جامعـــة قاصـــدي مربـــاح – ورقلـــة

كليـــة الحـــقـوق والعلـوم السياسـية

قســـــم الحقـــوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي

الشعبة: الحقوق

التخصص: علاقات دولية خاصة

إعداد الطالب: ليتيم حسين

بعنوان:

السلطة الأبوية في حماية القاصر في القانون الدولي الخاص الجزائري

نوقشت وأجيزت بتاريخ2016/05/31

أمام اللجنة المكونة من السادة:

الدكتور/بن محمد محمد	**أستاذ التعليم العالي بجامعة قاصدي مرباح ورقلة**	**رئيسا**
الدكتور/كرام محمد الأخضر	**أستاذ محاضر(أ) بجامعة قاصدي مرباح ورقلة**	**مشرفا**
الأستاذة/قدة حبيبة	**أستاذة مساعدة(أ) بجامعة قاصدي مرباح ورقلة**	**مناقشا**

السنة الجامعية :2016/2015

جامعـــة قاصـــدي مربـــاح – ورقلـــة

كليـــة الحـــقـوق والعلـوم السياسـية

قســـــم الحقـــوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي

الشعبة: الحقوق

التخصص: علاقات دولية خاصة

إعداد الطالب: ليتيم حسين

بعنوان:

السلطة الأبوية في حماية القاصر في القانون الدولي الخاص الجزائري

نوقشت وأجيزت بتاريخ 2016/05/31

أمام اللجنة المكونة من السادة:

الدكتور/بن محمد محمد	**أستاذ التعليم العالي بجامعة قاصدي مرباح ورقلة**	**رئيسا**
الدكتور/كرام محمد الأخضر	**أستاذ محاضر(أ) بجامعة قاصدي مرباح ورقلة**	**مشرفا**
الأستاذة/قدة حبيبة	**أستاذة مساعدة(أ) بجامعة قاصدي مرباح ورقلة**	**مناقشا**

السنة الجامعية: 2016/2015

شكر و عرفان

الحمد و الشكر لله تبارك و تعالى الذي أنار لنا الطريق و أمدنا بالصبر و أعاننا على إتمام هذه الرسالة أتقدم بخالص الشكر و الامتنان إلى الأستاذ الدكتور كراو محمد الأخضر الذي اشرف على مذكرتي بكل قلب رحب و كان سندا و عونا لي في توجيهاته على نصائحه القيمة الذي لم يبخل علي بمعلوماته و صبره معي،كما أتوجه بشكري إلى كل موظفي مكتبة قسم الحقوق و خاصة عبد القادر و يحي و كل من قدم لنا يد العون و المساعدة لانجاز هذه المذكرة

فلهم جميعا أسمى عبارات الاحترام و التقدير

ليتيم حسين

الإهداء

الحمد لله الذي أعانني بالحلم و زينا بالحلم و أكرمنا بالتقوى و جملنا بالعافية،

أتقدم بإهداء عملي المتواضع إلى:

الدرع الواقي و الكنز الباقي إلى من جعل العلم منبع اشتياقي لك وسام

الاستحقاق أبي الغالي أطال الله في عمرك

إلى ذروة العطف و الحنان و الوفاء إلى كنز العطاء لك أجمل حواء أمي الغالية

حفظك الله

إلى سندي في الحياة إخوتي

إلى كل أهلي و أقربائي ، والى كل أصدقائي و زملائي دون استثناء اهدي

ثمرة جهدي

ليتيم حسين

مقدمة

تمهيد:

يتفاوت الناس فيما منحهم الله من عقل وقدرة على حسن التصرف وإدارة الأموال وحمايتها، فمنهم من كمل عقله فاستطاع أن يدبر في أمور نفسه وماله، على وجه يحفظ به مصالحه، وهذا هو العاقل الراشد أو كامل الأهلية، ومنهم من إنعدم عقله وتمييزه، أو نقص، إما لصغر السن، وإما لإصابته – رغم بلوغه سن الرشد – بإحدى عوارض الأهلية (الجنون والعته، والغفلة والسفه)، فيعجز عن التصرف في نفسه أو في ماله، وهؤلاء هم عديمو الأهلية وناقصوها.

وبذلك تعتبر فئة القصر أكثر الفئات التي أقرت لها التشريعات نظام خاص، يمارس في إطاره الأباء سلطة رعاية وحفظ أبنائهم القصر في أموالهم وأنفسهم ، كون هذه الفئة تصنف ضمن طائفة عديمي الأهلية أو ناقصيها، وبالتالي إمكانية تعرضها المستمر لشتى أنواع الإستغلال.

ويعرف أغلبية الفقهاء القاصر بأنه كل شخص لم يبلغ سن الرشد القانونية. وهذا السن يختلف تحديده من دولة إلى أخرى، ومع أن القانون الجزائري لم يقدم تعريفا للقاصر، رغم إستعماله لهذا المصطلح (القاصر)، في أغلب النصوص القانونية المتعلقة بالأحكام الخاصة به، إلا أننا نلمس من خلال الإطلاع على هذه النصوص أن المشرع إستند في إستعمال كلمة القاصر إلى نفس المعنى المقدم أعلاه، وسن الرشد محددة بتسعة عشر (19) كاملة، وذلك عملا بالمادة 40 من التقنين المدني الجزائري.

وعلى إثر ذلك فإن وظيفة الولي في ممارسة سلطاته إتجاه أبنائه القصر تبقى محدودة في حدود السلطات المخولة له قانونا، كما أنها تبقى مقيدة بمصلحة المولى عليه.

وعليه إذا ثار نزاع حول السلطة الأبوية حيال هذا القاصر أمام القاضي في علاقة وطنية خالصة ، وسواء كان هذا النزاع متعلقا بمال القاصر، أو كان متعلقا بنفس القاصر ومثال ذلك النزاع الذي يتعلق بمسألة الحضانة. فإن القاضي سيفصل في هذا النزاع بناءا على ما تنص عليه القوانين الداخلية في دولته.

وإن كان الأمر لا يثير إشكالات عملية في القانون الداخلي، إلا أن الأمر يختلف عنه في إطار القانون الدولي الخاص، وذلك حين يكون عنصر أجنبي في العلاقة القانونية المطروحة أمام القاضي الوطني فيما يتعلق بالسلطة الأبوية حيال هذا القاصر، فهنا تثير مشكلة تنازع القوانين بحكم العلاقة

القانونية، وبالتالي كلما تسربت الصفة الأجنبية في العلاقة القانونية قد تؤدي إلى ظهور أكثر من قانون واجب التطبيق.

ومن أجل تنظيم العلاقات الخاصة الدولية، وحسم مشكلة تنازع القوانين حول السلطة الأبوية في الولاية على القاصر في ماله ونفسه، ولتمكين العلاقة ذات العنصر الأجنبي من تشق طريقها في ثقة وإطمئنان مع فواصيل الحدود وإختلاف النظم، فقد تصدى المشرع الجزائري بوضع قواعد قانونية أصطلح عليها " بقواعد الإسناد". هذه الأخيرة، يلزم لإعمالها أن يكون الإختصاص القضائي ثابتا فعلا للمحاكم الجزائرية، وذلك بموجب قواعد الإختصاص القضائي الدولي المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومتى كان الأمر كذلك، أي متى كان القاضي الجزائري مختصا – فعلا – بالنظر في نزاع السلطة الأبوية المشتمل على العنصر الأجنبي، تعين عليه الرجوع إلى قواعد الإسناد المقررة في قانونه، وتطبيق القانون الذي تشير بإختصاصه، والذي قد يكون إما قانونه الوطني أوقانون أجنبي أخر، وهذه هي الطبيعة المزدوجة لقواعد الإسناد، وهي السمة الأساسية التي تميزها عن غيرها من قواعد القانون الدولي الخاص الأخرى.

أهمية الدراسة:

تظهر أهمية هذه الدراسة في وجهين الوجه العملي والوجه العلمي، فمن الناحية العملية فهي تتبلور في إعطاء حل جديد للإشكالات الإجرائية أمام المحاكم الوطنية، بالإضافة إلى إبراز القواعد القانونية التي تحكم السلطة الأبوية على القاصر في العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي. أما من الناحية العلمية فتعد هذه الدراسة محاولة تضاف الى سرح الابحاث العلمية التي تناقش مسائل تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كما أنه رغم قلة الدراسات في هذا الموضوع إرتأينا أن نساهم في إثراء المكتبة الوطنية في هذا الموضوع.

أهداف الدراسة:

تبرز أهداف الموضوع في تحديد النظام القانوني الذي يحكم السلطة الأبوية في الولاية على مال القاصر من جهة، وعلى نفسه من جهة أخرى في نطاق القانون الدولي الخاص، وفي ظل إختلاف النظم القانونية بين الدول التي ينتمي إليها أطراف العلاقة القانونية.

دوافع اختيار الموضوع:

كما أن الدافع الرئيسي الذي دفعنا إلى دراسة هذا الموضوع، هو الرغبة في معرفة القانون الواجب التطبيق على السلطة الأبوية في التعامل مع القاصر من منظور القانون الدولي الخاص الجزائري، بالإضافة إلى محاولة معرفة الإستثناءات التي أقر المشرع الجزائري بموجبها إختصاص لصالح قانونه.

وقبل طرح الإشكالية، تجدر الإشارة الى أن مصطلح السلطة الأبوية غير معروف في القانون الجزائري، إلا أنه من خلال تعريفه من قبل الفقهاء، يتضح بأنه يقصد به نظام الولاية على القاصر في نفسه وماله، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري.

الإشكالية:

في ضوء المعطيات السابقة، فإننا نطرح على بساط البحث والتمحيص الإشكالية التالية :

ماهو القانون الواجب التطبيق على السلطة الأبوية التي يمتلكها الأولياء على أبنائهم القصر من منظور القانون الدولي الخاص الجزائري ؟

منهج الدراسة:

لمعالجة الموضوع محل البحث والدراسة، فإنه قد تم إعتماد المنهج التحليلي الذي يقوم على تحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية والأراء الفقهية ذات الصلة بموضوع الدراسة.

تقسيمات الدراسة:

لمعالجة الإشكالية المطروحة، فقد تم تقسيم هذه المذكرة إلى فصلين. حيث تناول في الفصل الأول السلطة الأبوية على مال القاصر من منظور القانون الدولي الخاص الجزائري، محاولين من خلاله التطرق إلى موضوع أحكام السلطة الأبوية على مال القاصر في القانون وفيه سيتم معالجة مفهوم الولاية على مال القاصر وتحديد لمن تثبت هذه الولاية وبيان شروطها، إضافة إلى تحديد سلطات الولي على مال القاصر وكيفية إنتهاء الولاية على مال القاصر، ثم نتطرق في المبحث الثاني إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على السلطة الأبوية على مال القاصر في القانون الدولي الخاص الجزائري، وفيه سنتطرق إلى تطبيق قانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته والصعوبات التي تثير تطبيق قانون الجنسية، ثم نبين الإستثناء المقرر إختصاصا لصالح القانون الجزائري بشأن التدابير الإستعجالية

بينما تناول الفصل الثاني السلطة الأبوية على نفس القاصر في القانون الدولي الخاص الجزائري، محاولين من خلاله دراسة أحكام السلطة الأبوية على نفس القاصر في القانون، وفيه التطرق إلى دراسة أحكام السلطة الأبوية على نفس القاصر من خلال الولاية على نفس القاصر من حيث الحضانة، ثم من حيث النفقة، ثم الولاية في تزويج القاصر، ثم نحاول التصدي للقانون الواجب التطبيق على المسائل المتعلقة بالسلطة الأبوية على نفس القاصر من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق على مسألة الحضانة، ثم النفقة، ثم مسألة شرط الولي في تزويج القاصر.

الفصل الأول

السلطة الأبوية على مال القاصر

في القانون الدولي الخاص الجزائري

الفصل الأول

السلطة الأبوية على مال القاصر في القانون الدولي الخاص الجزائري

يحتاج القاصر إلى من ينوب عنه في رعاية مصالحه وإدارةأمواله،لذلك كان من الضروري وضع نظام قانوني يحقق هذا الهدف .

ولقد وضعت جل التشريعات نظام خاص لحماية أموال القاصر، ومن ذلك نجد ان المشرع الجزائري أولى إهتمام كبير لهذه الفئة ، من خلال وضع نظام قانوني لهذه الفئة العاجزة عن تدبير أمورها وحفظ أموالها ويتجلى ذلك من خلال المادة 81 من قانون الأسرة على أنه "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر في السن أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون "[1].

ونظرا على إجماع كل التشريعات على وضع نضام خاص لحماية مال القاصر إلا أنها قد تختلف في تنظيم الأحكام الموضوعية المنظمة لهذه الحماية بين الدول(المبحث الأول)، وعلى إثر هذا الإختلاف بين الدول وأنظمتها يثير بدون شك نزاعا فيما بينها، وذلك كلما كانت العلاقة القانونية مشتملة على عنصر أجنبي، وهنا يثير مشكل القانون الواجب التطبيق(المبحث الثاني).

[1] _ المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 الصادر في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر 05-02 المؤرخ في27 فيفري 2005.

المبحث الأول: أحكام السلطة الأبوية على المال في القانون

لقد تناول المشرع الجزائري أحكام السلطة الأبوية على مال القاصر في الكتاب الثاني المعنون بالنيابة الشرعية في قانون الأسرة وخصصت لها المواد من 81 الى 89 منه، وكان من الأجدر أن ينظم التقنين المدني أحكام تصرفات عديمي الأهلية وناقصيها، ونجد أحكام الولاية الشرعية عليهم،لأنه المختص بها لا تقنين الأسرة الذي ينبغي أن تقتصر نصوصه على مواد الأحوال الشخصية وحدها، أما عن حكم التصرفات المالية فان التقنين المدني هو المختص في تقرير صحتها أوبطلانها.[1]في حين نجد المشرع المصري _ وحسنا فعل_ نظم أحكام الولاية على المال بقانون خاص منفصل عن القانون المدني وذلك في قانون الولاية على المال رقم 19 لسنة 1952 .[2]

ولدراسة أحكام الولاية على مال القاصر، قبل ذلك يجبتحديد مفهوم الولاية على المال (المطلب الأول)، ثم نحاول أن نبين لمن تثبت الولاية الشرعية على مال القاصر وبيان شروطها (المطلب الثاني)، ومن ثم التطرق إلى سلطات الولي (المطلب الثالث)، وأخيرا نتطرقإلى كيفية انتهاء إلولاية على المال (المطلب الرابع).

المطلب الأول: مفهوم الولاية على المال.

سنعرض في هذا المطلب إلى تعريف الولاية على المال (الفرع الأول) ، ثم نحدد الطبيعة القانونية للولاية على المال(الفرع الثاني) .

الفرع الأول: تعريف الولاية على المال

أولا : تعريف الولاية: للولاية تعريفات متعددة فمن حيث اللغة يقصد بهاإذا جاءت مفتوحة أو مكسورة يراد بها النصرة ، وقيام الشخص بأمر غيره[3]. أما إصطلاحا يقصد بها القدرة على إنشاء العقود والتصرفات نافذة من غير توقف على إجازة أحد.

---

[1]– علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائري،1992، ص 263 – 264 .

[2]– المرسوم التشريعي رقم 19 الصادر بتاريخ 07/30/ 1952، المتعلق بأحكام الولاية على المال المصري .

[3]– نصر فريد واصل، الولايات الخاصة، الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص 9.

أما الولاية من حيث التعريف القانوني، لم يعرفها المشرع الجزائري، بل إكتفى ببيان أحكامها في قانون الأسرة[1]، وبقراءة المادة 81 من ق.ا.ج، يتبين لنا أن الولاية سلطة بموجب القانون تقرر لشخص معين مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص أخر غير كامل الأهلية، إلا أنه نجد بعض أساتذة القانون خصوها بتعريفات مختلفة معتمدين في ذلك على معناها اللغوي والشرعي .

فالولاية عند بعضهم هي :" قدرة الشخص على ممارسة التصرفات القانونية لحساب شخص أخر وبما ينتج أثارها في حق هذا الأخير وقد تكون ولاية على النفس أو المال "

وذهب رأي أخر الى أن :" الولاية ببساطة هي أن يتولى شخص أمر غيره ، أما الولاية من الناحية القانونية فهي السلطة الممنوحة لشخص ليقوم بالتصرف في مال الغير، بحيث تنتج هذه التصرفات أثرها في حق هذا الغير ، وتستمد هذه السلطة إما مباشرة من القانون أو من حكم القاضي أو من الغير نفسه [2]

ثانيا: المقصود بالولاية على المال

قد تختلف عبارات فقهاء الشريعة الاسلامية في التعبير عن الولاية على المال ، إلا أنها تتفق في المعنى فالمراد بالولاية على المال :" نيابة شرعية يتولى بموجبها الولي الشرعي حفظ وتنمية أموال من تحت ولايته جبرا لعجزه عن النظر فيها تحقيقا لمصلحة المولى عليه أو لمصلحة الأغيار الذين لهم حقوق على أمواله" بمعنى أن الولاية على المال سلطة يمنحها الشرع لشخص على أخر تجعل تصرفاته نافذة في حقه دون رضاه، ونفاذ التصرفات يعني ترتيب الأحكام بحكم الشرع سواء في مواجهة الولي أو الولى عليه أو الكافة، كما لو قام بها المولى عليه عند كمال أهليته وولايته على نفسه[3].

كما تعرف الولاية على المال أيضا: على أنها القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالمال وتنفيذها، وتشمل كل ما يتصل بأموال الصغير، ويلتزم الولي القيام والإشراف على رعايتها وحفظها من التلف والضياع أو الاعتداء عليها من الغير، والعمل على تنميتها والمتاجرة فيها بالطرق المشروعة.

---

[1]– من المادة 81 – 91 من قانون الأسرة الجزائري.

[2]– موسوس جميلة ، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم التجارية ، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس ، 2006، ص 13– 14

[3]– ديلمي باديس، أحكام الولاية على القاصر في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد أكلي محند ولحاج– البويرة، 2015، ص 33

كما تشمل الولاية على المال أيضا الإنفاق والصرف من أموال القاصر على القاصر نفسه، وما يحتاجه من طعام وكسوة وتعليم، من غير إسراف ولا تقتير، وذلك حتى يبلغ القاصر سن الرشد فيسلم له ماله.

يلاحظ أن الولي على النفس قد يكون وليا على المال أيضا كالأب، وقد يكون ولي المال غير ولي النفس كالوصي، لأن الولاية على النفس تكون بالقرابة وأساسها الشفقة والعطف على الصغير، بينما الولاية على المال أساسها إختيار الولي العارف بالمعاملات والتصرفات المالية والقادر عليها تحقيقا لمصلحة الصغير[1].

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للولاية على مال القاصر.

إن ولاية الأب والأم والجد ولاية ذاتية أصلية، أثبتها لهم القانون لقرابة الأبوة، وعلى هذا فإن كل منهم يستمد صفة الولاية بحكم القانون، أي دون حاجة لصدور الحكم من المحكمة بتعيين أي منهم وليا[2].

كما تتصف ولاية كل منهم بالإلزامية، بمعنى أنه كما هي حق للولي فهي واجبة عليه، ونيابة الولي الشرعي عن القاصر هي نيابة قانونية بالنسبة إلى المصدر الذي عينه وحدد سلطاته، ألا وهو القانون ، وعلى ذلك يمكن القول بأن الولاية على مال القاصر هي من النظام العام لا يجوز التعديل في أحكامها بالاتفاق(كالإتفاق على ترتيب الأولياء)[3].

المطلب الثاني : ثبوت الولاية على مال القاصر وبيان شروطها.

تثبت الولاية على مال القاصر إما للولي أو الوصي، ولفظ الولي بالمعنى الضيق هو إصطلاح شاع إطلاقه في فقه الشريعة الإسلامية على الأب والجد الصحيح، أما الوصي فهو غير هذين الإثنين، ويولى على مال القاصر إما بإختياره من قبل الولي أو من قبل المحكمة(الفرع الاول)، كما يشترط في الولي على مال القاصر، سواء كان أبا، أو أما، أو جدا شروطا معينة، حتى تكون أموال القاصر في يد امينة(الفرع الثاني).

---

[1]– مداني هجيرة نشيدة، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق– بن عكنون، جامعة الجزائر 2012، ص56 –57.

[2]– المادة 87و92 من تقنين الاسرة الجزائري والمادة 02 من قانون الولاية على المال المصري.

[3]– بلحاج العربي ، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 56.

الفرع الأول: ترتيب الأولياءعلى مال القاصر.

أولا: ترتيب الأولياء في القوانين العربية وفي القانون الفرنسي لم تخرج قوانين الدول العربية عما ذهب إليه الفقه الإسلامي في ترتيب الأولياء على مال القاصر، فأخذ معظمها بالفقه الحنفي، نذكرمنها القانون المصري، الأردني، السوري، اللبناني، المغربي، والتونسي، وقد نصت المادة الأولى من قانون الولاية على المال المصري رقم 119 لسنة 1952 – السالفة الذكر– على أنه :" للأب ثم للجد الصحيح، إذا لم يكن الأب إختار وصيا للولاية على مال القاصر،وعليه القيام بها ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة"[1].

ونصت 123 من القانون المدني الأردني على أن :" ولي الصغيرهو أبوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح، ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبته المحكمة ".

ونصت الفقرة الأولى من المادة 172 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أن :" للأب والجد العصبي عند عدم وجوده دون غيرهما ولاية مال القاصر حفظا وتصرفا وإستثمارا ".

كما نصت الفقرة الأولى من المادة 176 من القانون نفسه على أن :" يجوز للأب والجد عند فقدان الأب أن يقيم وصيا مختارا لولده القاصر ...." ونصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على أن :" الوصاية في أموال القاصرين بعد وفاة الأب هو للوصي الذي إختاره الأب ".

أما في القانون اللبناني، فموضوع الولاية على المال متروك للشرائع الدينية ، حيث تختلف قواعده بإختلاف الأديان والمذاهب، بالرغم من عدم صلتها الوثيقة بالعقيدة، عكس ماهو عليه الحال في مصر حيث أنه توجد قواعد موحدة للولاية على المال تسري على جميع الأفراد مهما كانت عقائدهم الدينية.

أما القانون المغربي فقد أخذ بالمذهب المالكي، حيث حجب الولاية عن الجد، إذ ورد في الفصل الاول 148 من مدونة الأحوال الشخصية أن " صاحب الولاية المعين من الشرع، والقاضي يسمى وليا، والذي عينه الأب، أو وصيه يسمى وصيا، والذي عينه القاضي يسمى مقدما"، وجاء في الفصل 142 أن :" الولاية على شخص القاصر وعلى أمواله معا حتى تكتمل أهليته وهو ملزم بالقيام بها".

وبصدور الظهير 1993 رقم 1-347-93 المعدل للفصل 148 من مدونة الأحوال الشخصية ، أصبحت الأم وليا شرعيا تلي الأب وتسبق القاضي في المرتبة. فقد أثبتت المادتان 166 و170 منه، النيابة الشرعية للأم على ولدها القاصر عند وفاة الأب، أو فقد أهليته. غير أن هذا الظهير جعل ولاية

[1]– موسوس جميلة، المرجع السابق، ص 31

الأم لا ترقى إلى درجة ولاية الأب، حيث إشترط المشرع إذن القاضي لتصرف الأم في أموال القاصر مثلها مثل الوصي والمقدم. ولم يجعل للأم حق الإيصاء بل قصره على الأب.

وإذا كان القانون المغربي يأخذ بالمذهب المالكي في عدم إقراره بولاية الجد الأصلية، فإنه لم يأخذ بهذا المذهب فيما يخص وصاية الكافل العرفية، نظرا لتعميم ولاية القضاء ولوجود السلطة المعلمة له.

وينص الفصل الأول من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أن :" القاصر وليه أبوه وأمه إذا توفي أبوه أو فقد أهليته، مع مراعاة أحكام الفصل الثامن من هذه المجلة المتعلق بالزواج، ولا يعمل بوصية الأب إلا بعد وفاة الأم أو فقدها الأهلية[1].

وعند وفاة الأبوين أو فقدان أهليتهما ولم يكن للقاصر وصي وجب أن يقدم عليه الحاكم."

– أما في القانون الفرنسي فإن الولاية على مال القاصر فبعد أن كان يضع القاصر تحت رقابة وولاية الأب وحده طالما حيا،ويعهد بالرقابة إلى الأم بعد وفاته بموجب المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي[2]، أصبح بصدور قانون 23 ديسمبر 1985، الذي عدل هذه المادة، حيث أصبح يمنح ممارسة السلطة الابوية للأب والأم معا، والتي على أساسها يديران أموال إبنهما القاصرعلى قدم المساواة دون تمييز بينهما.

ثانيا: ترتيب الأولياءعلى مال القاصر في القانون الجزائري.

تنص الفقرة الأولى من المادة 87 من قانونالأسرة الجزائري على أن :" يكون الأب وليا علىأولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا..."، وتقضي الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه :"وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد "[3].

ويتضح من هاتين الفقرتين أن الأم تكون وليا قانونيا على أولادها القصر في حالتين هما :

– حالة وفاة الأب.

[1]– للإطلاع ينظر: الأمر المؤرخ في 13 اوت 1956، المعدل بالقانون رقم 07/81 المؤرخ في 18 فيفري 1981، المتضمنمجلة الأحوال الشخصية التونسية.

[2]– Article 1384 du code civile français : " .... Le père et La mère, en tant qu'ils exercent L'autorité parentale, solidairement responsables du dommage causé par Leurs enfants mineurs habitant avec eux".

[3]– المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري.

– حالة حياة الأب ولكن ثبت غيابه أو حصول مانع له، كأن يكن محجورا عليه لجنون أو عته، أما إذا كان الأب حيا وقادرا على القيام بأعباء الولاية فإنه هو الولي الوحيد.

أما في حالة الطلاق فإن **الفقرة الثالثة من المادة 87** – السالفة ذكرها – تنص على أن :" وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد". وعلى ذلك فإن الولاية على مال القاصر تثبت لمن تسند له الحضانة، سواءا كانت الأم أو الأب، وهو ما يعني أن الأم قد تكون وليا على مال إبنها رغم وجود الأب حيا، وهذا برأينا مخالفة لنصوص الشرع الاسلامي، التي تقر بالولاية الأصلية للأم بعد وفاة الأب، فكيف الحال في حياته؟[1].

وولاية الأم في القانون الجزائري الحالي المأخوذ من القانون الملغى رقم 778 لسنة 1957، الذي إعتبر في المادة 19 منه الأم وليا قانونيا تسري عليها أحكام الولاية التي تسري على الأب، وعلى الأم إعلام القاضي إذا ما أرادت الزواج، ليقوم القاضي بإستدعاء مجلس الأسرة الذي يقرر إمكانية إحتفاظ الأم بالولاية أخذا بعين الإعتبار شخصية الزوج، وإذا ما تقرر إحتفاظ الزوجة بالولاية يصبح زوجها شريكا متضامنا في ولايتها على ولدها القاصر، وفقا لما تتضمنه المادة 47 من القانون الملغى.

ويلاحظ أن هذا الحكم مأخوذ من القانون المدني الفرنسي قبل تعديله بقانون 1964، وهو مخالف للفقه الإسلامي الذي يأخذ بإنفصال النظام المالي للزوجين .

– ولعل ما يؤكد ولاية الأم على مال القاصر، صدور العديد من القرارات من القضاء تؤكد على أحقية الأم بالولاية بعد الأب وأثناء حياته وفي حالة الطلاق، كالقرار الصادر من المحكمة العليا بتاريخ 23 ديسمبر 1997، في الملف رقم 187692، والذي جاء فيه :" من المقرر قانونا أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محل محله وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفا للقانون ". ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن قضاة المجلس لما قضوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القاصر ومصالح الولي فإنهم قد خالفوا القانون [2].

[1]– موسوس جميلة، المرجع السابق، ص 34

[2]– قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1997/12/23، ملف رقم 187692، غرفة الاحوال الشخصية، المجلة القضائية الجزائرية،العدد الاول، سنة 1997، ص53.

وبالتالي من خلال المادة 87 – السالفة الذكر – نجد أن المشرع الجزائري جعل الولاية على مال القاصر للأب ثم الأم، فلا ولاية للجد حسب هذه المادة ، وبهذا فقد خالف المشرع الجزائري جميع المذاهب الإسلامية، إلاأنه بعد ذلك رجع المشرع الجزائري وجعل الولاية للأب ثم الجد، فوصي كل منهما بعد وفاته، بشرط عدم وجود أم للقاصر تتولى أموره، أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، وهذا حسب نص المادة 92 من قانون الأسرة الجزائري، التي تنص على أنه :"يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو ثبتت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي الإختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون".

– والملاحظ من المادتين السابقتين أن المشرع الجزائري قد وقع في خلط بين الأحكام، بجعله الولاية للأب ثم الأم في المادة 87 من قانون الأسرة، ثم قدم الجد على الأم في المادة 92 من نفس القانون.

ولايوجد أي تفسيرللخلط الذي وقع فيه المشرع، سوى أن عمله في تنظيم أحكام الولاية كان عشوائيا، عوض كونه محكما، وهذا بسبب إعتماده على بعض أحكام الشريعة الإسلامية والبعض الأخر من القانون الفرنسي، دون تدارك الهوة والتناقض الموجودين بينهما[1].

- فيكون ترتيب الأولياء على المال حسب المادتين 87و 92 من قانون الأسرة الجزائري كالأتي :
  - الأب ثم الأم
  - وصي الأب
  - الجد ثم وصي الجد.

وبالرجوع إلى نص المادة 90 – السالفة الذكر– التي تنص على أنه في حالة تعارض مصالح الولي مع مصالح القاصر، يتوجب على القاضي تعيين متصرف خاص يتولى القيام بالتصرفات القانونية لصالح القاصر، ويقوم القاضي بهذا التعيين من تلقاء نفسه أو بناءا على طلب من له مصلحة في ذلك، ويقوم القاضي بذلك من خلال جمع المعلومات الضرورية حول القاصر ب : سماع الأب والأم وسماع كل شخص أخر يرى فائدة من سماعه، سماع القاصر مالم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك[2].

[1]– Article 1384/4 code civil français:" le père et La mère, en tout qu'ils exercent L'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitants avec eux " .

[2]– ديلمي باديس، المرجع السابق، ص 52، 53

الفرع الثاني: شروط الولاية الأصلية على مال القاصر.

يشترط في الولي على مال القاصر، سواءا كان أبا او أما أو جدا، أن يكون كامل الأهلية (أولا)، أمينا (ثانيا)، متحدا في الدين مع القاصر (ثالثا).

أولا:أن يكون الولي كامل الأهلية.

يكون الولي كامل الأهلية إذا كان بالغا، عاقلا، رشيدا غير محجور عليه فلا ولاية لناقص الأهلية ولا لعديمها على غيره، إذ أنه عاجز على النظر في مصالحه، فلا يكون بالتالي أهلا للنظر في مصالح غيره، فمن ليس له ولاية على ماله، لا تكون له ولاية على مال غيره من باب أولى

ولم يجيز الفقه الاسلامي ولاية السفيه سواء كان محجورا عليه أو لم يكن كذلك، لأنه في هذه الحالة لا تكون له ولاية على ماله، وبالتالي فلا ولاية له على مال القاصر[1].

وقد نصت المادة الثانية من الولاية على المال المصري على شرط كمال الأهلية بقولها: " لايجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو".

ولا نجد نصا واضحا في القانون السوري والمغربي والتونسي والجزائري، يتضمن صراحة شرط كمال الأهلية، لكن يفهم النص على هذا الشرط ضمنيا من خلال النصوص المتعلقة بالولاية على المال، فولاية الأب والجدولاية قانونية، ولا يمكن أن يثبتها له القانون إذا لم يكن كامل الأهلية، إذ تسلب منه الولاية إذا تم الحجر عليه، كما أن هذه القوانين تشترط الأهلية الكاملة في الوصي وبالتالي يطبق نفس الشرط على الولي القانوني، هذا بالإضافة إلى أن المنطق يقضي بكمال أهلية الولي، فمن لا ولاية له على نفسه لا ولاية له على غيره.

ثانيا:أن يكون الولي أمينا.

يشترط في الولي، لكي تتحقق الولاية على مال القاصر، أن يكون أمينا عادلا، غير مبذر، ويقصد بالأمانة ألا يكون الولي فاسقا يرتكب أمورا يخشى منها على مال القاصر[2].

---

[1]– شلبي محمد مصطفى، أحكام الاسرةفي الاسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الطبعةالرابعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1983،ص 807– 808.

[2]– قوادري وسام، المرجع السابق، ص 19

وفي هذا الصدد نصت المادة 172 من قانون الأحوال الشخصية السوري، أن ولاية الأب والجد تنزع منه إذا ثبتت خيانته أو سوء تصرفه، والخيانة وسوء التصرف عكس الأمانة.

ولم ينص القانون المصري على شرط الأمانة صراحة في الولي الشرعي وإن كان إشترطها في الوصي بموجب المادة 27من قانون الولاية على المال، وكذلك الأمر للقانون الجزائري الذي نص على شرط الأمانة بموجب المادة 93 من قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالشروط الواجب توفرها في الوصي التي تقضي بأنه : " يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا، قادرا أمينا حسن التصرف وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة".

ثالثا: أن يكون الولي متحدا في الدين مع القاصر.

يشترط في الولي أن يكون متحدا في الدين مع القاصر، فلا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى في الأية 141 من سورة النساء: " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا "،[1] وقوله في الأية 51 من سورة المائدة : " يا أيها الذين أمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض"،[2] وقوله في الأية 73 من سورة الأنفال: " والذين كفروا بعضهم أولياء بعض".[3]

وكمثال على إختلاف الولي مع القاصر في الدين، هو أن الولي غير مسلم وأولاده مسلمين، كأن تكون أمهم قد أسلمت وهم صغار وبقي الأب على دينه، فيكون الأولاد مسلمين تبعا لأمهم، لأنهم يتبعون خير الأبوين دينا، فلا تثبت الولاية للأب عليهم في هذه الحالة، وكذلك لو كان الأب أسلم وتوفي وترك أولاده المسلمين فلا يكون لجدهم المخالف له في الدين ولاية عليهم.

وشرط الإتحاد في الدين يشترط إلا في الولاية الخاصة كولاية الأب والجد، أما الولاية العامة كولاية القاضي فلا يشترط ذلك لأن الولاية في هذه الحالة تعم جميع الرعايا مهما كان دينهم[4] .

---

[1]- سورة النساء، الأية 141.

[2]- سورة المائدة، الأية 51.

[3]- من سورة الأنفال، الأية 73.

[4]- موسوس جميلة، المرجع السابق، ص 40 .

المطلب الثالث: سلطات الولي على مال القاصر.

تتمثل وظيفة في رعاية أموال القاصر وإدارتها والتصرف فيها وفقا لما يحدده القانون، ويكون للولي بموجب هذه السلطة حق وواجب القيام بالتصرفات التي يعجز عنها القاصر لإنعدام أو نقص أهليته، والأصل أن تصرفات الولي غير مطلقة إذ أنها مقيدة بمصلحة القاصر، مصداقا لقوله تعالى في الأية 152 من سورة الأنعام: " ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده"[1].

إن سلطات الولي في القانون تضيق أو تتسع بحسب طبيعة التصرف ضارا كان أو نافعا بالنسبة إلى القاصر من جهة ، وبحسب الولي أبا كان أو جدا من جهة أخرى، وقد سوى بعض القوانين العربية بين سلطة الأب والجد، ومن هذه القوانين القانون الجزائري ، والقانون السوري، وفرق بعضها كالقانون المصري بينها، فجعلت سلطة الأب أوسع من سلطة الجد، أما البعض الأخر مثل القانون المغربي فلم تمنح سلطة التصرف في اموال القاصر إلا للأب وإستبعد الجد من الولاية.

وعموما فإن سلطات الولي على مال القاصر تكون على نوعين : سلطات مقيدة بإذن المحكمة (الفرع الأول)، وهناك سلطات مطلقة للولي على مال القاصر (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطات الولي المقيدة بإذن المحكمة.

نصت المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري على مايلي :" على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص...."[2]، ونصت المادة 04 من قانون الولاية على المال المصري على أن: " يقوم الولي على رعاية أموال القاصر، وله إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا

[1]– سورة الانعام، الاية 152.

[2]– المادة 88 من تقنين الاسرة الجزائري.

القانون". وقضت المادة 172 من قانون الأحوال الشخصية السوري بأنه: " للأب وللجد العصبي عند عدمه دون غيرهما ولاية على مال القاصر حفظا وتصرفا وإستثمار[1].

لا ينزع مال القاصر من الأب والجد العصبي ما لم تثبت خيانته، أو سوء تصرفاته فيه وليس لأحدهما التبرع بمال القاصر أو بمنافعه أصلا، ولا بيع عقاره أو رهنه إلا بإذن القاضي بعد تحقق المسوغ".

– نستخلص من هذه النصوص أن مهمة الولي تتمثل في رعاية أموال القاصر، بحيث يكون له بصفة عامة إدارتها والتصرف فيها مع مراعاة القيود المقررة في القانون، فقد أوجب المشرع على الولي ، أبا أو جدا، أو إما الحصول على إذن من المحكمة لمباشرة بعض التصرفات والأعمال.

أولا: أعمال التبرع

– إن أعمال التبرع من الأعمال الضارة ضررا محضا، لذا يمنع من الأب القيام بها، ولا نجد نصا صريحا في القانون الجزائري يؤكد ذلك، غير أن مصلحة القاصر تستدعي منع ذلك، وعلى الأب أن يكون حريصاعلى مال القاصر، حسب ما تقتضيه المادة 1/88 من قانون الأسرة الجزائري

وفي القانون المصري منعت المادة 05 من قانون الولاية على المال المصري الولي بالتبرع من مال القاصر، وإستثنت التبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي، لكن قيدته بشرط الحصول على إذن من المحكمة، وإلا كان التبرع باطلا وألزم الولي بدفع ما تبرع به من ماله الخاص[2].

وكذلك نجد هو نفس الحكم في المادة 172 من تقنين الأحوال الشخصية السوري السالفة الذكر، أما القانون المغربي فقد منع الأب من القيام بأعمال التبرع مثل الهبة وذلك في الفصل 150 من مدونة الأحوال الشخصية [3] .

ثانيا: أعمال التصرف

– يشترط إذن من المحكمة لقيام الولي بالتصرفات التالية:

1– التصرف في عقار القاصر:

[1]– المادة 172 من المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر بتاريخ 10 سبتمبر 1953 المعدل بقانون رقم 34 الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1975 المتضمن قانون الاحوال الشخصية السوري.

[2]– شلبي محمد مصطفى، المرجع السابق، ص 794– 795

[3]– موسوس جميلة، المرجع السابق، ص 51

منعت المادة 2/88 من قانون الأسرة الجزائري، التي يقابلها مضمون المادة 172 من تقنين الأحوال الشخصية السوري ، الولي من التصرف في عقار القاصر سواء لنفسه أو اجنبيإلا بإذن المحكمة، فقد نصت على أن " وعليه أن يستاذن القاضي في التصرفات التالية:

بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة....."

وفي حالة تعارض مصالح الولي مع مصالح القاصر تعين المحكمة وصيا خاصا لإجراء التصرف، وفقا بما ورد في المادة 90 من قانون الأسرة الجزائري[1]، والتي يقابلها مضمون المادة 152 من تقنين الأحوال الشخصية السوري .

في القانون المصري إشرطت المادة 06 من قانون الولاية على المال ، على الولي الحصول على إذن المحكمة للتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجته، أو لاقربائه او لاقاربها من الدرجة الرابعة، وذلك خشية أن يكون في هذا التصرف محاباة الولي لنفسه أو لأحد هؤلاء الاقارب، فإذن المحكمة يدفع هذه الشبهة عن الولي ويحمي مصلحة القاصر بالتحقق من عدالة المقابل، وهو الهدف الأول من الإذن.

2- رهن عقار القاصر:

قيد القانون الجزائري رهن الولي لمال القاصر بالحصول على إذن من المحكمة، وذلك في المادتين 2/88 من قانون الأسرة الجزائري، فقد نصت المادة 2/88 على أنه: "وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة،...."، ومنعت المادة 2/06 من قانون الولاية على المال المصري رهن الولي عقار القاصر لدين على نفسه منعا مطلقا، أي سواء بإذن المحكمة أو بدون ذلك، وهذا منعا لإستغلال الولي لمال القاصر برهن العقار كلما إحتاج إلى ذلك مما يعرضه لخطر بيعه إذا عجز عن الوفاء.

ثالثا: أعمال الإدارة:

1/ قضت المادة 3/88 من قانون الأسرة الجزائري، على أنه: " وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

[1]- المادة 2/88 من قانون الأسرة الجزائري.

إستثمار أموال القاصر بالإقراض أو الإقتراض، أو المساهمة في شركة،....."، وقضت المادة 9 من قانون الولاية على المال المصري بأنه: " لا يجوز للولي إقراض مال الصغير ولا إقتراضه إلا بإذن المحكمة"، وهذا بغرض التحقق من حاجة القاصر للإقتراض، وأن القرض لا يؤدي بماله إلى الضياع بأن يقدم لشخص مأمون لا يماطل في رده.

2/ منعت المادة 4/88 من قانون الأسرة الجزائري الولي من تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة، وهو ما تتضمنه المادة 10 من قانون الولاية على المال المصري ، وعلة الولاية تنتهي ببلوغ القاصر سن الرشد، وقد يرى القاصر حينها التصرف في عقاره بطريقة مختلفة، فيكون الإيجار تقييدا لإدارته، ويكون للمحكمة منح الإذن إذا رأت في ذلك مصلحة للقاصر[1].

3/ قيدت المادة 3/84 من قانون الأسرة الجزائري، المذكور أعلاه، التي يقابلها مضمون المادة 11 من قانون الولاية على مال القاصر المصري الولي بإذن المحكمة للإستمرار في تجارة ألت إلى القاصر، وذلك لما للتجارة من أهمية خاصة تستدعي مسؤولية القاصر في ماله ولما تتطلبه الأعمال التجارية من خبرة معينة، وتراعي المحكمة في منح الإذن نجاح التجارة وقدرة الأب على الاستمرار فيها مع مراعاة حدود الإذن وعدم تجاوزها[2].

– خلاصة القول هو أن جزاء مخالفة الولي للمادة 88 من قانون الأسرة الجزائري، أي في حالة تصرفه دون الحصول على إذن من القضاء، يكون تصرفه غير نافذ في حق القاصر، حسب ما قضت به المحكمة العليا[3].

الفرع الثاني: سلطات الولي غير المقيدة بإذن المحكمة

أولا: عدم خضوع الأب لبعض القيود الواردة في القانون.

خص المشرع المصري الأب بمعاملة تفضيلية في نطاق الولاية على مال القاصر، بحيث خوله بعض السلطات دون الجد، واذن له بمباشرتها، كما خص المشرع المغربي الأب بأحكام خاصة حين أطلق يده من التصرف في أموال القاصر، بينما قيد تصرفات غيره من الأوصياء.

[1]– المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري.

[2]– موسوس جميلة، المرجع السابق، ص 53،54.

[3]– قرار المحكمة العلياالصادر بتاريخ 1991/04/10، ملف رقم 723253، الغرفة الاجتماعية، المجلة القضائية، العدد 3، سنة 1993، ص 115

وتتمثل السلطات التي يختص بها الأب في قانون الولاية على المال المصري فيما يلي:

1/ جواز تصرف الأب في العقار أو المحل التجاري، أو الأوراق المالية إذا لم تزيد قيمتها على ثلاثمائة جنيه بدون إذن المحكمة، وهذا وفقا لمفهوم المخالفة للمادة 07 من قانون الولاية على المال.

2/ أجازت المادة 14 من قانون الولاية على المال للأب التعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء كان لحسابه أو لحساب شخص أخر، إلا إذا نص القانون على غير ذلك، وبذلك لا تسري على الأب أحكام المادة 108 من القانون المدني المصري، المقابلة للمادة 77 من التقنين المدني الجزائري، الخاصة بمنع الشخص بالتعاقد مع نفسه، وقد رأى المشرع في ذلك الإبقاء على المبدأ الذي تقرره الشريعة الإسلامية، فإفتراض شفقة الأب تشفع في إعفائه من القواعد العامة لهذا المنع، ولا نجد حكما مماثلا في تقنين الاسرة الجزائري.

3/ لا يحاسب الأب على ما تصرف فيه من ريع مال القاصر بإستثناء المال الذي وهب للقاصر لغرض معين كالتعليم إحتراما لرغبة الواهب وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة 25 من قانون الولاية على المال المصري.

4/ يجوز للولي الانفاق على نفسه من مال القاصر اذا كانت نفقته واجبة عليه، وله كذلك الانفاق على من تجب على القاصر نفقته[1].

– ولم يشأ المشرع تقييد الولي في إستعمال هذا الحق بشرط الحصول على إذن المحكمة مراعاة للروابط العائلية التي تربطه بالقاصر، ولا يعني ذلك أن سلطة الولي مطلقة بل مقيدة بالمبادئ العامة للشريعة الإسلامية، وهي ضرورة الأخذ من مال القاصر بالمعروف وعلى قدر الحاجة، وذلك مع مراعاة مصلحة القاصر الاجتماعية ومقدار ثروته، كما يجب أن تقتضي النفقة من الريع.

– وعلى العكس من ذلك، منع القانون المغربي الأب من الإنفاق على نفسه من مال ولده ولو كان فقيرا، وإن خيف على أموال القاصر منه، وضع عليه القاضي مشرفا، وهذا وفقا لما جاء في الفصلين 149و 150 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية [2].

[1]– حمدي كمال، المرجع السابق، ص 39–40

[2]– موسوس جميلة، المرجع السابق، ص 60

أما القانون الجزائري فلم ينص على هذا الحكم في المادة 88 من قانون الأسرة مما يستدعي الرجوع، عملا بالمادة 222 من تقنين الأسرة الجزائري، إلى احكام الشريعة الإسلامية التي تجيز ذلك[1].

ثانيا: سلطة الولي في إجازة تصرفات القاصر المميز

– تأخذ تصرفات القاصر الذي بلغ سن التمييز **ثلاثة أحكام:** تكون صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا، وتكون باطلة بطلانا مطلقا متى كانت ضارة ضررا محضا، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتكون موقوفة على إجازة الولي في الفقه الاسلامي، وقابلة للإبطال في بعض القوانين العربية، أما البعض الأخر فقد أخذ بفكرة العقد الموقوف على الإجازة على غرار الفقه الإسلامي[2].

فتعتبر تصرفات القاصر المميز الدائرة بين النفع والضرر في القانون المصري قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويعتبر العقد صحيحا منتجا لأثاره إلى حين ابطاله، ويزول حق طلب الإبطال إذا أجيز من الولي أو من المحكمة حسب الأحوال أو الصغير بعد بلوغه سن الرشد.

أما في القانون الجزائري، فقد حدث تعارض بين القانون المدني وقانون الأسرة في حكم تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر. فيفهم من نصوص المواد 99 و100 و101 من القانون المدني قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ، الذي له الحق في طلب الإبطال أو الإجازة لمدة تمتد إلى خمس سنوات من بلوغه سن الرشد، أما تقنين الأسرة فقد أخذ في المادة 83 بفكرة العقد الموقوف، فأعتبرت تصرفات

القاصر المميز الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على إجازة الولي أو الوصي، ولم تمنح للقاصر حق الإجازة بعد بلوغه سن الرشد[3].

المطلب الرابع: إنتهاء الولاية على مال القاصر.

– فكما وضع المشرع الجزائري شروطا لقيام نظام الولاية، وإن لم ينص عليها صراحة، فإنه قد وضع أسباب لإنقضاء هذا النظام، نص عليها في المادة 91 من قانون الأسرة بصريح العبارة، والتي تنص على أنه: " تنتهي وظيفة الولي : 1/ بعجزه ، 2/ بموته ، 3/ بالحجر عليه ، 4/ بإسقاط الولاية عنه."، وبالتالي نستنتج أن أسباب إنتهاء الولاية نوعان:

---

[1]– تنص على أنه: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

[2]– حمدي كمال، المرجع السابق،ص 39

[3]– محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر 2002.

أسباب إنتهاء الولاية المتعلقة بالولي(الفرع الأول)، وهناك أسباب لإنتهاء الولاية تتعلق بالقاصر(الفرع الثاني).

الفرع الأول: نهاية الولاية للأسباب المتعلقة بالولي

بالرجوع إلى نص المادة 91 ق. أ. ج، نجد أن أسباب نهاية الولاية المتعلقة بالولي أربعة هي: العجز، الموت، الحجر، إسقاط الولاية وفيما يلي شرح لكل سبب.

أولا: نهاية الولاية لعجز الولي: إذا كانت الحالة الصحية والبدنية والعقلية للولي لا تسمح له بممارسة مهامه الذي أقيم من أجله (حفظ شخص ومال القاصر)، فرغم أن الولاية إلزامية إلا أن القانون أجاز له طلب إعفائه منها، ويكون للمحكمة سلطة قبول أو رفض طلب التنحي بعد التحقق من أسبابه ودوافعه، كما يمكن لكل من له مصلحة طلب تنحية الولي لعجزه، وفي حالة قبول المحكمة لهذا الطلب، تؤول الولاية للولي الذي يلي الولي العاجز في المرتبة كما ذكرنا في ترتيب الأولياء أعلاه، فان لم يوجد عينت المحكمة وصيا للقاصر[1].

ثانيا: نهاية الولاية بموت الولي: إذا كان الموت الطبيعي يؤدي حتما إلى نهاية الولاية، فإن المشرع الجزائري لم يحدد إذا كان الموت المنصوص عليه في المادة 91 ق. أ. ج يتضمن الموت الحكمي.

والموت الحكمي يقع على المفقود في الحروب والحالات الإستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وتخضع المدة لتقدير القاضي بعد مضي أربع سنوات في الحالات التي تغلب فيها السلامة طبقا للمادة 113 من ق. أ. ج .

يستفاد من عبارة " ..... أو حصول مانع له....."، الواردة في المادة 87 – السالفة الذكر– تفيد حلول الأم محل الأب في الأمور المستعجلة الخاصة بالأولاد، أي وقف ولاية الأب على أولاده القصر إلى غاية زوال سبب الوقف، هذا إذا لم يصدر الحكم بموته، فإذا صدر الحكم بموته فتطبق المادة 91 من قانون الأسرة الجزائري[2].

[1]– ديلمي باديس، المرجع السابق، ص75.

[2]– موسوس جميلة، المرجع السابق ص 79–80.

ثالثا: نهاية الولاية للحجر على الولي: إذا أعترض أهلية الولي عارض من عوارض الأهلية، كالجنون والعته، والسفه، فيصبح غير قادر على إدارة امواله وجميع شؤونه الخاصة، فأولى أن لا يستطيع القيام بأموال وشؤون القاصر الموضوع تحت ولايته.

فعوارض الأهلية التي تصيب أهلية الولي تؤدي إلى الحجر عليه بما يعرف بالحجر القضائي المنصوص عليه في المواد من 101 الى 108 من قانون الأسرة الجزائري، وبالتالي تحقق نص الفقرة 03 من المادة 91 ق. أ. ج.

لكن ما نلاحظه من نص المادة السالفة الذكر أن المشرع أغفل النص على نوع أخر من الحجر، ألا وهو الحجر القانوني والذي يقع على الشخص المحكوم عليه بعقوبة جنائية، والذي يمنع طبقا للمادة 06 من قانون العقوبات الجزائري، ويمنعه من التصرف في أمواله طيلة فترة العقوبة.

وفي كل هذه الأحوال يصبح الولي عاجزا عن القيام بالولاية، ولذا نرى أن حالة الحجر على الولي تدخل ضمن حالة عجزه الأولى[1].

رابعا:نهاية الولاية بإسقاطها عن الولي: تسلب الولاية من الولي في حالة ما إذا ثبت أن أموال المولى عليها أصبحت بتصرفه فيها خطر نتيجة لسوء تدبير الولي أو اهمال منه أو كان سيئ السيرة، أو إذا ثبت تخلف شرط من الشروط الواجب توافرها في الولي.

الفرع الثاني:نهاية الولاية للأسباب المتعلقة بالقاصر.

بالرجوع إلى المادة 96 من قانون الأسرة الجزائري[2]، إستخلصنا مجموعة من أسباب إنتهاء الولاية، والمتمثلة في بلوغ القاصر سن الرشد أو ترشيد القاصر،أو موت القاصر.

سنتناول كل سبب من هذه الأسباب بالشرح والتفصيل.

أولا: نهاية الولاية ببلوغ القاصر سن الرشد: إذا إكتملت أهلية المولى عليه، لم يعد هناك ما يوجب قيام نظام الولاية على القاصر في ماله، إذ لا ولاية على راشد، والدليل على ذلك قوله تعالى ﴿فإَن أنِسْتُم مِنْهُم رُشْدًا فادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوالَهُمْ﴾[1].

[1]– قوادري وسام، المرجع السابق، ص 23.

[2]– المادة 96 من قانون الأسرة الجزائري.

بالرجوع إلى أحكام التشريع الجزائري، نجد أن المشرع تطرق إلى هذا الموضوع من خلال المادة 40 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: " كل من بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية."، فبلوغ القاصر لسن الرشد المقدرة ب 19 سنة كاملة، تنتهي الغاية المرجوة من نظام الولاية في توفير الحماية لشخص ومال القاصر، لكون هذا الأخير أصبح يتمتع بالأهلية اللازمة لمباشرة كل التصرفات القانونية المتعلقة به.

ثانيا: نهاية الولاية بترشيد القاصر: إذا كان القاصر ذكرا أو أنثى ممنوعا من التصرف في ماله كبيع عقاراته، إلى غاية بلوغه لسن الرشد المقدرة ب 19 سنة كاملة دون الحجر عليه لعارض من عوارض الأهلية، إلا أنه يمكن أن يرشد قبل ذلك ليمارس بعض أو كل التصرفات الممنوعة عليه قبل ذلك وهذا حسب ما نصت عليه المادة 84 من ق. أ.ج التي تنص " للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناءا على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت له ما يبرر ذلك."

وبالتالي إذا ما تم ترشيد القاصر ففي هذه الحالة تنتهي الولاية على القاصر.

ثالثا: نهاية الولاية بموت القاصر: إذا مات القاصر زالت الولاية وهذا بإسقاط المادة 1/96 من قانون الأسرة الجزائري[2].

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على السلطة الأبوية على مال القاصر في القانون الدولي الخاص الجزائري.

إن كان نظام الولاية على مال القاصر لا يثير إشكالات عملية (قانونية) في القانون الداخلي، وذلك لوحدة القانون والقضاء داخل الدولة ، إلا أن الأمر يختلف في إطار القانون الدولي الخاص، وذلك حين يكون عنصرا أجنبيا في العلاقة القانونية المطروحة أمام القضاء الوطني فيما يتعلق بالسلطة الأبوية في الولاية على مال القاصر

ونظرا لإرتباط نظام الولاية إرتباطا وثيقا بالأهلية العامة، فقد إعتبرها المشرع الجزائري هي الأخرى من قبيل مسائل الأحوال الشخصية، وأسندها لقانون الشخص الذي تجب حمايته كأصل عام، غير أنه إستثنى

[1]– سورة النساء، الأية 06.

[2]– ديلمي باديس، المرجع السابق، ص 61– 62.

من الخضوع لهذا القانون، ما يتعلق بالتدابير الإستعجالية المؤقتة الهادفة لحماية عديمي الأهلية، فأخضعها للقانون الجزائري وحده وذلك لإعتبارات خاصة.

وعليه، سوف نخصص هذا المبحث لدراسة قانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته هوالقانون الواجب التطبيق (في المطلب الأول)، ثم تتناول الإستثناء المقرر إختصاصا لصالح القانون الجزائري بشان التدابير الإستعجالية (في المطلب الثاني).

المطلب الأول: تطبيق قانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته.

سوف نعالج في هذا المقام للحديث عن مجال تطبيق قانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته (الفرع الاول)، ثم نتطرق الى صعوبات تطبيق قانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مجال تطبيق قانون جنسية الشخص الذي تجب حمايتهتنص المادة 1/15 من القانون المدني الجزائري على مايلي:" يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته"[1].

الواضح من خلال هذا النص، أن المشرع الجزائري- وكغيره من التشريعات العربية الأخرى- قد أسند الإختصاص التشريعي للنظم الخاصة بحماية عديمي الأهلية ومن في حكمهم لقانون الشخص الذي تجب حمايته، وليس لقانون جنسية القائم بالحماية، وذلك لأن هذه النظم إنما تقررت لمصلحة الشخص الذي تجب حمايته، لا لمصلحة الشخص القائم بالحماية، كما تخضع المسائل الموضوعية لهذه النظم في فرنسا وفي البلاد اللاتينية لقانون جنسية ناقص الأهلية كذلك[2]، أما في البلاد الأنجلوأمريكية فهي تخضع لقانون موقع المال، أما القواعد المتعلقة بالإجراءات والإختصاص في هذه النظم فهي تخضع لقانون القاضي طبقا للقواعد العامة[3].

وغني عن البيان أن خضوع المسائل الموضوعية المتعلقة بحماية عديمي الأهلية أو ناقصيها لقانون جنسيتهم ينبغي ألا يترتب عليه مساس بنطاق تطبيق قانون موقع المال الذي يحكم مسائل الحيازة والحقوق العينية.

---

[1]- المادة 15 من القانون المدني الجزائري.

[2]- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006، ص 78، 79

[3]- علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص 79.

والواضح أيضا من خلال هذا النص، أن المقصود بالولاية هنا الولاية على المال، لا الولاية على النفس، بدليل إقترانها بالوصاية والقوامة، وكذلك لأن الغرض من هذه النظم التي نص المشرع الجزائري على إخضاعها لقانون جنسية عديمي الأهلية أو ناقصيها، هو لسد عجزهم عن مباشرة التصرفات القانونية[1] .

أما الولاية على النفس، فنظرا لتعلقها بالتنظيم العائلي، فهي تعد من أثار الزواج أو من أثار النسب، لذلك فقد أخضعها الفقه الراجح لقانون جنسية الأب.

وقد سلك غالبية الفقه المصري ذات الإتجاه حيث قصر الولاية، الولاية على المال دون الولاية على النفس، وذلك عند تفسيرهم لنص المادة 16 من القانون المدني المصري، والتي جاءت مطابقة لنص المادة 15 ق، م، ج ، وقد إستندوا في ذلك على أمرين: أولهما، أن المشرع قد عبر عن الولاية في الترجمة الفرنسية لنص المادة 16 من القانون المدني بعبارة "Administration légal"، اي الولاية على المال، ولم يعبر عنها بالإصطلاح العام الذي يشمل الولاية على المال والنفس معا، وهو إصطلاح "Puissance paternelle"، وثانيهما، هو ورود إصطلاح "الولاية" في نص واحد مع النظم الخاصة بحماية عديمي الأهلية أو ناقصيها في أموالهم[2].

هذا ويتبين من النص المتقدم، أن الرجوع الى قانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته، إنما يكون في الحدود القواعد الموضوعية المنظمة لتلك الحماية، فيرجع لقانون جنسية الشخص لمعرفة طبيعة نظام الولاية مثلا، وكذلك يختص قانون جنسية المحمي في بيان طرق تعيين الأولياء وشروطهم وصلاحيتهم، إضافة إلى تحديد وظائفهم والتصرفات التي يجوز لهم إبرامها من تلقاء أنفسهم أو بإذن المحكمة أو المجلس العائلي وطرق إنتهاء الولاية ومسؤولية الولي ، وقد أخذت بهذا الحكم إتفاقية لاهاي لسنة 1902 الخاصة بالوصاية وإتفاقية 1905 الخاصة بالحجر[3].

وعليه إذا كان الشخص الواجب حمايته جزائريا، فإن القانون الجزائري هو الذي يسري ويستتبع ذلك سريان أحكام قانون الأسرة الجزائري، وقد بينت المواد من 81 وإلى غاية 91 من هذا القانون الأحكام الموضوعية للولاية على المال، فنصت المادة 81 على أنه " من كان فاقد الأهليةأو ناقصها لصغر في

[1]–بلعيور عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص الجزائري في ضوء التعديلات التي جاء بها قانون 05–10 لسنة 2005، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2008– 2009،ص 96.

[2]– أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة التاسعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2006، ص 225.

[3]– الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين (في ضوء القانون 05–10 المؤرخ في 20 جوان 2005)، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلة– الجزائر، 2008، ص 157.

السن، أو لجنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون"، وأضافت المادة 87 المعدلة على أنه " يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل محله الأم قانونا "، أما المادة 88 ق، م، أ، فقد حددت سلطات الولي في إدارة أموال القصر فجاء فيها ما يلي: " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام، وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية: بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة، بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة، إستثمار أموال القاصر بالإقراض أو الإقتراض أو المساهمة في شركة، إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد".

الفرع الثاني:صعوبات تطبيق قانون الجنسية

أولا/ – تحديد قانون الجنسية لدولة تتعدد فيها الشرائع: إذا كان الشخص الواجب حمايتهأجنبي ينتمي إلى دولة بسيطة، فإنه ليست ثمة صعوبة في تطبيق القانون الاجنبي أمام القاضي الوطني، لكن الوضع يثور في حالة ما إذا كان هذا القاصر الأجنبي ينتمي إلى دولة مركبة تتعدد فيها الشرائعإقليميا كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية وفي سويسرا، حيث يوجد في كل ولاية أو مقاطعة قانون ينظم الأحوال الشخصية، أو في دولة تتعدد فيها تعددا طائفيا كما هو الحال في مصر والأردن ولبنان حيث يسري على كل طائفة قانون خاص بأحوالها الشخصية مستمدة من ديانتها، فماذا يكون الحكم حينئذ ؟[1] يتولى التشريع الداخلي للدولة التي أسند الحكم إلى قانون جنسيتها حل هذه المشكلة، فيحيل على أي القوانين يجب تطبيقه، وتسمى هذه الإحالة " الإحالة الضرورية أو الداخلية"

ويسميها "بييه" بالتفويض Délégation وقد أخذ بها معهد القانون الدولي في دورته المنعقدة في سنة 1880، كما أخذت بها بعض التشريعات الوضعية مثل القانون البولوني الصادر في سنة 1926، والقانون السويدي سنة 1937، ثم القانون المدني الجزائري فنص في المادة 23 منه على أنه " متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منه يجب تطبيقه "، فطبقا لهذا النص إذا وجب تطبيق قانون أجنبي لشخص تجب حمايته، وكان هذا البلد الذي يجب تطبيق قانونه من بين البلاد التي تتعدد فيها الشرائع الداخلية سواءا إقليميا أو طائفيا، فان قواعد التنازع الداخلي بين الشرائع هي التي تتولى

[1]– مهند أحمد الصانوري، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، الطبعة الاولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص 96.

تحديد الشريعة الواجبة التطبيق من بين هذه الشرائع المتعددة، ففي هذه الحالة نكون أمام الإحالة الداخلية التي لا يمكن للقانون الأجنبي الواجب التطبيق التخلي عن حكم العلاقة القانونية التي تخضع له، عكس الإحالة التي درسناها التي تقتضي تخلي القانون الواحب التطبيق عن حكم العلاقة التي تخضع له وإحالة الحكم إلى قانون دولة اخرى[1].

ففي الإحالة الداخلية فالقانون الواجب التطبيق من حكم العلاقة يعين الشريعة التي يجب تطبيقها من بين الشرائع المتعددة في دولته ويجري هذا التعيين طبقا لقواعد التنازع الداخلي بين الشرائع.

أما إذا لم يتعرض القانون الداخلي لهذا التنازع ولم يبين أية شريعة يجب تطبيقها، ففي هذه الحالة يطبق التشريع الغالب في حالة التعدد الطائفي، أو يطبق التشريع المطبق في العاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي حسب نص المادة 2/23 من القانون الدني الجزائري[2].

ثانيا/ – في بعض الأحيان يكون قد يكون الشخص الواجب حمايته متعدد الجنسيات أو منعدم الجنسية أصلا، فما هو القانون الواجب التطبيق في حالة التنازع الإيجابي والتنازع السلبي بين الجنسيات؟ والرأي الراجح المعمول به لحل التنازع الإيجابي هو أن يعتمد القاضي بقانون جنسيته إذا كانت من ضمن الجنسيات المتنازعة أو يأخذ بقانون الجنسية الفعالة التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها إذا كانت الجنسيات المتنازعة جنسيات أجنبية وهذ ما نصت عليه (الفقرة 1، 2 من المادة 22 ق، أ، ج).

وبالنسبة لحالة التنازع السلبي يذهب الرأي الراجح الى إسناد الولاية على مال القاصر لمنعدم الجنسية لقانون الموطن، وقد أخذ بهذا الرأي كثير من التشريعات الوطنية، ومن ذلك ما تقضي به المادة 29 من القانون المدني الإيطالي لسنة 1942، والمادة 32 من القانون المدني البرتغالي، أما في القوانين العربية فقد أوكلت للقضاء مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة إنعدام الجنسية، وكان المشرع الجزائري قد أخذ بالرأي نفسه وترك للقضاء سلطة تقديرية في تحديد القانون الواجب التطبيق، متجاهلا أحكام اتفاقية نيويورك المبرمة في 28 اوت 1954 (المادة 12)، والتي إنضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 64- 173 المؤرخ في 8 جوان 1964، وهي تقضي بإسناد الأحوال الشخصية لعديم الجنسية لقانون الموطن، وقد تأكد هذا الحل للقانون الواجب التطبيق على الحالة المدنية للاجئين التي نصت عليها إتفاقية

[1]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 62.

[2]– تنص المادة 2/23 من القانون المدني: " إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائف، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي. "

جنيف المؤرخة في 28 جويلية 1951 (المادة 12) والتي إنضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم المؤرخ في 7 فيفري 1963 حيث أخذت أيضا بقانون الموطن[1].

وعند تعديل القانون المدني الجزائري في 20 جوان 2005، تم إعادة صياغة الفقرة 3 من المادة 22 على الشكل التالي: " وفي حالة إنعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة "، وبذلك يكون المشرع قد نسق حكم هذه الحالة مع الاتفاقيتين المذكورتين اعلاه[2].

المطلب الثاني:الإستثناء المقرر إختصاصا لصالح القانون الجزائري بشأن التدابير الإستعجالية.

لقد أضاف المشرع الجزائري– وبموجب تعديل 20 جوان 2005– فقرة ثانية للمادة 15 من القانون المدني الجزائري جاء فيها: " .... غير أنه يطبق القانون الجزائري، بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر وعديمي الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت إتخاذ هذه التدابير، أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر".

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

وقد أخذ القانون التونسي بهذا الإستثناء صراحة بموجب المادة 2/41 من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص[3].

وترجع الجذور التاريخية لهذا الاستثناء إلى إتفاقية لاهاي المتعلقة بحماية القصر، والمؤرخة في 15 أكتوبر 1961، والتي دخلت حيز التنفيذ في 4 فيفري 1969 [4].

وقد أعطت هذه الإتفاقية في مادتيها الأولى والثانية، الصلاحية المبدئية إلى سلطات الدولة التي يسكن فيها القاصر، وبشكل معتاد، لإتخاذ تدابير الحماية حسب قانونها الداخلي، أي بالنسبة إلى شخص

---

[1]– ينظر:

– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص163– 165.

– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 63.

[2]– الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 143–144.

[3]– الفصل 41 فقرة 2 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية الصادر بسنة 1998.

[4]– إتفاقية لاهاي المؤرخة بتاريخ 15 اكتوبر 1961المتعلقة بحماية القصر.

القاصر أو أمواله، ولكن يبقى القانون الشخصي للقاصر حسب المادة الثالثة من هذه الإتفاقية معمولا به في دولة السكن، وذلك وفقا للقاعدة العامة في الحماية، وخلافا للقاعدة التي وضعتها هذه الإتفاقية، إذا كان ذلك القانون ينشا 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 المختصة، إلا في الحالات التي يكون فيها القاصر مهددا جديا في شخصه وأمواله، وهو ما يفرض تدخل السلطات المحلية وفق ما جاء في أحكام المادة الثامنة من الإتفاقية[1].

كما وفرت هذه الإتفاقية سلطة فعالة لدولة الإقامة المعتادة عندما قضت في المادة 9 بإختصاص قانون الدولة التي يكون القاصر متواجدا بها، أو المال العائد له موجودا بها بإتخاذ كافة التدابير الإستعجالية.

كما أتاحت أيضا، في المادة 16 لسلطات دولة القاصر الإتفاق مع سلطات دولة الإقامة على أن تقوم دولة الإقامة بالبدء في تنفيذ الإجراءات المتخذة.

بالإضافة إلى ما سبق، فإن المادة 13 من الإتفاقية، قد حددت مجال تطبيق هذه الإتفاقية، فقضت بتطبيق أحكام هذه الإتفاقية على كافة القصر المقيمين بالدول المتعاقدة، حتى ولو كان هؤلاء القصر ينتمون إلى دول غير متعاقدة.

وهكذا يجدر التنويه في الأخير، إلى أن هذه الإتفاقية وما تضمنته في 25 مادة، جاءت بقواعد قانونية تهدف كلها إلى تقرير حماية فعالة للقاصر، ولعل أهم مظاهر تلك الحماية ما تضمنته المادة 9 السالفة الذكر، والتي إستسقى منها المشرع الجزائري الإستثناء الذي نص عليه في المادة 2/15 من القانون المدني الجزائري، حيث خرج عن تطبيق القانون الشخصي للقاصر، وقضى بإختصاص القانون الجزائري بإعتباره قانون محل إقامة القاصر أو مكان موقع أمواله، وذلك بإتخاذ كافة التدابير المستعجلة، وهي تلك التدابير التي لا ينتظر لإتخاذها الفصل في النزاع، ومن ثم فإن تطبيق القانون الشخصي عليها من شأنها الإضرار بمصالح القاصر[2]. ولعل هذا ما يبرز من بوضوح أهمية هذا الإستثناء، إلى جانب الإستثناء

[1]– سامي بديع منصور، الوسيط في شرح القانون الدولي الخاصة، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، الطبعة الاولى، دار العلوم العربية، بيروت، 1994، ص 364–365.

[2]– زيدون بختة، التطبيق الإستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، تخصص القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد– تلمسان– 2010–2011،ص 27.

المتعلق بالأهلية، حيث وسع بموجبها المشرع الجزائري مجال تطبيق قانونه، إقرارا للمصلحة الوطنية، كما أنه لم يقتصر في توسيع مجال تطبيق قانونه على هذه المسائل فقط، بل اقر ذلك أيضا بخصوص مسائل أخرى نخص منها بالذكر الرابطة الزوجية، حيثأفرد المشرع الجزائري بشأنها هي الأخرى إختصاصا إستثنائيا لصالح قانونه، وذلك كلما كان أحد الزوجين جزائريا وقت الزواج، وهذا ما سيتم الحديث عنه في الفصل الثاني المتعلق بالولاية على النفس [1].

[1]– زيدون بختة، المرجع السابق،ص 27– 28.

الفصل الثاني
السلطة الأبوية على نفس القاصر
في القانون الدولي الخاص الجزائري

الفصل الثاني

السلطة الأبوية على نفس القاصر في القانون الدولي الخاص الجزائري

بعدما تعرفنا سابقا أحكام السلطة الأبوية على مال القاصر ، وتوصلنا إلى معرفة القانون الواجب التطبيق عليها في القانون الدولي الخاص الجزائري، فماهو الحكم بالنسبة للسلطة الأبوية على النفس في القانون الدولي الخاص الجزائري؟

تختلف سلطة الأباء على نفس القاصر عما عليه في مال القاصر، ولعلً أهم الإختلافات ، تلك التي تتعلق بالأحكام المنظمة للولاية على نفس القاصر، أي أن السلطة الأبوية في الولاية على النفس تشمل حفظ الطفل القاصر منذ ولادته من خلال الرضاعة والحضانة، التعليم والتأديب، والنفقة عليه، وصولا إلى تزويجه. هذا على عكس ما رأيناه في سلطة الأباء على المال ، لأن هذه الأخيرة تشمل عل سلطة التصرف في مال القاصر وحفظه(المبحث الأول).

ونظرا لما سبق قوله، فإذا ما طرح أمام القاضي الجزائري نزاع حول مسألة من مسائل الولاية على النفس في علاقة وطنية فليس ثمة إشكال في تطبيق القانون الوطني ، ولكن يظهر الإشكال عندما يكون النزاع المطروح أمام القاضي في علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي، فهنا يثور الإشكال حول القانون الواجب التطبيق بحكم العلاقة القانونية(المبحث الثاني).

المبحث الأول: أحكام السلطة الأبوية على نفس القاصر في القانون.

لا شك في أن طبيعة ظروف القاصر تستوجب وتحتم رعايته رعاية كاملة بحسب نموه وتسلسل فترات حياته، لما به من عجز عن النظر إلى حياته والقيام بحوائجه، لذلك هو بحاجة إلى من يتولى القيام بذلك عنه، وهذا ما يدرج بما يعرف بالولاية على النفس، والتي تعني سلطة الإشراف على الشؤون المتعلقة بشخص القاصر ومن في حكمه، وهي تمثل في ذاتها سلطات الولي المتعلقة بشخص المولى عليه، وتشمل كل ما يحتاجه القاصر من رضاعة وحضانة ، والنفقة عليه وصولا إلى تزويجه وغير ذلك ما يدخل في السلطة الأبوية على النفس القاصر[1]، التي سنتناولها في هذا المبحث بالشرح حسب متطلبات السلطة الأبوية على النفس، فنتناول الولاية على القاصر في الحضانة (المطلب الأول)، ثم بعد ذلك نتطرق إلى الولاية في النفقة على القاصر(المطلب الثاني)، وفي الأخير نتناول الولاية في تزويج القاصر (المطلب الثالث) .

المطلب الأول: الولاية على نفس القاصر من حيث الحضانة.

عرف المشرع الجزائري الحضانة إنطلاقا من أهدافها وذلك في المادة 62 ق، أ، ج بقوله أن " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه وحفظه صحة وخلقا "، ويعتبر هذا التعريف الأفضل مقارنة بتعريفات القوانين العربية لأنه جمع في عموميته كل ما يتعلق بحاجيات القاصر الدينية والصحية والتربوية والمادية.

بناءا على هذا ومراعاة لحاجيات المحضون، يجب على المحكمة أن تراعي كل الأهداف الواردة في المادة 62 ق، أ، ج، لما لها من تأثير على نشأة القاصر وتوازنه النفسي والصحي، ذلك عندما تقرر الحكم بالطلاق لسبب من الأسباب، وتفصل في الحضانة [2].

الفرع الأول: شروط الحضانة

– نظرا لأهمية الحضانة، فإنه لا يمكن إسنادها لأي كان بل لا بد من توافر جملة من الشروط لم يبينها المشرع بوضوح، حيث إكتفى بنصه في المادة 2/62 ق،أ،ج، على أنه: " يشترط في الحاضن أن يكون

[1]– ديلمي باديس، المرجع السابق، ص 21.

[2]– عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 293.

أهلا للقيام بذلك"، تاركا الأمر لتقدير القاضي، والأهلية المقصودة في نص المادة هي القدرة على القيام بمصالح المحضون والعناية الخاصة بتربيته وإعداده إعدادا سليما ليكون عضوا نافعا في المجتمع.

كما نجد المادة 67 ق، أ،ج ، نصت على أن تسقط الحضانة إذا إختلت أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من نفس القانون، لكن لتحديد هذه الشروط ينبغي اللجوء إلى أحكام الشريعة الاسلامية حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، وضمن هذه الشروط نجد بعضها عام يتعلق بالحاضن سواء كان من الرجال أو النساء، وبعضها خاص بمن يقوم بالحضانة من النساء، والأخرى خاصة بالحاضنين من الرجال.

1/- الشروط العامة في الحضانة :

- يمكن تلخيص الشروط العامة في البلوغ، لأنه لا يمكن إسناد الحضانة لشخص غير راشد[1]، بإستثناء القاصر المرشد للزواج، بالإضافة إلى العقل لأنه لا يمكن إسناد الحضانة إلى شخص مجنون هو بنفسه يحتاج إلى من يتولى أموره، كذلك القدرة وهي الإستطاعة المادية والجسمانية على تربية المحضون ورعايته والإعتناء بشؤونه والسهر على سلامته الخلقية والجسدية، كما فصل المشرع الجزائري في مسألة عمل المرأة في المادة 2/67 ق،أ،ج، فهو لا يحول دون رعاية الصغير إذا إستطاعت التوفيق بينهما[2]، إضافة إلى الأمانة فيجب أن يكون الحاضن أمينا في خلقه وسلوكه مع المحضون، لأنه لا ولاية للفاسق.

2/- الشروط الخاصة بالحضانة من النساء :

- أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير.
- أن لا تقيم بالطفل في بيت من يبغضه ويكرهه.
- أن لا تكون الحاضنة قد امتنعت عن حضانة الطفل مجانا عند إعسار الأب.
- أن تكون المرأة الحاضنة من محارم الطفل نسبا.
- أن لا تكون المرأة الحاضنة مرتدا.

[1]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 296.

[2]- قرار المحكمة العليا بتاريخ 2000/07/18، ملف رقم 245156، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2000، ص 188- 190.

3/- الشروط الخاصة بالحضانة من الرجال :

- أن يكون الحاضن من العصبات على ترتيب الارث اذا كان المحضون ذكرا.
- أن يكون ذا رحم محرم للمحضون اذا كان المحضون أنثى.
- أن يكون عند الحاضن من يقوم بأعمال الحضانة من النساء.
- إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون.

الفرع الثاني: أصحاب الحق في الحضانة

نلاحظ من خلال المادة 64 ق،أ،ج، أن المشرع الجزائري قد أعطى الأولوية للأم في حضانة ولدها، لأنها الاقرب إلى ولدها ولا يشاركها في هذا القرب إلا الأب الذي يأتي بعدها في الترتيب، كما نلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري قد سوى في ترتيب المستحقين للحضانة بين أقارب الطفل من جهة الأم والأب معا على النحو التالي من خلال نص المادة 64 من نفس القانون: " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة "[1].

ومصلحة المحضون تعتبر مسألة موضوعية أوكلها القانون للاجتهاد القضائي، أي تعود الى السلطة التقديرية للقاضي، ففي القانون المقارن مثل القانون الكندي أو القانون الانجليزي، نجد أنها وضعت قائمة في المعايير الموضوعية التي يجب أن يعتمدها القاضي لوضع مصلحة الطفل الفضلى فوق كل اعتبار، منها ما هو متعلق بالقاصر مثل سنه، والإستماع إلى رأيه، ومنها ما يتعلق بالأبوين مثل قدرتهما البدنية والنفسية وعلاقتهما بالقاصر، بالإضافة إلى العوامل المتعلقة بالمحيط الإجتماعي للقاصر.

وكذلك تبرز أهمية الهدف من الزيارة هو تمكين الوالدين من رؤية ولدهما، وحماية للمحضون حتى ينشأ متوازنا ككل الأطفال في كنف عائلة، فيتنعم بدفئ وحنان الأم، وحب وعطف الأب[2].

[1]- المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري.

[2]- عائدة اليرماني غربال، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية، رسالة لنيل الماجستير المتخصص في حقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية – الجامعة اللبنانية- السنة 2005- 2006،ص 31.

الفرع الثالث: سقوط الحضانة وإنتهائها.

حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصورة مؤبدة وإنما هو أداء أوجبه القانون، ومن هنا فإن أسباب سقوط الحضانة هي[1]:

- تسقط بقوة القانون طبقا لنص المادة 65 من ق، أ، ج، ببلوغ الذكر 10 سنوات والأنثى 19 سنة
- تسقط بزواج الحاضنة بقريب غير محرم وبالتنازل عنها، مالم يضر ذلك بمصلحة المحضون طبقا لنص المادة 66 ق، أ، ج.
- تسقط بالإخلال بواجبات الحضانة المنصوص عليها في المادة 62 من ق، أ،ج، سواء تعلقت بأهلية الحاضن أو إتصلت بالإلتزامات المتعلقة بالحضانة (الرعاية، التربية،....)، ولكن المحكمة في هذه الحالة تأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون.
- تسقط الحضانة طبقا لنص المادة 68 ق،أ،ج، إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر.

وفي نهاية هذا الفرع يمكن إعتبار بأن الولاية في الحضانة على القاصر منذ ولادته حيا هي مسؤولية مشتركة للزوجين، حتى إنتهاء مدة الحضانة، إذ يتعاونان على القيام بما يحتاجه القاصر من الحفظ والرعاية، أما إذا إنفصل الزوجان أو مات أحدهما، أو كان أحدهما غير صالح لما خول له، فإن الحضانة تنفصل عن الولاية على النفس، فتكون للأم الحضانة، أو لغيرها من النساء حسب الترتيب الشرعي، وتكون الولاية على النفس للأب أو لغيره من ذوي قرابته[2].

المطلب الثاني: الولاية على نفس القاصر من حيث النفقة.

إن القاصر يحتاج إلى من ينفق عليه كونه عاجزا ولا يستطيع العمل وجمع المال الذي يحتاجه، كما أنه يحتاج إلى مسكن يأويه ويحفظ عليه جسمه ويوفر له الراحة اللازمة.

وتعتبر النفقة على القاصر سواء في المرحلة الزوجية أو في مرحلة الطلاق من أهم الحقوق التي يحتاجها القاصر، وهي أول من يوضع في ميزان العبد، يقول الرسول – صلى الله عليه وسلم – ((أول ما يوضع في ميزان العبد نفقته على أهله)).

[1]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 388.

[2]– صلاح جمعة حسن الجبوري، الولاية على النفس في الشريعة الاسلامية والقانون، الطبعة الاولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1976، ص 106.

فالولاية على القاصر في النفقة واجبة على الأب لا للزوجة فقط ولكن للأولاد أيضا، فعليه أن يعد لهم بيتا مناسبا وأن يوفر لهم طعامهم وكسائهم وسائر حاجياتهم بالمعروف، وبالتالي سوف نعالج في هذا المطلب : شروط وجوب النفقة على القاصر(الفرع الأول)، ثم نحاول أن نبين على من تجب النفقة (الفرع الثاني)، ثم نتطرق إلى مشتملات النفقة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: شروط وجوب النفقة

تجب نفقة الأولاد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكر إلى غاية بلوغه سن الرشد وهو 19 سنة ميلادية كاملة، وحتى بلوغه تلك السن يبقى الأب ملتزما بالنفقة أن كان الولد عاجزا عن الكسب بسبب المرض العقلي أو البدني، أو يكون مزاولا للدراسة طبقا لنص المادة 75 من ق، أ،ج ، وبالنسبة للإناث تمتد النفقة إلى غاية زواج البنت ودخول زوجها بها[1].

وفي حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إن كانت قادرة على ذلك، وبالنسبة لسقوط النفقة فإنها تسقط بالكسب سواء للذكور أو الاناث، وفي هذا الصدد صدر قرار عن المحكمة العليا وجاء فيه "... فإن الوجه المؤسس فيما يخص نفقة البنتين (و.و س) ما عدا البنت (ي) التي يستطيع الطاعن أن يثبت أنها عاملة"[2].

الفرع الثاني: على من تجب النفقة

إتفق الفقهاء على أنه إذا كان الأب موجودا وموسرا أو قادرا على الكسب، فعليه وحده نفقة أولاده لا يشاركه فيها أحد، قال تعالى : ((وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف))[3]، الأمر الذي يفيد حصر النفقة فيه، أما إذا لم يكن الأب موجودا أوكان فقيرا عاجزا عن الكسب لمرض أو كبر السن أو نحو ذلك كانت نفقتهم في رأي الحنفية على الموجود من الأصول ذكرا أو أنثى إذا كان موسرا، فتجب على الجد وحده إذا كان موسرا أو على الأم وحدها إذا كانت موسرة، ونفس الأمر ذهب اليه المشرع الجزائري في تقنين الأسرة حسب نص المادة 76 منه، التي جاء فيها:" في حالة عجز الأب تجب نفقة

[1]– والي عبد اللطيف، الحماية الدستورية لحقوق الطفل في الجزائر و أليات تطبيقها، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير في القانون العام ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2008، ص 35.

[2]– قرار رقم 138958، الصادر بتاريخ 1996/07/09، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول 1998، ص 125.

[3]– سورة البقرة، الأية 233.

الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك "، ونصت المادة 77 من نفس القانون على أنه: " تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والإحتياج ودرجة القرابة في الإرث".

الفرع الثالث: مشتملات النفقة

إن مشتملات النفقة التي يحتاجها القاصر محددة في المادة 78من ق،أ،ج، وهي تشمل الغذاء، الكسوة، العلاج، السكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

وبالنسبة إلى عبارة ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، كان بالمشرع الجزائري أولى أن يحدد ماهي هذه الضروريات، حتى لا يبقى الغموض يزال اللبس في حالة ما إذا تم اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالنفقة.

والفقهاء يدخلون أنواعا أخرى في نفقة الصغير هي بدل الفراش الغطاء، وأجرة الرضاع، أجرة الحضانة، أجرة الخادم، فبالنسبة للكسوة اتفق الفقهاء على فرض كسوة للصغير كل أربعة أشهر، أي ثلاث مرات في السنة، إلا أن القضاء جرى على فرض مبلغ شهري للكسوة[1].

المطلب الثالث: الولاية في تزويج القاصر .

لكي نقوم بدراسة الولاية في تزويج القصر، كان يجب علينا أن نحدد مفهوم الولاية في الزواج (الفرع الأول)، قبل التطرق إلى تحديد سلطات الولي في تزويج القاصر (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الولاية في الزواج

أولا: تعريف الولاية في الزواج:

الولاية في الزواج هي السلطة أو الصلاحية القانونية المخولة للولي بشأن قبول أو رفض زواج المولى عليها، وتولي ابرام العقد عليها.

ثانيا: تقسيماتها: يقسم الفقهاء الولاية في الزواج إلى قسمين أساسين: ولاية إجبار، وولاية إختيار. فولاية الإجبار يقصد بها ولاية الأب أو الجد على الفتاة البكر، والصغير والمجنون، وفيها يستبد الولي بإنشاء العقد على المولى عليه ولا يشاركه أحد، لعدم توفر في المولى عليه شرط العقل والبلوغ في أهلية الزواج.

[1]– تنص المادة78من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم على أنه :" تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو اجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ".

أما ولاية الإختيار(تسمى أيضا ولاية المشاركة)، وهي تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة. فالخيار لها، غير أنه يستحسن أن تستشير وليها وأن يقوم هو بإجراء عقد زواجها حتى لا توصف المرأة بالخروج عن التقاليد والأعراف[1].

ثالثا: دليل شرعية الولاية في الزواج: إتفق الفقهاء على أن ولاية الإجبار على المجنون والمعتوه علتهما ضعف العقل، وأن الصبي غير المميز علتها الصغر. وأما بالنسبة للفتاة البكر أو الصغير غير البالغة علتها جهلها لأمور الزواج، وأحوال الرجال وقلة تجاربها، وسرعة تأثرها وإنخداعها.

وقد استدل الفقهاء على الولاية بقوله تعالى: ((فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل))[2].

الفرع الثاني: سلطات الولي في تزويج القاصر.

إن سبب الولاية في تزويج القصر عند المالكية، الصغر والبكارة معا، ويترتب على هذا: أن البكر الصغير، وكذا الولد الصغير والمجنون والمجنونة عليهم ولاية لتحقق الصغر والبكارة .

ثم إن وظيفة الولي تتمثل أساسا في منح الإذن للقاصر الذي لا يتمتع بأهلية الزواج المنصوص عليها في المادة 7 ق،أ، حيث لا يفهم القاصر شؤون الزواج ولا المصلحة فيه، ومن ذلك سنتطرق إلى سلطة الولي في منح الإذن بالزواج للصغير، وكذلك بالنسبة للمجنون والمعتوه.

أولا: سلطة الولي في منح الإذن للصغير بالزواج.

من المعلوم أن زواج الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني وهو 19 سنة كاملة(المادة 1/7 ق،أ، والمادة 40 ق، م)، يتوقف على موافقة الولي بإعتباره قاصرا (المادة 2/11، 81 و 83 ق،أ،ج)، فإذا إمتنع الولي عن الموافقة، وتمسك كل طرف بموقفه، يرجع الأمر إلى القاضي الذي يقرر إما تزويج الصغير أو عدمه، وفقا لما تأكد لديه عمليا من الناحية التطبيقية(وهذا حسب نص المادة 2/11 والمادة 90 ق،أ). وهنا يستوجب على القاضي التأكد من وجود الضرورة (أي الأسباب الخطيرة)، والمصلحة الثابتة للزوجين والقدرة على تحمل تبعات الزواج المادية والمعنوية، إلى غير ذلك من المبررات التي يرى معها القاضي التخلي عن السن الذي فرضه القانون في المادة 1/7ق، أ.

[1]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص119–120

[2]– سورة البقرة، الأية 282

ونلاحظ أن السن المحدد للرجل وفقا لنص المادة 1/7 وهو 19 سنة، وهو سن معقول، أما بالنسبة للسن المحددة للمرأة فإنه لا ينبغي تخفيضه في حالات الإذن بالزواج إلى أقل من 16 سنة، حماية لصحة الزوجة وسلامتها، ومصلحة الزوجين معا[1].

ومن خلال قراءة المادة 13 من ق، أ،ج، التي تنص على أنه: " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها."، يتضح من هذا الكلام ، عدم جواز إجبار القاصرة على الزواج وأن أمر زواج القصر تحكمه المادة 7 في فقرتها الثانية، التي تنص على أن: " للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكد قدرة الطرفين على الزواج "[2]

– ضف إلى ذلك الملاحظ في هذه المادة أنها تتضمن شقين:

الشق الأول في المادة واضح ويفي بالغرض المقصود " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصر التي في ولايته على الزواج"، وبالتالي فإن العبارة الزائدة لا تضيف أي معنى جديد للنص.

الشق الثاني من نص المادة في غير محلها " ... ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها "، بإعتبار أن القاصرة غير مكلفة شرعا وقانونا، بالتالي فلا إذن لها، فكيف يطلب منها موافقة على أمر عظيم وخطير كأمر الزواج؟!! .

ثانيا: سلطة الولي في منح الإذن بالزواج للمجنون والمعتوه.

لم يتعرض تقنين الأسرة لزواج المصاب بإعاقة ذهنية، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية (المادة 222 ق،أ). وقد إتفق الفقهاء على جواز تزويجه بشروط شرعية :

- وجود تقرير من أطباء الأمراض العقلية، يؤكد أن زواج المجنون أو المعتوه يساعد في علاجه(أي شفائه عقليا ونفسيا).
- قبول الطرف الأخر بعد العلم بالإعاقة الذهنية، بكيفية صريحة وواضحة (بأن يكون راشدا، أي بالغا من العمر 19 سنة، وهو سن الرشد القانوني).

[1]– بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012 ص 163، 164.

[2]– سعيد قاضي، رضا المكلفة في انشاء عقد الزواج بين الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاسلامية، كلية العلوم الاسلامية، قسم ، جامعة الجزائر (1) ، 2011/2010، ص 154.

- أن يتم الزواج بإذن من القاضي بناء على طلب الولي(المادة 81 و 84 و 87 من ت،أ،ج)، لأن الزواج مسؤولية والتزامات خطيرة من نفقة وسكن وتكوين أسرة وغيرها.

ونلاحظ في هذا الخصوص، أن محكمة النقض الفرنسية أشارت في أحد قراراتها المشهورة إلى أنه يمكن للقاضي أن يأذن بزواج المجنون أو المعتوه، إذا ثبت بتقرير الأطباء المختصين أن زواجهما يفيد في علاجهما[1].

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على السلطة الأبوية على نفس القاصر في القانون الدولي الخاص الجزائري.

إن مشكلة تحديد القانون الواجب على السلطة الأبوية على نفس القاصر لا تطرح صعوبات عملية في التطبيق عندما يكون النزاع المطروح أمام القاضي داخليا، أي عندما نكون بصدد علاقة قانونية وطنية في جميع عناصرها، مثلا إذا تزوج جزائري بجزائرية في الجزائر، يطبق على الزواج القانون الجزائري موضوعا وشكلا، لأنها علاقة جزائرية محضة، لكن تكمن صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق عندما يكون القاضي أمام علاقة قانونية تشمل على عنصر أجنبي، كأن تكون العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي المطروحة أمام القاضي الوطني موضوع النزاع تتعلق بمسألة الحضانة أو النفقة على القصر، وقد تكون هذه المسألة تتعلق بسلطة الولي في تزويج القاصر ...الخ، وبالرجوع إلى نص المادة 9 من التقنين المدني الجزائري، والتي تنص على أنه: " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه."[2] يتضح من خلال هذه المادة أنه إذا ما طرح أمام القاضي الجزائري نزاع حول السلطة الأبوية في حماية القاصر في نفسه في علاقة ذات عنصر أجنبي، ففي هذه الحالة يقوم القاضي بتحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين وإعطائها الوصف القانوني الملائم لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد معينة تمهيدا لإسنادها إلى قانون معين[3].

من خلال ما سبق قوله، سنتناول في هذا المبحث بتحديد القانون الواجب التطبيق على السلطة الأبوية على نفس القاصر في القانون الدولي الجزائري، وتحديدا فيما يتعلق بمسألة الحضانة(المطلب

[1]– بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 167.

[2]– المادة 9 من القانون المدني الجزائري

[3]– زروتي الطيب، المرجع السابق، ص101.

الأول)، ثم نتطرق الى مسألة النفقة على القاصر(المطلب الثاني)، وأخير نتطرق إلى مسألة تزويج القاصر.

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على السلطة الأبوية فيما يتعلق بحضانة القاصر.

سوف نتطرق في هذا المطلب للقانون الذي يحكم إنحلال الزواج (الفرع الأول)، ثم نتطرق الى الإستثناء المتعلق بإنحلال الزواج (الفرع الثاني).

الفرع الأول:القانون الذي يحكم إنحلال الزواج.

إن من أهم الأثار التي يخلفها الإنفصال بين الزوجين هي مسألة الحضانة، وينظر فيها القاضي بمناسبة الدعوى المرفوعة أمامه، إذ تمثل الحضانة مرحلة من مراحل الولاية على النفس.

وتثير الحضانة إشكالات عملية بعد إفتراق الزوجين، ولذلك تتولد عنها عدة صعوبات ونزاعات تتجلى في من له الحق فيها وأيضا حق الزيارة وضمان تنقله من بلد لأخر والإنفاق عليه[1].

ولقد تباينت التكييفات بشأنها، فمنهم من يرى بأن الحضانة كأثر من أثار الزواج، بحيث تتعلق بالبنوة، وهذا ما أكد عليه القضاء المصري بصدور عدة أحكام قضائية تعتبر الحضانة أثر من أثار الزواج، ومنها الحكم الصادر عن محكمة الاسكندرية الإبتدائية للأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 1952/02/26.

في حين يرى رأي خلاف ذلك، ويعتبر الحضانة كأثر من أثار الطلاق أو التطليق، على إعتبار التنازع حوله لا يثور إلا بمناسبة إنحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق.

ونجد اتفاقية لاهاي المبرمة بتاريخ 05 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر[2]، تنادي بإخضاع مسألة الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتادة للطفل، على أساس أن ذلك المكان هو الذي تتركز في حيلة الطفل وعلاقاته بالغير، لأن فلسفة اتفاقية لاهاي تعتني بشخص الطفل أكثر من الشخص الحاضن. ونجد القانون الإنجليزي أيضا تأثر بنفس الإتجاه، الذي أخذت به إتفاقية لاهاي وأخضع الحضانة لقانون موطن الطفل.

[1]– زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 185.

[2]– إتفاقية لاهاي المؤرخة في 5 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر

وفيما يخص القانون المصري، كان إتجاه من الفقه يكيف الحضانة على أنها ولاية على المال، وكان ينادي بإخضاعها لقانون الشخص الذي يجب حمايته، إعمالا لنص المادة 16 من القانون المدني المصري والتي تنص: " يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم القانونية لحماية المحجور عليهم والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته" [1].

غير أن غالبية الفقه المصري، يجمع على أن الحضانة كأثر من أثار انحلال الزواج، ويسري علها القانون الذي يحكم إنحلال الرابطة الزوجية، أي قانون جنسية الزوج.

أما بخصوص القانون الفرنسي فقد جاء خاليا من أحكام الحضانة، إذ كيف القضاء الفرنسي الحضانة على أنها أثر من أثار انحلال الزواج، ويسري عليها القانون الذي يحكم إنحلال الزواج. ولكن الرأي الراجح في القضاء الفرنسي، ينادي بإخضاع الحضانة للقانون الشخصي للطفل بإعتباره القانون الذي يحقق مصلحة المحضون.

أما بالنسبة للقوانين العربية، فإن المشرع الكويتي خص مسألة الحضانة بقاعدة إسناد إذ نص عليها وهي قانون جنسية الأب، أما عن المشرع التونسي فقد أخضعت المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص الحضانة للقانون الذي يحكم إنحلال الزواج هذا عن الأصل، أما استثناءا فيطبق القاضي القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره (موطنه)، وللقاضي السلطة التقديرية في تطبيق القانون الأفضل للطفل[2].

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فلم يخص الحضانة بقاعدة اسناد صريحة توضح القانون الواجب التطبيق عليها، وبما أن التكييف يخضع لقانون القاضي طبقا لنص المادة 09 من ق،أ،ج، فإن الحضانة تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية، لأن المشرع الجزائري قد تناولها في الفصل الثاني من تقنين الأسرة الجزائري المتعلق بأثار الطلاق[3]. وبإعتبار الحضانة من أثار إنحلال الزواج، فإنه يسري عليها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وهذا طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة 12 من ق،أ،ج، والتي تنص "ويسري على إنحلال الزواج والإنفصال الجسماني، القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

---

[1]– المادة 16 من القانون المدني المصري.

[2]– الفصل 50 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998، والتي تنص: " تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية، أو للقانون الشخصي للطفل أو قانون مقره.ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل ".

[3]– وذلك في المواد من 62 الى 72 من قانون الأسرة الجزائري.

وبالتالي القانون الذي يحكم المسائل المتعلقة بالحضانة، وتقرير من له الحق في الحضانة وتحديد الزيارة ومدتها، هو قانون الزوج وقت الدعوى.

وما يلاحظ من نص المادة 02/12 السالفة الذكر، يمكننا القول بأن إختيار المشرع الجزائري يعتبر إختيار تعسفي، ما دام القانون الوطني للزوج ليس بقانون محايد ومادمنا أمام زوجين من جنسيتين مختلفتين، هو من الصعب تفسير إختيار قانون على حساب قانون أخر، كما أن اختيار القانون الوطني للزوج يعتبر إلى حد ما متعارضا مع مبدأ المساواة بين الجنسين، وهو المبدأ المعترف به في النظام الجزائري، كالدستور مثلا[1].

ثم يمكن القول بأن إخضاع الحضانة لهذا القانون ليس كافيا، فقد لجأت بعض الدول إلى إبرام إتفاقيات ثنائية خاصة بالحضانة لتسهيل ممارسة حق الزيارة وتقليل الصعوبات التي ترد عليها.

ومن بين هذه الإتفاقيات الإتفاقية الجزائرية الفرنسية الخاصة بأولاد الزوجين المختلطين والمتفرقين، المبرمة في الجزائر بتاريخ 31 جوان 1988.

وكذلك هناك إتفاقيات جماعية تنظم جزئيا أحكام الحضانة مثل إتفاقية لاهاي الصادرة بتاريخ 15 أكتوبر 1961 المتعلقة بالقصر.

الفرع الثاني:الإستثناء الوارد على تطبيق القانون إنحلال الزواج.

يمكن سريان القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الطرفين جزائريا وقت إنعقاد الزواج، وذلك حسب ما جاءت به المادة 13 ق،أ،ج، هذا وجه الخروج على المادة 12 الفقرة 02 القانون المدني الجزائري.

ولقد نظرت المحكمة العليا في مسألة تتعلق بطلاق بين جزائرية وإيطالي.[2]

إن المحكمة قد طبقت المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري، والتي تؤدي إلى تطبيق القانون الإيطالي وهو قانون الزوج.

حيث قدمت الزوجة طعنا طالبت بنقض الحكم الصادر في 1996/07/14 عن محكمة بئر مراد رايس.

---

[1]– عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري – تنازع القوانين– الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص233.

[2]– عليوش قربوع كمال، المرجع نفسه،.ص 242.

نظرا لمخالفة تطبيق القانون من قبل المحكمة الإبتدائية، أثارت المحكمة العليا تلقائيا الوجه المأخوذ من مخالفة المادتين 12 و 13 من القانون المدني.

جاء في حيثيات المحكمة العليا ما يأتي:

((حيث أن الطاعنة لها الجنسية الجزائرية ما دام لم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية[1].

حيث أنه كان على القاضي الأول تطبيق القانون الجزائري وفقا للمادة 13 من القانون المدني عوض أن يطبق القانون الإيطالي، كما هو وارد في الحكم المطعون فيه.

ولما كان ذلك يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يتعين نقض)). ينجر عن ذلك ذلك عن أثار إنحلال الزواج تخضع هي كذلك إلى القانون الجزائري، إذا كان أحد الزوجين جزائري وقت إنعقاد الزواج.

وعلى هذا الأساس يبدو واضحا أن مسألة الحضانة تخضع للقانون الجزائري وفقا لنص المادة 13 من القانون المدني.

ينص تقنين الأسرة الجزائري في مجال الحضانة في المادة 64 منه على أن: " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجد لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، ...".[2]

وفي المادة 62 على أن: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ".

إن الزواج المختلط بين الجزائريين والأجنبيات، غالبا ما يطرح الاشكال المتعلق بالحضانة عند إنحلال الرابطة الزوجية.

مبدئيا فإن الحضانة تمنح للأم الأجنبية(مثلا الفرنسية)، وذلك طبقا للمادة 64 من ق، أ،ج.

[1]- أنظر، المادة 18 فقرة 2 من قانون الجنسية الجزائري، والمادة 22 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

[2]– المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري.

غير أنه اذا كانت الأم الأجنبية تقيم بالخارج، فإن القاضي الجزائري يسحب منها الحضانة، بسبب أن الولد، يجب أن تتم تربيته على دين أبيه. كما يطرح في هذا الشأن الإشكال المتعلق بالزيارة، ما دام الطفل يقيم في الخارج مع أمه. نصت على الحق في الزيارة المادة 64 من ق،أ،ج، حيث جاء فيه: "... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

وقد صدرت أحكام قضائية في هذا الشأن، ومن بينها الحكم الصادر من المحكمة العليا بتاريخ 1984/04/02، الذي جاء فيه (من المقرر قضاء في مسألة الحضانة، أنه وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة ، وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد بها يكون أحق بهم، ولو كانت الأم غير مسلمة....)[1]، ويتأكد كل هذا أكثر إذا كان كل من الأبوين مسلمين، وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية ويحول بينه وبين تنفيذه.

وبسبب المشاكل التي تثيرها الحضانة، عمدت الدول إلى تنظيم معاهدات دولية، كمعاهدة لاهاي المنعقدة بتاريخ 05 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر، التي دخلت حيز التنفيذ إبتداء من تاريخ 04 فيفري 1969. إلى جانب ذلك هناك معاهدات ثنائية، ومنها المعاهدة المبرمة بين الجزائر وفرنسا المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الإنفصال، الموقعة في الجزائر يوم 21 جوان 1988.[2] جاءت هذه المعاهدة الثنائية نتيجة المشاكل التي ثارت بين الأباء الجزائريين والأمهات الأجنبيات، المتعلقة بحضانة الأولاد وحق الزيارة للأبوين، وقد أراد واضعي هذه الاتفاقية أساسا لحماية الطفل في ذاته، وتحديد ضمانات لممارسة الحق، وزيارة المحضون وحرية تنقله بين البلدين، إذ تسيطر عليها فكرة مصلحة المحضون وحماية القاصر بالدرجة الأولى، دون إهتمام لشروط الحاضن خلافا للقوانين الداخلية.

ومن المبادئ التي أتت بها الاتفاقية:

- تنظيم حق الزيارة من طرف البلدين حسب المادة الثانية
- وضعت هذه الإتفاقية نظاما فعالا لتسهيل حق الزيارة، وذلك لتفادي مشكلة إختطاف الأطفال من قبل أبائهم وأمهاتهم، إستجابة لرعايتهم وحمايتهم.

[1]– قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1984/04/02، ملف رقم 32594، المجلة القضائية، العدد 1، السنة 1989 ص 77.

[2]– المرسوم رقم 88– 144 المؤرخ في 26 جويلية المتضمن المصادقة على الإتفاقية الجزائرية الفرنسية الخاصة بأولاد الزوجين المختلطين والمتفرقين .

ويتدخل القانون الجزائري أخيرا في حالة الاستعجال للأمر باتخاذ تدابير وقائية(الإجراءات الوقتية) وفقا للقانون الجزائري، فقد يتعارض بطء الإجراءات القضائية وصعوبة تنفيذ القانون الأجنبي مع ضرورة تنظيم الحماية بسرعة، ولا شك تدخل القاضي في الدعوى له ما يبرره، سواء لإختصاصه العام الفرعي، أو إستنادا الى مفهوم النظام العام، ويتضح ذلك من خلال نص المادة 21 مكرر والتي تنص على: " يسري على قواعد الإختصاص والإجراءات، قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الاجراءات "[1]. ونشير أخيرا أن هذه الحلول معتمدة في البلدان الأجنبية ، فضلا عن كونها مكرسة في إتفاقية لاهاي بتاريخ 15 أكتوبر 1961، التي تنص المادة 9 منها على ما يلي: " في كافة حالات الإستعجال تتخذ سلطات كل دولة متعاقدة يوجد على إقليمها القاصر أو المال العائد له، تدابير الحماية الضرورية ".[2]

الصعوبات المنجرة عن تطبيق المادة 13 من القانون المدني الجزائري:

عندما يكون أحد الزوجين جزائريا وقتإنعقاد الزواج، فالقانون الجزائري هو المطبق عند إنحلال الزواج، أي أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على مسألة الحضانة إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج.

يبقى هذا الحل صحيحا إذا لم يغير أحد الزوجين جنسيته أثناء الزواج. إذا غير الطرف الجزائري جنسيته أثناء الزواج فإن القانون الواجب التطبيق يبقى هو القانون الجزائري مع أن هذا الأخير لم يبقى جزائريا.

قد يغير الزوجان جنسيتها معا، أي الجزائري والزوج الأجنبي فنكون بصدد نفس الوضعية، أي أن القاضي الجزائري سيطبق القانون الجزائري على أجانب ما دام القانون الذي تم في ظله إنعقاد الزواج كان وقتئذ أحد الزوجين يحمل الجنسية الجزائرية.

أما إذا كان الزوجان أجنبيين وقت إنعقاد الزواج وتجنس الزوج بالجنسية الجزائرية، فإن القانون الواجب التطبيق على إنحلال الزواج يكون القانون الجزائري تطبيقا للمادة 12 فقرة 2.

[1]– المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري.

[2]– موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازل، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989، ص 291.

إن القاعدة التي وضعتها المادتان 12و 13 من القانون المدني الجزائري تؤدي إلى حلول غريبة في بعض الأحيان، لذا وجب على المشرع الجزائري أن يبحث في حلول تكون أكثر إنسجاما[1].

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على السلطة الأبوية فيما يتعلق بالنفقة على القاصر.

سوف نعالج في هذا المطلب من خلال التطرق إلى: تطبيق قانون جنسية المدين بالنفقة(الفرع الأول)، ثم نحدد الإستثناء الوارد على تطبيق قانون جنسية المدين بالنفقة(الفرع الثاني).

الفرع الأول: تطبيق قانون جنسية المدين بالنفقة.

لا تشمل النفقة هنا نفقة الزوجية، التي تدخل ضمن أثار الزواج السابق ذكرها، بل أن النفقة المقصودة هنا هي الواجبة بين الأقارب (كنفقة الأب على أولاده القصر)، والتي تدخل ضمن مسائل الأحوال الشخصية، بإعتبارها نتيجة مباشرة بين الأصول والفروع لوجود صلة القرابة، وهي من أخص مسائل الأحوال الشخصية، وقد نصت المادة 14 ت، م، ج، على إخضاعها لقانون المدين بها، فقالت: " يطبق القانون الوطني على الإلتزام بالنفقة بين الأقارب، للمدين بها " [2].

ومع أن النص المذكور لم يكن دقيقا في الصياغة حين حدد القانون المختص بقانون المدين بها، والمفروض ألا يكون مدينا مسبقا إلا اذا قضى بذلك القانون المختص، أي قانون جنسيته هو الذي يحدد ما إذا كان الشخص مدين بالنفقة أم لا، وقد تفادى المشرع في دولة الإمارات العربية هذا العيب في الصياغة بإستعمال لفظ المكلف، بدل المدين، وعبارة الأقارب المذكورة في النص تنصرف إلى قرابة النسب وقرابة المصاهرة.[3]

وبالتالي إذا كان المكلف بالنفقة من جنسية فرنسية فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي هو الذي يبين من تجب له النفقة على القاصر وشروط وجوبها وأسباب سقوطها.

ولقد سار في القضاء الفرنسي على إعتبار القواعد الموضوعية المتعلقة بالنفقة تمس النظام العام ويجب أن تسري حتى على الأجانب لإتصالها بالأمن العام، وقد عقدت في لاهاي إتفاقية في 1956/10/24 خاصة بالإلتزام بالنفقة نحو الأولاد، ونصت المادة الأولى منه على جعل الإختصاص لقانون الموطن

[1]- عليوش قربوع كمال، ص 245.
[2]- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 78.
[3]- زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 195.

العادي للولد، فإذا كان هذا القانون يرفض الحق في النفقة، فإن الإختصاص يكون للقانون الذي تعينه قواعد التنازع في دولة القاضي المعروض عليه النزاع، ويميل الفقه الفرنسي الحديث إلى جعل الاختصاص للقانون الذي يحكم أثار الزواج أو للقانون الذي يسري على علاقة البنوة.

الدفع بالنظام العام:

إذا كانت المادة 14 من القانون المدني، قد أعطت الإختصاص بحكم إلتزامات النفقة على القاصر لقانون دولة المطلوب منه النفقة، فلا يعني ذلك تطبيقه في الأحوال جميعها، إذ يمكن إستبعاده إذا تعارضت أحكامه مع مقتضيات النظام العام في بلد القاضي، ومثال ذلك إذا كان القانون الأجنبي المختص يرفض كل حق في النفقة لطالبها فهنا فالقاضي بالضرورة سيقضي بإستبعاد القانون الأجنبي، كما يمكن أيضا إستبعاد القانون الأجنبي إذا كان مخالف لقانون القاضي في ترتيب من تجب عليهم النفقة على القاصر، أو في كيفية الوفاء بها.

الفرع الثاني:الإستثناء عن تطبيق قانون جنسية المدين بالنفقة.

تنص المادة 21 من القانون المدني على أنه: " يسري على قواعد الإختصاص والإجراءات، قانون الدولة التي ترفع فيها فيها الدعوى أوتباشر فيها الإجراءات ".

وبالتالي يستثنى عن تطبيق قانون جنسية المدين، فيما يخص تحصيل النفقة، فهي تخضع لإجراءات قانون مكان مباشرته، وبالتالي إذا طرح نزاع أمام القاضي الجزائري يتعلق موضوعه بتحصيل النفقة للقاصر، فإنه تخضع للإجراءات المقررة في المواد من 423 إلى 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، وقد يتطلب ذلك طبقا لهذا القانون إستيفاء إجراءات منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي القاضي بالنفقة إلا إذا وجدت اتفاقية ثنائية أو جماعية تنظم هذه المسألة وإنظمت إليها الدولة المراد تحصيل النفقة فيها[2].

[1]– المواد من 423 إلى 426 من القانون 08–09 المؤرخ في 25 فيفري لسنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية رقم 21.

[2]– زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 195.

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على السلطة الأبوية فيما يتعلق بتزويج القاصر.

لإنعقاد الزواج يجب أن تتوافر فيه شروط موضوعية وأخرى شكلية، وما يعنينا في هذا الشأن هي الشروط الموضوعية، بإعتبار أن تكييف شرط موافقة الولي في تزويج القاصر يخضع لقانون القاضي حسب نص المادة 9 من القانون المدني الجزائري، وبالتالي فإن شرط موافقة الولي في تزويج القاصر، يندرج ضمن الشروط الموضوعية للزواج[1].

وإن كان الأمر لا يثير أي إشكال إذا طرح أمام القاضي الجزائري نزاع في هذه المسألة في علاقة وطنية خالصة، ففي هذه الحالة يطبق القانون الجزائري مباشرة، لكن يثور الإشكال عندما يكون القاضي بصدد هذا النزاع في علاقة ذات عنصر أجنبي . فماهي القاعدة العامة التي خصها المشرع الجزائري لشرط الولي في تزويج القاصر في القانون الدولي الخاص الجزائري؟ وهل هناك إستثناءات بشأن هذه القاعدة ؟.

الفرع الأول: القاعدة العامة، تطبيق قانون جنسية الزوجين.

إن المشرع الجزائري، قد أسند الشروط الموضوعية لعقد الزواج لقانون الجنسية، وعبر عنه بالقانون الوطني وهذا ما أشار إليه في المادة 11 من القانون المدني المعدلة بنصها: " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين" .

وقد كرست المادة 97 من الأمر 70- 20 المتعلق بالحالة المدنية، ذات المبدأ حيث إشترطت " ألا يكون الجزائري مخالفا للشروط الموضوعية التي يتطلبها قانونه الوطني، لكي يتمكن من عقد زواجه ".

ويتضح من هذين النصين،أن القانون الذي يسري على شرط رضا الوالدين في تزويج القاصر هو قانون جنسية كل من الزوجين وقت إبرام الزواج، فإذا تغيرت جنسية أحدهما بعد ذلك فلا يتأثر عقد الزواج بهذا التغيير [2].

[1]- للمزيد راجع: المادتين 9 مكرر والمادة 11 من تقنين الأسرة الجزائري

[2] -Mohand issad , Droit international privé O. P.U 1986 , Page 248 .

أولا: الصعوبات التي يثيرها تطبيق قانون الجنسية.

هناك صعوبات قد تعترض تطبيق قانون جنسية الزوجين على الشروط الموضوعية لعقد الزواج (شرط موافقة الولي)، وغالبية هذه الصعوبات تطرقت إليها في الفصل الأول، وبالتحديد أثناء حديثنا عن القانون الواجب التطبيق على الولاية على مال القاصر، وهذه الصعوبات (عندما يتمتع الشخص بأكثر من جنسية، وحالة إنعدام الجنسية، وحالة إنتمائه بجنسيته إلى دولة متعددة الشرائع الداخلية)[1].

إضافة إلى هذه الصعوبات التي ذكرناها، هناك صعوبة أخرى لا تقل أهمية عن سابقتها، لأنها خاصة بالشروط الموضوعية للزواج. فهذه الشروط تخضع – كما نعلم – لقانون جنسية الزوجين، فإذا كان الزوجان يتمتعان بنفس الجنسية فلا إشكال إذ نطبق على زواجهما قانون جنسيتهما المشتركة، أما إذا كان الزوجين مختلفين في الجنسية(الزواج المختلط)، فهنا يطرح الإشكال، فكيف يطبق قانون الجنسية في هذا الشأن؟ هل تطبق على كل طرف الشروط الموضوعية المطلوبة في قانونه، فيسري على الزوج قانون جنسيته وعلى الزوجة قانون جنسيتها، وهذا ما يعرف (بالتطبيق الموزع) ، أم أنه يجب أن تتوافر في كل منهما الشروط التي يتطلبها القانونان معا، فيسري على الزوج الشروط الموضوعية المطلوبة في قانونه والشروط الموضوعية المقررة في قانون جنسية الزوجة، وتتوافر في الزوجة الشروط المطلوبة في قانون جنسيتها والشروط الموضوعية المقررة في قانون جنسية الزوج، وهذا ما يعرف (بالتطبيق الجامع).

ويميل بعض الفقهاء إلى الأخذ بالرأي الثاني على أساس أن الشروط التي وضعها القانونان خاصة بتنظيم رابطة الزوجية في ذاتها وحتى لا يكون لأحد القانونين إمتياز على القانون الأخر، ولكن هذا الرأي عسير التطبيق عمليا ويؤدي إلى التضييق من حالات إنعقاد الزواج المختلط صحيحا، لذلك استقر الرأي الراجح فقها وقضاء على التطبيق الموزّع، فقد إستقر القضاء الفرنسي على هذا الرأي، وأخذ به المشرعون في بعض الدول، ومن ثم يكفي أن تتوفر في كل من الزوجين الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانونه وحده[2].

هذا وللتمييز بين مجالات التطبيق الموزع والتطبيق الجامع، صنف الفقه الشروط الخاضعة للتطبيق الموزع ضمن الشروط الفردية للزواج التي تهدف لحماية الطرفين وحدهما(كسن الزواج ورضا الزوجين ورضا الوالدين)، أما الشروط الخاضعة للتطبيق الجامع فلها صفة مزدوجة تخص العلاقة الزوجية في

[1]– أعراب بلقاسم ، مرجع سابق ، ص 230.

[2]– زروتي الطيب ، مرجع سابق، ص 161.

ذاتها وتهدف لحماية مصالح إجتماعية وتمثل إستجابة لمبادئ إنسانية وخلقية في وقت واحد مما يقتضي إجراء التطبيق الجامع بشأنها، وتصنف ضمن موانع الزواج المستمدة من القرابة والموانع الصحية كالأمراض الجسمانية المعدية والأمراض العقلية، وكذلك إختلاف الدين في القوانين التي تعتد بالحالة الدينية، ففي الشريعة الإسلامية مثلا لا يجوز لغير المسلم أن يتزوج مسلمة، أما الموانع الإقليمية والعنصرية فلا يعتد بها وتستبعد لمخالفتها للنظام العام، كأن يقضي القانون الشخصي لأحد الزوجين بمنع الزواج بسبب اللون كما في قوانين الولايات المتحدة الأمريكية، وقانون التمييز العنصري في جنوب إفريقيا سابقا[1].

هذا ونشير إلى أنه طبقا للمادة 11 مدني جزائري فإن المشرع أخذ بالتطبيق الموزع فيما يخص الشروط الموضوعية وقد أكد على هذا الحكم من خلال المادة 97 من قانون الحالة المدنية 1970.[2] بقوله أنه يشترط ألا يخالف الجزائري شروط الأساس التي يتطلبها القانون الجزائري لإمكان عقد الزواج،

هذا ويمكن القول مما سبق، أنه يكون تطبيق قانون الجنسية على الزوجين تطبيقا موزعا فيما يخص شرط الولي في تزويج القاصر. ولكن هناك إستثناء هام خروجا على القاعدة السابقة، أقره المشرع في المادة 13 ت، م،[3] سنتطرق إليه فيما بعد في الفرع الثاني.

ثانيا: إعمال فكرة النظام العام بالنسبة لشرط موافقة الولي على تزويج القاصر.

يمكن للقاضي الوطني أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي المختص إذا كان متعارضا مع النظام العام في الجزائر، ومثال ذلك إذا كان القانون الأجنبي لا يشترط موافقة الولي على تزويج القاصر، ففي هذه الحالة يستبعد القاضي الوطني القانون الأجنبي باسم النظام العام[4].

الفرع الثاني: الإستثناء المقرر لصالح القانون الجزائري.

إذا كانت المادة 11 قد أخضعت شرط الولي في تزويج القاصر الى قانون جنسية كل من الزوجين، فقد نصت المادة 13 على إستثناء، حيث نصت على أنه : " يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال

---

[1]– مهند أحمد الصانوري ، مرجع سابق 146.

[2]– تنص المادة 97 من قانون الحالة المدنية الجزائري لسنة 1970 : " إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية، يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج ".

[3]– زروتي الطيب ، مرجع سابق، ص 162.

[4]– أعراب بلقاسم ، مرجع سابق، ص 236.

المنصوص عليها في المادتين 11 و 12، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج ".

إن مؤدى الإستثناء المقرر في المادة 13 ق، م ، بالنسبة لشرط موافقة الولي في تزويج القاصر ، أنه لو كان أحد الزوجين جزائريا وقت الزواج، فإن القانون الجزائري هو الذي يطبق على هذه الشرط. بإستثناء الشرط المتعلق بالأهلية، إذ تظل أهلية كل طرفي العلاقة خاضعة لقانون جنسيته طبقا لنص المادة 10 من التقنين المدني الجزائري[1].

والجدير بالملاحظة أيضا، أن نص المادة 13 ت، م جاء صريح في إشتراط في أن يكون أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج، فإذا كان الزوجان أجنبيان وقت إنعقاد الزواج، ثم تجنس أحدهما بالجنسية الجزائرية بعد ذلك، فلا وجه لتطبيق القانون الجزائري إعمالا لنص المادة 13 السالفة الذكر، وعلى العكس من ذلك فلو كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج تعين بذلك تطبيق القانون الجزائري على شرط موافقة الولي في تزويج القاصر ولو صار الزوجان أجنبيان بعد ذلك[2].

لذا لو تزوج جزائري قاصر من فرنسية مثلا، فإن الشروط الموضوعية تكون خاضعة للقانون الجزائري، إلا فيما يخص أهلية الزوجة، ويكون الحل نفسه فيما لو تزوجت جزائرية من فرنسي مسلم، فيخضع الزواج للقانون الجزائري إلا فيما يخص أهلية الزوج.

وهكذا، فمتى ثبت الإختصاص للقانون الجزائري بموجب المادة 13 ق، م، ج – وفقا للتحديد الذي رأيناه – فإن شروط إنعقاد الزواج تتمثل في كل ماهو منصوص عليه في المواد تقنين الأسرة الجزائري

وفي هذا الصدد، نجد المادة 9 مكرر ق، أ، ج (المعدلة)، تنص إلى شرط الولي في الزواج، فنصت على أنه: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الأتية: الأهلية، الصداق، الولي، الشاهدين، إنعدام الموانع الشرعية ".

وعليه، سنقوم بالتفصيل توضيح شرط الولي فقط، لأنه هو الذي يهمنا في هذا المطلب ، ونستثني أيضا الأهلية لأنها تخرج من نطاق الإستثناء المقررة بالمادة 13 ق، م، ج[3].

---

[1]– Mohand issad , Op , cit , P 24.

[2]– زيدون بختة، مرجع سابق، ص 37.

[3]– هذا، ومن المتصور تطبيق القانون الجزائري على الأهلية، فقط بالنسبة للطرف الجزائري سواء كان الزوج أو الزوجة، فيتعين بذلك تطبيق أحكام المادة 7 من تقنين الأسرة الجزائري المعدلة.

- الولي:

يعتبر الولي في تقنين الأسرة الجزائري – كما رأينا سابقا – من بين الشروط الأساسية في الزواج، وهذا ما أكدته المادة 11 من تقنين الأسرة المعدلة التي جاء فيها على أن المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أو أي شخص أخر تختاره "، وأضافت في فقرتها الثانية على أنه:

" ودون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أوليائهم، وهو الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له ". وإلى جانب ذلك فقد أعقب المشرع الجزائري هذه الفقرة، بالمادة 13 من نفس القانون، والتي جاء فيها على أنه: " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوزله أن يزوجها بدون موافقتها "[1].

وعليه، إذا ما توافر شرط الولي في تزويج القصر، وتوافرت كل الشروط في الولي، إنعقد الزواج صحيحا طبقا للقانون الجزائري، وذلك بغض النظر عما إذا كانت الشروط التي يتطلبها قانون جنسية الطرف الأجنبي الأخر متوافرة أم لا، وذلك طبعا بإستثناء الأهلية التي تخضع لقانون الجنسية وفقا للمادة 10 من القانون المدني الجزائري[2].

[1]– رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون الدولي الخاص الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010–2011، ص 17.

[2]– زيدون بختة، مرجع سابق، ص 42.

الخاتمة

الخاتمة

الملاحظ من خلال هذا البحث المتواضع الذي أجريناه، أن لقواعد التنازع أهمية كبرى في حل النزاعات الدولية الخاصة، ويثير الزواج المختلط مشاكل عويصة داخل الأنظمة القانونية، لذلك سعت الدول إلى تنظيمه بقواعد قانونية لتحكم هذه المنازعات التي يتخللها عنصرا أجنبيا، ويبلغ هذا التنازع حده خاصة في مجال سلطة الأباء في حماية أبنائهم القصر في أموالهم وأنفسهم.

وإلمام للفائدة فإني أعرض في نهاية الدراسة أهم النتائج التي توصلت إليها، وبعض الإقتراحات التي يمكن أن تسهم في التنبيه إلى بعض مواطن الخلل والثغرات التي لا بد من تداركها:

أولا: النتائج

1- بالنسبة للمسائل المتعلقة بسلطة الأباء في التعامل مع أبنائهم القصر في أموالهم في العلاقة التي تشتمل على عنصر أجنبي، نجد أن المشرع الجزائري خصها بقاعدة إسناد وأخضعها لقانون جنسية الشخص الواجب حمايته كقاعدة عامة، وليس لقانون جنسية الشخص القائم بالحماية، غير أن تطبيق قانون جنسية القاصر ينبغي ألا يترتب عليه مساس بنطاق تطبيق قانون موقع المال، كما نلاحظ أن المشرع الجزائري خطا خطوة هامة وفعالة بموجب التعديل الجديد، بإضافتة لفقرة جديدة للمادة 15 من القانون المدني، والتي أقر بموجبها إستثناء عن القاعدة السابقة وأقر تطبيق القانون الجزائري على التدابير الإستعجالية لعديمي الأهلية ومن في حكمهم، إذا كان هؤلاء موجودين بالجزائر أو تعلقت بأموالهم الموجودة فيها، فهذا أمر بالغ الأهمية لأن التدابير الإستعجالية لا ينتظر لإتخاذها الفصل في النزاع، ومن ثم فإن تطبيق القانون الشخصي عليها من شأنه الإضرار بمصالح القاصر، كما نلاحظ هذا الحكم مستوحى من إتفاقية لاهاي المؤرخة في 15 أكتوبر 1961، وقد أخذ به أيضا القانون التونسي.

2- أما بالنسبة للمسائل المتعلقة بسلطة الأباء على نفس القاصر من حيث الحضانة فلم يخصها المشرع بقاعدة إسناد صريحة، على عكس المشرع التونسي الذي خص مسألة الحضانة بقاعدة إسناد صريحة، وبما أن تكييفها يخضع لقانون القاضي طبقا للمادة 9 من القانون المدني الجزائري، فإن الحضانة تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية، لأن المشرع الجزائري قد تناولها في الفصل الثاني من قانون الأسرة الجزائري المتعلق بأثار الطلاق، وبإعتبار أن الحضانة من أثار إنحلال الزواج، فإنه يسري عليها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى طبقا لنص المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري كقاعدة عامة، إلا

أن إخضاع الحضانة لهذا القانون ليس كافيا لحل المشاكل التي تثيرها، فقد لجأت بعض الدول إلى إبرام إتفاقيات ثنائية خاصة بالحضانة، ومن بين هذه الإتفاقيات الإتفاقية الجزائرية الفرنسية الخاصة بأولاد الزوجين المختلطين والمتفرقين المبرمة في الجزائر بتاريخ 31 جوان 1988، جاءت من أجل تسهيل ممارسة حق الزيارة للأبوين وتقليل الصعوبات التي ترد عليها.

وكإستثناء عن الأصل يمكن سريان القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج، وذلك طبقا لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري.

وما يلاحظ من نص المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري، يمكننا القول بأن إختيار المشرع الجزائري يعتبر إختيار تعسفي، ما دام القانون الوطني للزوج ليس بقانون محايد وما دمنا أمام زوجين من جنسيتين مختلفتين، هو من الصعب تفسير إختيار قانون على حساب أخر، كما أن إختيار القانون الوطني للزوج يعتبر إلى حد ما متعارضا مع مبدأ المساواة بين الجنسين، وهو المبدأ المعترف به في القانون الجزائري كالدستور.

إضافة إلى ما سبق، فلقد أخضع المشرع الجزائري مسألة النفقة على القاصر في العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي لقانون المدين بها كقاعدة عامة وخص لها قاعدة إسناد في المادة 14 من القانون المدني، وبالتالي فإن قانون جنسية المدين بالنفقة هو الذي يبين من تجب عليه النفقة على القاصر وشروط وجوبها وأسباب سقوطها، ولقد ذهب القضاء الفرنسي إلى إعتبار القواعد الموضوعية المتعلقة بالنفقة تمس النظام العام، ويجب أن تسري حتى على الأجانب لإتصالها بالأمن العام، ويستثني عن تطبيق القاعدة العامة فيما يتعلق بإجراءات تحصيل النفقة فهي تخضع لقانون مكان مباشرته، أي تخضع للقانون الجزائري طبقا لنص المادة 21 من القانون المدني الجزائري

كما يلاحظ أن مسألة شرط الولي في تزويج القاصر في العلاقة ذات العنصر الأجنبي، قد كيفها الفقه على أنها تندرج ضمن الشروط الموضوعية للزواج، وبالتالي يخضع لقانون جنسية كل من الزوجين وقت إبرام الزواج طبقا لنص المادة 11 من القانون المدني الجزائري ، وتطبيقا لهذه القاعدة التي وضعها المشرع الجزائري، فإذا ما طرح مسألة تتعلق بشرط موافقة الولي في تزويج القاصر في علاقة مشتملة على عنصر أجنبي أمام القاضي الجزائري، ففي هذه الحالة يقوم القاضي بالتطبيق الموزع للقانونين بالنسبة لشرط الولي، وما يؤكد ذلك بأخذ المشرع الجزائري بالتطبيق الموزع نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية، لكن هناك إستثناء هام خروجا عن القاعدة العامة أقرها المشرع في المادة 13 من القانون

المدني، وهو إختصاص القانون الجزائري وحده فيما يتعلق بشرط الولي في تزويج القاصر، وذلك متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت إبرام الزواج ولو غير الزوج أو الزوجة جنسيتهما فيما بعد.

كما تجدر بنا الإشارة أيضا، أنه متى إنعقد الإختصاص لقانون أجنبي يتعين على القاضي الوطني معاملته كقانون، ويستبعد تطبيقه متى تبين له أنه يخالف النضام العام في دولته أو ثبت له الإختصاص غشا.

ثانيا: الإقتراحات

بعدما قدمنا نتائج الدراسة، فضلنا أن نورد بعض الإقتراحات التي إخترنا أن تكون كالأتي:

فيما يخص مسألة الحضانة ونظرا لما تثيره من مشاكل عديدة بعد إنحلال الرابطة الزوجية، كان من الأجدر على المشرع الجزائري أن يحذو حذو نظيره التونسي، وذلك بوضع قاعد إسناد خاصة بالحضانة.

ما يعاب على المشرع الجزائري، هو عدم وضعه لنصوص أخرى، تبين بوضوح تطبيق الأحكام الواردة في المادة 24 من القانون المدني الجزائري، ومنها ضرورة تبيان مقدار الإستبعاد الواقع على أحكام القانون الأجنبي، هل يكون الإستبعاد جزئيا ينحصر في المسألة المخالفة للنضام العام أم يتعين إستبعاده كليا، والأفضل برأينا أن يكون الإستبعاد جزئيا في حدود الحاجة، لأن التوسع في إستعمال النضام العام قد يؤدي إلى شلل المبادلات الدولية وتعطيل قواعد الإسناد، وإنتفاء الحكمة من إقرارها.

على المشرع الجزائري أن يتدارك النقص الموجود في الموجود في المادة 11 من القانون المدني ، فيما يتعلق بالوقت الذي يعتد فيه القاضي تطبيق قانون جنسية كلا الزوجين على الشروط الموضوعية للزواج.

من خلال قراءة المادة 14 من القانون المدني الجزائري التي تنص " يطبق القانون الوطني على الإلتزام بالنفقة بين الأقارب(للمدين بها)." يوحي الباحث بما طرحه الفقيه "الطيب زروتي"، إلى النص لم يكن دقيقا في الصياغة حين حدد القانون المختص بقانون المدين بها، والمفروض ألا يكون مدينا مسبقا إلا إذا قضى بذلك القانون المختص، أي قانون جنسيته هو الذي يحدد ما إذا كان الشخص مدينا بالنفقة أم، ومن الأجدر أن تكون الصياغة بإستعمال لفظ" المكلف"، بدل من لفظ " المدين".

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

- القرآن الكريم

ثانيا: المراجع باللغة العربية

I. الكتب:

1. السنهوري أحمد عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الإلتزام)، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
2. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة التاسعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
3. إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازل، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989.
4. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
5. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد (وفق أخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.
6. بلعيور عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص الجزائري في ظل التعديلات التي جاء بها قانون 05- 10 لسنة 2005، جامعة الجزائر، بن عكنون 2008- 2009
7. جعفور محمد سعيد، تصرفات ناقصي الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2002.
   حمدي كمال، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال (القاصر، الولاية، الوصاية، الحجر القضائي، الغيبة، المساعدة القضائية، الحجر القانوني)، منشأة المعارف، الإسكندرية،1997.
8. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين (في ضوء القانون 05- 10 المؤرخ في 20 جوان 2005)، دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008.

9. سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، (دون ستة النشر).
10. سامي بديع منصور، الوسيط في شرح القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية، بيروت، 1994.
11. شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1983
12. صلاح جمعة حسن الجبوري، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1976.
13. علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1962.
14. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
15. عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري – تنازع القوانين– الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة للنشر والتوزيغ، الجزائر، 2011.
16. مهند أحمد الصانوري، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2001.
17. نصر فريد واصل، الولايات الخاصة (الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية)، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2002.

II. الرسائل الجامعية:

1. ديلمي باديس، أحكام الولاية على القاصر في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، 2015.
2. رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2010– 2011.
3. زيدون بختة، التطبيق الإستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2010–2011.

4. عائد اليرماني غربال، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية (تونس مثالا)، رسالة لنيل الماجيستر المتخصص في حقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، 2005- 2006.

5. قاضي سعيد، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، رسالة لنيل شهادة الماجيستر في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر1 ، 2010- 2011.

6. قوادري وسام، حماية أموال القاصر على ضوء التقنين المدني وتقنين الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2012- 2013.

7. موسوس جميلة، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2005- 2006

8. مداني هجيرة، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون، رسالة لنيل شهادة الماجيستر، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011- 2012.

III. المجالات والدوريات:

1. أبوبكر لشهب، الحضانة والرضاعة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية – دراسة مقارنة- مجلة المعيار، جامعة قسنطينة، الجزائر، العدد التاسع، 2000.
2. حماني أحمد، حقوق الطفل في القرآن الكريم، مجلة الصراط، كلية أصول الدين، جامعة قسنطينة، الجزائر، العدد الثاني، 2002.
3. المجلة القضائية الجزائرية، العدد الأول لسنة 1989.
4. المجلة القضائية الجزائرية، العدد الثالث لسنة 1993.
5. المجلة القضائية الجزائرية، العدد الأول لسنة 1997.
6. المجلة القضائية الجزائرية، العدد الأول لسنة 1998

IV. القوانين:

➢ **القوانين الوطنية:**

1. المرسوم رقم 88- 144 المؤرخ في 26 جويلية 1988، المتضمن المصادقة على الإتفاقية الجزائرية الفرنسية الخاصة بأولاد الزوجين المختلطين والمتفرقين.
2. قانون رقم 05- 10 المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للقانون الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2005.
3. قانون رقم 08- 09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 21 لسنة 2008.
4. قانون رقم 84- 11 المؤرخ في 09 فيفري 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

➢ **القوانين العربية:**

1. المرسوم التشريعي رقم 19 الصادر بتاريخ 30 جويلية 1952، المتعلق بأحكام الولاية على المال المصري.
2. قانون رقم 97 لسنة 1998 المؤرخ في 27 نوفمبر1998، المتضمن مجلة القانون الدولي الخاص التونسية.
3. المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر في تاريخ 10 سبتمبر 1953 المعدل بقانون 34 الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1975 المتضمن قلنون الأحوال الشخصية السوري.

ثالثا: المراجع باللغة الأجنبية

I. Les ouvrages:

- Issad Mohand, Droit international privé, OPU, Alger, 1986.

II. Les code:

- Code civile Français ,http:// www.droit.org

الفهرس

الفهرس

كلمة شكر	I
الإهداء	II
المقدمة	أ
الفصل الأول : السلطة الأبوية على مال القاصر في القانون الدولي الخاص الجزائري	
المبحث الأول :أحكام السلطة الأبوية على مال القاصر في القانون	2
المطلب الأول : مفهوم الولاية على المال	2
الفرع الأول: تعريف الولاية على المال	2
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للولاية على مال القاصر	4
المطلب الثاني:ثبوت الولاية على مال القاصر و بيان شروطها	4
الفرع الأول: ترتيب الأولياء على مال القاصر	5
الفرع الثاني: شروط الولاية على مال القاصر	9
المطلب الثالث: سلطات الولي على مال القاصر	11
الفرع الأول: سلطات الولي المقيدة بإذن المحكمة	11
الفرع الثاني:سلطات الولي غير المقيدة بإذن المحكمة	14
المطلب الرابع:انتهاء الولاية على مال القاصر	16
المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على السلطة الأبوية على مال القاصر في القانون الدولي الخاص الجزائري	19
المطلب الأول: تطبيق قانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته	20
الفرع الأول: مجال تطبيق قانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته	20
الفرع الثاني : صعوبات تطبيق قانون الجنسية	22
أولا : تحديد قانون الجنسية لدولة تتعدد فيها الشرائع	22
ثانيا : تحديد قانون الجنسية في حالة تعدد الجنسيات أو انعدامها	23
المطلب الثاني : الاستثناء المقرر اختصاصا لصالح القانون الجزائري بشأن التدابير الاستعجالية	24
الفصل الثاني : السلطة الأبوية على نفس القاصر في القانون الدولي الخاص الجزائري	
المبحث الأول :أحكام السلطة الأبوية على نفس القاصر في القانون	29
المطلب الأول : الولاية على نفس القاصر من حيث الحضانة	29
الفرع الأول : شروط الحضانة	30
الفرع الثاني : أصحاب الحق في الحضانة	31

الفرع الثالث : سقوط الحضانة و انتهاءها	32
المطلب الثاني : الولاية على نفس القاصر من حيث النفقة	32
الفرع الأول : شروط وجوب النفقة	33
الفرع الثاني : على من تجب النفقة	33
الفرع الثالث : مشتملات النفقة	34
المطلب الثالث : الولاية في تزويج القاصر	34
الفرع الأول : مفهوم الولاية في التزويج	34
الفرع الثاني : سلطات الولي في تزويج القاصر	35
المبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق على السلطة الأبوية على نفس القاصر في القانون الدولي الخاص الجزائري	37
المطلب الأول : القانون الواجب التطبيق على السلطة الأبوية فيما يتعلق بحضانة القاصر	38
الفرع الأول : القانون الذي يحكم انحلال الزواج	38
الفرع الثاني : الاستثناء الوارد على تطبيق القانون الذي يحكم انحلال الزواج	40
المطلب الثاني :" القانون الواجب التطبيق على السلطة الأبوية فيما يتعلق بالنفقة على القاصر	44
الفرع الأول : تطبيق قانون جنسية المدين بالنفقة	44
الفرع الثاني : الاستثناء الوارد عن تطبيق قانون جنسية المدين بالنفقة	44
المطلب الثالث : القانون الواجب التطبيق على السلطة الأبوية فيما يتعلق بتزويج القاصر	45
الفرع الأول : القاعدة العامة تطبيق قانون جنسية الزوجين	46
أولا : الصعوبات التي يثيرها تطبيق قانون الجنسية	47
ثانيا : إعمال فكرة النظام العام بالنسبة لشرط الولي في الموافقة على تزويج القاصر	48
الفرع الثاني : الاستثناء المقرر لصالح القانون الجزائري	48
الخاتمة	52
قائمة المصادر و المراجع	56
الفهرس	

الملخص

الملخص:

إن نظام السلطة الأبوية في التعامل مع أبنائهم القصر في القانون الدولي الخاص يثير مشاكل في تنازع القوانين، ولحل هذه المشاكل يطبق القاضي قواعد الإسناد لدولته، للتعرف على القانون الواجب التطبيق ومتى إنعقد الاختصاص لقانون أجنبي يتعين عليه معاملته كقانون، ويستبعد تطبيقه متى خالف النظام العام في دولته أو ثبت له الاختصاص غشا

الكلمات المفتاحية: تنازع القوانين– القاصر– الجنسية– القانون الأجنبي– النظام العام– قانون القاضي– قاعدة الإسناد.

Le résume:

Le système patriarcal dans Le Traitement des mineur en droit international privé indique, des problèmes dans Le domaine de conflits de Loi, pour résoudre ces problèmes, Le juge applique dans Le premier Les règles de rattachement de Leur L'état pour conner Loi applicable. Lorsque La Loi étrange est complète au mariage, il droit être considère comme La loi, mais il N'applique pas ce dernier quand il est L'ordre public de Leurre propre pays ou il est complète à cause d'un fraude à La Loi.

Les mots clés: Conflits de Loi- mineur- Nationalité- La loi étrange- L'ordre public- Le loi forai- le régle de rattachement.

The summary:

The patriachal system in dealing with minors in privat international Law indicates many problemes in conflits of Law, for resolve these problemes, a juge applies in first case connecting rules in his state for indentify the Law applicable. When the foreign Law compétence is fixed by fraud of Law.

The keywords: Conflit of Laws- Minor- Nationality- foreign Law- géneral system- juge Law- connecting rules.