الموضوعات التي اهتمت بها التشريعات خاصة أثناء تنازع القوانين فيها، بالنسبة للشخص الذي يتعامل خارج دولته، أي في دولة أجنبية، ويكون نظامه القانوني الذي يحكم الحالة والأهلية يختلف عن النظام القانوني المنصوص عليه في بلده.

(1) الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مطبعة الفسيلة ، الجزائر، 2000، ص 146.

لذلك تعرف حالة الأشخاص الطبيعية بأنها جملة الصفات التي تحدد ذات الشخص ومركزه من أسرته ودولته، وهذه الصفات تقوم على أسس من الواقع مثل السن والذكورة والأنوثة والصحة، أو على أسس من القانون كالزواج والجنسية[1].

من هذا التعريف يتضح أن الحالة تشمل معنيين، الحالة العامة أو السياسية، بحيث لا تعد مجال لتنازع القوانين ولا تضبطها قواعد إسناد، والمعنى الثاني يشمل الحالة الخاصة أو المدنية، وهي تشكل مجموعة صفات الشخص الطبيعية ككونه ذكرا أو أنثى وكونه راشدا أو قاصرا زوجا أو أرملا أو أعزبا أو أبا أو ابنا، سليم القوى العقلية أو مصاب بعاهة.

إلى جانب الشخص الطبيعي يوجد من الناحية القانونية الشخص المعنوي، الذي يتميز بحالة خاصة به تتعلق بنظامه القانوني من حيث تكوينه وتمتعه بالشخصية القانونية وإدارته وتمثيله، وفيما يخص التصرف المنشئ له، وكذلك طريقة تعديله والآثار المترتبة على ذلك، وكذا طريقة حله وتصفيته.

أما الأهلية فهي صلاحية الشخص الطبيعي أو الاعتباري كلاهما للتمتع بالحقوق (أهلية وجوب) والتحمل بالواجبات (أهلية أداء)، ولأن يباشر بنفسه الأعمال والتصرفات القانونية المتعلقة بهذه الحقوق أو تلك الالتزامات [2].

وتكتمل أهلية الإنسان ببلوغه سن الرشد ومتمتعا بقواه العقلية، ومع ذلك قد تطرأ ظروف تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية، حيث يقرر القانون ولي أو وصي أو قيم آ يباشر عنه التصرفات (النيابة القانونية أو الشرعية).

وقد إختلفت الفقهاء حول ضابط الإسناد الذي يحكم حالة الأشخاص وأهليتهم، فهناك من أسندها إلى قانون الموطن، وهناك من أسندها إلى قانون الجنسية، وبالتالي فإن الإشكالية التي يدور حولها هذا الموضوع هي : ما هي الحلول التي أوجدها القانون الدولي الخاص لتنازع القوانين فيما يخص حالة الأشخاص وأهليتهم؟

(1) نسرين شريقي، القانون الدولي الخاص، مكتبة بلقيس، الجزائر، 2013، ص 52.

(2) نسرين شريقي، نفس المرجع، ص 52.

وللإجابة على هذه الإشكالية اتبعنا المنهج التحليلي والوصفي أساسا من خلال تحليل النصوص القانونية المرتبطة بالدراسة محل البحث، مع اللجوء إلى الآراء الفقهية والأحكام القضائية في حالة غياب أو قصور التنظيم القانوني لمسألة معينة، كما اعتمدنا على المنهج المقارن أحيانا، حيث درسنا بعض التشريعات لأن من طبيعة القانون الدولي الخاص انه يمتاز بالتنوع والشمول الذي يجعل الاقتصار على قانون واحد فقط دراسة قاصرة، فحاولنا تبيان بعض مواقف قوانين الدول التي تشترك في تحديد القانون الواجب التطبيق.

إنطلاقا من كل ما تقدم وتقييدا بعنوان المذكرة، ارتأينا إلى تقسيم هذا البحث إلى فصلين، حيث نتناول في **الفصل الأول** القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص، ونتعرض في **الفصل الثاني** إلى القانون واجب التطبيق على أهلية الشخص.

الفصل الأوّل

القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص

لفظ الشّخص في لغة القانون يختلف عنه في اللغة العادية الذي كان يترادف مع لفظ الإنسان، فالمقصود بالشخص في لغة القانون هو من تثبت له الشخصية القانونية، والتي تعني الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات، فكل من كان صالحا لذلك يطلق عليه شخصا قانونيا، والأصل أن الشخصية القانونية تثبت للإنسان وحده، لكن تطور المجتمع اقتضى ضرورة ثبوت الشخصية القانونية لغير الإنسان كالأشخاص المعنوية وذلك تمكينا لها من أداء دورها الإقتصادي والاجتماعي.

ويعتبر نظام حالة الشخص سواء كانت طبيعيا أو معنويا من الخصائص التي تحدد وضعه ومركزه القانوني من أسرته ودولته، وتتأثر به مجموعة من الحقوق والواجبات المقررة له أو عليه، كما أنها تكتسي أهمية بالغة الأثر في حياة المواطنين اليومية، لأنها عبارة عن قواعد تنظم التواجد القانوني للفرد داخل الأسرة والمجتمع، وتعتمد على أهم الأحداث المميزة لحياته كما تعتبر من المجالات الخصبة لمشكل تنازع القوانين، خاصة مع تزايد الأفراد في التنقل وتزايد التطور الإقتصادي، وعلى هذا الأساس سنتطرق في هذا الفصل لدراسة حالة الأشخاص الطبيعية والمعنوية في **المبحث الأول**، أما **المبحث الثاني** فسنبين فيه القانون الواجب التطبيق عليهم.

المبحث الأول
المقصود بحالة الشخص

يطلق الفقه على مصطلح الحالة: "مجموعة الصفات التي تلحق الشخص، ويتحدد بها مركزه القانوني من حيث الحقوق المقررة له والواجبات المفروضة عليه[1]، كما ورد تعريفها في المذكرة التمهيدية للقانون المدني على أنها: "جملة الصفات التي تحدد مركز الشخص من أسرته ودولته، وهي صفات تقوم على أسس من الواقع كالسن والذكورة والأنوثة والصحة والمرض، أو على أسس من القانون كالزواج والجنسية والحجر"[2].

وعليه فإن مسائل نظام حالة الأشخاص الطبيعية والمعنوية هي التي تحدد مركزه القانوني داخل أسرته ودولته، لذلك سوف نتعرض لدراسة حالة الشخص الطبيعي في **(المطلب الأول)** أما حالة الشخص المعنوي فسنتعرض لها في**(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول
حالة الشخص الطبيعي

كرس القانون الحقوق والواجبات للأشخاص على أساس مبدأ المساواة بين الأفراد والذي يقر به القانون كمبدأ أساسي من مبادئه، ويطبق على الأفراد بصفتهم القانونية على أساس أنهم أشخاص طبيعيين يملكون شخصية قانونية، وبإعتبار الإنسان شخص طبيعي يكتسب حقوقه بمجرد وجوده أي ولادته، وتنتهي بموته، وهذا ما نصت عليه المادة 25 من القانون المدني الجزائري[3]، وباعتبار حالة الشخص هي التي تحدد وضعه ومركزه القانوني من أسرته ومن دولته وتتأثر بها مجموعة الحقوق والواجبات المقررة له أو عليه[4]، فإننا سوف نقوم بدراسة أنواع حالة الشخص الطبيعي **(الفرع الأول)**، كما سنتعرض لتحديد عناصر حالة الشخص الطبيعي في **(الفرع الثاني)**.

---

(1) جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 2005، ص 247.

(2) جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، ط1، كلية الحقوق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص250.

(3) م25 ق م ج" تبدأ شخصية الإنسان بولادته حيا وتنتهي بموته، على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا".

(4) أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص243.

الفرع الأول: أنواع حالة الشخص الطبيعي

حسب ما جاء في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري حول تحديد المراد بالحالة يتبين أن الحالة نوعين:

أولا: الحالة السياسية

يطلق على الحالة السياسية مصطلح الجنسية، والتي يقصد بها مركز الشخص من حيث إنتسابه لدولة معينة، وإن قانون كل دولة هو الذي يحدد الشروط التي تثبت بها الجنسية للأفراد الذين ينتسبون إليها[1] ، وهذا ما نصت عليه المادة 30 ق م ج "**ينظم الجنسية الجزائرية قانون الجنسية الخاص بها**".

يعرف فقهاء القانون الدولي الخاص الجنسية بأنها "الصلة القانونية التي تربط أفرادا ما بدولة معينة".

كما نجد الفقيهين "باتيفول ولافارد" يعرفها بأنها "الإنتماء القانوني والسياسي لشخص ما إلى السكان المكونين للدولة"، وبموجب هذا الإنتماء يصبح الشخص مواطنا باعتباره أحد رعايا الدولة المكونين لشعبها، ويقابله من لا يتمتع بجنسيه هذه الدولة ويطلق عليه الأجنبي، ويترتب على انتساب شخص إلى دولة معينة تمتعه بالحقوق السياسية فيها وتحمله الواجبات العامة التي تقابل هذا النوع من الحقوق[2].

ثانيا: الحالة المدنية

وهي مجموع صفات الشخص الطبيعية ككونه ذكرا أو أنثى، وكونه راشدا أو قاصرا، زوجا أو أرملا أو أعزبا، أبا أو ابنا، سليم القوى العقلية أو مصاب بعاهة[3]، كما نجد في بعض البلدان التي تعطي أهمية للدين تختلف الحالة الشخصية فيها باختلاف الأديان كالبلاد

(1) جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص248.

(2) محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، (دروس في نظرية الحق)،ج2، دار هومة للطباعة والنشر، طبعة 01، الجزائر، 2011، ص387.

(3) الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 136.

الإسلامية، فحالة المسلم غير حالة المسيحي وغير حالة اليهودي وهكذا بحيث تعتبر الحالة المدنية من المجالات الخصبة لتنازع القوانين[1].

الفرع الثاني: عناصر حالة الشخص الطبيعي

للشخص الطبيعي هوية تتحدد بموجبها مجموعة من المميزات أو الخصائص الجوهرية التي تميزه عن غيره من أفراد المجتمع، وهذه العناصر تتمثل في الإسم والموطن.

أولا: الإسم

يعتبر الإسم من أهم السمات التي يتميز بها الشخص والتي تشكل هويته، أو أنه التسمية التي تطلق على الشخص لتعيينه من بين الأفراد وتمييزه عن غيره بما يمنع اشتباهه بهم[2]، كما يعتبر إسم الشخص العلامة أو الوسيلة التي تحدد حقوق كل فرد وواجباته بشكل لا يحتمل الغموض، وهذا الذي يؤدي إلى تحديد مسؤولية كل شخص عن تصرفاته أو أعماله الضارة وتحميله الجزاء الذي يقرره القانون وحده، وبهذا يسهل ضبط المعاملات وإقرار النظام في المجتمع، ولتحقيق هذه الغاية حرصت قوانين الدول على الإهتمام بتنظيمه قاضية بوجوب إطلاق الإسم عند ميلاد كل شخص حتى يمكن قيده في سجلات رسمية معدة أصلا لذلك وهذا ما نصت عليه المادة 28 ق م ج "**يجب أن يكون لكل شخص لقب وإسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده**".

1-تكوين الإسم

يتضح من نص المادة 28 من ق م ج أن الإسم يتكون من عنصرين وهما:

1-1- اللقب

ويعرف لقب الشخص بأنه إسم الأسرة التي ينتسب إليها ويشترك جميع أفراد الأسرة في حمله، وتكمن وظيفة اللقب في تمييز كل أسرة عما عداها من سائر أسر المجتمع الأخرى،

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص644.

(2) محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص353.

وهذا ما يزيد من الشعور بالألفة والوحدة والترابط والتضامن بين الأفراد الذين ينتمون إلى الأسرة الواحدة[1] .

1-2- إسم الشخص

هي التسمية التي تطلق على الشخص باعتباره عضو في أسرة معينة والتي تضاف إلى لقبه لتعيينه وتمييزه عن باقي أفراد أسرته، وتختلف تشريعات الدول في تحديد الإسم، فنجد مثلا في الجزائر و فرنسا يتركب الإسم من الإسم الشخصي وإسم الأسرة، في حين نجد دول المشرق العربي كمصر مثلا لا يتخذون لأنفسهم ألقابا إلا نادرا مكتفين بأسمائهم الشخصية مقرونة بالأسماء الشخصية لآبائهم وأجدادهم.

وبالرجوع للقانون الجزائري نجده قد صرح بوجوب أن يكون الإسم مكونا من لقب وإسم شخصي[2]، وهذا وارد في المادة 28 ق م ج السالفة الذكر، وقد أشارت المادة 64 من قانون الحالة المدنية الجزائري على أن ولي المولود سواءا كان أباه أو أمه أو من يقوم مقامه هو الذي يخلع عليه إسمه، وللأبوين مطلق الحرية في هذا الإختيار، ولا يحد من هذه الحرية إلا ضرورة مراعاة شرطين:

- وجوب أن تكون الأسماء جزائرية طبقا للمادة 2/28 ق م ج.
- منع الأسماء الغير المخصصة في الإستعمال والعادة، كما يجب أن يكون الإسم عاديا لا شذوذ فيه وأن لا يتعارض مع النظام العام.

(1) محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص355.

(2) عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق، الطبعة1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص165. م 64 ق ح م: "**يختار الأسماء الأب أو الأم أو في حالة وجودهما المصرح.**

- يجب أن تكون الأسماء أسماء جزائرية ويجوز أن تكون غير ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين معتنقين ديانة غير الديانة الإسلامية

- تمنع جميع الأسماء غير المخصصة في الاستعمال و العادة.

- يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء للأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين واللذين لم ينسب المصرح أية الأسماء يعين الطفل بمجموعة من الأسماء آخرها كلقب عائلي".

2- أنواع الإسم

2-1- الإسم المدني: هو الإسم الحقيقي للشخص الذي قيد به عند ولادته في سجل المواليد والذي يرد في شهادة الميلاد ويتكون من اسم الشخص ولقبه وهذا ما تعرضنا إليه سابقا[1].

2-2- الإسم التجاري: هو الإسم الذي يطلقه التاجر على منشأة تجارية ليمارس تجارته تحته بغرض تمييز هذه المنشأة عن سائر المنشآت التجارية الأخرى، وقد يشتق الإسم التجاري من الإسم المدني على منشأته التجارية فيكون هذا الإسم مميزا لكل من صاحبه ومنشأته على السواء، كما قد يطلق التاجر عليها إسما آخر[2].

2-3- إسم الشهرة: هو الإسم الذي يطلقه الناس على شخص مع إهمال إسمه الحقيقي أو بالإظافة إليه، فيشتهر به وهو إسم من صنع الناس يبتكرونه لأحدهم ويكون غالبا باشتقاقه من إحدى الصفات التي قد يتصف بها هذا الشخص[3].

2-4- الإسم المستعار: هو الإسم الذي يطلقه الناس على شخص معين، أي هو إسم يخلعه الشخص على نفسه في مباشرته نشاطا أدبيا أو فنيا أو سياسيا أو دينيا إلى غير ذلك، ويتسمى به بين الناس، وللشخص مطلق الحرية في اختيار إسم مستعار شريطة إحترام إسم الغير وتجنب انتحاله[4].

3- حماية الإسم

فضلا عن نص المادة 47 ق م ج التي تكفل حماية الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان بوجه عام، فقد خصص المشرع حماية الإسم بنص مستقل في المادة 48 ق م ج الذي يقضي بما يلي :"**كل من نازعه الغير في استعمال إسمه دون مبرر، ومن انتحل الغير إسمه أن يطلب وقف هذا الإعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر**".

---

(1) محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص356.

(2) عصام أنور سليم، مقدمة الثقافة القانونية (نظرية الحق) كلية الحقوق، ط1، جامعة الإسكندرية، 2001، ص 160.

(3) أحمد بن شنيتي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الثاني، نظرية الحق، ط01، دون بلد النشر، 2008، ص 104.

(4) محمد سعيد جعفور، المرجع السابق. ص 356.

يتضح من نص هذه المادة أن القانون يحيط الإنسان بالحماية من أي إعتداء عليه سواء في حالة المنازعة فيه بلا مبرر أو في حالة إنتحاله، ويحق له طلب وقف الإعتداء إذا لم يلحق ضرر بالإضافة الى طلب التعويض إذا لحق به ضرر[1].

كما تجدر الإشارة أن لكل من يهمه الأمر أن يتقدم بطلب قصد تصحيح الإسم واللقب وفق الشروط المنصوص عليها في قانون الحلة المدنية.

ثانيا: الموطن

1- تعريف الموطن

يقتضي التنظيم القانوني للعلاقات الإجتماعية ثبات الشخص في مكان معين يمكن أن يخاطب فيه فيما يتعلق بشؤونه القانونية، إذ ليس من المعقول أن نلزم كل من يريد إتخاذ إجراء قانوني في مواجهة أحد الأشخاص أن يتعقب هذا الشخص أو يبحث عن محل وجوده، هذا المكان الذي يمكن قانونا مخاطبة الشخص فيه سواءا وجد فيه بالفعل أم لم يوجد فيه هو ما يسمى بالموطن وقد عرفت المادة 36 ق م ج الموطن بأنه: "**موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الاقامة العادي مقام الموطن**". اما الفقه فيعرفه بأنه "**المقر القانوني للشخص**"[2].

كما يقصد بالموطن الدولة التي يقيم فيها الشخص بصفة مستمرة بغية الإستقرار فيه بصرف النظر عما إذا كان ينتمي إليها برابطة الجنسية أو برابطة الدم[3].

2- أنواع الموطن

من خلال نص المواد 36-37-38-39 ق م ج يتضح أن الموطن ينقسم إلى موطن عام وموطن خاص.

2-1- الموطن العام: وهو الموطن الذي يعتد به بالنسبة لكل شؤون الشخص، والمكان الذي يوجد فيه السكن الرئيسي للشخص حسب ما نصت عليه م 36ق م ج السالفة الذكر، وهذا

(1) عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 104.

(2) عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 167.

(3) محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص435.

التعريف يجعل المعول عليه في تعيين الموطن هو الإقامة الفعلية المستقرة أي السكن غالبا، وبناءا على ذلك لا يعتبر موطنا للشخص المكان الذي يتردد عليه بشكل متكرر حتى ولو كان يقضي معظم وقته فيه مادام أنه يعود بعد ذلك إلى منزله، كما لا يعتبر موطنا للشخص المقيم في مصيف مدة مؤقتة لأن إقامته في هذا المكان ليست هي إقامته المعتادة، كمن يترك موطنه المعتاد ليقيم في مكان خاص لطلب الإستشفاء بناءا على نصيحة من الأطباء ثم تطول إقامته في هذا المكان، ولذلك يشترط في إعتبار مكان معين موطنا للشخص شرطان:

- أن يقيم الشخص فعلا في هذا المكان بصفة مستمرة .
- أن يكون له نية الإستيطان فيه[1].

يتضح أن المشرع الوطني قد أخذ بالتصور الواقعي للموطن لأنه قد يكون للشخص أكثر من موطن، وذلك إذا اعتاد الإقامة المستقرة في أكثر من مكان (كمن تتعدد زوجاته ويتخذ لكل منهن مكان مستقل يقيم معها فيه)، كما أنه قد لا يكون للشخص موطن ما أي ليس له مكان يقيم فيه على وجه الإستقرار كالبدو و الرحل.

2-2 **الموطن الخاص**: وينقسم إلى ثلاثة أنواع:

1- **الموطن الإفتراضي (الأعمال)**: وهو المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة ويعتبر موطنا خاصا بالنسبة إلى المعاملات التي تتعلق بهذه التجارة أو الحرفة فقط وهذا ما نصت عليه المادة 37 ق م ج، فمن خلال نص هذه المادة يتضح أن القانون يجعل إلى جانب الموطن العام للشخص موطنا خاصا بأعمال تجارته أو حرفته، كالدكان مثلا فيكون للتاجر أو صاحب الحرفة موطن خاص بأعمال مهنته، بحيث يجوز لعملائه أن يخاطبونه فيه بكل ما يتعلق بهذه المهنة، أما فيما عدا ذلك فلا عبرة إلا بالموطن العام والذي يقيم فيه بصفة مستقرة.

إن موطن الأعمال مقصور فقط على من يباشر تجارة أو حرفة، ولهذا لا يعتبر المكان الذي يباشر فيه الموظف عمله موطنا إفتراضيا بالنسبة له[2].

(1) عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص168.

(2) عبد القادر الفار، المرجع نفسه، ص 168-169. م 37 ق م ج: "**يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة او حرفة موطنا خاصا بالنسبة الى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة او المهنة**".

2- **موطن ناقصي الأهلية ومن في حكمهم:** نص المشرع الجزائري في المادة 38 ق م ج على أن "**موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا**"، وعليه يتبين من نص هذه المادة أن موطن كل من القاصر والمحجور والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عنهم قانونا من ولي أو وصي أو قيم أو وكيل، ويعتبر هذا الموطن بالنسبة لهم موطنا إلزاميا لا دخل لإرادتهم في إختياره، وهذا الموطن الإلزامي لا علاقة له بالإقامة العادية لهؤلاء ويتم تحديده تحديدا حكميا لا واقعيا.

ويلاحظ أن الأشخاص الذين فرض عليهم القانون موطنا إلزاميا هم من ذكرهم القانون دون سواهم أما ما عداهم فيتحدد موطنهم باختيارهم[1].

3- **الموطن المختار**: هو ذلك الموطن الذي يتخذه الشخص بإرادته لتنفيذ عمل قانوني معين، كما إذا إختار الشخص موطنا له مكتب محاميه لتنفيذ عقد معين، وذلك إلى جانب موطنه العام[2]، فقد نصت المادة 39 ق م ج "**يجوز اختيار موطن خاص لتنفيذ تصرف قانوني معين.**

يجب إثبات اختيار الموطن كتابة".

يتضح من هذه المادة التي استهلت بعبارة "**يجوز**" أن اتخاذ موطن مختار يعد مسألة جوازية، وعليه فإن الأصل هو عدم إلزام الشخص في أن يتخذ لنفسه موطنا مختارا، غير أنه خروجا عن هذا الأصل قد يكون إتخاذ الموطن وجوبيا على شخص عندما يحتم القانون أحيانا اتخاذه بالنسبة إلى عمل من الأعمال.

كما يجب إثبات إختيار الموطن كتابة، ولهذا لا يقبل أي دليل آخر غير الكتابة لإثبات وجود الموطن المختار، وعليه يتحدد الموطن المختار بالإرادة المنفردة للشخص أو بناءً على إتفاق مع الطرف الآخر في العلاقة القانونية المتصلة بالعمل محل هذا الإتفاق [3].

(1) محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 460.

(2) محمد سعيد جعفور، المرجع نفسه، ص 460.

(3) عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 215.

المطلب الثاني
حالة الشخص المعنوي

لقد أدى التطور المعاصر في الظروف الإقتصادية والإجتماعية إلى الإعتراف بالشخصية القانونية للأشخاص الإعتبارية أو المعنوية، ولم تعد هذه الأخيرة قاصرة على الشخص الطبيعي فقط وذلك حتى تتمكن هذه الأشخاص من تحقيق أغراضها[1]، وعليه فالشخص المعنوي هو مجموعة من الأشخاص أو الأموال التي تهدف إلى تحقيق غرض معين، ويعترف لها القانون بالشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق ذلك الغرض[2]، ولدراسة حالة الشخص المعنوي يجب أن نحدد أولا أنواعه في **(الفرع الأول)**، ثم نبين خصائصه في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: أنواع الشخص المعنوي

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 49 ق م ج على أن "**الأشخاص الإعتبارية هي الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، الشركات المدنية والتجارية، الجمعيات والمؤسسات، الوقف، كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية**".

حسب هذه المادة يتضح أن هناك أشخاص معنوية عامة وأشخاص معنوية خاصة.

أولا: الأشخاص المعنوية العامة

يقصد بالأشخاص المعنوية العامة تلك الأشخاص الإعتبارية التي تنشأ بإرادة الشعب على الإقليم الوطني، وتأتي في مقدمتها الدولة باعتبارها شخصا معنويا عاما ووطنيا في نفس الوقت، ثم تليها الفروع التي تتكون منها الدولة أي الأقسام الإدارية مثل الولايات والبلديات والمؤسسات التي تتكون منها، ومن المعروف أن الشخصية المعنوية للدولة تقوم وتوجد بمجرد توافر المقومات الدستورية لها، وإستنادا للمادة 1/1 من قانون الولاية نجدها قد نصت على ان هذه الأخيرة هي جماعة عمومية إقليمية ذات شخصية معنوية واستقلال مالي يديرها والي، أما

(1) جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص258.

(2) إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص236.

البلدية فتتمتع بشخصية مستقلة وهي ليست فرعا من الحكومة المركزية ولا من الولاية ويمثلها رئيس البلدية، وتثبت الشخصية المعنوية العامة للبلدية بمقتضى قانون، وإلى جانب الدولة والولاية والبلدية، يشمل مصطلح الشخص المعنوي العام كل الأشخاص المرفقية أو المصلحية أو المؤسسات العمومية [1].

ثانيا: الأشخاص المعنوية الخاصة

يقصد بالشخص المعنوي الخاصة الهيئات والمؤسسات والجمعيات والشركات المدنية والتجارية التي تعترف لها الدولة بشخصية معنوية لتحقيق أهداف خاصة بمجموعة الأشخاص والأموال المكونة لها [2].

إن هذا النوع من الأشخاص الإعتبارية هي التي تدخل تصرفاتها في نطاق القانون الخاص غير متمتعة بحقوق السيادة والسلطة العامة[3].

وفيما يلي سنتطرق لتحديد مفهوم أنواع كل من الأشخاص المعنوية الخاصة.

1- الجمعيات

الجمعية كل جماعة ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة تتألف من أشخاص طبيعية أو أشخاص معنوية أو منهما معا، وذلك لغرض غير الحصول على ربح مادي[4].

2- الشركات

تعرف الشركة بأنها شخص معنوي ينشأ بمقتضى عقد يلتزم فيه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو عمل لإقتسام ما قد ينشأ من هذا المشروع من ربح وخسارة[5].

---

(1) محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية(نظرية الحق)، المؤسسة الوطنية للفنون، الجزائر، 1998، ص117. م1/1 ق و :"**الولاية هي جماعة الإقليمية للدولة.**

وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة".

(2) إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 240.

(3) عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 188.

(4) عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 312.

(5) نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون (نظرية الحق) كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2011، ص239.

والشركة إما أن تكون شركة مدنية تقوم بصفة رئيسية بالأعمال المدنية كاستغلال المراعي وإصلاح الأراضي، وإما أن تكون شركات تجارية، تتكون بقصد القيام بأعمال تجارية كعمليات البنوك والنقل والتأمين، وهذا النوع من الشركات تتخذ أشكال متعددة أهمها:

أ- شركة التضامن: وهي التي تقوم على الثقة بين أعضائها ويكون كل شريك فيها مسؤولا مسؤولية تضامنية وغير محدودة عن ديون الشركة لا في حدود حصته فحسب بل في أمواله الخاصة كذلك، ويكتسب فيها كل شريك صفة التاجر ولا يجوز للشريك أن يتصرف في حصته من غير رضا باقي الشركاء، كما أن الشركة تنتهي بموت أحد الشركاء أو بالحجز عليه أو إعساره أو إفلاسه[1].

ب- شركة التوصية البسيطة: وهي تتألف من فريقين من الشركاء، شركاء متضامنين وشركاء موصين لا يسألون عن ديون الشركة إلا في حدود الحصة التي قدمها كل منهم، ولا يكتسبون صفة التاجر، وليس لهم الحق في إدارة الشركة، ومع ذلك فإن شخصية الموصى تكون محل إعتبار لشركاء المتضامنين مع ما يترتب على ذلك من آثار[2].

ج- شركة المحاصة: وهي عقد بين الشركاء ولكن ليست لها شخصية معنوية ولا وجود لها بالنسبة إلى الغير وتقتصر أثارها على أطرافها فقط، كأن يتفق مهندس معماري مع مقاول على تشييد المباني واقتسام ما ينشأ عن ذلك من ربح أو خسارة[3].

د- شركة المساهمة: هي الشركة التي لا تكون شخصية الشركاء فيها محل إعتبار، بل يكون الإعتبار فيها لما يقدمه كل شريك من مال، وما يترتب على ذلك من جواز تصرف الشريك في حصته دون حاجة إلى موافقة الشركاء، وإن وفاة أحد الشركاء أو الحجز عليه أو إعساره أو إفلاسه لا يترتب عليه حل الشركة كما أن الشريك لا يكتسب صفة التاجر وغير مسؤول عن ديون الشركة، إلا في حدود قيمة أسهمه ويقسم رأس مال شركة المساهمة إلى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول[4].

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص242.

(2) عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص285.

(3) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص246.

(4) نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص247.

هـ- شركة التوصية بالأسهم: تتألف من فريقين من الشركاء شركاء متضامنين وشركاء موصين حصصهم متماثلة في أسهم قابلة للتداول، غير أن هؤلاء الشركاء ليست محل إعتبار لدى باقي الشركاء مع ما يترتب من ذلك من أثار.

و- شركات ذات مسؤولية محدودة: هي شركة تعتمد على عدد من الشركاء محدود لا يجوز أن يزيد عن خمسين شريكا، غير أنها لا تطرح الحصص لاكتساب العام كما في شركات المساهمة، كما أن حصص الشركاء لا تقبل التداول الحر، ومسؤولية الشركاء فيها عن ديون الشركة في حدود حصصهم.

ي- الشركات متعددة الجنسيات: هي الشركات التي يكون مركز إدارتها في بلد معين ولكنها تمارس نشاطها في بلد أو أكثر من بلدان العالم عن طريق فروع لها بالتنسيق بينهم.

3- الوقف:

عبارة عن حبس العين عن التصرف و التمليك على وجه التأبيد و التصرف و هذا ما نصت عليه المادة 213 ق أ ج[1]، على سبيل البر و الإحسان، قد يكون لفائدة شخص طبيعي او معنوي، ويتم بموجب سند رسمي يخضع لإجراءات الإشهار إذا تعلق بعقار، وفي جميع الأحوال يكتسب الوقف الشخصية المعنوية.

الفرع الثاني: خصائص الشخص المعنوي

يعتبر الشخص المعنوي شخص قانوني يتوفر على صلاحية وجوب الحقوق له أو عليه في الحدود اللازمة لتحقيق الغرض الذي أنشئ من أجله[2]، ولقد نص المشرع الجزائري في

---

(1) م 213 ق أ ج:" الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد و التصدق".

(2) عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 342. م 50 ق م ج:**"يتمتع الشخص الإعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقررها القانون.**

يكون لها خصوصا :

-ذمة مالية،

-أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون،

-موطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها،

-الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج و لها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها، في نظر القانون الداخلي في الجزائر،

المادة 50 ق م ج على مجموعة من خصائص أو مميزات التي يتمتع بها الشخص المعنوي وهي كالآتي:

1-إسم الشخص المعنوي

بما أن الشخص المعنوي يتمتع بشخصية قانونية مستقلة وكيان قائم بذاته فلا بد له من إسم يساعد على تعيينه وتمييزه لإجراء الأعمال والتصرفات، ويختلف إسم الشخص المعنوي عن إسم الشخص الطبيعي من حيث عدم وجود لقب أو إسم عائلي يدخل في تكوينه، ولا يشترط في إختيار إسم الشخص المعنوي إلا عدم جواز مخالفته للنظام العام والآداب العامة، وأن لا يتشابه مع غيره من الأشخاص الإعتبارية الأخرى إستبعادا لكل لبس[1].

ويتمتع إسم الشخص الإعتباري بالحماية القانونية التي يتمتع بها إسم الشخص الطبيعي بحيث يجوز لممثله أن يطلب وقف أي إعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر ومثل ذلك المنافسة غير المشروعة عن طريق إستعمال العلامة أو الإسم التجاري[2].

أضف إلى ذلك أنه يمكن تغيير إسم الشخص المعنوي علما أن تغييره يعتبر بمثابة تعديل لنظام الشخص المعنوي الذي حدد فيه إسمه ويجب أن يتم وفقا للأصول القانونية التي قررها القانون[3].

2- الحالة

الشخص المعنوي ليس له حالة مدنية لاستحالة أن تكون له أسرة، وباتالي فإن كل ما يخص حالة الشخص المعنوي يتعلق بحالته السياسية أو الجنسية، كما أن جنسيته تتصرف إلى وجود رابطة تبعية بينه وبين دولة معينة يخضع لقانونها وهي مستقلة عن جنسية الأشخاص المكونين لها[4].

- نائب يعبر عن إرادتها،

- حق التقاضي".

(1) أحمد بن شنيتي، المرجع السابق، ص 138.

(2) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 219

(3) أحمد بن شنيتي، المرجع السابق، ص 139.

(4) جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 260.

ويختلف معيار تحديد جنسية الشخص الإعتباري باختلاف التشريعات التي تحكم الأشخاص الإعتبارية المختلفة فقد تكون جنسية الشخص المعنوي هي جنسية الدولة التي يوجد بها مركز إدارته أو الدولة التي يمارس فيها نشاطه الفعلي أو قد تكون جنسيته هي جنسية الدولة التي تم تكوينه فيها[1].

3- الموطن

موطن الشخص المعنوي هو المقر الذي يرتكز فيه النشاط القانوني والإداري والمالي له، ولا يتصور أن يتحدد بمكان الإقامة المعتادة لهذا الشخص المعنوي فهو ليس إنسانا[2]، وقد نصت المادة 50 ق م ج السالفة الذكر على أن موطن الشخص الإعتباري بصورة عامة هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، أما الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر.

4- الذمة المالية

للشخص المعنوي ذمة مالية مستقلة عن ذمة الأشخاص الذين قاموا بتكوينه أو القائمين على إدارته، بحيث لا يجوز فيما عدا شركة التضامن والشركاء المتضامنين في شركات التوصية لدائني أي من الأشخاص المكونين للشخص المعنوي أو القائمين على إدارته أن يطالبوا الشخص المعنوي بما لهم من حقوق في مواجهة هؤلاء الأشخاص، كما لا يجوز لدائني الشخص المعنوي مطالبة أحد أعضائه أو مؤسسيه أو أن ينفذوا على أموالهم الخاصة، وتعتبر الذمة المالية من أهم خصائص الشخص الإعتباري ولها فائدة كبيرة بالنسبة إليه من حيث أنها تؤدي إلى الفصل بين أمواله والتزاماته من جهة، وبين أموال والتزامات أعضائه من جهة ثانية[3].

(1) عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص191.

(2) عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص345.

(3) أحمد بن شنيتي، المرجع السابق، ص140.

5- نائب الشخص المعنوي

الشخص المعنوي ليس له وجود مادي محسوس كالشخص الطبيعي وهو بذلك لا يستطيع إجراء التصرفات والأعمال القانونية إلا بواسطة من ينوب عنه أو من يمثله من الأشخاص الطبيعيين، ويختلف تمثيل الشخص المعنوي وتعيين الهيئات أو الأشخاص الذين ينوبون عنه باختلاف أنواع الأشخاص المعنوية[1].

6- حق التقاضي

يعتبر حق التقاضي من أبرز حقوق الشخص المعنوي إذ بواسطته تمكنه المثول أمام القضاء كمدعي أو مدعى عليه، كما يمكن الغير أن يرفع الدعاوي عليه، وأن يوكل المحامين للدفاع عنه، وإذا رفعت الدعوى على الشخص المعنوي وعلى من قام بتكوينه كالشركاء في شركة التضامن جاز أن يكون له محامي يختلف عن المحامي الذي يمثل الشركاء[2].

(1) أحمد بن شنيتي، المرجع نفسه، ص 141.

(2) عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 190.

المبحث الثاني

تنازع القوانين في مسائل حالة الشخص الطبيعي و المعنوي

تعتبر الحالة المدنية للأشخاص الطبيعية من المجالات الخصبة لتنازع القوانين لأنها تحدد وضع الشخص من أسرته، وتثير مسائل متعلقة بنظام الأسرة كالزواج والنسب والوصاية والولاية... إلى آخره[1]، وهذا ما أدى بالمشرع الجزائري لتحديد القانون الواجب التطبيق على حالة الأشخاص الطبيعية في المادة 1/10 من القانون المدني الجزائري.

إن الشخصية القانونية لا تقتصر على الأشخاص الطبيعية فحسب بل تمتد إلى الأشخاص المعنوية نتيجة التطور المعاصر للحاجات والظروف الإقتصادية والإجتماعية، وذلك لتحقيق أغراض وأهداف معينة لا يستطيع الشخص الطبيعي بمفرده أن يحققها، كما أن النشاط الإقتصادي لهذه الأشخاص المعنوية لا يقتصر على النطاق الوطني والداخلي فقط و إنما يمتد عبر الحدود مثل الشركات المتعددة الجنسيات التي أضحت تمارس أنشطة إقتصادية واسعة في أكثر من دولة وهذا ما يؤدي إلى إثارة مشكلة تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق[2]، ولقد نظم المشرع الجزائري المسائل المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق على حالة الشخص الطبيعي **(المطلب الأول)** و حالة الشخص المعنوي **(المطلب الثاني)**، في المادة 10 من القانون المدني الجزائري.

المطلب الأول

القانون واجب التطبيق على حالة اشخص الطبيعي

إختلف الفقهاء حول ضابط الإسناد الذي يحكم حالة الأشخاص الطبيعية عند تنازع القوانين، فهناك من أخذ بقانون الموطن كضابط إسناد، أو قانون الجنسية باعتبارهما القانون الشخصي للفرد[3].

(1) جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 247.

(2) احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 659.

(3) جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 249.

و على هذا الأساس سوف نقوم بدراسة التطور التاريخي للقانون الواجب التطبيق على حالة الشخص الطبيعي، ثم نبين موقف المشرع الجزائري في **الفرع الأول**، كما سندرس القانون الواجب التطبيق على بعض عناصر حالة الشخص في **الفرع الثاني**.

ثم نبين موقف المشرع الجزائري في الفرع الأول، كما سندرس القانون الواجب التطبيق على بعض عناصر حالة الشخص في الفرع الثاني.

الفرع الأول: التطور التاريخي للقانون الواجب التطبيق على حالة الشخص الطبيعي

إختلف الفقهاء حول ضابط الإسناد الذي يحكم حالة الشخص فهناك من أخضعها لقانون دولة الموطن وهناك من أخضعها إلى قانون الجنسية.

أولا: الإعتماد في البداية على موطن الشخص كضابط إسناد

إتجه الفقهاء منذ نشأة قواعد تنازع القوانين على يد المدرسة الإيطالية القديمة إلى إخضاع حالة الشخص لقانون موطنه، على أساس أن العدالة والمنطق يقضيان بوجوب تمتع المراكز القانونية المرتبطة بالشخص بنوع من الإستقرار، وأن ضابط الموطن هو الوحيد الذي يكفل هذا الإستقرار[1] .

وقد ضلت حالة الشخص خاضعة لقانون الموطن أيضا في فقه المدرسة الفرنسية في القرن 16، فبالرغم من أن الفقيه "دار جنتريه" قد أخذ أساسا بمبدأ عينية القوانين أي إقليميتها، ولم يكن يقر بمبدأ إمتداد القانون خارج إقليم الدولة، إلا أنه أخذ على سبيل الإستثناء بقانون الموطن فيما يتعلق بحالة الشخص، وهذا ما أخذ به أيضا الفقيه "ديمولان"[2].

وفي القرن 17 تمسكت المدرسة الهولندية أيضا بضابط الموطن بالنسبة لمسائل الحالة فقد كانت هولندا تعتبر الإقليمية أمرا أساسيا للمحافظة على إستقلالها في مواجهة الدول الأجنبية، ومع إنتقال فقه المدرسة الهولندية إلى إنجلترا في القرن الثامن عشر تأثر الفقه الإنجليزي به وأخذ بمبدأ تطبيق قانون الموطن على المسائل المتعلقة بالأشخاص.

(1) جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 251.

(2) جمال محمود الكردي، المرجع نفسه، ص 251.

ثانيا: الإعتماد على جنسية الشخص كضابط إسناد بداية من القرن التاسع عشر

ظهر إتجاه آخر في منتصف القرن التاسع عشر وركز "مانشيني" وأنصاره على الأخذ بضابط الجنسية على أساس مبدأ شخصية القوانين أي إمتداد قانون الجنسية وراء الشخص ليحكم جميع العلاقات القانونية الخاصة به، وأن الدولة تضع القوانين لمصلحة رعاياها، وبالتالي يتعين تطبيق قوانينها حتى ولو وجدوا في الخارج[1].

وقد أخذت معظم قوانين الدول بضابط الجنسية من بينها القانون المدني الفرنسي الصادر عام 1814م، القانون المدني الإيطالي الصادر 1875م، القانون المدني البرتغالي الصادر 1887م والقانون المصري إلى غير ذلك[2].

غير أنه ظهر إتجاه حديث يرمي إلى الجمع بين كل من قانوني الجنسية والموطن في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص، فقد إتجهت بعض الدول التي تطبق على حالة الشخص قانون الجنسية إلى الأخذ بقانون الموطن في بعض الأحوال، خاصة في حالة متعددي الجنسية وعديميها هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فقد جرى العمل على تطبيق قانون دولة الموطن المشترك إذا كان القانون الواجب التطبيق على الحالة هو قانون الجنسية المشتركة، و كان الطرفين مختلفي الجنسية كما هو الحال في القانون الفرنسي والألماني والمجري والتركي[3].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادة 1/10 ق م ج على أنه "**يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم**"، وعليه يتضح من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري أخذ بقانون الجنسية كضابط إسناد يحكم كافة عناصر حالة الشخص من ولادته حتى مماته، كما يحكم القواعد الموضوعية الخاصة بإثبات الحالة ووسائل إثباتها[4].

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص247.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 249.

(3) جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 256.

(1) الطيب زروتي، المرجع السابق، ص147، نسرين شريقي، المرجع السابق، ص 53. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007 ، ص 732. جاب جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 282.

الفرع الثاني: نطاق تطبيق قانون الجنسية على حالة الشخص

سوف نتعرض إلى تحديد مجال مجال تطبيق قانون الجنسية على نوعي حالة الشخص ثم نبين القانون واجب التطبيق على بعض المسائل الخاصة المتعلقة بحالة الشخص.

أولا: النطاق النوعي

تعرف حالة الشخص الطبيعي كما أوضحنا سابقا بأنها"جملة الصفات التي تحدد ذات الشخص ومركزه من أسرته ودولته وهذه الصفات تقوم على أسس من الواقع مثل السن والذكورة والأنوثة أو على أسس من القانون كالزواج والجنسية.

وبهذا التعريف تشمل الحالة معنيين الأول هو الحالة العامة أوالسياسية، والتي عن طريقها يتحدد مركز الشخص من دولته بواسطة رابطة الجنسية، وهذه الحالة ليست مجالا لتنازع القوانين ولا تضبطها قواعد الإسناد، لأن كل دولة تنفرد ببيان من هم وطنيوها ولا تتقيد في تحديدهم بغير قوانينها[1].

إذا حدث وأن حصل تنازع بين الجنسيات بشأن شخص فيحل التنازع طبقا للمادة 22 ق م ج، بمعنى أنه إذا ثار نزاع حول إحدى مسائل حالته وكان يتمتع بجنسية دولتين أو أكثر فهنا يطبق القاضي الجنسية الحقيقية، وهذا كمبدأ عام، ثم ورد إستثناء على ذلك في الفقرة 2 من المادة 22 ق م ج ومفاده أن يطبق القانون الجزائري وحده إذا كان للشخص الجنسية الجزائرية

إلى جانب جنسية دولة او عدة دول أخرى، أما في حالة إنعدام الجنسية فيطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة وهذا ما ورد في نص المادة 3/22 ق م ج[2].

أما الحالة امدنية للشخص فتعد من أهم مشكلات تنازع القوانين التي تثور بخصوص مسائل حالة الشخص باعتبارها مجموعة صفات الشخص الطبيعية ككونه ذكرا أو أنثى، راشدا

(1) الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 146. أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، دون دار نشر، مصر، دون تاريخ نشر، ص 313.

(2) " **في حالة تعدد الجنسات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية.**

غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق غذا كانت للشخص في وقت واحد، بالنسبة الى الجزائر الجنسية الجزائرية، و بالنسبة إلى الدولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول.

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

أو قاصرا، زوجا أو أرملا أو أعزبا، أبا أو إبنا، سليم القوى العقلية أو مصابا بعاهة، ولهذا تخضع حالة الشخص الطبيعي لقانون الجنسية وهذا ما ورد في نص المادة 1/10 ق م ج[1].

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على المسائل الخاصة المتعلقة بحالة الشخص

1- الإسم واللقب

يعتبر الإسم الوسيلة التي تميز الشخص عن غيره من الأشخاص ويعد من الحقوق اللصيقة بالشخصية، إذ أنه العلامة المميزة لها والحد الفاصل بينها وبين غيرها من الشخصيات[2].

وقد وقع خلاف حول تحديد طبيعة حق الشخص على إسمه هل الأمر يتعلق بحق الملكية أم بحق مرتبط بوضع الشخص على إقليم الدولة ويعد من ضرورات الأمن المدني، أم بصدد مسألة تعد عنصر من عناصر الحالة الشخصية للأفراد، أم إزاء حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية .

وقد إستمر الفقه والقضاء في لبنان ومصر وفرنسا على إخضاع إسم الشخص ولقبه لقانونه الشخصي، أي قانون جنسيته وذلك على أساس أنهما يرتبطان بالشخصية ومالهما من أثر في تمييز الشخص وتحقيق هويته وبيان حالته الذاتية التي تفصله عمن سواه، فإن تطبيق قانون الجنسية يترتب عنه تحقق صفتا الثبات والإستقرار اللازمان للإسم واللقب[3].

وإعمالا لهذا المبدأ ذهب القضاء الفرنسي إلى أن تحديد الإسم وتعيينه وإسترداده وحق الشخص في إسم معين كلها مسائل يحكمها قانون جنسية الشخص المعني بالأمر، كما أن قانون جنسية الشخص هو الذي يحكم مسألة تغيير الإسم[4].

(1)-الطيب زروتي، المرجع السابق، ص146.

(2) أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 211.

(3) عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، 734.

(4) عكاشة محمد عبد العال، المرجع نفسه ص 735.

إن منح الإسم ونقله كأثر للزواج أو البنوة أمر يحكمه القانون الذي يحكم أثار الزواج أو أثار النسب على إعتبار الإسم من بين هذه الآثار، كما أن تغيير الإسم على إثر الطلاق والإنفصال الجسماني أمر يحكمه القانون الذي تخضع له هاتان المسألتان[1].

أما الإسم التجاري فنميز بصدده بين حالتين إذا كان وثيق الصلة بالحالة المدنية للتاجر فإنه يجب إلحاقه بقانون الجنسية، أما إذا كان ممثلا بقيمة مالية ويعبر عن مزاولة نشاط في وسط معين فيسري عليه القانون الذي يحكم المحل التجاري[2].

أما ألقاب الشرف الممنوحة من دولة أجنبية فإنها تخضع للإختصاص التشريعي والقضائي لتلك الدولة التي منحتها [3].

2- الموطن

يعتبر الموطن من أهم عناصر حالة الشخص ومن الوسائل القانونية لتركيز الشخص بوصفه يقيم فيه بصفة دائمة أو مؤقتة أو يستعمله في أغراض معينة، وباعتبار الموطن هو المحل الذي يوجد فيه السكن الرئيسي للشخص وعند عدم وجود مقر للسكن الرئيسي يحل محله مكان الإقامة العادية، فإنه ينقسم إلى عام و خاص، وينقسم الموطن العام إلى إلزامي وإختياري، أما الموطن الخاص فينقسم إلى ثلاثة أنواع، موطن الأعمال، وموطن ناقص الأهلية، والموطن المختار وهذا ما أشرنا إليه سابقا[4].

إن هذا الإختلاف والتنوع لمفهوم الموطن داخليا وكذلك على الصعيد الدولي يطرح بشأنه تنازع بين القوانين لتحديد موطن الشخص، وباعتبار الموطن من العناصر المميزة لشخصية الفرد لأنه هو الذي يتيح لنا العثور على مكانه، فيعتبر بذلك متعلقا بحالة الشخص فيخضع بالتالي تحديده لقانون الجنسية وفقا لما جاء في نص المادة 10 ق م ج، وهذا ما أخذت به معظم الأحكام القضائية فيما يتعلق بموطن القاصر وموطن النساء المتزوجات[5].

(1) عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 740 .

(2) الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 148.

(3) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 662.

(4) الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 149.

(5) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 212.

3- الغائب والمفقود

الغيبة أو الفقد تعني تواجد الشخص في حالة لا يعرف فيها إذا كان ميتا أم حيا وقد عرفت المادة 109 من قانون الأسرة المفقود على أنه "**الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم**"، أما الغائب فقد عرفته المادة 110 ق أ بأنه "**الغائب هو الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته وإدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود**".

وبالتالي يعتبر الغياب والفقد من الصفات التي تتكون منها حالة الشخص، ويترتب عليها أثار بالنسبة للشخص وأسرته وأمواله، فإذا انقطعت أخبار الشخص فإنه ثمة مصالح عديدة تصبح مهددة وتحتاج إلى حماية منها ما يتعلق بحقوق الأسرة، ومنها ما يتعلق بحقوق الورثة والدائنين ومنها ما يخص الشخص ذاته[1].

إن قانون جنسية المفقود والغائب هو الذي يحكم كافة المسائل المتعلقة بنظامه القانوني سواء تعلق الأمر بالمدة اللازمة للحكم باعتبار الشخص الغائب مفقود وشروط ذلك، أو بحكم رجوعه والمسائل التي تسبق إعلان الغيبة من حيث إدارة أمواله وترتيب أوضاعه الشخصية والعائلية[2].

أما فيما يخص الإجراءات المتعلقة بإدارة أموال الغائب وحفظها وتنميتها مؤقتا حتى تتقرر بشأنها الأحكام والترتيبات الخاصة الواردة في قانون جنسيته فإنها تخضع لقانون موقع المال، لأنها لا تتعلق بالنظام العام وإنما تتصل بحيازة هذه الأموال وهذه الحيازة تتعلق بالأحوال العينية لهذا نجد المشرع الجزائري أخضعها للقانون الجزائري إذا كانت موجودة بالجزائر تطبيقا لنص المادة 2/15 ق م[3].

(1) عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 768 .

(2) عكاشه محمد عبد العال، المرجع نفسه، ص 768.

(3) جابر عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 291. م15 /2 ق م ج:" **غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر و عديمو الأهلية و الغائبون موجودين في الجزائر وقت إتخاذ هذه التدابير، أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر**".

4- حرمة الجسد

يعترف القانون لكل شخص بحقوق على جسمه أو جسده ويقرر الحق في معصوميته وعدم المساس بسلامة أعضائه وأجهزته، وهذا ما يثور في الآونة المعاصرة عن مدى الحق في الرضا باستخدام أعضاء الجسد بعد الموت في الأغراض العلمية أو الطبية أو التبرع بأحد الأعضاء أو الأجهزة...إلخ.

وهذه المشكلات تثير تنازعا بين القوانين إذا دخل عليها عنصر أجنبي، وهذا ما يتعاظم حدوثه اليوم مثل بنوك الكلى والعيون والدم، التي يبحث عن مودعيها من الأجانب الموجودين في الدول المتقدمة.

وبالتالي يعتبر حرمة الجسد من أهم ما يخص شخصية الفرد وحالته، بل إن الجسم فيما فيه من عقل وروح وأجهزة هو وعاء الحالة الشخصية[1]، ولذلك لتحديد القانون الواجب التطبيق أثناء التنازع في مسائل حرمة الجسد يتعين أن نميز بين حالتين:

- إذا تعلق الأمر بمسائل مرتبطة بالحياة الخاصة للفرد فإنه يتعين تطبيق قانون الجنسية الشخص بخصوص وجود الحق فيها ونطاقه.
- أما إذا تعلق الأمر بحق من حقوق الشخصية للإنسان التي تدخل في إطار ما يصنف بأنه من الحريات العامة التي تدعو الدساتير الحديثة إلى صيانتها والحفاظ عليها فإنه يتعين تطبيق قانون دولة القاضي بوصفه من قوانين الأمن والبوليس المدني[2].

5- صيانة الحياة الخاصة

إن تقدم وسائل الإتصال والإعلام أضحى يهدد جانب الحياة الخاصة للإنسان، ومع إنتشار الحاسب الآلي وتخزين العديد من المعلومات التي تمس تلك الحياة في برامجه وتعرضها للسرقة أو حتى للضياع بتخريب برامج الكمبيوتر أدى إلى حدوث مشكلات تنازع القوانين ذات العنصر الأجنبي.

إن الحق في حماية الحقوق الخاصة من الحقوق الداخلة في إطار الحالة الشخصية مثل الحق في الإحتفاظ بأسرار الزوجية والمراسلات بين الزوجين وعدم نشر الصور والرسومات الخاصة للشخص.

---

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 773.

(2) عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 774.

يتجه الرأي إلى التفرقة بين جانبين:

- وجود الحق في الحياة الخاصة ونطاقه وهذا الجانب يخضع للقانون الشخصي لإتصاله بجوهر حالة الشخص.
- الإعتداء على ذلك الحق وأثاره وهنا نكون بصدد تنازع في المسؤولية على أساس الخطأ وهنا يكون تطبيق قانون الدولة التي تم فيها الإعتداء.

كما يمكن إختلاف مكان إرتكاب السلوك الخاطئ عن مكان تحقق الضرر، وذلك باستعمال وسائل كالصحف ووسائل الإذاعة المسموعة والمرئية، فإن ضرورات تحقيق حماية الحقوق الخاصة للمضرور توجب الإعتداد بقانون الدولة التي ترتب فيها الضرر[1].

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص المعنوي

أدى التطور المعاصر للحاجات والظروف الإقتصادية والإجتماعية إلى الإعتراف لجماعات من الأشخاص كالشركات والجمعيات أو لجماعات من الأموال كالمؤسسات بالشخصية القانونية أو الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات، ولم يعد نشاط هذه الكيانات قاصر على المعاملات الوطنية المحضة بل إمتدت عبر الحدود الإقليمية للدول في صورة الشركات المتعددة الجنسيات، وهذا ما أدى إلى إثارة مشكلات تنازع القوانين وكيفية إختيار القانون الذي يحكم حالة هذه الأشخاص[2].

لقد حدد المشرع الجزائري ضابط الإسناد الذي يحكم الحالة القانونية للشخص المعنوي كمبدأ عام في المادة 3/10 ق م ج وهذا ما سيتم تبيانه في **(الفرع الأول)**، كما أورد إستثناء على ذلك سنتطرق إليه بنوع من التفصيل في **(الفرع الثاني)** [3].

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 665.

(2) صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 2009، ص 261.

(3) الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 150.

الفرع الأول: إعتماد قانون مركز الإدارة الرئيسي والفعلي كضابط إسناد

يتمثل المبدأ العام الذي وضعه المشرع الجزائري في م 3/10 في إخضاع النظام القانوني للشخص الإ عتباري لقانون الدولة التي يوجد بها مركز إدارته الرئيسي والفعلي[1]، وهذا ما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري في المادة 2/11[2].

ويحكم هذا المبدأ كل ما يتصل بالنظام القانوني للشخص الإعتباري منذ إنشائه وكيفية إدارة شؤونه وبالتصرف المنشئ له، وطرق تعديل هذا التصرف، وما يترتب من أثر على هذا التعديل، وكذلك كل ما يتعلق بكيفية وأسباب انقضاء الشخص الاعتباري، ولذلك تخضع جميع هذه المسائل لقانون الدولة التي يوجد بها مركز الإدارة الرئيسي والفعلي للشخص المعنوي[3]، ويخرج عن نطاق هذا المبدأ كل ما يتعلق بالتصرفات القانونية التي يجريها الشخص الاعتباري مع غيره من الأشخاص كعقود البيع والإيجار، وكذلك العقود التي يبرمها مع عماله ومستخدميه.

أولا: شروط الاعتداد بمركز الإدارة الرئيسي والفعلي كضابط إسناد.

يشترط للاعتداد بمركز الإدارة والمقر الاجتماعي كمعيار أو كضابط إسناد يحكم حالة الشخص الإعتباري شرطان على نحو ما ورد في نص المادة 3/10 ق م ج:

1- أن يكون مركز الإدارة رئيسي: أي أن يوجد في الدولة التي تدار فعلا أمور وشؤون الشخص الإعتباري، فقد تتعدد الهيئات القائمة بإدارة الشخص الإعتباري وتكون موزعة بين عدة دول، كأن ينعقد مجلس الإدارة في مكان بينما تنعقد الجمعية العمومية في مكان آخر، ويثور التساؤل في هذا الصدد بشأن معرفة أي من هذه المراكز يعتد به، فعلى القاضي تحديد مكان

(1) أحمد عبد الحميد عشوش،المرجع السابق، ص356. م 3/10 ق م ج: "**أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي غير أنه، إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري**".

(2) م 21 ق م المصري (يرجع إلى القانون الذي طبق على الشخص المعنوي في شأن مدى تمتعه بالشخصية المعنوية وتنظيمه وبوجه خاص فيما يتعلق بتكوينه وإدارته وبالتصرف المنشئ وطريق تعديل هذا التصرف وما يترتب من أثر قانوني على هذا التعديل وبكيفية إنقضائه).

(3) جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 261.

وجود الإدارة العليا، ولذلك تخضع مسألة تحديد الإدارة الرئيسية في حالة تعدد مراكز الإدارة إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع[1].

2- **أن يكون مركز الإدارة فعليا:** أي مرتبط إرتباطا حقيقيا بالدولة ويباشر وظائفه الرئيسية بها، فيمكن أن يكون للشخص للشخص المعنوي مركز إدارة لا يعبر عن الرابطة الحقيقية بينه وبين الدولة، وذلك رغبة في التخلص من القيود التي يفرضها قانون الدولة التي يرتبط بها فعلا[2].

ولذلك إشترط المشرع أن يكون مركز الإدارة فعليا للشخص المعنوي، وذلك من أجل سد طريق التحايل أمام الأطراف الذين يرغبون في التهرب من أحكام قانون دولة المقر الفعلي وتوجيه القاضي نحو قانون دولة المركز النظامي أو الرسمي، فهذا الأخير يعد مركز إدارة صوري أو نظري لا يعطي وجها لقانون الدولة التي يوجد بها ليحكم حالة الشخص الإعتباري[3].

كذلك عندما يختلف مكان أو مقر الجمعية العمومية عن مقر مجلس الإدارة، فيجب النظر إلى الإدارة الفعلية أو الحقيقية للشخص المعنوي، ومن يملك زمامها، والقرارات المالية و الإدارية المؤثرة في الجمعية أو المجلس، ويجري القضاء على القول بأن مركز الإدارة الفعلية يكون حيث يوجد مجلس الإدارة[4].

ثانيا: ملاحظات على مبدأ خضوع حالة الأشخاص المعنوية لقانون مركز الإدارة الرئيسي والفعلي

يمكن أن نلاحظ على المبدأ العام الذي وضعه المشرع الجزائري في المادة 2/10 ق م ج ما يلي:

1- **إستخدام المشرع الجزائري لقاعدة الإسناد ذات الصياغة الإنفرادية الطاردة:** إن صياغة قاعدة الإسناد قد تكون مزدوجة الجانب أي ثنائية الجانب، بمعنى إمكان إختيار قاعدة الإسناد

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 682.

(2) جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 262.

(3) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 682

(4) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص682. **م 2/10 ق م ج :" يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".**

لقانون أجنبي معين، كما قد تختار القانون الوطني لحكم المسألة محل النزاع، ومثال ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1/10 ق م ج فقد صاغ المشرع في هذا النص ضابط الإسناد بطريقة مجردة، بحيث أنه قد يرشد القاضي إلى قانونه الوطني إذا كان من ثار النزاع بشأن حالته وطنيا، وقد يرشده إلى القانون الأجنبي إذا كان من ثار النزاع بشأن حالته أجنبيا[1]

كما تكون صياغة قاعدة الإسناد إنفرادية أو إيجابية "**مفردة الجانب**" أي تقتصر على تحديد حالات إختصاص القانون الوطني فقط دون القانون الأجنبي[2].

كما قد تكون صياغة قاعدة الإسناد إنفرادية لكنها طاردة، وتعني هذه الصياغة إقتصار قاعدة الإسناد على تحديد حالات إختصاص القانون الأجنبي دون القانون الوطني، ومثال ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 3/10 ق م ج، فالمشرع الجزائري لم يحدد في القاعدة المذكورة إلا حالات تطبيق القانون الأجنبي دون حالات تطبيق القانون الوطني[3]، فقد حصر المشرع النص المذكور في الأشخاص المعنوية الأجنبية فقط، وهذا يبدو مثير للدهشة والإستغراب، مما دفع الفقهاء إلى دعوة المشرع إلى تعديل صياغة المادة على نحو يجعلها قاعدة إسناد مزدوجة وذلك عن طريق إسقاط لفظ الأجنبية حتى يستقيم المعنى مع ما ينبغي أن تكون عليه قاعدة الإسناد في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على حالة الأشخاص المعنوية عموما[4].

2- **إهمال حل التنازع المتحرك:** لقد أهمل المشرع الجزائري حل التنازع المتحرك الذي قد يثيره ضابط الإسناد الذي إستخدمه في نص المادة 2/10 ق م ج المذكورة سابقا، وهو ضابط مركز الإدارة الرئيسي الفعلي باعتباره من الضوابط القابلة للتغيير أو الإنتقال، مما يستلزم تحديد الوقت الذي يعتد به فيه بمركز الإدارة الرئيسي والفعلي إذ من الممكن نقل ذلك المركز من دولة إلى أخرى، وهو أمر تتبعه بعض القوانين المقارنة كالقانون البرتغالي[5]، وتثير العديد من المشكلات

(1) جمال محمود الكردي ، المرجع السابق، ص263.

(2) جمال محمود الكردي، المرجع نفسه، ص263.

(3) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص646.

(4) جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 264.

(5) جمال محمود الكردي، المرجع نفسه، ص 265.

على إثر النقل الدولي لمركز إدارة الشركات والأشخاص المعنوية الأخرى كتلك المتعلقة بمدى إمكانية إنقضاء الشخصية المعنوية للشخص المعنوي ومدى قابليته للإنحلال... إلخ[1].

وعليه يجب تحديد وقت الإعتداد بمركز الإدارة الرئيسي والفعلي لتسهيل مهمة القضاء وتجنيبه مغبة التردد والذل، كما يؤكد البعض أن العبرة بصدد تحديد هذا الوقت يجب أن تكون بمركز الإدارة الرئيسي الجديد طالما أن المركز الفعلي لم يكن نقله بصدد التحايل على القانون وأن يكون هذا النقل قد تم وفقا لقانون مركز الإدارة القديم، وتم توفيق أوضاع الشخص الإعتباري ونظامه الأساسي مع أحكام قانون دولة المركز الجديد، وهذا الحل نجده في القانون المقارن مثل القانون الدولي الخاص السويسري الجديد[2].

الفرع الثاني: تطبيق القانون الجزائري كإستثناء

إن النشاط الإقتصادي والإجتماعي للأشخاص المعنوية لم يقتصر داخل الحدود الإقليمية للدولة فقط إنما إمتد ليشمل دول أخرى، لذا فمن الوارد جدا أن تمارس إحدى الشخصيات الإعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر، وعلى هذا الأساس أورد المشرع الجزائري في نص المادة 3/10 ق م ج حكما خاصا يعتبر كاستثناء من المبدأ العام وهو إخضاع النظام القانوني للشخص المعنوي لقانون دولة مركز إدارته الرئيسي الفعلي، ويتمثل هذا الحكم في تطبيق القانون الجزائري إذا مارست إحدى الشخصيات المعنوية الأجنبية نشاط داخل الإقليم الجزائري[3].

ووفقا لنص هذه المادة فإنه إذا كان الإقليم الجزائري هو مكان الإستغلال أو النشاط الرئيسي للشخص المعنوي فإنه يخضع للقانون الجزائري وذلك حتى ولو كان مركز الإدارة الرئيسي الفعلي واقعا في إقليم دولة أخرى[4].

---

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 679.

(2) جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص ص 268-269.

(3) عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ج 1، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الإسكندرية، 1986، ص214. **م 3/10 ق م ج: "غير انه، إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري".**

(4) غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص الكتاب الأول (تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، الطبعة4، الأردن، 2005. ص93

أولا: شروط إعمال هذا الإستثناء

لسريان القانون الجزائري على النظام القانوني للأشخاص المعنوية الأجنبية يجب توفر الشروط التالية:

- يجب أن يكون النشاط الذي تمارسه إحدى الأشخاص الإعتبارية الأجنبية في الجزائر نشاطا رئيسيا غير ثانوي أو هامشي، وهذه الصفة في النشاط تبصر بالرابطة بين الشخص الأجنبي والقانون الجزائري مما يبرر تطبيقه من ناحية، وبتأثير ذلك النشاط على المصالح الإقتصادية والتجارية للجزائر، مما يستوجب تطبيق قانونها من ناحية أخرى، وتحديد ما إذا كان النشاط رئيسي أو لا مسألة يستقر بتقديرها قاضي الموضوع على ضوء ظروف وملابسات كل حالة على حدى[1].

- يجب أن يكون الإقليم الجزائري مركز من مراكز نشاط الشخص الإعتباري بالجزائر أي وجوب ممارسة النشاط في الجزائر.

ثانيا: ملاحظات على هذا الإستثناء

- أن الإختصاص المقرر للقانون الجزائري يهدف إلى حماية المصالح الإقتصادية الجزائرية من نشاط الشركات والجمعيات والمؤسسات الأجنبية، والتي قد تحتج بقانونها الأجنبي للتهرب من قواعد القانون الجزائري التي تحمي تلك المصالح بما يفرض إختصاصا مقررا بموجب قاعدة تنازع مفردة الجانب[2].

- إن هذا الإستثناء يخفف من حدة القاعدة العامة في شأن الإعتداد بقانون مركز الإدارة الرئيسي والفعلي بوصفها تعييرا عن مصالح الشركات الرأسمالية الكبرى التي تمارس نشاطا إقتصاديا واسعا في العديد من الدول المختلفة، إذ يحقق معيار مركز الإدارة الرئيسي الفعلي لتلك الشركات المرونة اللازمة لتلبية حاجاتها والتي تصنع بسهولة ودون قيد مجلس إدارتها في المكان الذي يلائمها[3].

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 613.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 612.

(3) هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، طبعة 2003، ص 417.

- إن تطبيق أحكام القانون الجزائري على حالة الأشخاص المعنوية الأجنبية يغلق أبواب التحايل على أحكام القانون الجزائري وخاصة في حالة مباشرة الشخص المعنوي الأجنبي لنشاطه الرئيسي في الإقليم الجزائري، إذ قد يتخذ مركز إدارته في الخارج بالرغم من أنه يباشر نشاطه الحقيقي في الجزائر، وذلك بهدف التحايل على أحكام القانون الجزائري، إذ يخضع الشخص االمعنوي الأجنبي في مثل هذا الفرض لأحكام القانون الجزائري بالرغم من عدم وجود مركز إدارته بالجزائر وذلك باعتبار أن الجزائر هي مركز الإستغلال الرئيسي[1].

(1) هشام علي صادق، السابق نفسه، ص417.

الفصل الثاني

القانون واجب التطبيق على أهلية الشخص

تعتبر الأهلية من الخصائص المميزة للإنسان أو للشخص الاعتباري، حيث يتوقف على توافر عنصرها في الإنسان معرفة مدى ما يمكن أن يتمتع به من الحقوق (أهلية وجوب)، ومدى ما يمكن أن يلتزم به من الواجبات (أهلية أداء)، وتبدأ شخصية الإنسان بولادته حيا وتنتهي بوفاته، كما تمر بعدة مراحل وهذا ما نجده في نص المادة 25 ق م ج.

أما الشخص االمعنوي، فتبدأ شخصيته بمجرد ثبوت الشخصية القانونية له، بحيث تكون له أهلية، ولكنه لا يمارسها بنفسه بل عن طريق نائب يمثله ويعبر عن إرادته.

إن أهلية الإنسان تكتمل بمجرد بلوغه سن الرشد، ومتمتعا بقواه العقلية، فيكون أهلا لمباشرة التصرفات القانونية، إذا لم يوجد عارض أو مانع يصيب أهليته أما في حالة وجود ذلك فينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو قيم لمباشرة تلك التصرفات القانونية.

تعتبر الأهلية التجارية من أهم الموضوعات التي اهتمت بها أغلب التشريعات، باعتبار إن لكل شخص الحق في ممارسته لأي نشاط تجاري إذ يعد من قبيل الحريات العامة، شرط أن لا يكون مخالفا للنظام العام و الآداب العامة **(المبحث الأول)**.

لقد أخضع المشرع الجزائري الأهلية لقانون الجنسية كأصل عام، وقرر له استثناء على ذلك نتيجة لإعتبارات معينة، كما قرر نظم خاصة لحماية القصر و عديمي الأهلية **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول
مفهوم الأهلية

الأهلية القانونية أهم مميز للشخصية القانونية، لأنها تسمح للشخص الطبيعي أو الاعتباري بممارسة أي نشاط ما لم يكون مخالفا للقانون[1]، باعتبار أن للإنسان أهليتين، أهلية وجوب يكتسبها بمجرد ولادته حيا، وأهلية أداء يكتسبها في وقت لاحق، وهي تمر بمراحل معينة بتدرج سن عمره، ومدى قدرته على التمييز والإدراك، وتكتمل أهلية الإنسان بمجرد بلوغه سن الرشد ومتمتعا بقواه العقلية، ومع ذلك قد تطرأ ظروف مادية أو قانونية، تجعله فاقد أو ناقص الأهلية، وهدا ما يسمى بموانع الأهلية **(المطلب الأول)**، ففي هذه الحالة يقرر القانون شخص آخر يباشر عنه هذه التصرفات أو يقوم إلى جانبه عند مباشرتها (نيابة قانونية)[2]، كما تعتبر الأهلية التجارية من المسائل التي اهتمت بها أغلب التشريعات العالمية، وذلك لتشجيع الاستثمار **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول
أنواع الأهلية و موانعها

الأهلية في اللغة هي الصلاحية والجدارة والكفاية لأمر من الأمور، فالأهلية لأمر هي الصلاحية له، ومنه قوله تعالى:" هو اهل التقوى و اهل المعجزة"[3] . أما في مجال القانون فهي "صلاحية الشخص الطبيعي أو المعنوي للتمتع بالحقوق والتحمل بالالتزامات، ولأن يباشر بنفسه الأعمال والتصرفات القانونية المتعلقة بهذه الحقوق أو تلك الواجبات، وتعتبر الأهلية من الخصائص المميزة في صفة الإنسان ولأن للشخص أهليتين يكتسب الأولى بمجرد ولادته حيا والأخرى يكتسبها في وقت لاحق فهي تمر بمراحل معينة **(الفرع الأول)** كما أن للأهلية أحكام تصيب الشخص تتمثل في العوارض والموانع **(الفرع الثاني)**[4].

(1) إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 231.

(2) محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 522.

(3) سورة المدثر، الآية: 56.

(4) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص610.

الفرع الأول: أنواع الأهلية

تنقسم الأهلية إلى نوعين:

أولا: أهلية الوجوب

هي قدرة الشخص على التمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات وهي تنشأ للفرد منذ لحظة تكونه وبث الروح فيه وهو في بطن أمه حتى لحظة وفاته[1]، كما تعرف بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له، وعليه فالشخص سواء كان طبيعيا أو معنويا ينظر إليه القانون من ناحية أنه صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات، فكل إنسان هو شخص قانوني تتوفر له أهلية الوجوب وتثبت له هذه الأهلية من وقت ميلاده، بل وقبل ذلك من بعض الوجوه عندما يكون جنينا إلى وقت موته، بل وبعد ذلك إلى حين تصفية تركته وسداد ديونه.

كذلك الشخص الاعتباري شخص قانوني تتوفر فيه أهلية الوجوب [2].

لذلك تثبت أهلية الوجوب لكل إنسان بمجرد ولادته حيا حيث تدور وجودا وعدما مع الحياة، فمناط أهلية الوجوب هو الحياة، وهي مكفولة للجميع بصرف النظر عن التمييز أو الإدراك أو حرية الإرادة.

وتنقسم أهلية الوجوب إلى ثلاثة أنواع:

1- أهلية الوجوب الكاملة: هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق، فلا تكون أهلية منقوصة ولا مقيدة بمعنى أن الإنسان بمجرد ولادته حيا يكتسب أهلية الوجوب كاملة، ويكون بمقتضاها أهلا لاكتساب جميع الحقوق سواءً تلك التي لا يحتاج سببها إلى قبول كالوصية، أو التي يحتاج سببها إلى قبول كالهبة، فإن لم تتوافر لديه إرادة القبول كأن كان صغيرا يقبل وليه نيابة عنه كما يكون الشخص أهلا لتحمل الإلتزامات التي يكون هو مصدرها إكتساب الحق وليس وليدة الإرادة[3].

(1) عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص 177.

(2) صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص ص 263-264.

(3) محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 79.

2- **أهلية الوجوب المقيدة:** الأصل أن أهلية الوجوب تكون كاملة غير أن المشرع تدخل بالنسبة لحقوق معينة ووضع لها قيود كالحقوق السياسية، فالأجانب غير المواطنين لا يتمتعون بهذه الحقوق، كما أن بعض الحقوق تتطلب لاكتسابها شروط خاصة كتقييد المشرع أهلية بعض الأشخاص في حالات معينة فتكون لهم أهلية وجوب مقيدة، في اكتساب بعض الأموال مثل ما نصت عليه م 402 ق م ج التي منعت القضاة والمحامين وكتاب الضبط والموثقين من شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون في دائرتها عملهم، فأهلية وجوب هؤلاء الأشخاص مقيدة بالنسبة للتصرفات المنصوص عليها في هذه المادة فقط، أما بالنسبة للتصرفات القانونية الأخرى فلهم أهلية وجوب كاملة[1].

3-**أهلية الوجوب الإستثنائية:** هي تلك التي منحها المشرع للحمل الذي مازال جنينا في بطن أمه حماية ورعاية لمصالحه التي ستكون له بعد ولادته، حيث منحه أهلية وجوب ناقصة تقتصر على صلاحيته لاكتساب الحقوق التي لا يحتاج سببها إلى قبول، كالحق في الإرث والوصية وهذا ما نصت عليه المادة 2/25 م ج[2].

ثانيا: أهلية الأداء

هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق[3] وهي "صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية التي تؤدي إلى اكتساب الحقوق وتحمله الإلتزامات على وجه يعتد به القانون[4]، كما يعرفها البعض بأنها"قدرة الشخص على التعبير بنفسه ولحسابه عن إرادته تعبيرا منتجا لأثاره القانونية[5].

لذلك لا تثبت أهلية الأداء إلا إذا أثبت الشخص أنه قادرا على التمييز بين النفع والضرر، ولذلك فمناط أهلية الأداء هو التمييز والإدراك وحرية الإرادة، أما مجالها فهو إبرام التصرفات القانونية سواء كانت تصرفات تبادلية كالبيع والإيجار أو بإرادة منفردة كالتبرع والوصية، لأن

(1) محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 505.

(2) محمدي فريدة زواوي ،المرجع السابق، ص78. "**على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا**".

(3) صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص262.

(4) محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص508.

(5) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 169.

هذه التصرفات جميعها قوامها إرادة الإنسان، أما الأعمال المادية سواء كانت عمدية أو لا أي بإرادة الشخص أو بغير إرادته تتحقق أثارها بناء على نص القانون وليس على الإرادة الشخصية مثل القتل العمدي[1].

من خلال تعريف نوعي الأهلية يتضح أن هناك اختلاف بين أهلية الوجوب والأداء وذلك فيما يلي:

- أهلية الوجوب تعني مدى صلاحية الشخص لأن يكون صاحب حق أو مدينا بالإلتزام، أما أهلية الأداء فهي قدرة الشخص على أن يباشر بنفسه ما يثبت له من حقوق وما يترتب عليه من إلتزامات[2].

- أهلية الأداء يستلزم قيامها بالضرورة توافر أهلية الوجوب، بمعنى أنه لكي يباشر الشخص تصرفا قانونيا معينا من شأنه أن يكسبه حقا أو يحمله إلتزاما، يجب أولا أن يكون صالحا لأن يكون صاحب حق أو مدينا بالتزام، لكن توافر أهلية الوجوب لا يؤدي بالضرورة إلى توافر أهلية الأداء، فقد تثبت للشخص أهلية الوجوب دون أن تتوفر لديه أهلية الأداء، فيكون متمتعا بالحقوق نظرا لثبوت أهلية الوجوب له دون أن يستطيع استعمال تلك الحقوق بنفسه لانعدام أهلية الأداء لديه[3].

- أهلية الوجوب تبدأ بمجرد ثبوت الشخصية القانونية للشخص وتظل تلازمه إلى حين وفاته دون أن تتأثر بسن ولا بعارض يصيب العقل، لذلك إذا انعدمت الشخصية القانونية انعدمت أهلية الوجوب[4].

مراحل أهلية الأداء

تتدرج أهلية الشخص بتدرج سن عمره وقدرته على التمييز والإدراك بين الفعل النافع والضار من الإنعدام إلى النقصان إلى الكمال.

(1)-محمدي فريدة زواوي،المرجع السابق،ص76.

(2)-محمد سعيد جعفور،المرجع السابق،ص509.

(3)-محمد سعيد جعفور،المرجع نفسه،ص510،509.

(4)-عبد القادر الفار،المرجع السابق،ص172.

1- إنعدام الأهلية: تنعدم أهلية الأداء في حالتين بسبب صغر السن وبسبب إصابة الشخص بعارض من عوارض الأهلية.

1-1-إنعدام الأهلية بسبب صغر السن: تنعدم أهلية الأداء بسبب صغر السن في حالتين الحالة الأولى هي الجنين (الحمل المستكن)، فالجنين له أهلية وجوب ناقصة أما أهلية الأداء فليس له ذلك إذ مناطها الإدراك والتمييز، أما الحالة الثانية فهي حالة الصبي غير المميز أي الطفل الذي لم يبلغ سن التمييز بعد وتبدأ مرحلة انعدام التمييز لصغر السن بميلاد الطفل وبلوغه سن التمييز وهي 13 سنة طبقا لما نص المشرع الجزائري في م 42 ق م ج: "**لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة**".

لذلك فإن الطفل منذ ولادته إلى أن يبلغ سن التمييز وإن كانت له أهلية وجوب كاملة لا تثبت له أهلية أداء إطلاقا لأن الوعي مفقودا لديه، وبالتالي ليس له الحق في إبرام التصرفات القانونية فكلها باطلة وهذا ما نصت عليه م 82 ق الأسرة[1].

1-2- إنعدام الأهلية بسبب إحدى عارضي الأهلية

1-2-1- العته: يعرفه فقهاء القانون بأنه إضطراب يعتري العقل دون أن يبلغ درجة الجنون يجعل المريض مختلط الكلام قليل الفهم فاسد التدبير[2]، ويصفه البعض الآخر الفقه العته بأنه كالجنون خلل يصيب العقل ولكنه يختلف عنه في أن صاحبه لا يكون في حالة هياج[3].

1-2-2- الجنون: مرض يصيب العقل فيفقد صاحبه ملكة الإدراك والتمييز بين الخير والشر والصالح والطالح، أو هو احتلال العقل على نحو يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل السليم، ولهذا يحجر على المجنون ويمنع من التصرف في ماله ويعين له قيم يتولى شؤونه[4]،

---

(1) محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص529. "**من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة (42) من القانون المدني تعتبرجميع تصرفاته باطلة**".

(2) محمد سعيد جعفور، المرجع نفسه،ص 530.

(3) محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 19؛ ومحمد سعيد جعفور، ص531.

(4) محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص528.

وبالتالي فحكم تصرفات المجنون والمعتوه طبقا للمادة 107 ق الأسرة فإنها تفرق بين تصرفاته الصادرة قبل الحكم بالحجر عليه وتبين تلك الصادرة بعد صدور الحكم بالحجر.

1-2-2-1- حكم التصرفات الصادرة قبل الحجر: إذا كانت حالة الجنون أو العته غير شائعة وقت التعاقد فتصرفاته تعتبر صحيحة ويعتبر كامل الأهلية، أما إذا كانت حالته شائعة وقت التعاقد أو كان المتعاقد مع المجنون أو مع المعتوه على علم بهذه الحالة فإن تصرفات المجنون والمعتوه باطلة بطلانا مطلقا رغم صدورها قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر.

1-2-2-2- حكم التصرفات الصادرة بعد الحجر: يتم الحجر على المعتوه أو المجنون بناء على طلب أحد أقاربه أو من له مصلحة أو من النيابة العامة، ولذلك إذا تم توقيع الحجر عليه فتعتبر كل تصرفاته باطلة [1].

نقص الأهلية:

يعتبر ناقص الأهلية كل من بلغ سن التمييز (13سنة) ولم يبلغ سن الرشد وهذا ما نصت عليه المادة 43 م ج و يدخل في نفس الحكم السفيه وذو الغفلة[2]، وبالتالي فالصبي المميز هو من بلغ سن 13 سنة وله أهلية أداء ناقصة فيستطيع قبول التصرفات النافعة له نفعا محضا كالهبة والوصية ويمنع عليه مباشرة التصرفات الضارة له ضررا محضا كهبة الأموال وإبراء المدين له من الدين حيث تقع هذه التصرفات باطلة حتى لو أقرها الولي، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والمقايضة فتكون قابلة للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية[3].

- نقص الأهلية بسبب إحدى عارضي الأهلية (المنقصين للتمييز: السفه والغفلة):

السفه: هو عدم الإحسان في تدبير المال وإنفاقه على غير مقتضى العقل والحكمة والشرع أي هو من ينفق ماله من غير روية ، أي تبذير المال وإتلافه، لذلك لا يعتبر السفيه ناقص الأهلية إلا إذا صدر حكم بتوقيع الحجر عليه أما قبل ذلك فيعتبر كامل الأهلية[4].

---

(1) محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص80.

(2) محمدي فريدة زواوي، المرجع نفسه، ص80. **"كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".**

(3) محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 544. **م43 ق م ج "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".**

(4) محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 80.

الغفلة: هو عدم الإهتداء إلى التصرفات الرابحة بسبب البساطة وسلامة القلب، ويمكن تعريفه أيضا بأنه من كان طيب القلب إلى حد السذاجة بحيث تجره طيبته وسلامة قلبه إلى سهولة خداعه وغبنه في معاملاته مع غيره، وذو الغفلة كامل العقل، لأن العلة ليست في عقله بل في سذاجته وفرط طيبة قلبه ولهذا يعامل معاملة السفيه من حيث الحجر عليه وتعيين قيم يتولى شؤونه[1].

فحكم تصرفات السفيه وذي الغفلة يخضعان إلى حكم واحد فمتى حجر عليهما بسبب السفه والغفلة اعتبرا ناقصي الأهلية المادة 43 ق م ج أما قبل الحجر فتعتبر تصرفاتهم صحيحة[2].

كمال الأهلية: يعتبر الشخص كامل الأهلية من بلغ سن الرشد وهو 19 سنة في القانون الجزائري متمتعا بقواه العقلية ولم تكن المحكمة قد قضت قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه لسبب من أسباب الحجر، أي إنتهت حالة القصر واعتبر مستكملا الإدراك والتمييز المادة 40 م ج والمادة 86 قانون الأسرة[3].

تظل أهلية الأداء كاملة لدى الشخص البالغ لسن الرشد ومتمتعا بقواه العقلية ويترتب على ذلك صحة جميع التصرفات القانونية التي يجريها نافعة كانت أو ضارة أم دائرة بين النفع والضرر طالما لم يكن هناك عارض من عوارض الأهلية[4].

الفرع الثاني: موانع الأهلية

يعتبر الشخص الذي بلغ سن الرشد كامل الأهلية دون أن يلحقه أحد عوارض الأهلية غير أن هناك ظروفا أو عوائق طبيعية أو مادية أو قانونية تحول بين الشخص وبين إمكان

(1) محمدي فريدة زواوي، المرجع نفسه، ص 80.

(2) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 179.

(3) محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص ص 578-579. م 40 ق م "**كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.**

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة". م86 ق ا "من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني".

(4) محمد سعيد جعفور، المرجع نفسه، ص 580.

مباشرة التصرفات القانونية أو إمكانية مباشرتها منفردا رغم كمال أهليته وتتمثل هذه الموانع في ثلاثة أنواع:

أولا: المانع الطبيعي (العاهة المزدوجة): هي أن يجتمع في شخص معين عاهتين من ثلاث هي الصمم والبكم والعمي بحيث يكون إما أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم، مما يتعذر معه التعبير عن إرادته تعبيرا صحيحا، حيث يجوز للمحكمة تعيين مساعدا قضائيا يعينه في تصرفاته حماية لمصلحته، وهذا ما نصت عليه المادة 1/80 ق م ج وذلك بتوفر ثلاث شروط:

- يجب أن تجتمع في المصاب عاهتان على الأقل، فلا يكفي لتقرير المساعدة القضائية أن يكون الشخص مصابا بعاهة واحدة.
- يجب أن يتعذر على المصاب بعاهة مزدوجة التعبير عن إرادته.
- تقديم ذو العاهة المزدوجة طلب إلى القضاء لتعيين المساعد القضائي أو أي شخص له مصلحة في تقرير المساعدة[1].

ثانيا: المانع المادي (الغائب): هو الشخص الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة وكيل مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير، وهذا ما نصت عليه المادة 110 ق أ "**الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود**"، ويعتبر الغائب كامل الأهلية سليم الإرادة لكنه لا يمكن أن يدير شؤونه بنفسه لذلك حتى لا تتعطل مصالحه ومصالح الناس المرتبطة به تقضي الضرورة بإقامة وكيل عنه يدير شؤونه[2].

ومن خلال نص المادة 110 ق الأسرة ج يتضح أنه يلزم لاعتبار الغائب مانعا ماديا للأهلية وبالتالي ليجوز للمحكمة أن تعين وكيلا عن الغائب توافر 3 شروط:

---

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 172. "**اذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته**".

(2) محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 78.

- يجب أن يكون الغائب كامل الأهلية وليس ناقص أو عديم الأهلية.
- استمرار الغياب مدة سنة أو أكثر.
- تعطل مصالح الغائب.

لذلك إذا توافرت هذه الشروط يقتضي تعيين وكيل للغائب ويزول أثر الغياب بزوال سببه كأن يعود الغائب، وتنتهي مهمة الوكيل بانتهاء حالة الغياب[1].

ثالثا: المانع القانوني: هو كل من سلبت أهليته بحكم المحكمة أو القانون كحالة الحكم بعقوبة جنائية والحكم بشهر الإفلاس.

1- الحكم بعقوبة جنائية: يقصد بالحكم بعقوبة جنائية ذلك الحكم الصادر ضد مرتكب إحدى الجرائم التي تكيف بأنها جناية والتي تكون العقوبة الأصلية المقررة لها طبقا للمادة 1/5 قانون العقوبات الجزائري إما الإعدام أو السجن المؤبد أو السجن المؤقت لمدة تتراوح بين 5 سنوات إلى 20 سنة، ويطلق على المحكوم عليه بمثل هذا الحكم طيلة تنفيذ العقوبة عليه "المحجور عليه قانونا"[2]، ولا يجوز أن يتولى إدارة أمواله خلال مدة حبس حريته حيث تتولى المحكمة تعيين له قيما نيابة عنه في إدارة أمواله، وإذا تصرف المحكوم عليه بعقوبة الجناية في ماله بغير إذن المحكمة وقع تصرفه باطلا بطلانا مطلقا[3].

---

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ص 172،173.

(2) محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 593.م 5 ق ع ج "**العقوبات الصلية في مادة الجنايات هي:**

- الإعدام

- السجن المؤبد

- السجن المؤقت لمدة تتراوح بين خمس سنوات و عشرين سنة ما عدا في الحالات التي يقرر فيها القانون حدود أخرى قصوى".

(3) محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 595.

2- **الحكم بشهر الإفلاس:** هو الحكم الناتج عن توقف التاجر عن دفع ديونه ويتم حرمانه من إدارة أمواله طيلة مدة التفليسة ويتم تعيين وكيل التفليسة إجباريا طبقا لنص المادة 1/244 ق التجاري الجزائري حيث يتمكن هذا الأخير من إدارة أموال المفلس[1].

المطلب الثاني

النيابة القانونية أو الشرعية والأهلية التجارية

تنص المادة 81 ق الأسرة :"**من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون**".، من خلال هذه المادة يتضح أن الولاية إما أن تكون أصلية أو غير أصلية كولاية الولي الذي يختاره الأب وقد يعين من طرف القاضي كما في حالة المقدم **(الفرع الأول)**، ويهدف نظام الولاية إلى رعاية مصالح الأشخاص الذين يعجزون عن رعاية مصالحهم بأنفسهم[2] ، والولاية تكون عن النفس وتتعلق بالتربية والحضانة والزواج وقد تكون ولاية على المال تتعلق بالمحافظة على مال القاصر وإدارته[3].

كما تعتبر مسألة الأهلية التجارية من بين المسائل الهامة التي اهتمت بها أغلب التشريعات العالمية التي منحت للأجانب إمتيازات لممارسة النشاط التجاري وذلك بمراعاة شروط أقرها المشرع في القانون التجاري **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: النيابة القانونية أو الشرعية

تتمثل في الولاية والوصاية والقوامة

---

(1) محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص85. م1/244 **ق تج ج :"يترتب بحكم القانون على الحكم بإشهار الإفلاس، ومن تاريخه تخلي المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، بما فيها الأموال التي قد يكتسبها بأي سبب كان ما دام في حالة الإفلاس ويمارس وكيل التفليسة جميع حقوق و دعاوى المفلس المتعلقة بذمته طيلة مدة التفليسة".**

(2) محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 597.

(3) محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 85.

أولا: الولاية

الولاية على المال هي صلاحية الشخص لإجراء تصرفات قانونية ترتب أثارها في حق الغير[1]، وتستمد هذه السلطة إما من القانون أومن حكم القاضي أو من الغير نفسه، والعلة في تقرير الولاية هي حاجة الغير إلى من يتولى شؤونه نتيجة نقص أهليته أو إنعدامها مثل الجنين والصبي غير المميز أو الصبي المميز، أو من إعترى أهليته عارض من عوارض الأهلية أو مانع من موانعها[2].

وبالتالي من هو الولي وكيف يتم ثبوت الولاية؟

الولي هو الشخص الذي خوله القانون سلطة الولاية على أموال القاصر[3]، ويتضح من نص المادة 87 ق الأسرة أن الولاية على مال القاصر غير مميز كان أو مميز تثبت بالترتيب للأشخاص التالية:

- الأب إن كان حيا وغير غائب ولم يحصل له مانع بحول بينه وبين مباشرة مقتضيات الولاية.

- الأم بعد وفاة الأب أو كان لا يزال على قيد الحياة لكنه لا يستطيع مباشرة أمور الولاية بنفسه نظرا إما لغيابه أو لحصول مانع له من شأنه أن يحول بينه وبين الولاية.

كما يستفاد من نص المادة 92 ق الأسرة أنه تثبت الولاية أيضا للجد الصحيح إن كان موجودا، وذلك بعد وفاة الأب والأم أو عند ثبوت عدم أهليتها للولاية، وهذا إذا لم يختار الأب قبل موته لصغيره وصيا، وإلا تقدم الوصي المختار حينئذ في الترتيب على الجد الصحيح. أما في حالة الطلاق فإن القاضي يمنح الولاية على القصر للشخص الذي تسند له حضانتهم طبقا للمادة 64 ق الأسرة.

أما عن نطاق ولاية الوالي وسلطاته على أموال القاصر فقد قضت المادة 1/88ق الأسرة بأنه يجب :"**على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا**

(1) محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 598.

(2) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 183.

(3) محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 601. م87 ق اج "**يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الام محله قانونا.**

وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد".

طبقا لمقتضيات النظام العام"، مع الإشارة أنه يستثنى من هذه الأموال ما يكون قد آل إلى القاصر بطريق التبرع (الهبة والوصية) إذا كان المتبرع قد إشترط عدم خضوعها لسلطة الولي، وفي هذه الحالة ينصب المتبرع للقاصر وصيا مختارا يقوم إلى جانب وليه أو تعين المحكمة وصيا خاصا للولاية على هذا المال وإدارته[1]، كما أن الولي لا يمكنه مباشرة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر مثل (البيع والرهن والإيجار) إلا بعد الحصول على إذن مسبق من القاضي عملا بمقتضى المادة88 من قانون الأسرة[2].

إنتهاء الولاية: طبقا لنص المادة 91 من قانون الأسرة تنتهي وظيفة الوالي إما بعجزه أو بموته أو بالحجر عليه أو بإسقاط الولاية عنه، إضافة إلى ذلك تنقضي الولاية ببلوغ القاصر سن الرشد وهي 19 سنة ما لم تقضي المحكمة قبل بلوغه السن باستمرار الولاية عليه[3].

في هذه الحالة عند انتهاء الولاية أو سلبها من الولي فإنها تؤول إلى ولي آخر حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة 87 ق الأسرة بقوة القانون، وإذا لم يوجد للقاصر وليا آخر فإن المحكمة تعين له وصيا يتولى شؤونه[4].

---

(1) محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 605. م92 ف ا ج **"يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة (86) من هذا القانون".م 64 ق ا ج "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة للام، ثم الجدة للأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".**

(2) محمد سعيد جعفور، المرجع نفسه، ص606. م 88 ق أ **"على الولي إن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص و يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام.**

وعليه ان يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

-بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة

-بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

-إستثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة، إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد".

(3) محمد سعيد جعفور، المرجع نفسه، ص 607. م 91 ق أ ج " **تنتهي وظيفة الولي:**

بعجزه، بموته، بالحجر عليه، بإسقاط الولاية عنه".

(4) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 193.

ثانيا: الوصاية

تعرف الوصاية بأنها نوع من الولاية لأن وسيلتها القانونية هي النيابة القانونية على القاصر في إدارة أمواله فهي تهدف نقل الولاية إلى صيانة أموال القاصر[1]، ولكن الوصاية لا تتقرر بقوة القانون، وإنما يعين الوصي من طرف الأب، أو الجد، أو بحكم من المحكمة بعد التحقق من توفر الشروط المنصوص عليها في القانون[2]، وهذا ما نصت عليه المادة 92 ق الأسرة ومن هذا التعريف يتبين أن هناك نوعين من الوصي:

1-**الوصي المختار**: هو الوصي الذي يتم إختياره من قبل الأب أو الجد

1-1- **اختيار الوصي من قبل الأب**: يتم إختيار الوصي من قبل الأب قبل موته لرعاية أموال ولده القاصر بشرط أن تكون أمه قد ماتت أو أنها لا تستطيع القيام بواجبات الولاية، ففي هذه الحالة يحل الوصي المختار ويتقدم على الجد الصحيح طبقا لنص المادة 94 ق الأسرة "**يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الاب لتثبيتها أو رفضها**".

1-2- **إختيار الوصي من قبل الجد**: يتم اختيار الوصي من طرف الجد في حالة كونه هو الولي على مال القاصر بشرط أن يكون كل من أبيه أو أمه متوفي، أو أن أباه يكون قد مات، في حين أمه لا تزال على قيد الحياة، لكنها لا تستطيع أن تتولى أموره بسبب معين كانعدام أهليتها تطبيقا لنص م 92 ق الأسرة بحيث يتضح أنه إذا تعدد الأوصياء المختارون فللقاضي اختيار الأصلح منهم[3].

وتطبيقا للمادة 28 من قانون الولاية على المال المصري فإنه يتم إختيار الوصي من قبل الشخص الذي يتبرع بمال للقاصر لرعاية هذا المال لصالح الصغير وذلك إذا كان المتبرع قد إشترط عدم دخول هذا المال تحت سلطة الولي أو الوصي العام، فطبقا لمقتضى المادة من

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص 194.

(2) عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 243. "**يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة (86) من هذا القانون**".

(3)- محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 611.

القانون ذاته لا يدخل في الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا إشترط المتبرع ذلك"[1].

1-3- الوصي المعين: هو الشخص الذي تتولى المحكمة تعيينه للقاصر إذا لم يكن له وصيا مختارا[2]، وقد حدد تقنين الأسرة في المادة 93 على بعض الشروط التي يجب توفرها في الوصي المختار وهي:

- يجب أن يكون الوصي مسلما، والحكمة من وراء هذا أن لا يكون لاختلاف الدين بين الوصي والقاصر أي أثر من حيث الحالة الدينية للقاصر.

- يجب أن يكون الوصي عاقلا وبالغا سن الرشد وقادرا.

- يجب أن يكون الوصي حسن التصرف، فلا يجوز تعيين الوصي الذي له سيرة سيئة، ولذلك إذا تخلفت هذه الشروط في الوصي يمكن للقاضي عزله طبقا لنص المادة 93 ق الأسرة.

أما عن نطاق سلطات الوصي فهي نفسها سلطات الولي طبقا لنص المادة 95 ق أ:"للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد 88، 89 و90 من ق الأسرة الجزائري[3].

إنتهاء الوصاية وأثره : تنص المادة 96 من ق الأسرة على أنه:

" تنتهي مهمة الوصي:

- **بموت القاصر أو زوال أهلية الوصي أو موته.**
- **ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه.**
- **بإنتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها.**
- **بقبول عذره في التخلي عن مهمته.**

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 194.

(2) عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 245. " **يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغا قادرا أمينا حسن التصرف وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة**".

(3) محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 614.

– **بعزله بناءً على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر".**

ثالثا: القوامة أو التقديم

القوامة هي نوع من الولاية بالمعنى الواسع ووسيلتها النيابة القانونية وسببها عارض من عوارض الأهلية سواء معدمة أو منقصة لها[1]، أو هي نيابة قانونية يتولى بمقتضاها شخص يسمى القيّم شؤون عديم أو ناقص الأهلية، أو هي الولاية على مال المحجور عليه لتوفر أحد عوارض الأهلية المنقصة للتمييز أو المعدمة له[2].

لم يتبين نصوص قانون الأسرة الأشخاص الذين تثبت لهم القوامة إذ إكتفت بالنص على أن تعيين المقدم يكون بناءً على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة، وذلك على خلاف قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي نص في المادة 1/469 على أن القاضي هو الذي يعين مقدما ويكون من بين أقارب القاصر وفي حالة ما تعذر ذلك يعين شخص آخر يختاره[3].

أما قانون الولاية على المال في مصر فقد حدد درجة القرابة بين المقدم والشخص الخاضع لنظام التقديم بموجب المادة 68 منه التي تقضي "**تكون القوامة للإبن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم للشخص الذي تعيّنه المحكمة**".

وعليه فإن المحكمة لا تلجأ إلى تعيين قيم على الشخص إذا طرأ ذلك قبل بلوغه سن الرشد وإنما تقضي باستمرار الولاية أو الوصاية، وهذا ما يفهم من نص المادة 81 من قانون الأسرة[4].

---

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 218.

(2) محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 619.

(3) محمد سعيد جعفور، المرجع نفسه، ص619. وتنص المادة 1/469 ق إ م إ "**يعين القاضي طبقا لأحكام قانون الأسرة مقدما من بين أقارب القاصر وفيحالة تعذر ذلك يعين شخصا آخر يختاره**".

(4) محمد سعيد جعفور، المرجع نفسه، ص 620-621. **م 81 ق أ ج:" من كان فاقد الأهلية أوناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أوسفهأ ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".**

أما عن سلطات القيّم فيسري على القوامة على المحجورين وعلى القوام ما يسري على الوصاية على القصر وعلى الأوصياء من أحكام طبقا لنص المادة 87 من قانون الولاية على المال في مصر، فبالرغم من أن القيّم قد يكون أب أو جد صحيحا إلا أنه يسري عليه أحكام الوصاية في قوامته على ابنه أو حفيده طالما أن هذا الأخير قد حجر عليه بعد أن صار راشدا كامل الأهلية ببلوغه سن الرشد دون أن يحكم عليه باستمرار الولاية عليه[1].

الفرع الثاني: الأهلية التجارية

الأصل لكل شخص الحق في ممارسة أي نشاط تجاري لأن ذلك يعد من قبيل الحريات العامة التي يتمتع بها كل إنسان شريطة ألا يكون منافيا للنظام العام أو الآداب العامة، وأن لممارسة أي نشاط تجاري إشترطت أغلب التشريعات في الشخص الذي يريد مزاولة التجارة إكتساب الصفة التجارية باحتراف العمل التجاري على وجه الإعتياد والإستقلالية، إضافة إلى القيد في السجل التجاري عند بعض التشريعات العالمية[2].

أولا: الأهلية التجارية بالنسبة للوطنيين

1- بالنسبة للراشد

إن التقنين التجاري الجزائري لم يحدد سن الرشد التجاري، ولهذا وجب تطبيق القواعد العامة الواردة في التقنين المدني الجزائري حيث حددت المادة 40 ق م ج سن الرشد ب19 سنة كاملة، ولهذا فيجوز بحسب الأصل لمن بلغ سن الرشد المذكور أن يحترف التجارة ويقوم بالأعمال التجارية طالما أن أهليته كاملة ولم تصب بأي عارض من عوارض الأهلية وإلا اعتبرت تصرفاته باطلة، وهذا ما نص عليه المشرع المصري أيضا في المادة 1/11 ق م المصري حيث حدد سن الأهلية التجارية ب21 سنة[3].

(1) عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص270.

(2)الإعتياد هو العنصر المادي مفاده التكرار بالأعمال التجارية بصفة منتظمة.

(3) أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 302.

2- بالنسبة للقاصر

نصت المادة 5 ق ت ج ج على تحديد سن الترشيد بـ 18 سنة فيجوز لكل شخص ذكرا أم أنثى مباشرة أعماله التجارية ولكن بشرط الحصول على إذن من الأب أو من الأم أو مجلس العائلة، وبعد أن يحصل القاصر على إذن من الأب أو من الأم أو من مجلس العائلة، لمباشرة التجارة لا بد من إتخاذ إجراءات التصديق عليه من المحكمة المختصة مع تقديم الإذن مرفقا بطلب التسجيل في السجل التجاري [1].

كما نجد م 6 ق ت ج تنص "**يجوز للتجار القصر المرخص لهم طبقا للأحكام الواردة في المادة 5 أن يرتبوا إلتزاما أو رهنا على عقاراتهم.**

غير أن التصرف في هذه الأموال سواء كان إختياريا أو جبريا لا يمكن ان يتم إلا بإتباع أشكال الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية".

وحسب هذه المادة يتبين أنه :

- يجوز أن يكون الإذن للقاصر بمباشرة التجارة مطلقا بالنسبة للتجار في الأموال المنقولة، أما بالنسبة للأموال العقارية فقد حظر المشرع على القاصر المأذون له في التجارة التصرف في هذه الأموال إلا بإتباع الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية، وذلك ضمانا من المشرع ليكفل به حماية أموال القاصر، كما يجوز للقاصر أن يرتب إلتزاما أو رهنا على العقارات التي يملكها[2].

3- بالنسبة للمرأة المتزوجة والمحجور عليه

3-1- المرأة المتزوجة: للمرأة المتزوجة في القانون التجاري الجزائري الأهلية الكاملة لمباشرة التجارة وذلك دون قيد شأنها شأن الرجل تماما، وهذا ما نصت عليه م 8 ق ت ج، لذلك فإن المرأة المتزوجة لها الحق في ممارسة التجارة وتعتبر مؤهلة لتحمل المسؤولية المترتبة على

(1) أحمد محمد محرز، القانون التجاري الجزائري، ج1، نظرية الأعمال التجارية، (صفة التاجر)، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة 1981، ص ص 128-129.

(2) أحمد محمد محرز، المرجع نفسه، ص 130.

ممارسة هذه المهنة بحيث ألقى المشرع الجزائري على عاتقها تحمل الإلتزامات التجارية شخصيا بدلا من إلقاء العبء على زوجها أو الحصول على إذن منه[1].

غير أن بعض التشريعات اللاتينية لا تجيز للمرأة المتزوجة وإن كانت بالغة وراشدة مزاولة مهنة التجارة إلا بعد الحصول على إذن من زوجها، وهذا ما نجده في التشريع الفرنسي والمصري، لذلك يجب الرجوع إلى قانون أحوالهن الشخصية[2].

كما نجد نص المشرع الجزائري في المادة 7 ق ت ج تعقيبا على المادة 8 ت ج على أنه "لا يعتبر زوج التاجر تاجرا إذا كان يمارس نشاطا تجاريا تابعا لنشاط زوجه ولا يعتبر تاجرا إلا إذا كان يمارس نشاطا تجاريا منفصلا".

وعليه إذا كان أحد الزوجين (سواء الزوجة أو الزوج) يمارس نشاطا تابعا لنشاط زوجه بحيث لا يستقل بمفرده في هذا النشاط فلا يعد في نظر القانون تاجرا إلا إذا مارس التجارة بشكل مستقل ومنفصل، أما إذا قام أحد الزوجين بمساعدة زوجه أو بالعمل لحسابه في متجره فذلك أمر لا يكسبه صفة التاجر وإنما يكسبه صفة العامل[3].

3-2-**بالنسبة للمحجور عليه** : قد تطرأ على الشخص البالغ سن الرشد عوارض تجعله عديم الأهلية أو ناقصها والتي تتمثل في الجنون والعته والسفه والغفلة، ويترتب على الجنون والعته وقوع الحجر دون حاجة لصدور قرار من القاضي، أما السفه فلا يؤدي إلى الحجر إلا بصدور حكم من القاضي، ولذلك لا يكون المحجور عليه بسبب الجنون أو العته أو السفه آهلا للإتجار وتعد أعماله باطلة أو قابلة للإبطال طبقا للقواعد العامة، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بعدم أهلية المحكوم عليه الموضوع تحت الحجر القانوني ولا يمكن للمحجور عليه أن يحصل على إذن لمزاولة التجارة عكس القاصر[4].

(1) أحمد محمد محرز، المرجع نفسه، ص 130.

(2) محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ط1، 2006، ص495.

(3) أحمد محمد محرز، المرجع السابق، ص130.

(4) أحمد محمد محرز، المرجع نفسه، ص 131.

ثانيا: الأهلية التجارية بالنسبة للأجنبي

تتضح الأهلية التجارية للأجنبي من خلال إجابتنا على السؤال الآتي: هل يجوز لكل شخص أجنبي ممارسة التجارة على التراب الوطني؟

الملاحظ حسب نص المادة 40 ق م ج متى بلغ الشخص سن 19 سنة وكان عاقلا وراشدا فإن لهذا الشخص الحرية الكاملة في القيام بالأعمال التجارية المختلفة على التراب الوطني بغض النظر إذا ما كان هذا الشخص مواطنا جزائريا أم أجنبيا[1].

إن هذه المساواة التي أقامها المشرع الوطني بين الوطنيين والأجانب تعطي لكل أجنبي الحق في مباشرة الأعمال التجارية على التراب الوطني ولو كان بالنسبة لقانون دولته يعتبر ناقص الأهلية، وهذا ما أقر به المشرع المصري في المادة 4 ق ت ج إذ يعتبر الأجنبي الذي بلغ سن 21 سنة عاقلا راشدا وكامل الأهلية لمباشرة التجارة حتى ولو كان طبقا لقانون دولته ناقص الأهلية.

(1) حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 358.

المبحث الثاني
تنازع القوانين في مجال أهلية الشخص

تعتبر الأهلية والنظم الخاصة بها كعديمي الأهلية وناقصيها كقاعدة عامة من أهم المسائل في الأحوال الشخصية، وقد تم إخضاعها لدى غالبية التشريعات العربية إلى القانون الشخصي أي قانون الجنسية، وهذا ما نجده في القانون المدني المصري، والعبرة بوقت إسناد أهلية الشخص إلى القانون الشخصي هي وقت وجود الحق أو وقت إجراء التصرف[1].

أما المشرع الجزائري فلم يتقيد بالاختصاص المطلق لهذا القانون بل أخضع أهلية الاشخاص كقاعدة عامة لقانون الجنسية، ثم قرر إختصاص القانون الجزائري كإستثناء على القاعة العامة **(المطلب الأول)**، ونظرا لارتباط النظم الخاصة بالأهلية كعديمي الأهلية وناقصيها إرتباطا وثيقا بالأهلية العامة فقد إعتبرها المشرع الجزائري من مسائل الأحوال الشخصية و أسندها لقانون الشخص الذي تجب حمايته كأصل عام ثم قرر لها استثناء على ذلك **(المطلب الثاني)** [2].

المطلب الأول
إعتماد جنسية الشخص كضابط إسناد

أسندت الأهلية في التشريعات العربية واللاتينية إلى قانون الجنسية كأصل عام وهذا ما نجده في نص المادة 1/10 م ج **(الفرع الأول)**، ثم قرر استثناء على هذا الأصل بتطبيق القانون الجزائري **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: نطاق تطبيق قانون جنسية الشخص

بالرجوع لنص المادة 1/10 ق م ج نجد أن المشرع الجزائري أسند أهلية الشخص كقاعدة عامة إلى قانون جنسيته، ولم يكشف لنا عن نوع الأهلية التي تخضع لقانون الجنسية بالرغم من

(1) جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 421.

(2) الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008، ص 153.

أن مصطلح الأهلية ينصرف إلى عدة أنواع، لذلك كان من الضروري تحديد نوع الأهلية التي تدخل ضمن الفئة المسندة والمسائل التي تخرج عنها في 1/10 ق م ج[1].

أولا: المسائل التي تدخل ضمن الفكرة المسندة

تنقسم الأهلية إلى أهلية أداء وأهلية وجوب، فأهلية الأداء هي صلاحية الشخص لتلقي الحقوق وتحمل الإلتزامات[2]، أما أهلية الأداء فهي قدرة الشخص على القيام بالتصرفات القانونية، وتنقسم إلى أهلية الأداء العامة وأهلية الأداء الخاصة فأيهما يدخل ضمن الفئة المسندة المشار إليها في م 1/10 ق م ج؟.

1- أهلية الأداء العامة

هي تلك الأهلية التي مناطها القدرة على التعبير عن الإرادة، لذلك فإن نطاقها يتحدد بالأعمال والتصرفات القانونية التي تحتاج إلى الإرادة في إنشائها، وكذلك في ترتيب آثارها، كما أن محورها هو التمييز، لذلك لا خلاف بين الفقهاء أنها تدخل في نطاق افئة المسندة التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة1/10 وهي الأهلية التي قصدها المشرع الجزائري[3].

إن تطبيق قانون الجنسية كضابط إسناد على أهلية الأداء العامة هو الذي يحدد مدى أهلية الشخص ومتى يبلغ سن الرشد، وما هي التصرفات التي يعتبر أهلا للقيام بها، كما يبين متى يعتبر الصبي مأذونا له بإدارة أمواله وما يترتب من جزاء على هذه التصرفات ويبين عوارض الأهلية من جنون وعته وسفه وغفلة، ومدى ما يترتب على كل منها من آثار، كما تخضع لقانون الجنسية أيضا موانع الأهلية التي تترتب على العاهة المزدوجة، أو الغيبة المقررة بحكم قضائي[4].

(1) عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 778. "**يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم**".

(2) نسرين شريقي، المرجع السابق، ص 54.

(3) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 116

(4) أعراب بلقاسم، المرجع نفسه ، ص116؛ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 350.

لذلك تتمثل الغاية من إسناد أهلية الأداء العامة لقانون جنسية الشخص في حماية الشخص ذاته[1].

ثانيا: المسائل التي تخرج عن نطاق الفئة المسندة المتعلقة بأهلية الشخص

1- **أهلية الوجوب:** هي صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق، وهي تثبت للشخص بمجرد ميلاده فهي لا تخضع لقانون واحد وإنما يسري في شأنها القانون المختص بحكم الحق الذي يراد معرفة ما إذا كان الشخص يتمتع به أم لا، فحق الشخص في أن يرث يخضع لقاعدة الإسناد التي تحكم المواريث والتي تقضي بتطبيق قانون الجنسية، وحق الزوج في أن يتزوج من زوجة ثانية يخضع لقانون جنسيته، وحق الشخص أن يمتلك يخضع للقانون الذي يحكم الملكية وهو قانون موقع المال[2]، لذلك فإن أهلية الوجوب تخرج عن مضمون الفئة المسندة المتعلقة بالأهلية باعتبارها من مظاهر الشخصية القانونية إذ تثبت للشخص بمجرد ميلاده، فلا تخضع لقانون الجنسية وهذا ما أخذ به كل من القانون الفرنسي والمصري[3].

2- **أهلية الأداء الخاصة:** تنصرف إلى بعض الأعمال القانونية وتقوم على اعتبارات أخرى غير التمييز مثل حماية الأسرة أو الورثة أو المجتمع أو الغير الذي تعامل مع الشخص، ولذلك اعتبرها الفقه في حقيقتها مجرد موانع لمباشرة التصرف القانوني ومن ثم يسري عليها القانون الذي يحكم العلاقة القانونية بين الطرفين، ومثالها ما تقضي به أغلب التشريعات ومنها التشريع الجزائري من حرمان رجال القضاء من شراء الأموال المتنازع عليها بأسمائهم أو بأسماء مستعارة إذا كان المال المتنازع عليه يدخل في اختصاص الدائرة القضائية التي يمارسون فيها مهامهم، وهذا ما نصت عليه م 402 ق م ج[4]، كما نجد التشريع الفرنسي يمنع الشخص من الإيصاء للطبيب الذي يعالجه ومنع هذا الأخير من تلقي هبة من مرضاه، ومنع الوصي من

(1) الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 152.

(2) حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 94.

(3) هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 230.

(4) الطيب زروتي، المرجع السابق، ص153. **"لا يجوز للقضاة ولا للمدافعين القضائيين، أن يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها وإلا كانت المعاملة باطلة".**

تلقي هبة من القاصر الذي يتولى رعايته (التشريع البلجيكي)، كما نجد التشريع اليوناني يمنع المرأة من كفالة زوجها كفالة شخصية أو عينية[1].

إن هذه الموانع تختلف إختلافا جوهريا عن أهلية الأداء العامة، لأن هذه الأخيرة مناطها التمييز وتهدف القواعد المتعلقة بها إلى حماية الشخص نفسه من نقص قدرته على التمييز، فهي تتصرف إلى التصرفات القانونية بوجه عام، لذلك إتفق الفقه الراجح على إخضاع أهلية الأداء الخاصة أو موانع التصرف إلى القانون الذي يحكم التصرف القانوني[2].

- **أهلية المساءلة عن الفعل الضار**: تخرج أيضا عن مجال تطبيق قانون الجنسية، و تخضع للقانون الذي يحكم المسؤولية، فهو المختص بتحديد ما إذا كان الشخص ناقص الأهلية يعد مسؤولا عما ارتكبه أم لا، وهو عادة ما يكون قانون مكان وقوع الفعل الضار لتعلق الأمر بالتنظيم القانوني للمسؤولية وليس بحماية إرادة الشخص[3].

كما تخرج أيضا من نطاق قانون الجنسية، أهلية الشخص للتقاضي لتخضع لقانون القاضي كونها تعتبر من المسائل الإجرائية تطبيقا لنص المادة 21 مكرر ق م ج[4]، لذلك يخضع تكييف الأهلية لقانون القاضي طبقا للقاعدة العامة في التكييف المنصوصة في المادة 9 م ج، فالقاضي المرفوع أمانه النزاع هو الذي يكيف المسألة؟ هل هي متعلقة بالأهلية أم لا؟ وهل هي أهلية عامة أو خاصة؟[5].

ثالثا: القيود المتعلقة بتطبيق قانون الجنسية على أهلية الشخص

بالرغم مما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1/10 م ج من إخضاع أهلية الأشخاص لقانون الجنسية إلا أن هذا التطبيق ليس مطلقا بل يخضع لجملة من القيود:

---

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 721-722.

(2) عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص225.

(3) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 727.

(4) تنص المادة 21 مكرر م ج "**يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى او تباشر فيها الإجراءات**".

(5) تنص المادة 9 م ج "**يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرف**

- حيث يتم استبعاد تطبيق قانون الجنسية في حالة مخالفته للنظام العام، كأن يكون قانون جنسية الأجنبي يقرر عدم إنعدام أو نقص الأهلية من خلال التمييز على أساس اللون أو الجنسية، أو يكون تطبيق هذا القانون جاء نتيجة الغش نحو القانون المختص، كأن يتجنس الشخص بجنسية دولة بغرض الحصول على الحكم بالطلاق إذا كان قانون جنسيته يحضر الطلاق[1].

كما يتم استبعاد تطبيق قانون الجنسية في حالة الأخذ بالإحالة إذا كان القانون الأجنبي المختص يحكم الأهلية طبقا لقواعد التنازع الوطنية يحيل النزاع إلى قانون آخر باعتباره قانون الموطن، وكان قانون القاضي يأخذ بالإحالة فيتعين تطبيق قانون الموطن بدلا من قانون الجنسية[2].

الفرع الثاني: تطبيق القانون الجزائري كاستثناء بشأن أهلية الشخص الطبيعي

أدخل المشرع الجزائري استثناء هام على قاعدة خضوع الأهلية لقانون الجنسية تضمنته م 2/10 م ج وذلك بتطبيق القانون الجزائري وحده، ولذلك سوف نتطرق إلى دراسة هذا الإستثناء ببيان أساسه القضائي والقانوني وشروطه وآثاره.

أولا: أساسه القضائي والقانوني

1- الأساس القضائي

يرجع أصل هذا الإستثناء إلى القضية الشهيرة التي فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 16 يناير 1861، وتسمى بقضية "ليزاردي" وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شابا مكسيكيا يبلغ من العمر 23 سنة يدعى "ليزاردي" إشترى من تاجر فرنسي بعض المجوهرات وحرر لقاء ثمنها عدة سندات، ولما حلّ أجل الوفاء إمتنع عن ذلك، ولما أقيمت دعوى ضده تمسك ببطلان السندات التي حررها لنقص أهليته وفقا لقانون جنسيته الذي يحدد سن الرشد بـ 25 سنة، فصدر الحكم لغير صالحه يلزمه بدفع قيمة السندات، فطعن "ليزاردي" في هذا الحكم

(1) محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، طبعة 2011، ص 128. عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 791. زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 154.

(2) الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 155.

أمام محكمة النقض الفرنسية، فأيدت هذه الأخيرة قضاة الموضوع في حكمهم وبررت ذلك على أساس أنه لا يجوز أن يفترض في المتعاقد الفرنسي العلم بكافة قوانين العالم، ويكفيه أن يكون قد تعاقد بدون خفة ولا رعونة وأن يكون حسن النية، ويبدو من هذا القضاء الذي تواترت عليه المحاكم الفرنسية بعد ذلك أنه لا يعتد بنقص الأهلية المقررة في القانون الأجنبي، مادام أن المتعاقد الفرنسي حسن النية، ولم يكن مخطئا في جهله للقانون بحكم القانون الأجنبي بأن كان تصرفه خاليا من الرعونة والخفة[1].

2- الأساس القانوني:

لقد حاول بعض الفقه أن يرد هذا الإستثناء إلى أصول فقهية عامة، حيث يرى البعض منهم إلى أن هذا الإستثناء يجد أساسه في فكرة المصلحة الوطنية، حيث لا يتم تطبيق القانون الأجنبي متى كان يضر بمصالح المتعاقد الوطني، وقد انتقد هذا التبرير على أساس أنه يفرق بين الوطني والأجنبي وهذا الأمر يتعارض مع حكمة التشريع، فقواعد القانون الدولي الخاص موضوعة لحماية مصالح الوطني والأجنبي دون تمييز، بالإضافة إلى ذلك فإن هذا التبرير يؤدي إلى تجاهل القانون الأجنبي في كثير من الفروض بدعوى حماية المصلحة الوطنية[2].

كما إتجه جانب آخر من الفقه إلى تبرير هذا الإستثناء بالإستناد إلى فكرة النظام العام، أي يتم استبعاد أحكام القانون الأجنبي باسم النظام العام، غير أن هذا يكون فقط في الحالة التي يتعارض فيها القانون الأجنبي مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي، وليس هذا الحال هو حال هذا الإستثناء فاختلاف سن الرشد في القانون الأجنبي عنه في القانون الوطني لا يصطدم بحال مع فكرة النظام العام[3].

---

(1) حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص351.الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 156. م2/10 ق م ج "**ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فان هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة**".

(2) هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، طبعة 2003، ص 302.

(3) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 220.

كما برر الشراح الفرنسيين هذا الإستثناء بالإستناد إلى فكرة الإثراء بلا سبب، ذلك أن المتعاقد الأجنبي الذي يتمسك بنقص أهليته لإبطال العقد الذي أبرمه يعتبر قد أثرى على حساب الوطني، مما يبرر إخضاع النزاع بينهما لقانون المحل الذي وقع فيه الفعل مصدر الإثراء وهو القانون الفرنسي، وقد عيب على هذا الأساس أن القضاء الفرنسي لما قضي بصحة التصرف الذي قام به "ليزاردي" لم يأخذ بعين الإعتبار ما إذا كان قد أثرى من ورائه أم لا[1]، كما نجد البعض يرد هذا الإستثناء إلى المسؤولية التقصيرية تأسيسا على فكرة التعسف في استعمال الحق[2].

وأخيرا يلتمس جانب من الفقه الراجح أساس هذا الإستثناء في حيثيات حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية "ليزاردي" تبريرا لقضائها في هذا الشأن، فقد قررت هذه الأخيرة أنه من غير المقبول أن يفترض في الفرنسي العلم بالقانون الأجنبي، ويرجع ذلك في نظر هذا الرأي إلى أن القانون الأجنبي، لا يعامل أمام القضاء بوصفه قانونا وإنما بوصفه مجرد عنصر من عناصر الواقع[3]، ولهذا فإن القاضي هو الذي يقرر ما إذا كان المتعاقد مع أجنبي يعذر أم لا بجهله لأحكام القانون الأجنبي ويراعى في ذلك إنتباه المتعاقد الوطني يقظته ونوع التصرف[4].

ثانيا: شروط إعمال الإستثناء

يستفاد من نص المادة 2/10 م ج أنه لإعمال هذا الإستثناء يجب توفر جملة من الشروط تتمثل فيما يلي:

- أن يكون التصرف الذي قام به الأجنبي من التصرفات المالية: يلزم أن يكون التصرف المبرم والمراد صحته من التصرفات المالية، فلا محل للأخذ بهذا الإستثناء في التصرفات القانونية

(1) عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 235. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 220. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 352-353.

(2) الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 156-157.

(3) حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص353.

(4) هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 304.

المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية كالزواج، الوصية، لارتباط هذه المسائل بالفرد واتصالها به إتصالا وثيقا يتعذر معه إعمال قانون آخر غير قانون جنسيته[1].

وقد انتقد الأستاذ إسعاد موحند هذا الشرط، حيث يرى أن المسألة يمكنها أن تخص أيضا مجال الأحوال الشخصية[2].

- أن تعقد التصرفات في الجزائر وتنتج آثارها فيها: لا يكون مجال إعمال هذا الإستثناء في الحالة التي يتم فيها التصرف في الجزائر وينتج آثاره في الخارج، وكذلك لا مجال لإعماله في الحالة التي يتم فيها التصرف في الخارج وينتج آثاره في الجزائر[3].

وقد تساءل الفقه حول جنسية المتعاقد مع أجنبي هل يشترط أن تكون جنسيته جزائرية أم لا؟، فذهب البعض لاعتبار النص(إذا كان أحد الطرفين أجنبيا) يفهم منها بمفهوم المخالفة أن الطرف الآخر يجب أن يكون وطنيا[4]، في حين يرى جانب آخر من الفقه بأنه ما دام أن المشرع الجزائري لم يشترط صراحة أن يكون المتعاقد مع أجنبي جزائريا، فهذا يعني أن العلاقة التعاقدية قد تكون بين جزائري وأجنبي كما قد تكون بين أجانب[5]، لذلك لا يشترط للإستفادة من الإستثناء أن يكون المتعامل مع الأجنبي من الوطنيين، ذلك أن المفهوم الصحيح للإستثناء لا يقتصر على حماية الطرف الوطني بالذات بل حماية المعاملات التي تجري في حدود الإقليم[6].

- أن يكون نقص أهلية الأجنبي راجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه: حيث يجب أن يكون المتعاقد مع أجنبي معذورا في جهله بنقص أهلية الأجنبي الذي تعاقد معه، ولقضاة الموضوع

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 795.

(2) موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ج1، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 161.

(3) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 222.

(4) علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزائر، 2000، ص 7.

(5) عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر، طبعة 2007، ص 206.

(6) حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 355.

السلطة التقديرية في ذلك ويكون هذا التقدير وفقا للمعيار الموضوعي، وهو معيار الرجل العادي[1].

وبناء على ذلك يبدو أن هذا الشرط تضمن عنصرين عنصر شخصي ينظر فيه إلى جهل المتعاقد فعلا بنقص أهلية الأجنبي، وعنصر معنوي يقدر فيه هذا الجهل وفقا لمسلك الشخص العادي[2].

- أن يكون المتعاقد الأجنبي كامل الأهلية وفقا للقانون الجزائري وناقصها وفقا لقانونه الوطني: لم يتضمن نص المادة 2/10 ق م ج صراحة هذا الشرط ولكنه شرط يفرضه المنطق السليم، لأنه لا يمكن تصور إعمال هذا الإستثناء إذا كان الأجنبي ناقص الأهلية أيضا وفقا للقانون الجزائري، ذلك أنه إذا كان يعذر المتعاقد مع الأجنبي في جهله بنقص أهليته وفقا للقانون الشخصي، فإنه لا يعذر في جهله بنقص أهليته وفقا للقانون الجزائري.

ومتى توافرت هذه الشروط جميعا يعد المتعاقد مع الأجنبي معذورا ويحق له حينئذ التمسك بهذا الإستثناء، فيعتبر التصرف الذي أبرمه معه صحيحا ومنتجا لأثاره[3].

المطلب الثاني

النظم الخاصة المقررة بحماية القصر وعديمي الأهلية ومن في حكمهم

تتصل النظم الخاصة بحماية عديمي الأهلية وناقصيها إتصالا وثيقا بالأهلية العامة، لذلك إعتبرت من مسائل الأحوال الشخصية **(الفرع الأول)**[4]، ولقد تناولت الكثير من التشريعات معالجة مسألة حماية عديمي وناقصي الأهلية وتقريرها للنظام القانوني الخاص بهم سواء كان وطنيا أو أجنبيا، حيث قررت تلك القوانين تحديد قاعدة الإسناد التي من خلالها يستطيع القاضي تحديد القانون الواجب التطبيق على الشخص[5]، ومن بينها نجد المشرع الجزائري الذي

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 66.

(2) حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 357.

(3) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 223.

(4) أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 223.

(5) إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، دراسات في القانون الدولي الخاص، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، طبعة 2013، ص 57.

أسندها لقانون الشخص الذي تجب حمايته، ثم قرر إستثناء بتطبيق القانون الوطني وذلك لحماية عديمي الأهلية **(الفرع الثاني)** [1].

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على النظم الخاصة لحماية القصر و عديمي الأهلية ومن في حكمهم

تنص المادة 1/15 م ج "**يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته**"[2].

يتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري وكغيره من التشريعات العربية الأخرى قد أسند الإختصاص التشريعي للنظم الخاصة بحماية عديمي و ناقصي الأهلية ومن في حكمهم لقانون الشخص الذي تجب حمايته، وليس لقانون الشخص الذي يتولى هذه الحماية لأن هذه النظم مقررة لمصلحة القاصر والمحافظة على أمواله[3].

وقد تساءل الفقه المصري هل ينحصر نطاق الولاية الوارد في المادة 16 ق م المصري المطابقة تماما للمادة 15 من القانون المدني الجزائري في الولاية على المال دون الولاية على النفس أم أن نطاق الولاية يشملها معا؟

يميل الفقه في غالبيته إلى قصر الولاية على المال دون الولاية على النفس وقد استند في ذلك إلى أمرين:

- إن المشرع قد عبر عن الولاية في الترجمة الفرنسية لنص المادة 15 م ج بعبارة "Administration légale" أي الولاية على المال، ولم يعبر عنها بالإصطلاح العام الذي يشمل

(1) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 224.

(2) يقابله هذا النص م 16 من القانون الليبي، م 16 من القانون المصري، م 17 من القانون السوري.

(3) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 224. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 78. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 157.

الولاية على النفس والمال معا وهو الإصطلاح "puissance paternelle"، وورد إصطلاح "الولاية" في نص واحد مع النظم الخاصة بحماية عديمي الأهلية أو ناقصيها في أموالهم[1].

ونعتقد أن هذا الرأي هو الذي ينبغي إعتماده عند عند تفسير مصطلح الولاية الوارد في المادة 15 م ج، لأن الغرض من النظم التي نص المشرع على خضوعها للقانون الشخصي لعديم الأهلية أو ناقصيها هو لسد عجزهم عن مباشرة التصرفات القانونية، وعليه فإن إصطلاح "الولاية" ينصرف إلى الولاية على المال[2]، أما الولاية على النفس فنظرا لتعلقها بالتنظيم العائلي فهي تعد من آثار عقد الزواج أو من آثار النسب لذلك فقد أخضعها الفقه الراجح لقانون جنسية الأب[3].

نطاق تطبيق قانون الجنسية الخاص بحماية غير كاملي الأهلية

طبقا لنص المادة 1/15 ق م ج فإن الذي يدخل في مجال تطبيق قانون الجنسية على من تجب حمايته هي من المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة فما هو المراد بتلك المسائل؟

إن ما يعد من المسائل الموضوعية المذكورة هو من التكييف القانوني الذي يخضع لقانون القاضي الذي ينظر في النزاع عملا بالمادة 9 م ج، غير أنه من المتفق عليه أنه يدخل في تلك المسائل ما يلي:

- من ناحية إقامة وإنشاء نظام الحماية: فيختص قانون الجنسية لعديمي أوناقصي الأهلية بتحديد الأسباب الموجبة لاتخاذ نظام الحماية والأشخاص الذين لهم صفة طلب إتخاذ تدابير الحماية، ونظام الحماية المناسب كتعيين النائب القانوني عن القاصر، أو توقيع الحجر على من إنتابه عارض من عوارض الأهلية، أو تعيين قيّم عليه، كما يختص قانون الجنسية لمن تجب حمايته ببيان فئات الأشخاص الذين يمكن تعيينهم أولياء أو أوصياء أو قوام، وهذا ما أكدته م 2/1001 من قانون المرافعات المصري بنصها "**إذا كان القاصر أو المطلوب الحجر عليه أجنبيا تعين المحكمة وصيا أو قيما الشخص الذي يقضي بتعيينه قانون بلد القاصر أو**

(1) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 223. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 242.

(2) أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 224.

(3) عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 209.

المحجور عليه ويفضل الأشخاص الذين ينتمون إلى جنسيته"[1]، كما أخذت به إتفاقية لاهاي 1902 الخاصة بالوصاية واتفاقية 1905 الخاصة بالحجر[2].

- من ناحية سير وعمل نظام الحماية: يتضمن قانون الجنسية لعديمي أو ناقصي الأهلية بيان نطاق سلطات الولي أو الوصي وحكم التصرفات التي يبرمها خارج الحدود المرسومة له فيخضع لقانون القاصر أو المحجور عليه وليس قانون الجنسية الولي أو الوصي أو القيّم[3].

- من ناحية إنتهاء نظام الحماية: يختص قانون الجنسية لعديمي و ناقصي الأهلية تحديد أسباب سلب الولاية أو الوصاية أو القوامة أو الحد منها أو وقفها إذا كانت أموال الغير كامل الأهلية أضحت في خطر بسبب سوء تصرف النائب القانوني ومن له سلطة الحماية، كما يخضع لذات القانون تقرير رفع الحماية لأنها من عوارض الأهلية أو عند ظهور الغائب وعودته[4].

وعليه لو إفترضنا أن الشخص الواجب حمايته جزائريا فإن القانون الجزائري هو الذي يسري ويستتبع ذلك سريان أحكام قانون الأسرة الجزائري، وقد بينت المواد 81 إلى 108 من هذا القانون الأحكام الموضوعية للولاية والوصاية والقوامة[5].

الفرع الثاني: الإستثناءات عن قاعدة خضوع حماية القصر و عديمي الأهلية لقانون الجنسية

رغم إسناد المشرع الجزائري تطبيق قانون الجنسية على من تجب حمايته من عديمي و ناقصي الأهلية كأصل عام، إلا أن هناك مسائل أخرى متصلة بحقوقهم توجب خضوعهم لنطاق تطبيق قوانين أخرى و من بين هذه المسائل ما يلي:

- أضاف المشرع الجزائري بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان2005 المتضمن تعديل القانون المدني في الفقرة الثانية للمادة 15 و جاء فيها "**غير أنه يطبق القانون الجزائري**

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 836-837.

(2)الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 187.

(3) احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 837. جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 436.

(4) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 836.

(5) إن المشرع الجزائري قد أطلق على القيّم في قانون الأسرة إسم المقدم. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 157.

بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر وعديمو الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت إتخاذ هذه التدابير أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر".

يتضح من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري أجاز تطبيق القانون الجزائري بشأن التدبير المستعجلة الهادفة للحماية المؤقتة للشخص الأجنبي الموجود في الجزائر أو لأمواله الموجودة فيها، وهو حكم مستوحى من المادة 9 من إتفاقية لاهاي، كما أخذ أيضا بها الحكم القانون التونسي بموجب المادة 2/41 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1989[1].

وقد أعطت إتفاقية لاهاي المذكورة سابقا في مادتها الأولى والثانية الصلاحية المبدئية إلى سلطات الدولة التي يسكن فيها القاصر، وبشكل معتاد لاتخاذ تدابير الحماية حسب قانونها الداخلي، أي بالنسبة إلى شخص القاصر أو أمواله، ولكن يبقى القانون الشخصي للقاصر حسب المادة الثالثة من هذه الإتفاقية معمول به في دولة السكن، وذلك وفقا للقاعدة العامة في الحماية وخلافا للقاعدة التي وضعتها هذه الإتفاقية، إذا كان ذلك ينشئ علاقة وسلطة مباشرة ونافذة بصورة حكمية، بمعنى أن يكون معمولا بها دون تدخل من السلطة القضائية أو الإدارية كالسلطة الأبوية أو سلطة القرابة أو الوصاية التي تستمد مصدرها من القانون مباشرة ولا تتطلب لإنشائها تدخلا من السلطات الخاصة إلا في الحالات التي يكون فيها القاصر مهددا في شخصه أو أمواله، وهو ما يفرض تدخل السلطة المحلية وفق ما جاء في أحكام المادة الثامنة من الإتفاقية[2].

وعليه فإن المشرع الجزائري خرج عن نطاق تطبيق قانون جنسية القاصر وقضى باختصاص القانون الجزائري باعتباره قانون محل إقامة القاصر أو مكان موقع أمواله، وذلك لأجل إتخاذ كافة التدابير المستعجلة وهي تلك التدابير التي لا ينتظر لاتخاذها الفصل في النزاع، ومن ثم فإن تطبيق القانون الوطني للشخص عليها من شأنه الإضرار بمصالح القاصر ولعل هذا ما يبرر بأهمية هذا الإنشاء.

(1) الطيب زروتي، المرجع نفسه، ص158 .

(2) زيدون بختة، التطبيق الإستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية ، مذكرة ماجستير، تخصص قانون دولي خاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010، ص 28.

كما نجد من بين المسائل التي لا تخضع لقانون الجنسية إضافة إلى ما نص إليه المشرع الجزائري في المادة 2/15 تحديد أسباب إمتناع الولي أو الوصي أو القيّم عن قبول نظام الحماية، ولذلك إذا إمتنع الوصي أو نائبه أو المشرف عن قبول الوصاية، أو إذا امتنع القيّم عن قبول القوامة، فإنه يجب الرجوع إلى قانون بلد الوصي أو النائب أو المشرف لتقدير وتعيين الأسباب التي يجوز لأجلها قبول الإمتناع، وهذا ما نصت عليه المادة 2/1002 من قانون المرافعات المصري "**ويرجع في تقدير أسباب الإمتناع عن قبول الوصاية أو الإشراف أو القوامة إلى قانون بلد الوصي أو القيّم أو المشرف**"[1].

والواقع أن هذا الإنشاء يصعب تبريره لأن أساس الإختصاص التشريعي للقانون الشخصي المراد حمايته هو مصلحة هذا الشخص لذلك ينبغي أن يكون هذا القانون هو المختص أيضا في تقدير وتعيين أسباب إمتناع النائب عنه، لأن المسألة لا تتعلق بالأهلية وعدم أهليته، وإنما تتصل بأداء وظيفة لصالح عديمي الأهلية[2].

كذلك نجد المسائل الجزئية التي تخضع لقانون القاضي وليس لقانون الجنسية لأن تطبيق قانون الجنسية على من تجب حمايته من غير كاملي الأهلية قاصر فقط على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة، ونجد من بين هذه المسائل الإجرائية تلك التي تتعلق بكيفية إقامة النائب عن عديمي الأهلية وعزله وكيفية سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها، وكيفية تقديم الحساب والفصل فيه وغيره، فإنها تخضع لقانون القاضي المختص وهذا ما ورد في م 21 مكرر ق م ج، وهو ما أخذ به القانون التونسي أيضا[3].

كما أن نطاق قانون الجنسية يقتصر على أعمال الإدارة والتصرف في طبيعة الاموال، أما الأثر العيني من نقل الملكية والحيازة والحقوق العينية الأخرى وإجراءات الشهر والتسجيل فتخضع لقانون موقع المال[4]، كما يخضع لقانون الدولة المقيم بها عديمي أو ناقصي الأهلية

(1) جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 438.

(2) جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص438.

(3) عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 210. **م 21 مكرر ق م ج:" يسري على قواعد الإختصاص و الإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدولة او تباشر فيها الإجراءات".**

(4) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 840. إسعاد موحند، المرجع السابق، ص 290.

الحالات التي يجب عليها التدخل لحمايتهم تحقيقا لمصالحها بغض النظر عن الجنسية التي ينتمون إليها، ذلك لأن حالاتهم العقلية لا تشكل عامل خطر عليهم لوحدهم، بل تمس الجماعة ككل، ولذلك فالدولة معنية بجعلهم خارج القدرة على الإيذاء بحمايتهم، كالنص عن تدابير المساعدة التربوية في القانون الفرنسي، كما تتولى رعاية وحماية الأطفال الأجانب الذين لا عائلة لهم كاللقطاء ومجهولي الأبوين، أو الذين في وضع خطر يهددهم، بل أيضا عليها حماية عديمي أو ناقصي الأهلية المقيمين على إقليمها، وذلك في الأحوال التي لا يكون مستطاعا فيها تحقيق الحماية طبقا لقانونهم الشخصي، كالحالات التي تتطلب سلطة دينية أو إدارية أجنبية يجهلها أو غير معروفة في قانون القاضي، فهنا يجب حمايتهم وفقا للمؤسسات القانونية المعروفة في هذا القانون[1].

كما يستبعد تطبيق قانون الجنسية في حالة وجود معاهدة دولية تفرض على الدول المتعهدة تطبيق قانون غير القانون الوطني، كذلك يستبعد تطبيق قانون الجنسية على من تجب حمايته إذا توفر مانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي وهي النظام العام والغش نحو القانون أو إذا كانت المسألة تتعلق بإجراء أمني فتخضع للقانون الإقليمي وهذا ما نص المشرع في م 24 ق م ج[2].

(1) موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012/2011، ص 48.

(2) عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 210.

خاتمة

يكتسي موضوع الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم أهمية كبيرة، باعتباره أحد مسائل الأحوال الشخصية التي اهتمت بها أغلب التشريعات العالمية أثناء تنازع القوانين بشأنها لبيان القانون الواجب التطبيق عليه، لذلك لقد اختلفت الفقهاء حول ضابط الإسناد الذي يحكم حالة الأشخاص وأهليتهم، فهناك من أخذ بقانون الموطن كضابط إسناد إذ قدر هؤلاء أن العدالة والمنطق يقضيان بوجوب تمتع المراكز القانونية المرتبطة بالشخص بنوع من الاستقرار، ووجدوا أن الضابط الوحيد الذي يكفل تحقيق هذا الاستقرار هو ضابط الموطن، وهذا ما نجده في الفقه الايطالي القديم والهولندي، وهناك من أخذ بالجنسية كضابط إسناد يحكم حالة الأشخاص وأهليتهم وهذا ما نجده في الفقه الفرنسي والمصري.

أما المشرع الجزائري فقد جمع بين حالة الأشخاص وأهليتهم في نص المادة 1/10 ق م ج، حيث أسندها إلى قانون الجنسية كقاعدة عامة، وعليه فإن قانون جنسية الشخص هو الذي يحكم الحالة الفردية للشخص الطبيعي، كما يحكم القواعد الموضوعية الخاصة بإثبات الحالة ووسائل الإثبات.

ورغم ذلك إلا أن نطاق تطبيق الجنسية على بعض عناصر الحالة الفردية للشخص الطبيعي تبقى مسالة جرى الخلاف حول القانون الواجب التطبيق عليها، والمتمثل في الإسم والموطن، ضمان حرمة جسده، وحياته الخاصة، لأنه من النادر أن تحدث منازعات بشأن بعضها، كإسم الشخص وموطنه، أما المنازعات المتعلقة بالبعض الآخر كحرمة الجسد وصيانة الحياة الخاصة، لن تحدث غالبا إلا على شكل اعتداء يستوجب مسؤولية المعتدي مما يؤدي لأن يحكمها القانون الجزائي دون قانون الجنسية، ولعل هذا هو السبب الذي جعل معظم الدول تعزف عن تنظيم هذه المسائل بضوابط إسناد صريحة ما عدا حالة الفقد والغياب فقد نظمتها بذلك الضابط أي الجنسية لأنه تكثر المنازعات بشأنها.

أما حالة الشخص الاعتباري وكل ما يتعلق بنظامه القانوني والمتمثل في تكوينه وتمتعه بالشخصية القانونية وإدارته وتمثيله والتصرف المنشئ له، وكذا طريقة تعديله، والآثار القانونية المترتبة على ذلك وطريقة حله وتصفيته، فالرأي الراجح يخضعه إلى قانون مقر مركز إدارته

الرئيسي، ولم يكن في القانون الجزائري سابقا ضابط إسناد واضح في هذا الخصوص، لأن المادة 4/50 ق م ج إكتفت بالنص على أن يكون للشخص الاعتباري الحق في الموطن الذي يتحدد بمكان مركز الإدارة باعتباره من الحقوق المميزة له، أما بعد تعديل القانون المدني في 20 جوان 2005 فقد تبنى المشرع الجزائري ضابط إسناد خاص بالنظام القانوني للشخص المعنوي وهو مقره الاجتماعي والفعلي بموجب المادة 3/10 ق م ج، وهو نفس موقف بعض التشريعات كالتشريعي الفرنسي.

وقد أورد المشرع الجزائري في نص المادة 4/10 ق م ج حكما خاصا يعتبر كاستثناء من المبدأ العام، والذي يتمثل في تطبيق القانون الجزائري إذا مارست إحدى الشخصيات الاعتبارية الأجنبية نشاط داخل الإقليم الجزائري، وبالتالي إذا كان الإقليم الجزائري هو مكان الاستغلال أو النشاط الرئيسي للشخص المعنوي، فإنه يخضع للقانون الجزائري، وذلك حتى ولو كان مركز الإدارة الرئيسي الفعلي واقعا في إقليم دولة أخرى.

أما بالنسبة للأهلية فهي تخضع لقانون الجنسية كقاعدة عامة وهذا ما نجده في نص المادة 1/10 ق م ج، كما نجده في نص المادة 3/3 ق م الفرنسي، وإن العبرة في تحديد القانون الواجب التطبيق هي بجنسية الشخص في تاريخ انعقاد التصرف، وأساس ذلك هو حماية الشخص ولو كان التصرف الذي يباشره من التصرفات المالية.

وتعتبر أهلية الأداء العامة هي التي تدخل في مضمون الفئة المسندة الخاصة بالأهلية، وبالتالي فهي تخضع لقانون جنسية الشخص لمعرفة مدى تأثر أهلية الشخص بالسن وهل هو راشد أو ناقص الأهلية أو عديمها، ومدى قدرة ناقص الأهلية على إبرام التصرفات المختلفة، كما يخضع لقانون الجنسية كل ما يتعلق بعوارض الأهلية ومدى ما يترتب على كل منها من آثار، و كل ما يتعلق بموانع الأهلية التي تترتب على العاهة المزدوجة أو العته أو الغيبة المقررة بحكم قضائي.

أما أهلية الوجوب وموانع التصرف فهي تخرج من مضمون الفئة المسندة الخاصة بالأهلية وبالتالي فهي تخضع للقانون الذي يحكم التصرف القانوني ذاته وليس لقانون الجنسية.

كما أقر المشرع الجزائري في نص المادة 2/10 ق م ج إستثناء على القاعدة العامة تقتضيه المصلحة الوطنية وذلك بتطبيق القانون الجزائري متى توافرت بعض شروط الجهل المغتفر بالقانون الأجنبي والمستنبطة من قضية "ليزاردي" .

إلى جانب هذا الإستثناء يتم إستبعاد تطبيق قانون الجنسية في حالة مخالفتة للنظام العام في قانون الجزائري أو في الحالة التي يكون فيها تطبيق هذا القانون جاء نتيجة للغش نحو القانون المختص وهو ما نصت عليه المادة 24 ق م ج.

أما حماية القصر و عديمي الأهلية فقد خصص لها المشرع الجزائري قاعدة إسناد خاصة في المادة 15 ق م ج، بحيث اعتبر قانون الجنسية كضابط إسناد يحكم الشخص الذي تجب حمايته على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية، في حين نجد اتفاقية لاهاي الخاصة بحماية القصر المبرمة في 1961/08/05 تخضعها لقانون محل الإقامة المعتاد للقاصر، غير أنه يطبق القانون الجزائري كاستثناء بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر وعديمي الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت انعقاد هذه التدابير أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا - الكتب

1- أحمد بن شنيتي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية الحق، ط1، دون بلد النشر، 2008.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، 2008.

3- أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، دون دار النشر، مصر، دون سنة النشر.

4- أحمد محمد محرز، القانون التجاري الجزائري، ج1، نظرية الأعمال التجارية، المطبعة العربية الحديثة، قاهرة، 1981.

5- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

6- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1991.

7- إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، دراسات في القانون الدولي الخاص، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2013.

8- جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970.

9- جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، كلية الحقوق، جامعة طانطا، 2005.

10- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع،الأردن، 1997.

11- حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبى الحقوقية، بيروت، 2007.

12- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2000.

13- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.

14- صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 2009.

15- عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دون بلد النشر، 2010.

16- عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

17- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ج1، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الإسكندرية، 1983.

18- عصام أنور سليم، مقدمة الثقافة القانونية، نظرية الحق، ط1، جامعة الإسكندرية، 2001.

19- علي علي سليمان، مذكرات القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.

20- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

21- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط 4، الأردن، 2005.

22- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ج4، (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع)، مؤسسة الثقافة الجامعية، الطبعة1، الاسكندرية، 2006.

23- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.

24- محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحقوق، المؤسسة الوطنية للفنون، الجزائر، 1998.

25- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ج1، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

26- محمد سعيد جعفور، ، مدخل إلى العلوم القانونية، (دروس في نظرية الحق)،ج2، دار هومة للطباعة والنشر، طبعة 01، الجزائر، 2011.

27- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2011.

28- نسرين شريقي ،القانون الدولي الخاص، مكتبة بلقيس، الجزائر، 2013.

29- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.

ثانيا - المذكرات الجامعية

1- زيدون بختة، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مدكرة ماجستير، تخصص: قانون دولي خاص، معهد الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان، 2010-2011 .

2- موشعال فاطمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: قانون دولي خاص، معهد الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011/ 2012.

ثالثا - النصوص القانونية

1- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل و المتمم.

2- الأمر رقم 70-20 المؤرخ 19 فيفري 1970، المتضمن قانون الحالة المدنية.

3- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

4- الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل و المتمم.

5- الأمر رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم.

6- الأمر رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن القانون الإجراءات المدنية والإدارية.

7- قانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فبراير2012 المتعلق بالولاية.

الفهرس

إهداء ..... /
كلمة شكر..... /
قائمة المختصرات ..... /
مقدمة..... 01

الفصل الأول:

القانون واجب التطبيق على حالة الشخص

المبحث الأول: المقصود بحالة الشخص..... 07
المطلب الأول: الشخص الطبيعي 07
الفرع الأول: أنواع حالة الشخص الطبيعي 08
أولا: الحالة السياسية 08
ثانيا: الحالة المدنية..... 08
الفرع الثاني: عناصر الحالة المدنية 09
أولا: الاسم 09
ثانيا: الموطن..... 12
المطلب الثاني: حالة االشخص المعنوي 15
الفرع الأول: أنواع حالة الأشخاص المعنوية 15
أولا: الأشخاص المعنوية العامة 15
ثانيا: الأشخاص المعنوية الخاصة 16
الفرع الثاني: خصائص الأشخاص المعنوية..... 19
المبحث الثاني: تنازع القوانين في مسائل حالة الأشخاص الطبيعية والمعنوية..... 22
المطلب الأول: القانون واجب التطبيق على حالة الشخص الطبيعي 22
الفرع الأول: التطور التاريخي للقانون الواجب التطبيق على حالة الشخص الطبيعي 23
أولا: الإعتماد في البداية على موطن الشخص كضابط إسناد..... 23
ثانيا: الإعتماد على جنسية الشخص كضابط إسناد بداية من القرن 19..... 23

ثالثا: موقف المشرع الجزائري 24
الفرع الثاني: نطاق تطبيق قانون الجنسية على حالة الشخص 24
أولا: النطاق النوعي..... 25
ثانيا: القانون واجب التطبيق على بعض المسائل المتعلقة بحالة الشخص 26
المطلب الثاني: القانون واجب التطبيق على حالة الشخص المعنوي 30
الفرع الأول: إعتماد قانون مركز الإدارة الرئيسي والفعلي كضابط إسناد 30
أولا: شروط الاعتداد بمركز الإدارة الرئيسي والفعلي 31
ثانيا: ملاحظات على مبدأ خضوع حالة الأشخاص المعنوية لقانون مركز الإدارة الرئيسي والفعلي..... 32
الفرع الثاني: تطبيق القانون الجزائري كاستثناء 33
أولا: شروط إعمال هذا الإستثناء 34
ثانيا: ملاحظات على هذا الاستثناء 35

الفصل الثاني:

القانون واجب التطبيق على أهلية الشخص

المبحث الأول: مفهوم الأهلية 38
المطلب الأول: أنواع الأهلية و موانعها..... 38
الفرع الأول: أنواع الأهلية..... 39
أولا: أهلية الوجوب 39
ثانيا: أهلية الأداء..... 40
الفرع الثاني: موانع الأهلية 45
أولا: المانع الطبيعي.....45
ثانيا: المانع المادي.....45
ثالثا: المانع القانوني.....46
المطلب الثاني: النيابة القانونية أو الشرعية والأهلية التجارية 47
الفرع الأول: النيابة القانونية..... 47
أولا: الولاية 47

ثانيا: الوصاية 50
ثالثا: القوامة..... 52
الفرع الثاني: الأهلية التجارية..... 53
أولا: الأهلية التجارية بالنسبة للوطنيين..... 53
ثانيا: الأهلية التجارية بالنسبة للأجانب 56
المبحث الثاني: تنازع القوانين في مجال أهلية الأشخاص..... 57
المطلب الأول: إعتماد جنسية الشخص كضابط إسناد 57
الفرع الأول: نطاق تطبيق قانون جنسية الشخص 57
أولا: المسائل التي تدخل ضمن الفئة المتعلقة بالأهلية..... 58
ثانيا: المسائل التي تخرج عن نطاق الفئة المتعلقة بالأهلية 59
ثالثا: القيود المتعلقة بتطبيق قانون الجنسية على أهلية االشخص 60
الفرع الثاني: تطبيق القانون الجزائري كاستثناء بشأن أهلية الشخص الطبيعي 61
أولا: أساسه القضائي و القانوني..... 61
ثانيا: شروط أعمال الإستثناء 63
المطلب الثاني: النظم الخاصة المقررة لحماية القصر و عديمي الأهلية ومن في حكمهم 65
الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على النظم الخاصة بحماية القصر و عديمي الأهلية ومن في حكمهم 66
الفرع الثاني: استثناءات عن قاعدة خضوع حماية القصر و عديمي الأهلية لقانون الجنسية68
خاتمة. 72
قائمة المراجع..... 75
الفهرس..... 79