

جامعة العربي بن مهدي - أم البواقي -

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق



القانون الواجب التطبيق على الميراث و التصرفات القانونية النافذة بعد الموت

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون دولي خاص

إشراف الأستاذة:

(أ) سناء مرامية

إعداد: الطالب:

زيد المال إسلام

لجنة المناقشة:

الرئيس : رشيد بومعزةأستاذ مساعد أجامعة العربي بن مهدي -أم البواقي -

الممتحن : عصام فارحأستاذ مساعد أ..... جامعة العربي بن مهدي -أم البواقي -

المشرفة :سناء مراميةأستاذة مساعدة أ..... جامعة العربي بن مهدي -أم البواقي -

السنة الجامعية: 2018/2017د

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

« قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ
الْحَكِيمُ »

سورة البقرة (32)

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله ،

إلى إخوتي،

إلى كل زملائي و زميلاتي ،

إلى كل أساتذتي ،

إلى كل من كانوا سببا في نجاحي،

إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل من قريب أو من بعيد.

شكر و تقدير

الشكر و الحمد لله الذي أعانني ووفقتني في السير على دروب العلم و ألهمني القوة و العزيمة للقيام بهذا العمل المتواضع ،سائلا إياه أن ينفع كل قارئ .
أتوجه بجزيل الشكر و الإمتنان إلى الأستاذة سناء مرامية التي أشرفت على هذه المذكرة و التي لم تتوان و لو للحظة واحدة في توجيهي وفتح عياني على الأخطاء و النقائص التي غفلت عنها،مني أستاذتي الفاضلة أزكى عبارات الشكر والتقدير .

كما يشرفني أن أتقدم بعظيم عبارات الشكر والعرفان لأعضاء لجنة المناقشة الموقرين الأستاذ عصام فارح و الأستاذة عائشة قصار الليل على تفضلهم لمناقشة هذه المذكرة .

كما أتقدم بالشكر العظيم للدكتور الفاضل حمزة وهاب على إهتماماته و توجيهاته المستفيضة أثناء القيام بهذا العمل .

وأخيرا الشكر موصول لكل من شارك في إنجاز هذا العمل من قريب أو بعيد جزاكم الله عني كل خير .

مقدمة

مقدمة:

يعتبر موضوع تنازع القوانين من أهم الموضوعات التي تثار في القانون الدولي الخاص، حيث يقصد به تنازع قانونين متعارضين أو أكثر بشأن العلاقة القانونية التي تحتوي على عنصر أجنبي والواقعة في إطار القانون الخاص، نظرا لما تثيره هذه العلاقات من صعوبات في إختيار القانون الأنسب لحسمها، ومن هنا كانت الحاجة ماسة إلى وضع قواعد لتحديد القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقات، حيث يكون القاضي الوطني ملزما بتطبيق هذه القواعد، ويتولى المشرع وضع قواعد إسناد مرتبطة بموضوع النزاع وملائمته لحل إشكالاته، وهذا ما جعل الفقه الحديث يدخل مفاهيم ومصطلحات جديدة على موضوع تنازع القوانين من أجل توسيع وتطوير هذا المفهوم وتسهيل مهمة القاضي في إيجاد الحل الأنسب عند تدخل العنصر الأجنبي.

وتعد المسائل المتعلقة بالميراث و التصرفات القانونية النافذة بعد الموت التي يثار بشأنها تنازع القوانين، وذلك بالنظر لما أفرزه التطور الكبير في مجال وسائل الاتصال والمواصلات، من صلات وتعاون بين رعايا الدول المختلفة، مما أمكن من أن تتوزع عناصر تلك العلاقات في أكثر من دولة وتتصل بأكثر من إختصاص تشريعي، كل هذه العوامل ساهمت بشكل أو بآخر في تدخل العنصر الأجنبي في مجال الخلافة بسبب الموت.

والجدير بالملاحظة أن القانون الجزائري ينظم المسائل المتعلقة بالميراث والوصية على أسس دينية وقد أدى ذلك إلى إختلاف أحكامها من دولة إلى أخرى، وصعوبة توحيد قواعدها، نظرا لحساسية هذا الموضوع لإرتباطه بمبادئ وحضارة كل مجتمع، فكان لا بد من النظر في تلك المسائل في مفهومها الدولي، ووضع قواعد إسناد لها.

وعلى هذا الأساس فإن أحكام المواريث والوصايا المستمدة من الشريعة الإسلامية في الجزائر ومختلف التشريعات العربية، وتؤدي بالضرورة إلى إستبعاد أحكام القانون الأجنبي الذي يتعارض مع الأحكام و المبادئ الأساسية والجوهرية في دولة القاضي، و يمكن القول بأن الدفع بالنظام العام يعتبر المانع الأول من موانع تطبيق القانون الأجنبي أما المانع الثاني يتمثل في الدفع بالغش نحو القانون في مجال الأحوال الشخصية وبالضبط في مسائل الإرث والإيصاء، والذي يجب لتحقيقه توفر شرطان أحدهما يكتسي طابعا ماديا وذلك بتغيير في ضابط الإسناد والآخر معنوي وذلك بتوافر نية الغش نحو القانون، وإذا ثبت الإختصاص للقاضي وذلك عن طريق التغيير الإرادي الاحتيالي لضابط الإسناد للهروب من

أحكام قانون معين هو مختص أصلا بحكم النزاع يؤدي إلى الامتناع عن تطبيقه بسبب التحايل على القانون.

ومن بين الإشكاليات أيضا التي تطرح في القانون الدولي الخاص عندما تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي في المنازعات المتعلقة بالإرث والإيصاء، فيجد القاضي صعوبات وهو في سبيل تطبيق القانون الأجنبي تتمثل في أعمال وتفسير القانون الأجنبي والرقابة على تطبيقه.

أهمية موضوع البحث:

1. تكمن أهمية دراسة موضوع الميراث والوصية في القانون الدولي الخاص، في كون هذا الأخير هو المرجع الوحيد لمعالجة التصرفات النافذة بعد الموت، المحتوية على العنصر الأجنبي.
2. الميراث والوصية لها أهمية في القانون الداخلي الجزائري ومختلف التشريعات العربية إنطلاقا من ان أحكامها مستنبطة من الشريعة الإسلامية.
3. تبرز أهمية الموضوع في معرفة قواعد الإسناد المطبقة على التصرفات النافذة بعد الموت في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة.
4. الكشف على القانون الذي يحكم الوصية والميراث في الجزائر ومقارنتها مع بقية الدول الأخرى والأخذ بالقانون الأصلح، حفاظا على النظام العام.
5. تبرز أهمية الموضوع في معرفة آليات تطبيق القاضي للقانون الأجنبي من حيث النزاعات المتعلقة بالميراث والوصية.

أسباب اختيار الموضوع:

- ترجع إلى الرغبة الشخصية في دراسة موضوع من مواضيع القانون الدولي الخاص، حيث تعتبر المسائل المتعلقة بالتصرفات النافذة بعد الموت من أحد مسائله، مما يثير دافعا معنويا إلى معرفة القانون الواجب التطبيق على الإرث والوصية وذلك عند ظهور العنصر الأجنبي في هذه المسائل، لأن أحكامها تختلف من دولة إلى أخرى، أي ما بين الدول العربية والغربية.
- الرغبة في التعمق في تحديد نطاق القانون الواجب التطبيق على الميراث والوصية، وتحليل أعمق لأهم حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي ومدى تعارضها مع أحكام هذه المسائل وتأثيرها على اطراد العلاقات الخاصة الدولية، بالإضافة إلى معرفة الدفع بالغش نحو القانون على التصرفات النافذة بعد الموت وآلية تطبيق القاضي للقانون الأجنبي على هذه المسائل.

إشكاليات موضوع البحث:

تتجلى إشكالية الدراسة في تحديد القانون الواجب على التصرفات القانونية النافذة بعد الموت لذلك،
تطرح من خلال هذه الإشكالية عدة تساؤلات:

- هل وضع المشرع الجزائري احتسابا عند ظهور العنصر الأجنبي على مسائل المتعلقة بالميراث والوصية؟
- كيف تعاملت التشريعات العربية مع مشكلة دخول العنصر الأجنبي في مسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية وبالضبط التصرفات النافذة بعد الموت؟
- هل الأحكام المتعلقة بالإرث والإيضاء التي وضعها المشرع الجزائري ومختلف التشريعات العربية لها نفس الاحكام بالنسبة للدول الأجنبية؟
- كيف يتم ضبط فكري النظام العام والغش نحو القانون كوسيلتين لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على مسائل الإرث والإيضاء؟
- ماهي آليات تطبيق القاضي للقانون الأجنبي في المسائل المتعلقة بالإرث والوصية؟

أهداف موضوع البحث:

إن من اهم اهداف هذه الدراسة:

1. إبراز مدى أهمية المادة 16 من القانون المدني الجزائري في الوصول على تحديد القانون الواجب التطبيق على التصرفات النافذة بعد الموت والمتمثلة في الميراث والوصية وذلك عند اقتحام العنصر الأجنبي على هذه المسائل.
2. كشف النقاب عن أهم حالات إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية وبالضبط التصرفات النافذة بعد الموت وذلك بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، ومدى تأثير ذلك على العلاقات الخاصة الدولية، ومعالجة بعض الصعوبات التي يواجهها القاضي الوطني أثناء تطبيقه ومراقبته للقانون الأجنبي المختص والتي من شأنها التأثير على المقومات الأساسية والجوهرية التي يقوم عليها مجتمعه.

الدراسات السابقة:

إعتمدت في دراسة موضوع القانون الواجب التطبيق على التصرفات القانونية النافذة على الدراسات الآتية:

1. شبورو نورية؛ الميراث والتصرفات النافذة بعد الموت في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.

حيث تناولت هذه الدراسة في الفصل الأول مسائل متعلقة بالميراث والتصرفات النافذة بعد الموت في ظل تنازع القوانين، أما في الفصل الثاني فتناولت هذه الدراسة موضوع الميراث والتصرفات النافذة بعد الموت في ظل قواعد اختصاص القضاء الدولي، أما ما يميز دراستي عن الدراسة السابقة أنها اختصت وتوسعت في قواعد اختصاص القضاء الدولي أي اختصاص المحاكم الوطنية وتنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالميراث والتصرفات النافذة بعد الموت.

2. زاير فاطمة الزهراء؛ النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.

حيث تناولت هذه الدراسة في الفصل الأول فكرة النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة، أما الفصل الثاني فتناولت هذه الدراسة تطبيقات الدفع بالنظام العام في هذه النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، أما ما يميز دراستنا عن الدراسة هذه الدراسة أنها اختصت وتوسعت في الدفع بالنظام العام في مجال الأحوال الشخصية والقانون الواجب التطبيق على طلاق، الحضانة، الميراث والوصية.

3. بوخروبة حمزة؛ موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة سطيف، 2013-2014.

تناولت هذه الدراسة في فصلها الأول الدفع بالنظام العام، وخصصت الفصل الثاني للدفع بالغش نحو القانون، وما يميز دراستنا عن هذه الدراسة أنها تطرقت إلى عقبات تطبيق القانون الأجنبي بشكل أوسع، بغض النظر عما ورد في مذكرتي والذي ينحصر في فئة الأحوال الشخصية وبالضبط التصرفات النافذة بعد الموت.

صعوبات البحث:

إن محاولة إعطاء صورة متكاملة لهذا الموضوع ليس بالأمر الهين ولا السهل رغم وجود دراسات متفرقة هنا وهناك تعالج جوانب منه إلا أن الوصول إلى الهدف المنشود تعرضه صعوبات وعوائق عديدة تتمثل أبرزها في مايلي:

- الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية على التصرفات القانونية النافذة بعد الموت.

- الاختلاف في تحديد طبيعة المسألة موضوع التنازع حسب النظام القانوني في مختلف الدول، فقد تعتبر الوصية من شكل وفقا لقانون دولة، بينما تعتبره من الموضوع وفقا لقانون دولة أخرى، كما تثار صعوبة الأمر من عد المسألة من الأحوال الشخصية وفقا لقانون دولة ومن الأحوال العينية وفقا لقانون دولة أخرى، كما هو الشأن في الميراث في العقار والميراث في المنقول.
- ندرة المراجع خاصة فيما يتعلق بمسألة تحديد آليات تطبيق القاضي للقانون الأجنبي على التصرفات القانونية النافذة بعد الموت، وإشكالية الدراسة سوف نجيب عليها وفق المنهج التالي :

المنهج المتبع:

إعتمدنا في هذه الدراسة على المناهج الآتية:

- المنهج المقارن ويظهر من خلال التطرق إلى مختلف ما جاءت به القوانين والإجتهادات القضائية المقارنة في هذا الموضوع.
- المنهج التحليلي ويظهر من خلال تحليل المواد القانونية المتعلقة بالتصرفات القانونية النافذة بعد الموت والمتضمنة للعنصر الأجنبي سواء تعلق الأمر بمسألة تنازع القوانين أو إختصاص القضاء الدولي أو تنفيذ الأحكام الأجنبية.

تقسيم الدراسة:

من خلال العرض السابق لمضمون البحث وأهميته ومن أجل دراسة الإشكالية الرئيسية والإشكالات الثانوية قمنا باقتراح بوضع الخطة التالية حيث تناولنا في الفصل الأول: ضوابط الميراث والوصية في إطار القانون الدولي الخاص، والذي قسمناه إلى مبحثين فكان المبحث الأول: بعنوان الأحكام المتعلقة بالميراث و الوصية، أما المبحث الثاني فكان تحت عنوان: تحديد القانون الواجب التطبيق على التصرفات القانونية النافذة بعد الموت، أما في ما يخص الفصل الثاني فقد كان تحت عنوان نطاق القانون الواجب التطبيق على التصرفات القانونية النافذة بعد الموت والذي بدوره قسم إلى مبحثين فكان المبحث الأول تحت عنوان: موانع تطبيق القانون الأجنبي على المسائل التي تتعلق بالإرث والإيصاء ، أما المبحث الثاني: فكان تحت عنوان آليات تطبيق القاضي للقانون الأجنبي على النزاعات ذات الطابع الإرثي والإيصائي.

الفصل الأول

ضوابط الميراث والوصية في إطار

القانون الدولي الخاص.

تمهيد:

يتميز القانون الدولي الخاص بأن له علاقة متينة بفروع القانون الخاص الداخلي، مما يثير دافعا معنويا لدراسة مواضيعه المتعددة، لكن موضوع دراستنا مرتبط بفئة الأحوال الشخصية وبالضبط مجال التصرفات النافذة بعد الموت.

فالوفاة هي النهاية الطبيعية لكل شخص، فكان لزاما على تشريعات الدول وخاصة العربية منها أن تنظم إنتقال الأموال من ذمة السلف إلى ذمة الخلف عن طريق الميراث والوصية، فالدول العربية تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية لأنها وضعت لها قيود محكمة.

فالميراث يطلق عليه بالخلافة الإجبارية أي تثبت للشخص بحكم القانون، أما الوصية يطلق عليها بالخلافة الإختيارية تثبت للشخص بإرادة الموصي. فالوصية هي تصرف في تركة مضاف إلى ما بعد الموت.

تعتبر التصرفات القانونية النافذة بعد الموت، أحد موضوعات القانون الدولي الخاص لذلك يمكن تعريفه بإيجاز؛ بأنه يحكم وينظم العلاقة ذات العنصر الأجنبي، وهذا إما بسبب الجنسية أطرافها أو موقع المال وهذا ما يؤدي حتما إلى البحث عن قانون مناسب يحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي حيث نظم المشرع الجزائري الميراث والوصية في مواد قانون الأسرة الجزائري، ووضع إحتسابا لوجود العنصر الأجنبي وذلك من خلال نصوص القانون المدني الذي يعتد بالجنسية، ومنه نستنتج أن قواعد الإسناد هي التي تتكفل بمعالجة هذه الإشكاليات بإسنادها إلى القانون الأنسب.

وعليه قسمت هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: الأحكام المتعلقة بالميراث والوصية.

المبحث الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على التصرفات القانونية النافذة بعد الموت.

المبحث الأول: الأحكام المتعلقة بالميراث والوصية.

تطرق المشرع الجزائري إلى الأحكام المتعلقة بالميراث والوصية وأحاطها بسياج منيع لأن أحكامه مستمدة من الشريعة الإسلامية، وهذا ما سارت عليه مختلف التشريعات العربية، وهذا ما سنتناوله في هذين المطلبين:

المطلب الأول: مفهوم الميراث.

المطلب الثاني: مفهوم الوصية.

المطلب الأول: مفهوم الميراث.

الميراث هو علم مستمد من الشريعة الإسلامية، ويطلق عليه أم الفرائض، حيث أعطت له أهمية كبيرة وبينت أحكامه بالتفصيل وعند التطرق إلى قضايا الإرث يطرح لنا إشكال ظهور العنصر الأجنبي.

الفرع الأول: تعريف الميراث.

الميراث اصطلاحاً:

عبارة عن حق قابل للانتقال ثبت لمستحق، بعد موت من كان له ذلك، لقربة بينهما أو نحوها.

وعلم الفرائض هو فقه المواريث، وعلم الحساب، الموصل للمعرفة ما تخص كل ذي حق حقه من التركة، والفريضة بمعنى مفروضة أي مقدرة لما فيها من السهام المقدرة.

فالميراث يطلق على إستحقاق إنتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة¹، وإن علم الميراث هو من العلوم الشرعية، وهو مستمد من الكتاب والسنة والإجماع، فإئذته إعطاء كل واحد حقه الشرعي من التركة².

لم يورد المشرع الجزائري تعريفا للميراث وترك ذلك للفقه والقضاء في حين عرفته المحكمة العليا، بأنه ما يخلف المورث، من أحوال وحقوق مالية، جمعها وتملكها أثناء حياته، لمن إستحقها بعد موته ومن

¹ نبيل سليمان، مسائل الخلاف في المواريث والتركات، دراسة فقهية قانونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 01، 2016-2017، ص 16.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث والوصية، الجزء 02، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 10.

ثم فإن التعويض عن الأضرار ليس إرثاً، ولا يدخل ضمن عناصر التركة، لشموليته واستحقاقه لكل متضرر وارثاً كان أو غير وارث، وخضوع التقدير فيه لجسامة الضرر، وأنه لا تركة إلا بعد وفاة المورث¹.

وتصفيتهما من الحقوق المتعلقة بها حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على:

1_ مصاريف التجهيز، والدفن بالقدر المشروع.

2_ الديون الثابتة في ذمة المتوفي.

3_ الوصية.

فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا، آلت التركة إلى الخزينة العامة².

ونقصد بالميراث أيضاً ما يطلق على الشيء المتروك بعد الموت من أموال وحقوق مالية أو غير مالية، فكل ذلك يسمى تركة، ويدخل في ذلك ديونه ووصاياه³.

لذلك حضى علم الميراث بأهمية خاصة في كتاب الله تعالى وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم، ويقول الله تعالى: "يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن كن نساءً فوق اثنين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف" وعن عمر بن خطاب رضي الله عنه أنه قال: "تعلموا الفرائض فإنها من دينكم".

ومازال هذا العلم له أهمية في عصرنا الحاضر فهو من البقية الباقية من علوم الشريعة الإسلامية⁴.

¹ بلحاج العربي، أحكام التركات والميراث على ضوء قانون الأسرة الجديد، مع آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الطبعة 02، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص ص 30-31.

² قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984 الموافق 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

³ منصور كافي، الميراث في الشريعة والقانون، دون طبعة، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 34.

⁴ عارف خليل أبو عيد، الوجيز في الميراث، الطبعة الخامسة، دار نفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص ص 9-11.

الفرع الثاني: حكمة مشروعية الميراث.

تثبت مشروعية الميراث، بالقرآن والسنة وعلى مشروعيتها إجماع الصحابة وعمل الأمة إلى يومنا هذا وإلى قيام الساعة.

وفي قوله تعالى: "من الله إلى الله كان عليما حكيمًا". وقوله تعالى: "ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن الله لم يكن لهن..."¹.

وضع الله سبحانه وتعالى تشريعات الحكمة لتنظيم المال، فبين طرق اكتساب الشرعية، وطرق الإنفاق، كما بين الحقوق التي أوجبها الإسلام في هذا المال، وطرق انتقاله في الحياة وبعد الموت، ولم يفوض ذلك إلى الإنسان؛ لأنه عليم بما انطوت عليه نفوس الإنسانية من حب المال، لذلك أوجب الإسلام أن يكون كسب المال عن طريق الميراث عن طريق الحلال لا ظلم فيه ولا غش، وأن يكون إنفاقه على النفس والأهل بالمعروف، وأن تؤدي منه حقوق الأمة والمجتمع والباقي منه وجب أن يكون خطأ لمن يخلفون صاحب هذا المال من ورثته، وإن لم يكونوا فلجماعة المسلمين الممثلين في بيت المال².

هذا النظام الذي شرعه الإسلام مظهر من مظاهر التكافل بين أفراد الأسرة الواحدة وبين الأجيال المتتابعة لأنه وسيلة من وسائل تفتيت الثروة، لئلا تتضخم تضخماً يؤدي المجتمع، فالملكية الواحدة تنتقل إلى العديد من الذرية والأقارب بمجرد وفاة المالك، وقلما تبقى كتلتها موحدة مع هذا النظام إلا في حالات نادرة لا يقاس عليها، كأن يموت المالك وليس له إلا ولد واحد³ فيرث التركة كلها؛ لأنه ليس له أب ولا أم ولا زوجة ولا بنت، أما في الأحوال الغالبة فالثروة تتوزع على عدد الأفراد، فإذا نحن وازنا بين هذا النظام والنظام الإنجليزي مثلاً، الذي يجعل من التركة كلها للابن الأكبر، تبين لنا حكمة الإسلام واضحة في تفتيت الثروة المتكتلة، فوق ما في نظامه من عدالة بين الورثة، لا توفر الصدور على الولد الكبير، وهذا النظام يتماشى مع الفطرة الإنسانية التي تحدثنا عنها، كما يتماشى مع العدالة في مستواها الأعلى، ومع مصلحة الجماعة في حدود النظرة الشاملة التي تضع الحواجز بين الجيل والجيل من بني الإنسان⁴.

¹ محمد سمارة، أحكام التركات والميراث في الأموال والأراضي، الطبعة الأولى، الناشر الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص 16.

² أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة، التجهيز والديون والوصايا والميراث وتقسيماتها، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص 215.

³ المرجع نفسه، ص 216.

⁴ المرجع نفسه، ص 216.

ومن هنا قد أبطل الإسلام نظام الإرث في الجاهلية الذي كان قائما على الهوى والظلم، واختلاط الفساد بالصلاح، وأقر نظاما محكما يحدد لكل وارث نصيب معين، ويحسم النزاع والأحقاد وتقطع الأرحام، كما أن الإسلام جعل نظام التوريث نظاما ملزما، فليس للوارث أن يرد ميراثه، لأنه حق له، وهذا خلاف لبعض النظم الغربية التي تجعل نظام الميراث نظاما اختياريا لا يثبت إلا بعد بحكم القضاء، كالنظام الفرنسي مثلا¹.

فإننا رأينا المرأة الغربية عندما خرجت للشارع مضطرة للعمل من أجل العيش، حينما تتصل منها أولياؤها أصبحت متاعا في سوق النذالة و..... والرذيلة، ذليلة ومهانة، تعرضت لسوء الأعمال والمنكرات في سبيل لقمة عيشها، بدلا من أن تكون مكرمة مصانة، تقوم بوظيفة الأمومة والرعاية للنشء وتوفير الراحة والطمأنينة لزوجها.

حكمة تفصيل الرجل عن المرأة في الميراث فمرده إلى التبعة التي يضطلع بها الرجل في الحياة أكثر من امرأة، فهو ملزم بالكد والسعي والإنفاق على نفسه².

وكونه قواما عليها في قوله تعالى: "الرجال قوامون على النساء" لأنه هو حامل أعبائها المادية والمعنوية لوجود الاستعداد الطبيعي والخلفي عنده، بخلاف المرأة التي تختلف طبيعتها وخلقتها عن الرجل، ولا تساعدها ظروف الحمل والولادة، وتكوينها الجسمي على شيء من ذلك وقد بين الله تعالى سبب هذه القوامة في قوله تعالى: "بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم". وقد بين الله تعالى أن المرأة جعلت حرثا على النسل قال تعالى: "تساؤكم حرثا لكم"³.

وقد إعتترف الإسلام بميراث البنات والصبي وجعل نصيب الأنثى نصف الرجل لأنه الكافل لأسرته، وعليه وحده يقع عبئ الإنفاق، كما انه ألحق الزوجة بالقربة تقديسا للصلة بين الزوجين، وإبراز مظهر الوفاء، والحق الوفاء أيضا بالقربة إعترافا بالجميل وشكرا على المعروف، أما من يتعدى حدود القسمة الشرعية، وينحرف عن نظام التوريث العادل فإن الله سبحانه وتعالى يقول: "ومن يعص الله ورسوله يتعد حدوده يدخله نارا خالدا فيها وله عذاب مهين" وقوله تعالى: "تلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه"⁴.

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 12.

² أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 217.

³ المرجع نفسه، ص 218.

⁴ بلحاج العربي، الوجيز في قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق، ص ص 12-13.

على أن مبدأ مساواة المرأة بالرجل الذي ساد في أوروبا وأمريكا لا يزال في دور التجربة، ولم تصدر الحياة حكمها عليها هل هو خير أم شر لها، وهل هو شيء عارض لا يلبث أن يزول وتعود المرأة كما كانت أو أنه باق دائم، إلا أنه بدأ منذ فترة يلوح في الأفق بوادر انحسار هذا المبدأ، لأنه يخرج المرأة عن طبيعتها، ويفقدها أهم وظائفها في الحياة وهي وظيفة الأمومة ورعاية النشء¹.

ولقد بدأت بوادر الضيق والتبرم بهذا المبدأ تظهر في محيط المرأة نفسها.

هذه بعض حكم الميراث التي يلمسها العقل البشري، وإن كان الأساس فيه الرضا والتسليم بما قسمه الله لعباده وارتضاه لهم، وهو أعدل القاسمين وأحكم الحاكمين².

الفرع الثالث: أسباب الميراث.

أولاً: القرابة الحقيقية.

تتمثل في رابطة النسب وهي الوالدان، والأولاد، والإخوة، والأعمام، وغيرهم ويمكن أن نقول بإيجاز؛ الوالدان والأولاد ومن انتسب إليهم، ويشمل أصول الميت وفروع أصوله القريبين والبعيدين³، حيث جاءت المواد 126 و139 إلى غاية 142 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي:

المادة 126: أن القرابة تعتبر سبب من أسباب الإرث.

المادة 139: ينقسم الورثة إلى أصحاب فروض، عصبية، ذوي الأرحام.

المادة 140: ذوو الفروض هم الذين أسهمهم في التركة شرعا.

المادة 141: يرث من النساء البنت وبنات الابن، وإن نزل، والام والزوجة والجدة من الجهتين وإن علت، والأخت الشقيقة، والأخت لأب، والاخت لأم.

¹ عارف خليل أبو عيد، المرجع السابق، ص ص 9-10.

² المرجع نفسه، ص 10.

³ عبد الفتاح تقيّة، الوجيز في الموارث والتركات، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 18. أنظر أيضا في تعريف القرابة، أحمد محمد المومني، أحكام التركات والموارث، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 40.

المادة 142: يرث من النساء البنت وبنات الابن، وإن نزل، والأم والزوجة والجدة من الجهتين وإن علت، والاخت الشقيقة، والأخت لأب، والاخت لأم.¹

ويثبت النسب بزواج صحيح أو بالقرابة أو بشهادة الشهود بأنه ولد على فراش الزوج من زوجته (المادة 40 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 02/05، وذلك على ان الولد للفراش إن مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل وأمكن الاتصال ولم ينف الزوج بالطرق المشروعة (المادة 41 من قانون الأسرة) وأقل مدة حمل ستة أشهر وأكثرها عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، طبقاً لنص المادة 42 و 43 من قانون الأسرة²، كما أضافت المادة 45 مكرر المضافة بالأمر 02/05 على أنه يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي، بالشروط القانونية الآتية؛ أن يكون الزواج شرعياً، وأن يكون التلقيح برضا الزوجين وحال حياتهما، وبمضي الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما، ولا يجوز اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي بإستعمال الأم البديلة³.

ثانياً: الزوجية.

قرر المشرع الإسلامي اعتبار عقد النكاح الصحيح سبباً من أسباب الإرث بين الزوجة والزوج يرث كل منهما الآخر ويجب توفر الشروط الآتية:

1. أن يكون الزواج صحيحاً:

أي الذي تتوفر فيه شروط الانعقاد والصحة حتى ولو لم يكن هناك دخول أو خلوة.

وان الرسول صلى الله عليه وسلم قضى بربوع بنت وأشق أن لها الميراث، وكان زوجها قد مات قبل الدخول بها⁴، ولا يقع التوارث بين الزوجين إلا إذا كان عقد الزواج صحيحاً ولو من غير دخول أو خلوة وهذا ما تناولته المادتين 126 و 130 من قانون الأسرة الجزائري.

المادة 126: أسباب الإرث: القرابة، والزوجية.

المادة 130: يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع البناء.

¹ بلحاج العربي، أحكام التركات و الموارث، ص 96.

² المرجع نفسه، ص 96.

³ المرجع نفسه، ص 96.

⁴ محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة، دراسة مقارنة، دون طبعة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 63.

أي ما جاء تطبيقاً لنص المادة 09 من نفس القانون المعدلة بالأمر 02/05 والمادة 09 مكرر المضافة بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، فمتى كان عقد الزواج صحيحاً، فقد وجد سبب التوارث بين الزوجين.

ويثبت الزواج العرفي بين الهالك بسماع شهادة الشهود¹، بالإضافة على توجيه اليمين إلى المدعي بالزواج العرفي من المورث، وهذا وفقاً لقول الإمام خليل في باب الشهادة "لا نكاح بعد الموت" وعلى هذا حكمت المحكمة العليا بأن القضاء بإثبات الزواج العرفي (بعد وفاة الزوج) اعتماداً على يمين الزوجة، ودون توافر الأركان الشرعية، هو مخالف للشرع والقانون.

أما إذا ثبت بطلان الزواج فلا توارث بين الزوجين (المادة 131 من قانون الأسرة)².

2. أن تكون الزوجية قائمة وقت وفاة المورث ولو حكماً:

أن يتوفى أحدهما في عدة الطلاق الرجعي سواء كان في حالة صحة المطلق أم في مرضه، فإذا توفى أحد الزوجين ورثه الآخر، لأن الطلاق الرجعي لا يقطع حكم الزوجية مادامت لم تنته عدة المطلقة بدليل أن للزوج أن يراجعها بقول أو فعل بدون عقد أو مهر جديد دون التوقف على رضا المعتدة، من هذا الطلاق الرجعي مادامت الرجعية قد حدثت في العدة³.

جاءت المادة 132 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "إذا توفى أحد الزوجين قبل صدور حكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث"⁴.

فإذا وقع الطلاق وانتهت العدة، أصبح الطلاق بائناً بأنواعه (سواء أصدر من القاضي أم من الزوج) ولا يحصل الميراث. فإن المعتدة من الطلاق البائن لا تراث إلا في طلاق الفرار⁵، وهو طلاق المريض مرض الموت لزوجته فراراً من ميراثها في تركته بعد وفاته؛ فإذا مات وهي في عدتها ورثت منه، معاملة له بنقيض قصده، لما روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها؛ أنها قالت: " إمرأة الفار تراث ما دمت في العدة"⁶.

¹ بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص ص 92-93.

² المرجع نفسه، ص 93

³ محمد يوسف عمرو، المرجع السابق، ص 64.

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 93 .

⁵ بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص ص 93-94.

⁶ المرجع نفسه، ص 94.

وحسب المذهب الحنفي متى حصلت الوفاة والزوجة لا تزال في عدة من طلاق رجعي، فقد تحقق الشرط مهما كانت المدة بين الطلاق والوفاة¹.

الفرع الرابع: شروط علم الميراث.

قبل التطرق إلى شروط علم الميراث نقوم بإيجاز ذكر أركانه.

أ. تعريف الركن:

لغة: وهو الجانب الأقوى، أو أحد الجوانب التي يستند إليها الشيء ويقوم بها.

اصطلاحاً: ما يكون قوام الشيء ووجوده، بحيث يعد جزءاً داخلاً في ماهيته.

وأركان الميراث ثلاث وهي:

1. المورث:

هو الميت حقيقة، أو الملحق بالأموات كالمفقود الذي حكم القاضي بموته².

2. الوارث:

هو الذي ينتمي إلى الميت بسبب من أسباب الميراث³.

3. الموروث:

وهو الشيء الذي يورث عن الميت، ويسمى الشيء الموروث أو التركة بعناصرها المختلفة ولقد ذكرنا آراء الفقهاء في تحديدها.

هذه هي الأركان وبنعدام ركن منها، فلا يمكن أن تتصور ميراثاً ولا تركة⁴.

¹ محمد يوسف عمرو، المرجع السابق، ص 65.

² محمد عبد الله بخيت، محمد عقله العلي، الوسيط في فقه الموارث، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 23.

³ بدران أبو العينين بدران، أحكام التركات والموارث في الشريعة الإسلامية والقانون، دون طبعة، مؤسسة شباب جامعة مصطفى مشرفة، مصر، 2003، ص 73.

⁴ بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 104.

ب. شروط الميراث:

الشرط الأول: تحقق موت المورث حقيقة أو حكما أو تقديرا.

أ. الموت الحقيقي:

موت المورث حقيقة بتحقق مشاهدته ميتا¹، لقوله تعالى: "كل نفس ذائقة الموت"، وقوله سبحانه: "ولن يؤخر الله نفسا إذا جاء أجلها والله خبير بما تعملون".

ومعيار الموت في القانون الطبي، هو موت الدماغ؛ أي توقف الدماغ بصفة تامة ونهائية، توقفا لا رجعة فيه وإن كان الجسد لا يزال حيا بوسائل الإنعاش الصناعي وفي هذه الحالة يجوز شرعا رفع أجهزة الإنعاش الصناعي المركبة على الشخص².

إن الموت يكون محققا حينما تموت الخلايا الأساسية للدماغ، والمصاب في حالة الاغماء الكلي، فبموت خلايا الدماغ يموت الجسم كله.

وقد ذهب المحكمة العليا بأن إثبات تاريخ الوفاة قصد الوصول إلى مال التركة، لا يعد مجرد مسألة من مسائل الحالة، فإنه يستوجب على قضاة الموضوع، قبول شهادة الأقارب في إثبات الوفاة، مع التحقيق في القضية وفقا للمادة 64 من قانون الإجراءات المدنية³.

أما موت المورث حكما يكون نتيجة حكم قضائي لشخص مفقود لا نعلم حياته أو وفاته⁴.

وقد بني حال المفقود أثناء فقده حتى يحكم بموته، على أصل الاستصحاب وهو ما يفسر صدور الحكم القاضي بموت المفقود وذلك بناء على ما ترجح عنده من القرائن التي تفيد غلبة الظن بأنه مات المادة 113 والمادة 114 والمادة 115 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي⁵:

المادة 113: يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الإستثنائية بمضي أربع سنوات من التحري.

¹ عبد الحميد الشوربي، أحكام التركات في ضوء الفقه والقضاء، دون طبعة، منشأة المعارف، مصر، 1990، ص 93.

² بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث، المرجع السابق، ص 100.

³ المرجع نفسه، ص 101.

⁴ منصور كافي، علم الفرائض، المواريث في الشريعة والقانون، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 39.

⁵ بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث، المرجع السابق، ص 116-117.

المادة 114: يصدر الحكم بفقدان أو مون المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة.

المادة 115: لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها.¹

وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في إجتهاداتها، من أنه في حالة الحكم بوفاة الغائب، يستوجب إصدار حكم مسبق يقضي بفقدانه، ثم إصدار حكم ثاني يقضي بموته، بعد انقضاء آجال البحث عنه في نصوص المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري على مايلي: المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم².

أما الموت التقديري يكون في حالة انفصال الجنين عن أمه ميتا ولا يرث شيئا، ولكن الأمر يتشعب إذا نزل من بطن أمه، أو بمعنى أدق أسقط من بطن أمه بسبب جناية ارتكبت عليها. ويجب في ذلك الغرة والمقدرة بنصف عشر الدية، فمن يملكها إذن؟ أم ليست من حقه أصلا؟ بل هي حق من الوالدين؟ لقد ذهب الأحناف؛ إلى أن الجنين يملك الغرة ويورثها لورثته حيث أوجب الشارع الغرة على الضارب وهو بمثابة الضمان³

أما جمهور الفقهاء بما فيهم المالكية؛ قالوا بعدم ميراثه لأنهم اشترطوا نزوله حيا حتى يرث، ولكن مع هذا قرروا تملكه الغرة فهو يرث ولا يورث.

أما ربيعة بن عبد الرحمان والليث بن سعد؛ فإنهما يمنعان ميراثه والميراث عنه، والغرة أصلا للأم لأن سقوطه يعتبر بمثابة سقوط جزء منها.

ويرى هرمز؛ أحد شيوخ الإمام مالك، إنما يملك الغرة أبواه إذا كان على قيد الحياة ويقسمانها للذكر

مثل حظ الأنثيين، فإذا كانت الأم وحدها بأن كان الأب ميتا فإنها تكون للأم وحدها⁴.

¹ بلحاج العربي، أحكام التركات و الموارث، ص 116

² المرجع نفسه، ص 116.

³ منصور كافي، علم الفرائض، المرجع السابق، ص ص 39-40.

⁴ المرجع نفسه، ص 40.

ولقد نص القانون الجزائري في المادة 127 من قانون الأسرة بأنه "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة، أو باعتباره ميتا بحكم القاضي، ولم يعتبر الموت المبني على الحياة التقديرية وتحصر التركة في الوقت المناسب بعد وفاة المورث حقيقة أو تقديرا¹.

الشرط الثاني: تحقق حياة الوارث وقت موت مورثه.

تحقق حياة الوارث بعد موت المورث وذلك بأن يشاهد حيا حياة مستقرة بعد موت المورث²، نصت عليه المادة 128 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي:

يشترط لإستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث.

وهنا لا يرث الحمل في القانون الجزائري إلا إذا تحققت حياته وقت وفاة مورثه، مع ثبوت سبب الميراث، وعدم وجود مانع من موانع الإرث حسب المادة 128 من نفس القانون، بأن يولد حيا في المدة المقررة شرعا وقانونا حسب نصوص المواد 42 و 43 و 134 و 174 و 187 من نفس القانون، فإن أقصى مدة حمل 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة حسب نص المادة 43 من قانون الأسرة، ويعتبر الحمل حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة، بصراخ أو عطاس أو حركة أو تنفس وحسب نص المادتين 134 و 187 من قانون الأسرة الجزائري³.

وفي هذا جاء قوله صلى الله عليه وسلم: "إذا استهل المولود صارخا ورث"، إذا إدعت المرأة الحمل وكذبها الورثة، فإنها تعرض على الخبرة الطبية، مع مراعاة أحكام النسب الواردة في المادة 43 من قانون الأسرة والمادة 174 من نفس القانون، أي أنه إذا حصل النزاع في حياة المولود، رجع الامر إلى ذوي الاختصاص من الأطباء، وعلى هذا الأساس، فإن ولد الحمل كله حيا في المدة الشرعية، أخذ نصيبه من الميراث، لتحقق حياته وقت وفاة مورثه، وأما إن ولد ميتا، أو ولد حيا في مدة أكثر من مدة الشريعة المقررة، فإنه لا يرث ويوزع نصيبه الموقوف على بقية الورثة⁴.

¹ بلحاج العربي، أحكام التركات و الموارث، ص 104.

² محمد زيد الأبياني، شرح أحكام الشريعة في الأحوال الشخصية، الجزء الثالث، دون طبعة، مكتبة النهضة، العراق، دون سنة نشر، ص 06.

³ بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 105.

⁴ المرجع نفسه، ص ص 105-106.

أما إذا مات اثنين أو أكثر ممن يتوارثون كأب وابنه في وقت واحد، ولم يعلم السابق بالموت منهم، وذلك كالغرقى والحرقى، فلا يرث بعضهم من بعض لعدم معرفة المتقدم والمتأخر موتاً، وتقسّم التركة كل واحد على ورثته المحقق وجودهم وقت موته، لأن العلة في منع التوارث هي عدم تحقق حياة الوارث بعد وفاة المورث وحيث تثبت العلة يثبت المنع¹.

جاءت المادة 129 على أنه: "إذا توفى إثنان أو أكثر ولم يعلم أيهما هلك أو لا، فلا إستحقاق لأحدهم في تركة الآخر، سواء كان موتهم في حادث واحد أم لا" وهذا إنطلاقاً من أحكام الفقه الإسلامي التي تشترط التيقن في حياة الوارث بعد موت مورثه، وهي مبادئ تختلف مع المواد 720 و721 و722 من القانون المدني الفرنسي التي تجيز الميراث في هذه الظروف.

وعلى القاضي في مثل هذه القضايا مراقبة وفحص ما يقدم له من تقارير وشهادات طبية ومعاينات².

الشرط الثالث: العلم بالدرجة التي اجتمع فيها.

وصور العلماء في هذه المسألة فيما إذا دخل على المفتي أربعة رجال لا يعرفهم وقالو نحن ثلاثة إخوة وهذا الرابع ابن عم لنا، ومات أحد الثلاثة وتنازع اثنان نزاعاً يدعي كل منهما فيه أنه شقيق للميت ولم تقم البينة على أيهما الشقيق وبقي الشك، فالمال حينئذ لا شك فيه أنه لإن عم الذي لا شك في مرتبته من الهالك³.

الفرع الخامس: موانع الميراث.

موانع الإرث ثلاثة وهي:

- القتل.
- اختلاف الدين
- الردة واللعان.

¹ عارف خليل أبو عيد، الوجيز في الميراث، الطبعة الخامسة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 206، ص 53.

² بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 107.

³ منصور كافي، علم الفرائض، المرجع السابق، ص 40-41.

وسوف نقوم بشرح كلا من هذه الموانع كما يلي:

أولاً: القتل نوعان؛

- قتل العمد.
- قتل الخطأ¹.

القتل العمد:

يعد القتل مانعا من الميراث بإتفاق الفقهاء إلا أنهم قد اختلفوا في تحديد المقصود من هذا القتل هل هو مطلق القتل أم لا بد من شروط معينة ومحدودة توضح مقصود القتل المانع فهناك حديث "ليس للقاتل ميراث"²، حيث جاءت المادة 135 من قانون الأسرة الجزائري توضح مقصود القتل المانع بقولها يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:

- قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا.
- شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه.
- العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات العمومية المعنية³.

ومع إتفاق الجمهور بأن القاتل لا يرث، قد اختلفوا في حقيقة القتل مانع الميراث:

فالشافعي -رضي الله عنه- اعتبر كل قتل مانعا من الميراث، سواء أكان القتل عمد أم غير عمد، وسواء أكان عدوانا أم غير عدوانا، بل اعتبر القتل مانعا من الميراث ولو كان القاتل غير مكلف، بأن كان مجنونا أو معتوها، ولو كان القاتل قاضيا قضى بالإعدام بحق، أو شاهدا شهد بالعدل فقاضى بالعدل فقاضى بالإعدام بشهادته⁴، أو لو كان مزكي للشهادة، وسمعت على أساس تركيته، وكذلك الجلال الذي ينفذ حكم الإعدام، والأساس في ذلك هو تحقق وصف القاتل، فإذا تحقق ذلك الوصف على أي اعتبار

¹ صالح ججيك الورثاني، الميراث في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، دون دار نشر، دون بلد نشر، دون سنة نشر، ص 18.

² باوني محمد، محاضرات في الموارث، تمارين ومسائل محلولة، الطبعة الثالثة، منشورات مكتبة اقرأ، الجزائر، 2014، ص 19.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 106.

⁴ الإمام محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، دون طبعة، دار الفكر العربي، مصر، 1963، ص ص 89-90.

كان تحققه، فيكون الحرمان من الميراث مناطه هو القتل من غير قيد أو وصف، وكل هؤلاء يوصفون به¹.

أما في المذهب الحنفي يرون أن القتل المانع من الميراث هو كل قتل مباشر، وبغير حق، فمن باشر القتل بنفسه حرم من الميراث، إن كان قتله هذا يتعلق به قصاص أو كفارة فهو يشمل القتل العمد، والقتل الخطأ وشبه الخطأ، وأن يترتب عنه مسؤولية شرعية ولا يدخل عندهم، القتل في حالة الدفاع الشرعي، والتسبب والتحريض والمشاركة وشهادة الزور، أو إقامة الحد، فهذه كلها أعمال وتصرفات لم يباشرها القاتل فلا تعد مانعا من الميراث لأنه لم يباشرها بالحواس والأعضاء وإن كانت تعد قتلا فلا تمنع².

القتل الخطأ:

هو القتل الذي يقع خطأ سواء في القصد كان يرمي الصياد شبكا يضمنه صيدا، فإذا به يصيب إنسانا، فيرديه قتيلا، وخطأ في الفعل كأن يرمي الصياد صيدا حقيقيا، فتتحرف الرصاصة عن هدفها لتصيب إنسانا.

هذا النوع من القتل مانع للإرث في مذهب الشافعية، ولا يكون مانعا في مذهب الإمام، وإن كان يحرم القاتل الخطأ من الدية أو التعويض.

جاءت المادة 137 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "يرث القاتل خطأ من المال دون دية أو تعويض"³، هذه المادة واضحة في نصها ومصدرها، وفي منطوقها اللغوي، وفي معناها وفي حكمها الشرعي والقانوني، ولكن تطبيقها في الميدان يفرز لنا مورثا واحدا بتركتين:

الأولى تسمى؛ "المال" هو كل ما يملكه المجني عليه من مال أو منقول أو عقار إلى لحظة وفاته، والثانية تسمى؛ "الدية أو التعويض" وهي حق الورثة المترتب لهم من فعل القتل الخطأ، أي أن الأمر يستوجب في التطبيق الفعلي تحرير فريضتين للمجني عليه في جريمة القتل الخطأ إذا كان الجاني وارثا للمجني عليه⁴.

¹ الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 90.

² باوني محمد، المرجع السابق، ص ص 19-20.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 108.

⁴ صالح ججيك الورثاني، المرجع السابق، ص 18.

ثانيا: إختلاف الدين.

هذا الأمر مجمع عليه حسمه الرسول صلى الله عليه وسلم في حديثه الصحيح: "لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم" متفق عليه، وهذا هو مذهب الأئمة الأربعة رضوان الله عليهم، لأن الإرث أساسه والتناصر، وهذه الأمور منتفية كلها بين المسلم والكافر...

فالزوج المسلم المتزوج بمسيحية أو بيهودية لا توارث بينهما، حيث قال تعالى: "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا"¹.

ثالثا: الردة واللعان.

أ. الردة:

جاءت المادة 138 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أن: "يمنع من الإرث الردة وهو ما سارت عليه المحكمة العليا، من أنه من موانع الميراث الكفر، وإن الممنوع من الإرث لا يحجب غيره"².

وهذا كذلك ما حكمت به المحكمة العليا على أنه من الثابت شرعا أنه لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر، ولا يتوارث أهل الملتين شيئا (المادة 222 من قانون الأسرة) فإنه من موانع الميراث الكفر وأن الطاعن لم يتلفظ بالشهادتين أمام الجهة المؤهلة لذلك إلا بعد وفاة أمه المسلمة، وعليه فلا توارث بينهما³.

ب. اللعان:

لغة: هو الطرد والابتعاد.

إصطلاحا: شهادات تجري بين الأجيال مؤكدة بالأبواب مقرونة باللعن من جانب الزوج، وبالغضب من جانب الزوجة، وذلك عند اتهام الزوج زوجته بالزنا أو نفي نسب ولدها إليه، فاللعان مانع من الميراث، لإنتفاء النسب بينهما حيث لم يبق في الانتساب لجهة أمه.

¹ منصور الكافي، علم الفرائض، المرجع السابق، ص ص 45-46.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 109.

³ المرجع نفسه، ص 131.

ميراث ولد الملاعنة؛ يكون من أمه فقط وأقاربها، وميراث أمه يقدر بالثلث والباقي يكون لبيت مال المسلمين، أما المالكية فيعتبرون توأم اللعان إخوة أشقاء، فهو عصبه لأخيه¹.

جاءت المادة 138 من قانون الأسرة التي تنص على أن: "يمنع من الإرث اللعان"، وجاءت المادة 40 من نفس القانون المعدلة بالأمر 02/05 في فقرتها الثانية "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، ومن الوسائل العلمية في هذا الشأن البصمة الوراثية"، وأن الطريق الشرعي والقانوني لنفي النسب هو اللعان فقط وهو ما أكدته المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري على أن: ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة.

المطلب الثاني: مفهوم الوصية.

عنت الشريعة الإسلامية بعلم الوصية، وضبطت أحكامها وبينت مفاهيمها، فهي نوع من انتقال الملكية بالخلافة، تخضع لقانون جنسية الموصي وقت وفاته فيما يخص آثارها.

الفرع الأول: تعريف الوصية.

أولاً: تعريف علم الوصية لغة.

إسم لما يوصي به الإنسان، والوصية هي العهد أي إذا أوصاه وعهد إليه بالأمر، ووصى إلى فلان توصية إذا جعله وصياً من بعده، أي عهد إليه بأمور تركته، وتطلق على تملك المال تملكاً مضافاً إلى ما بعد الموت².

ثانياً: تعريف الوصية في الاصطلاح الفقهي.

حيث نجد أن الفقهاء عند تعريفهم للوصية قد وضعوا لها تعاريف كثيرة ومنوعة تختلف في وضوحها وخفائها ووفائها وقصورها³، وإختلافهم يرجع إلى العبارة والأسلوب أكثر منه إلى تحديد المعنى وتعريفه فقد عرفها جمهور الفقهاء الحنفية بأنها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع،

¹ منصور كافي، علم الفرائض، المرجع السابق، ص ص 47-48.

² العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص 259.

³ عبد اللطيف دريان، فقه الوصية في المذاهب الإسلامية والقوانين العربية، م 01، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، لبنان، 2009، ص 46.

عرفها المالكية أيضا بأنها "هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته، سواء صرح بلفظ الوصية أم لم يصرح"

وعرفها الحنابلة بأنها: "تبرع بالمال بعد الموت أو الأمر بالتصرف بالمال بعد الموت"¹.

ثالثا: تعريف الوصية في القوانين العربية.

جاءت المادة 148 في قانون الأسرة الجزائري بتعريف للوصية بقولها أن: "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع" وهو تعريف لا يختلف كثيرا عن التعريف الشرعي، إذ يمثل جميع أنواع الوصايا" أما موقف مدونة الأسرة المغربية من تعريف الوصية فجاء في نص على أنه المادة 277 منها بقولها: " الوصية عقد يوجب حقا في ثلث المال عاقده يلزم بموته"، حيث جاء هذا التعريف (03 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 03-70.

أما موقف مشروع قانون الأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون الخليجي من تعريف الوصية أنها وثيقة مسقطة للنظام (القانون) الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، تعرض لتعريف الوصية في المادة 196 التي تنص على أن: "الوصية تصرف على وجه التبرع مضاف إلى ما بعد موت الموصي"².

أما موقف المشروع العربي الموحد للأحوال الشخصية من تعريف الوصية، نص مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية لتعريف الوصية في المادة 204 بقولها أن: " الوصية تصرف على وجه التبرع مضاف إلى ما بعد موت الموصي"³.

الفرع الثاني: حكمة مشروعية الوصية.

لقد شرعت الوصية لأحكام جلييلة وأغراض سامية منها ما يلي:

- أن يتدارك الإنسان ما فاتته وما قصر فيه من أعمال البر والخير قبل أن تفاجئه الوفاة.
- مساعدة غير الوارثين من الأقارب أو من غيرهم ممن يحتاجون إلى المال.

¹ عبد اللطيف دريان، المرجع السابق، ص ص 46-47.

² المرجع نفسه، ص ص 53-54.

³ المرجع نفسه، ص 54.

- رفع الظلم عن إنسان كان قد وقع عليه من الموصى أو تسبب فيه أو مكافئة شخص أسدى إليه معروفا في حياته¹.
- أن في تشريع الوصية وإعطاء الممتلك حق التصرف في توزيع جزء من تركته على حساب هواه ورغبته فيه دافع قوي للعمل والسعي والكد في الحياة².

الفرع الثالث: أركان الوصية.

أولاً: الموصى.

لقد اشتراطوا في المذهب الشافعي على أن الحرية والعقل، فتصح وصية الكافر الحر والمحجوز لفسفه، ولا تصح وصية المجنون ولا رقيق ولا الصبي المميز، وفي المذهب قول بصحة وصية الصبي المميز.

أما في المذهب المالكي تكون شروط الموصى على النحو الآتي:

- الحرية.
- التمييز.
- أن يكون مالكا لما أوصى به ملكا تاما³.

وجاءت المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري والتي تتعلق بالموصي حيث تنص على أن تمتعه بقواه العقلية: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغ من العمر 19 سنة على الأقل، وهي تبطل الوصية بالجنون، وبلوغ سن 19 من العمر، وليس أقل من ذلك، وتستوجب البطلان إذ لم يتوفر الشرطان.

وجاءت المادة 196 من نفس القانون: "الوصية بمنفعة لمدة غير محدودة تنتهي بوفاة، وتعتبره عمري"⁴.

¹ محمود حسن، أحكام الوصية بين الشريعة والقانون، دون طبعة، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، 1993، ص 46.

² المرجع نفسه، ص 46.

³ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 112.

⁴ العربي بختي، المرجع السابق، ص 263

ثانيا: الموصى له.

وتحكمه شروط نذكر منها:

- أن يكون الموصى له موجودا حقيقة أو تقديرا كالحمل:

فإن لم يكن موجودا لا تصح الوصية لأن الوصية تمليك، وتمليك المعدوم لا يجوز، فذهب المذهب الحنفي بالقول يجب أن يكون الموصى له موجودا، فإن لم يكن موجودا فلا تصح الوصية، فإذا قال: أوصيت بثلاث مالي، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت موت الموصي في ظاهر الرواية، أما المذهب الشافعي إشتراط أن يتصور للموصي له الملك عند موت الموصي، فلا تصح لميت، وتصح لحمل موجود ولو نطفة¹، ويجب أن يعلم أن الحمل كان موجودا عند الوصية، ويعرف ذلك بولادته لدون ستة أشهر من تاريخ الوصية، لأنها أقل مدة حمل، فإذا خرج قبلها علم أنه كان موجودا عند الوصية، فإن انفصل لستة أشهر فأكثر، والمرأة ذات زوج لم يستحق، لإحتمال حدوثه بعد الوصية، فإن لم تكن لذات الزوج، وانفصل الحمل لأكثر من أربع سنين، لم يستحق، وإن انفصل لأربع سنوات أو أقل استحق لأشهر².

كما يثبت النسب الظاهر عند وجود الوصية، والقول الثاني؛ لا يستحق، لإحتمال العلق بعد الوصية من وطن الشبهة أو الزنا، ورد ذلك بأن الأصل عدم ذلك، ووطن الشبهة نادر، وتقدير الزنا إساءة ظن قاله سبكي تفقها، ونقله غيره عن الأستاذ أبي منصور، وهو كما قال الزركشي ظاهر في الفاسقة ونحوها دون غيرها³.

وبالإطلاع على رأي علماء المالكية يجد أنهم لم يتشروطوا وجود الحمل أصلا، بل أجازوا الوصية له، وتبقى موقوفة حتى ييأس من وجوده، وبينما تبطل الوصية، ويعود المال الموصى به إلى ورثة الموصي⁴.

¹ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص ص 123-124.

² المرجع نفسه، ص 124.

³ المرجع نفسه، ص ص 124-125.

⁴ العربي بختي، المرجع السابق، ص 264.

- أن يكون أهلاً للتملك:

اتفق الفقهاء على أن يكون الموصى له من أهل الإستحقاق عند الوصية له، أي أن يكون أهلاً للتملك، فإذا أوصى لحيوان فإن الوصية عند الشافعية والمالكية والحنفية تقع باطلة¹.

- الوصية للأجنبي ولل قريب الوارث وغير الوارث:

تصح الوصية للأجنبي ولل قريب الوارث وغير الوارث، وهذا لاختلاف عليه في المذهب الجعفري وقيل عليه بالإجماع عندهم.

والدليل على صحة الوصية للوارث عندهم بالإضافة إلى الإجماع جاءت النصوص الصريحة صحيحة منها:

صحيحة أبي بصير قال: قالت لأبي عبد الله عليه السلام يجوز للوارث وصية؟ قال نعم². وفي صحيحة أبي ولادة عن الإمام الصادق عليه السلام وقد سأله عن الميت يوصي لل بنت بشيء؟ قال: جائز.

وصحة الوصية للوارث عندهم يدل عليها إطلاق الأدلة الوصية في قوله تعالى: "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت... وإن قيل: إن هذه الآية منسوخة بآية الموارث فالرد أنه لم يتحقق ذلك³.

- أن لا يكون قاتلاً للموصي:

يرى جمهور الفقهاء أن قاتل الموصي يحرم من الوصية، لأن القتل يمنع الوصية ويبطلها، وذلك أخذ بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "القاتل لا يرث"، وذلك حرمان له من الوصية وعقاب له على القتل، وقد رأى علماء المالكية أن القتل المانع من الوصية هو القتل العمد، مباشرة كان أم بالتسبيب، أما القتل الخطأ فهو في رأيهم لا يمنع الوصية⁴.

أما الحنفية فقد ذهبوا إلى أن القتل المانع من الوصية هو القتل الذي يجب فيه القصاص، وهو القتل المباشر، عمداً كان أم خطأ.

¹ العربي بختي، المرجع السابق، ص 264.

² عبد اللطيف دريان، المرجع السابق، ص 925.

³ المرجع نفسه، ص 925.

⁴ العربي بختي، المرجع السابق، ص 265.

وذهب الحنابلة إلى أن القتل المانع من الوصية هو القتل بغير حق، أما الشافعية فقد رأوا أن القتل مانع في كل الأحوال، حيث جاءت المادة 188 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا".

ثالثا: شروط الموصى به.

- أن يكون مالا حقيقيا أو حكما.
- فالمال الحقيقي؛ كالدنانير والذهب والأشياء العينية ونحوها.
- والمال الحكمي؛ كالمنافع مثل السكن الدار ونحوها.
- وتصح الوصية بالمنافع المباحة، سواء كانت الوصية مؤقتة بسنة أو شهر أو مطلقة، وبناء على هذا الشرط فلا تصح الوصية بالميتة والدم¹.
- أن يكون قابلا للتمليك بعد موت الموصي بأي سبب من أسباب الموت:

لأن الوصية تمليك فما لا يقبل التمليك لا تتعد به الوصية، وبناء عليه تصح الوصية بكل مال منقول من الأعيان، ومن النوافع؛ لقبولها التمليك فلو أوصى بعين أو نقد معين جاز ذلك، لأنه قابل للتمليك بالبيع أو الهبة كذلك لو أوصى بمنفعة كسكنى دار جاز لأنها تملك بالإجازة².

حيث جاءت المادة 190 من قانون الأسرة على ما يلي " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها، والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة، فهي تجيز الإيصال بكل ما ينبغي أن يكون مباحا ونافعا للورثة³.

- أن لا يكون الموصى به مستغرقا بدين:

أداء الدين واجب، والوصية في غير الواجبات مندوبة، والواجب مقدم على المندوب، وقد إنعقد الإجماع على تقديم الدين على الوصية، وإن تقديم القرآن الكريم للوصية على الدين للتأكيد على أهميتها، وحث الورثة على إخراجها، وعدم الإهمال بها لا لتقديمها في الإخراج كما بينا، فبناء على ذلك إذا استغرقت الديون التركة فلا مجال للوصية⁴.

¹ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 131.

² المرجع نفسه، ص 132.

³ العربي بختي، المرجع السابق، ص 265.

⁴ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 132.

وقد تصح الوصية بمال مستغرق بالدين في حالتين:

- إذا أبراه الغرماء وأسقطوا ديونهم جازت الوصية حينئذ.
- إذا أجاز الغرماء إنفاذ الوصية قبل الدين جازت الوصية أيضا¹.
- مقدار الموصى به:

لإختلاف بين العلماء على أن الوصية لا ينبغي أن تزيد عن ثلث التركة، فإذا زادت عن ذلك المقدار بطلت، أما ما كان ضمن ثلث التركة فهو صحيح ونافذ، ويبقى ما هو زائد عن الثلث موقوفا على إجازة الورثة، فإن أجازوه نفذ، وإن لم يجيزوه بطل، لكن المالكية في المشهور عندهم قالوا: إن الجزء الزائد عن الثلث لا يقبل الإجازة، بل هو باطل أصلا².

جاءت المادة 185 من قانون الاسرة الجزائري التي تنص على أنه: تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد عن الثلث توقف على إجازة الورثة³.

الفرع الرابع: بطلان الوصية.

من الثابت شرعا وقانونا أن الوصية إذا وقعت مستوفية كل شروطها ومقوماتها تكون صحيحة، فإذا مات الموصى مصرا على وصيته، ولم يوجد ما يبطلها وقبلها الموصى له، نفذت في حدود الثلث، وترتب عليها آثارها ولكنه قد يحدث ما يلغي الوصية ويبطلها، ومن جهة الموصى، أو من الموصى له، أو من جهة الموصى به⁴.

أولا: مبطلات الوصية من جهة الموصى.

تبطل الوصية عند الحنفية بالجنون المطبق، ونحوه كالعته، لأن الوصية عقد غير لازم كالوكالة، فيكون لبقائه حكم ابتدائه.

بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا تبطل الوصية بالجنون، سواء كان مطبقا أم لا، ولا يؤثر زوالها بعدئذ في صحة العقد أو التصرف⁵، وهذا ما جاءت به أحكام المادة 186 من قانون الأسرة

¹ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 133.

² العربي بختي، المرجع السابق، ص 267.

³ المرجع نفسه، ص 267.

⁴ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص ص 316-317.

⁵ المرجع نفسه، ص 317.

الجزائري التي تشترط في الموصي أن يكون سليم العقل¹، وذلك عند الإنعقاد فقط، ونلاحظ أنه يجوز للموصي الرجوع عن الوصية في أي وقت يشاء، فإذا جن جنونا مطبقا متصلا بالموت، فقد طرأ عليها احتمال رجوعه عنها فتبطل².

ردة الموصي عن الإسلام بعد الوصية، لأن ملكه موقوف على الأصح، فمن مات وهو في رده أو لحق بدار الحرب، وحكم بلحاظه، فإن وصيته تبطل، ولم يتعرض القانون الجزائري للردة، لقلّة وقوعها، وعملا بمذهب الحنابلة القائلين بصحة وصية المرتد³.

يجوز الرجوع عن الوصية صراحة أو ضمنا، فالرجوع الصحيح يكون بوسائل إثباتها، والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها وذلك حسب نص المادة 192 من قانون الأسرة الجزائري⁴.

ثانيا: ما يبطل الوصية من جهة الموصى له.

جاءت المادة 201 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي، أو بردها".

وتطرقت المادة 197 من نفس القانون إلى أنه يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي، وألحقها المادة 198 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أن موت الموصي له قبل القبول⁵.

قتل الموصي له قتلا عمدا أو عدوانا، وبدون وجع شرعي، ولا عذر قانوني سواء قبل انعقاد الوصية أو بعدها⁶، وهذا ما تناولته المادة 188 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه لا يستحق الوصية الوصية من قتل الموصي عمدا⁷.

تبطل الوصية لوأرث، إلا إذا أجازها الورثة، بعد وفاة الموصي، وتعذر وجود الجهة الموصى لها، اللهم إذا كانت الوصية لجهة غير موجودة، وستوجد في المستقبل⁸.

¹ العربي بختي، المرجع السابق، ص 268.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 317.

³ المرجع نفسه، ص 317.

⁴ العربي بختي، المرجع السابق، ص 269.

⁵ المرجع نفسه، ص 267،

⁶ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 318.

⁷ العربي بختي، المرجع السابق، ص 267.

⁸ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 318.

ثالثاً: ما يبطل الوصية من جهة الموصى به.

تبطل الوصية إذا كان الموصى به معيناً كالوصية بجزء ولم يعرف قصد الموصي بقريظة أو عرف بطلت الوصية لتعذر تنفيذها، أما إذا عرف قصده فإن الموصي له يستحق القدر الذي أراده الموصي¹.

¹ كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، دون طبعة، منشأة المعارف، القاهرة، 1998، ص 208.

المبحث الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على التصرفات النافذة بعد الموت.

تعتبر تصرفات القانونية النافذة بعد الموت من أهم مسائل القانون الدولي الخاص لذلك عنت جل التشريعات العربية لمعالجة أحكامها، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري، حيث عالج موضوع تنازع القوانين، أي بمعنى إيجاد القانون الواجب التطبيق على الميراث والوصية في مجال القانون الدولي الخاص، وذلك في نصوص القانون المدني، وذلك حسب آخر تعديل له سنة 2008. وهذا ما سنتناوله في المطلبين:

المطلب الأول: المسائل المتعلقة بالميراث والوصية في القانون الدولي الخاص.

المطلب الثاني: موقف القوانين المقارنة من مشكلة تعدد الجنسيات وإنعدامها.

المطلب الأول: المسائل المتعلقة بالميراث والوصية في القانون الدولي الخاص.

تتميز المسائل المتعلقة بالإرث والوصية المتضمنة عنصرا أجنبيا، بأن تتجاوز عناصر العلاقة إقليم الوطن لترتبط بدول أخرى، ويتخطى الأمر بالتالي النظام القانوني الوطني ويثار التنازع في عدة أنظمة قانونية، فيستدعي الأمر ضرورة حل هذا التنازع، وأول ما يذهب إليه القاضي في هذه الحالة إدراج العلاقة محل تنازع في إحدى الفئات القانونية¹.

الفرع الأول: ضابط الإسناد الذي يحكم الميراث.

أولا: الجنسية كضابط إسناد فيما يخص الإرث.

يعتبر الإرث إحدى حالات الأحوال الشخصية نزولا للكثير من المقترضات، فهو يتصل أساسه بحياة الشخص ووفاته، وهو النتيجة الطبيعية لتلك الوفاة، كما أن الأسباب المؤدية للميراث، هي عناصر مأخوذة عن حالة الشخص.

لهذا يخضع الميراث للنظام القانوني الذي يخضع له الشخص نفسه، سواء كان قانون الجنسية أو قانون الموطن.

¹ شوبرونورية، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص

ولم يأخذ بقانون موطن المتوفى إلا القانون النرويجي، والدنماركي، والأرجنتيني والإتحاد السوفيتي سابقاً¹، في حين أن التشريعات التي تعتبر الميراث من الأحوال الشخصية، ومنها التشريع الجزائري في نص المادة 116 ف1 من القانون المدني، وهذا ما جاءت به إتفاقية لاهاي المؤرخة في 17 يوليو 1907، بشأن تنازع القوانين في قضايا الموارث والوصايا².

أدخل القانون الجزائري والقوانين العربية الميراث في نطاق الأحوال الشخصية وأخضعه كله سواء كان وقع على عقار أو منقول لقانون جنسية المتوفى، بينما تدخله بعض التشريعات في الأحوال العينية وتخضعه لقانون موطن المتوفى، وتفرق بعض التشريعات بين المنقول والعقار، فتخضع الميراث في العقار لقانون موطن المورث، وهو الذي أخذت به فرنسا وإنجلترا وبلجيكا والولايات المتحدة الأمريكية، أما إيطاليا واليونان وألمانيا فقد أخضعته كله لقانون جنسية المورث سواء وقع على عقار أو منقول³.

وترجع هذه التفرقة إلى الفكرة القديمة التي سادت أيام العصر الإقطاعي وترجع أن العقار وحده هو الذي يمثل الثروة، أما الأموال المنقولة فهي ضئيلة القيمة، وذلك لأنها تتبع الشخص حيث يوجد وقد إنتقد بعض الفقه هذه التفرقة لكونها تؤدي من ناحية العلمية إلى ترتيب أوضاع شاذة⁴.

يعتبر الميراث متصلاً بنظام الأسرة، إذ أنه ينظم انتقال مال المتوفى إلى الورثة من أقربائه، كما أن قانون الأسرة هو الذي يتولى بيان أحكامه، فقد أخضعه المشرع لقانون جنسية المتوفى.

جاءت المادة 16 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته⁵".

حيث تخضع التركة في مجملها لقانون واحد على أن هذه الدول ليست متفقة على قانون معين، التي تعتبر متصلاً بنظام الأسرة أخضعته لقانون جنسية المتوفى كالدول العربية، واليونان، وألمانيا التي

¹ موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2011-2012، ص 75.

² المرجع نفسه، ص 75.

³ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، لطلبة الفصلين السابع والثامن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائري، 2000، ص 79.

⁴ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة التاسعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص ص 268-269.

⁵ الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، المتضمن القانون المدني

تعتبره متصلاً بنظام الأموال قد أخضعت له لقانون موقع المال كـبعض دول أمريكا اللاتينية، أما التي تعتبره نتيجة لواقعة قانونية فهي الوفاة التي أخضعت له لقانون موطن المتوفي باعتباره قانون محل الوفاة.

ويعتبر الميراث في الجزائر متصلاً بنظام الأسرة، إذ أنه ينظم انتقال مال المتوفي إلى ورثته من أقربائه، كما أن قانون الأسرة هو الذي يتولى بيان أحكامه. فقد أخضعه المشرع لقانون جنسية المتوفي¹.

ونلاحظ بأن المشرع الجزائري لم يأخذ بالتفرقة بين الميراث في العقار والميراث في المنقول الذي أخذ به القضاء الفرنسي والتي رأينا بأنها منتقدة لكونها تؤدي إلى ترتيب أوضاع شاذة، فيكون بذلك أخذ بالإتجاه المدافع عن إخضاع الميراث في مجمله لقانون واحد².

وقد بارك جانب من الفقه المصري إخضاع الميراث لقانون الجنسية على أساس الصلة الوثيقة بينه وبين روابط الأسرة، فالميراث يؤدي إلى انتقال أموال المتوفي إلى من تربطه بهم لرابطة زوجية أو رابطة القرابة³.

وقد بارك جانب الفقه المصري إخضاع الميراث لقانون الجنسية على أساس الصلة الوثيقة بينه وبين روابط الأسرة⁴.

ثانياً: نطاق تطبيق قانون جنسية المورث.

أ. المسائل التي يحكمها قانون الجنسية:

يشير المشرع الجزائري في نص المادة 127 من قانون الأسرة، أن الإرث يستحق بموت المورث حقيقة، أو نتيجة حكم قضائي، أي أن المشرع يأخذ بالموت الحكمي كسبب من أسباب استحقاق الإرث، وإجازة فتح التركة⁵.

كما تنص المادة 115 من نفس القانون على أنه: "لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور حكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حياً يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها" والمدة

¹ موشعال فاطيمة، المرجع السابق، ص 77.

² المرجع نفسه، ص 267-269.

³ هشام علي صادق، حفيفة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب ثاني تنازع القوانين، دون طبعة، دار الفكر

الجامعي، مصر، 1999، ص 318

⁴ المرجع نفسه، ص 318

⁵ موشعال فاطيمة، المرجع السابق، ص 77.

التي ببلوغها يصدر الحكم بموت المفقود مختلف فيها بإختلاف الدول، ويحددها المشرع الجزائري بمضي أربعة سنوات و 10 أيام بعد التحري¹.

ووقت استحقاق الإرث؛ هل يستحق بموت المورث حقيقة أم أنه يمكن أن يستحق أيضا باعتباره ميثا بحكم القانون².

فمن المعروف أن القوانين تختلف بشأن تعيين الورثة، فبالرغم من أنها كلها تجعل القرابة هي التي تسمح بذلك، ومن حيث الإعتراف بذلك الحق لفئات معينة، وعدم الإعتراف بها لفئات أخرى، كحالات التوارث بين الزوجين، وتوارث بين الابن الشرعي وأبيه وأقارب أبيه³.

فمثلا الدول الإسلامية بما فيها الجزائر، لا تعترف بالميراث للابن الغير الشرعي إلا من جهة أمه وأقاربها، في حين تعترف له الدول الأوروبية بذلك، حتى بالنسبة لأبيه وأقارب أبيه، وكذلك توارث في حالة التبني، فهو ممنوع في الدول الإسلامية، ما عدا النظام التونسي والتركي، في حين هو جائز في الدول الأوروبية⁴.

اما شروط إستحقاق الإرث؛ وهي تدور جميعا حول تحقق من موت المورث وحياة الوارث، ومن ذلك على سبيل المثال: "حكم الموت الإعتباري الذي يخص المفقود ومتى يعتبر في حكم الميت وبالنسبة للوارث حكم الحمل المستكن وهل يعتبر وارثا، وهل يكفي أن يولد الجنين حيا أو قابلا للحياة أم يلزم استمرار حياته فترة معينة وهل يجوز توريث المفقود وإلى متى يعتبر حيا ومثال ذلك أيضا حالة وفاة المورث والوارث وعدم التأكد من معرفة أيهما توفي قبل الآخر؛ وما حكم هذه الحالة⁵.

"كما يحكم قانون الجنسية كذلك مسألة حكم موت مجموعة من الأشخاص في حادث واحد، وهل لهم الحق في ميراث بعضهم البعض ام لا، وإذا كان لهم ذلك فما هي شروطه، وماهي المعايير التي تعتمد على تعيين من حدثت وفاته قبل الآخرين والقرائن في ذلك، وبالنسبة لهذه المسألة الأخيرة، فوفقا للرأي الراجح، لا يحكمها قانون الجنسية، إلا إذا كان المتوفون جماعة من جنسية واحدة، أما إذا كانوا من

¹ المادة 115 من قانون الأسرة الجزائري.

² أعراب بلفاسم، المرجع السابق، ص 270.

³ المرجع نفسه، ص 78.

⁴ المرجع نفسه، ص 78.

⁵ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 321.

جنسيات مختلفة، وأمام تعذر تطبيق قانون جنسياتهم جميعا، وعدم مشروعية إختيار قانون جنسية واحدة، وتفضيله على القوانين الاخرى¹.

فيجب تطبيق قانون القاضي، ولكن هذا في حدود تحديد أسبقيات الوفاة فقط، في حين يبقى قانون الجنسية مطبقا على المسائل الأخرى الخاصة بالإرث.

وبالنسبة للشريعة الإسلامية، فهي تمنع التوارث في هذه الحالة نزولا عند الحديث الشريف، الذي مفاده لا توارث في خالة الشك، ويؤخذ بهذا الرأي في التشريع الجزائري كذلك.

وتحديد إذا كان الوارث حرا في قبول الإرث أو تنازل عنه من عدمه، وبصيغة أخرى تحديد طبيعة الخلافة، هل هي إجبارية أم إختيارية، وذلك لأن التشريعات تختلف في هذا الشأن إختلافا جوهريا².

كما تختلف في بيان الحقوق والإلتزامات التي تنتقل إلى الورثة، وكيفية هذا الانتقال ووقته، فالإرث في الشريعة الإسلامية إجباري، يثبت للورثة بحكم القانون، ولا يجوز لهم الرفض مادام فيه تحقيق لمصلحتهم، لأنه سينقل إليهم مجموعة الحقوق المالية فقط دون الإلتزامات المالية التي لا تكون محلا للإرث، ومع هذا فإنه من الناحية الدينية والوجدانية على الأقارب، لا سيما الأبناء، تسديد ديون الأب والأم، حتى لا يبقى ذمة أحد الأبوين مشغولة لغريب³.

أما موانع الإرث فتمنع كثيرا من قوانين الدول الإسلامية القائل من الميراث، مع إختلاف فيما بينهما حول نوع القتل الذي يمنع الميراث وحدود هذا المنع كما تمنع أيضا المرتد من الميراث⁴.

وهذا ما نصت عليه المادة 135 من قانون الاسرة الجزائري التي تنص على أنه: "يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:

- قاتل المورث عمدا أو عدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا.
- شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه.

¹ موشعال فاطيمة، المرجع السابق، ص 78.

² المرجع نفسه، ص 79.

³ المرجع نفسه، ص 79.

⁴ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 271.

- العالم بالقتل أو تدييره إذا لم يخبر السلطات المعنية¹.

ب. المسائل المستثناة من تطبيق قانون الجنسية:

التركة الشاغرة:

إن التركة التي لا وارث لها تؤول في مختلف الأنظمة التشريعية إلى بيت المال، على إختلاف بين الأنظمة في طبيعة استيلاء الدول على هذه الأموال، فبعض الأنظمة تعتبر الدولة وارثة لرعاياها لمن لا وارث لها، وحق الدولة أن ترث أموال رعاياها الموجودة في الخارج، وحق الدولة الأجنبية أن ترث أموال رعاياها الموجودة في إقليمها، فمن هذا الرأي القانون الألماني والسويسري يميل إلى الأخذ بها أيضا، وفي المقابل تعتبر نظم أخرى أن التركة التي لا وارث لها مالا شاغرا تستولي عليه الدولة بموجب سيادة إقليمها وباسم النظام العام².

حيث جاءت المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري أن التركة التي لا وارث لها تؤول إلى الخزينة العامة.

ويبدو الأمر متفقا على أيلولة التركة الشاغرة للدولة، فالسؤال الذي يثور لأي دولة تؤول التركة التي لا وارث لها³.

فتتوقف الإجابة على هذا السؤال حسب الفقه الفرنسي والمصري، فإذا كيفنا حق الدولة على التركة الشاغرة على أنها حق إرث باعتبار الدولة وارثة لمن لا وارث لها، إعتبار أن إنتقال التركة إليها خاضعة للقانون الذي يحكم الميراث، حينئذ تؤول التركة إلى الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، أما إذا كيفنا حقها على التركة الشاغرة على أنه حق مبني على سيادتها فإن التركة الموجودة على إقليمها تؤول باعتبارها مالا لا مالك له⁴.

¹ المادة 135 من قانون الأسرة الجزائري

² الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، الجزء

الأول، الطبعة الثانية، دار فسيلة الدويرة، الجزائر، 2008، ص 202

³ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 271.

⁴ المرجع نفسه، ص 271.

حيث جاءت المادة 773 من القانون المدني الجزائري على أن "تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، وكذلك أموالا لأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم"¹.

وعليه فإن التركة الموجودة على إقليم الجزائري والتي لا وارث لها وفقا لقانون جنسية المتوفي تؤول إلى الدولة الجزائرية باعتبارها مالا لا مالك له، وهذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية ومحكمة الاستئناف المختلطة².

حقوق دائني التركة:

يرى الفقه الغالب أن عدم إخضاع قانون الميراث لبيان مدى تعلق حقوق دائني المتوفي، بمالية التركة وأثره على الورثة، لأن المسألة لا تتعلق بنظام الأشخاص، بل بنظام الأموال وسلامة المعاملات، وعليه فإن موقع المال هو الذي سيطبق عليها، فإذا كانت أموال التركة موجودة في الجزائر³.

وينتقد الأستاذ ديب فؤاد هذا الاتجاه، ويرى أنه يترتب تجزئة أموال التركة من حيث القانون الواجب التطبيق عليها أن تعدد القوانين التي تحكمها بتعدد الدول التي تتواجد فيها أموال التركة مما يؤدي إلى نتائج غير مقبولة على الصعيد العملي، ولذلك فهو يرى وجوب خضوع مسألة حقوق دائني التركة وأثرها على الورثة لقانون جنسية المورث وقت الوفاة على غرار المسائل الأخرى التي ترتبط بالميراث غير أن هذا الرأي لا يمكن الاخذ به على أساس أنه لا يتقرر في الشريعة الإسلامية حق لأي وارث على التركة إلا بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا.

فالقانون الذي يحكم الميراث يرجع إليه فقط بعد الفراغ من مسألة الديون لا قبله، يقول فقهاء الشريعة الإسلامية أن حق الورثة في الخلافة يكون بعد الديون في الرتبة، وهو ما يتعلق بثلاثي التركة بعد الدين لا بالتركة كلها⁴.

"إن خضوع الميراث لقانون جنسية المتوفي، يرد عليه قيد هام ناجم عن طبيعة الميراث، والذي بالإضافة لكونه من الحالة العائلية هو سبب من أسباب انتقال الحق العيني، ومن ثم يجب أن يخضع للقانون الذي يحكم الأموال، كلما اتصل به بشكل مباشر، على ذلك فإن قانون موقع المال، هو الذي

¹ المادة 773 من قانون المدني الجزائري

² أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 272.

³ المرجع نفسه، ص 272.

⁴ المرجع نفسه، ص 273.

يحكم جميع المسائل المتعلقة بتحديد مدى تعلق حقوق دائني المتوفي بأموال التركة وما يترتب على ذلك من أثر في حقوق الورثة¹.

فإن كانت أموال التركة موجودة في الجزائر فإن القاعدة "لا تركة إلا بعد سداد الديون" هي التي ستطبق عليها لو كان المورث أجنبيا غير أن بعض الفقه، يرفض هذا الاتجاه ويرى بأنه يؤدي إلى تعدد القوانين التي تحكم التركة، بحسب تعدد الدول التي تتواجد فيها الأموال، مما يؤدي إلى نتائج غير مقبولة على الصعيد العملي، لذا يجب تطبيق القاعدة العامة أي قانون جنسية المورث وقت الوفاة على هذه المسألة².

" كما يحكم ذلك القانون تحديد مستوى وشروط الحقوق المكتسبة على أموال التركة بالإرث، فحق الملكية والإنتفاع المكتسبة على أموال تركة الأجنبي تخضع لموقع قانون المال، التي توجد به، فهو الذي يسري على نقل الملكية والتصفية والحيازة ووضع اليد على المنقولات والعقارات، وإجراءاتهم، ويسري على نقل الملكية وتصفية الحيازة³.

إذ يحكم القانون المصري مثلا، بوصفه قانون موقع الأموال شهر حق الإرث بالنسبة للعقارات الموجودة في مصر، كما يترتب على إغفال الشهر وما يترتب على ذلك من عدم نفاذ التصرفات الصادرة من الوارث بشأن عقارات التركة⁴.

الفرع الثاني: ضابط الإسناد الذي يحكم الوصية.

أولاً: الشروط الشكلية للوصية.

أ. معنى فكرة الشكل في الوصية:

من الأفضل أن تستعد بعض الأشكال، التي يؤدي وصفها في هذا الموضوع أنها من مسائل الشكل إلى الخلط بين هذه الأشكال وبين فكرة شكل الوصية فالمقصود هنا، والمعروف أن الأشكال المقررة قانونا غالبا ما يكون لازما لوجود الوصية، ومنها ما يكون لازما لغرض الإثبات.

¹ موشعال فاطيمة، المرجع السابق، ص 81.

² المرجع نفسه، ص ص 81-82.

³ موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص 82.

⁴ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 321-322.

ففي حين يكون الغرض من هذه الأشكال هو مجرد إعلان الوصية وشهرها وذلك من أجل الإحتجاج بها على الآخر¹، أو فقد يكون الغرض من الشكل هو مجرد تكميل الأهلية لمن كان ينقصها وإلى جانب ذلك يلزمنا القول بأن هناك أشكال خاصة بالمرافعات².

فالشروط الشكلية للوصية هي إجراء إظهار الإرادة إلى العالم الخارجي، وقد تكون قاصرة على يد خط يد الموصي، أو التوثيق الرسمي لدى موثق العقود (كاتب العدل) أو (المحكمة المختصة) وقد تكون قاصرة على العلنية بحضور الشهود، لذلك أحكامها تختلف من دولة إلى أخرى، وهي تعمل عادة بثلاث أشكال؛ بالسند الرسمي للموثق، أو بالشكل العرفي المكتوب والموقع بخط يد الموصي، أو بالقول شفويا أمام الشهود.

فقوانين بعض الدول تجيز الوصية العرفية إذا كانت مكتوبة بخط الموصي وموقعا عليها من قبله دون حاجة إلى توثيق رسميا³.

وسنتطرق إلى القانون الواجب التطبيق على الوصية في القوانين المقارنة: حيث نصت المادة 191 من قانون الاسرة الجزائري أنه تثبت الوصية ب:

1. تصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.
2. في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم⁴.

وجاءت المادة 16 من القانون المدني الجزائري التي خصت الجنسية بضابط إسناد وهو قانون جنسية الهالك.

وأن شكل الوصية مستثنى من القاعدة العامة بشكل التصرفات التي وردت عليها في نص المادة 19 من نفس القانون حيث تعتبر من التصرفات الإدارية⁵.

¹ خضر حامد علي، القانون الواجب التطبيق على الوصية، دراسة مقارنة، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي الخاص، قسم الدراسات القانونية، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، 2011، ص 119.

² المرجع نفسه، ص 119.

³ غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص القضاء الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2013، ص 197.

⁴ المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري.

⁵ الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 202.

وتطبيقا لهذا النص، لكي تكون الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت صحيحة من ناحية الشكلية، لا بد من مراعاة أحد الأشكال المنصوص عليها في هذه المادة وهي:

- إخضاع الشروط الشكلية للوصية لقانون محل إبرامها
- إخضاع الشروط الشكلية للوصية لقانون الموطن المشترك لكل من الموصي والموصي له.
- إخضاع الشروط الشكلية للوصية للقانون الذي يحكم شروطها الموضوعية أي قانون الموصي وقت الوفاة طبقا للفقرة الأولى من المادة 16 من القانون المدني¹.

وعليه فإن الجزائري في الخارج يجب عليه أن يحرر وصيته طبقا للشكل المعمول به، تطبيقا لقاعدة لوكيس، أو وفقا للشكل المقرر في القانون الجزائري وإيداع وصاياهم على سبيل الأمانة لدى أعوان السلك الدبلوماسي والقنصليات الجزائرية في الخارج، أما الأجانب في الجزائر فلم أن يحرروا وصاياهم وفقا للشكل الذي يقرره القانون الجزائري باعتباره قانون محل إبرام الوصية، أو بإتباع ما تقتضيه جنسيتهم ولدى بعثاتهم الدبلوماسية².

أما القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية في القانون المصري، فنرى أن المشرع المصري قد نص في المادة 17 في فقرته 02 من القانون المدني على أنه: "يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد وكذلك الحكم في شكل التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت تكون الوصية صحيحة وذلك في حالة إجراءها بالشكل المقرر في قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء أو قانون بلد الإبرام من كون هذه المادة وضعت القاعدة في القانون الواجب التطبيق في ميدان التنازع الدولي للقوانين، وذلك في تبيان القانون الذي يحكم الشكل، وإن اعتداد المشرع بجنسية الموصي وقت الإيصاء هو مسلك جدير بالتأييد في تعيين القانون الذي يحكم شكل الوصية³.

أما في فرنسا فيخضع شكل الوصية لقانون المحل طبقا للقاعدة Locus régitActium أو للقانون الوطني للموصي وللفرنسي في الخارج أن يحرر وصيته إما في الشكل المقرر في القانون الفرنسي، وإما وفق الشكل المعتد في دولة محل الإبرام، أما الأجنبي في فرنسا فيستطيع أن يحرر وصيته وفق الشكل المقرر في قانونه الوطني⁴.

¹ شيبورو نورية، المرجع السابق، ص 83.

² المرجع نفسه، ص 83.

³ حضر حامد علي، المرجع السابق، ص ص 152-156.

⁴ شيبورو نورية، المرجع السابق، ص 83-84.

أما في القانون الإماراتي وفي نص المادة 17 في قانون المعاملات المدنية الإماراتي فقد نصت على أنه يسري على شكل الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسية من صدر منه التصرف وقت صدوره أو قانون الدولة التي تم فيها التصرف¹.

أما القانون العراقي فيرى أنه إذا كان الموصي به عقارا أو منقولا لا يجب أن تزيد قيمته عن خمسمئة دينار. أما إذا زادت قيمته عن خمسمئة دينار فيجب تصديقها من الكاتب العدل.

وجاء في القانون الفرنسي أنه يجيز الوصية العرفية إذا كانت مكتوبة بخط يد الموصي وموقعا عليها دون الحاجة إلى توثيقها وفي القوانين الدول الأخرى لا تجوز الوصية مالم تكن موقعة رسميا، ويتمتع بها الوطنيين بتحرير وصية عرفية في الخارج والداخل وتعد الوصية باطلة إذا حررت بشكل عرفي، كما في القانون اللبناني والهولندي والتركي².

وفي الأردن تنص المادة 1130 من القانون المدني الأردني على أنه:

- لا يحتج بالوصية إلا إذا سجلت في دائرة التسجيل.
- يرجع أثر التسجيل إلى تاريخ وفاة الموصي بالنسبة إلى الورثة وتاريخ التسجيل بالنسبة للغير³.

ثانيا: الشروط الموضوعية للوصية.

إن أغلب القوانين العربية أسندت الوصية إلى قانون جنسية الموصي وقت الوفاة في شأن الاحكام الموضوعية للوصية⁴.

حيث نصت المادة 16 من القانون المدني الجزائري: "تسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته⁵."

إن المسائل التي تخضع لقانون الموصي وقت الإيصاء أو وقت عمل الوصية، حيث يتعلق الامر هنا بالأهلية العامة للموصي وصحة الإرادة⁶، حيث نصت المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري على

¹ خضر حامد على، المرجع السابق، ص 175.

² المرجع نفسه، ص 197.

³ غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 197.

⁴ الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 202.

⁵ المادة 16 من قانون المدني الجزائري.

⁶ عليوش قريوع كمال، قانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار هومه للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 269.

أنه يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغ من العمر 19 سنة على الأقل، وجاءت المادة 196 من نفس القانون على أن: "الوصية بمنفعة لمدة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصي له وتعتبر عمري"¹.

أما المسائل التي تخضع لقانون الموصي وقت الوفاة يدخل في هذا المجال المسائل الموضوعية التي تتصل إتصالا وثيقا لتعلقه بفكرة الخلافة بسبب الموت؛ وهي حرية الموصي في الإيضاء وهذا ما نصت عليه المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري على أنه الأشخاص الذين يجوز الإيضاء بهم.

أما المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: تصح الوصية بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي"

أما المادة 200 من نفس القانون: "تصح الوصية مع إختلاف الدين"².

وقد نصت المادة 18 الفقرة 01 من القانون المدني الأردني على أنه: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث والموصي أو من صدر عنه التصرف وقت موته". والسبب الذي دعي المشرع الأردني إلى إعطاء الوصية نفس حكم الميراث هو الإرتباط الوثيق بين الوصية والميراث وعليه يسري على الوصية قانون جنسية الموصي، فهو الذي ينظم حرية الموصي في الإيضاء والقدر المسموح بالإيضاء به عند وجود ورثة أو عند عدم وجودهم³.

وبالرجوع للقانون المصري فإن خضوع المسائل الموضوعية في الوصية لقانون جنسية الموصي على التفصيل السابق بيانه يتقيد بما يقصد به قانون موقع المال تأكيدا على سلامة المعاملات ومحافظة على حق الغير⁴.

وبالرجوع للقانون الأردني نأخذ مثلا تركة موصي أردني توفي في ألمانيا تاركا أموالا منقولة في الأردن وعقارات في ألمانيا وأوصى ببعض أمواله المنقولة وغير المنقولة لشخص قبل وفاته، فهنا لا يمكن إحتساب القدر الجائز للإيضاء به وفقا للقانون الأردني أو الألماني وحده بالنسبة لمجموعة التركة، بل يقضي قسمة التركة إلى مجموعتين:

¹ العربي بختي، المرجع نفسه، ص 269 ،

² عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 270.

³ أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين تنازع الاختصاص القضاء الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة تحليلية، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص 125.

⁴ هشام علي الصادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 326.

أردنية وألمانية، وتحديد القدر الجائز الإيصاء به في المجموعة الأولى كما ينص عليها القانون الأردني، وفي الثانية كما يعنها القانون الألماني¹.

المطلب الثاني: موقف قوانين المقارنة من مشكلة تعدد الجنسيات وانعدامها.

أدرجت معظم التشريعات العربية ومن بينها التشريع الجزائري جعل مسائل الإرث والتصرفات النافذة بعد الوفاة ضمن فئة الأحوال الشخصية، وأسندها لقانون جنسية المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وهي بذلك قد ارتأت أعمال ضابط الجنسية لتحديد القانون الواجب التطبيق على هاته المسائل، وهذا الضابط قد يثير عدة صعوبات في التطبيق وذلك في الحالات الآتية²:

الفرع الأول: التنازع الإيجابي (تعدد الجنسية).

يكون التنازع بين الجنسيات إيجابيا لما يكون الشخص متمتعاً بتمتعاً قانونياً بأكثر من جنسية، ويحدث هذا النوع من التنازع نتيجة اختلاف تشريعات الدول في الأساس الذي تبنى عليها كل من جنسيتها أو في أسباب نزاعها.

ويثير تعدد الجنسيات في الدول التي تخضع الأحوال الشخصية فيها لقانون الجنسية مشكلة تحديد جنسية من بين الجنسيات التي يتمتع بها الشخص الذي يعتد بها لتحديد القانون الواجب التطبيق عليه³، ونفس الشيء نجده أيضاً في مجال تنازع الاختصاص القضائي الدولي لما تكون محاكم الدولة المختصة بالنظر فقط في المنازعات التي يكون أحد أطرافها من وطنيها، مما يطرح مشكلة تحديد الجنسية التي يعتد بها من بين الجنسيات التي يحملها الشخص لعقد الاختصاص أو عدم عقده لها⁴.

وفي مجال النزاعات الدولية ذات الطابع الإرثي أو الإيصائي، تكون بصدد التنازع الإيجابي للجنسيات إذا كان للمورث أو الموصي أو المتصرف متمتعين بجنسيتين أو أكثر، فيطرح التساؤل في هذه الحالة حول الجنسية التي يجب أن تأخذ بعين الاعتبار من أجل تطبيق قانونها على التركة أو الوصية التي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار.

¹ غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 196.

² شيبورو نورية، المرجع السابق، ص 37.

³ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضاء الدولي - الجنسية، الجزء الثاني، دون طبعة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص 159-160.

⁴ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 160-161.

الحالة الأولى: تعدد الجنسيات مع عدم وجود جنسية دولة القاضي من بينها.

هذه الحالة هي التي تكون فيها التنازع بين الجنسيات الأجنبية، قد تم اقتراح عدة معايير:

لحل التنازع الإيجابي للجنسيات في هذه الحالة، إلا أن اتجاه الغالب ذهب إلى حسم التنازع بين الجنسيات الأجنبية، بالنظر إلى نظرية الجنسية الفعلية أو الواقعية أو المهيمنة.

والجنسية الفعلية التي يكون الشخص أكثر ارتباطا من غيرها، ويستعين القاضي في سبيل الكشف عن هذه الجنسية بعناصر الموضوعية كموطن الشخص أو محل إقامته، كما له الاستعانة بغير ذلك من ملابس والمؤشرات المتعلقة بالشخص ذاته كمركز مصالحه التجارية، روابطه العائلية...¹

ولقد إعتد المشرع الجزائري من خلال المادة 01/22 من القانون المدني على أن: غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول وهو المحل الذي اعتمده المشرع الفرنسي من خلال الفصل 29 من مجلة القانون الدولي الخاص التي نصت على أنه "تخضع الأحوال الشخصية للمعنى لقانونه الشخصي وإذا كان المعنى بالأمر حاملا عدة جنسيات يعتمد القاضي الجنسية الفعلية".²

الحالة الثانية: جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتزاحمة.

يذهب الإتجاه الغالب في القانون المقارن إلا أنه إذا كانت جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتزاحمة على عاتق مزدوج الجنسية، أو تعددها يجب تطبيق قانون جنسية دولة القاضي.³

حيث نصت المادة 22 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري على أنه "غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول"، وتقابل هذه المادة 02/25 من القانون المدني الليبي، والمادة 02/25 من القانون المدني المصري، والفصل 39 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، والمادة 24 من تقنين المعاملات المدنية الإماراتية رقم 05 لعام 1985، وأخذ بهذا الحل اجتهاد المحاكم اللبنانية.⁴

موقف القانون اللبناني:

¹ شيبورو نورية، المرجع السابق، ص 39.

² المرجع نفسه، ص 39.

³ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 661.

⁴ شيبورو نورية، المرجع السابق، ص 41.

طبقت محكمة استئناف جبل لبنان في خصوص مسألة من مسائل الأحوال الشخصية أكدت فيه أنه إذا كانت الجنسية اللبنانية إحدى الجنسيات المتنازع عليها، فإن على القاضي المحلي أن يختار القانون المحلي لأن مسائل الجنسية متعلقة بسيادة كل دولة، فإذا كان المورث أرجنتيني التبعية، لأنه ولد في الأرجنتين، بمقتضى القانون الأرجنتيني، وإذا كان المورث عثماني التبعية، بمقتضى القانون العثماني، لأنه مولود من أبوين كان بتاريخ ولادته تابعين للجنسية العثمانية، ثم أصبح بمقتضى معاهدات لوزان والتشريع المحلي من التبعية المحليين¹.

وبالرجوع إلى القانون العراقي إن الشخص الموصي لو كان يحمل أكثر من جنسية وكان من بينها الجنسية العراقية فإن القاضي الوطني يطبق قانون دولته على الشخص الموصي، لكون هذا مبدأ عاماً إستقر عليه العرف الدولي باعتبار أن تحديد الجنسية مسألة تتعلق بالسيادة ولا يقبل أن تحتكم الدول في شأنها لغير قانونها².

وهذا ما بينته الكثير من التشريعات الغربية كالتشريع الإسباني، البولوني، البرتغالي، المكسيكي، الكوري، السويسري، وكما اعتمدت عليه اتفاقية لاهاي المبرمة في 12 أبريل 1930 حيث نصت المادة 03 من الاتفاقية على أنه: "كل شخص يتمتع بجنسيتين أو أكثر، يمكن أن تعتبره كل الدول التي له جنسيتها من رعاياها. إن تفضيل جنسية القاضي الناظر في النزاع على غيرها من الجنسيات التي يحمل الفرد، وتطبيق قانون القاضي على العلاقة محل النزاع، وبالرغم من كونه الحل الراجح الذي نادى به غالبية الفقهاء، وجسدته معظم الدول في قوانينها أو على مستوى قضائها³.

"إلا أن هناك جانب من الفقه، إعتبر أن هذا الحل مبدأ عاماً يمكن الخروج عليه وتطبيق قانون الجنسية الأجنبية، وذلك من خلال إعمال ما يسمى بفكرة الحل الوظيفي. وتقتضي هذه الأخيرة بالنظر إلى مسألة تنازع الجنسيات على أساس أنها مسألة أولية تثار بمناسبة مسألة أصلية، وليس باعتبارها مسألة مستقلة بذاتها، ولها حل ثابت في جميع الحالات وهذا يقتضي النظر حتماً حل التنازع على ضوء النظر إلى كل مسألة في حد ذاتها، من حيث طبيعتها والغاية منها⁴.

¹ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 667.

² خضر حامد علي، المرجع السابق، ص 61.

³ شبورو نورية، المرجع السابق، ص 42.

⁴ المرجع نفسه، ص 42.

"وقد تبني القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في 18 ديسمبر 1987 هذا الحل صراحة إذ نصت المادة 23 على أنه: "إذا كان للشخص جنسية أجنبية أو أكثر بالإضافة إلى الجنسية السويسرية... أما إذا تعلق الأمر بمسألة كان القانون الواجب التطبيق فيها هو قانون الجنسية، فإنه يجب الاعتماد بالجنسية الواقعة أي التي يكون بها رباط وثيق، وذلك ما لم ينص هذا القانون على خلاف ذلك".¹

الفرع الثاني: التنازع السلبي (انعدام الجنسية).

قد يحدث وأن يكون الشخص لا يعتبر رعية لأية دولة من دول العالم، فجميعها يعتبر أجنبياً عنها، فنكون بذلك أمام تنازع السلبي للجنسيات²، وعليه فإن المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية لعديم الجنسية مجهولة النظام القانوني ابتداءً إلا أن الفقه والقضاء والتشريع يميل إلا حل هذه الإشكالية عبر اعتماد ضابط إسناد احتياطي بديلاً عن ضابط الإسناد الأصلي للجنسية إلا وهو الموطن أي أن الضابط البديل عند إنعدام جنسية الإنسان هو الموطن وإن لم يكن للشخص موطن معلوم فيذهب إلى اعتماد محل إقامته وفي حالة انعدام الأخير يطبق القاضي قانونه الوطني بوصفه صاحب الاختصاص الاحتياطي³.

والمشكلة الأساسية لظاهرة إنعدام الجنسية تظهر عند البحث عن القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية، من بينها مسائل الإرث والوصية وذلك في الدول التي تأخذ بالجنسية كضابط إسناد في شأن هذه المسائل كما هو الحال عليه في غالبية الدول العربية في مجال الإرث والوصية وسائر التصرفات النافذة بعد الوفاة فيظهر هذا النوع من التنازع في حالة انعدام جنسية المورث، فيستحيل عندئذ أعمال ضابط الجنسية، وبذلك يثور التساؤل حول القانون الواجب تطبيقه في هذه الحالة⁴.

لقد تعددت المعايير المقترحة لحل هذه الإشكالية إلا أن الراجح منها، ذهب إلى أعمال فكرة شبيهة بالجنسية الفعلية، مقتضاها معاملة عديم الجنسية على أنه ينتمي إلى الدولة التي يتصل بها من الناحية العلمية أكثر من سواها، وهي تمثل عادة الدولة التي يوجد بها موطن عديم الجنسية أو محل إقامته، ومن

¹ شيبورو نورية، المرجع السابق، ص 43.

² أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 173.

³ عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص 74.

⁴ شيبورو نورية، المرجع السابق، ص 44.

هذا المنطق يتعين تطبيق قانون الموطن بالنسبة لعديم الجنسية، إذا لم يكن له موطن يطبق عليه قانون محل إقامته¹.

وفي ظل إنعدام الأخير يطبق القاضي قانونه الوطني بوصفه صاحب الاختصاص الإحتياطي وهذا يعني مثلما تحل إشكالية تعدد الجنسيات عبر آلية جنسية قاضي النزاع أو الجنسية الفعلية، فإن إشكالية انعدام الجنسية تحل عبر آلية جنسية الدولة المفترضة التي تأخذ ثلاث صيغ هي إما دولة الموطن أو دولة محل الإقامة أو دولة قاضي النزاع وهذه الصيغ تطبق على سبيل التدرج لا الإختيار أي إذا حضر الموطن لا ينظر إلى محل الإقامة أو دولة القاضي.

حيث جاء في المادة 33 الفقرة 1 من القانون المدني العراقي التي أكدت على تعيين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم الجنسية².

فالمشرع الجزائري كان يوكل القاضي مهمة تحديد القانون الواجب تطبيقه على العلاقات الخاصة الدولية لعديمي الجنسية، وبدون أن تقيده صراحة بقانون جنسية معينة، سائرا بذلك على نفس خطى بعض التشريعات العربية كالتشريع المصري والليبي، غير أنه رجع عن موقفه هذا ونص صراحة في الفقرة 03 من المادة 22 من القانون المدني على تطبيق قانون الموطن أو محل الإقامة، إن تطبيق قانون الموطن لعديم الجنسية أو محل إقامته، قد يثير هو الآخر عدة إشكاليات³، في حالة ما إذا لم يكن لعديم الجنسية موطن معروف أو محل إقامة محدد، وكذا في حالة ما إذا كان لعديم الجنسية أكثر من موطن، وكحل للإشكالية الأولى اقترح البعض تطبيق قانون القاضي بإعتباره صاحب الاختصاص الإحتياطي العام في حل التنازع الدولي بين القوانين، أما الإشكالية الثانية⁴ فتمت مواجهتها من خلال ترجيح قانون الموطن الأكثر فاعلية، فإذا تعلق الأمر مثلا بالوصية والميراث، وكانت أموال التركة موجودة في الجزائر، وكان المورث أو الوصي عديم الجنسية متوطنا في الجزائر وله موطن آخر، فإعمالا لهذا الحل التوظيفي يجب على القاضي أن يطبق القانون الجزائري، وترجيح هذه الأخيرة لا يكون بناء على قاعدة عامة، وإنما لاعتباره أكثر ملائمة لحكم المسألة من قانون الموطن الآخر، لأنه أكثر ارتباطا بالمسألة المتنازع فيها⁵.

¹ شبورونورية، المرجع السابق، ص 44.

² عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص 74.

³ شبورو نورية، المرجع السابق، ص ص 45-46.

⁴ المرجع نفسه، ص 46.

⁵ شبورو نورية، المرجع السابق، ص 46.

الفرع الثالث: تنازع المتحرك أو المتغير.

إن للفرد الحرية الكاملة في تغيير الجنسية، واكتساب جنسية جديدة، إذا كان في تعدد الجنسيات يحمل جنسيتين مختلفتين، ففي الوقت الذي يتحدد فيه أعمال ضابط الإسناد فإنه في التنازع المتحرك، يكون للفرد جنسية معينة عند اكتساب الحق أو وقت نشوؤه، إلا أنه يتخلى عن الجنسية السابقة، ويكتسب الجنسية الأخرى في الوقت المتنازع فيه، مما يثير القانونيين مشكلة من أصلح لحكم العلاقة ما بين قانون الجنسية القديم والحديث¹.

فجاءت الحلول التشريعية بالنسبة للميراث فبالرغم من أن تحديد الزماني لضابط الإسناد ليس مهماً، لأنه يخضع بدهاءة لقانون جنسية المورث وقت الوفاة، إلا أن المشرع عمل على ذلك صراحة، وألحق به الوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، إذ يخضعان لقانون جنسية الموصي أو القائم بالتصرف وقت موته (المادة 16 من القانون المدني الجزائري) ويمكن القول أن المشرع أقدم على حل أغلب الفروض، التي يثور فيها التنازع المتحرك².

وجاءت المادة 19 الفقرة 03 من قانون مدني عراقي على أنه في موضوع الوصية حيث يعتمد بالنسبة للنفاد الوصية قانون جنسية الموصي وقت الوفاة³.

كما أوردت إتفاقية لاهاي المتعلقة بشكل الوصايا المبرمة في 05 أكتوبر 1961 حلاً لمشكلة التنازع المتحرك، إذ نصت في مادته الأولى على أن الوصية تكون صحيحة من حيث الشكل، إذا أبرمت وفقاً لأحد القوانين الآتية: قانون محل الإبرام، أو قانون الدولة التي بها الموطن، أو محل الإقامة العادية للموصي سواء في وقت إبرام الوصية أو وقت وفاته⁴.

¹ موشعال فاطيمة، المرجع السابق، ص 115.

² المرجع نفسه، ص ص 123-124.

³ عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، المرجع السابق، ص 76.

⁴ شيبورو نورية، المرجع السابق، ص 47.

خلاصة الفصل الأول:

الميراث والوصية تربطهما رابطة متينة إذ بهما تتحقق الخلافة بسبب الموت، وعند إقترام العنصر الأجنبي على هذه المسائل يؤدي إلى تنازع القوانين، خاصة بين الدول العربية والغربية في هذا الشأن، حيث تتكفل قواعد الإسناد في دولة القاضي بمعالجة هذه الإشكالية، وذلك بإسناد هذه النزاعات للقانون الأنسب لها.

الفصل الثاني

نطاق القانون الواجب التطبيق على
الميراث و التصرفات النافذة بعد الموت

الفصل الثاني: نطاق القانون التطبيق على التصرفات القانونية النافذة بعد الموت

تطرح في مواضع القانون الدولي الخاص عدة إشكالات، خاصة تلك المرتبطة بفئة الأحوال الشخصية والمتعلقة أساسا بتحديد نطاق القانون الواجب التطبيق على التصرفات القانونية النافذة بعد الموت.

حيث يتمثل الإشكال الأول عندما تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي، مما يسمح بظهور بعض الموانع من شأنها استبعاد القانون الأجنبي على المسائل التي تتعلق بالإرث والإيضاء.

ويحدث ذلك عندما يتعارض مضمون القانون الأجنبي مع مفاهيم الأساسية والمبادئ القانونية المستقر عليها في دولة القاضي، وهنا يمكن للقاضي إستبعاده بسبب مخالفته للنظام العام، لأن الأحكام المتعلقة بالإرث والإيضاء مستمدة من الشريعة الإسلامية.

كما أن القاضي الوطني قد يثبت له الإختصاص عن طريق تغيير الإداري الاحتياكي لضابط الإسناد، مما يؤدي إلى تغيير القانون الواجب التطبيق على التصرفات القانونية النافذة بعد الموت من أجل الهروب من أحكام قانون معين هو مختص أصلا بحكم النزاع، وهنا يمكن للقاضي الامتناع عن تطبيقه بسبب الغش نحو القانون.

أما الإشكال الآخر فيتمثل في آلية تطبيق القاضي للقانون الأجنبي على أحد النزاعات ذات الطابع الإرثي والإيضي، حيث نجد أساسه في أن اختصاص هذا القانون قد انعقد بأمر من قاعدة الإسناد الوطنية، مما يقع على عاتق القاضي مهمة إثباته وتحديد طبيعته، والمنهج الذي يسلكه عند تفسير هذا القانون، ومدى تدخل المحكمة العليا لفرض رقابتها على تفسير القانون الأجنبي، وعليه قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: موانع تطبيق القانون الأجنبي على المسائل التي تتعلق بالإرث والإيضاء.

المبحث الثاني: آليات تطبيق القاضي للقانون الأجنبي على المسائل التي تتعلق بالإرث والإيضاء.

المبحث الأول: موانع تطبيق القانون الأجنبي على المسائل التي تتعلق بالإرث و الإيضاء.

إن معظم التشريعات في العالم قد أوجبت على القاضي الإمتناع عن تطبيق القانون الأجنبي إذا خالف النظام العام أو إذا ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون كأسباب عامة لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، وهذا ما تطرق إليه المشرع الجزائري وسائر التشريعات العربية خاصة في المسائل التي تتعلق بالإرث و الإيضاء لأن أحكامها مستمدة من الشريعة الإسلامية ولا يجوز مخالفتها، فما هو مفهوم النظام العام والغش نحو القانون في التشريعات المقارنة، وكيف يتم الدفع يهما خاصة في المسائل التي تتعلق بالإرث والوصية وهذا ما سنتطرق إليه في مطلبين، نتناول في المطلب الأول الدفع بالنظام العام في المسائل التي تتعلق بالإرث والوصية، الدفع بالغش نحو القانون في المسائل التي تتعلق بالإرث والوصية.

المطلب الأول: مفهوم النظام العام.

النظام العام فكرة نسبية ومرنة قابلة للتغيير والتطور باختلاف الزمان والمكان، لأنها تعبر بصفة عامة على الأسس الأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية التي يقوم عليها المجتمع، لذلك تعتبر قواعدها قواعد أمرة، ومن الطبيعي أن يرفض القاضي الوطني تطبيق قانون أجنبي إذا كانت أحكامه تخالف مبادئه الأساسية والجوهرية المكرسة في قانونه.

الفرع الأول: تعريف النظام العام في التشريعات المقارنة.

"من المسلمات التي كرس في القانون الدولي الخاص حديثاً، هو وجوب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص إذا كان في تطبيقه تصادم مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، غير أن الأمر لا يخلو من الصعوبات جمة تعترض القاضي عند فحصه القانون الأجنبي المختص، لعل أهم تلك الصعوبات انعدام وجود مفهوم موحد متفق عليه لفكرة النظام العام يعتمد عليها، حيث بذلت محاولات كثيرة فردية وجماعية في سبيل الوصول إلى تعريف مشترك لهذه الفكرة"¹.

¹ بوخروبة حمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، 2013-2014، ص 14.

وتطرق المادة 24 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري إلى أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب نصوص سابقة إذا كان مخالفا للنظام والآداب العامة في الجزائر"¹.

وهذا ما تناوله القانون الإماراتي في المادة 03 من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم 05 لسنة 1985، حيث عدد مجموعة من المسائل التي تعتبر من النظام العام، من بينها الأحكام المتعلقة بنظم الحكم وحرية التجارة ...

ورغم ذلك يوجد بعض المشرعين الذين بادروا إلى تعريف النظام العام على غرار المشرع الألماني في المادة 30 من القانون المدني²، "حيث قالت أن قواعد النظام هي تلك التي تتصل بالأسس الاجتماعية والسياسية والاقتصادية للبلد، وبمفاهيمها الأساسية في وقت معين ويكون من طبيعة القانون الأجنبي المراد تطبيقه في ألمانيا انتهاك لمبادئه الأساسية، وتتجلى في عدم إعطاء تعريف محدد للنظام العام على مستوى التشريع ليس بالأمر السيء، حيث أن ذلك يعطي حرية للقاضي في تقدير المسائل المعروضة عليه وهو ما يتوافق مع مرونة فكرة النظام العام وتطورها وعدم ثباتها"³

وبالرجوع إلى القانون المصري، يستقر القضاء مثلا على ضرورة إستبعاد القانون الأجنبي وهو حال غالبية الدول الإسلامية في جميع القروض التي يتعلق الأمر بحماية الطرف المسلم ولو كان أجنبيا، ويعمم القضاء هذا الموقف في كافة مسائل الأحوال الشخصية تقريبا كالزواج، تكويننا وآثارا وانقضاء، والميراث والوصية والتبني والبنوة وغيرها، وإذا كان المبدأ العام مسلما به، إلا أننا نستطيع في هذا الصدد أن نقرر الأحكام الآتية⁴:

لا يتصور كما أوضحنا اعتبار كل قواعد الشريعة الإسلامية من النظام العام الإسلامي بحيث تستبعد كل حكم أجنبي يخالف حكم الشريعة أي كانت طبيعة هذه القواعد، وأن فكرة النظام العام تعني عند فقهاء المسلمين كل حكم دل عليه نص صريح قطعي الثبوت والدلالة، بحيث لا يجوز مخالفته، ولا يجوز للأفراد أن يعطلوه أو أن يعدلوا فيه، وأن النظام العام الديني هو من صناعة ولي الأمر، أو من يفوضه، هو بذاته النظام العام الوضعي ذو الأساس الديني⁵.

¹ المادة 24 ف1 من قانون المدني الجزائري.

² بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص 18.

³ المرجع نفسه، ص 18.

⁴ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 569.

⁵ المرجع نفسه، ص ص 569-570.

وتطرق التشريع الأردني في مادته 163 الفقرة 03 من القانون المدني إلى تحديد بعض المسائل التي تعتبر من النظام العام أي من صميمها لسنة 1976 و يعتبر من النظام العام على وجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية، كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالإنقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار وفي المال المحجوز¹.

وهو ما تناوله القانون العراقي في نص المادة 32 من القانون المدني لا يجوز تطبيق أحكام القانون الأجنبي قررتة النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في العراق، فإعمالاً لهذا الحكم يستبعد القاضي أحكام القانون الواجب التطبيق على الوصية إذا كانت مخالفة للنظام العام في دولة القاضي، كما في حالة إجازة الوصية بسبب اختلاف الدين أو اللون أو الجنس².

"أما تعريف النظام العام قضائياً، كما سبقت الإشارة إليه فإن أغلبية المشرعين أعطوا السلطة التقديرية الواسعة للقاضي الوطني في فحص كل حالة على حدة، ومن ثم تقدير ما يعتبر وما لا يعتبر من النظام العام، من دون الحاجة لتعريفه أو تحديد الأعمال المتصلة به، باعتبار أن القاضي هو الأقدر على تحديد ما إذا كانت مسألة ما مخالفة للنظام العام أم لا وقت نظره في النزاع"³.

الفرع الثاني: شروط إعمال الدفع بالنظام العام.

أ. ثبوت الإختصاص التشريعي للقانون الأجنبي:

لإعمال الدفع بالنظام العام، يجب أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق مختصاً بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، فإذا لم يكن كذلك فلا داعي للتمسك بالنظام العام لاستبعاده من ميدان التطبيق.

حيث يرى الفقيه "نيبوايه": "إن الهدف من الدفع بالنظام العام، هو حماية الدولة من أخطار بعض الحالات التي تطبق فيها القوانين الأجنبية، فإذا لم تكن هناك قوانين أجنبية واجبة وتأسيساً على ذلك، فلا يثار الدفع بالنظام العام ضد القانون الأجنبي إذا كان هذا الأخير يمكن استبعاده بموجب نصوص خاصة مثلاً"⁴.

¹ بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص 17.

² خضر حامد علي، المرجع السابق، ص 99.

³ بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص 19.

⁴ زيدون بخته، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، يوسف فتيحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص 141.

ب. توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام:

"يجب لإعمال هذا الدفع توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام يستدعي الإمتناع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي المختص، فالمشرع الوطني حينما أشار في قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي لم يقصد أن يطبق هذا القانون على اطلاقه، وإنما اشترط في ذلك اصطدامه مع مقتضيات النظام العام في دولته، حيث قرر بعض الفقهاء أنه يمكن حصر هذه المقتضيات مقدما، وتقسيم القوانين المتعلقة إلى متعلقة بالنظام وغير متعلقة به، إلا أن ذلك لم يكتب له النجاح وفشلت في سبيل تحقيق تلك الغاية"¹، وحيث أضاف البعض الآخر مضمونه أن القانون الأجنبي يعتبر مخالفا للنظام إذا كان يتعارض مع السياسة التشريعية في دولة القاضي حتى ولو كان في ذاته لا ينطوي على أية مخالفة لمبدأ العدالة أو المبادئ المتعارف عليها في الأمم المتحدة، حيث نصت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن في حكم صادر عليها بتاريخ 19/01/1977 على أن لا يجوز إستبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق وفقا للمادة 28 من القانون المدني على ما جرى به قضاء محكمة النقض ألا وهو نهي القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي كلما كانت أحكامه متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية في الدولة"².

ج. أن تكون مخالفة للنظام العام حاليا:

فكرة النظام العام فكرة متغيرة من حيث الزمن فما يعتبر متعلقا بالنظام العام في زمن معين قد لا يعتبر كذلك في زمن آخر داخل نفس النظام القانوني، ومن هنا يثور التساؤل حول اللحظة التي يجب أن يعتد بها القاضي ليقرر مدى تعارض أو اتفاق القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مقتضيات النظام العام في دولته؟ ذلك أن هذا القانون قد يكون مخالفا للنظام وقت نشوء العلاقة القانونية، ولكنه يصح غير ذلك وقت رفع النزاع، أو الفصل فيه، على إثر تشريع لاحق، فهل يستبعد القاضي تطبيقه رغم ذلك؟³

"وعليه استقر الرأي على أخذ بمبدأ آلية أو حالية النظام ومضمونه أن العبرة في تقدير مقتضيات النظام العام، بلحظة الفصل في الدعوة، لا وقت نشوء العلاقة محل النزاع، لأن الوقت الذي يتم فيه

¹ بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص 49.

² المرجع نفسه، ص 50-51.

³ زيدون بختة، المرجع السابق، ص 143.

تطبيق القانون الأجنبي فمتى كان ذلك القانون في وقت التطبيق مخالفا لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي، تعين على القاضي إستبعاده¹.

الفرع الثالث : خصائص النظام العام.

أ. فكرة النظام العام فكرة وطنية:

"يختلف مفهوم النظام العام من دولة إلى أخرى، حيث يتصف بالوطنية، لأنه موجه لحماية المبادئ للنظام القانوني الوطني، حيث لا يجوز القول بوجود نظام عام دولي ونظام عام داخلي، يقصد التمييز بين النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية، والعلاقات الداخلية لأن النظام العام في كلتا الحالتين ذو طابع وطني صرف"².

ب. فكرة النظام العام فكرة نسبية متغيرة:

"تعتبر فكرة النظام العام فكرة نسبية معيارية تختلف باختلاف المكان والزمان، فما يعتبر متعلقا بالنظام العام في دولة قد لا يعد كذلك في دولة أخرى، وما يعتبر من النظام العام في وقت أو عصر معين قد لا يعتبر كذلك في وقت آخر. حتى داخل الدولة الواحدة، ومن ثم قد يكون الحق عند نشوؤه مخالفا للنظام العام، لكن يصبح غير مخالف له عند المنازعة فيه أمام القضاء، وبالتالي يصبح لدينا نظام عام قديم وآخر جديد، فبأيهما يأخذ القاضي عند فصله في دعوى موضوعها هذا الحق؟"

حيث يجمع الفقه في فرنسا أن هذه النسبية التي تميز النظام العام تجعل القاضي يقدر مقتضيات النظام العام وقت الفصل في النزاع وليس وقت نشوء الحالة القانونية³، وهو نفس الحل الذي أخذ به القضاء الفرنسي، فقد عبرت محكمة النقض عن هذا الحل بعبارة شهيرة: "تعريف النظام العام الوطني يتوقف إلى حد كبير على الرأي السائد في كل وقت في فرنسا، وقد أخذت بهذا الحل كل من المحكمة العليا النمساوية في قرار صادر عنها في جويلية 1963. وكذا محكمة النقض الإيطالية في حكمها الصادر بتاريخ 1955/10/21، ومنه فإن تحديد دائرة النظام العام لا يكون إلا أمة معينة وفي جيل

¹ زيدون بختة، المرجع السابق، ص ص 143-144.

² زابير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، شوار جيلالي، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص 23.

³ بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص 21.

معين وفي الوقت الذي يصدر فيه القضاء حكمه في النزاع، وهو ما يسمى بعصرانية النظام العام أو حالية أو آنية النظام العام¹.

ج. فكرة النظام العام فكرة وقتية:

"فكرة نسبية النظام العام تنير إشكالا متعلقا بتحديد وقت تقديره، فهل يقدر القاضي مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام من عدمه وقت نشوء المركز القانوني أو لحظة الفصل في الدعوى؟

لقد إستقر الفقه، على مبدأ حالية أو آنية النظام العام ويقصد بهذا المبدأ أنه على القاضي أن يقدر مدى تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام مع دولته عند الفصل في الدعوى وعليه إذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام وقت نشوء الحق أو المركز القانوني، ثم أصبح ذلك لا يتنافى معه، فيتوجب على القاضي ألا يستبعده"².

الفرع الرابع: آثار النظام العام.

يترتب على مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام آثارين:

أثر سلبي هو وجوب استبعاد أحكام القانون الأجنبي استبعادا كلياً أو جزئياً.

وأثر إيجابي هو وفقاً للرأي السائد، ثبوت الاختصاص لقانون القاضي لسد الفراغ التشريعي الناجم عن استبعاد القانون الأجنبي³.

¹ بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص ص 21-22.

² زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 26.

³ حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص 302.

أ. الأثر السلبي للنظام العام:

يتمثل باستبعاد القانون الأجنبي على وجه التحديد و منع تطبيق القواعد الموضوعية التي تتعارض مع النظام العام لدولة قاضي النزاع واستبقاء ما دون ذلك ويصطلح على ذلك الدور الإستبعادي للنظام العام وهذا الاستبعاد إما أن يكون كلي أو جزئي؛ فالإستبعاد الجزئي يشمل في الحالة التي يقر فيها القانون الواجب التطبيق بالدين مع فوائده في حين أن الفوائد الربوية تتعارض مع النظام العام لدولة قاضي النزاع فالقاضي سوف يستبعد أحكام الفائدة في القانون الأجنبي دون الأحكام المتعلقة بالدين هذا يعني أن القاضي قد استبعد جزئيا القانون الأجنبي¹.

أما الإستبعاد الكلي فيشمل في هذه الحالة التي تكون فيها نصوص القانون الأجنبي في العلاقة موضوع النزاع لا تقبل التجزئة².

ولكن هل يتعين إستبعاد أحكام القانون الأجنبي في هذا الفرض استبعادا كلياً؟ هذا ما يراه جانب من الفقه الفرنسي ومع ذلك فقد أكد الفقه الغالب في كل من فرنسا ومصر على أن الأثر السلبي لفكرة النظام العام ليست من شأنها استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق كلية. وإنما ينحصر هذا الأثر في استبعاد الجزئية التي يتعارض فيها مع مفهوم هذه الفكرة في دولة القاضي.

فإذا تعلق النزاع المطروح أمام القضاء المصري مثلا بعقد يتضمن شرط الدفع بالذهب.

وكان القانون الأجنبي الذي يحكم العقد يجيز هذا الشرط، فإنه يجيز استبعاد هذا الشرط وحده لمخالفته للنظام العام³. وتبقى الشروط الأخرى خاضعة للقانون الأجنبي مادامت لا تتعارض مع النظام العام في مصر.

وقد بارك القضاء المصري هذا النظر، فحكم بأنه ليس صحيحاً أن مطلق وجود حكم في القانون الأجنبي يخالف النظام العام في مصر يترتب إبطال العمل بالقانون المعمول برمته وإحلال القانون المصري محله، فإن هذا المذهب ليس له من القانون المصري سنة، بل هو متعارض مع نص المادة 28

¹ عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص ص 142-143.

² المرجع نفسه، ص 143.

³ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 303.

من القانون المدني الذي يجري أنه: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في مصر¹.

حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى عد القاعدة الإسلامية التي تمنع توريث غير المسلم من المسلم مخالفة للنظام العام الدولي الفرنسي، فإنها إستبعدت فقط هذا الجزء من القانون الإسلامي، أما فيما يتعلق ببيان مراتب الورثة ونصيب كل منهم فإنها أبقت عل اختصاص هذا القانون.

وعد القضاء الفرنسي القانون الأجنبي (النمساوي) متعارضاً مع النظام العام الفرنسي في تقدير السلوك غير اللائق في مسألة النسب الطبيعي، ولكنها أبقت على هذا القانون فيما يتعلق بشروط إثبات البنية الطبيعية².

يذهب جانب من الفقه الألماني إلى عدم إقرار الاستبعاد الجزئي أو الكلي إنما لامتناع عن تطبيق القواعد الموضوعية المخالفة للنظام العام لدولة قاضي النزاع والقيام بتحويلها على نحو يجعلها أكثر انسجاماً وملائمة مع النظام العام وإذا لم تكن تلك القواعد قابلة للتحويل فيصار لاعتماد ما يقترب منها في الحكم وقت إنتقاد ذلك الرأي لأنه يجعل القاضي الوطني بمنزلة مشرع القانون الأجنبي بل أنه يوسع صلاحياته على نحو يجعل له السلطة التحكيمية³، في حين يذهب رأي آخر إلى القول أيضاً بعدم الاستبعاد والبقاء في إطار القانون الأجنبي عن طريق ما يسمى بوجوب قواعد احتياطية تعمل مكان القواعد الأصلية فإذا تم اسناد الاختصاص بواسطة الجنسية إلا القانون الأجنبي إذا كان مخالفاً للنظام العام لدولة القاضي فيصار إلى اعتماد ضابط الموطن لقاعدة احتياطية بدلاً من قانون الجنسية القاعدة الأصلية⁴.

ب. الأثر الإيجابي للنظام العام:

إذا ما تم للقاضي استبعاد القانون الأجنبي الذي تعارضت أحكامه مع النظام العام، فعليه بعد ذلك أن يتصدى لسد الفراغ التشريعي الناجم عن هذا الاستبعاد.

¹ حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 303.

² محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للتوزيع، الأردن، 2009، ص 266.

³ عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص 143.

⁴ المرجع نفسه، ص 143.

ويؤكد القضاء الفرنسي، مؤيدا من الفقه الغالب هناك، وجوب تطبيق القانون الوطني في هذه الحالة بدلا من القانون الأجنبي الذي إستبعدته أحكامه.

ورغم أن المشرع المصري قد اكتفى بإبراز السلبى للنظام العام في المادة 28 من القانون المدني، إلا أن كلا من القضاء والفقه الغالب يسلم بتطبيق القانون المصري بدلا من القانون الذي استبعدت أحكامه لتعارضه مع النظام العام في مصر¹.

والأمر يختلف إذا ما نضرننا إلى النظام العام على أنه مسألة إجراءات كما هو الحال في البلاد الأندلو سكسونية، حيث تكتفي المحكمة باستبعاد أحكام القانون الأجنبي المخالف للنظام العام (الأثر السلبى) وتحيل الخصوم إلى محكمة أخرى للنظر في النزاع.

ورغم أن فكرة النظام العام في كل من فرنسا ومصر تعد مسألة موضوعية، إلا أن جانب من الفقه قد حاول مع ذلك أن يؤكد أن آثار النظام لا يتعدى في بعض الحالات استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق².

الفرع الخامس: الإرث والنظام العام.

"يقصد بالميراث الخلافة عن المتوفي بسبب قرابة أو زوجية، بحكم القانون وببشر هذا الموضوع الكثير من الخلافات بين الدول بداية بمسألة التكييف حيث وإن كان الميراث يتدرج ضمن مواضيع الأحوال الشخصية في الدول العربية، فإن الأمر يختلف في دول أخرى حيث يعد في فرنسا من مواضيع الأحوال العينية.

ويترتب على هذا الاختلاف في التكييف اختلاف في قوانين الدول فيما يخص قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث.

إضافة إلى مشكل تنازع القوانين يثار مشكل الدفع بالنظام العام خاصة بين الدول العربية والدول الغربية، نتيجة لقيام أحكام المواريث في الدول العربية على أسس دينية حيث تستمد هذه الأحكام مباشرة من الشريعة الإسلامية³، مما يؤدي إلى تعطيل قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث، حيث خالف القانون

¹ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 305.

² المرجع نفسه، ص 305.

³ زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 122.

الأجنبي المختص أحكام الشريعة الإسلامية وذلك متى كان أحد أطراف العلاقة مسلماً بغض النظر عن جنسيته، ومن ثم يستبعد في الدول العربية باسم النظام العام القانون الأجنبي الذي يجيز الميراث للوارث الذي قتل مورثه عمداً، كما يستبعد القانون الذي يورث الابن الطبيعي من أبيه المسلم¹.

أولاً: إعمال النظام العام من طرف قضاء بعض الدول العربية بشأن الميراث.

من المسلم به أن الدول العربية تستمد أحكام الميراث من الشريعة الإسلامية فإن ذلك يؤدي إلى إستبعاد القانون الأجنبي المختص كلما قرر هذا الأخير أحكاماً تتعارض مع قواعد الشريعة وتمس بحقوق الطرف المسلم - فلا يقبل مثلاً تطبيق القانون الأجنبي الذي يؤدي إلى حرمان المسلم من حقه في الميراث².

حيث من المقرر قانوناً أن يرجع القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة، ومن ثابت شرعاً ألا يرث الكافر المسلم، ولا المسلم الكافر، ولا يتوارث أهل الملتين شيئاً، وما تبين من قضية الحال أن طاعن لم يعتنق الإسلام مادام لم يتلفظ بالشهادتين أمام الجهة المؤهلة بذلك، إلا بعد وفاة أمه المسلمة فإنه لا توارث بينهما، مثلما ذهب إليه قضاة الموضوع في قرارهم³.

"وهذا ما قرره القضاء المصري في قضية أثيرت أمامه كان أطرافها مسلمين حيث تبين للقاضي المصري أن القانون الأجنبي المختص في هذه القضية هو القانون الفرنسي طبقاً لقواعد الإسناد المصرية، غير أن تطبيق هذا القانون يؤدي إلى حرمان كل من الزوج والأخ من الميراث في حين أن قانون الموارث المصري رقم 27 لسنة 1943 المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية يخوله حق الميراث. فاستبعد بذلك القضاء المصري القانون الفرنسي وطبق بدله القانون المصري لصيانة حقوق الأطراف المسلمين في هذه القضية"⁴.

حيث يعتبر كذلك مخالفاً للنظام العام في الدول العربية القانون الذي يجيز التوارث بين المسلم وغير المسلم. وقد أكد القضاء المصري في قضية رفعتها زوجة لبنانية مسيحية الديانة ضد ورثة زوجها اللبناني المسلم إذ قررت محكمة النقض المصرية أنه: "ولأن كانت مسائل الموارث والوصايا وسائر

¹ زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص ص 122-123.

² المرجع نفسه، ص 122.

³ موشعال فاطيمة، المرجع السابق، ص 159.

⁴ زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 125.

التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت تخضع طبقاً لنص المادة 17 من القانون من التقنين المدني لقانون المورث أو الموصي أو من صدرت منه التصرفات وقت موته إلا أنه متى كان القانون الواجب التطبيق أجنبياً فإن تطبيقه يكون مشروطاً بعدم مخالفة أحكام النظام العام والآداب في مصر وفقاً لما تقتضي به المادة 28 من التقنين المدني¹. بالإضافة إلى ذلك:

جاء في قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 1964/05/27 أنها قامت باستبعاد تطبيق القانون الفرنسي في شأن توزيع الأنصبة وطبقت أحكام الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث المستمدة من القرآن الكريم خاصة وأن القرآن الكريم خص أحكام الميراث بتفصيل خاص لم ترقه أي ناحية من نواحي التشريع الأخرى بحيث تكون أغلبية أحكامه واردة في القرآن الكريم، كالنص على عدم التسوية بين الذكر والأنثى في الميراث، وإعمال قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين استناداً لقوله تعالى: "يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين"².

"إضافة إلى ذلك يعد مخالفاً للنظام العام في الدول العربية القانون الأجنبي الذي يورث ابن الزنا من أبيه المسلم، فإن ابن الزنا هو ابن غير شرعي يحرم من المراث من جهة الأب، لأنه لا ينسب له.

يلاحظ مما سبق أنه متى إرتبط النزاع المطروح على قاضي إحدى الدول العربية بطرف مسلم يتدخل النظام العام بصد القوانين الأجنبية التي تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، لكن كيف سيكون القضاء الفرنسي لو طرح نفس النزاع عليه، هل سيأخذ بنفس الإعتبار أحكام الشريعة الإسلامية؟"³.

ثانياً: إعمال النظام العام من طرف القضاء الفرنسي بشأن الميراث.

من المسلم به أن النظام العام في الدول العربية يحول دون تطبيق القانون الأجنبي الذي يجيز التوارث بين المسلم وغير المسلم، فإن العكس مقرر في فرنسا، فكل قانون ينص على هذا المانع يعد مخالفاً للنظام العام الفرنسي إذ يعتبر قائماً على اعتبارات التمييز بين الأفراد بسبب عامل الدين وخالفاً في نفس الوقت لمبدأ حرية المعتقد، وهذا ما لا يقبل به القضاء الفرنسي⁴، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صدر في سنة 1964، بأن أحكام الشريعة الإسلامية المنظمة للميراث غير مخالفة

¹ زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 125.

² شبورو نورية، المرجع السابق، ص 95.

³ زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 125.

⁴ المرجع نفسه، ص 126.

للنظام العام، إلا فيما يخص حرمانها لغير المسلم من حقه في الميراث، وعليه لا يستبعد من أحكامها إلى هذه الجزئية. أما ما يتعلق بعدم ذلك من تحديد الأنصبة للورثة، فيتم وفقا لأحكامها¹.

"وإذا كان بعض الفقه الفقه الفرنسي يرى القوانين الأجنبية التي تحرم بصفة كلية أو جزئية الأولاد الطبيعيين من الميراث يجب أن يستبعد باسم النظام العام الفرنسي، إلا أنه مع ذلك نقضت محكمة النقض الفرنسية الحكم الذي اعترف للأبناء الطبيعيين بحقهم في الميراث رغم أن القانون الإسلامي الواجب التطبيق لا يعترف إلا بالبنوة الطبيعية، وبموجب أحكام قضائية صادرة عن القضاء الفرنسي تم استبعاد القوانين الأجنبية التي تتعارض مع النظام العام الفرنسي، كالقانون المدني السوفياتي سابقا والذي كان يحد من مقدار التركة التي تنتقل إلى الورثة"².

كما تم استبعاد القانون الذي يقرر عدم أهلية طفل مسلم أمه المشتركة³.

الفرع السادس: النظام العام والوصية.

"نظرا لارتباط أحكام الوصية بالشريعة الإسلامية، فإن هذه الأحكام تعد من النظام العام في الدول العربية متى تعلق النزاع بمسلمين. فيستبعد بذلك القانون الأجنبي الذي يتعارض مع قواعد الشريعة الإسلامية"⁴.

حيث يستبعد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان يجيز الوصية للوارث دون إجازة الورثة، أو كان يمنع الوصية لمجرد اختلاف الجنس أو المعتقدات السياسية، وتجدر الإشارة إلى أن أحكام الوصية ... لا تعتبر من النظام العام بالنسبة للأجانب غير المسلمين، عدا ما يتعلق بالحلال والحرام ولكن تعتبر بعض من النظام العام بالنسبة للمسلمين بغض النظر عن الجنسيات التي يحملونها.

أما في حالة اختلاف القدر الجائز الإيضاء به في القانون الأجنبي عن القدر الجائز الإيضاء به القانون الوطني والمستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، فقد فرق الفقه والقضاء بين الفرضيتين⁵، والمتمثلة فيما يلي:

¹ موشعال فاطيمة، المرجع السابق، ص 159.

² زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 126.

³ المرجع نفسه، ص 126.

⁴ المرجع نفسه، ص 129.

⁵ شيبورو نورية، المرجع السابق، ص 96-97.

أولاً: إذا تعلق النزاع بوصية بين غير المسلمين.

يتفق الفقهاء والقضاء على أن الاختلاف في القدر الجائز الإيضاء به لا يعتبر متنافياً مع النظام العام المصري، إذ قضت محكمة النقض المصرية سنة 1967 بأنه وفقاً للمادة 28 من القانون المدني. وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب العامة في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة¹، ولا يدخل في هذا النطاق اختلاف أحكام هذا القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في تحديد التي تجوز فيه الوصية لغير المسلمين².

ثم عادت وأكدت هذا الاتجاه بحكمها سنة 1977 بشأن وصية أبرمها إسباني أمام القنصلية الإسبانية في القاهرة لصالح زوجته يوصي فيها بمنفعة أمواله لها طيلة حياته بشرط أن لا تتجاوز، وعند عرض النزاع على محكمة النقض المصرية قضت "بأن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق وفقاً للمادة 28 من القانون المدني إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب فب مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة³ ولما كانت الوصية بالمنافع جائزة في الشريعة الإسلامية باتفاق الأئمة الأربعة وتعتبر صحيحو وفقاً لأحكام القانون المدني وقانون الوصية رقم 71 لسنة 1946، فإنه لا يدخل في نطاق مخالفة.

نطاق مخالفة النظام العام مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في تحديد القدر التي تجوز فيه الوصية لغير المسلمين أو طريقة الانتفاع بالموصي به، أو ترتيب الموصي لهم بحق الانتفاع⁴.

حيث أكد القضاء الإماراتي عن طريق القياس بين الميراث والوصية على حكم محكمة التمييز دبي والتي يظهر من مدونات الحكم المطعون أن الطاعنة وهي أجنبية ألمانية غير مسلمة، قد صدر لها إعلام شرعي بإثبات وفاة زوجها بتاريخ 1996/08/28، ويحصر إرثه في زوجته وإبنتيه منها وفي أخويه

¹ صلاح الدين جمال الدين، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 455.

² خضر حامد على، المرجع السابق، ص 103.

³ صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص ص 455-456.

⁴ المرجع نفسه، ص 456.

الشقيقين وأخته الشقيقة وهم جميعهم من الجنسية الألمانية وغير مسلمين وقد تم توزيع التركة عليهم وفقا للشريعة الإسلامية¹.

ثانيا: إذا تعلق النزاع بوصية بين المسلمين.

اختلفت الآراء في شأن هذه المسألة وهو ما نتعرض له فيما يلي:

الرأي الأول: اختلاف القانون الأجنبي عن الشريعة الإسلامية لا يتعارض مع النظام العام.

ذهب البعض إلى أن اختلاف القانون الأجنبي عن أحكام الشريعة الإسلامية التي لا تجيز الوصية بأكثر من الثلث لا يتعارض مع النظام العام في مصر ولو تعلق الأمر بالمسلمين باعتبار أن القدر الذي تجوز فيه هي مسألة ينظمها القانون الأجنبي المختص وفقا للسياسة الاقتصادية والاجتماعية معينة، ومن ثم فلا يجوز فرض أحكام القانون المصري في شأنها كنموذج للعدالة، فضلا عن ارتباط الوصية بنظام الأموال مما يخفف من حدة تدخل النظام العام بوصفه وسيلة لرعاية حقوق المسلمين في هذا المجال²، وخلافا لما عليه الحال في المسائل التي تمس نظام الأحوال الشخصية كما هو الشأن بالنسبة للزواج وأحكام الأسرة. خاصة وأن القول بعكس ذلك سيؤدي إلى إهدار قاعدة الإسناد الواردة في المادة 17 مدني وقصر تطبيقه على الأجانب غير المسلمين³.

الرأي الثاني: إختلاف القانون الأجنبي مع الشريعة الإسلامية يتعارض مع النظام العام.

ان أغلب الفقه يرى أن اختلاف القانون الواجب التطبيق مع أحكام الشريعة الإسلامية يعد متعارضا مع النظام العام في الدول الإسلامية، إذا تعلق الأمر بوصية مسلم، وقد استندوا في ذلك لعدة أسباب منها:⁴

إن مسألة القدر الذي يجوز الإيضاء به تعد من مسائل النظام العام إذا كان متعلقا بالمسلمين، وذلك لكون تحديد هذا القدر قد قصد به تقييد الحرية لحماية حقوق الورثة والإعتبار الأهم هو المحافظة على مصلحة الأسرة فهذا ما قد تواترت في التأكيد عليه النصوص الشرعية.

¹ خضر حامد على، المرجع السابق، ص 104.

² صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 406.

³ المرجع نفسه، ص 406.

⁴ خضر حامد على، المرجع السابق، ص 108.

ففي شأن مناقشة أدلة هذا الجانب، أن تحديد المقدار الذي يجوز الإيضاء به قد يتصل بسياسة إقتصادية معينة ينتهجها المشرع الأجنبي¹، بالإضافة إلى أنه من غير المقبول جعل أحكام القانون الوطني أساسا لتقدير العدالة في ذلك، إلا أن ما قد ينتقص من مصداقية هذا القول ومدى حجيته، هو كون النظام العام في دولة القاضي يهدف في الأساس إلى حماية مصلحة الجماعة الوطنية والحفاظ على سياسة اقتصادية².

وعلا بنص المادة 02/24 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن : يحل القانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد في حكم علاقة محل النزاع -الأثر الإيجابي للنظام العام³.

إن القضاء المصري وإن لم يصرح بتعارض أحكام القانون الأجنبي في القدر الجائز الإيضاء به بالنسبة لوصية مسلم لكونه لا يدخل في نطاق مخالفة النظام العام اختلاف القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في تحديد المقدار التي تجوز الوصية به، فإذا تعلق الأمر بالمسلمين فإن تعارض القانون الأجنبي مع أحكام الشريعة الإسلامية بخصوص القدر الجائز الإيضاء به فيعد هذا متعارضا مع النظام العام في الدول الإسلامية فأكد ذلك موقف محكمة النقض المصرية⁴.

"من تعارض أحكام القانون الأجنبي مع أحكام الشريعة الإسلامية بشأن تحديد ورثة سيدة فرنسية، حيث إستبعدت محكمة الموضوع أحكام القانون الفرنسي، وذلك لمخالفته الشريعة الإسلامية وطبقت أحكام القانون المصري على التركة أما القول بأن منح المشرع الورثة الحق في إجازة الوصية يعد تخويلاتهم في تحديد مقدارها وفقا لمشيئتهم، فهذا القول يتجافى مع أحكام الوصية، وذلك لكون أن القدر الذي يجوز الإيضاء به وهو الثلث وثابت بنص شرعي، وليس للورثة حق في هذا الثلث الزائد⁵". والعلة من ذلك هي لتعلق حق الورثة بهذه الزيادة، وأن المشرع قد جعل للورثة حق إنقاصه إلى ما دون الثلث⁶. "حيث تبين الأحاديث النبوية الشريفة، حيث أنه يجوز الإيضاء فيما زاد عن الثلث إلا إذا أجاز الورثة غير ذلك (المادة 37 من قانون الوصية رقم 41 لسنة 1946)"⁷.

¹ خضر حامد على، المرجع السابق، ص ص 108-109.

² المرجع نفسه، ص 109.

³ المادة 24 ف2 من قانون المدني الجزائري.

⁴ خضر حامد علي، المرجع السابق، ص 110.

⁵ المرجع نفسه، ص 110.

⁶ المرجع نفسه، ص 110.

⁷ صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 457.

إلا أن القضاء الإماراتي في حكم مشهود له بتاريخ 1993/10/06 قضية رقم 134 لسنة 1993، تناول مسألة كانت تتعلق بالنظام العام، كان جميع أطرافها من الهندوس، حيث أصدرت المحكمة حكمها الذي جاء في المادة 17 فقرة 1 من قانون المعاملات المدنية أنه يسري على الميراث قانون المورث وقت موته، وبالنظر إلى المادة 17 من نفس القانون أنه يسري أيضا على المسائل الموضوعية الخاصة بالوصية على ناقص الاهلية قانون الشخص الذي تجب حمايته.¹

الموازنة بين الرأيين:

نرى أن نرجح هذا الاتجاه الأخير، لا سيما أن قولهم بعدم فرض النموذج المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية كنموذج وحيد للعدالة فيه محاولة للمساومة بين أحكام الشرع السماوي والتشريع الوضعي في دولة دينها الإسلام وطعن فيما ورد بأحكام هذه الشريعة المنزلة من عند الحكيم الخبير، فضلا عن القول بالرأي الذي نرجحه فيه إهدار لقاعدة الإسناد الواردة بالمادة 17 مردود عليه بأن الأصل في تطبيق القوانين هو تطبيق القانون الوطني أي القانون المصري، ففي دولة القاضي يجب أن لا تتعارض أحكام القوانين الأجنبية مع الأسس الجوهرية في دولته التي يقوم عليها (المادة 28 من القانون المدني المصري)²، هذا فضلا عن تطبيق الشريعة الإسلامية بالنسبة للمسلمين أمر متوقع ولا إخلال فيه بتوقعات الأفراد ولا يخل بحق من الحقوق المكتسبة، إذا الشريعة الإسلامية هي قانون المسلم في كل زمان ومكان، وأخيرا فلا إهدار لقاعدة الإسناد إذ قد يتفق القانون الأجنبي الواجب التطبيق مع أحكام الشريعة الإسلامية فيطبق بالنسبة للمسلمين أو غير المسلمين.³

المطلب الثاني: الدفع بالغش نحو القانون.

لكي يتحقق الغش نحو القانون يجب أن يقوم أحد أطراف الخصومة في علاقة المشوبة بعنصر أجنبي، بإجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد، قاصدا تطبيق قانون هو غير القانون المختص أصلا بحكم النزاع، ويجب أن يكون تغيير في ضابط الإسناد فعليا وليس صوريا.

¹ خضر حامد على، المرجع السابق، ص 112.

² صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 407.

³ المرجع نفسه، ص ص 407-408.

الفرع الأول: مفهوم الغش نحو القانون.

أولاً: المقصود بالغش نحو القانون في الفقه الإسلامي.

الفقه الإسلامي له فضل السبق في معرفة نظرية التحايل، فقد تكلم الفقهاء عن الحيل فعرفوها وقسموها وبيّنوا أحكامها وآثارها بالنسبة لأحكام الشريعة، وأقوالهم لا تخرج عن ما ذكره ابن القيم من أن الحيلة إنما هي نوع مخصوص من التصرف والعمل الذي يتحول به فاعله من حال إلى حال، ثم غلب عليها بالعرف استعمالها في (سلوك الطرق الخفية التي يتوصل بها الرجل إلى حصول غرضه بحيث لا ينقطن له إلا بنوع من الذكاء والفتنة)، فهذا أخص من موضوعها في أصل اللغو وسواء كان المقصود أمراً جائزاً أو محرماً وأخص من هذا استعمالها في الغرض الممنوع منه شرعاً أو عقلاً أو عادة¹.

ثانياً: المقصود بالغش نحو القانون في القوانين المقارنة.

"تطرق المشرع إلى نظرية الغش نحو القانون بعد التعديل لسنة 2005 من القانون المدني حيث نصت المادة 01/24 على أنه "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا ... أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون"².

وفكرة الغش نحو القانون ...، إذ طبقها القضاء في أوروبا منذ مدة طويلة، ونصت عليها تشريعات عديدة، كالقانون السويسري وتبناها فقه القانون الدولي الخاص والمؤتمرات الدولية وطبقه القضاء الفرنسي في قضية (دي بو فرمون)³.

وتطرقت المادة 47 من القانون المدني الفرنسي على أن "لا يجوز التمسك بمركز القانوني نشأ طبقاً للقانون الأجنبي، لم ينعقد اختصاصه إلى غشا نحو القانون"⁴.

وجاء في نص المادة 21 من القانون المدني البرتغالي "لا يجوز التمسك بمركز قانوني نشأ طبقاً للقانون الأجنبي لم ينعقد اختصاصه إلا غشا نحو القانون"¹.

¹ على عبد الرحمان قطيط، تنازع القوانين في الوصية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2011، ص ص 542-549.

² المادة 24 ف1 من قانون المدني الجزائري.

³ غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 256.

⁴ شيبورو نورية، المرجع السابق، ص 103.

الفرع الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون.

لكي يتحقق الدفع بالغش نحو القانون يجب توفر شرطان أحدهما يكتسي طابعا ماديا والآخر معنوي.

أولا- الشرط المادي: تغيير ضابط الإسناد.

" يوجد من ضوابط الإسناد أو عناصر التعيين في قواعد التنازع ما هو متحرك بالإرادة مثل الجنسية والموطن"².

1. تغيير الجنسية:

"ينجم عن تغيير الجنسية تغيير القانون الشخصي في الدول التي تستند مسائل الأحوال الشخصية ومنها الميراث والتصرفات النافذة بعد الموت فقد يعمد الأفراد إلى إكتساب جنسية جديدة تتلاءم أحكامها مع الهدف المراد تحقيقه، كأن يغير المورث أو الموصي جنسيته قبل وفاته لمجرد التهرب من أحكام قانون الجنسية القديمة والاستفادة من أحكام قانون الجنسية الجديدة، وذلك إذا كان الأمر مثلا يخالف الأول يجيز له أن يؤثر أحد أبنائه بكل التركة، أو يمكنه من توريث زوجته الغير مسلمة، أو يمكنه من حرمان أبنائه من الميراث مطلقا"³، حيث يجيز له أن يوصي بكافة تركته لأحد ورثته أو أقربائه دون تقييد حرته بالنسبة للقدر الجائز الايصاء به"⁴.

¹ أحمد الفضلي، المرجع السابق، ص 159.

² بوخروية حمزة، المرجع السابق، ص 130.

³ شبورو نورية، المرجع السابق، ص 104.

⁴ المرجع نفسه، ص 104.

2. تغيير الموطن:

" الموطن بالنسبة للأحوال الشخصية في البلدان التي تجعل قانون الموطن هو القانون الشخصي، كما في الدول الأنجلو أمريكية، فيتغير بالتبعية القانون الشخصي الواجب التطبيق، وهو ضابط الذي يسهل تغييرها بل هو أسهل من تغيير الجنسية"¹.

ومن الممكن أن يغير الأفراد موطنهم وهذا من أجل الهروب من قانون الموطن الأول إذا كانت أحكامه غير متفقة مع مصالحهم، والاستفادة من أحكام قانون الموطن الثاني التي تتلاءم ومصالحهم الخاصة. فيستطيع المورث أو الموصي تغيير موطنه قبل وفاته، بغية لإستفادة من أحكام قانون الموطن الجديد إذا كان قانون الموطن القديم يقرر أحكاما إرثية أو إيصائية لا تتماشى ومساعي المورث أو الموصي.

ونفس الشيء بالنسبة لشكل التصرفات القانونية بما فيها الوصية وسائر التصرفات المضافة لما بعد الموت².

"فقد يستلزم القانون الواجب التطبيق أصلا على شكل الوصية شكلا خاصا لإنعقادها كالشكل الرسمي مثلا، وتهربا من هذا الشكل ينتقل الموصي إلى دولة أخرى يحقق قانونها التسهيلات المرغوبة كأن يسمح بإجراء الوصية في الشكل العرفي، وبذلك تتم الوصية وفقا للشكل المقرر في هذه الدولة تماشيا مع القاعدة التي تقتضي بأن التصرف من ناحية الشكل يخضع لقانون البلد الذي أنشأ التصرف في ظله.

وكما يؤثر كل من الموطن والجنسية على طريقة التحايل في إستبدال القانون الشخصي"³، فإن تغيير الديانة أو إعتناق الإسلام يقضي التهرب من القانون المختص وتحقيق مآلب معينة قد يؤدي إلى النتيجة ذاتها إذ كان قانون الدولة يعلق آثار على هذا الجانب وخاصة في الدول التي تجعل من الصفة الإسلامية في شخص كل من المورث أو الموصي ضابطا للإسناد ومنه كشف القضاء الفرنسي حديثا أن الغش نحو القانون ليس فقط تغيير لضابط الإسناد، وإنما أيضا من خلال التغيير في تكييف الرابطة القانونية وهي عنصر من عناصر قاعدة الإسناد (الفكرة المسندة)، ومن ثم فكما يمكن تغيير في ظرف الإسناد يمكن أيضا في تغيير طائفة الإسناد، ويقدم لنا إجتهد القضاء الفرنسي مثلا على ذلك من خلال

¹ بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص 132.

² شبورو نورية، المرجع السابق، ص ص 104-105.

³ المرجع نفسه، ص 105.

قضية عرضت عليه، وتتخلص وقائعها في أن المورث Carom والذي هو مواطن أمريكي مقيم في الولايات المتحدة الأمريكية يملك عقارا في فرنسا وعندما شعر بدنو أجله¹، "وبغية التهرب من أحكام القانون الفرنسي الواجب التطبيق على الميراث في العقارات، فقام بتقديم هذا العقار كحصة عينية على سبيل التملك إلى شركة أمريكية لقاء تملكه أسهما في هذه الشركة قاصدا من وراء ذلك إخضاع هذا الميراث لقانون موطنه، وذلك من خلال تغيير الطائفة القانونية التي تنتمي إليها العلاقة"²، من الطائفة المتعلقة بالعقارات إلى تلك المتعلقة بالأموال المنقولة، وبعد وفاة المورث أثرت المسألة أمام القضاء الفرنسي، فحكمت محكمة أكس أن بر وفانس بتاريخ 1983/03/09- وأيدتها بعد ذلك محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1985/03/20- بإستبعاد تطبيق القانون الأمريكي الذي تم التوصل إلى نية الغش نحو القانون، وطبقت القانون الفرنسي المختص أصلا بحكم العلاقة محتقظة للأبناء بالنصيب المحجوز لهم من العقار³.

"كما يؤثر كل من الموطن والجنسية عن طريق التحايل في إستبدال القانون الشخصي، فإن تغيير الديانة أو إعتناق الإسلام يقصد التهرب من القانون المختص، وتحقيق مآلب معينة قد يؤدي إلى النتيجة ذاتها، إذا كان قانون الدولة يعلق آثار على هذا الجانب وخاصة في الدول التي تجعل من الصفة الإسلامية في شخص كل من المورث أو الموصي ضابط الإسناد"⁴.

حيث ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن إعتناق الإسلام ينتج أثره كاملا ولا يمكن ان يحتج عليه بفكرة التحايل على القانون ولا يقبل الشك في نية من أشهر إسلامه، لأن الإسلام جاء رحمة للناس كافة، فلا يجوز حرمان الشخص من تطبيق الشريعة الإسلامية عليه في حالة إعتناقه الإسلام بغض النظر عن الدافع وراء هذا الإعتناق⁵، لأن هذه المسألة تتعلق بالعقيدة والضمير والصرائر، وأن الحد الفاصل بين المسلم وغيره هو الشهادة، فإذا نطقها غير المسلم بقصد الدخول في الإسلام كان مسلما وكانت شريعته شريعة المسلمين، وعليه يكون طلاقه صحيحا أن أوقعه مهما كان الباعث الذي دفعه إلى اعتناق الإسلام، حيث جاء في الحديث الشريف: (فإذا قالوها عصموا دماءهم وأموالهم بحقها)⁶.

¹ بوخروية حمزة، المرجع السابق، ص 102.

² المرجع نفسه، ص ص 102-103.

³ المرجع نفسه، ص 103.

⁴ شبورو نورية، المرجع السابق، ص 105.

⁵ غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 257.

⁶ المرجع نفسه، ص 257.

المبحث الثاني: آليات تطبيق القاضي للقانون الأجنبي على النزاعات ذات الطابع الإرثي والإيصائي.

عندما تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي على أحد النزاعات ذات الطابع الإرثي أو الإيصائي المشمولة بعنصر أجنبي، مما يؤدي إلى طرح إشكالات عند تطبيقه، وأول إشكالية تتمثل في كيفية تحديد طبيعة القانون الأجنبي المختص؟ وما هي إشكالية المنهج الذي يسلكه القاضي الوطني عند إعمال هذا القانون أو عند تفسير مضمونه؟ وهل تتدخل المحكمة العليا لفرض رقابتها على القاضي عند تفسير هذا القانون، وهذا ما سوف نتطرق له في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: طبيعة القانون الأجنبي المختص.

المطلب الثاني: إشكاليات تطبيق القانون الأجنبي.

المطلب الأول: طبيعة القانون الأجنبي المختص.

عندما تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق أحد القوانين الأجنبية على المسائل المتعلقة بالميراث والوصية المشمولة بعنصر أجنبي، فهل يقبل المشرع تطبيقها، وما هي الإعتبارات التي تدفع إلى تطبيق قانون أجنبي معين؟ وهل القاضي يقوم بتطبيق هذا القانون من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصومة؟ وعلى أي أساس يطبق هذا القانون.

الفرع الأول: تطبيق القانون الأجنبي باعتباره قانون.

أولاً: نظرية الحقوق المكتسبة.

قد ثبتت هذه النظرية في الدول الأنجلو أمريكية التي رأت تطبيق القانون الأجنبي يكون على أساس إحترام الحقوق المكتسبة "VESTED RIGHTS" ويعني ذلك أن القاضي يطبق القانون الأجنبي في بلده إحتراماً منه للحق المكتسب الذي رتبته القانون لصاحب الحق وبذلك فالقاضي لا يطبق حقيقة القانون الأجنبي.¹

¹ شيبورو نورية، المرجع السابق، ص120

وبمقتضى هذه النظرية يطبق القاضي الأمريكي أو الإنجليزي القانون الأجنبي على مسائل الإرث أو التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت¹، إذا اكتسب أحد الأطراف مثلاً حقاً إرثياً أو إيصائياً، ونشأ هذا الحق في ظل قانون أجنبي معين فترتب حق هذا الشخص وفقاً لهذا القانون في هذه الحالة يعترف القاضي بهذا الحق ويطبق القانون الأجنبي احتراماً للحق المكتسب في ظل هذا القانون.

غير أن هذه النظرية انتقدت على أساس أنها غير شاملة، لأن تطبيق القانون الأجنبي لا يقتصر على حالات إحترام الحقوق المكتسبة، بل كذلك في حالات إنشاء حقوق ومراكز قانونية جديدة في دولة القاضي بهذا الحق ويطبق القانون الأجنبي إحتراماً للحق المكتسب في ظل هذا القانون².

غير إن هذه النظرية انتقدت على أساس أنها غير شاملة، لأن تطبيق القانون الأجنبي لا يقتصر على حالات إحترام الحقوق المكتسبة، بل كذلك في حالة انشاء حقوق ومراكز قانونية جديدة في دولة القاضي وفقاً لأحكام القانون الأجنبي، كما يعترض عليها كذلك لأنه لمعرفة إذا كان الحق قد صار مكتسباً أولاً يجب الرجوع إلى القانون الذي أكسبه هذه الصفة فيكون معنى هذه النظرية أنها تعتبر الحق المكتسب واقعة في حين أنه يجب بحث صحته كواقعة، طبقاً للقانون الذي جعله مكتسباً³.

كذلك أخذ هذه النظرية عدم منطقيتها، على إعتبار أن الإعتراف بالحق المكتسب في الخارج وفقاً للقانون الأجنبي يعني في واقع الأمر إعترافاً بالقانون الأجنبي ذاته الذي طبقه القاضي الوطني والذي وفقاً له نشأ هذا الحق⁴.

ثانياً: نظرية استقبال القانون الأجنبي.

إن القانون الأجنبي بعد أن أشير إليه في قواعد الإسناد الوطنية نجده يندمج في هذه الأخيرة فيصبح جزء منها ويأخذ طبيعتها وبما أنها وطنية فيضحي القانون الأجنبي يفعل الاندماج بها وطني حيث تستقبله بعد أن تكون فارغة المضمون أحكام القانون الأجنبي وبذلك يعامل القانون الأجنبي معاملة القانون الوطني⁵.

¹ شبورو نورية، المرجع السابق، ص 120-121.

² المرجع نفسه، ص 121.

³ المرجع نفسه، ص 121.

⁴ المرجع نفسه، ص 121.

⁵ عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص 161.

"وعليه فإن القاضي لا يطبق الأحكام التي يتضمنها القانون الأجنبي وإنما يطبق الأحكام الوطنية التي بسبب الإدماج أصبحت تتوافق مع أحكام القانون الأجنبي.

وفقا لهذا التصور تصبح قاعدة الإسناد قاعدة موضوعية فتطبق على النزاع مباشرة، كما يقتصر دورها على إمتصاص واستقبال مضمون القوانين الأجنبي التي تشير بتطبيقها وإستقبال القانون الأجنبي بحسب هذه النظرية يكون اما:

- إستقبال مادي: وفيه تفقد قاعدة الإسناد منفعتها الأجنبية، ويندمج محتواها في قانون القاضي الوطني اندماجا ماديا.
- أو استقبال شكلي: يندمج القانون الأجنبي في القانون الوطني ولكن يبقى محتفظا بمقوماته¹.

حيث تعرضت هذه النظرية للإنتقاد ورأت عدم صحة نظرية الإدماج ويؤكد على معاملة قانون الأجنبي معاملة قانون ولكن تبقى له صفة القانون الأجنبي فقواعد الإسناد تشير إلى القانون الأجنبي ويطبق القاضي الأخير بصفته قانون وتبقى له الصفة الأجنبية ونعتمد إن هذا الرأي هو الأرجح ذلك لأن الفرق بين القانون الوطني والأجنبي يبقى حتى في ظل تطبيق هذا لأخير ذلك لإختلاف السيادة التشريعية التي يصدر عنها كل منهما².

ثالثا: نظرية التفويض:

رأى أغلبية الفقهاء الألمانين والفرنسيين ، أن القاضي يطبق القانون الأجنبي بمقتضى التفويض من المشرع الأجنبي أملته قاعدة الإسناد في قانون القاضي، ووفقا لهذه النظري، يحافظ القانون الأجنبي على صفته الأجنبية ويسري بقوة إلزامية بوصفه أمرا صادرا من مشرع أجنبي بناءا على تفويض أو إنابة صادرة من المشرع الوطني لكن اعترض على هذه النظرية بأن التفويض لا يكون إلا بمفوض معين، والمفوض هنا غير معين³.

حيث وبالرغم من اختلاف هذه النظريات السابقة حول الأساس الذي يبنى عليه تطبيق القانون الأجنبي يطبق بوصفه قانون لا واقع، ومن أهم ما يترتب على تأكيد الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي:

¹ شبورو نورية، المرجع السابق، ص 122.

² عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، المرجع السابق، ص ص 161-162.

³ شبورو نورية، المرجع السابق، ص 123.

- أن القاضي يكون ملزما بتطبيقه من تلقاء نفسه.
- على القاضي البحث عن مضمون القانون الأجنبي ولو كان ذلك بمساعدة الخصوم¹.

الفرع الثاني: تطبيق القانون الأجنبي باعتباره واقعة.

يعامل القانون الأجنبي عند تطبيقه على أرض دولة قاضي النزاع معاملة الواقعة أي أن القانون الذي إستند إليه الإختصاص يفقد عند عبوره الحدود إلى دولة قاضي النزاع الصفة القانونية والإلزامية وبذلك أن المحكمة لا تطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسها إنما على طلب الخصوم كما أن البحث والتحري عنه وإثباته يقع على عاتق الخصوم لا المحكمة وهذا ما إتجه عليه القضاء الإنجليزي².

حيث تطرق المشرع الجزائري من خلال نص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها السادسة، التمييز بين القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة وغيرها من القوانين الأجنبية، أما الأول فجعل مخالفتها وجها من أوجه الطعن بالنقض، أسوة بالقانون الوطني وبذلك يكون قد إعترف له بصفته القانونية المحصنة. وعليه، يجب أن يعامل هذا القانون أمام المحاكم الجزائرية كقانون وليس كواقعة.

أما القوانين الأجنبية الأخرى، ومادام أن المشرع الجزائري لم يوكل إلى المحكمة العليا مهمة الرقابة على مخالفتها، فمن الواضح أنه قرر التسوية بينها وبين أي واقعة مادية³ فتعامل أمام المحكمة الجزائرية على أنها واقعة مع كل ما يترتب على ذلك من آثار.

حيث يتحدد طبيعة القانون الأجنبي وتقرير هل قانون متعلق بالأسرة أم لا في مسألة التكييف يفصل فيها القاضي وفقا لقانونها الوطني اعمالا للقاعدة العامة للتكييف وبما أن المشرع الجزائري إعتبر مسائل الميراث والوصية وسائر التصرفات النافذة بعد الموت من مسائل الأحوال الشخصية وإدراج أحكامها ضمن قانون الأسرة، فهذا يعني أنه كلما تعلق الأمر بتطبيق أحكام قانونية وطنية كانت أم أجنبية⁴.

فإن تلك الأحكام تدرج ضمن مفهوم قانون الأسرة، وعليه كلما إقتضى الأمر تطبيق القانون على أحد النزاعات الإرثية والإيصائية أمام القضاء الجزائري إعتبر القاضي من القوانين المتعلقة بالأسرة،

¹ شبورو نورية، المرجع السابق، ص 124.

² عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص ص 160-161.

³ شبورو نورية، المرجع السابق، ص ص 127-128.

⁴ المرجع نفسه، ص 128.

وسيعامل هذا القانون أمام المحاكم الجزائرية كقانون وليس كواقعة، وبناءا عليه فإن القاضي الوطني يكون ملزما بإثارة تطبيقه من تلقاء نفسه كما يقع على عاتقه عبء إثبات أحكامه¹.

قد يحدث وأن يستحيل على القاضي إثبات مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق فكيف يكون حل التنازع التشريعي في هذه الحالة؟ وأي قانون سيطبق على النزاع؟

ولهذا تطرق المشرع الجزائري إلى هذه الإشكالية في المادة 23 مكرر من القانون المدني حيث تنص "يطبق القانون الجزائري إذا تعذر اثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق".²

حيث أنكرت المدرسة الفرنسية وعلى رأسها الأستاذ باتي فول على القانون الأجنبي بصفته القانونية واعتبرته مجرد عنصر من عناصر الواقعة، بحجة ان القاضي الوطني لا يطبق القانون الأجنبي بوصفه قانونا، بناءا على امر من المشرع الوطني يطبق القانون الأجنبي بصفته واقعة فقط، لعدم قدرته على الاحتفاظ بإلزاميته خارج حدود دولته فحسب هذا الاتجاه يتكون من قاعدتين أساسيتين:

عنصر مادي يتمثل في : مضمون القاعدة القانونية في كونها عامة أو مجردة.

عنصر معنوي يتمثل في: الامر بالتنفيذ والالزام وهو الذي تستمد منه القاعدة القانونية قوتها الملزمة.³

ومنه نستنتج أن القضاء الفرنسي إعتبر في المرحلة الأولى القانون الأجنبي كواقعة لا يلزم القاضي من تلقاء نفسه، لكن تراجع بعد ذلك وأجاز للقاضي البحث عن مضمون القانون الأجنبي، ثم قضى في مرحلة أخرى بالتطبيق التلقائي لقانون الأجنبي بدون تمسك الخصوم معتبرا إياه قانون وليس واقعة وبعد ذلك تراجع القضاء الفرنسي وقرر أن قاعدة الإسناد لا تكون ملزمة للقاضي إذا تعلق الأمر بالحقوق التي يكون للأطراف حرية التصرف فيها⁴.

¹ شيبورو نورية، المرجع السابق، ص 128.

² المادة 23 مكرر من قانون المدني الجزائري.

³ شيبورو نورية، المرجع السابق، ص ص 124-125.

⁴ المرجع نفسه، ص ص 126-127.

كذلك كان موقف قانون أصول محاكمة اللبناني وإلى نفس المعنى ذهبت محكمة النقض المصرية عام 1955 حيث أكدت أن القانون الأجنبي لا يتعدى أن يكون مجرد واقعة يتطلب إقامة البينة عليه ويتجه إلى هذا المتجه أغلب القوانين التي تأخذ بالسوابق القانونية¹.

ثانيا: الوسائل الاحتياطية التفسيرية.

- أفادت المختصين في القانون الدولي الخاص وهي لا تنهض دليل كامل على وجود القانون الأجنبي إنما هي قرينة وجود لابد من تعزيزها قرائن أخرى.
- دراسة القانون المقارن تشكل مع القرينة أعلاه دليل كامل يمكن بها إستكمال قاضي النزاع قناعته على وجود القانون الأجنبي².

المطلب الثاني: إشكاليات تطبيق القانون الأجنبي.

عندما تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي، على المسائل المتعلقة بالإرث والوصية المشمولة بعنصر أجنبي، تطرح على القاضي عدة إشكالات عند تطبيقه والمتمثلة في كيفية إعمال وتفسير مضمونه، وهل يخضع القاضي لرقابة المحكمة العليا عند قيامه بالتفسير؟

الفرع الأول: إعمال القانون الأجنبي.

عند إعمال قاضي النزاع للقانون الأجنبي قد يواجه صعوبات تختلف بحسب طبيعة القانون إذا كان مدون أو غير مدون.

فإذا كان القانون المدون تكون الصعوبات على نوعين الأولى فنية مادية تتمثل في الترجمة إذا كان قانون الأجنبي قانون دولة، تختلف في لغتها عن لغة دولة قاضي النزاع لما ينطوي على الترجمة من صعوبة عدم دقتها وقد تنقضي إلى إعطاء معاني لنصوص قانون لم يقصد مشرع القانون الأجنبي أن تكون عليها إنما قصد منها غرض آخر وفي ذلك خروج القاضي عن حدود إرادة مشرع القانون الأجنبي، أما بالنسبة للنوع الثاني فتكون الصعوبات قانونية تتمثل في مدى موافقة القانون الأجنبي لدستور دولته إذا كانت الأخيرة تأخذ بمبدأ الرقابة الدستورية على القوانين وكذلك مدى إستيفاء القانون الأجنبي لإجراءات

¹ عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص 161.

² المرجع نفسه، ص 164.

إصداره والتي تتمثل بالتصديق والإصدار والنشر،¹ أما إذا كان القانون مدون فإن الصعوبات تختلف باختلاف مصدره، فإذا كان مصدره العرف فالصعوبة تتمثل في معرفة وقت ظهور وإستقراره والحال ينسحب على العادة أما إذا كان مصدره القضاء فيفترض من القاضي أن يتعرف فيما إذا كان أحكام القضاء مصدر رسمي كما هو الحال في بريطانيا أو مصدر تفسيري كما هو الحال في العراق.²

ومقابل ذلك قد يواجه القاضي صعوبات تتمثل في تعذر التوصل للقانون الأجنبي، رغم بحث المحكمة أو الأفراد عن القانون فالسؤال ما هو البديل عن القانون الأجنبي، لقد ذهب في هذا الإطار عدة إتجاهات الأول يذهب إلى رفض الطلب ويؤخذ عليه أنه يؤدي إلى إنكار العدالة وترك النزاع في فراغ تشريعي والثاني يؤكد تطبيق المبادئ العامة للأمم المتحدة ويأخذ عليه أن تلك المبادئ يصعب ضبطها في حين يذهب الإتجاه الثالث إلى تطبيق القانون الأقرب لقانون قاضي النزاع في حين يذهب الإتجاه الرابع إلى تطبيق قانونه الوطني بوصفه صاحب الإختصاص الإحتياطي وقد أكدت هذا المعنى قوانين الدول العربية ومنها القانون العراقي في المادة (2/1) من القانون المدني التي نصت على "فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة" ويذهب الرأي الراجح إلى أن اعتماد قاضي النزاع لقانونه يحقق فرص أكبر للعدالة.³

الفرع الثاني: تفسير القانون الأجنبي.

هل يقوم القاضي بتفسير القانون الأجنبي وفقا لما يفسره قانونه الوطني؟ أم يفسره وفقا لما هو سائد في نظام القانون الأجنبي؟⁴

وعند التوصل إلى نصوص القانون الأجنبي يصادف القاضي وهو في سبيل تطبيق القانون، الغموض في بعض نصوصه مما يستدعي ذلك تفسيرها لرفع الغموض الذي يكتنفها وصولا إلى الفهم السليم للحكم الذي يتضمنها من أجل تحقيق العدالة حيث يذهب البعض إلى أن قاضي النزاع يعمل الأساليب والوسائل المتبعة لتفسير القانون الوطني في تفسير القانون الأجنبي في حين يذهب البعض

¹ عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، المرجع السابق ، ص ص 165-166.

² المرجع نفسه، ص 166.

³ عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص ص 166-167.

⁴ شيبورو نورية، المرجع السابق، ص 129.

الآخر إلى أن قاضي النزاع يعتمد على الأساليب والوسائل المتبعة للتفسير والواردة في دولة القانون الأجنبي لأن الأخير من بيئته فيقضي تفسيره¹.

لكن بحسب مفاهيم دولته فالأعمال التحضيرية التي سبقت صدور القانون والعوامل التاريخية والحاجات الإجتماعية الإقتصادية والظروف السياسية السائدة جميعها وقت صدوره تلعب دورا كبيرا في تشكيله بمجموعها في أساليب للبحث عن المقاعد الحقيقية للنصوص في ظل الغموض الذي يكتنفها ونعتقد أن الإتجاه الأخير فهو الصحيح وذلك لأنه ينظر للقانون الأجنبي من منظور مفاهيم دولة إصداره وهي جملة ظروف واعتبارات سبقت وتزامنت مع صدوره².

رغم تأييد القضاء اللبناني هذا الإتجاه، حيث قضت محكمة النقض اللبنانية في قرار لها صدر بتاريخ 1957/05/20 "أن المحكمة العليا في الدولة لا تراقب إلا تفسير القوانين الوطنية وتطبيقها، لا شأن لها بمراقبة وتفسير القوانين الأجنبية"، حيث أصدرت محكمة النقض المصرية قرار بتاريخ 1970/04/14 يصب في ذات المعنى وجاء فيه "ان الاستناد إلى القانون الأجنبي هو وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة واقعة يجب إقامة الدليل عليها، لما كانت الطاعنة لم تقدم ما يثبت أنها تمسكت بهذا الدفاع أمام المحكمة الموضوعية، فإنه يكون سببا جديدا لا يجوز التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض³.

ولكن حتى الرأي القائل بعدم اختصاص محكمة النقض بالرقابة على تطبيق القانون الأجنبي قدم بعض التنازلات أو التخفيضات، التي أذن من خلالها محكمة النقض بمراقبة الخطأ في تكييف العلاقة القانونية محل التنازع باعتبارها عملية قانونية محصنة، تخضع لقانون قاضي الدعوة، ولذلك تراقب محكمة النقض تكييف القاضي لمسائل الإرث أو التصرفات النافذة بعد الوفاة، فإن إعتبارها من الأحوال العينية في حين دخولها القانون الوطني ضمن طائفة الأحوال الشخصية فيعد هذا خطأ تصنيف يستوجب رقابة محكمة النقض، وهو الأمر الذي جسدهت محكمة النقض الفرنسية حيث سلطت رقابتها على تكييف العلاقة القانونية محل التنازع التشريعي، ويدخل ضمن صلاحيات محكمة النقض أيضا مراقبة مسخ أو تشويه القانون الأجنبي المختص في حالة ما إذا انحرف قضاة الموضوع عن المعنى الحقيقي والواضح لنصوص القانون الأجنبي، لأن ذلك يشكل خرقا لقاعدة الإسناد التي أمرت بتطبيقه وهذا ما جسدهت محكمة النقض

¹ عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، المرجع السابق، ص 167.

² المرجع نفسه، ص ص 167-168.

³ شيبورو نورية، المرجع السابق، ص 130.

الفرنسية في قرارها في 1961/11/21 التي نقضت من خلاله قرار الموضوع لتجاهله ومسخه المعنى الواضح المحدد في تسييب الأحكام¹.

أما إذا اعترفت الدولة للقانون الأجنبي بصفته القانونية، فتخضع الأخطاء في تطبيقه أو تفسيره لرقابة محكمة النقض، ويعتبر ذلك كنتيجة منطقية للصفة القانونية التي يحتفظ بها القانون الأجنبي إما إلى القضاء الوطني، بحيث يصبح متماثلاً مع القانون الوطني في خضوعه لرقابة محكمة النقض، وقد سار على هذا الدرب القانون التونسي حيث نص المشرع صراحة في الفصل 34 من مجلة القانون الدولي الخاص على أنه "... ويخضع تأويل القانون لرقابة محكمة التعقيب"، حيث أكدت محكمة النقض المصرية رقابتها على تفسير القانون الأجنبي من خلال قرارها الصادر بتاريخ 1953/01/08 ومنه، قد يخطأ القاضي وهو بصدد حل التنازع القانوني في تطبيقه للقانون الأجنبي أو في تفسيره، فهل يخضع هذا لرقابة محكمة النقض؟

للإجابة على هذا السؤال يجب التفريق أولاً بين خطأ القاضي في أعمال قاعدة الإسناد، وخطأه في أعمال القانون الأجنبي المختص².

حيث تعتبر الحالة الأولى مثلاً، تقضي قاعدة الإسناد في قانون القاضي بإخضاع الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة لما بعد الموت لقانون المتوفي وقت الوفاة فينحرف القاضي عن مؤدى هذه القاعدة ويطبق على العلاقة محل التنازع قانونه أو قانون الموطن أو قانون موقع المال وتتمثل الحالة الثانية، بإخضاع قاضي العلاقة محل التنازع لما تقضي قاعدة الإسناد الوطنية ويطبق قانون جنسية المتوفي على الميراث أو أحد التصرفات النافذة بعد الموت ولكنه يخالف أحكام هذه الأخيرة مثلاً من حيث أنصبة الورثة أو الأشخاص المستحقين لحق الإرث أو القدر الجائز للإيصال³.

ومنه يترتب على مخالفة قاعدة الإسناد أو الخطأ في تطبيقها أو تفسيرها يخضع لرقابة محكمة النقض، لأن قاعدة التنازع هي قاعدة وطنية من وضع المشرع الوطني والخطأ في تطبيقها يعد خطأ في تطبيق القانون الوطني وبالتالي يخضع لرقابة محكمة النقض.

¹ شوبرو نورية، المرجع السابق، ص ص 130-131.

² المرجع نفسه، ص ص 131-132.

³ المرجع نفسه، ص 132.

حيث إذا عامله معاملة الوقائع فلا رقابة لمحكمة النقض على تطبيقه ولا على تفسيره وإنما تتولى هذه المهمة محاكم الموضوع خاصة أن القول يعكس ذلك يكلف محكمة النقض ما لا طاقة به، إذ لا تستطيع أن تأخذ على عاتقها مراقبة تفسير مختلف القوانين الأجنبية، في حين تتمثل مهمتها الأساسية في توحيد الإجتهااد القضائي¹. والحرص على حسن تطبيق القانون الوطني ووحدة تفسيره لا سهر على توحيد اجتهادها مع إجتهاد المحاكم العليا في الدول الأجنبية كما أن تسليم بتولي محكمة النقض الرقابة على خطأ في تفسير القانون الأجنبي قد يؤدي إلى اختلاف كلي أو جزئي مع إجتهاد محكمة النقض الأجنبية وهذا يشكل خرقاً لمبدأ تطبيق وتفسير القانون الأجنبي كما هو مطبق في الدولة التي صدر فيها، وهذا ما تطرق إليه القانون الجزائري في المادتين 358 و 360 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية على ما يلي²:

حيث نصت الأولى (المادة 358):

لا ينبغي الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية ...، مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة أي عند مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة يخضع هذا الوجه لما يقرره القانون الدولي الخاص لا سيما سريان القوانين على الأشخاص الواردة في القانون المدني ابتداء من المادة 10.

وأضفنا نص المادة 360 من نفس القانون على أنه يجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها وجهاً أو عدة أوجه للنقض³.

حيث يسري هذا الحكم على مسائل الإرث والتصرفات المضافة لما بعد الموت مادامت تدرج في إطار قانون الأسرة، وعليه يخضع القاضي لرقابة المحكمة العليا في تطبيقه للقانون الأجنبي بحكم النزاع الإرثي أو الإيصائي ذو العنصر الأجنبي فيمكن للخصوم الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا إذا ارتكب القاضي أي خطأ أو مخالفة في تطبيق هذا القانون.

¹ شيبورو نورية، المرجع السابق، ص 132.

² المرجع نفسه، ص 132-133.

³ المادتين رقم 358 و 360 من القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

حيث أن القانون الخارج عن إطار قانون الأسرة الجزائري قرر المشرع معاملته كأبي واقعة مادية وبالتالي لا يخضع الخطأ في تطبيقه أو تفسيره لرقابة المحكمة العليا ولا يكون سببا من أسباب قبول الطعن بالنقض¹، وجاءت المادة 04 ضمن القانون المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا لتنظيمها وسيرها على أنه "تعتبر المحكمة العليا محكمة قانون وتجازي كل إنتهاك له وكذلك جاءت به نص المادة 06 من نفس القانون" بوصفها جهاز مقاوما لأعمال المجالس القضائية والمحاكم وفقا للأحكام المنصوص عليها في القواعد العامة للإجراءات، تمارس المحكمة العليا رقابة على تسبب أحكام القضاء ورقابة معيارية تأخذ بعين الاعتبار تكييف الوقائع على ضوء القاعدة القانونية".

ومنه نستنتج من هاتين المادتين مادام أن القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة يحتفظ بصفته القانونية المحصنة أمام القضاء الجزائري، فإن الخطأ في تطبيقه أو تفسيره يخضع لرقابة المحكمة العليا²، كما لهذه الأخيرة ان تمد رقابتها على أي قصور في تسبب الاحكام وأيضا على الأخطاء في تكييف.

أن تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم المسائل الإرثية او الإيصائية ذات العنصر الأجنبي أمام القضاء الوطني بعد ترجيحه من بين القوانين المتزاحمة³.

الفرع الثالث: كيفية تفسير القانون الأجنبي.

إن القانون الواجب الاتباع عند تفسير القانون الأجنبي هو القانون الأجنبي نفسه، لكن هذا لا يعني أن القاضي له السلطة التقديرية، إلا أنها سلطة ليست مطلقة.

أولاً: حدود سلطة القاضي في تفسير القانون الأجنبي.

من الطبيعي أن القاضي له دور في تفسير القانون الأجنبي يتمثل في أن له سلطة تقدير التفسير المقدم له من الخصوم او الخبير، وهو في ذلك ملزم ان لا يخرج عما هو مستقر عليه في نظام القانون الأجنبي⁴.

¹ شبورو نورية، المرجع السابق، ص ص 133-134.

² المرجع نفسه، ص 134.

³ المرجع نفسه، ص 134.

⁴ حمزة قتال، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي الجزائري والمقارن، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2010-2011، ص 242.

أ. سلطة القاضي في تقدير التفسير:

تتجسد سلطة القاضي في تقدير التفسير المعطى للقانون الأجنبي، لما يقدمه له الخصوم أو الخبير، ففي هذه الحالة له أن يقبل هذا التفسير، إذا رأى انه ملائم للقواعد الأجنبية محل التفسير، كما له أن يرفضه، إذ رأى انه يستند إلى القضاء أو فقه مهجور، لو كان تفسيراً واسعاً لا تحتمله قواعد القانون الأجنبي، كما تظهر سلطته أيضاً في عدم تقيده باتفاق الخصوم على تفسير معين، مدام قد بين رفضه لهذا التفسير بتسبب كافي ولقد منح القضاء الفرنسي لقاضي الموضوع سلطة واسعة في تفسير القانون الأجنبي، وهذا ما أكدته محكمة النقض في قرارات عديدة¹.

ب. التقيد بالحلول المستقرة في دولة القانون الأجنبي:

هناك إختلاف في طرق تفسير القانون، فقد تكون داخلية يرجع فيها النص ذاته وتعتمد في فهم معنى النص على دلالة لفظه، أم تعتمد على فحواه كما قد تكون خارجية يرجع فيها إلا عناصر خارجة عن النص، عندما لا تكون صيغة النص دالة على المراد منه، كاللجوء إلى حكمة التشريع، والمصادر التاريخية واختلف مدارس التفسير في ذلك وأمام هذا الاختلاف في طرق تفسيره في مدارسه قد تختلف الأنظمة القانونية في اعتماد نهج معين في التفسير².

ثانياً: حالات تفسير القانون الأجنبي.

إذا كان قانون الأجنبي لا تثار مسألة تفسيره، إذا لا ضرورة له في هذه الحالة كما قد يكون هناك تفسير تشريعي صادر عن واضع هذا القانون هذا يلتزم به القاضي باعتباره مكملاً للنص القانوني الأجنبي وملزماً له.

لكن قد يعرض القاضي عند تطبيقه القانون الأجنبي حالات تكون فيها القواعد المراد تطبيقها في هذا القانون غامضة أو غير صريحة، مثل أن يكون أمام نص القانون الأجنبي بلا اجتهاد يفسره ويحدد مدلوله عند تطبيقه على مثل المسألة المطروحة عليه، أو أن يكون أمام تفسير قضائي محدد أو ان يكون

¹ حمزة قناتل، المرجع السابق، ص 242.

² المرجع نفسه، ص ص 242-243.

امام عدة تفسيرات قضائية متناقضة قد أعطيت له، ولم يستطع الترجيح بينها، أو ان يجد أمامه نص قانوني محدد، فمتى يكون للقاضي في هذه الحالات دورا إيجابيا في تفسير هذا القانون¹.

أ. القاعد الأجنبية نص تشريعي:

عندما يكون القاضي أمام نص قانوني أجنبي بدا له غامضا دون أن يكون هناك إجتهد قضائي في دولته يفسره ويحدد مدلوله فيكون على القاضي أن يتصدى لتفسير هذا النص، لكن ليس بقواعد تفسير طبقا لقانونه الوطني، وإنما عليه ان يفسره بذات الطريقة التي كان سيتبعها القاضي الأجنبي فيما إذا لو رفعت له الدعوى، وكان أمام هذا النص ابتداء، فتفسيره هذا وبهذه الطريقة عمل غير ممنوع عليه، ما لم يوجد أي تفسير قد ثبت لهذا النص في دولته الأجنبية².

ب. للقاعدة الأجنبية تفسير قضائي محدد:

إذا كان للقاعدة القانونية الأجنبية المراد تطبيقها تفسير قضائي ثابت في دولتها، يجب على القاضي الوطني في تفسيره لهذه القاعدة أن يلتزم هذا التفسير الذي يكرسه القضاء الأجنبي لهذا النص ولا بد له أن هذا التفسير في غير محله، كما يجب عليه أن يلتزم بمذاهب التفسير التي يعملها القاضي الأجنبي عند تفسيره لقانونه، ولو كانت هذه المذاهب مخالفة للمعمول به في دولته هو، وهذا ما يقتضي احترام القاضي الوطني للمبادئ العامة للقانون الأجنبي في تفسيره قواعد³.

ج. للقاعدة الأجنبية تفسيرات قضائية متضاربة:

"يمكن أن يجد القاضي نفسه أمام عدة تفسيرات قضائية أعطيت للقواعد القانونية الأجنبية محل التطبيق، لكنها متناقضة ومتضاربة، ويكون ذلك إما بسبب وجود عدة تفسيرات للجهات القضائية الإستئنافية دون أن تتصدى المحكمة العليا الأجنبية لتفسير هذه القواعد، فلها أيضا عدة تفسيرات متباينة ولم يستطع القاضي الوطني الترجيح بينهما، فيجب عليه في هذه الحالة أن يتصدى لتفسير هذه القواعد معتمدا وملتزما على المبادئ العامة في الدول الأجنبية فيعتمد الحل الذي يراه منسجما مع هذه المبادئ⁴،

¹ حمزة قنال، المرجع السابق، ص 247.

² المرجع نفسه، ص ص 247-248.

³ المرجع نفسه، ص ص 248-249.

⁴ المرجع نفسه، ص 248.

مراعي الحقوق الفقهية المعتمدة في هذه الدول، مستعينا في ذلك بالإتجاه الغالب في هذه الدولة، ولتوضيح هذا الحل يقتضي التمييز بين حالتين:

"حالة وجود قرار لمحكمة النقض الأجنبية يفسر القاعدة القانونية مع وجود تفسيرات قديمة لمحاكم الموضوع فهذا ينبغي على القاضي الوطني الأخذ بتفسير محكمة النقض ما لم يكن سابقة منعزلة لا تعبر عن حقيقة القاعدة محل التفسير، أو أنه محل نقض شديد من الفقه الغالب هناك أو انه يتعارض مع المبادئ السائدة في دولته دون مبرر أما الحالة الثانية فهي حالة وجود قرار قديم لمحكمة النقض الأجنبية يفسر القاعدة القانونية مع وجود تفسيرات حديثة لمحاكم الموضوع، فهنا ينبغي عليه الأخذ بالحلول التي إستقرت عليها محاكم الموضوع، طالما أن قرار محكمة النقض يعود لفترة سابقة ولو كان مستقرا¹.

د. عدم وجود نص قانوني أجنبي صريح:

"يحتمل أن لا يجد القاضي الوطني أمامه أي نص قانوني أجنبي محدد وصريح بحكم النزاع، فهذه الحالة تبدو أنها ليست مسألة تفسير، لأن النص غير موجود أصلا، وعملية التفسير تقتضي وجود النص القانوني وعليه فإن مهمة القاضي هنا هي البحث عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع وهذا ما يستوجب عليه أن يعتمد المصادر المعتمدة في القانون الأجنبي، واستخلاصها من هذه المصادر محترما في ذلك ترتيبها القانوني.

كما نشير انه يمكن للقاضي ان يستعين بخبير يساعد في تفسير قواعد القانون الأجنبي في حالة غموضها، ولا توجد حلول قضائية توضح مضمونها"²، أو كانت موجودة لكنها متضاربة وتعذر عليه الترجيح بينهما وفقا لأسس موضوعية ومنطقية، خاصة لما يكون عليه المحيط بالأفكار السياسية والمبادئ الجوهرية التي تحكم النظام القانوني الأجنبي.

كما يتطلب تطبيق هذه القواعد، أن يتأكد القاضي من قابليتها للتطبيق وسارية المفعول وقت عرض النزاع على القاضي، فيتحقق من أن لها الصفة القانونية وفقا للمصادر المعتمدة في الدول الأجنبية، ولا يجوز له أن يراقب دستورية هذه القواعد، ولو كانت دولتها أجنبية تتيح ذلك لمحاكمها، فيجب عليه أن يطبقها ولو بدت له مخالفة لدستور دولتها، غير أنه يستطيع منح مهلة للطرف الذي يثير هذه المسألة إذا

¹ حمزة قناتل، المرجع السابق، ص ص 248-249.

² المرجع نفسه، ص 249.

ظهرت له جدية الدفع بها، فيوقف الفصل في الدعوى إلى حين فصل الجهة الأجنبية المختصة بمسألة دستورية هذا القانون¹.

الفرع الرابع: الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي.

من الثابت أنه هناك شروط شكلية وأخرى موضوعية بحسب دستور قانون دولة القانون الأجنبي أن يستوفيه كل قانون لنفاذه في مواجهة المقصود من يقصده بخطابه من الناحية الزمنية والمكانية والسؤال هنا هل تكون من مهمة قاضي النزاع التأكد من إستيفاء القانون الأجنبي للشروط أعلاه لتطبيقه لقد ذهب الإتجاه الغالب إلى الإقرار بمسؤولية قاضي النزاع بمراقبة الدستورية الشكلية للقانون الأجنبي أي يقتضي حتى يطبق القانون الأجنبي أن يكون قد استوفى إجراء إصداره من حيث التصديق والإصدار والنشر والقاضي يتابع الإجراءات بحسب دستور دولة القانون الأجنبي².

أما الدستورية الموضوعية في القانون الأجنبي فتختلف فيها مسؤولية القاضي بين فرضيتين الأول إذا كانت دولة القانون الأجنبي تأخذ بمبدأ الرقابة الدستورية على القوانين فما على قاضي النزاع إلا أن يراقب دستورية ذلك القانون أي يتأكد فيما إذا كان القانون الأجنبي صدر مخالفا لدستور دولته فإذا تبين له موافقة القانون الأجنبي لدستور دولته طبقه وإلا فلا أما إذا كانت دولة القانون الأجنبي لا تأخذ بمبدأ الرقابة الدستورية على القوانين فلا يجوز لقاضي النزاع أن يراقب دستورية القانون الأجنبي وان يقوم بتطبيقه إذا استوفى دستورته التشكيلية³، وإن لم يستوفى الدستورية الموضوعية ونعتقد أن على القاضي في هذه الحالة أن يرفض تطبيق القانون الأجنبي إذا ظهرت له دلائل تشير بمخالفة القانون الأجنبي لدستور دولته لأن القانون الأخير بمثابة العدم ولا يصلح للتطبيق بل قد يكون فيه اضرار بمصلحة أطراف النزاع.

وتتجه أغلب الدول العربية إلى الإقرار بمبدأ الرقابة الدستورية على القوانين ومنها الدستور المصري لعام 1971 وكذلك الحال بالنسبة للدستور العراقي الدائم لعام 2005 حيث أقر بمبدأ الرقابة الدستورية للمحكمة الاتحادية العليا بحسب المادة (01/93) من الدستور وهذا يعني أن القاضي العراقي يراقب الدستورية التشكيلية وكذلك الموضوعية للقوانين المصرية إذا كانت هي الواجبة التطبيق بحسب قواعد

¹ حمزة قنّال، المرجع السابق، ص ص 249-250.

² عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص 168.

³ المرجع نفسه، ص ص 168-169.

الإسناد الموضوعية للقوانين المصرية إذا كانت هي الواجبة التطبيق بحسب القواعد العراقية والعكس هو صحيح.¹

¹ عبد الرسول عبد الرضا الأسدي،، المرجع السابق، ص 168.

خلاصة الفصل الثاني:

يثار في القانون الدولي الخاص عدة إشكالات، حيث تتمثل الإشكالية الأولى في تعارض أحكام القانون الأجنبي مع المبادئ الأساسية والجوهرية لدولة القاضي أو إذا ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، كأسباب عامة لإستبعاد القانون الأجنبي خاصة على المسائل التي تتعلق بالميراث والوصية.

أما الإشكال الثاني فيتمثل في آلية تطبيق القاضي للقانون الأجنبي، مما يتطلب منه إثبات مضمون قواعده وتحديدها وتفسيرها على المسائل ذات الطابع الإرثي والإيصائي حيث تتولى المحكمة العليا مراقبة تطبيق القاضي لقاعدة الإسناد على هذه المسائل.

خاتمة

خاتمة:

بعد دراستنا لهذا البحث العلمي الموسوم بـ "القانون الواجب التطبيق على التصرفات القانونية النافذة بعد الموت، الذي يعد من أبرز مواضيع القانون الدولي الخاص، يلعب هذا الأخير دورا مهما في حل الإشكالات التي يطرحها إقتحام العنصر الأجنبي على المسائل التي تتعلق بالإرث والوصية، وهذا ما تطرق إليه المشرع الجزائري وأغلب التشريعات العربية بوضع قواعد إسناد تنظمها وذلك عن طريق إخضاع التصرفات القانونية النافذة بعد الموت لقانون جنسية المورث والموصي، إلا أن هناك حالات تستوجب تدخل بعض القوانين الأخرى لتحكم جوانب معينة من هذه المسائل كقانون موقع المال، قانون شخصي للورثة أو الموصى لهم.

كما أن الوصية تعتبر تصرف قانوني يخضع لأحكام خاصة فيتم تحديد القانون الواجب التطبيق عليها كقانون جنسية الموصي بإخضاعها لقانون جنسية الموصي أو المتصرف وقت الإيضاء وقانون محل الإبرام الذي يحكم شكل هذه التصرفات، بالإضافة إلى ذلك توجد ضوابط إسناد إحتياطية كقانون الموطن المشترك لكل من الموصي والموصى له، قانون الجنسية المشتركة أو القانون الذي يسري على الشروط الموضوعية.

أما الإشكال الثاني الذي قد يطرح في القانون الدولي الخاص، هو إصطدام أحكام القانون الأجنبي بالمبادئ التي يعتبرها القاضي الوطني من النظام العام وهي غير قابلة للمساس بها فوق إقليم دولته، خاصة المسائل التي تتعلق بالإرث والوصية، لأن أحكامها مستمدة من الشريعة الإسلامية، ولا يجوز مخالفة أحكامها، فالقاضي الذي عرض عليه النزاع في هذه الحالة له أن يستبعد هذا القانون، وهذا ماسار عليه المشرع الجزائري في المادة 24 فقرة 2 ومعظم التشريعات العربية.

كما قد يتضح لدى قاضي النزاع أن إختصاص قانون معين للفصل في النزاع المطروح عليه، كان نتيجة تحايل أحد أطراف الخصومة على قاعدة الإسناد الخاصة بالإرث والوصية، من خلال تغيير ضابط الإسناد فيها قصد التهرب من أحكام القانون المختص، فيمكنه عند إذن إستبعاد هذا القانون وتطبيق القانون الأصلي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد بعد إغفال التغيير الحاصل على مستوى ضابط الإسناد والأخذ بعين الاعتبار الضابط الأصلي قبل التغيير.

أما الاشكال الأخير فيتمثل في آلية تطبيق القاضي للقانون الأجنبي على النزاعات ذات الطابع الإرثي والإيصائي، وذلك عن طريق تحديد طبيعة القانون الأجنبي، من خلال معاملة القانون معاملة

الواقع على أرض دولة النزاع، أي القانون الذي أسند إليه الإختصاص يفقد عند عبوره إلى دولة قاضي النزاع وعليه فإن المحكمة لا تطبق القانون من تلقاء نفسها، وإنما بناء على طلب الخصوم، أما التحديد الثاني فيتمثل في معاملة القانون بوصفه قانون.

وقد رأينا أن القاضي تعترضه صعوبات وهو في سبيل تطبيق القانون الأجنبي، تتمثل في أعمال القانون الأجنبي وإثبات وتحديد مضمونه وتفسيره. حيث تفرض على القاضي معاملة إجرائية خاصة، وعليه يخضع القاضي لرقابة المحكمة العليا في تطبيقه للقانون الأجنبي المختص بحكم النزاع الإرثي أو الإيصائي ذو العنصر الأجنبي، فيمكن للخصوم الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا إذا ارتكب القاضي أي مخالفة أو خطأ في تطبيق هذا القانون ومن خلال ذلك توصلنا إلى مجموعة من النتائج أهمها:

1. الميراث والوصية تربطهما رابطة متينة إذ بهما تتحقق الخلافة بسبب الموت.
2. حرص المشرع الجزائري على المحافظة على وحدة القانون، الذي يحكم النزاعات الإرثية والإيصائية ذات الطابع الدولي، في حالة إقتحام العنصر الأجنبي على هذه المسائل، وذلك بإخضاعها لقانون جنسية المورث والموصي والمتصرف وقت الوفاة، حسب نص مادة 16 من القانون المدني الجزائري.
3. إن النظم القانونية تفرق بشأن نظرتها للميراث والوصية إلى اتجاهين:
 - إتجاه تغلب فيه النظرة العينية.
 - إتجاه تغلب فيه النظرة الشخصية

بعد إتمام الدراسة السابقة يمكن الخروج بالإقتراحات التالية:

1. نقترح من المشرع الجزائري عند أعمال الدفع بالنظام العام في مسائل الميراث والوصية، أن يتوخى الحذر للحفاظ على حقوق المسلم الأجنبي، في كل الفروض الذي يتعارض فيها.
2. أن تكون المادة 358/ الفقرة السادسة من قواعد الإجراءات المدنية والإدارية المتعلق بإقتصار رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي في مسائل الأسرة (الزواج، الميراث، الوصية)، نصا قانونيا في إطار النصوص المنظمة لتنازع القوانين، بدلا من يكون منزويا ضمن قواعد الإجراءات المدنية والإدارية.

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

أولاً: المصادر.

• القوانين:

1- الأم رقم 75-58. المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05، المؤرخ في 13 مايو سنة 2007، الجريدة الرسمية الجزائرية المتضمن القانون المدني .

• الأوامر:

2- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

3- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر الموافق ل 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ثانياً: الكتب.

1. أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين تنازع الاختصاص القضاء الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة تحليلية، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.

2. أحمد محمد المومني، أحكام التركات والمواريث، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

3. أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة، التجهيز والديون والوصايا والمواريث ونقسيمااتها، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.

4. أعراب بلقاسم:

- القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي -الجنسية، الجزء الثاني، دون طبعة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2005.

قائمة المراجع

- القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة التاسعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
5. الإمام محمد أبو زهرة، أحكام التركات والميراث، دون طبعة، دار الفكر العربي، مصر، 1963.
6. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار فسيلة الدويرة، الجزائر، 2008.
7. العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014.
8. العربي بلحاج:
- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث والوصية، الجزء 02، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- أحكام التركات والميراث على ضوء قانون الأسرة الجديد، مع آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الطبعة 02، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
9. بدران أبو العينين بدران، أحكام التركات والميراث في الشريعة الإسلامية والقانون، دون طبعة، مؤسسة شباب جامعة مصطفى مشرفة، مصر، 2003.
10. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013.
11. صالح جبجيك الورثلاني، الميراث في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، دون دار نشر، دون بلد نشر، دون سنة نشر.
12. عارف خليل أبو عيد، الوجيز في الميراث، الطبعة الخامسة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.
13. عبد الحميد الشواربي، أحكام التركات في ضوء الفقه والقضاء، دون طبعة، منشأة المعارف، مصر، 1990.
14. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012.

قائمة المراجع

15. عبد الفتاح تقيّة، الوجيز في المواريث والتركات، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
16. عبد اللطيف دريان، فقه الوصية في المذاهب الإسلامية والقوانين العربية، م 01، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، لبنان، 2009.
17. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
18. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، لطلبة الفصلين السابع والثامن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائري، 2000.
19. علي عبد الرحمان قطيط، تنازع القوانين في الوصية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2011.
20. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص القضاء الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2013.
21. عليوش قريوع كمال، قانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار هومه للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
22. كمال حمدي، المواريث و الهبة والوصية، دون طبعة. منشأة المعارف، مصر، 2008.
23. كمال قريوع عليوش، قانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار هومه للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
24. باوني محمد، محاضرات في المواريث، تمارين ومسائل محلولة، الطبعة الثالثة، منشورات مكتبة اقرأ، الجزائر، 2014.
25. محمد زيد الأبياني، شرح أحكام الشريعة في الأحوال الشخصية، الجزء الثالث، دون طبعة، مكتبة النهضة، العراق، دون سنة نشر.
26. محمد سمارة، أحكام التركات والمواريث في الأموال والأراضي، الطبعة الأولى، الناشر الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002.

قائمة المراجع

27. محمد عبد الله بخيت، محمد عقله العلي، الوسيط في فقه المواريث، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.

28. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة التشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للتوزيع، الأردن، 2009.

29. محمد يوسف عمرو، الميراث والهبية، دراسة مقارنة، دون طبعة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

30. محمود حسن، أحكام الوصية بين الشريعة والقانون، دون طبعة، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، 1993.

31. منصور كافي:

- علم الفرائض، المواريث في الشريعة و القانون، دون طبعة، دار العلوم للنشر و التوزيع، 2005.

- المواريث في الشريعة و القانون، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

32. هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب ثاني تنازع القوانين، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999.

ثالثا: الرسائل الجامعية.

1. بختة زيدون، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، يوسف فتيحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.

2. حمزة قتال، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي الجزائري والمقارن، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2010-2011.

3. حمزة بوخروبة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من قانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف، 2013-2014.

قائمة المراجع

4. خضر حامد على، القانون الواجب التطبيق على الوصية (دراسة مقارنة)، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي الخاص، قسم الدراسات القانونية، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، 2011.
5. فاطمة الزهراء زاير، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة والمتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تشوار جيلالي، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.
6. موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2011-2012.
7. نورية شبرو، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان.
8. نبيل سليمان، مسائل الخلاف في الموارث والتركات، دراسة فقهية قانونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 01، 2016-2017.

فهرس الموضوعات

فهرس المحتويات:

| الصفحة | العنوان |
|---------|---|
| أ- ب- ج | شكر وتقدير، الاهداء، قائمة المختصرات . |
| 1 | مقدمة |
| | الفصل الأول: ضوابط الميراث والوصية في إطار القانون الدولي الخاص. |
| 6 | تمهيد |
| 7 | المبحث الأول: الأحكام المتعلقة بالميراث والوصية. |
| 7 | المطلب الأول: مفهوم الميراث. |
| 7 | الفرع الأول: تعريف الميراث. |
| 9 | الفرع الثاني: حكمة مشروعية الميراث. |
| 11 | الفرع الثالث: أسباب الميراث. |
| 14 | الفرع الرابع: شروط الميراث |
| 18 | الفرع الخامس: موانع الميراث. |
| 22 | المطلب الثاني: مفهوم الوصية. |
| 22 | الفرع الأول: تعريف الوصية. |
| 23 | الفرع الثاني: حكمة مشروعية الوصية. |
| 24 | الفرع الثالث: أركان الوصية. |
| 28 | الفرع الرابع: بطلان الوصية. |
| 31 | المبحث الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على التصرفات القانونية بعد النافذة بعد الموت. |
| 31 | المطلب الأول: المسائل المتعلقة بالميراث والوصية في القانون الدولي الخاص. |
| 31 | الفرع الأول: ضابط الإسناد الذي يحكم الميراث. |
| 38 | الفرع الثاني: ضابط الإسناد الذي يحكم الوصية. |
| 43 | المطلب الثاني: موقف قوانين المقارنة من مشكلة تعدد الجنسيات وانعدامها. |
| 43 | الفرع الأول: التنازع الإيجابي (تعدد الجنسية). |
| 46 | الفرع الثاني: التنازع السلبي (انعدام الجنسية). |
| 48 | الفرع الثالث: التنازع المتحرك أو المتغير. |
| 49 | خلاصة الفصل الأول. |

فهرس المحتويات

| | |
|----|--|
| | الفصل الثاني : نطاق القانون الواجب التطبيق على التصرفات القانونية النافذة بعد الموت. |
| 50 | تمهيد |
| 51 | المبحث الأول: موانع تطبيق القانون الأجنبي على المسائل التي تتعلق بالإرث والإيصاء. |
| 51 | المطلب الأول: مفهوم النظام العام. |
| 51 | الفرع الأول: تعريف النظام العام في التشريعات المقارنة. |
| 53 | الفرع الثاني: شروط إعمال الدفع بالنظام العام. |
| 55 | الفرع الثالث: خصائص النظام العام. |
| 56 | الفرع الرابع: آثار النظام العام . |
| 59 | الفرع الخامس: الإرث و النظام العام. |
| 62 | الفرع السادس:النظام العام والوصية. |
| 66 | المطلب الثاني: الدفع بالغش نحو القانون. |
| 67 | الفرع الأول: الدفع بالغش نحو القانون. |
| 68 | الفرع الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون. |
| 71 | المبحث الثاني: آليات تطبيق القاضي للقانون الأجنبي على النزاعات ذات الطابع الارثي والإيصائي. |
| 71 | المطلب الأول: طبيعة القانون الأجنبي المختص. |
| 71 | الفرع الأول: تطبيق القانون الأجنبي باعتباره قانون. |
| 74 | الفرع الثاني: تطبيق القانون الأجنبي باعتباره واقعة. |
| 76 | المطلب الثاني: إشكاليات تطبيق القانون الأجنبي. |
| 76 | الفرع الأول: إعمال القانون الأجنبي. |
| 77 | الفرع الثاني: تفسير القانون الأجنبي. |
| 81 | الفرع الثالث: كيفية تفسير القانون الأجنبي. |
| 85 | الفرع الرابع: الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي. |
| 87 | خلاصة الفصل الثاني |
| 87 | خاتمة |
| 89 | قائمة المراجع |
| 94 | الفهرس |

فهرس المحتويات

| | |
|--|--------|
| | الملخص |
|--|--------|

ملخص :

يثار في القانون الدولي الخاص عدة إشكالات أبرزها إقتحام العنصر الأجنبي على المسائل التي تتعلق بالإرث و الوصية، مما يقودنا حتما إلى تنازع القوانين في هذا الشأن، مما يقودنا حتما إلى تنازع القوانين في هذا الشأن، وتتكفل قواعد الإسناد في دولة القاضي بمعالجة هذه الإشكالية من خلال إسناد هذه النزاعات لقانون الأنسب لحكمها.

أما الإشكال الثاني يتمثل في تعارض أحكام القانون الأجنبي مع المبادئ الأساسية و الأسس الجوهرية لدولة القاضي، أو إذا ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون كأسباب عامة لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

أما الإشكال الثالث يتمثل في آلية تطبيق القاضي للقانون الأجنبي، مما يتطلب منه إثبات مضمون قواعده و تحديدها و تفسيرها على المسائل ذات طابع الإرثي و الإيصائي، حيث تتولى المحكمة العليا مراقبة تطبيق القاضي لقاعدة الإسناد على هاته المسائل.

SUMMERY :

In private international law many problems the most prominent is the intursion of the foreing èlement on issues that consern to inheritance and commandment which leads us to conflit of laws in this regard, and the rules of attribution in magistraste state ensures that addressed by assigning these conflits,to the is appropiat law .

Seconde shape is opposition to the provision of foreign law basic principales of magistrat state ,or if proven to have competent by fraud .

The third shapes is the mechanism by which the judge applies the foreign law , wich requires of its content and rules ,and definition and rules ,and definition and interpretation of its content and rules on issues of a heeditary nature , and the supreme court oversees the application of the judje to the rules of attribution on these mattre .