



جامعة الشهيد حمه لخضر- الوادي  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



# تتار ع القوانين في الميراث والوصية

مذكرة تخرج ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر  
في الحقوق – تخصص: قانون أسرة

تحت إشراف الأستاذ:  
بدر شنوف

إعداد الطالب (ة):  
سليمة وصيف خالد

## لجنة المناقشة:

الصفة	الجامعة	الإسم و اللقب
رئيسا	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	أ/حسن بوخرنة
مشرفا و مقورا	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	أ/بدر شنوف
مناقشا	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	أ/إبراهيم ديدي

السنة الجامعية: 2015-2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

رَبِّ اَوْزِعْنِيْ اَنْ اَشْكُرَ نِعْمَتَكَ

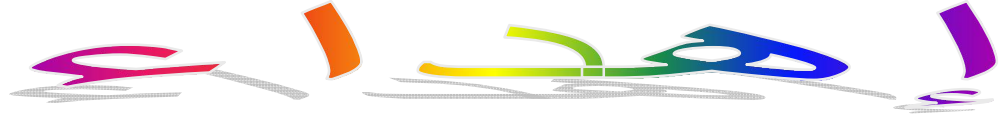
الَّتِيْ اَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ

وَاَنْ اَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَاَصْلِحْ لِيْ

فِيْ ذُرِّيَّتِيْ اِنِّيْ تُبْتُ اِلَيْكَ وَاِنِّي

مِنَ الْمُسْلِمِيْنَ

الآية 15 من سورة الأحقاف



أهدي هذا العمل المتواضع إلى قوتي الدائمة في الحياة، ومعلمي الأول

والذي طيب الله ثراه

وإلى منبع الحب والعطاء والحنان

أمي الغالية أطال الله في عمرها.

إلى الذي تحمل معي مشقات وعناء البحث، زوجي العزيز ورفيق دربي، حفظه الله

إلى فلذة كبدي وقرة عيني أبنائي الأعزاء : أحمد أمين ، أكرم وأمجد

إلى كل أشقائي وشقيقاتي كل واحد بإسمه

إلى كل باحث وطالب علم ، أهدي ثمرة جهدي

سليمة

## شكر وتقدير

حتى أكون مخلصه في شكري.

الشكر لله أولا وأخيرا.

وأنتقدم بخالص شكري وتقديري إلى أستاذي الفاضل "بدر شنوف" على تكرمه بقبول الإشراف على هذا العمل المتواضع، وعلى ما حضاني به من علمه وخبرته وتوجيهاته القيمة ونصائحه السديدة.

وأنتقدم أيضا بالشكر الجزيل، إلى كل الأساتذة الكرام الذين قدموا لي يد العون والمساعدة، فلهم مني كل التحية والتقدير

ولا أنسى أن أتوجه بشكري إلى زوجي الذي سهر معي الليالي الطوال من أجل إتمام هذا العمل.

مقدمة

## مقدمة

كانت المجتمعات القديمة منغلقة على نفسها حيث لم يكن هناك اتصال كبير بين الوطنيين والأجانب، لكن تطور وسائل الإتصال وتطور المدنية أدى إلى حركة كبيرة في تنقل الأشخاص وكذا الأموال، وأصبحت الدولة المعاصرة تضم إلى جانب الوطنيين عدد معتبر من الأجانب، ويرتبط هؤلاء الأجانب سواء فيما بينهم أو فيما بينهم وبين الوطنيين داخل الدولة التي يتواجدون فوق إقليمها بعلاقات قانونية، الأمر الذي أدى إلى بروز نوع جديد من الروابط والعلاقات القانونية بحيث ظهرت إلى جانب العلاقات الداخلية بين الوطنيين نوع آخر من العلاقات يتضمن عنصر أجنبيا حيث أضحت واقعا يفرض نفسه في الوقت الراهن.

وقد نشأت منازعات بشأن هذه العلاقات، ونظراً لخصوصيتها فهي تخرج عن نطاق القانون الإقليمي الوطني كونها مرتبطة بأكثر من دولة، فإذا طرح هذا النزاع على القضاء الوطني يثير تنازعا بين القوانين التي ترتبط به<sup>1</sup>، والتي يتحدد نطاقها بالمراكز أو العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي التي يحكمها القانون الخاص، سواء تعلقت هذه المراكز بالمعاملات المالية أو بالأحوال الشخصية والتي من بينها الميراث والوصية.

وتثار إشكالية التنازع بين القوانين في مسائل الميراث والوصية عند توفر شروط قيام حالة التنازع عموماً، وهي: إشتغال المسألة محل النزاع على عنصر أجنبي، سواء في أطرافها بسبب إختلاف جنسيتهم، أو مكان إنعقادها، أو مكان تنفيذها، أو مكان وجود المال، وإفساح المشرع الوطني المجال لتطبيق القوانين الأجنبية وفق ما تقتضيه حاجات المعاملات الدولية الخاصة، بالإضافة إلى وجوب صدور القوانين محل التنازع عن دول ذات سيادة، وأن تكون تلك القوانين مختلفة في الأحكام، فمتى كانت أحكام القوانين التي لها صلة بالنزاع متشابهة وموحدة فلا جدوى ولا مصلحة من قيام التنازع.

فمتى تحققت هذه الشروط كنا أمام مشكلة تنازع القوانين التي تتطلب البحث عن القانون المناسب لحكم النزاع الإرثي أو الإيصائي المشتمل على عنصر أجنبي.

<sup>1</sup> - قد يفهم من مصطلح تنازع القوانين وجود صراع أو نضال بين القوانين في ميدان معين، حيث يدعي كل قانون إمتداد سلطانه بحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي، لكن الأمر في الحقيقة لا يعدو أن يكون إختيار من بين هذه القوانين، القانون الأنسب والأكثر ملائمة لحكم هذه العلاقة، أنظر، رمزي علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص93.

فلو تعلق الأمر بتركة جزائري متوطن في بريطانيا وله أموال عقارية ومنقولة في كل من فرنسا وإيطاليا، فهذا النزاع يتصل بعدة دول مما يجعل كل من القانون الجزائري والقانون البريطاني والقانون الفرنسي والإيطالي في حالة تنازع لحكم العلاقة محل النزاع، فلو أن كل دولة ذات صلة بالنزاع تمسكت بتطبيق قانونها على هذه العلاقة، فسيؤدي ذلك إلى إهدار الحقوق، وذلك لكون مسائل الأحوال الشخصية أشد إرتباطا بمعتقدات الشعوب والمجتمعات فما من شك أن منازعاتها تشكل المجال الخصب لتنازع القوانين متى إقترنت بعنصر أجنبي، وخير دليل على ذلك مسائل الميراث والوصية التي إختلفت فيها التشريعات إختلافا جوهريا، سواء من حيث الحقوق أو الإلتزامات التي تنتقل إلى الورثة، أو في كيفية ووقت إنتقالها، فنجد مثلا أن الدول الإسلامية التي إستمدت أحكامها من الشريعة الإسلامية، تعتبر الميراث إجباري ويثبت للورثة بحكم الشرع والقانون، ولا يجوز للوارث رفضه، كما حصرت الإرث في الحقوق المالية ولا يتعدى للإلتزامات، وبخلاف ذلك نجد التشريعات الغربية تعتبر الميراث حق إختياري يشمل الحقوق والإلتزامات التي كانت في ذمة المورث، كما تختلف أحكام الوصية في تشريعات الدول الإسلامية عنها في قوانين الدول الغربية بصفة عامة، فالشرع لا يجيز الوصية بأكثر من الثلث إلا بعد إجازة الورثة، بينما تجيز القوانين الغربية للموصي أن يوصي بكل تركته ولأي شخص حتى ولو ترتب على ذلك حرمان ورثته من الميراث.

## أهمية الموضوع

تكتسي دراسة موضوع تنازع القوانين في الميراث والوصية، أهمية بالغة من ناحيتين، الأولى نظرية تتمثل في إختلاف التشريعات المقارنة في تنظيم مسائل الميراث والوصية الأمر الذي يجعلها أكثر إثارة لتنازع القوانين، والثانية عملية تتجلى في كيفية تعامل القاضي الجزائري مع المنازعات التي تثور بشأنها، كون الجزائر تشهد في الآونة الأخيرة حركة تنقل أشخاص وأموال كثيفة.

## أسباب إختيار الموضوع

إن الخوض في موضوع تنازع القوانين في الميراث والوصية نابع من أسباب ذاتية تتمثل في الرغبة الشخصية في الإطلاع على مادة القانون الدولي الخاص والإشكاليات التي

يثيرها هذا الفرع المهم من فروع القانون الخاص، وبالتحديد الرغبة في التعرف على موقف التشريعات المقارنة من تنظيم تنازع القوانين في الميراث والوصية.

وقد عززت تلك الرغبة أسباب موضوعية تكمن في معرفة نظرية تنازع القوانين في التشريع الجزائري ومدى إستجابتها لخصوصيات العلاقات الدولية الخاصة، خاصة في شقها المتعلق بالميراث والوصية اللذان يعدان من أهم مواضيع قانون الأسرة، وذلك بغرض الوقوف على مكان القوة والضعف في معالجة المشرع الجزائري لهذا المجال الحيوي من العلاقات القانونية.

وقد واجهتنا صعوبات خلال إنجاز هذا البحث، تتمثل في ندرة الإجهادات القضائية للمحكمة العليا في هذا المجال، وكذلك التشابه الكبير وتكرار نفس المعلومات في المراجع بالرغم من كثرتها.

## أهداف الدراسة

نهدف من خلال هذه الدراسة إلى:

- التعرف على عناصر قاعدة الإسناد المتعلقة بالميراث والوصية، لتحديد نطاق كل منهما في مجال القانون الدولي الخاص والتعرف على القانون المختار لحكهما.
- محاولة الوقوف على العقبات التي تواجه القاضي الوطني عند تفعيل هذه القاعدة ومجمل الحلول الفقهية والقانونية المقررة للتصدي لها.
- التعرف على كيفية تعامل القاضي الوطني مع القانون الأجنبي في حالة إختصاصه بحكم منازعات الميراث والوصية.
- بيان الحالات التي يتعطل فيها تطبيق القانون الأجنبي رغم إختصاصه حقيقة بحكم النزاع الإرثي أو الإيصائي.

إشكالية الموضوع: يثير موضوع البحث إشكالية رئيسية تتمثل في:

ما هي المنهجية المتبعة من قبل القاضي الوطني للفصل في منازعات الميراث والوصية المشتملة على عنصر أجنبي؟

ويندرج تحت هذه الإشكالية سؤالين فرعيين هما:

- كيف يتوصل القاضي الوطني للقانون الواجب التطبيق على منازعات الميراث والوصية ذات البعد الدولي ؟
  - ما الكيفية التي يتعامل بها القاضي الوطني مع القانون الأجنبي في حالة إختصاصه بحكم تلك المنازعات ؟ وإلى أي مدى يتمكن من تطبيقه ؟
- تقسيم الدراسة

للإجابة على الإشكالية المطروحة والسؤالين الفرعيين المندرجين تحتها، ستكون دراستنا في فصلين أساسيين يخصص الفصل الأول إلى تحديد القانون المختص بالميراث والوصية، بينما يخصص الفصل الثاني إلى تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية.

## منهج الدراسة

سوف نستعين في هذه الدراسة بالمنهج التحليلي عن طريق تحليل النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع، ونلجأ للمنهج المقارن عند مقارنة القوانين المتقاربة مع نظامنا القانوني وما جاءت به الإجتهادات القضائية المقارنة في هذا المجال.

## الفصل الأول

### تحديد القانون المختص بالميراث والوصية

إن العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي، تحتم على الدول وضع قواعد قانونية خاصة بها متميزة عن غيرها من القواعد الوطنية، يُطلق عليها قواعد تنازع القوانين أو قواعد الإسناد وهي الوسيلة الفنية المألوفة والرئيسية لحسم التنازع الحاصل بين القوانين المتصلة بهذه العلاقات<sup>1</sup>. فهي قواعد وطنية تتمتع بأوصاف القواعد الداخلية، وظيفتها حل المشكلات المترتبة على التزاحم بين القوانين لإختيار أنسبها، ونظرا لهذه الدور الذي تلعبه هذه القواعد، فعلى المشرع وهو بصددها، أن يضع في الحسبان إحترام سيادة الدولة على إقليمها من جهة وإستمرار المعاملات الدولية بين رعايا الدول المختلفة من جهة أخرى.

وتتميز قواعد الإسناد بكونها قواعد غير مباشرة، أي لا تتكفل بإعطاء الحل النهائي للنزاع وإنما ترشد إلى القانون الذي يخضع له النزاع، كما تتميز بكونها قواعد مزدوجة مما يعني أنها قد تشير إلى إختصاص القانون الوطني، وقد تشير إلى إختصاص قانون أجنبي بالإضافة إلى خاصية الحياد وذلك لكون القاضي وهو بصدده إعمالها لا يعلم نوع الحل الذي سيعطيه للنزاع<sup>2</sup>. والقاضي قبل أن يصل إلى القانون الواجب التطبيق لا بد أن يتعرف على قاعدة الإسناد المناسبة للنزاع المعروف أمامه، ثم التطبيق العملي لهذه القاعدة، وعليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين يدرس الأول عملية تحليل هذه القاعدة وذلك من خلال التعرف على عناصرها ويعالج الثاني الإشكالات التي يثيرها التطبيق العملي لهذه القاعدة.

<sup>1</sup> - ليست قواعد الإسناد هي الوسيلة الوحيدة لحل مشكلة تنازع القوانين، فإلى جانبها هناك قواعد مادية داخلية وأخرى دولية، تطبق مباشرة على بعض العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي، تتميز بطبيعة خاصة تمكنها من حكم المسائل المتنازع فيها بصورة موضوعية. للتفصيل أكثر، أنظر، عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط.1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، للبنان، 2008، ص 233.

<sup>2</sup> - بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر، بوزريعة، الجزائر، 2003، ص 72 و73.

## المبحث الأول

### عناصر قاعدة الإسناد المتعلقة بالميراث والوصية

قاعدة الإسناد هي قاعدة قانونية وضعية ذات طبيعة فنية تسري على العلاقات الدولية الخاصة، فتصطفي أكثر القوانين مناسبة وملاءمة لتنظيم تلك العلاقات حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها<sup>1</sup>. فقاعدة الإسناد إذن هي قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني يهدف من خلالها إلى إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية ذات العنصر الأجنبي .

وتتكون قاعدة الإسناد من ثلاثة عناصر الفئة المسندة (المطلب الأول)، ضابط الإسناد (المطلب الثاني)، القانون المسند إليه (المطلب الثالث).

### المطلب الأول

#### الفئة المسندة المتعلقة بالميراث والوصية

المسائل القانونية كثيرة بحيث لا تدخل تحت حصر مما لا يمكن وضع لكل منها قاعدة إسناد خاصة بها. لذلك تعتمد التشريعات إلى حصر وتجميع المسائل المتقاربة والمتشابهة التي يجمعها قاسم مشترك، ووضعتها في مجموعات معينة يطلق عليها "الفئة المسندة".  
وعلية فالفئة المسندة هي عبارة عن "مجموعة من المسائل القانونية المتشابهة والمتقاربة التي خصها المشرع الوطني بضابط إسناد تمهيدا لإسنادها لقانون معين"<sup>2</sup>.  
وبهذا الصدد يمكن أن نميز أربعة طوائف قانونية أساسية تضم كل منها مجموعة من الفئات المسندة، وهي طائفة الأشخاص وطائفة الأموال وطائفة الوقائع القانونية سواء كانت في شكل أعمال مادية أو أعمال قانونية والطائفة الرابعة هي شكل التصرفات القانونية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - رمزي محمد علي دراز، مرجع سابق، ص 112.

<sup>2</sup> - بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 68.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق دريال، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، ص 64.

وبالرغم من أن الميراث والوصية ينصبان على الأموال، إلا أنهما مرتبطان من جهة أخرى بالأشخاص، لذلك اختلفت الآراء حول الفئة المسندة المتعلقة بالميراث والوصية هل تدخل ضمن طائفة الأشخاص؟ أم طائفة الأموال؟.

وعليه وقبل التطرق إلى هذين الرأيين وحججهما نستعرض المسائل المرتبطة بالميراث والوصية في الفرع الأول، ونخصص الفرع الثاني إلى إختلاف الرأي حول إلحاق الميراث والوصية بطائفة الأحوال الشخصية أو بطائفة الأحوال العينية.

### الفرع الأول

#### المسائل المرتبطة بالميراث والوصية

أشرنا فيما سبق إلى أن الفئة المسندة هي مجموعة من المسائل والحالات القانونية المتشابهة والمتقاربة، لذلك من الضروري حصر وتحديد المسائل القانونية التي تندرج في فئة الميراث والوصية، وهو ما سنوضحه الآن.

#### أولاً: تحديد المسائل المدرجة ضمن الميراث

الميراث هو جزء من تركة المتوفي، وعليه لا بد من الوقوف على التركة والحقوق المتعلقة بها، حتى نستطيع تعريف الميراث والمسائل المرتبطة به.

فالتركة في الإصطلاح الفقهي تطلق على الميراث على أحد المعنيين، المعنى العام والمعنى الخاص . فالتركة بالمعنى العام، هي كل ما يتركه الميت من مال كان ملكاً له أو حق مالي، أو شبه مالي كان ثابتاً له<sup>1</sup>، وعلى هذا الأساس فإنه يدخل في التركة ما يتعلق به حق الدائنين أو الموصى لهم أو الوارثين. أما التركة بالمعنى الخاص، فهي ما يتركه الميت من مال أو حق مالي خالص بعد سداد ما عليه من ديون وتنفيذ ما صدر عنه من وصايا<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج2، الميراث والوصية، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007، ص 16.

<sup>2</sup> - عطا الله فشار، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة، الجزائر، 2006، ص 17.

والمشروع الجزائري لم يعرف التركة، وإنما إستعرض الحقوق المتعلقة بها في المادة (180) من قانون الأسرة، على خلاف مدونة الأسرة المغربية التي عرفت التركة بموجب المادة (321) منها الذي جاء فيه "التركة مجموع ما يتركه الميت من مال أو حقوق مالية"<sup>1</sup> والحقوق المتعلقة بالتركة عموما تتمثل في:

- مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع: ويراد بها ما ينفق على الميت من لحظة وفاته إلى حين دفنه، كنفقات الغسل والتجهيز والتكفين، ونقل الجنازة، وثمان القبر، وغير ذلك مما جرى عليه العرف الذي لا يخالف الشرع.<sup>2</sup>

- تسديد الديون: وهي الديون التي تكون ثابتة في ذمة الميت، سواء كانت ديون عينية متعلقة بأعيان التركة كرهن العقار، أو ديون عادية والتي هي نوعان ديون الله عز وجل كالزكاة والنذور والكفارات، أو ديون العباد كالمهر والقرض.. إلخ.<sup>3</sup>

- تنفيذ الوصايا: تأتي بعد الدين وقبل الإرث، حيث تنفذ في حدود الثلث. ولقد تعرض المشروع الجزائري إلى الوصية كحق ضمن الحقوق المتعلقة بالتركة ضمن الفقرة الثالثة من المادة (180) من قانون الأسرة السالفة الذكر.

بعد تصفية التركة من الحقوق المتعلقة بها السالفة الذكر ما بقي منها تؤول إلى الورثة وتوزع عليهم حسب الأنصبة المقررة شرعا، وهذا الجزء من التركة هو ما يطلق عليه بالميراث. لقد جعل المشروع الجزائري الميراث من الطرق الشرعية والقانونية لاكتساب الملكية بموجب المواد من (773) إلى (777) من القانون المدني، ولكنه لم يعرفه في قانون الأسرة . أما الفقهاء فقد عرفوه بـ: "الميراث هو إنتقال الملكية من الميت إلى ورثته الأحياء، سواء كان المتروك مالا عقار أو منقولاً، أو حقا من الحقوق الشرعية القابلة للإنتقال بطريق الإرث"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة، الجزائر، 2008، ص 75.

<sup>2</sup> - نبيل كمال الدين طاحون، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية، مكتبة الخدمات الحديثة، جدة، السعودية، 1984، ص 27.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

<sup>4</sup> - محمد على الصابوني، الموارث في الشريعة الإسلامية على ضوء الكتاب والسنة، مكتبة رحاب، الجزائر، 1990، ص 34.

وقد نظم قانون الأسرة الجزائري أحكام الميراث في الكتاب الثالث منه في عشرة فصول، حيث قنن الأحكام الشرعية في ثمانية وخمسين مادة قانونية بدءاً من المادة (126) إلى المادة (183)، تناول فيها الأحكام العامة المتعلقة بالميراث بداية بأسبابه والتي حصرها في القرابة والزوجية في المادة (126)، فشرط إستحقاقه والمتمثلة في موت المورث حقيقة أو حكماً وحياة الوارث حقيقة أو تقديراً مع إنتفاء موانع الميراث في المادتين (127) و(128)، ثم حدد أصناف الورثة وأنصبتهم في المواد من (139) إلى (174).

مما سبق نخلص إلى القول بأن المسائل الموضوعية والأساسية المرتبطة بالميراث تنحصر في أركان الميراث ومحلّه وأسبابه وموانعه وتصنيف الورثة وأنصبتهم .

وهي المسائل التي تختلف نظرة التشريعات المقارنة إليها، لإرتباط موضوع الميراث بالإعتبارات الدينية، فالدول العربية والإسلامية التي إستمدت أحكام الميراث من الشريعة الإسلامية جعلته إجباري يثبت للورثة بحكم الشرع والقانون ولا يجوز للورثة رفضه، وحصرته في الحقوق التي يتركها الميت دون أن تتعدى للإلتزمات، وعلى خلاف ذلك نجد تشريعات الدول الغربية تجعل منه حق إختياري يشمل الحقوق والإلتزمات<sup>1</sup>.

كما تختلف التشريعات المقارنة في توريث الأبناء الغير شرعيين، وتختلف في التفرقة أو التسوية بين أنصبة الذكور والإناث، فبعض التشريعات تساوي بين الذكر والأنثى في الميراث، وأخير تتباين تلك التشريعات في أسباب الميراث وموانعه وشروطه.

كل هذه الإختلافات في المسائل الموضوعية للميراث تجعله ميداناً رحباً لتنازع القوانين إذا إشتملت العلاقة على عنصر أجنبي.

بالإضافة إلى المسائل الموضوعية في الميراث، هناك المسائل الإجرائية المؤقتة الهادفة إلى المحافظة على التركة، كتعيين الحارس القضائي وتعيين المصفي وتحديد إختصاصهما وكذلك بيان إجراءات القسمة بين الورثة وتحديد الإجراءات القانونية التي تؤدي إلى إنتقال الملكية والحياسة إلى الورثة كي تصبح نافذة في حق الغير كإجراءات تسجيل وشهر العقار،

<sup>1</sup> - العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 7.

وهي كلها مسائل إجرائية تخضع لقانون آخر غير القانون الذي تخضع له المسائل الموضوعية<sup>1</sup>.

ثانيا: تحديد المسائل الملحقة بالوصية

تتشارك الوصية مع الميراث في كونها خلافة للمال بسبب الوفاة، وتختلفان في كون الميراث خلافة إجبارية بينما الوصية خلافة إختيارية .

وقد عرف المشرع الجزائري الوصية في المادة (184) من قانون الأسرة بأنها "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"، ونص في المادة (190) منه على: "للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة"، كما عرفها القانون المصري في المادة الأولى من قانون الوصية ب: "الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت"، وعرفت المادة (240) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي "الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد موت الموصي" .

ومن خلال هذه التعاريف جميعها يتضح أنها تتضمن معنى واحد وهو التصرف في المال ينفذ بعد وفاة المتصرف (الموصي)، وإن اختلفت الصيغ والعبارات بين مضيق وموسع<sup>2</sup>.

وقد ألحق المشرع الجزائري تصرفين بالوصية يطلق عليهما بالوصايا الحكمية وهي في الأصل تصرفات أخرى (بيع، هبة، مبادلة .. الخ)، فهي ليست وصية لكن القانون يعطيها حكم الوصية ويلحقها بها، فإذا تم هذا الإلحاق طبقت على هذا التصرف أحكام الوصية، وترتب عليه ما يترتب على الوصية من آثار في وجودها وعدمها<sup>3</sup>، وهذين التصرفين هما:

### 1- تصرفات المريض مرض الموت بقصد التبرع

نصت المادة (776) من القانون المدني الجزائري على أنه: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر مضافا لما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف. وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن

<sup>1</sup> الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ج1، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2004، ص 185.

<sup>2</sup> الرشيد بن الشويخ، مرجع سابق، ص 7.

<sup>3</sup> عبد الجليل أحمد علي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، مصر، 2001، ص 175.

التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت. ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً. إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادراً عن سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه".

والمقصود بمرض الموت "المرض الشديد الذي يغلب الظن موت صاحبه عرفاً أو بتقدير الأطباء"<sup>1</sup>.

وعليه وحتى يعتبر المرض مرض موت لا بد من تحقق ما يلي :

- أن ينتهي بموت صاحبه غالباً.  
- أن يكون موت الشخص متصلاً بهذا المرض، لذلك إذا شفي الشخص من مرضه الذي تصرف فيه ثم مات بعد ذلك يعتبر التصرف صحيح ولا يلحق بالوصية لأنه لم يتصرف في مرض الموت.

- عجز المريض مرض الموت عن قضاء مصالحه.

وحتى يسري على التصرف أحكام الوصية يجب أن يكون التصرف تبرعياً، كالهبة أو الوقف، هذا ما أكدته المادة (204) من قانون الأسرة بنصها: "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية". ويقع عبء إثبات أن تصرف مورثهم وقع في مرض الموت على الورثة، فإذا تمكن الورثة من ذلك إعتبر التصرف وصية وسرت عليه أحكامها ما لم يثبت المتصرف له خلاف ذلك وهو المؤكد في الفقرة الثالثة من المادة (776) المذكورة سالفاً.

## 2- التصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحياة في الإنتفاع مدى الحياة

نصت المادة (777) من القانون المدني الجزائري على: "يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حياة الشئ المتصرف فيه والإنتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك"

وحسب هذا النص ولكي يعتبر التصرف وصية وبالتالي تسري عليه أحكامها، يجب أن

تتوفر الشروط التالية:

<sup>1</sup> - أحمد نصر الدين الجندي، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2006، ص 560.

- أن يتم التصرف من المورث إلى أحد ورثته، والعبارة في صفة المتصرف له وارثا هي وقت وفاة المتصرف<sup>1</sup>.

- أن يحتفظ المورث(المتصرف) بحياسة العين المتصرف فيها طوال حياته، ويكفي مجرد وضع اليد. وهذه واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات.

- أن يحتفظ المورث بحقه في الإنتفاع بالعين المتصرف فيها مدى حياته بأي وجه من الوجوه. فإذا إجتمعت هذه الشروط قامت قرينة بسيطة بأن التصرف وصية وتسري عليه أحكامها مها كانت التسمية التي سمي بها العقد سواء بيع، هبة، مبادلة، ويمكن للمتصرف له أن يثبت عكسها، وينفي نية الإيضاء بكافة طرق الإثبات. كأن يثبت أن الحياسة كانت بسبب عقد آخر كالإيجار<sup>2</sup>.

هذين التصرفين ألحقهما المشرع بالوصية فمتى توفرت فيهما الشروط المطلوبة، تسري عليهما أحكام الوصية التي نظمها المشرع الجزائري في قانون الأسرة في الفصل الأول من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات، وذلك في المواد من (184) إلى(201) حيث قام المشرع الجزائري برسم حدودها ومبادئها القانونية في 18 مادة<sup>3</sup>، فحدد في المادة (185) مقدارها بالثلث وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة، كما إشتراط أهلية التبرع في الموصي وعدم إشتراطها في الموصي له وسمحت بها حتى للجنين في المادتين (186) و(187)، وحرّم القاتل عمدا من الوصية بموجب المادة (188)، كما لم يجز الوصية لوأرث إلا بإجازة الورثة بحكم المادة (189)، ولم يعتبر إختلاف الدين مانع للوصية بموجب المادة(200)، كما إعتبر الوصية باطلة في حالة ردها من قبل الموصي له، أو بوفاته قبل الموصي في المادة(201).

كل الأحكام المتقدمة تعتبر من المسائل الموضوعية المرتبطة بالوصية، وبالإضافة إلى ذلك، هناك مسائل إجرائية مؤقتة مرتبطة بالتركة ككل-بحيث أن الوصية جزء منها بإعتبارها من الحقوق المتعلقة بها كما رأينا ذلك سابقا- تستهدف الحفاظ على أصلها، وحماية حقوق

<sup>1</sup> - عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 78.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

<sup>3</sup> - العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 229.

الغير، كنعين الحارس القضائي أو المصفي، وكذلك كيفية إثبات الوصية وشكليات إبرامها وتحديد الإجراءات القانونية التي تؤدي إلى إنتقال الملكية والحياسة إلى الموصي له كي تصبح نافذة في حق الغير، كإجراءات التسجيل والشهر العقاري إذا كان محل الوصية عقارا، كل هذه المسائل تخضع لقانون آخر خلافا للقانون الذي تخضع له المسائل الموضوعية<sup>1</sup>.

وشأنها شأن الميراث تخلف التشريعات المقارنة في الأحكام المنظمة للوصية والمسائل المرتبطة بها من حيث محلها وشروط صحتها وإمكانية الرجوع فيها والأشخاص الموصى لهم والقدر المسموح به للإيحاء، فنجد تشريعات الدول الغربية مثلا تجيز للموصى أن يوصي بكل تركته ولأي شخص حتى ولو أدى ذلك إلى الإضرار بالورثة. بينما تشريعات الدول العربية والإسلامية التي تستمد أحكام الوصية من الشريعة الإسلامية، تقيد حرية الموصي بالقدر المسموح به للإيحاء وكذا في الأشخاص الموصى لهم وحتى جهة الإيحاء، حيث لا يسمح بالإيحاء بأكثر من الثلث وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة، ولا تجيز الوصية لوارث إلا بإجازتها من الورثة كما تشترط أن لا تكون الجهة الموصى لها جهة معصية. كل هذه الإختلافات تجعل من الوصية كما الميراث مجالا خصبا للتنازع القوانين إذا إشتملت منازعاتها على عنصر أجنبي.

بعد تعيين المسائل المرتبطة بفكرة الميراث وكذا الوصية، ننقل إلى عرض الآراء المختلفة بشأن إحاقهما بالأحوال الشخصية أو بالأحوال العينية في الفرع الموالي :

#### الفرع الثاني

##### إختلاف الرأي حول الطائفة التي يُدرج ضمنها الميراث والوصية

إن المسائل المرتبطة بالميراث والوصية تتداخل بين الأحوال الشخصية والعينة، وذلك لأنها مرتبطة بالشخص من جهة كونها وسيلة لإنتقال أمواله لورثته بسبب وفاته، ومن جهة أخرى فهي تنصب على الأموال لذلك تباينت الآراء ومواقف التشريعات بشأن إدراجها ضمن طائفة الأحوال الشخصية أو العينية وهذا ما سنتناوله الآن.

<sup>1</sup> - الطيب زيروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 187 وما بعدها.

أولاً: الميراث والوصية ضمن طائفة الأحوال الشخصية

إن مصطلح الأحوال الشخصية من المصطلحات القانونية الحديثة، فمن الصعب وضع تعريف جامع مانع للأحوال الشخصية، لأن تحديد المقصود بها كان ولا زال محل خلاف سواء بالنسبة للفقهاء أو القضاة أو التشريع.

غير أن ذلك لم يمنع الفقهاء والقضاة من محاولة وضع تعريف للأحوال الشخصية، ولعل أقرب تعريف هو التعريف الذي وضعته محكمة النقض المصرية بتاريخ: 1934/06/21، الذي جاء فيه "المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية والتي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الإجتماعية، ككون الإنسان ذكراً أو أنثى، وكونه زوجاً أو أرمل أو مطلقاً أو أباً أو ابناً شرعياً، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سنه، أو عته أو جنونه، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية... الخ".<sup>1</sup>

وبالإضافة إلى الصعوبات التي تواجه الفقهاء والقضاة في وضع تعريف جامع مانع لمفهوم الأحوال الشخصية، فإن قوانين الدول تختلف بالنظر إلى المسائل التي تدرجها ضمن الأحوال الشخصية وتخضعها بالتالي للقانون الشخصي، فهناك دول تتوسع في مفهوم الأحوال الشخصية فيتسع بذلك نطاق الحالات التي تخضع للقانون الشخصي، كحال غالبية الدول العربية باعتبار تشريعاتها ذات صبغة دينية تميل إلى تطبيق قوانينها الشخصية على رعاياها أينما كانوا وحيثما وجدوا<sup>2</sup>. وهناك دول أخرى تميل إلى التقليل من نطاق الأحوال الشخصية. فمثلاً في النظام القانوني الفرنسي تنحصر الأحوال الشخصية في الأهلية العامة والحالة المدنية<sup>3</sup>.

وفي النظام القانوني الجزائري لا نجد قانون يحمل إسم الأحوال الشخصية بالرغم من وجوده على مستوى الفقهاء والقضاة، وبالرغم من ذلك ورد مصطلح الأحوال الشخصية في القانون

<sup>1</sup> محكمة النقض المصرية، نقلاً عن، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1996، ص 651.

<sup>2</sup> عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 655.

<sup>3</sup> الطيب زيروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 134.

المدني بموجب المادتين (774) و(775) والمتعلقتين بطرق إكتساب الملكية، وهذا لا يعني أن المشرع الجزائري لم يعالج المسائل المرتبطة بالأحوال الشخصية، وإنما عالجهما في قوانين متفرقة تضمن قانون الأسرة النصيب الأوفر منها، إلى جانب القانون رقم: 20/70 المؤرخ في 19/02/1970 المتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتمم والقانون رقم: 86/70 المعدل والمتمم المتعلق بالجنسية والقانون المدني.

إن الدول التي وسعت من نطاق الأحوال الشخصية وأدرجت الميراث والوصية ضمنها إستندت إلى فكرة أن الإرث يتصل أساسا بواقعة وفاة الشخص وهو أثر طبيعي لحادثة الوفاة، ويؤسس هؤلاء موقفهم إنطلاقا من روابط النسب والقربة وإعتبارات المحافظة على أموال المتوفي ضمن نطاق العائلة، وفي إطار درجة القربة والنسب، فكلما إزدادت درجة القربة إزدادت الحصة الإرثية<sup>1</sup>، كما أن الوصية تستند في أغلب الحالات على الإعتبارات الدينية والقربة، وربما يتدارك بها الموصي ما فاتته من أفعال خيرية، وعلى هذا الأساس يكون القانون الشخصي هو الأكثر ملائمة عندما تتنازع القوانين بشأنهما.

وتأثرت معظم التشريعات التي إعتبرت الميراث والوصية من مسائل الأحوال الشخصية بنظرية الفقيهين "مانشيني" و"سافيني"<sup>2</sup>.

وتعتبر تشريعات الدول العربية من التشريعات التي ألحقت الميراث والوصية بالأحوال الشخصية، وذلك للإعتبارات الدينية ولكون الدين من الصفات الذاتية والتي تميز الشخص عن غيره، وقد سائر المشرع الجزائري هذا الإتجاه، حيث إعتبر الميراث والوصية من الأحوال الشخصية، ونظمها ضمن قانون الأسرة وهو القانون الذي تولى تنظيم غالبية المسائل المرتبطة بالأحوال الشخصية. وبهذا التوجه يكون المشرع الجزائري قد سائر غالبية الدول العربية كمصر، الأردن، العراق، ليبيا. كما يتماشى هذا التكيف مع ما جاءت به إتفاقية لاهاي لعام 1928 التي أعتبرت المواريث من مواد الأحوال الشخصية على إعتبار أنها مرتبطة بالعائلة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 204.

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 291.

<sup>3</sup> - محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، منشورات الجامعة المفتوحة، 1994، ص 150.

وبالرغم من وجهة هذا الرأي، إلا أنه هناك رأي آخر ينظر إلى موضوع الميراث كونه ينصب على الأموال وبالتالي يلحق بالأحوال العينية، وهذا ما سنتطرق إليه الآن.

ثانياً: الميراث والوصية ضمن طائفة الأحوال العينية

يشير مصطلح "الأحوال العينية" إلى المركز القانوني للأموال، حيث تتناول الأحوال العينية الأنظمة المالية للأموال المادية وغير المادية، ولقد كان للنظام العيني عبر التاريخ نفس الأهمية للنظام الشخصي<sup>1</sup>.

ويرى أنصار هذا الإتجاه أن الميراث والوصية يندرجان ضمن طائفة الأحوال العينية، كونهما ينصبان على الأموال، ويستندون في ذلك لكون الإرث وإن كان نتيجة لإنهاء الشخصية فهو إحدى أسباب إنتقال الملكية، ولا يختلف عن الوسائل الأخرى لنقل الملكية إلا في كونه صادراً عن واقعة مادية هي الوفاة، التي تخلف آثاراً قانونية تتمثل في الإرث، إلا أن موضوعه هو المال، لذلك يجب إخضاع الإرث للنظام القانوني الذي يخضع له المال نفسه، مهما تغيرت طريقة الإنتقال<sup>2</sup>، لأن طريقة إنتقاله لا تغير من طبيعته، وفي هذه الحالة يمارس القانون العيني ولايته بصورة كاملة.

وعلى رأس التشريعات التي غلبت الطابع المالي للميراث والوصية، نجد التشريع الفرنسي والإنجليزي، والأمريكي والكندي والتي إعتبرت الميراث والوصية من الأحوال العينية، وميزت فيه بين الميراث المنقول وغير المنقول<sup>3</sup>.

ونظراً للطابع الخاص للميراث والوصية وإرتباطهما بالأحوال الشخصية وكذلك بالأحوال العينية، رأى الفقه الحديث، بأنه لا يمكن إدراج الميراث والوصية في طائفة الأحوال الشخصية،

<sup>1</sup> - عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 305.

<sup>2</sup> - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 311.

<sup>3</sup> - غالب علي الداوي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذاً لأحكام الأجنبية - دراسة مقارنة -، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن، 2001، ص 113.

كونهما نتيجة لإنهاء الحالة الشخصية، في حين الأحوال الشخصية نتيجة لوجود الشخص<sup>1</sup>، وكذلك لا يمكن إدراج الميراث والوصية ضمن الأحوال العينية، لأن مضمونهما يختلف كلياً عن مضمون فكرة مركز الأموال، بإعتبار موضوع الميراث والوصية هو تركة المتوفي ينظر إليه كمجموعة شائعة وليس مالا منفردا، وعليه يرى هذا التوجه إدراج الإرث والوصية في طائفة قانونية مستقلة<sup>2</sup>.

وكما اختلفت التشريعات حول الطائفة التي تُدرج ضمنها فئة الميراث والوصية، فأمر طبيعي أن تختلف كذلك حول ضابط الإسناد المتعلق بهما وهذا ما سنتعرف عليه من خلال المطلب الموالي.

### المطلب الثاني

#### ضابط الإسناد المتعلق بالميراث والوصية

يشكل ضابط الإسناد العنصر الثاني المكون لقاعدة الإسناد والمكمل لدور الفكرة المسندة في التوصل إلى القانون الواجب التطبيق، ويختار ضابط الإسناد من العنصر الذي يمثل مركز الثقل في هذه العلاقة.

ولقد بينا في المطلب السابق كيف اختلفت التشريعات المقارنة حول تصنيف الميراث والوصية ضمن طائفة الأشخاص أو ضمن طائفة الأموال، فمن غلبت الطابع الشخصي للميراث والوصية، إستمدت ضابط الإسناد من عنصر الأشخاص، أما من غلبت الطابع المالي فقد إختارت موقع المال كضابط للإسناد في مسائل الميراث والوصية المشتملة على عنصر أجنبي، وفي مايلي سنتطرق لهذه الضوابط، كل في فرع مستقل.

<sup>1</sup> - موحّد إسعاد، ترجمة فائز أنجق، القانون الدولي الخاص، ج1، قواعد التنازل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 315.

<sup>2</sup> - أنظر، عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 284 وما بعدها، صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 313.

الفرع الأول

الجنسية كضابط إسناد للميراث والوصية

إختارت تشريعات كثيرة الأخذ بالجنسية كعيار لتحديد القانون الشخصي الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية، والتي من ضمنها الميراث والوصية، مستندة في ذلك على المبررات التالية :

- الجنسية ثابتة ومستقرة نسبيا مقارنة بالموطن .
- أن الدولة تضع قوانينها الشخصية لرعاياها دون الأجانب، ويجب أن يتبعهم هذه القوانين أينما إنتقلوا، وهي لا تتبعهم خارج الدولة إلا إذا ارتبطت بجنسيتهم<sup>1</sup>.
- تعكس الجنسية العادات والتقاليد التي تتأصل في ذهنية الأفراد، والقانون وضع خصيصا ليحكم الأشخاص المنتمون إليه بجنسيتهم بصرف النظر عن الأقليم المتواجدون فيه<sup>2</sup>، فمن غير المنطقي أن يتغير القانون الذي يحكم الشخص بمجرد تجاوزه للحدود.
- إعتقاد قانون الجنسية يعزز الطمأنينة في نفوس رعايا الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم.
- من السهولة بمكان تحديد جنسية الشخص، بعكس موطنه الذي يثير تحديده صعوبات، سواء بالنسبة للقاضي، أو للغير، ويعود ذلك لصعوبة التأكد من العنصر المعنوي والمتمثل في نية الإستقرار أو الإقامة بإعتباره لازما لوجود الموطن أو الإقامة<sup>3</sup>.
- إن الدولة توفر لرعاياها في الخارج بواسطة سفاراتها وقنصلياتها الحماية القانونية وإجراء تصرفاتهم تبعا لقانون جنسيتهم، أما إذا إندمجوا مع سكان موطنهم الجديد وطبقت عليهم قوانين هذا الموطن فسوف تنقطع صلتهم بوطنهم الأصلي، والدليل على ذلك أن الدول التي تأخذ

<sup>1</sup> - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ط.5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008، ص57.

<sup>2</sup> - سامي بديع منصور، عبده جميل غصوب، ونصري أنطوان دياب، القانون الدولي الخاص، تنازع الإختصاص التشريعي، ج1، ط.5، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، 2009، ص 543.

<sup>3</sup> - عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 656.

بقانون الموطن تسمح لمواطنيها في الخارج بإجراء تصرفاتهم القانونية طبقاً لقانون جنسيتهم بواسطة الحماية الدبلوماسية قصد الحفاظ على الروابط الروحية بينهم وبين وطنهم<sup>1</sup>.

وقد سارت في هذا الإتجاه غالبية الدول العربية والإسلامية التي ألحقت الميراث والوصية بالأحوال الشخصية وأخضعتها لقانون جنسية المورث أو الموصي وقت وفاته. وفي هذا الإطار نصت المادة (16) من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تتفد بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته"، والتي تقابلها المادة (17) فقرة أولى من القانون المدني المصري، والمادة (18) الفقرة أولى من القانون المدني الأردني والمادة (18) فقرة أولى من القانون المدني السوري<sup>2</sup>. وذلك لإعتبارات دينية وإجتماعية بالغة الأهمية بالنسبة لهذه الدول تحتم الأخذ بقانون جنسية المورث أو الموصي، كون أن أحكامهما مستمدة من الشريعة الإسلامية التي لا تسمح بخضوع المسلم لغير أحكام الشريعة الإسلامية<sup>3</sup>.

كما أخذت بضابط الجنسية بعض تشريعات دول الغربية، مثل التشريع الألماني والإسباني والإيطالي واليوناني<sup>4</sup>، وأخذت به أيضا بعض التشريعات التي وزعت مسائل الميراث والوصية بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية، حيث ألحقت الميراث في العقار بالأحوال العينية بينما الميراث في المنقول ألحقته بالأحوال الشخصية، هذا الأخير أسندته للقانون الشخصي بموجب ضابط الجنسية، منها المشرع العراقي والتركي والنمساوي والمجري والروماني والبلغاري<sup>5</sup>.

وإذا كانت جل التشريعات العربية سألقة الذكر أسندت الميراث بضابط واحد وهو الجنسية، فإن المشرع التونسي أسندها بشكل ترتيبي للقانون الجنسية أو الموطن أو موقع المال هذا ما

<sup>1</sup> - فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين-، دار الملايين للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 2011، ص 176.

<sup>2</sup> - حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، - المبادئ العامة والحلول الوضعية-، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص 124.

<sup>3</sup> - فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 178.

<sup>4</sup> - غالب على الداوي، مرجع سابق، ص 112.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

يستخلص من نص الفصل (54) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي "يخضع الميراث للقانون الداخلي للدولة التي يحمل المتوفي جنسيتها عند وفاته، أو لقانون دولة آخر مقر له أو لقانون الدولة التي ترك فيها أملاكاً...". ونص الفصل (55) منها على: "تخضع الوصية للقانون الشخصي للموصي زمن وفاته...".

### الفرع الثاني

#### الموطن كضابط إسناد في الميراث والوصية

على خلاف الرأي السابق فإن بعض التشريعات إختارت معيار آخر غير الجنسية أسندت بموجبه الأحوال الشخصية والتي يدخل تحتها الميراث والوصية وهو معيار الموطن، وذلك نظراً لكون الجنسية حسبهم لا يمكنها أن تحدد القانون الشخصي نظراً للصعوبات التي ينجم عن تطبيقها، ويبرر مسلك هذه التشريعات في ما تراه من أهمية في تطبيق قانون الموطن بالحجج التالية :

- إن قانون الموطن يمثل النظام التقليدي وهو يتماشى مع حاجات الأفراد، وأخذ به سابقاً خلال العصور الوسطى<sup>1</sup>.
- يوفر الموطن فوائد كثيرة بالنسبة للمهاجرين منها أن بواسطته يتعرف هؤلاء بسهولة على القانون المحلي لهذه الدولة التي يتواجدون على إقليمها، حيث يفضلون الإنصهار في المجتمع الذي يعيشون فيه<sup>2</sup>.
- يسمح قانون الموطن بوحدة القانون المطبق على أفراد الأسرة الواحدة إذا كانوا مختلفي الجنسية، كما يحقق وحدة النظام القانوني للتركة من جهة، ومن جهة أخرى لديه خاصية أخرى كونه غالباً يمثل موقع المال لأن أموال الشخص تتواجد عادة في مكان موطنه.
- بالإضافة لذلك، فإن إستقرار الشخص في دولة معينة يجعل إرتباطه بها أقوى من إرتباطه بالدولة التي يحمل جنسيتها، والقول بأن تغيير الشخص لموطنه أمر سهل مقارنة بالجنسية، لا

<sup>1</sup> - الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 127.

<sup>2</sup> - عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 653.

يقفل من أهميته كمعيار لتحديد القانون الشخصي، وذلك أن تغييره لا يتم في الدول الأنجلوسكسونية بإرادة الشخص وحده<sup>1</sup>.

- إن الرأي المستقر عليه فقها وقضاء إعتقاد قانون الموطن بالنسبة لعديم الجنسية.  
- أن قانون الموطن غالبا ما يكون هو نفسه قانون القاضي، مما يضمن السرعة في فصل المنازعات<sup>2</sup>.

لكل هذه الإعتبارات، فمن الطبيعي أن يكون قانون الموطن هو الأكثر ملاءمة لحكم المسائل المتعلقة بالأشخاص والتي تندرج الوصية والميراث تحتها.  
وقد أخذ بقانون موطن المتوفي تشريعات عدة دول منها النرويج، والدانمارك، والأرجنتين والإتحاد السوفياتي سابقا<sup>3</sup>.

وقد أيد هذا الإتجاه مؤتمر لاهاي حول القانون الدولي الخاص في أكتوبر 1988، حيث تبنى مشروع إتفاقية حول القانون المطبق على التركات بسبب الموت، جعلت من موطن المتوفي رابطا موحدا للمنقولات والعقارات، إن هو بقي فيه على الأقل خمس سنين قبل وفاته، وإلا فقانون جنسيته إن كان المتوفي أكثر إرتباطا بهذه الدولة (المادة 03 من المشروع). ويستطيع المتوفي قبل وفاته أن يختار أي من هذه القوانين وخاصة عند تحرير وصية بذلك. وذلك حماية لقانونه الوطني أو لقانون محل إقامته المعتاد (المادة 05 من المشروع)<sup>4</sup>

### الفرع الثالث

#### موقع المال كضابط إسناد في الميراث والوصية

لقد ذهب جانب من التشريعات إلى إخضاع الميراث لقانون موقع المال العائد للتركة، كون هذا الأخير يتميز عن النظام الشخصي في أنه لا يطرح ثنائية المفاضلة بين قانون

<sup>1</sup> - عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 654.

<sup>2</sup> - الطيب زوروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 128.

<sup>3</sup> - فاطيمة موشعال، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، (رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بويكر بلقايد، تلمسان، سنة 2012، ص 75.

<sup>4</sup> - بيار ماير فنان هوزية، ترجمة علي محمود مقلد، القانون الدولي الخاص، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص 733.

الجنسية وقانون الموطن التي يطرحها القانون الشخصي<sup>1</sup>. حيث تأثرت هذه التشريعات برأي الفقيه "نبويه" الذي يرى بأن الميراث يجب أن يخضع كله لقانون موقع المال لعوامل إجتماعية وسياسية وإقتصادية<sup>2</sup>. حيث أخرجت هذه التشريعات المواريث من طائفة الأحوال الشخصية، وإعتبرته ضمن الأحوال العينية، فأسندتها تبعا للقاعدة العامة في الأموال للقانون العيني أي لقانون موقع المال بغض النظر عن كونه عقارا أو منقولاً<sup>3</sup>.

وقد أيدت هذا التوجه إتفاقية مونتفيدو لإتحاد جنوب أمريكا لعام 1889<sup>4</sup>، كما أخذت به بعض دول أمريكا اللاتينية<sup>5</sup>.

ويترتب على إسناد الميراث والوصية لقانون موقع المال، تعدد القوانين المطبقة عليهما في حالة ما إذا كانت أموال التركة موزعة على عدة دول، حيث سوف يخضع كل جزء من التركة لقانون الدولة الموجود على إقليمها، الأمر الذي ينجر عنه إعتبار الشخص وارثا في قانون معين، وغير وارث في قانون آخر، كذلك يتجاهل هذا الإسناد مبدأ خضوع الذمة المالية الواحدة لقانون واحد.

بعد التعرف على الفئة المسندة وضابط الإسناد، بقي من عناصر قاعدة الإسناد القانون المسند إليه وهو ما سنستعرضه في المطلب الموالي:

### المطلب الثالث

#### القانون المسند إليه المتعلق بالميراث والوصية

وهو القانون الذي يشير إليه ضابط الإسناد، وهو ما يعرف بالقانون الواجب التطبيق، ويقصد به القانون الذي يتعين تطبيقه وإعمال أحكامه<sup>6</sup> على المنازعات ذات العنصر الأجنبي. وينظر إليه بإعتباره أفضل القوانين وأنسبها لحكم العلاقة القانونية محل النزاع. ويمكن أن يكون

<sup>1</sup> - عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 305.

<sup>2</sup> - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 79.

<sup>3</sup> - الطيب زوروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 184.

<sup>4</sup> - غالب علي الداوي، مرجع سابق، ص 182.

<sup>5</sup> - بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 269.

<sup>6</sup> - صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 42.

هذا القانون هو القانون الوطني أو قانون أجنبي معين وفق معطيات النزاع ومضمون ضابط الإسناد.

ويشترط الفقه والقضاء في القانون المسند إليه أن يكون قانون دولة معترف بها وفق مقتضيات القانون الدولي العام، على الأقل من قبل دولة القاضي المعروض عليه النزاع. وكما رأينا سابقا فقد اختلفت التوجهات حول إلحاق مسائل الميراث والوصية بطائفة الأحوال العينية أو بطائفة الأحوال الشخصية، هذا الاختلاف إمتد إلى القانون المسند إليه فمنهم من يرى إخضاعها لأكثر من قانون غير مراعي لوحدة الذمة المالية، ومنهم من يرى بأنه يجب أن تخضع لقانون واحد مغلبا وحدة الذمة المالية للتركة. وسنخصص لكل رأي فرع مستقل.

### الفرع الأول

#### إزدواجية القانون المختص بالميراث والوصية

يرى هذا الإتجاه بأنه بالرغم من أن التركة واحدة إلا أن موضوعها يختلف بحسب طبيعة المال محل التركة، فهناك عقارات وهناك منقولات وعلى هذا الأساس يجب أن يطبق على العقارات قانون موقعها أما المنقولات فتخضع للقانون الشخصي<sup>1</sup>.

ويعود السبب الذي جعل بعض القوانين تفرق في الميراث بين العقار والمنقول يعود إلى الفكرة القديمة التي سادت أيام العصر الإقطاعي والتي مفادها أن العقار وحده هو الذي يمثل الثروة في حين أن المنقولات ضئيلة القيمة ولذلك فإنها تتبع الشخص أين وجد<sup>2</sup>.

وإن كانت تشريعات الدول التي أخذت بهذا الإتجاه متفقة على إخضاع الميراث في العقار لقانون موقعه على إعتبار أنه يتعلق بالأحوال العينية ونظام الأموال، كما أنها متفقة على إسناد الميراث في المنقول للقانون الشخصي للمتوفي، إلا أنها تختلف في المعيار الذي بموجبه يتحدد هذا القانون الشخصي. وذلك عائد إلى المفاضلة بين قانون الجنسية والموطن على النحو الذي بيناه سابقا.

<sup>1</sup> - فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 163.

<sup>2</sup> - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 80.

حيث أخضعت بعض الدول الميراث في المنقول إلى قانون جنسية المتوفي، وأخذت بهذا المبدأ قوانين عدة دول، مثل العراق وتركيا والنمسا وبلجيكا وبلغاريا والمجر ورومانيا، بينما أخضعت قوانين كل من فرنسا وبريطانيا ومقاطعة كيبيك في كندا الميراث في المنقول إلى آخر موطن للمتوفي<sup>1</sup>. ويترتب على إخضاع التركة الواحدة لأكثر من قانون بعض الأوضاع الشاذة كأن يخضع المنزل الموروث لقانون وآثاته لقانون آخر<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني

#### وحدة القانون المختص بالميراث والوصية

على نقيض الإتجاه السابق، يرى أصحاب هذا الإتجاه أنه من الضروري وحدة القانون الذي يطبق على التركة، على إعتبار أن أموال الشخص تشكل وحدة لا تتجزأ من جهة مالكاها لا من جهة طبيعة ممتلكاتها، مما يتطلب وحدة القانون المطبق على التركة دون تفرقة بين العقار والمنقول<sup>3</sup>.

وبالرغم من إتفاق أصحاب هذا الإتجاه على وحدة القانون المطبق على التركة، إلا أنهم إختلفوا في تحديد ضابط الإسناد الذي بموجبه يتحدد هذا القانون، فأخذت تشريعات بعض الدول بضابط موقع المال لتحديد القانون المختص - مغلبة الطابع المالي للميراث - كتشريعات دول أمريكا اللاتينية، أما التشريعات التي غلبت الطابع الشخصي للميراث فقد إختارت إما ضابط موطن المتوفي، كالتشريع النرويجي والأرجنتيني، أو ضابط الجنسية كالتشريع الألماني والإسباني وتشريعات الدول العربية.

والمشروع الجزائري وعلى غرار غالبية الدول العربية أخذ بمبدأ وحدة القانون الذي تخضع له التركة، سواء تعلق الأمر بالوصية أو الميراث، وأخضعها كلها لقانون جنسية المتوفي وقت وفاته طبقا للمادة (16) من القانون المدني الجزائري دون التفرقة بين العقار والمنقول، وبهذا التوجه للمشروع الجزائري يحقق وحدة القانون المطبق على التركة، حتى ولو توزعت عناصرها في إقليم عدة دول.

<sup>1</sup> - غالب علي الداوي، مرجع سابق، ص 113.

<sup>2</sup> - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 79.

<sup>3</sup> - فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 265.

ولئن كان المشرع الجزائري قبل تعديل المادة (16) من القانون المدني بموجب الأمر رقم: 01-05 المؤرخ في: 20/06/2005، يخضع شروط الوصية لقانونين مختلفين، فالشروط الموضوعية أخضعها لقانون الموصي وقت الوفاة على إعتبار أنها اللحظة المناسبة لنفاذها لكون الوصية ليست لازمة ولا جدوى من الإعتداد بلحظة إبرامها كتصرف قانوني، أما الشروط الشكلية فأخضعها لنفس القانون لكن وقت الإيصاء لإعتبارها اللحظة المناسبة للإعتداد بصحة التصرف شكليا، لكنه بعد التعديل أخضع شروط الوصية الموضوعية لقانون واحد وهو قانون جنسية الموصي وقت وفاته، بينما شروطها الشكلية فتخضع للقاعدة العامة في شكل التصرفات القانونية، أي لقانون البلد الذي أبرم فيه التصرف طبقا للمادة (19) من القانون المدني.

ولعل المشرع الجزائري من خلال هذا التعديل كان يهدف إلى تفادي التكرار، لأن الوصية متصلة بالميراث كونها تصرف في التركة فهي تخضع في جانبها الموضوعي لنفس القانون الذي يخضع له الميراث، بينما في جانبها الشكلي فهي تصرف إرادي شأنها شأن التصرفات الإرادية الأخرى وبالتالي فلا جدوى من تعدد القوانين التي تحكم جانبها الشكلي ويخضع هذا الجانب لنفس القواعد العامة في شكل التصرفات القانونية. وبالتالي يضمن المشرع وحدة القانون الذي يحكم الوصية في جانبها الموضوعي وكذلك في جانبها الشكلي.

بعد أن تعرفنا على عناصر قاعدة الإسناد المرتبطة بالميراث والوصية، نتناول في المبحث الموالي الإشكالات التي تثار بصدد إعمال هذه القاعدة.

## المبحث الثاني

### إشكالات إعمال قاعدة الإسناد المتعلقة بالميراث والوصية

عند عرض نزاع إرثي أو إيصائي مشتمل على عنصر أجنبي على القاضي، فإن ذلك يتطلب منه تحديد القانون المرشح لحكم هذا النزاع من بين القوانين المتنازعة، وذلك من خلال رجوعه إلى قواعد الإسناد في قانونه الوطني.

إلا أن تفعيل قواعد الإسناد ليس بالأمر اليسير على القاضي، وذلك للإشكالات التي يطرحها كل عنصر من قاعدة الإسناد إثر إعماله وتطبيقه، لذلك سوف نتطرق في هذا المبحث إلى الإشكالات العملية التي يثيرها كل عنصر من عناصر قاعدة الإسناد في ثلاث مطالب، نخصص الأول إلى الإشكال المرتبط بالفئة المسندة، والثاني إلى الإشكال الذي يثيره ضابط الإسناد والثالث يخص إلى الإشكال المتعلق بالقانون المسند إليه.

### المطلب الأول

#### الإشكال المرتبط بالفئة المسندة

أشرنا فيما سبق أن الفئة المسندة تضم مجموعة من المسائل القانونية المتقاربة والمتشابهة والتي خصها المشرع بضابط إسناد، ولأن تجميع المسائل القانونية في فئة مسندة يتم بالإعتماد على أسس فنية وأهداف تشريعية تختلف من دولة للأخرى، الأمر الذي يؤدي إلى إختلاف في مضامين ومسميات الفئات المسندة من قانون إلى آخر، فعند عرض النزاع ذو العنصر الأجنبي على القاضي فعليه البحث في مسألة أولية أساسية وهي تحديد طبيعة العلاقة القانونية للمسألة محل النزاع وإدخالها ضمن صنف قانوني معين، ويطلق على هذه المسألة بـ "التكييف". وعليه سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى مفهوم التكييف في الفرع الأول وإلى القانون الذي يخضع له التكييف في الفرع الثاني.

### الفرع الأول

#### مفهوم التكييف في القانون الدولي الخاص

سنتناول من خلال هذا الفرع تعريف التكييف والإشكالات التي يثيرها ومن ثم أهميته في القانون الدولي الخاص.

إن أول عمل يقوم به القاضي عندما يعرض عليه نزاع مشتمل على عنصر أجنبي، هو إدخال العلاقة في نظام من النظم القانونية قبل إدراج العلاقة القانونية تحت قاعدة من قواعد الإسناد، حيث يقوم بعملية فنية تستهدف تحديد الوصف القانوني للعلاقة القانونية<sup>1</sup>. ويطلق على هذه العملية بالتكييف، وعليه عرف فقهاء القانون الدولي الخاص التكييف بأنه: "تحديد طبيعة المسألة التي يتنازعها القوانين، لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية، لكي يسند حكمها إلى قانون معين"<sup>2</sup>.

فالتكييف في القانون الدولي الخاص، إذن هو: "تلك العملية الذهنية التي يقوم بها القاضي لتحديد الطبيعة القانونية للمسألة الحقوقية المحتوية على عنصر أجنبي، بهدف إدراجها ضمن واحدة من الطوائف القانونية المعروفة لديه بغية التوصل إلى قاعدة الإسناد وتطبيقها عليها بحثاً عن القانون الواجب التطبيق"<sup>3</sup>.

وإن كان التكييف عملية ضرورية في جميع فروع القانون الداخلي سواء كانت النزاعات مدنية أم جنائية أم إدارية أو غيرها، وهي هنا عملية لازمة لمعرفة موضوع النزاع تمهيدا لتطبيق الحكم الموضوعي اللازم على النزاع المعروض على القاضي، في حين أن هدف التكييف في القانون الدولي الخاص فهو تحديد الوصف القانوني لموضوع النزاع وذلك لأجل ردها إلى إحدى الطوائف القانونية التي خصها المشرع الوطني بقاعدة إسناد، ومن ثم تحديد القانون الواجب تطبيقه على النزاع<sup>4</sup>. فإن كان التكييف موجود حتى في القانون الداخلي إلا أنه لا يثير أي إشكال بالنسبة للقاضي، لأن القواعد المطبقة ضمن نظام قانوني واحد، بينما في القانون الدولي الخاص، فالتكييف تعترضه جملة من العوائق تعود إلى تباين الدول في تحديد الأوصاف القانونية للنظم والمسائل المتشابهة، فهو ليس متماثلاً في كل الدول، حيث يختلف من دولة إلى أخرى، فما يُعد وفق لقانون دولة ما من الشروط الموضوعية للوصية قد يعد وفق لقانون دولة

<sup>1</sup> - صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 53.

<sup>2</sup> - أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، ط1، دار قنديل للنشر، الأردن، 2010، ص 54.

<sup>3</sup> - محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص - دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 75.

<sup>4</sup> - سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط1، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، 1994، ص 174.

أخرى من الشروط الشكلية، وما قد يعتبر ميراثا في قانون ما قد يعتبر من النظام المالي للزوجين في قانون آخر، كما قد يوجد نظام قانوني في دولة ما لا نظير له في دولة أخرى، كنظام الوصية الواجبة المعروف في قوانين الدول الإسلامية بينما لا مثل له في قوانين الدول الغربية، كما قد يختلف تكييف المسألة القانونية الواحدة من دولة لأخرى ومن قانون لآخر<sup>1</sup>، ورأينا سابقا كيف أن الميراث يعتبر في القانون الجزائري والقوانين العربية من الأحوال الشخصية في حين ينظر إليه في بعض الدول الغربية على أنه من الأحوال العينية.

وتمثل قضية ميراث المالطي الشهيرة خير دليل على إختلاف التكييفات، وتتلخص وقائعها في أن زوجين مالطي وبريطانية، هاجر إلى الجزائر أبان الإحتلال الفرنسي، حيث إكتسب الزوج فيها عقارات ثم توفي هناك، وبعد وفاته طالب أرملته بنصيبها في هذه العقارات مستتدة إلى حق يعرف في القانون المالطي ب"ربع الزوج الفقير" وهو نظام غير معروف في القانون الفرنسي. والإشكال الرئيسي في هذه القضية ينصب حول القانون الذي بموجبه يتم تكييف النزاع، فإذا كيف القاضي طلب الأرملة على أنه حق في الميراث (وفق القانون الفرنسي) فيخضع وفق قاعدة الإسناد الفرنسية الخاصة بالميراث في العقار لقانون موقعه فإنه لن يستجيب لطلب الأرملة، أما إذا كيف مطلب الأرملة على أنه من نظام الأموال بين الزوجين (وفقا للقانون المالطي) فيخضع طبقا لقاعدة الإسناد الفرنسية التي تقضي بإخضاع النظام المالي للزوجين للقانون الإرادة وهو القانون المالطي، وبالتالي سيستجيب القضاء لطلبها. وقد إعتبرت محكمة إستئناف الجزائر طلب الزوجة حقا في الميراث ويخضع بالتالي للقانون الفرنسي، على عكس لو عرض النزاع ذاته على المحاكم المالطية لإعتبرته من النظام المالي للزوجين. هذا ما يبين أن تكييف علاقة قانونية واحدة يختلف من دولة لأخرى<sup>2</sup>.

وهذه القضية عبرت عن أهمية التكييف، ليس فقط بوصفه عملية ضرورية وسابقة لتحديد القانون الواجب التطبيق، وإنما بوصفه أيضا كخطوة حاسمة يتحدد بموجبها طبيعة الحل النهائي

<sup>1</sup> - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 41

<sup>2</sup> - كمال عليوش قريوع، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،

2006، ص 97.

للنزاع، وذلك لأن التباين في التكييف يترتب عليه الإختلاف في قاعدة الإسناد وبالتالي في القانون المختص<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني

#### القانون الذي يخضع له التكييف

كما يثير النزاع ذو الطابع الدولي تنازعا بين القوانين حول القانون الواجب التطبيق للفصل في النزاع، يثير أيضا تنازعا بين هذه القوانين حول القانون الذي يتعين أن تحدد به الوصف القانوني للعلاقة القانونية محل النزاع<sup>2</sup>، لقد إنقسم فقهاء القانون الدولي الخاص حول المسألة على ثلاثة آراء سنستعرضها كما يلي:

#### أولا: التكييف طبقا للقانون المختص

تزرع هذه الفكرة كل من "ديبانييه" في فرنسا و"باكشيوني" "وولف" في ألمانيا، حيث قالوا أن القانون الذي يحكم التكييف هو القانون الذي تشير إلى إختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية لحكم المسألة موضوع النزاع. وحبثهم في ذلك أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون معين، وجب تطبيق هذا القانون في الحدود التي ينظم بها تلك العلاقة بالمعنى الذي يقصده منها لأن لكل قانون تكييفاته الخاصة به، وفي حالة عدم الأخذ به فسوف يؤدي إلى تشويه العلاقة موضوع النزاع<sup>3</sup>.

لم تسلم هذه النظرية من الإنتقاد كونها تنطوي على المصادرة على المطلوب لأن عملية التكييف لازمة لتحديد القانون الواجب التطبيق، وبالتالي يكون هذا الإتجاه غير منطقي لأنه يجعل من قانون لم يتحدد بعد مختص بعملية التكييف، لأن عملية التكييف تسبق عملية تحديد القانون المختص ومن ثم فإن القاضي ليس بإمكانه التوصل للقانون المختص قبل تكييف المسألة المعروضة أمامه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1418 هـ، ص 306.

<sup>2</sup> - صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 55.

<sup>3</sup> - الطيب زوروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 94.

<sup>4</sup> - أنظر، أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 56، الطيب زيروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية،

مرجع سابق، ص 99، حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 59.

ثانيا: التكيف طبقا للقانون المقارن

إثر الإنتقادات الموجهة للنظرية السابقة، ظهر إتجاه آخر يقول بإخضاع التكيف للقانون المقارن وقد تزعم هذا الإتجاه الفقيه الألماني "رابل" وإستند في تبريره إلى أن قواعد الإسناد تنظم العلاقات الدولية الخاصة وأن تحديد الأوصاف القانونية التي تنظمها يجب توحيدها بالإعتماد على الأفكار العالمية المجردة السائدة في القانون المقارن، فيجب أن يكون الوصف القانوني الذي تتضمنه الفكرة المسندة هو الفكرة المجردة للنظام القانوني المعمول به عالميا وذلك بمقارنة قوانين الدول المختلفة وليس المقرر في هذا القانون أو ذاك<sup>1</sup>.

فلو أن قاعدة الإسناد في مسألة الميراث تشير إلى تطبيق قانون الدولة التي يحمل المورث جنسيتها وقت وفاته، فحسب هذا الرأي يجب أن يتحدد المقصود بالميراث على ضوء القانون المقارن لا كما يُقصد به في قانون دولة معينة.

وبالرغم من مثالية هذه النظرية إلا أنها صعبة التحقيق من الناحية العلمية كونها تستغرق وقتا طويلا، فضلا عن صعوبة تجنب ميل القضاة إلى أحكام قوانينهم ومفاهيمهم الوطنية<sup>2</sup>.

ثالثا: التكيف طبقا لقانون القاضي

تقضي هذه النظرية بأن على القاضي اتباع أحكام قوانين بلاده ومفاهيمها عند إجراء عملية التكيف، وأول من قال بهذه النظرية هو الفقيه الفرنسي "بارتن" مستندا في ذلك على فكرة السيادة الوطنية، فضلا على أن عملية التكيف لا يمكن إخضاعها لقانون آخر لعدم وضوح القانون الواجب التطبيق على المسألة المعروضة، فالتكيف يعد مكملا لقاعدة الإسناد فهو مفسرا لها تمهيدا لعملية الإسناد إلى القانون المختص<sup>3</sup>.

وقد أخذ "بارتن" بقاعدة إخضاع التكيف لقانون القاضي على إطلاقها، فقال بإعمالها سواء كان التنازع في التكيف قائما بين قانون أجنبي وقانون وطني أم بين قانونين أجنبيين، ولم يقيدته إلا بتحفظ وإستثناء<sup>4</sup>، فالتحفظ هو أن إختصاص قانون القاضي يتوقف على التكيف

<sup>1</sup> الطيب زيروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 99.

<sup>2</sup> حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 60.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، الصفحة 59.

<sup>4</sup> فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 84.

الأولي الضروري لتحديد قاعدة الإسناد وبطلق عليه "تكييف الإختصاص"، أما التكييفات اللاحقة فينفرد بها القانون المختص<sup>1</sup>. فمثلا لو كانت قاعدة الإسناد في دولة القاضي ترشد إلى تطبيق قانون جنسية المتوفي في مسائل الوصية، فإن المقصود بالوصية وما يلحق بها يعتبر تكييفاً أولياً يتم وفق لقانون القاضي أما المسائل الأخرى مثل شروط إستحقاقها والقدر المسموح الإيضاء به وغيرها فالمقصود منها يعد تكييفات لاحقة تخضع للقانون المختص.

أما الإستثناء الوحيد الذي قال به "بارتن" هو وجوب إخضاع وصف المال في ما إذا كان عقاراً أو منقولاً لقانون موقع المال لا لقانون القاضي، إستناد إلى أن إكتساب الحقوق العينية يستلزم نوعاً من الإستقرار في التعامل والمحافظة على الثروة الوطنية<sup>2</sup>. وبالرغم من تبني أغلب التشريعات المقارنة لهذه النظرية، إلا أنها واجهت إنتقادات منها قصورها عن الإحاطة بالفرض الذي يواجهه فيه القاضي علاقة قانونية غير معروفة في نظامه القانوني.

#### رابعاً: التكييف في القانون الدولي الخاص الجزائري

جاء في المادة (09) من القانون المدني الجزائري: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه" يتضح من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أخضع التكييف لقانون القاضي وبالتالي فهو تبني نظرية "بارتن"، كما يتبين أنه حصر التكييف طبقاً لقانون القاضي في التكييف الأولي الذي هدفه تبيان القانون الواجب التطبيق، بما يفيد إستبعاده للتكييفات اللاحقة التي لا علاقة لها بالإختصاص التشريعي وتدخل في إطار تطبيق القانون الأجنبي المختص، وعليه يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالتمييز الذي قال به "بارتن" بين التكييف الأولي والتكييف اللاحق. فالأول دون الثاني هو الذي يخضع حسب "بارتن" لقانون القاضي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - الطيب زيروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 97.

<sup>2</sup> - فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 85.

<sup>3</sup> - بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 94.

كما أخذ المشرع الجزائري بالإستثناء الذي أورده "بارتن" بموجب التعديل الذي أجراه على القانون المدني سنة 2005 حيث عدل نص المادة (17) وضمنها هذا الإستثناء، حيث نصت الفقرة الأولى منها على: "يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقول إلى قانون الدولة التي يوجد فيها".

بعد تصدي القاضي لعملية التكييف، يعترضه إشكال آخر يتعلق بضابط الإسناد سنتعرض إليه في المطب الموالي.

### المطلب الثاني

#### الإشكال المرتبط بضابط الإسناد

تسند غالبية الدول العربية ومن بينها الجزائر وبعض الدول الغربية الميراث والوصية إلى القانون الشخصي للمورث أو الموصي عن طريق ضابط الإسناد المتمثل في الجنسية، وتعرض تطبيق قانون الجنسية صعوبات فنية تتمثل في كونها قد تكون متعددة للشخص الواحد أو تكون منعدمة وقد تتغير الجنسية بين وقت نشوء العلاقة القانونية ووقت المنازعة فيها وهو ما سنستعرضه في ثلاثة فروع، حيث سنخصص الأول إلى التنازع الإيجابي للجنسيات، والثاني للتنازع السلبي لها، أما الفرع الثالث فنتناول فيه عن التنازع (المتحرك)

#### الفرع الأول

##### التنازع الإيجابي للجنسيات

قد تعترض القاضي مشكلة فيما إذا كان للشخص أكثر من جنسية فأى الجنسيات سيعتمدها القاضي كمعيار ليحدد به القانون المختص؟، وللتصدي لهذه المشكلة فرق الفقه في هذا المجال بين حالتين: أولهما، الحالة أن تكون من بين الجنسيات التي يحملها الشخص جنسية دولة القاضي الناظر في النزاع، وثانيهما أن لا تكون جنسية دولة القاضي من بينها.

أولا: حالة تمتع الشخص بجنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتعددة

يذهب الإتجاه الغالب في القانون المقارن إلى أنه إذا كانت جنسية دولة القاضي إحدى الجنسيات المتزاحمة، وجب إعتقاد هذه الجنسية وتطبيقها بغض النظر عن باقي الجنسيات،

ودون اعتبار لكون هذا الشخص مرتبطا من الناحية الفعلية بإقليم هذه الدولة أم لا، أو تربطه بها مصالح، أو يعيش هذه الجنسية فعلا وواقعا أو مجرد إرتباط إداري فقط.<sup>1</sup>

وهذا الحل واسع الإنتشار، إذ تأخذ به تشريعات غالبية الدول العربية<sup>2</sup> وطبقه أحكام القضاء في لبنان<sup>3</sup>، وهو ذات الحل هو الذي تبناه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة(22) من القانون المدني، حيث أعطى الأفضلية للجنسية الجزائرية وألزم القاضي الجزائري بتطبيق القانون الجزائري على المعني، كما أخذت به إتفاقية لاهاي لسنة 1930 الخاصة ببعض مسائل تنازع القوانين في الجنسية في المادة 03 منها<sup>4</sup>.

ثانيا: حالة تمتع الشخص بعدة جنسيات ليس من بينها جنسية دولة القاضي

في هذه الحالة يميل الإتجاه الغالب في الفقه إلى الإعتداد بالجنسية الفعلية، والمقصود بالجنسية الفعلية هي الجنسية التي تظهر الوقائع والظروف أن الشخص يرتبط بها فعليا أكثر من غيرها من الجنسيات التي يتمتع بها<sup>5</sup>، وهذا الإرتباط يستخلصه القاضي من ظروف وملابسات الحالة المعروضة عليه، كأن يتبين له أن هذا الشخص يقيم بشكل دائم في إقليم دولة معينة أو يتقلد فيها وظيفة عامة وغيرها، فيختار جنسيتها دون غيرها من الجنسيات المتنازعة. وهذا الحل هو الذي تبناه المشرع الجزائري بموجب الفقرة الأولى من المادة (22) من القانون المدني، وهو الحل الذي استقر عليه القضاء الفرنسي، وأخذت به محكمة التحكيم الدائمة بلاهاي بتاريخ 1912/6/3 في قضية "كانيفارو"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 657.

<sup>2</sup> - مثل، المادة (25/02) من القانون المدني الليبي، والمادة (25/02) مدني مصري، والفصل (39) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، والمادة (24) من تقنين المعاملات المدنية اللبنانية.

<sup>3</sup> - حيث قضت به محكمة زحلة اللبنانية في حكمها الصادر بتاريخ: 1979/10/29 الذي جاء فيه "... أنه يقتضي تطبيق القانون الوطني على المسألة الإرثية، عملا بمبادئ القانون الدولي الخاص التي تزاعي واجب تفضيل الجنسية الوطنية، إذا كان المتوفي يحمل جنسيتين، إحداهما الجنسية اللبنانية، نقلا عن، عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 327.

<sup>4</sup> - بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 207.

<sup>5</sup> - أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 86.

<sup>6</sup> - بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 206.

وقد أيد معظم الفقه هذا الحل على إعتبار أن مسألة تعدد الجنسيات هي مسألة واقع وليست مسألة قانون. ومن ثم لا يتم تفضيل جنسية على أخرى على أساس قانوني بل على أساس الواقع والإعتبارات العملية<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني

#### التنازع السلبي للجنسيات

إن الإعتداد على الجنسية كضابط إسناد في مسائل الأحوال الشخصية، والتي من بينها الميراث والوصية، حيث يقبل هذا الضابط التعدد للشخص الواحد، الأمر الذي ينجر عنه صعوبات في تحديد القانون المختص، وقد رأينا كيف عالجت مختلف التشريعات تلك الصعوبات، كما قد يقبل الإنعدام، وهو الوضع الذي يتطلب البحث من جديد عن القانون الواجب التطبيق على الشخص عديم الجنسية.

لقد اختلفت الآراء الفقهية في الكيفية التي بواسطتها يتم تعيين القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية حيث وجدت ثلاث آراء.

**الرأي الأول:** يرى بتطبيق قانون الدولة التي كان يحمل الشخص جنسيته قبل إنعدام الجنسية، غير أن هذا الرأي مردود عليه في حالة ما إذا كان هذا الشخص لم يحمل جنسية أي دولة بمعنى ولادته عديم الجنسية<sup>2</sup>.

**الرأي الثاني:** ذهب إلى وجوب تطبيق قانون الدولة التي ولد عديم الجنسية على إقليمها وذلك لإرتباطه بها بواقعة الميلاد. وتعرض هذا الرأي بدوره للإنتقاد على إعتبار أن الولادة على إقليم دولة معينة قد يكون بصفة عرضية، كذلك من الممكن أن تكون هذه الدولة هي التي سحبت منه الجنسية وحرمته منها، ليصبح عديم الجنسية.

**الرأي الثالث:** وهو الغالب في الفقه والتشريعات الغربية المقارنة ويذهب إلى تطبيق قانون موطن الشخص عديم الجنسية على أساس أنه أكثر القوانين التي يرتبط بها هذا الشخص<sup>3</sup>، كما أن الموطن ومحل الإقامة ضابط احتياطي عند تعذر أعمال الضابط الأصلي الذي هو الجنسية،

<sup>1</sup> - أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 87.

<sup>2</sup> - بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 207.

<sup>3</sup> - أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 88.

وإذا تعذر أعمال هذا الضابط الإحتياطي، لعدم وجود موطن أو محل إقامة لعديم الجنسية، يطبق قانون القاضي المناط به الفصل في النزاع<sup>1</sup>.

أما التشريعات العربية فقد تركت الحرية للقاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية<sup>2</sup>، وقد كان التشريع الجزائري قبل تعديله للقانون المدني سنة 2005 من بينها، حيث كان يمنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية، لكنه تراجع عن موقفه بموجب التعديل الجديد وذلك بإضافة فقرة جديدة للمادة (22) نصت على: "وفي حالة إنعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة" وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد تبنى الرأي الغالب في الفقه والتشريع المقارن، وانسجم مع أحكام المادة (12) من اتفاقية نيويورك المبرمة في: 1954/09/28 والتي إنضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم: 64-173 المؤرخ في: 1964/06/08.

### الفرع الثالث

#### التنازع المتغير (المتحرك)

إن ضابط الجنسية من الضوابط التي تقبل التغير، فقد تتغير جنسية الشخص بين نشوء العلاقة القانونية ووقت المنازعة فيها، فتكون العلاقة عندها محكومة بقانونين مختلفين، كأن يكون الموصي يحمل جنسية دولة معينة أثناء إبرام التصرف وأثناء نفاذه أو المنازعة فيه نجد الشخص قد غير جنسيته، فهنا يثار أمام القاضي إشكال عملي يتمثل في أي قانون يعتد به هل يعتد بقانون جنسيه الشخص القديمة أو قانون جنسيته الجديدة؟

لقد إحتاطت غالبية التشريعات لتغير الجنسية كضابط إسناد، فعالجت مشكل التنازع المتحرك بتثبيت ظرف الزمان من خلال الإعتداد بجنسية الشخص في وقت معين دون غيره، وفيما يتعلق بالميراث والوصية، فقد رجحت لحظة الوفاة، وهو بالأمر المجسد في المادة (16) من القانون المدني التي نصت على: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".

<sup>1</sup> - عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 667.

<sup>2</sup> - أنظر، المادة (25)/(01) مدني مصري، المادة (25)/(01) مدني ليبي، المادة (26)/(01) مدني سوري، المادة (26) مدني أردني.

وقد أوردت إتفاقية لاهاي المتعلقة بشكل الوصايا المبرمة في 1961/11/05 حلا لمشكل التنازع المتحرك، إذ نصت مادتها الأولى على أن: "الوصية تكون صحيحة من حيث الشكل، إذا أبرمت وفقا لأحد القوانين الآتية، محل إبرامها، قانون جنسية الموصي سواء وقت إبرام الوصية أو وقت الوفاة، أو قانون الدولة التي بها موطن أو محل إقامة العادية للموصي سواء وقت إبرام الوصية أو وقت وفاته"<sup>1</sup>.

لا تنتهي إشكالات تطبيق قاعدة الإسناد عند تصدي القاضي لحل الإشكاليين المتعلقين بالفئة المسندة وضابط الإسناد، بل وبعد تخطيها وتمكنه من تحديد القانون المختص بحكم النزاع، تظهر الإشكالات المتعلقة به، وهي محل دراستنا في المطلب الموالي.

### المطلب الثالث

#### الإشكال المرتبط بالقانون المسند إليه

تتمحور الإشكالات المرتبطة بالقانون المسند إليه في ثلاث نقاط أساسية، تتمثل الأولى بمجال القانون المختص، بينما ترتبط الثانية بحالة ما إذا أشرت قاعدة الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع.

ولكون مجال الميراث والوصية يرتبط بمركز الأموال، فقد تتداخل فكرة الميراث مع فكرة الأموال، لذا يجب أن نبين المسائل التي يختص بها قانون المورث أو الموصي والمسائل التي تخرج من نطاقه ليحكمها قانون آخر. وعليه سيخصص الفرع الأول إلى مجال تطبيق القانون المسند إليه، والفرع الثاني إلى الإسناد لقانون دولة تتعدد فيها الشرائع والفرع الثالث إلى بيان المسائل التي يختص بحكمها قانون المورث أو الموصي والمسائل التي تخرج عن إختصاصه.

#### الفرع الأول

#### الإشكال المرتبط بنطاق القانون المسند إليه

لقد أشارت قاعدة الإسناد الواردة في المادة (16) من القانون المدني الجزائري بتطبيق قانون جنسية المورث أو الموصي وقت الوفاة، فإذا كان هذا القانون هو قانون القاضي فإنه لا

<sup>1</sup> - نورية شبورو، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، (مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011، ص 47.

إشكال في ذلك إذ سيلجأ القاضي مباشرة للقواعد الموضوعية في قانونه ويفصل في النزاع وفق ما تقضي به أحكامها، لكن الإشكال يثور عندما تشير إلى تطبيق قانون أجنبي، فهل حتى في هذه الحالة يطبق القاضي القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي مباشرة أم أنه يعود إلى قواعد الإسناد فيه أولاً؟ تتوقف الإجابة على هذا الإشكال بمدى قبول الإحالة أو رفضها. فالمقصود بالإحالة؟ وما موقف الفقه والتشريعات المقارنة منها؟

أولاً: التعريف بالإحالة

"الإحالة هي تلك الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية متى اختلفت مع هذه الأخيرة وكان التنازع بينها سلبياً"<sup>1</sup>.

حيث تحدث الإحالة عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى إختصاص قانون أجنبي معين ويثبت أن قواعد الإسناد في هذا القانون تشير إلى تطبيق قانون آخر، بمعنى أن يثبت الإختصاص لقانون دولة معينة ولكن هذا القانون يتخلى عن إختصاصه لقانون آخر.

وبناء على ذلك لا يمكن حدوث الإحالة إلا بتوفر شرطين هما:

- إختلاف ضابط الإسناد بين قاعدة الإسناد في قانون القاضي وقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص، وأن يتخلى كل من قانون القاضي والقانون الأجنبي المختص عن الإختصاص (التنازع السلبي). وبالتالي فالإحالة تهدف إلى تجاوز عقبة عدم اختصاص القانون الأجنبي المسند إليه حسب قانون القاضي<sup>2</sup>.

ثانياً: صور الإحالة

عندما يطبق القاضي قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي، فإما أن تحيل هذا النزاع إلى قانون القاضي وهنا نكون أمام ما يسمى بالإحالة من الدرجة الأولى أو إحالة الرجوع<sup>3</sup>. ومثالها أن يتوفى فرنسي مقيماً في الجزائر، تاركا فيها أموالاً منقولة، فحسب قاعدة الإسناد الجزائرية في

<sup>1</sup> - أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 66.

<sup>2</sup> - الطيب زيروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علماً وعملاً، ط1، مطبعة الفسيحة، الجزائر، 2010، ص 11.

<sup>3</sup> - أنظر، عبد الرزاق دريال، مرجع سابق، ص 95، بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 99، علي علي سليمان، مرجع سابق،

ص 49.

المادة (16) من القانون المدني فإنه يخضع الميراث للقانون الفرنسي أي قانون جنسية الهالك، والقانون الفرنسي يحيلها إلى القانون الجزائري بإعتباره قانون آخر موطن للمتوفي.

أما إذا أحواله إلى قانون آخر غير قانون القاضي فسكون أمام الإحالة من الدرجة الثانية، أو الإحالة المطلقة، فمثلا لو عرض نزاع على القاضي الجزائري متعلق بتركة منقولة لفرنسي متوطن في الدانمارك، فقاعدة الإسناد الجزائرية تجعل الإختصاص للقانون الإنجليزي (قانون الجنسية)، وهذا الأخير يتخلى عن الإختصاص ويعقده للقانون الدانماركي (قانون الموطن).

ثالثا: موقف القضاء والقانون المقارن من الإحالة

لقد أخذ القضاء الفرنسي بالإحالة في صورتها الأولى، كما أخذ بها القضاء البلجيكي والنمساوي، ونص على قبولها القانون البولوني في المادة (04) من قانون 1965، كما قبلها في حدود ضيقة القانون السويسري والصيني، كما أخذت بها إتفاقية جونييف لسنتي 1931، 1930 بشأن الأوراق التجارية والشيك، وأخذت بها إتفاقية لاهاي لسنة 1902 المتعلقة بالزواج وإتفاقية لاهاي لسنة 1955 الخاصة بتنظيم التنازع بين قانون الجنسية وبين قانون الموطن<sup>1</sup>.

أما موقف المشرع الجزائري من الإحالة فإنه قبل تعديل القانون المدني لسنة 2005، إلتمزم الصمت، ولم ينص على الإحالة لا بالرفض ولا بالقبول، لكنه بعد التعديل إتخذ موقفا صريحا من الإحالة بنصه في المادة (23 مكرر 1) من القانون المدني على: "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان. غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحواله عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص" وبهذا يتبين أن المشرع الجزائري، أخذ بالإحالة متى كانت من الدرجة الأولى إذ يترتب على الأخذ بها تطبيق القانون الجزائري. وحسنا فعل المشرع إذ بهذا تيسيرا لعمل القاضي من جهة وتوسيعا لتطبيق القانون الجزائري من جهة أخرى.

<sup>1</sup> - الطيب زيروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 114.

ولا تنتهي إشكالات القاضي بخصوص القانون المسند إليه عند الإحالة، بل هناك إشكال آخر يتعلق بتحديد الشريعة الواجبة التطبيق إذا كان القانون المسند إليه قانون دولة متعددة الشرائع، ويجب على القاضي التصدي لهذا الإشكال أيضا قبل الفصل في موضوع النزاع.

### الفرع الثاني

#### تحديد الشريعة الواجبة التطبيق في دولة تتعدد فيها الشرائع

تعتبر مسألة تحديد الشريعة الواجبة التطبيق عند الإسناد لقانون دولة متعددة الشرائع، من الإشكالات العملية التي تعترض القاضي أثناء أعمال قواعد الإسناد، وتعدد الشرائع قد يكون تعدداً شخصياً (طائفيًا) في الدول ذات الانقسام الطائفي سواء بحسب الديانة أو المذهب أو العرق، حيث يكون لكل طائفة شريعتها الخاصة بها كما هو الحال في مصر ولبنان وسوريا، وقد يكون تعدد إقليمياً ينطبق على الدول المقسمة إلى أقاليم حيث يكون لكل إقليم شريعته الخاصة كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا وكندا.

ويتربط على هذا التعدد إمكانية حصول تنازع داخلي بين القوانين، فإذا كان التنازع الدولي هو تنازع سيادات دول مختلفة فإن التنازع الداخلي هو تنازع قوانين تنتمي إلى سيادة دولة واحدة<sup>1</sup>.

إن الحل الراجح فقها وقانوناً، يقضي بوجوب الرجوع إلى قواعد التنازع الداخلي في القانون الأجنبي المختص لتحديد الشريعة الواجبة التطبيق، حيث يفوض قانون القاضي القانون الأجنبي لتحديد الشريعة المختصة بحكم النزاع، وهي الحالة التي يطلق عليها البعض (بالإحالة الداخلية) أو التفويض<sup>2</sup>.

وهو ذات الحل الذي إعتده المشرع الجزائري بموجب الفقرة الأولى من المادة (23) من القانون المدني الجزائري التي نصت على: "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق، هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه...." ويتضح من نص هذه الفقرة أن

<sup>1</sup> - سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 77 .

<sup>2</sup> - أنظر، فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 107.

المشعر الجزائري تبني قاعدة التفويض لحل هذا الإشكال، وهو الحل الذي تبنته بعض التشريعات العربية<sup>1</sup>.

وبناء عليه فإذا توجب تطبيق قانون أجنبي بموجب قواعد الإسناد الوطنية على نزاع متعلق بالميراث أو الوصية، وتبين أن هذا القانون هو قانون دولة متعددة الشرائع داخليا سواء كان تعدداً إقليمياً أو شخصياً، فإن قواعد التنازع الداخلي في هذه التشريعات هي التي تتولى تحديد التشريع الواجب التطبيق من بين التشريعات المتعددة بتفويض من المشعر الوطني.

أولاً: نطاق تطبيق قاعدة التفويض

إختلف الفقه حول مجال تطبيق قاعدة التفويض لاسيما بشأن مسألتين، الأولى حول مدى إنطباق هذه القاعدة على صورتى التعدد التشريعي الشخصي والإقليمي، والثانية حول مدى إنصراف قاعدة التفويض على مختلف ضوابط الإسناد، وكذلك في حالة خلو القانون الأجنبي المختص من قواعد لفض التنازع الداخلي.

أ- مدى انطباق قاعدة التفويض على صورتى التعدد الداخلي

أشرنا سابقاً إلى أن التعدد الداخلي قد يكون إقليمياً وقد يكون شخصياً (طائفيًا) فهل ينطبق التفويض على نوعي التعدد التشريعي؟

يرى جانب من الفقه خصوصاً في إيطاليا أن قاعدة التفويض يتحدد نطاقها بصور التعدد الإقليمي دون التعدد الطائفي، وذلك لأن مجال قاعدة التفويض يقتصر على التعدد الإقليمي ففي هذه الحالة وحدها يتعين تفويض قواعد الإسناد الداخلية التي يتضمنها القانون الأجنبي المختص في تعيين التشريع الداخلي الواجب التطبيق<sup>2</sup>، أما إذا كان التعدد طائفيًا فلا وجه لتفويض القانون الأجنبي في فض إشكال التنازع الداخلي، ويرتكز هذا الرأي على أساس أن مهمة قاعدة الإسناد هي تعيين شريعة إقليمية وليس وظيفتها تحديد شريعة خاصة، لأن تعيين الشريعة الخاصة في هذه الحالة مرتبط أساساً بتفسير القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص ولا شأن له بتفسير قاعدة الإسناد في قانون القاضي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - مثل، المادة (26) مدني مصري، والمادة (26) مدني ليبي، والمادة (27) مدني أردني، والمادة (31) مدني عراقي.

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 121.

<sup>3</sup> - أنظر، فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 110، هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 122.

وأعيب على هذا التوجه أنه فرق من دون مبرر بين التعدد الإقليمي والتعدد الشخصي، حين إعتبر دور قاعدة التفويض مقتصر على تعيين التشريع الإقليمي الأجنبي دون الشخصي الواجب التطبيق.

كما أن الإطلاق والعموم الذي جاء به نص المادة(26) مدني مصري لم يفرق بين نوعي التعدد، مما جعل القضاء والفقهاء الغالبين في مصر يرى إنطباق قاعدة التفويض سواء تعلق الأمر بالتعدد الإقليمي أو الشخصي<sup>1</sup>.

وهذا الموقف ينطبق على المادة (23) مدني جزائري التي جاءت بدورها مطلقة بما يفيد إنصرافها إلى صورتها التعدد التشريعي.

ب- مدى انطباق قاعدة التفويض على مختلف ضوابط الإسناد

هناك تساؤل آخر يتعلق بإختصاص القانون الأجنبي في الدولة المتعددة الشرائع مضمونه هل هذا القانون يكون مختصا بالنسبة لجميع ضوابط الإسناد، أم أن إختصاصه مرتبط بضوابط دون أخرى؟.

يعتبر ضابط الجنسية هو الضابط الوحيد الذي لا يسمح بحد ذاته بتعيين التشريع الداخلي الواجب التطبيق في حالة التعدد التشريعي الداخلي في القانون الأجنبي المختص، مما إنجر عنه إجماع فقهي -على الخصوص في مصر- بشأن إعمال قاعدة التفويض كلما إختص القانون الأجنبي للدولة المتعددة الشرائع بموجب هذا الضابط<sup>2</sup>، بينما تسمح الضوابط الأخرى بمفردها بتعيين الشريعة الداخلية المختصة كالضوابط المكانية (ضابط موقع المال، وموطن الشخص)، وبموجب ذلك فإذا كان المال موجود في إقليم معين مثلا وكان ضابط الإسناد هو موقع المال، لم يعد في مثل هذه الحالة من حاجة لإستشارة قواعد التنازع الداخلي في القانون الأجنبي المختص<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 273.

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 128.

<sup>3</sup> - فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 110.

إن إعمال قاعدة التفويض، طبقاً للفقرة الأولى من المادة (23) مدني جزائري يفترض بدهاءة أن القانون الأجنبي للدولة ذات التعدد التشريعي يتضمن قواعد إسناد لحسم التنازع الداخلي، لكن ما الحل إذا لم يتضمن القانون الداخلي للدولة الأجنبية أي قواعد من هذا النوع؟. ثانياً: الحل عند خلو القانون الأجنبي المختص من قواعد فض التنازع الداخلي

لقد تعددت الإقتراحات لحسم هذه الإشكالية، فمنها من نادى بوجود الأخذ بالشرعية الرئيسية وهي شريعة العاصمة، ومنها من رجح تحليل فكرة الجنسية بقصد كشف الوحدة الإقليمية، وبعضها الآخر فضل الرجوع إلى قانون القاضي، في حين فضل الأغلبية الرجوع إلى قانون الموطن بإعتباره أكثر القوانين إنسجاماً مع الواقع وأكثرها بعد عن الشك والغموض<sup>1</sup>.

أما بخصوص المشرع الجزائري، فقد حسم موقفه وذلك من خلال تمييزه للمادة (23) من القانون المدني بفقرة ثانية نص فيها: "إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي"، ويتضح من هذه الفقرة أن الحل الذي تبناه المشرع الجزائري يختلف بحسب نوع التعدد التشريعي لدولة القانون الأجنبي المختص.

بعد تصدي القاضي لإشكالات إعمال قاعدة الإسناد المتعلقة بالميراث والوصية، يتوصل إلى القانون الواجب التطبيق على المنازعة المتعلقة بهما، وعليه لابد من تحديد المسائل التي يحكمها القانون المختص بالميراث والوصية والمسائل التي تخرج من دائرة إختصاصه.

### الفرع الثالث

#### مجال القانون المختص بالميراث والوصية

نظر للطبيعة المزدوجة للميراث والوصية كونهما مرتبطان بالأشخاص من جهة، وكذلك وسيلة لإنتقال الحق العيني على الأموال<sup>2</sup>. فإنه يمكن أن يحدث تداخل بين القانون الشخصي للمورث أو الموصي وبين ما يدخل في قانون مركز الأموال أو قانون القاضي، وعلى هذا سوف نتطرق إلى المسائل التي يحكمها قانون المورث والموصي، ثم المسائل المستبعدة منه.

<sup>1</sup> - محمد مبروك اللافي، مرجع سابق، ص 110.

<sup>2</sup> - أنظر، هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 314، موحد إسعاد، مرجع سابق، ص 320.

أولاً: المسائل التي يختص بحكمها قانون المورث والموصي وقت وفاته

سنتعرض تباعاً للمسائل التي يختص بها قانون المورث ثم المسائل التي يحكمها قانون

الموصي.

### 1- المسائل التي يختص بحكمها قانون جنسية المورث وقت وفاته

يخضع لقانون المورث وقت وفاته كل ما يتصل بفكرة الميراث، كأسباب الإرث، وشروط إستحقاقه وموانعه كالقتل والردة وإختلاف الدين، وبيان الورثة ومراتبهم وأنصبتهم في التركة وحالات الحجب والرد والعول وتصحيح المسائل، وكذا محل الميراث أي بيان ما إذا كان الميراث ينصب على الحقوق، أم يتعداه ليشمل الإلتزامات التي في ذمة المورث. وكذلك طبيعة خلافة المورث، ومدى إعتبارها إجبارية أو إختيارية<sup>1</sup>. كما يخضع لهذا القانون كل ما يتعلق بالتركة وحقوق الدائنين عليها والنفقات التي تدفع منها<sup>2</sup>.

إن المسائل السالفة الذكر متفق بشأن إختصاص قانون جنسية المورث وقت وفاته بحكمها إلا أن مسألة التركة التي لا وارث لها فهي محل خلاف فقهي هل تدخل في نطاق القانون الذي يحكم الميراث أم أنها تدخل في نطاق قانون آخر؟.

تؤول التركة الشاغرة في مختلف الأنظمة القانونية للخرينة العامة، ومن بينها القانون الجزائري بموجب المادة (180) من قانون الأسرة والتي تنص على: "... فإذا لم يوجد فروض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة"، لكن السؤال المطروح لأي دولة تؤول التركة الشاغرة هل هي الدولة التي يحمل المتوفي جنسيتها؟ أم الدولة التي توجد أموال المتوفي بإقليمها؟

إن الإجابة على هذا السؤال تتوقف على تكييف أيلولة التركة الشاغرة للدولة، فإذا كيفنا حق الدولة على التركة الشاغرة بأنه حق إرث بإعتبار الدولة وارثة لرعاياها لمن لا وارث لهم، فإن التركة تخضع لذات القانون الذي يحكم الميراث، أما إذا كيفنا حقها على التركة الشاغرة على أنه حق مبني على سيادتها على إقليمها، فإن التركة الموجودة على إقليمها تؤول إليها

<sup>1</sup>- فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 270.

<sup>2</sup>- عبد الواحد كرم، الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص الأردني، ط1، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص 113.

باعتبارها مالا لا مالك له<sup>1</sup>، وهذا التكيف الأخير هو التكيف الذي أعطاه المشرع الجزائري في المادة (180) من قانون الأسرة، التي إستعملت عبارة أيلولة التركة التي لا وارث لها للخرينة العامة ولم تستعمل عبارة وارث لمن لا وارث له. وكذلك يتفق مع نص المادة (773) من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>.

## 2- المسائل التي يختص بها قانون جنسية الموصي

يخضع لقانون جنسية الموصي وقت وفاته جميع المسائل الموضوعية المتعلقة بالوصية كالمقدار الجائز الإيضاء به، وشروط إجازة الوصية من قبل الورثة وشروط الرجوع عنها من قبل الموصي، كما تخضع لهذا القانون الآثار المترتبة عن الوصية، كالتزامات الموصي له<sup>3</sup>. كل هذه المسائل يحكمها قانون جنسية الموصي وقت وفاته. وهناك مسائل أخرى مرتبطة بالوصية كأهلية الإيضاء وسلامة الرضا من العيوب، فقد إختلف الفقه في تحديد القانون الذي تخضع له هل هو قانون جنسية الموصي وقت الإيضاء أم قانون جنسيته وقت الوفاة.

ثانيا- المسائل المستبعدة من نطاق قانون جنسية المورث أو الموصي وقت وفاته

يخرج من نطاق تطبيق قانون جنسية المورث أو الموصي وقت وفاته كل ما تعلق بفكرة الأموال، وكذا المسائل الأولية التي يبنى عليها الحق في الإرث، وإجراءات الدعوى. حيث يختص قانون موقع المال بكل ما يتصل بفكرة الأموال، ويتعلق بقواعد إنتقال ملكية أموال التركة والحقوق الأخرى المترتبة عليها، كالقواعد الخاصة بالأموال الشائعة، وقواعد الإشهار، وحقوق الدائنين المرتهنين وتعلقها بالتركة. وقد يتدخل قانون موقع المال لبيان حكم التركة الشاغرة التي تؤول للدولة، في حال كيفت هذه الأيلولة على أنها حق مستمد من سيادة الدولة على إقليمها.

<sup>1</sup> - أنظر، بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 271، الطيب زيروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 186، فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 283، غالب علي الداوي، مرجع سابق، ص 115، هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 317.

<sup>2</sup> - حيث نصت المادة (773) مدني على " تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث أو تُهمل تركتهم "

<sup>3</sup> - أنظر، حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 126، علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 18.

في حين يتدخل القانون الشخصي للورثة أو المتصرف لهم، كلما تعلق الأمر بمسألة أولية ينبنى عليها حقهم في إستحقاق الإرث، فيتكفل القانون الوطني للزوجين مثلاً<sup>1</sup>، بتقرير صحة الرابطة الزوجية إذا توفي أحد الزوجين وطالب الآخر بالميراث، أو إثبات البنوة وشرعيتها<sup>2</sup>، إذا زعم أحد أنه وارث كونه أحد أولاد المتوفي<sup>3</sup>.

في حين تخضع لقانون القاضي المسائل المتعلقة بإجراءات التقاضي في دعوى الميراث، كما يتولى هذا القانون تحديد صلاحيات ودور المحكمة في قسمة التركة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - حيث تنص المادة (11) من القانون المدني الجزائري على: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"

<sup>2</sup> - غالب علي الداوي، مرجع سابق، ص 123.

<sup>3</sup> - حيث تنص المادة (13 مكرر) من القانون المدني الجزائري على: "يسري على النسب والإعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل. وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة".

<sup>4</sup> - حيث نصت المادة (21 مكرر) من القانون المدني الجزائري على: "يسري على قواعد الإختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

### خلاصة الفصل

وكخلاصة لهذا الفصل، إذا رفع أمام القاضي الجزائري نزاع يتعلق بالميراث أو الوصية مشتملا على عنصر أجنبي، فإنه يتعين عليه تفعيل قاعدة الإسناد الواردة في المادة (16) من القانون المدني الجزائري، وذلك من خلال تكييف العلاقة القانونية ثم إسنادها، وتكمن صعوبات هذه المراحل في القانون الذي بموجبه يتم تكييف العلاقة القانونية محل النزاع، وكذا مشكلة التنازع الإيجابي والسلبي للجنسية، والتنازع المتحرك، ومشكلة الإحالة، بالإضافة إلى الإسناد لقانون دولة تتعدد فيها الشرائع.

وقد تصدى المشرع الجزائري لهذه الصعوبات، من خلال المواد (9) و(22) و(23) و(23) مكرر (1) من القانون المدني .

إذ بتطبيقها يتوصل القاضي للقانون الواجب التطبيق على النزاع الإرثي أو الإيصائي. إلا أن توصل القاضي للقانون المختص بالميراث أو الوصية ذو العنصر الأجنبي لا يعني الفصل النهائي في النزاع، بل لتحقيق ذلك يتطلب الأمر التطبيق الفعلي لهذا القانون. فإذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون القاضي، فليس هناك أي إشكال لأن القاضي سوف يطبق قانونه على غرار ما يفعله بالنسبة للمنازعات الخالية من العنصر الأجنبي، لكن إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي، ففي هذه الحالة يطرح تطبيق القانون المختص عدة إشكالات من الناحية النظرية والعملية والتي سوف تكون محور دراستنا في الفصل الثاني.

## الفصل الثاني

تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

أشرنا فيما سبق إلى أن قاعدة الإسناد تتميز بالخاصية المزدوجة، بمعنى أنها قد تشير إلى تطبيق القانون الوطني كما قد تشير إلى تطبيق قانون أجنبي، فإذا أشارت لتطبيق القانون الوطني فإنه لا تثار أي مشكلة بالنسبة للقاضي الوطني إذ سيطبق على أطراف النزاع القانون الوطني، أما إذا أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي، فالأمر ليس بالسهولة بمكان بالنظر للصعوبات التي تواجه القاضي الوطني عند تطبيقه.

وعلى رأس تلك الصعوبات نوعية المعاملة التي سوف يعامل بها القاضي الوطني القانون الأجنبي، فهل يعامله معاملة قانون بالرغم من تجاوزه للحدود الإقليمية للدولة التي سنته، أو يعتبره مجرد واقعة يتعين على الخصوم إثباتها كبقية الوقائع الأخرى.

وإذا تمكن الخصوم من إثبات القانون الأجنبي كواقعة فهل يتطلب الأمر منهم إثبات مضمونه أم يتكفل القاضي بذلك، وهل يخضع القاضي في تطبيقه للقانون الأجنبي لرقابة محكمة القانون.

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن مضمون القانون الأجنبي قد يتعارض مع المفاهيم والمبادئ الأساسية المستقرة في دولة القاضي، أو قد يثبت له الإختصاص عن طريق الغش والتحايل، فما موقف القاضي من هذا القانون في مثل هذه الحالات.

لذلك فإن القاضي الجزائري حينما ينظر في نزاع ذا عنصر أجنبي، ويكون ملزماً بتطبيق قانون غير القانون الجزائري بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، لا يكتفي بإثبات القانون الأجنبي وتفسيره بل لابد أن يتأكد من أنه لا يخالف النظام العام والأداب العامة في الجزائر ولم يثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

تلك هي أهم الإشكالات التي تعترض سبيل القاضي الوطني عند تطبيق القانون الأجنبي، ولأجل الإحاطة بها والكشف عن حلولها يتعين علينا معالجة ذلك في بحثين أساسيين، نخصص أولها لتعامل القاضي الوطني مع القانون الأجنبي وثانيها لحالات إستبعاد القانون الأجنبي.

### المبحث الأول

#### تعامل القاضي الوطني مع القانون الأجنبي

إذا انعقد الإختصاص للقانون الأجنبي بموجب قواعد الإسناد الوطنية، وكان القاضي ملزم بتطبيقه، فإن أو إشكال سيصادفه يتمثل في كيفية معاملة هذا القانون، هل سيتعامل معه على أساس أنه واقعة كأبي واقعة من وقائع النزاع المطروح أمامه أم أنه يحتفظ بطبيعته ويحظى بنفس المعاملة التي يعامل بها القانون الوطني؟.

إذ على ضوء نوعية تلك المعاملة التي يتلقاها القانون الأجنبي، تتحدد كيفية إثباته وكذا تفسيره، وهو الأمر الذي يحتم علينا تناول هذا المبحث في مطلبين، نبحت في الأول طبيعة القانون الأجنبي المختص، ونعالج في الثاني، إثبات القانون الأجنبي وتفسيره .

### المطلب الأول

#### طبيعة القانون الأجنبي

إذا أشارت قواعد الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي، وكان القاضي ملزم بتطبيقه، فبأي صفة سوف يطبقه. هل سيفقد صفته القانونية بمجرد تجاوزه للحدود؟ أم أنه يحتفظ بصفته القانونية بالرغم من أن قاضي آخر سوف يطبقه؟.

وفي هذا الصدد برز على المستوى الفقهي إتجاهين مختلفين، حيث جرد الإتجاه الأول القانون الأجنبي من صفته القانونية وإعتبره مجرد واقعة، بينما قرر الإتجاه الثاني الإعتراف للقانون الأجنبي بطبيعته القانونية الأصلية، كما تباينت تشريعات الدول حول هذه المسألة. وعليه سنتعرض موقف الفقه والتشريعات المقارنة من طبيعة القانون الأجنبي في فرعين مستقلين.

### الفرع الأول

#### موقف الفقه من طبيعة القانون الأجنبي

تباينت مواقف الفقه من طبيعة القانون الأجنبي، فهناك من إعتبره مجرد واقعة، بينما إحتفظ له بعض الآخر بطبيعته القانونية، وسنتناول هذين الموقفين تباعا كما يلي:

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

أولاً: القانون الأجنبي مجرد واقعة

ذهب جانب من الفقه<sup>1</sup> إلى القول بأن القانون الأجنبي يفقد طبيعته القانونية عند تطبيقه من القاضي الوطني ويتحول إلى مجرد واقعة من وقائع النزاع، إلا أنهم اختلفوا في الأساس القانوني لما ذهبوا إليه.

### 1- الإستناد إلى فقدان القاعدة القانونية الأجنبية لعنصر الأمر

ينكر أنصار هذا الإتجاه الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، ويعتبروه مجرد عنصر من عناصر الواقع، وتزعم هذا الإتجاه الفقيه الفرنسي "باتيفول"، وتبعاً لذلك فالقاضي الوطني لا يطبقه بوصفه قانون يلزمه به المشرع الأجنبي، لأنه لا يذعن إلا لأوامر مشرعه، فالقاضي الوطني يطبق القانون الأجنبي بصفته واقعة فقط، لعدم قدرته على الإحتفاظ بإلزاميته خارج حدود دولته.

فحسب هذا الإتجاه، تتكون كل قاعدة قانونية من عنصرين:

- **عنصر مادي:** يتمثل في مضمون القاعدة القانونية في كونها عامة ومجردة.

- **عنصر معنوي:** يتمثل في الأمر بالتنفيذ والإلزام، وهو الذي تستمد منه القاعدة القانونية قوتها الملزمة.

فإن كانت القاعدة القانونية الوطنية تتمتع بهذين العنصرين في حدود الدولة التي أصدرتها، فإنها تفقد عنصر الإلزام بمجرد تعديها حدود هذه الدولة، وتصبح حينها واقعة كغيرها من الوقائع، لأن عنصر الأمر والإلزام يتحدد بداهة بالإقليم الذي يتمتع فيه المشرع بسيادته، أما خارجه فلا يبقى للقاعدة القانونية سوى مضمونها، وبذلك تفقد صفتها كقاعدة قانونية<sup>2</sup>.

ولقد أخذ على هذا الإتجاه أنه يقوم على الخيال والمجاز، لأنه يجرد القاعدة القانونية من صفتها القانونية ويحولها إلى واقعة، لا لشيء سوى أن قاضي أجنبي هو الذي سيطبقها.

<sup>1</sup> - خاصة الفقهاء "باتيفول" و"لاجارد"

<sup>2</sup> - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 316، محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 232، بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 145.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

وحتى وإن كان صحيحا أن عبور القاعدة القانونية الحدود يجردها من عنصر الأمر، فإن قاعدة الإسناد الوطنية تعيد لها العنصر الذي فقدته<sup>1</sup>. كما أن التسليم بما جاء به هذا الاتجاه، لا ينسجم مع طبيعة العلاقات الدولية الخاصة ومصالح الأفراد التي لا تعترف بفكرة السيادة إلا في حدود ضيقة<sup>2</sup>.

### 2- الإستناد إلى فكرة إحترام الحقوق المكتسبة

سادت نظرية إحترام الحقوق المكتسبة في الفقه الأنجلوساكسوني، وقد طبقها القضاء الإنجليزي، ثم تأثر بها الفقه الأوربي، وتبعاً لهذه النظرية لا يطبق القاضي الوطني القانون الأجنبي إمتثالا لأمر واضعه، وإنما يتمثل عمله في الإعتراف بالحق الذي أكتسب طبقاً لهذا القانون، أي يستشير ليتأكد من صحة هذا الإكتساب، وحتى في هذه الحالة لا يقر له بالصفة القانونية بل بإعتباره عنصراً واقعياً، وكأن الإعتراف بهذا القانون، هو إعتراف بواقعة نتجت تحت سلطانه لصاحب الحق بواسطة قاعدة الإسناد الوطنية<sup>3</sup>.

وقد إنتقدت هذه النظرية كذلك كونها غير شاملة، إذ تتناول تطبيق القانون الأجنبي عندما يتعلق الأمر بالحقوق المكتسبة، في حين أن تطبيق القانون الأجنبي يكون غالباً في مرحلة نشوء الحق<sup>4</sup>، فقد يكون القانون الأجنبي مصدراً لنشوء أوضاع جديدة غير موجودة سابقاً، كأن يقر بالأحقية في الإرث أو الوصية.

ويترتب على إعتبار القانون مجرد واقعة جملة من الآثار منها:

- القاضي ليس ملزماً بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه إلا إذا تمسك الخصوم بتطبيقها.
- الطرف الذي يتمسك بتطبيق القانون الأجنبي، هو الذي يلتزم بإثباته، ويقوم الدليل على مضمونه<sup>5</sup>، لأنه من الناحية الواقعية من العسير على القاضي الإلمام بكل قوانين العالم.

<sup>1</sup> - بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 145.

<sup>2</sup> - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 233.

<sup>3</sup> - سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص - تطور وتعدد طرق حل النزعات الخاصة الدولية-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 197.

<sup>4</sup> - بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 141.

<sup>5</sup> - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 137.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

- تمتع محكمة الموضوع بسلطة كاملة في تفسير القانون الأجنبي دون الخضوع لرقابة محكمة القانون في هذا الشأن.<sup>1</sup>

ثانيا: إحتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية

إن الاتجاه الغالب في القانون المقارن يذهب إلى القول بأن القانون الأجنبي يظل قانونا محتفظا بطبيعته ليس داخل حدود الدولة التي صدر عنها وإنما أمام قاضي دولة أخرى ولا يعتبر عنصرا من عناصر الواقع ولكنه قانون بمعنى الكلمة، ولكن الفقهاء لم يتفقوا حول أساس تطبيق هذا القانون بالرغم من التأكيد على طبيعته القانونية، وفي هذا الشأن فإن الفقه الايطالي يذهب إلى القول بأن القانون الأجنبي يندمج في القانون الوطني ويطبقه القاضي الوطني بهذا الوصف، في حين يرى جانب من الفقه الفرنسي والألماني بأن أساس تطبيق القانون الأجنبي هو التفويض الذي منحه أياه قواعد الإسناد الوطنية، وعليه سنتعرض إلى نظرية الإستقبال والاندماج، ثم نظرية التفويض.

### 1- نظرية إستقبال وإندماج القانون الأجنبي

تبنّت المدرسة الإيطالية نظرية إستقبال القانون الوطني للقانون الأجنبي، وعلى رأسها الفقيه "أنزلوتي" حيث ترى هذه النظرية الإزدواجية الكاملة للنظام القانوني الداخلي والدولي<sup>2</sup>. وتقول بأن القانون الأجنبي يندمج في القانون الوطني ويعتبر جزءا منه، وبالتالي فالقانون الأجنبي الواجب التطبيق ليس له قوة نفاذ بذاته، بل يأخذ قوته الإلزامية بعد دمجها في النظام القانوني الوطني<sup>3</sup>. وعليه فإن القاضي لا يطبق القانون الأجنبي وإنما يطبق القاعدة القانونية التي يتوافق مضمونها مع قواعد القانون الأجنبي ويذهب أنصار هذه الفكرة بأن الإستقبال يكون إما:

<sup>1</sup> - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 232.

<sup>2</sup> - نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 23.

<sup>3</sup> - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 231.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

- مادي وفيه تفقد القاعدة صفتها الأجنبية، ويندمج محتواها في قانون القاضي الوطني إندماجاً مادياً<sup>1</sup>.

- أو شكلي وبمقتضاه يندمج القانون الأجنبي في قانون القاضي إلا أنه يحتفظ بقيمته ومدلوله الذي يصبغه عليه المشرع الأجنبي الذي صاغ أحكام هذا القانون<sup>2</sup>.

وما يؤخذ على هذه النظرية إستنادها للمجاز والخيال لتبرير تطبيق القانون الأجنبي، إذ تقوم على تصور إمكان احتواء قانون القاضي لكافة قوانين دول العالم، زيادة على ذلك فإنه من غير المقبول القول بإمكان إحتواء قانون القاضي لقاعدة أجنبية إذا كانت تتعارض مع الأسس التي يقوم عليها قانون القاضي<sup>3</sup>.

### 2- نظرية التفويض

ترى طائفة من الفقهاء الألمان والفرنسيين أن القاضي الوطني يطبق القانون الأجنبي بناء على تفويض من قواعد الإسناد الوطنية فوق هذه النظرية، يحافظ القانون الأجنبي على صفته القانونية، ويسري بقوة إلزامية بصفته أمراً صادراً من مشرع أجنبي بناء على إنابة أو تفويض صادر من المشرع الوطني بمقتضى قواعد الإسناد<sup>4</sup>.

ووجه الإنتقاد الموجه لهذه الفكرة يكمن في أنه من غير المعقول أن يأتصر القاضي الوطني بغير أوامر مشرعه هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكن تصور أن مشرع دولة القاضي يفوض سلطة تشريعية أجنبية للتشريع عوضاً عنه، وحتى ولو سلمنا بفكرة التفويض فإن المَفُوض غير معروف مسبقاً، لأنه يختلف باختلاف المنازعات المطروحة على القاضي ولا علم للمشرع الأجنبي بتفويض المشرع الوطني له فهذا تفويض بدون إرادة المَفُوض<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 231.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

<sup>3</sup> - بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 144.

<sup>4</sup> - نادية فضيل، مرجع سابق، ص 25.

<sup>5</sup> - عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 161.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

ورغم الإختلاف حول طبيعة القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، إلا أن غالبية الفقه والاجتهاد في القانون المقارن يؤكد الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي ويركز على صفته الأجنبية ولا يعتبره عنصرا من عناصر الواقع، بل إنه قانون يطبقه القاضي الوطني نزولا على أمر مشرعه الذي أودعه قاعدة الإسناد الوطنية دون حاجة إلى خلق مبررات غير منطقية، وبما أنه قانون ولكنه أجنبي فأمر طبيعي بأن يلقي معاملة إجرائية تختلف عن تلك التي يتلقاها القانون الوطني، والقول بأن القانون الأجنبي يفقد صفته الإلزامية بمجرد عبوره الحدود ويعتبر بالتالي واقعة تطبق أمام القاضي الوطني يؤدي إلى نتيجة غير منطقية مفادها أن القاضي سيطبق واقعة على وقائع، وهذا ما لا يُقبل، وإذا كان القانون الأجنبي يتمتع بهذه الخصوصية فإنه حتما لا يعامل مثل القانون الوطني لوجود فوارق بينهما لأنه من الصعب إفتراض علم القاضي الوطني بمضامين كافة القوانين الأجنبية، زيادة على ذلك فإن القانون الأجنبي لا يصدر ولا ينشر في دولة القاضي<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني

#### موقف التشريع والقضاء المقارن من طبيعة القانون الأجنبي

هناك بعض التشريعات تبنت صراحة كون القانون الأجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة وعاملته على هذا الأساس، كالقانون التركي حيث تنص المادة(76) من أصول المحاكمات المدنية التركية على أنه:"يطبق القاضي القانون التركي مباشرة من تلقاء نفسه على ما يعرض عليه من نزاع، وإذا تقرر تطبيق قانون أجنبي فإن إثبات ذلك القانون الأجنبي يقع على عاتق من يتمسك به"، وكذلك الحال في نص المادة (134) من أصول المحاكمات اللبناني القديم التي نصت على:"يجب إقامة البينة لدى المحكم اللبنانية على مضمون كل قانون أجنبي"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، مبادئ القانون الدولي الخاص الإسلامي المقارن، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 1989، ص

115.

<sup>2</sup> - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 234.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

كما أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الموقف وجسده في قرار لها بتاريخ: 1960/11/07 حيث جاء فيه: "إن التمسك بتشريع أجنبي... لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها"<sup>1</sup>

وفي القضاء الأردني أكدت محكمة التمييز الأردنية في قرار لها بتاريخ: 1983/11/10 على الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي<sup>2</sup>.

أما القضاء الفرنسي فقد تردد في موقفه، فبعض أحكامه عدت القانون الأجنبي كواقعة، بينما في بعضها الآخر عدته قانونا كالحكمين الصادرين في: 11 و 18 أكتوبر 1988 حيث إعتبرت محكمة النقض الفرنسية بأنه كان من واجب قضاة الموضوع تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة التنازع الفرنسية، وبأن تطبيقهم للقانون الفرنسي كان نتيجة إهمالهم العمل بهذه القاعدة.<sup>3</sup>

وفيما يتعلق بموقف المشرع الجزائري من طبيعة القانون الأجنبي، فمن خلال مراجعة النصوص القانونية المختلفة، لا نجد إلا ما أشارت إليه المادة (358) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري المفعول في فقرتها السادسة التي جاء فيها "لا يبني الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية: 6...- مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة.."، ونصت المادة (360) من نفس القانون على أنه "يجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها وجها أو عدة أوجه للنقض"، طبقا لذلك نستنتج أن المشرع الجزائري، يعامل القانون الأجنبي المتعلق بقضايا الأسرة كقانون، وبناء عليه تعتبر قاعدة التنازع الجزائرية المتعلقة بالميراث والوصية خصوصا وبقضايا الأسرة عموما ملزمة للقاضي، ويترتب على ذلك بأن يطبق القاضي القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، ويخضع في تطبيقه إلى رقابة المحكمة العليا.

<sup>1</sup> - محكمة النقض المصرية بتاريخ: 1960/11/07، نقلا عن، علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 138.

<sup>2</sup> - أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 174.

<sup>3</sup> - محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 1988/10/11، نقلا عن، محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 234 و 235.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

وبمفهوم المخالفة يمكن أن نستنتج أن القانون الأجنبي غير المتعلق بقضايا الأسرة يعامل على أساس أنه واقعة لا قانون، وبالتالي قاعدة التنازع المتعلق به غير ملزمة للقاضي ولا يخضع في تفسيره ولا تطبيقه لرقابة المحكمة العليا.

ولكن بالرغم من صراحة ووضوح هذا النص إلا أننا وجدنا إجتهدا للمحكمة العليا قبلت فيه بطعن يتعلق بتطبيق قانون أجنبي في مجال الإلتزامات غير التعاقدية، أي خارج مجال الأحوال الشخصية أو قانون الأسرة كما عبر عنه المشرع الجزائري، وناقشت وجه الطعن المأخوذ من سوء تطبيق القانون، وذلك في القرار الصادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا بتاريخ: 1994/04/27 حيث أن القرار جاء بمناسبة رفع دعوى من الوكيل الفرنسي ضد قرار صادر عن محكمة وهران بتاريخ: 1990/12/11، الذي قضى بإبقاء القرار المعارض فيه القاضي بتحميل الدولة الفرنسية المسؤولية عن حادث مرور سببته شاحنة تابعة للدرك البحري الفرنسي وأدى بأضرار بالغة للضحية (ع.م)<sup>1</sup>.

حيث بهذا الإجتهد إعتبرت المحكمة العليا القانون الفرنسي في هذا النزاع قانونا وليس واقعة، طالما أنها ناقشت الدفع المتعلق بسوء تطبيق القانون، بمعنى أنها مارست الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي في مسألة ليست من الأحوال الشخصية، وهذا خلافا لنص القانون المتقدم.

وإذا ما تجاوز القاضي الوطني إشكالية تحديد طبيعة القانون الأجنبي المختص بحكم منازعات الميراث والوصية ذات البعد الدولي، فإن ثمة إشكال آخر ينتظره لا يقل أهمية عن الأول وهو كيفية إثبات وتفسير القانون الأجنبي.

<sup>1</sup> - قرار المحكمة العليا بتاريخ: 194/04/27، ملف 107604، المجلة القضائية، عدد 03، سنة 1994، ص 33.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

### المطلب الثاني

#### إثبات وتفسير القانون الأجنبي

إن عملية تطبيق القانون الأجنبي تقتضي التعرض إلى مسألة قانونية هامة تتعلق بإثبات هذا القانون وكذا عملية تفسيره، وفي هذا الصدد تثار جملة من التساؤلات أبرزها: على من يقع عبء الإثبات؟ وما هي الكيفية التي يتم بها؟ ووفق أي نهج يفسر القاضي الوطني القانون الأجنبي، وهل عملية التفسير خاضعة لرقابة المحكمة العليا؟ .

وعلى هذا الأساس نقسم هذا المطلب إلى فرعين، يخصص الأول إلى إثبات القانون الأجنبي المختص، والثاني إلى تفسير القانون الأجنبي.

#### الفرع الأول

##### إثبات القانون الأجنبي المختص

إن مجرد التعرف على القانون الأجنبي المختص وتحديدده لا يعني الفصل في النزاع نهائيا بل يتطلب الأمر من القاضي الوطني تطبيق هذا القانون، وهذا التطبيق يفترض أن يكون القاضي الوطني عالما بأحكام ذلك القانون، لكن الواقع أن القاضي في الغالب يجهل مضمون القانون الأجنبي، سواء في الحالة التي يطبقه فيها من تلقاء نفسه أو في حالة تطبيقه بناء على طلب من الخصوم<sup>1</sup>.

ويثير الجهل بمضمون القانون الأجنبي التساؤلات التالية: على من يقع عبء إثبات القانون الأجنبي؟ وما هي طرق إثباته؟ وما الحل في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي؟ إن الإجابة عن هذه التساؤلات ستكون محور دراستنا في هذا الفرع، لذا سنتناولها تباعا كمايلي:

#### أولا: عبء إثبات القانون الأجنبي

يقصد بإثبات القانون الأجنبي إقامة الدليل على محتواه وبيان أحكامه القانونية، وقد سبقت الإشارة إلى إختلاف القوانين حول طبيعة القانون الأجنبي، فالنظم التي تعامله معاملة الوقائع تجعل من عبء إثباته يقع على عاتق الخصوم، لكن ذلك لا يمنع القاضي من البحث في

<sup>1</sup> - بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 146.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

مضمونه، بينما النظم التي تعامله معاملة قانون تلزم القاضي بالبحث عن مضمونه مع صلاحية الإعتماد على الخصوم.

لكن الفقه الحديث يؤكد على أن البحث عن مضمون القانون الأجنبي إلتزام يقع على القاضي بمعاونة الخصوم<sup>1</sup>، وفي هذا الفرض قد يكون القاضي عالما بالقانون الأجنبي، بالنظر لإتساع ثقافة القضاة، وتقدم الوسائل العلمية، والإهتمام بالدراسات القانونية المقارنة. حيث أنه في هذا الوضع يمكن للقاضي من تلقاء نفسه أن يتحرى عن أحكام ومضمون القانون الأجنبي ويطبقه، مع إحترامه لمبدأ الوجاهية في الدعوى، إذ يتيح للأطراف مناقشة مضمون هذا القانون. كما أنه قد يكون جاهلاً بالقانون الأجنبي، وفي هذه الحالة عليه أن يبحث عن مضمون القانون الأجنبي ويكون دوره إيجابياً في إثباته، ويمكنه الإستعانة بالخصوم، ويمكنه عند الإقتضاء أن يتخذ إجراءات التحقيق في الدعوى قصد الوقوف القانون على الأجنبي، كما أن عناصر الإثبات التي يدلي بها أطراف النزاع لا تلزمه إن هو شك بشأنها، وله أن يعتمد في تقييم ذلك على معرفته الشخصية بالقانون الأجنبي<sup>2</sup>. وبحسب هذا الإتجاه لا يمكن للقاضي أن يتصل من الفصل في النزاع، بمجرد عجز الخصوم عن إثبات القانون الأجنبي، بل من واجبه الفصل في الدعوى<sup>3</sup>.

وفي هذا الصدد ألزمت محكمة النقض المصرية القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي، وله أن يستعين بجهود الخصوم ويكون ملزماً بتطبيقه إذا علم بمضمونه<sup>4</sup>.

كما أخذ المشرع التونسي بهذا الإتجاه صراحة في الفصل (32) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي عندما نصت على: "يمكن للقاضي بصفة تلقائية إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد في حدود إمكانيات علمه به، وفي أجل معقول بمساعدة

<sup>1</sup> - عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 136.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 139 .

<sup>3</sup> - فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ج2، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص 59.

<sup>4</sup> - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 160.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

الأطراف عند الإقتضاء، وفي الحالات الأخرى فإن الطرف الذي تكون دعواه مستندة على القانون الأجنبي، مطالب بإثبات محتواه... ويجب في جميع الأحوال إحترام مبدأ المواجهة"

أما المشرع الجزائري فلم ينص صراحة على هذه المسألة، لكن يمكن أن يفهم موقفه منها ضمنا من خلال نص المادة (358)/6 من قانون الإجراءات المدنية، أن القاضي الجزائري عليه إثبات القانون الأجنبي إذا تعلق الأمر بقضايا الأسرة، أما في غير قضايا الأسرة، فيكون إثباته من طرف الخصوم، حيث رتب المشرع من خلال هذا النص على الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، ومن الآثار المترتبة على ذلك ضمنيا، التطبيق التلقائي لقاعدة الإسناد التي تشير إلى تطبيق قانون أجنبي متعلق بالأسرة، والتزام القاضي تبعا لذلك بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي.

وخلاصة القول حسب الإتجاه الحديث أن القاضي يجب أن يلعب دورا إيجابيا في إثبات القانون الأجنبي متى كان عالما بمضمونه، كما أن للخصوم دورا في ذلك، لكن ما هي الطريقة أو الكيفية التي يتم بها إثبات القانون الأجنبي؟

### ثانيا: كيفية إثبات القانون الأجنبي

تجدر الإشارة، إلى أنه ليس هناك نظام خاص بإثبات القانون الأجنبي المختص، وتستخدم مبدئيا كافة وسائل الإثبات، غير أن قاضي الموضوع له السلطة التقديرية الواسعة في الأخذ بها أو عدم الأخذ بها<sup>1</sup>. لأن جل التشريعات المقارنة لم تحدد صراحة طرق خاصة لإثبات هذا القانون، مما جعل القضاء يجتهد في تحديد هذه الطرق، وإذا كان العمل في القانون المقارن قد إستقر على أن هناك أصل وهو الإثبات بكافة الطرق والوسائل العلمية التي تمكن من الوقوف على مضمونه، إلا أن الفقه والقضاء في فرنسا إستقر على إستبعاد الإقرار واليمين<sup>2</sup>. ففي الدول التي تلزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، يسعى القضاء في هذه الدول بوسائلهم الخاصة، ووسائل حكوماتهم للتعرف على القانون الأجنبي المزمع تطبيقه، ولهم أن يطلبوا من وزارة الخارجية، عن طريق وزارة العدل تزويدهم بالقانون الأجنبي،

<sup>1</sup> - كمال عليوش قريوع، مرجع سابق، ص 127.

<sup>2</sup> - عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 146.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

أو بالإجتهاادات القضائية الصادرة عن محاكم الدولة التي صدر فيها القانون، وبآراء الفقهاء فيها، ولهم أن يستعينوا في ذلك بالخصوم ومساعدتهم<sup>1</sup>.

ولكن وبعد كل هذه المحاولات من طرف القاضي أو الخصوم قد يتعذر إثبات القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع المعروض أمامه، فهنا تثار مسألة القانون البديل الذي يسد هذا الفراغ.

يختلف الفقه والقضاء بهذا الخصوص بين عدة حلول يمكن إجمالها في ثلاثة آراء، الأول يقول بأن على القاضي أن يرفض الدعوى، والثاني يرى بتطبيق قانون آخر، قد يكون المبادئ العامة في الأمم المتمدنة، أو القانون الأقرب في أحكامه من القانون المتعذر إثباته، أما الإتجاه الثالث فيرى بوجوب تطبيق قانون القاضي.

وهذا الإتجاه الأخير هو الذي أيده المشرع الجزائري بموجب نص المادة (23 مكرر) من القانون المدني التي نصت على: "يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه". وعليه إذا إستحال على القاضي الجزائري إثبات مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق على منازعات الميراث والوصية، فإنه يعود إلى قانون الأسرة الجزائري ويطبق أحكامه على هذه العلاقة.

وإذا تبين مضمون القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وجب عليه تطبيقه على المنازعة المطروحة أمامه، إلا أن عملية التطبيق تتطلب منه أولاً تفسير هذا القانون، وهذا ما سنتعرف عليه في الفرع الموالي.

### الفرع الثاني

#### تفسير القانون الأجنبي المختص

إذا إنعقد الإختصاص لقانون أجنبي وفق قاعدة الإسناد الوطنية يجب على القاضي تحديد معناه وتطبيقه. فعلى أي نهج يتم تفسير هذا القانون؟ وهل يمكن للمحكمة العليا بسط رقابتها على الخطأ في تفسير وتطبيق هذا القانون؟ لذلك سنتطرق إلى المنهج المتبع في التفسير أولاً، ثم رقابة المحكمة العليا على التفسير ثانياً.

<sup>1</sup> - كمال عليوش قريوع، مرجع سابق، ص 127.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

أولاً: منهج تفسير القانون الأجنبي.

اختلفت وجهات النظر الفقهية في هذا المجال على نحو يمكن حصره في ثلاثة اتجاهات أساسية، حيث يرى الإتجاه الأول بأن يقوم القاضي بتفسير أحكام القانون الأجنبي وفق الطرق المتبعة في تفسير القانون الوطني وذلك بإعتبار أن القانون الأجنبي يندمج في القانون الوطني ويصبح جزءاً منه بعد أن قررت قواعد الإسناد الأخذ به<sup>1</sup>.

بينما يرى الإتجاه الثاني، تفسير القانون الأجنبي وفقاً لما إستقر عليه قضاء الدولة الأجنبية وتقرير حرية نسبية في التفسير في حالة عدم إستقرار القضاء الأجنبي على تفسير محدد.<sup>2</sup> وقد تبنت محكمة العدل الدولية هذا التوجه، حيث قضت بأنه يجب أن يؤخذ بالتفسير القضائي السائد في الدولة التي تطبق المحكمة قانونها على وقائع النزاع الدولي المعروض عليها<sup>3</sup>.

أما الإتجاه الثالث فيرى بأنه يجب أن يفسر القانون الأجنبي وفقاً للنظام القانوني الأجنبي، ذلك لأن المشرع الوطني وهو يقوم بسن قواعد الإسناد إنما يقوم في الحقيقة بتحديد مجال تطبيق النظم القانونية المختلفة، أي أنه يتخلى للنظم الأجنبية عن حكم العلاقات التي تتصل بها، مما يترتب عليه حلول النظام القانوني الأجنبي برمته محل النظام الوطني في حكم هذه العلاقة القانونية<sup>4</sup>، إذ القول بعكس ذلك قد يؤدي إلى إعطاء حل مخالف لما يقرره القانون الأجنبي المختص الأمر الذي ينتج عنه مخالفة قاعدة الإسناد ذاتها.

وهذا الإتجاه الأخير هو الراجح فقها وقضاء، كما أخذ به القانون التونسي صراحة من خلال الفصل (34) من مجلة القانون الدولي الخاص بنصه على: "يطبق القاضي القانون الأجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي إليه"

<sup>1</sup> - أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 174.

<sup>2</sup> - الطيب زيروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 284.

<sup>3</sup> - نادية فضيل، مرجع سابق، ص 92.

<sup>4</sup> - أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، مرجع سابق، ص 100.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

أما في القانون الجزائري فلا يوجد نص يوضح الكيفية التي تتم بها عملية تفسير القانون الأجنبي، لكن الفقه الغالب في الجزائر يرى بوجود تفسير القاضي الجزائري للقانون الأجنبي حسب المبادئ القانونية المعمول بها في ذلك النظام القانوني، وكما إستقر عليه الإجتهد القضائي هناك، لأن القول بخلاف ذلك يترتب عليه تشويه القانون الأجنبي<sup>1</sup>.

ولكن قد يخطئ القاضي وهو بصدد تفسير وتطبيق القانون الأجنبي، فهل يخضع لرقابة المحكمة العليا؟.

ثانيا: رقابة المحكمة القانون على تفسير القانون الأجنبي.

تجدر الإشارة إلى وجوب التفرقة بين الخطأ في إعمال قاعدة الإسناد، والخطأ في تطبيق القانون الأجنبي.

حيث يكاد يجمع الفقه على أن مخالفة قاعدة الإسناد أو الخطأ في تطبيقها أو تفسيرها يخضع لرقابة المحكمة العليا<sup>2</sup>، لأنه خطأ في تطبيق القانون الوطني، ومثال ذلك أن يطبق القاضي الجزائري على منازعات الميراث والوصية، قانون الموطن بدلا من قانون جنسية الهالك حسب ما تقرره قاعدة الإسناد الواردة في المادة (16) من القانون المدني، كما تبسط المحكمة العليا رقابتها على تكييف القاضي للمسائل المعروضة عليه، فالمشرع الجزائري مثلا أدرج الميراث والوصية ضمن طائفة الأحوال الشخصية فإذا أدخلها القاضي ضمن الأحوال العينية، فهذا الأمر يُعد خطأ في التكييف يستوجب رقابة المحكمة العليا، وهو الأمر الذي جسده محكمة النقض الفرنسية حيث بسطت رقابتها على تكييف العلاقة القانونية محل التنازع<sup>3</sup>.

غير أن الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي هو محل خلاف في القانون المقارن، فيما يتعلق بخضوعه أو عدم خضوعه للرقابة من طرف محكمة القانون، ويعود ذلك لإختلاف

<sup>1</sup> - أنظر، الطيب زوروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 265، موحند إسعاد، مرجع سابق، ص 229، كمال عليوش قريوع، مرجع سابق، ص 128.

<sup>2</sup> - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 242.

<sup>3</sup> - نورية شبور، مرجع سابق، ص 131.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

معاملة الدولة للقانون الأجنبي، ويتنازع المسألة إتجاهان، حيث يرفض الإتجاه الأول مد المحكمة العليا لرقابتها والثاني يرى بوجود بسط تلك الرقابة.

### 1- الإتجاه الرافض للرقابة

هناك جانب من الفقه يرى بأن تطبيق قواعد القانون الأجنبي لا يدخل في نطاق مراقبة المحكمة العليا، وينادون برفض هذه الرقابة بحجة أنها لا تتسجم مع وظيفة المحكمة العليا المتمثلة في توحيد الإجتهااد القضائي الوطني ومن الصعب عليها التكفل بهذه المهمة بالنسبة لمختلف القوانين الأجنبية<sup>1</sup>.

وقد رفض القضاء الألماني منح المحكمة العليا أي رقابة على تطبيق القانون الأجنبي وتبعه في ذلك القضاء الإسباني والهولندي، وقضاء بعض الدول العربية كسوريا ولبنان.<sup>2</sup>

حيث رفضت محكمة النقض اللبنانية بسط رقابتها على تفسير القانون الأجنبي حيث جاء في قرار لها بتاريخ: 1957/05/20 مايلي "إن المحكمة العليا في الدولة لا تراقب إلا تفسير القوانين الوطنية وتطبيقها، ولا شأن لها بمراقبة وتفسير القوانين الأجنبية"<sup>3</sup>.

غير أن هذا التوجه، وإن حاول أن يخفف العبء على المحكمة العليا، إلا أنه يسمح لقضاة الموضوع بتفسير القانون الأجنبي على أهوائهم، وهم مقتنعون مسبقا بإفلات قضائهم من رقابة محكمة القانون.<sup>4</sup>

وبالرغم من صرامة التوجه الرافض لبسط رقابة محكمة القانون على تطبيق القانون الأجنبي إلا أنه قدم بعض التخفيفات، حيث أذن من خلالها للمحكمة القانون أن تراقب مسخ أو تشويه القانون الأجنبي المختص في حالة إنحراف قضاة الموضوع عن المعنى الحقيقي والواضح لنصوص القانون الأجنبي، لأن ذلك يشكل في نهاية المطاف خرقا لقاعدة الإسناد الوطنية التي أمرت بتطبيقه.

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 175.

<sup>2</sup> - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 244.

<sup>3</sup> - محكمة النقض اللبنانية، بتاريخ: 1957/05/20، نقلا عن، عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 113.

<sup>4</sup> - الطيب زوروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 265.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

وهذا الأمر جسده محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في: 1961/11/21 التي نقضت من خلاله قرار لمحكمة الموضوع لتجاهله ومسخه المعنى الواضح للقانون الأجنبي<sup>1</sup>.

كما لفتت من الرفض المطلق للرقابة بواسطة بعض الآليات الأخرى كمرقبة التسبب عندما يقدم الأطراف القانون الأجنبي كوسيلة لتأييد طلباتهم فالمحكمة يكون لها قدر من الرقابة<sup>2</sup>.

كما يمكن للمحكمة العليا بسط رقابتها من خلال مراقبتها لمدى إحترام مبدأ الوجاهية في الدعوى بين الخصوم، ومثل هذه الأوضاع كرستها محكمة التمييز في لبنان إذ راقبت تفسير القانون من خلال رقابة التعليل<sup>3</sup>.

### 2- الإتجاه القائل بوجوب الرقابة

وبعكس الرأي السابق، يرى جانب آخر من الفقه ضرورة إخضاع الخطأ في تطبيق وتفسير القانون الأجنبي لرقابة المحكمة العليا، وهو الأمر الذي ينسجم مع الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي، فبحسبهم فإن منح المحكمة العليا سلطة مراقبة تطبيق قاعدة الإسناد يجب أن يستتبع بالرقابة على تطبيق القانون الأجنبي لإكتمال المتابعة، حتى تكون للرقابة على تطبيق قاعدة الإسناد قيمتها الفعلية، لأن منح قاضي الموضوع السلطة المطلقة في تطبيق القانون الأجنبي، قد يؤدي إلى حل النزاع بشكل مخالف لما تقضي به قاعدة الإسناد الوطنية<sup>4</sup>.

كما يستندون لفكرة أن وظيفة المحكمة العليا هي توحيد تطبيق القانون الوطني عن طريق وحدة القضاء، ولتحقيق تلك المهمة يتعين على المحكمة العليا بسط رقابتها على تفسير القانون سواء كان وطنيا أو أجنبيا، لأن القانون الوطني هو الذي أشار إلى تطبيق القانون الأجنبي

<sup>1</sup> محكمة النقض الفرنسية، بتاريخ: 1961/11/21، نقلا عن، كمال عليوش قريوع، مرجع سابق، ص 145.

<sup>2</sup> - علال قاشي، أساس تطبيق القانون الأجنبي ومركزه أمام القاضي الوطني، مداخلة مقدمة في إطار ملتقى وطني يومي 21 و22 أبريل 2010 بجامعة قاصدي مرياح ورقلة، بعنوان: تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، ص 18.

<sup>3</sup> - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 178.

<sup>4</sup> - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 457.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

بمقتضى قواعد الإسناد، لذا لا بد من تلازم رقابة تطبيق قاعدة الإسناد برقابة تطبيق القانون الأجنبي لتحقيق الهدف من الرقابة على قاعدة الإسناد<sup>1</sup>.

وقد أخذت بهذا الرأي تشريعات عدة دول، منها إيطاليا وتركيا، واليونان في المادة (559) من قانون مرافعاتها الصادر في: 1971/11/01، والقانون الدولي الخاص السويسري<sup>2</sup>، ومن قوانين الدول العربية، نجد المشرع التونسي في الفصل (34) الفقرة الثانية من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الذي نص صراحة على: "يخضع تأويل القانون الأجنبي لرقابة محكمة التعقيب"

أما على المستوى القضائي، فنجد القضاء الإنجليزي الذي تسمح طبيعته بالرقابة، إذ يجوز للمحكمة العليا أن تقبل الطعن بالنقض أمامها لأول مرة من طرف الخصوم بشأن القوانين الأجنبية، لأنها تعد بمثابة محكمة درجة ثالثة من درجات المحاكم، وليست محكمة إجتهاد<sup>3</sup>. أما في القضاء المصري، فقد كانت محكمة النقض المصرية في البداية لا تبسط رقابتها على تطبيق القوانين الأجنبية بشأن التفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع للقانون الأجنبي، ثم تراجعت بعد ذلك وإعتمدت الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره، ويستشف ذلك من خلال القرارين الصادرين بتاريخ: 1953/01/08 و 1954/01/14 الذين مارست فيهما محكمة النقض الرقابة على تفسير القانون الأجنبي<sup>4</sup>.

وقد سار القضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة على النهج الذي يفرض الرقابة على تفسير وتطبيق القانون الأجنبي، حيث أن المحكمة العليا في أبوظبي، ومحكمة التمييز في دبي تؤكدان معا على أن الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره يخضع لرقابتهما<sup>5</sup>.

أما بخصوص المشرع الجزائري، فبالعودة للنصوص المنظمة للعلاقات الدولية الخاصة في القانون المدني، نجد أنه لم يرد أي نص يبين موقفه بشأن رفض أو إقرار بسط المحكمة العليا لرقابتها على تطبيق وتفسير القانون الأجنبي، ولا نجد إلا ما أشارت إليه الفقرة السادسة من

<sup>1</sup> - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 245.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، الصفحة، ص 246.

<sup>3</sup> - حمزة قناتل، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، (مذكرة دكتوراه في القانون الخاص)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011، ص 267.

<sup>4</sup> - أشار إلى القرارين، هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 180.

<sup>5</sup> - عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 465.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

المادة (358) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جعلت من مخالفة القانون الأجنبي في مسائل الأسرة وجها من أوجه الطعن تراقب المحكمة العليا من خلاله تطبيق القانون الأجنبي، ويفهم من خلال هذه المادة أن المسائل المتعلقة بالأسرة يشكل الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي المختص بها وسيلة للطعن أمام المحكمة العليا، وعليه فالخطأ في تفسير القانون الواجب التطبيق على مسائل الميراث والوصية خصوصا والعلاقات الأسرية عموما يخضع لرقابة المحكمة العليا، حيث سوى المشرع من خلال هذه المادة بين القانون الداخلي والقانون الأجنبي.

مما سبق ذكره فإن عملية الإثبات والتفسير للقانون الأجنبي مرتبطة إرتباطا وثيقا بطبيعة المعاملة التي يتلقاها هذا الأخير أمام القضاء الوطني، وسواء عامله معاملة قانون أو معاملة وقائع، فإن القاضي الوطني قد يستبعد تطبيق هذا القانون أصلا في حالات معينة، هذا ما سيكون محور دراستنا في المبحث الموالي.

### المبحث الثاني

#### إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص

إن سعي القاضي الوطني الحثيث في التعرف على مضمون القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد في قانونه، لا يعني بالضرورة أن هذا القانون سيكون مرجعه في الفصل في النزاع المعروض عليه، لأنه عندما يتعرف على مضمونه قد يتبين له أن أحكامه تتعارض مع المبادئ الجوهرية والقيم الأساسية التي يقوم عليها نظام مجتمعه، أو يتضح له قبل التعرف على مضمون هذا القانون أن الإختصاص قد ثبت له عن طريق تحايل أطراف العلاقة على قاعدة الإسناد الوطنية. مما يتعين على القاضي إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي في هذين الحالتين وإستبداله بقانون آخر.

وعلى هذا الأساس سيخصص المطلب الأول للدفع بالنظام العام، بينما المطلب الثاني للغش نحو القانون.

#### المطلب الأول

##### الدفع بالنظام العام لإستبعاد القانون الأجنبي المختص

عندما سمح المشرع الوطني بتطبيق القانون الأجنبي على العلاقات الخاصة المشوبة بعنصر أجنبي، فذلك يعود لكونه قدر أن هذا القانون هو الأكثر صلة بها وأنه الأنسب لحكمها<sup>1</sup>. لكن هذا لا يعني أن المشرع الوطني منح القانون الأجنبي توقيع على بياض لتطبيقه في كل الأحوال، فإذا إصطدمت أحكام القانون الأجنبي بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع في دولة القاضي فإنه سيستبعد تطبيقه بإسم النظام العام، فما هو النظام العام؟ وماهي شروط الدفع به؟ وماهي الآثار المترتبة عنه؟

<sup>1</sup> - عادل عبد الله، الإعتبارات العملية للدفع بالنظام العام، مجلة المفكر، العدد الثالث، السنة الثانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، سنة 2010، ص 222.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

### الفرع الأول

#### مفهوم النظام العام

نظرا لأهمية النظام العام في مجال العلاقات الدولية الخاصة، فإن معظم التشريعات نصت على دوره الإستيعادي دون إعطاء تعريفه له، الأمر الذي ألقى على عاتق الفقه والقضاء مهمة تعريفه وتحديد خصائصه وشروطه وهو ما سنوضحه في النقاط التالية:

#### أولاً: تعريف النظام العام

بالرغم من الأهمية البالغة التي تكتسيها فكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، إلا أن معظم التشريعات الحديثة- ومن بينها التشريع الجزائري- لم تعرفه، حيث إكتفت بعض التشريعات بالنص عليه كوسيلة دفاعية في مواجهة القوانين الأجنبية لمنع تطبيق ما تعارض منها مع النظم والمبادئ الوطنية<sup>1</sup>، ولكن تحت مسميات وصيغ مختلفة، فالمشرع التونسي إختار مصطلح: "الخيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي"، وعبر عنه المشرع النمساوي "بالقيم الأساسية"، وأضافت تشريعات أخرى إلى النظام العام الأداب العامة كالمادة (24) من القانون المدني الجزائري والمادة (31) من القانون المدني الإيطالي والمادة (73) من القانون المدني الكويتي<sup>2</sup>.

الأمر الذي جعل الفقه والقضاء يحاول وضع تعريف للنظام العام .

حيث عرفه جانب من الفقه من حيث مضمونه بـ: "مجموعة المبادئ والقيم الأساسية المختلفة التي يقوم عليها مجتمع معين من الناحية السياسية والإقتصادية والخلقية والفكرية في لحظة معينة من تاريخ وجوده، ولا يمكن السماح للقانون الاجنبي الواجب تطبيقه مخالفتها"<sup>3</sup>.

ومن التعريفات القضائية ما أورده القضاء المصري في أن النظام العام يتمثل في: "القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد، سواء من الناحية السياسية أو الإجتماعية

<sup>1</sup> - بدر شنوف، الدفع بالنظام العام في منازعات الميراث والوصية ذات البعد الدولي، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، العدد الأول، السنة الأولى، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، سنة 2015، ص 181.

<sup>2</sup> - فاطمة الزهراء زاير، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، (مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011، ص 89.

<sup>3</sup> - فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 138.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

أو الإقتصادية، والتي تتعلق بالوضع الطبيعي والمادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الأفراد<sup>1</sup>.

من خلال هذه المحاولات الفقهية والقضائية السابقة لتعريف النظام العام يتضح أنها تكاد تجمع على أن النظام العام في كل دولة ينصب على فكرة المصلحة الوطنية، سواء كانت سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية، كما يتبين أن الدور الرئيسي للنظام العام في مجال العلاقات الدولية الخاصة، يتمثل في إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية إذا كان في تطبيقه مساس بالأسس التي يقوم عليها المجتمع في دولة القاضي.

### ثانيا: خصائص النظام العام

من خلال التعاريف السابقة يمكن أن نستخلص عدة خصائص للنظام العام، يمكن حصرها فيما يلي:

#### 1- النظام العام فكرة وطنية

إن النظام العام الذي بموجبه يستبعد تطبيق القانون الأجنبي هو النظام العام الوطني، أي في دولة القاضي الناظر في النزاع، لكونه يهدف إلى حماية الأوضاع الأساسية والمبادئ الجوهرية السائدة في النظام القانوني الوطني، فهو في مضمونه وأهدافه نظام وطني صرف، يختلف من دولة إلى أخرى وحتى بين الدول التي يربطها نوع من الوحدة في التقاليد والمعتقدات<sup>2</sup>. وعلى هذا الأساس يظل النظام العام متميز بالخاصية الوطنية، ويتغير مفهومه من مجتمع إلى آخر.

#### 2- النظام العام فكرة مرنة و متطورة

وهذه الخاصية يستمدتها النظام العام من طبيعة الأسس والدعائم والأفكار التي ينبني عليها كيان كل دولة، فهي في تغير وتطور مستمر، وتختلف من دولة إلى أخرى، فما قد يعتبر متعارضا مع النظام العام في دولة معينة لا يعد كذلك في دولة أخرى<sup>3</sup>، وحتى في نفس الدولة

<sup>1</sup> - بدر شنوف، مرجع سابق، ص 183.

<sup>2</sup> - فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 143.

<sup>3</sup> - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 194.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

قد يتغير مفهوم النظام العام من زمن لآخر<sup>1</sup>. ومن ثم قد يكون الحق عند نشوئه مخالفا للنظام العام لكنه قد لا يصبح كذلك وقت المنازعة فيه أمام القضاء<sup>2</sup>، فهذه النسبية التي يتميز بها النظام العام هي التي جعلت الفقه والقضاء يتجه إلى وجوب تقييد القاضي بمفهوم النظام العام السائد في دولته في الوقت الذي يصدر فيه حكمه، لأنه هو الوقت الذي تم فيه تطبيق القانون الأجنبي، فمتى كان ذلك القانون وقت تطبيقه يصطدم مع المفاهيم القانونية السائدة في بلد القاضي كان عليه أن يمتنع عن تطبيقه<sup>3</sup>.

### 3- النظام العام ذو طابع قضائي واستثنائي:

إن مرونة النظام العام وسرعة تطوره يترتب عنها صعوبة في حصر وتحديد الحالات التي يتعين فيها على القاضي تحريك الدفع بالنظام العام لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، الأمر الذي يمنح القاضي سلطة تقديرية لتحديد مدى تعارض أحكام القانون الأجنبي مع النظام العام في دولته حسب كل قضية على حده، إلا أن هذه السلطة مقيدة غير مطلقة تخضع لرقابة المحكمة العليا<sup>4</sup> لأن الأمر يتعلق بمسألة قانونية يترتب عليها تعطيل قاعدة إسناد وطنية.

ولكون القاضي لا يلجأ للدفع بالنظام العام لإستبعاد القانون الأجنبي في كل حالة تتعارض فيها أحكامه مع أحكام قانونه الوطني، فإن ذلك يجعل من النظام العام رخصة إستثنائية لا يستعملها إلا في نطاق ضيق، يتحدد مداه بالمساس بالمصالح الحيوية لمجتمعه<sup>5</sup>.

### ثالثا: شروط الدفع بالنظام العام

يشترط لتحقيق الدفع بالنظام العام أن تتوافر الشروط التالية :

1- أن يثبت الاختصاص التشريعي لقانون أجنبي بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي، إذ لا داعي لتحريك الدفع بالنظام العام في حالة عدم اختصاص القانون الأجنبي<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>- نسرين شريفي وسعد بوعلي، القانون الدولي الخاص، ط1، دار بلقيس للطباعة والنشر، الجزائر، 2013، ص 106.

<sup>2</sup>- بدر شنوف، مرجع سابق، ص 184.

<sup>3</sup>- حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 189.

<sup>4</sup>- المرجع نفسه، الصفحة 187.

<sup>5</sup>- عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص 136.

<sup>6</sup>- فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، مرجع سابق، ص 140.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

2- أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق مختلفا في حكمه المطلوب مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، كأن يجيز القانون الأجنبي الميراث لابن الزنا، وقانون دولة القاضي لا يورثه ويعتبره من النظام العام.

3- أن تكون مخالفة النظام العام الحالية، أي وقت رفع الدعوى ولو كان نشوء الحق قد تم دون أن يكون مخالفا للنظام العام، فالحكم يستند إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق عند وقوع الحادث أو عند نشوئه، أما فكرة النظام العام فينظر إليها وقت رفع الدعوى، فإذا كان المورث أو الموصي أجنبيا وقت الوفاة، فإن قانونه الوطني هو الواجب التطبيق على النزاع المطروح، ولكن إذا وجد القاضي أن هذا القانون الأجنبي يتعارض مع أحكام الميراث أو الوصية في قانونه فيعد مخالفا للنظام العام ويتنافى مع المبادئ التي تقوم عليها دولته<sup>1</sup>، كالسماح بالتوارث مع اختلاف الدين أو أن يورث الابن الطبيعي أو غير الشرعي من أبيه.

وتكمن أهمية مبدأ آنية النظام العام في كونه يضع حد فاصلا بين المفهوم السابق للنظام العام والمفهوم الجديد له<sup>2</sup>، خاصة وأن هذا المفهوم في تغير وتطور مستمرين كما أشرنا سابقا.

### الفرع الثاني

#### آثار الدفع بالنظام العام

إذا تعارضت أحكام القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي ترتب على ذلك آثار، قد تكون سلبية في بعض الحالات، تتوقف عند حد الإستبعاد الكلي أو الجزئي للقانون الأجنبي، وفي بعض الحالات لا تتحقق النتيجة المرجوة بمجرد الإستبعاد وإنما بإحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد، وهو ما يعرف بالآثر الإيجابي، وهناك بعض الحقوق لا يسمح قانون القاضي بإنشائها، لكنه يقبل بآثارها إذا نشأت صحيحة في الخارج وهو ما يُعرف بالآثر المخفف للنظام العام.

<sup>1</sup> - أنظر، هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 195.

<sup>2</sup> - بدر شنوف، مرجع سابق، ص 187.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

أولاً: الأثر السلبي للنظام العام

يتمثل الأثر السلبي للنظام العام في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص، لكن قد يحدث وأن يكون القانون الأجنبي برمته غير مخالف للنظام العام الأمر الذي يطرح التساؤل التالي: هل يستبعد القاضي من القانون الأجنبي الجزء المخالف للنظام العام في دولته فقط أم أنه يستبعد القانون الأجنبي برمته؟

لقد اختلف الفقهاء حول هذه المسألة فمنهم من أخذ بفكرة الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المختص إذا تعارض أي حكم من أحكامه مع النظام العام الوطني، وتبريرهم في ذلك أن الأخذ بالاستبعاد الجزئي يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي وتطبيقه بشكل يخالف إرادة المشرع الذي وضعه<sup>1</sup>.

ومنهم من أخذ بفكرة الاستبعاد الجزئي ومؤداها أن يستبعد القاضي الوطني فقط الجزء المخالف للنظام العام في دولته، إذ يجب العمل بأثر الاستبعاد في حدود ضيقة وبحذر شديد لأن الدفع بالنظام العام رخصة استثنائية لا يجوز للقاضي التوسع فيها، إذ من شأن ذلك أن يؤدي إلى تعطيل العمل بقواعد الإسناد الوطنية<sup>2</sup>، حيث يسمح هذا الحل بتلافي عيوب قواعد التنازع دون تعطيلها<sup>3</sup>.

ويستند هذا الاتجاه إلى عدة حجج منها: أنه ينبغي استخدام الدفع بالنظام العام بحذر شديد وفقاً للغاية التي يسعى إلى تحقيقها أي بالقدر الذي يمنع المساس بالمبادئ الأساسية السائدة في دولة القاضي، كما أن الدفع بالنظام العام يهدف إلى استبعاد النتيجة المخالفة للنظام العام فحسب، ومتى أمكن تحقيق ذلك عن طريق الاستبعاد الجزئي كان ذلك أمراً مقبولاً<sup>4</sup>.

غير أن هذا الحل يرد عليه استثناء يتمثل في حالة ما إذا كان هناك ارتباط بين أجزاء القانون الأجنبي، كارتباط السبب بالنتيجة، أو أن الجزء المخالف يمثل السبب الرئيسي لوجود

<sup>1</sup> - فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، مرجع سابق، ص 145.

<sup>2</sup> - عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 598.

<sup>3</sup> - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 265.

<sup>4</sup> - عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 530.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

القانون الأجنبي، بحيث يكون من المستحيل إستبعاده مستقلا عن باقي القواعد، ففي هذه الحالة لا مناص من الإستبعاد الكلي للقانون الأجنبي<sup>1</sup>.

فإذا كان القانون الأجنبي يجيز أمر لا يقره النظام العام في بلد القاضي، فإن أثر الدفع بالنظام العام في هذه الحالة سيكون سلبيا إذ يقتصر على إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي دون إحلال قانون آخر محله لحكم العلاقة القانونية<sup>2</sup>. فإذا كان القانون الأجنبي مثلا يجيز التوارث بين المسلم وغير المسلم، فهذا القانون يعتبر مخالفا للنظام العام في الجزائر، فباستبعاده تتحقق الغاية المرجوة من إعمال الدفع بالنظام العام دون الحاجة لتطبيق قانون آخر.

### ثانيا: الأثر الإيجابي للنظام العام

إذا ما تم للقاضي إستبعاد القانون الأجنبي الذي تعارضت أحكامه مع النظام العام، فعليه أن يتصدى لسد الفراغ الناجم عن هذا الإستبعاد<sup>3</sup>، بحيث يقتضي الأثر الإيجابي للنظام العام إحلال القانون الوطني للقاضي محل القانون الأجنبي المستبعد لحكم النزاع، وقد يتم هذا الإحلال بشكل صريح، وذلك عندما ينشئ علاقة لا يسمح القانون الأجنبي بإنشائها، وقد يتم ضمنا عندما يمنع القانون الوطني نشوء علاقة يسمح القانون الأجنبي بإنشائها<sup>4</sup>.

وبالرغم من أن الفقه الغالب يتجه إلى أن الأثر الإيجابي للنظام العام هو تطبيق قانون القاضي، إلا أن جانبا من الفقه الألماني يرى أن الأثر الإيجابي هو تطبيق نص قانوني آخر من القانون الأجنبي لا تتعارض أحكامه مع النظام العام<sup>5</sup>.

إلا أن هذا الرأي محل نقد لكون القاعدة القانونية المطبقة في هذه الحالة لا علاقة لها بالنزاع، كما أنه لا يمكن تطبيقه في كل الحالات حيث أنه هناك حالات يصعب فيها إيجاد

<sup>1</sup> - أنظر، نسرين مباركي، النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة، <http://www.staralgeria.net/t4326-topic>، يوم الأحد الموافق لـ: 2016/03/13، على الساعة: 10:52 صباحا.

<sup>2</sup> - فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، مرجع سابق، ص 201.

<sup>3</sup> - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 305.

<sup>4</sup> - حمزة قتال، مرجع سابق، ص 161.

<sup>5</sup> - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 267.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

نص قانوني بديل. فيبقى إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد أسلم الحلول وأفضلها<sup>1</sup>، ويتفق مع ما يرى به الفقه الغالب وما تبنته العديد من التشريعات، والتي من بينها المشرع الجزائري بموجب الفقرة الثانية من المادة (24) من القانون المدني التي نصت على "...يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الأداب العامة".

ثالثاً: أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة للتمسك بآثار الحق المكتسب في الخارج

وهي الحالة التي ينشأ فيها مركز أو علاقة قانونية في دولة أجنبية ويراد الاحتجاج بآثارها في دولة القاضي، ففي هذه الحالة يشكل النظام العام ذريعة لعدم الاعتراف بآثار هذه الحقوق المنشأة في الخارج وعدم سريانها في بلد القاضي إذا كانت على نفس الدرجة من الاستهجان والشذوذ، ولكن إذا لم تصل إلى هذه الدرجة فلا مانع من الاعتراف بها ولا داعي لتحريك النظام العام<sup>2</sup>، أو أنه يتعلق بالاحتجاج بحقوق نشأت في دولة أجنبية وفقاً لنظامها العام وخلافاً لما يقضي به القانون الأجنبي المختص أمام القاضي الوطني، ففي الحالة الأولى يترتب عنها ما يعرف بالآثر المخفف، والثانية بالآثر الانعكاسي.

### 1- الأثر المخفف

وهو الأثر المتعلق بالحقوق التي تنشأ في دولة أجنبية وتثار أمام القاضي الوطني، رغم معارضتها للنظام العام في بلد القاضي، ومثال ذلك أن يعترف القاضي الوطني بآثار التعدد، كالميراث للزوجة الثانية، إذا نشأ هذا الزواج صحيحاً خارج دولة القاضي الذي يمنع ذلك.

ويحد الأثر المخفف من صرامة الدفع بالنظام العام، ويسمح للقانون الأجنبي بالإمتداد إلى بلد القاضي، من خلال الإقرار بالحقوق التي أكتسبت في ظلته، وهذا للحفاظ على المعاملات الدولية والمراكز القانونية للأفراد<sup>3</sup>.

### 2- الأثر الانعكاسي

وهو أن يرتبط الأثر بالحالة التي ينشأ فيها الحق عن طريق إحلال قانون القاضي الوطني محل القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته للنظام العام لبلد القاضي، حيث لا يترتب على

<sup>1</sup> حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 307.

<sup>2</sup> بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 182.

<sup>3</sup> نسرين شريقي وسعيد بوعلي، مرجع سابق، ص 108.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

هذا الحق أي أثر في البلد الأجنبي المستبعد قانونه، غير أنه في حالة الاحتجاج به أمام القضاء لدولة ثالثة فهنا يتوقف الأمر على مدى موافقة مقتضيات النظام العام في هذه الدولة مع مقتضيات النظام العام في بلد القاضي الوطني.

وعليه يمكن القول أن الحقوق التي تنشأ في دولة ما بعد إستبعاد القانون الأجنبي المختص تكون عديمة الأثر في الدولة المستبعد قانونها، أما بالنسبة لدولة أخرى ثالثة فيتوقف الاحتجاج بهذه الحقوق على مدى توافق مقتضيات النظام العام بين هذه الدولة والدولة التي نشأ فيها ذلك الحق، فإذا وجد اشتراك قانوني بين الدولتين في شأن هذا الحق فلا مانع من الإعتراف به، أما إذا تعارض النظام العام في الدولتين تعارضا جوهريا يصبح عدم الإعتراف به في الدولة الثالثة أمر بديهيا<sup>1</sup>.

فلو فرضنا أن جزائرية مسلمة تزوجت في فرنسا من غير مسلم وعرض نزاع بصدد هذا الزواج أمام القاضي البلجيكي فلا شك أن قانونه الوطني يجيز هذا الزواج مثل القانون الفرنسي لأن مقتضيات النظام العام فيهما واحدة ولا يعتد باختلاف الدين كمانع للزواج، في حين أن القانون الجزائري المختص أصلا يبطل هذا الزواج ولو عرض نزاع بشأنه أمام القضاء المصري فلن يعترف به أخذا بفكرة النظام العام أيضا.

### الفرع الثالث

#### دور النظام العام في إستبعاد قانون المورث أو الموصي

يلعب النظام العام دورا كبيرا في إستبعاد قانون المورث أو الموصي، وعليه سوف نتطرق إلى دور النظام العام في إستبعاد قانون المورث (أولا) ثم دور النظام العام في إستبعاد قانون الموصي (ثانيا)

#### أولا: دور النظام العام في إستبعاد قانون المورث

يستبعد قانون جنسية المورث بإسم النظام العام من طرف القضاء الجزائري أو قضاء الدول العربية والإسلامية، إذا كان يجيز التوارث مع إختلاف الدين، أو إذا كان يجيز الميراث

<sup>1</sup> - بدر شنوف، مرجع سابق، ص 196.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

للوارث الذي قتل مورثه عمداً، أو يورث ابن الزنا من أبيه أو من أقارب الأب<sup>1</sup>. كما يعتبر مخالفاً للنظام العام القانون الأجنبي المختص الذي يجيز تمييز الإبن الأكبر وإيثاره بكل التركة<sup>2</sup>، أو إذا تضمن القانون الأجنبي أحكاماً تعسفية كمنع الإرث بسبب إختلاف اللون أو الجنس أو حرمان الإناث من الإرث.

وقد قضت محكمة النقض المصرية سنة 1979 في دعوى مرفوعة من لبنانية مسيحية ضد ورثة لبناني مسلم بأن إختلاف الدين يعد مانعاً من موانع الميراث، وأن القانون الأجنبي الذي تقرر أحكامه التوارث بين المسلم وغير المسلم يعد مخالفاً للنظام العام والأداب العامة في مصر<sup>3</sup>.

أما بخصوص الإختلاف بين أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وبين أحكام قانون القاضي في بيان مراتب الورثة وأنصبتهم، وحالات الحجب، فقد ميز الفقهاء بين حالتين :

**الحالة الأولى:** كون كل أطراف التركة، المورث والورثة أجنب غير مسلمين، ففي هذه الحالة لا يعد القانون الأجنبي مخالفاً للنظام، لإرتباط نظام التركات والموارث بين الأجنب غير المسلمين بالتنظيم الإجتماعي والإقتصادي للدولة التي ينتمون إليها وهو تنظيم يختلف من دولة لأخرى، ولا يجوز أن يفرض تقدير المشرع الوطني للأنصبة كنموذج للعدالة، وإلا إنتهى الأمر إلى هدم قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث<sup>4</sup>.

وفي هذا السياق جاء في حكم محكمة القاهرة الإبتدائية الصادر في: 4 نوفمبر 1952 "إن مجرد الإختلاف في الأنصبة ما بين القانون الأجنبي والقانون المصري لا يجعل الأول مخالفاً للنظام العام في الجمهورية<sup>5</sup>".

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 322.

<sup>2</sup> - صلاح الدين جمل الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 63.

<sup>3</sup> - محكمة النقض المصرية سنة 1979، نقلا عن هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 221.

<sup>4</sup> - أنظر، هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 323.

<sup>5</sup> - حكم محكمة القاهرة الإبتدائية بتاريخ: 1952/11/4، نقلا عن هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، ص 324.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

الحالة الثانية: كون أطراف التركة المورث والورثة مسلمين، فهنا يرى الغالبية من الفقهاء المصريين بأن إختلاف أحكام القانون الأجنبي مع القانون المصري المستمد من الشريعة الإسلامية في بيان أنصبة الورثة، يعد مخالفا للنظام العام في مصر، إذ أن مجرد هذا الإختلاف ذاته يمس مصلحة الجماعة المصرية بوصفها جماعة دولة إسلامية<sup>1</sup>.

وقد سائر القضاء المصري ما ذهب إليه الفقه المصري في هذه المسألة، حيث رفضت محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ: 1964/05/28 طعن المقدم من ورثة سيدة فرنسية مسلمة، يتعلق بتطبيق القانون المصري بدلا من القانون الفرنسي الواجب التطبيق، وبررت المحكمة رفضها للطعن بقولها: "إن أحكام المواريث الأساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة تعتبر في حق المسلمين من النظام العام في مصر<sup>2</sup>".

أما في القضاء الفرنسي الحديث، فعلى الرغم من إعتبار محكمة النقض الفرنسية بأن القاعدة الإسلامية التي تمنع توريث غير المسلم من المسلم مخالفة للنظام العام الفرنسي، لما فيها من مساس لحرية المعتقد، إلا أنه فيما يتعلق ببيان مراتب الورثة ونصيب كل منهم فإنها تعد ذلك غير مخالف للنظام العام الفرنسي<sup>3</sup>.

ثانيا: دور النظام العام في إستبعاد قانون الموصي

يعتبر القانون الأجنبي المختص بالوصية مخالفا للنظام العام، إذا كان يجيز الوصية لقائل الموصي عمد، أو كان يجيز الوصية بآثار تاريخية أو أموال عامة لا يجوز التعامل فيها<sup>4</sup>. كما يعتبر القانون الأجنبي الذي يجيز الوصية لوأرث دون إجازة الورثة مخالفا للنظام العام<sup>5</sup>، كما يعد القانون الأجنبي الذي يمنع الوصية لإختلاف الجنس أو اللون أو المعتقدات السياسية أو الدينية مخالفا للنظام العام<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - صلاح الدين جمل الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 67.

<sup>2</sup> - محكمة النقض المصرية، نقلا عن هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 324.

<sup>3</sup> - أنظر، قرار محكمة النقض الفرنسية، بتاريخ: 1964/11/17، نقلا عن محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 266.

<sup>4</sup> - ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 105.

<sup>5</sup> - الطيب زيروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 200.

<sup>6</sup> - صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام، مرجع سابق، ص 68.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

أما بخصوص الإختلاف في المقدار الجائز الإيضاء به بين القانون الأجنبي وقانون القاضي، فإنه إذا تعلق النزاع بوصية بين غير المسلمين، يتفق الفقه والقضاء على أن هذا الإختلاف لا يعتبر متنافيا مع النظام العام<sup>1</sup>، وفي هذا الإتجاه قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ: 1967/07/26 بشأن دعوى تتعلق بنزاع بين لبنانيين مسيحيين تجاوزت فيه الوصية ثلث التركة، بأن مجرد الإختلاف بين أحكام القانون الأجنبي المختص والقانون الوطني في تحديد المقدار الذي تجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين، لا يتنافى مع النظام العام المصري<sup>2</sup>، ثم أكدت هذا الإتجاه في حكمها بتاريخ: 1977/01/19 بشأن وصية أبرمها إسباني لصالح زوجته يوصي فيها بمنفعة أمواله لها طيلة حياتها بشرط أن لا تتزوج بعد وفاته، حيث قضت بأن مجرد الإختلاف في القدر الذي تجوز فيه الوصية لغير المسلمين أو طريقة الإنتفاع بالموصى به، أو ترتيب الموصى لهم بحق الإنتفاع، فإن ذلك لا يدخل في نطاق مخالفة النظام العام<sup>3</sup>.

واستنادا للقرارات السابقة إستنتج الفقه بأنه لو تعلق النزاع بين مسلمين لتدخل النظام العام ليحول دون تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي يخالف أحكام الشريعة الإسلامية بخصوص القدر الجائز الإيضاء به.

ومما سبق نخلص إلى أن أحكام الوصية لا تعتبر من النظام العام بالنسبة للأجانب غير المسلمين سوى ما يتعلق بالحلال والحرام، وتعتبر ضمن النظام العام بالنسبة للمسلمين بصرف النظر عن الجنسية التي يحملونها<sup>4</sup>، أو الشروط التي يشترطونها في الوصية، وفي هذا الصدد نجد تطبيقا لذلك في القضاء الجزائري، حيث جاء في قرار المحكمة العليا رقم 63.219 بتاريخ: 1990/10/17 ".... ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن المجلس بإعتماده

<sup>1</sup> - أنظر، هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص325، ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص112.

<sup>2</sup> - محكمة النقض المصرية بتاريخ: 1967/07/26، نقلا عن هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص325.

<sup>3</sup> - محكمة النقض المصرية بتاريخ: 1977 /01/19، نقلا عن صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام، مرجع سابق، ص69.

<sup>4</sup> - ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 112.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

على القانون الفرنسي دون مراعاة قانون الهالك أو الموصي بإعتباره جزائري مسلم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وخرق أحكام الشريعة الإسلامية<sup>1</sup>....."

وتبين من القرار أن زوجا مسلما جزائري أجرى وصية رسمية لزوجته المسلمة الجزائرية بتاريخ: 1952/10/10 بكامل تركته، واشترط تطبيق القانون المدني الفرنسي بدلا من أحكام الشريعة الإسلامية التي كانت قانونا للأهالي المسلمين الجزائريين آنذاك، وتوفي سنة 1956، وبعد الإستقلال نازع الورثة في صحة الوصية ونفاذها متمسكين ببطلانها لمخالفتها أحكام الشريعة الإسلامية. وقضت المحكمة بصحة الوصية ونفاذها، وتأييد حكمها على مستوى الإستئناف بقرار أصدره مجلس قضاء بجاية بتاريخ 1987/02/14، فطعن الورثة في هذا القرار بالنقض أمام المحكمة العليا فنقضت القرار وجاء الإجتihad المذكور أعلاه.

وبالرجوع إلى قرار المحكمة العليا، نجدها إعتمدت على أساس أن نظام الأحوال الشخصية للأهالي المسلمين خلال الفترة الإستعمارية مستمد من الشريعة الإسلامية، وأن حق إختيار تطبيق القانون الفرنسي على الأهالي المسلمين بموجب النصوص المعمول بها أثناء الإستعمار، لا يعمل به في الجزائر المستقلة، لما ينطوي عليه من مخالفة صارخة للقيم العليا للمجتمع الجزائري، الذي تشكل الشريعة الإسلامية أحد مقوماته الأساسية. والمرجع لنظامه القانوني والإجتماعي والأخلاقي<sup>2</sup>.

وبالرغم من عدم إدراج المحكمة العليا لمصطلح النظام العام في هذا القرار، إلا أنه يفهم أنها إستخدمت هذا الدفع ضمنيا لإستبعاد القانون الفرنسي، حيث جاء في حيثيات القرار "شرط تطبيق القانون الفرنسي هو شرط ملغى لمخالفته للشريعة الإسلامية" ويفهم من هذه الصياغة أن هذا السبب يشكل الأساس القانوني لنقض القرار المطعون فيه، كون تطبيق القانون المختص مخالفا للنظام العام في الجزائر<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 63.219 بتاريخ 1990/10/17، نقلا عن، الطيب زيروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 43 .

<sup>2</sup> - الطيب زيروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص110.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، الصفحة ص 112.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

من خلال ما سبق نخلص إلى القول بأن الدفع بالنظام العام هو أداة لإستبعاد القانون الأجنبي المختص الذي ينطوي على أحكام تتنافى والقيم والأركان التي يقوم عليها النظام القانوني لدولة القاضي، غير أنه ليست ليس هو الأداة الوحيدة لإستبعاد القانون الأجنبي، بل يملك القاضي وسيلة أخرى تؤدي بدورها لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، تتمثل في الغش نحو القانون، وهي محل دراستنا في المطلب الموالي.

### المطلب الثاني

#### الدفع بالغش نحو القانون لإستبعاد القانون الأجنبي المختص

أشرنا فيما سبق أن القانون الواجب التطبيق على المسائل القانونية المشتملة على عنصر أجنبي يتحدد بموجب ضابط الإسناد الذي يستمد وجوده من أحد عناصر العلاقة القانونية، هذا الضابط قد يكون قابلاً للتغيير بإرادة أطراف العلاقة قصد نقل الإختصاص التشريعي من قانون إلى قانون آخر للتهرب من أحكام القانون المختص أصلاً، وإذا وقع هذا التغيير المتعمد لضابط الإسناد كنا أمام حالة الغش نحو القانون.

لذا سنخصص هذا المطلب لدراسة هذه الحالة، من خلال التعرض لمفهوم الغش نحو القانون في الفرع الأول، ثم أحكام الدفع بالغش نحو القانون في الفرع الثاني.

#### الفرع الأول

##### مفهوم الغش نحو القانون

إن إسناد العلاقات الدولية الخاصة بموجب ضوابط إسناد متغيرة وإختلاف تشريعات الدول في إختيار تلك الضوابط يعطي فرصة لأطراف العلاقة القانونية للغش والتحايل على القانون المختص ووضع أنفسهم تحت سلطان قانون آخر يتوافق مع مصالحهم بصورة أفضل<sup>1</sup>.

وعليه ننتاول من خلال هذا الفرع تعريف الغش نحو القانون (أولاً)، ثم نبين شروط الدفع بالغش نحو القانون (ثانياً)

<sup>1</sup> - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 274.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

أولاً: تعريف الغش نحو القانون

لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف الغش نحو القانون ولا حتى القضاء أيضاً، وبالتالي نلجأ إلى اجتهادات الفقه في تعريفه، حيث يعرف الغش نحو القانون في مجال تنازع القوانين على أنه: "تغيير ذوي الشأن عمدا لضابط الإسناد بقصد الإفلات من أحكام القانون المختص أصلاً بحكم المركز القانوني"<sup>1</sup>

وقد عرفه الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة بأنه: "التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين، وذلك بنية التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلاً سواء كان قانون القاضي أو قانون أجنبي"<sup>2</sup>

كما عرفه الأستاذ عبده جميل غصوب بأنه: "التغيير الإرادي والمقصود لضابط الإسناد بهدف التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً على العلاقة القانونية، وإحلال قانون آخر بدلاً منه، من شأنه تحقيق الغاية التي حصل التغيير من أجلها"<sup>3</sup>.

كما عرفه آخرون بأنه: "قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد ضوابط الإسناد التي يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً على العلاقة"<sup>4</sup>.

والملاحظ على هذه التعاريف أنها تدور كلها حول معنى واحد للغش نحو القانون في مجال تنازع القوانين، وهو التغيير الإرادي العمدي لضابط الإسناد من ذوي المصلحة بقصد الإفلات والتهرب من أحكام القانون المختص أصلاً بحكم المركز القانوني.

وعليه فإن التغيير الذي يحدث في ضابط الإسناد لا يعدو أن يكون استخداماً لوسيلة تعد في حد ذاتها مشروعة، ذلك أن لكل فرد الحق في تغيير جنسيته، أو تغيير بلد إبرام التصرف،

<sup>1</sup> - نسرين شريقي وسعد بوعلي، مرجع سابق، ص 110.

<sup>2</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 754.

<sup>3</sup> - عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 118.

<sup>4</sup> - بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 187.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

أو تغيير موقع المنقول، وإنما كل ما في الأمر هو أن استخدام هذه الوسيلة المشروعة تم بقصد التوصل إلى هدف غير مشروع وهو التحايل على أحكام قانون معين<sup>1</sup>.

ونظرا لخطورة هذا التحايل فقد نصت جل التشريعات المعاصرة على الدفع بالغش نحو القانون كوسيلة لإستبعاد القانون الذي ثبت له الإختصاص عن طريق هذا الغش، كما تبنته مؤتمرات دولية عديدة بحيث أضحي من مبادئ القانون الدولي الخاص<sup>2</sup>.

ومن بين التشريعات التي نصت عليه صراحة نجد التشريع الإسباني والمجري والفرنسي ويوغسلافيا سابقا<sup>3</sup>.

وقد تبني المشرع الجزائري نظرية الغش نحو القانون بعد تعديله للقانون المدني سنة 2005، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (24) المعدلة على أنه: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا... أو ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون "

### ثانيا: شروط الدفع بالغش نحو القانون

يتحقق الغش نحو القانون بتوافر شرطين أساسيين أحدهما ذو طابع مادي والآخر ذو طابع معنوي، بالإضافة إلى شرطين مختلف بشأنهما فقها.

#### 1- الشرطين المتفق عليهما

المتفق عليه بين أغلبية الفقهاء وما استقر عليه القضاء الحديث هو وجود شرط (ركن) مادي وآخر معنوي لإعمال الدفع بالغش نحو القانون.

#### أ- التغيير الإرادي لضابط الإسناد

يحدث التحايل على القانون نتيجة لتصرف إرادي يتمثل في تغيير ضابط الإسناد في قاعدة التنازع، والتغيير الذي يحقق العنصر المادي للغش نحو القانون هو الذي يكون للإرادة دورا في إحداثه<sup>4</sup>، وإذا حدث التغيير في ضابط الإسناد فإنه يترتب عليه بالضرورة تغييرا في

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 212.

<sup>2</sup> - غالب علي الداوي، مرجع سابق، ص 252.

<sup>3</sup> - حمزة قتال، مرجع سابق، ص 163.

<sup>4</sup> - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 277.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

القانون الواجب التطبيق، فتغيير الجنسية مثلا ينجم عنه تغيير القانون الشخصي في الدول التي تسند مسائل الأحوال الشخصية لقانون الجنسية، كأن يغير المورث أو الموصي جنسيته قبل وفاته لمجرد التهرب من أحكام قانون الجنسية القديمة والاستفادة من أحكام قانون الجنسية الجديدة، وذلك إذا كان هذا الأخير مثلا يحقق له مصالح بخلاف الأول، كأن يجيز أن ترث زوجته غير المسلمة أو يجيز له أن يوصي بكل ما يملك لمن يريد.

كما أن تغيير الموطن ينتج عنه تغيير القانون الشخصي في القوانين التي تسند الأحوال الشخصية لقانون الموطن كالدول الأنجلوسكسونية، أو الدول التي تفرق في الميراث بين المنقول والعقار، حيث تخضع الميراث والوصية في المنقول لقانون الموطن.

وكما يؤثر تغيير الموطن والجنسية في تغيير القانون الشخصي. فإن تغيير الديانة يعطي النتيجة ذاتها لأن غالبية الدول العربية والإسلامية تطبق على الأحوال الشخصية أحكام الديانة التي يعتنقها الشخص، إذ تلعب العقيدة الدور نفسه الذي تلعبه الجنسية في تحديد القانون الشخصي<sup>1</sup>.

فيغير الشخص ديانته بقصد التهرب من القانون المختص وتحقيق أهداف معينة لا يحققها قانونه الشخصي، وبالرغم من ذلك، فإن الفقه والقضاء في البلدان الإسلامية لا يطبق نظرية الغش نحو القانون عندما يتعلق الأمر بتغيير الاختصاص التشريعي من خلال إعتناق الإسلام، وفي هذا الصدد قرر القضاء المصري تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الأجانب حتى ولو تبين أن إعتناقهم للديانة الإسلامية لم يكن سوى بهدف الإفلات من الأحكام المقررة في قانونهم الوطني، ويعود السبب في ذلك كون الدين في الدول الإسلامية يعد من النظام العام، ويكفي لإعتناق الإسلام النطق بالشهادتين، ولا يمكن للقضاء البحث عن الدوافع التي كانت وراء الدخول في الإسلام، حتى ولو كان هذا الشخص يرغب من وراء ذلك تحقيق مكاسب معينة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 280.

<sup>2</sup> - أنظر، غالب علي الداوي، مرجع سابق، ص 253 و 254، زيروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين...، مرجع سابق، ص 390.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

إن التغيير الإرادي والعمدي لضابط الإسناد يجب أن يتم بطريقة مشروعة، فلو تم تغيير الجنسية بصورة غير مشروعة فلن يكون هناك مجال للدفع بالغش نحو القانون، وعليه لا يجوز في هذه الحالة الإعتداد بالجنسية المكتسبة عن طريق الغش وتكون العبرة بالجنسية الأولى<sup>1</sup>.  
ب- توافر نية الغش نحو القانون

لا يكفي حصول تغيير إرادي وحقيقي ومشروع لضابط الإسناد كنتيجة عادية لتغيير عنصر من عناصر العلاقة القانونية، وإنما يجب لتوافر الغش أن يصبح تغيير القانون المختص هدفا في حد ذاته، القصد من ورائه تجنب الأحكام الواردة في القانون الواجب التطبيق.

ويعد توافر نية الغش العنصر الوحيد عمليا الذي يتكون بموجبه الإحتيال على القانون، على أساس أن التغيير الإرادي لضابط الإسناد الذي يتم بصورة مشروعة لا يكشف عن التحايل بمفرده<sup>2</sup>، وللقاضي سلطة التقصي عن نية الغش من خلال الوقائع المطروحة أمامه، وإستخلاص هذه النية من ظروف الدعوى وهي مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، وبذلك تفلت من رقابة محكمة النقض<sup>3</sup>.

والشرطين السابقين متفق عليهما من قبل الفقه، إلا أنه يشترط جانب آخر من الفقه توافر شرطين آخرين لإعمال نظرية الدفع بالغش نحو القانون.

### 2- الشرطين المختلف فيهما

تتمثل هذه الشروط في أن يحصل الغش نحو قانون القاضي، وأن تكون الأحكام التي يريد الشخص التهرب منها في القانون المختص أحكام أمره.

#### أ- أن يحصل الغش نحو قانون القاضي

وهو أن يكون القانون الذي يريد الشخص الإفلات منه هو قانون القاضي، أما إذا كان قانونا أجنبيا فلا مجال للدفع بالغش نحو القانون، لأن مهمة القاضي هي حماية قانونه الوطني

<sup>1</sup> -أنظر، محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 277، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 316.

<sup>2</sup> -صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين- دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون-، مرجع سابق، ص 363.

<sup>3</sup> -حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 317.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

بمنع الأفراد من مخالفته، ولا يدخل في نطاق هذه المهمة حماية القانون الأجنبي<sup>1</sup>، وهو ما نادى به الفقهاء وعمل به القضاء في فرنسا في بداية الأمر، لكن بعد سنة 1961 حكم القضاء الفرنسي بإبطال كل العقود المشتملة على الغش نحو القوانين الأجنبية في: 07 مارس 1961، وقد أيد الفقه الحديث هذا التوجه للقضاء الفرنسي على إعتبار أن الغش هو الغش في جميع الحالات وينبغي مطاردته حيث كان، كما أن التحايل على القانون الأجنبي في حقيقته تحايلا على قاعدة الإسناد في قانون القاضي التي أعطت الاختصاص للقانون الأجنبي<sup>2</sup>.

وبخصوص موقف المشرع الجزائري من هذا الشرط، فإنه بإستقراء الفقرة الأولى للمادة (24) من القانون المدني بعد التعديل الأخير، يمكن أن نستنتج أن المشرع الجزائري قد ساير القضاء الفرنسي الحديث، بأن أجاز إعمال الدفع بالغش نحو القانون بصورة عامة دون أن يربط جواز الدفع بهذه القاعدة لصالح القانون الجزائري فقط، لأن عبارة "نحو القانون" جاءت مطلقة دون أي تقييد، مما يفيد بأن المشرع الجزائري لا يفرق بين الغش الذي يهدف إلى إستبعاد القانون الجزائري، أو ذلك الذي يهدف إلى إستبعاد قانون أجنبي<sup>3</sup>.

ب- أن يكون الغش موجها نحو قاعدة آمرة في القانون المختص

يرى بعض الفقه أن الغش نحو القانون لا يتحقق إلا إذا كانت أحكام القانون الذي يريد الشخص أن يتهرب منها آمرة، أما إذا كانت مكملة فلا يتحقق الغش لأن القواعد المكملة هي من القواعد التي يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، فلا يتصور بالتالي إقرار جزاءات عند التهرب من أحكامها.

غير أن الفقه الغالب يرى أن الغش نحو القانون يتحقق حتى في الحالات التي يريد فيها الشخص التهرب من أحكام القواعد المكملة للقانون المختص حقيقة بحكم العلاقة، ذلك لكون هذه القواعد يكون لها الصفة الإلزامية التي للقواعد الآمرة وإذا لم يتفق الأطراف على مخالفتها<sup>4</sup>،

<sup>1</sup> - بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 193.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

<sup>3</sup> - أحمد دغيش، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع أمام القضاء الجزائري، مداخلة مقدمة في إطار ملتقى وطني يومي 21 و22 أبريل 2010 بجامعة قاصدي مرباح، ورقلة، بعنوان: تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، ص 21.

<sup>4</sup> - نسرين شريفية وسعيد بوعلي، مرجع سابق، ص 113.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

أي أن الدفع بالغش نحو القانون يكون نتيجة حدوث ضرر للشخص وأدى إلى حصول نتيجة غير مشروعة.

### الفرع الثاني

#### آثار الدفع بالغش نحو القانون

لما كان مستعمل الغش يستخدم وسائل معينة (أي تغيير ضوابط الإسناد) قصد تحقيق أهداف ممنوعة عليه في قانونه، فإن الفقه اختلف في الآثار المترتبة عن الدفع بالغش<sup>1</sup>، هل ينصرف الجزاء إلى النتيجة والوسيلة على حد سواء أم يشمل النتيجة غير المشروعة فقط؟

#### أولاً: شمولية الجزاء للنتيجة والوسيلة معا

ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين وعلى رأسهم الفقيه "باتيفول" إلى أن أثر الغش يجب أن يمس النتيجة والوسيلة على حد سواء<sup>2</sup>، أي عدم إقتصارها على عدم سريان التصرف الذي قام به الغاش، بل يجب إبطال الإجراء الذي تم به تغيير ضابط الإسناد، فمثلاً إذا قام شخص بالتجنس بجنسية جديدة قصد الإستفادة من أحكام لا يسمح بها قانون الجنسية الأولى، كالتسوية في الميراث بين الذكر والأنثى، فيجب أن لا يقتصر أثر الغش على عدم نفاذ قانون الجنسية الجديد، وإنما يجب أن يمتد أيضاً إلى الوسيلة التي إستخدمها هذا الشخص وهي تغيير جنسيته، ولكن في حدود الغاية التي أراد الوصول إليها فقط متى أمكن تجزئة الآثار المرجوة، أي أن القاضي يتقيد بإبطال الوسيلة المستعملة في حدود الغاية التي يريد الغاش الوصول إليها<sup>3</sup>.

#### ثانياً: اقتصار الجزاء على النتيجة فقط

وذهب الجانب الآخر من الفقه إلى جعل الجزاء منحصر في عدم نفاذ النتيجة المراد تحقيقها من الغش دون الوسيلة المستعملة، وذلك لكون أن النتيجة هي غير المشروعة وليست الوسيلة المستعملة بطرق مشروعة<sup>4</sup>، ويترتب على ذلك استبعاد القانون الذي انتقل إليه الاختصاص بنية الغش، وتطبيق أحكام القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد لأول مرة وذلك في حدود النزاع الذي وقع التحايل بمناسبته، أما خارج هذه الحدود فإنه يتعين إعمال ضابط

<sup>1</sup> - عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص 147.

<sup>2</sup> - أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 166.

<sup>3</sup> - فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، مرجع سابق، ص 225.

<sup>4</sup> - هشام عادل صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 221 وما بعدها.

## الفصل الثاني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية

الإسناد الجديد ما دام أن هذا الضابط لم يؤدي إلى تحديد النتيجة التي هدف إليها المتحايل ابتداءً، وهذا هو الرأي الراجح<sup>1</sup>، فمثلاً إذا قام الشخص بتغيير جنسيته بغية الاستفادة من أحكام قانون لا يسمح بها قانون جنسيته الأولى، كتوريث غير المسلم من المسلم، أو التسوية في أنصبة الميراث بين الذكر والأنثى، أو التسوية بين الابن الشرعي وغير الشرعي في الميراث، فيقتضي بعدم نفاذها لأنها تمت بقصد التحايل على القانون .

والملاحظ أن أثر الغش نحو القانون هنا هو عدم النفاذ لا البطلان، لأنه لا يمكن لأي دولة أن تقرر ما إذا كان التصرف صحيحاً أو غير صحيح في الدولة التي تم إجراؤه فيها، وكل ما تملكه دولة القاضي من الناحية القانونية هو الحكم بعدم نفاذه في إقليمها<sup>2</sup> .

إضافة إلى الحالتين العامتين وهما: الدفع بالنظام العام والدفع بالغش نحو القانون والدفع بالغش نحو القانون - على النحو المتقدم بيانه - هناك حالات أخرى لاستبعاد القانون الأجنبي رغم اختصاصه وتتمثل هذه الحالات في:

- حالة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لداعي المصلحة الوطنية: في هذه الحالة يتم الاستبعاد باسم المصلحة الوطنية أو الصالح العام، ويتعلق الأمر بحالة واحدة تتمثل في مسائل الأهلية القانونية، إذا كان الأخذ بأحكامها يؤدي إلى حصول أضرار مالية لأحد الوطنيين.

- حالة استبعاد تطبيقه لتعارضه مع معاهدة دولية مصادق عليها: وفي هذه الحالة يتم استبعاد القانون الأجنبي لكونه يتعارض مع معاهدة مصادق عليها من قبل دولة القاضي الناظر في النزاع.

- حالة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي عند الدفع بعدم دستوريته: وتثار هذه المسألة إذا تم عن طريق دفع قضائي من قبل الطرف الأجنبي صاحب المصلحة، حيث يرى بعض الفقهاء بجواز ذلك أمام القاضي الوطني المعروض عليه النزاع المشتمل على عنصر أجنبي طالما تمسك الطرف الأجنبي باستبعاد تطبيق قانون بلده عليه لاعتباره غير دستوري<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 168.

<sup>2</sup>- بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 197.

<sup>3</sup>- أحمد دغيش، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع أمام القضاء الجزائري، مرجع سابق، ص 24.

### خلاصة الفصل

وكخلاصة لهذا الفصل فإن تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم منازعات الميراث والوصية ذات العنصر الأجنبي أمام القضاء الوطني بعد ترجيحه من بين القوانين المتزاحمة يبني على أسس قانونية من شأنها أن تضيء الصفة القانونية عليه غير أنه يعامل معاملة إجرائية خاصة، وفي هذه الحالة إذا كان القاضي عالما بهذا القانون فيطبقه من تلقاء نفسه أو يقع عبء إثباته على طرفي الخصومة، وإذا ما تم تحديد مضمون هذا القانون فإن القاضي الوطني يجب أن يعطيه التفسير القضائي الممنوح له في الدولة التي سنته، غير أنه في حالة تعذر إثبات هذا القانون يطبق قانون القاضي حسب ما تذهب إليه المادة (23 مكرر) من القانون المدني الجزائري.

وبخصوص تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري ومسألة خضوع قاعدة الإسناد لرقابة المحكمة العليا، فإن المشرع الجزائري يجعل المسألة قاصرة على مسائل الأحوال الشخصية فقط نظرا لاعتبارات إجتماعية، وهناك تباين في المواقف بخصوص هذه المسألة - الرقابة - إلا أن الموقف المجمع عليه هو تقرير الرقابة .

إلا أنه وبعد إثبات وتفسير القانون الأجنبي، والإطلاع على محتواه من طرف القاضي الجزائري ووجد فيه أحكاما تتعارض مع المبادئ الجوهرية والأركان الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع الجزائري، أو إتضح له أن هذا القانون الأجنبي قد إنعقد له الإختصاص عن طريق تحايل أطراف العلاقة القانونية على قاعدة الإسناد الوطنية، فإنه يتعين عليه إستبعاد تطبيق هذا القانون بإسم النظام العام في الحالة الأولى، وإعمالا لنظرية الغش نحو القانون في الحالة الثانية، وهو الأمر المجسد في المادة (24) من القانون المدني الجزائري.

الختاماتمة

## الختاتمة

### الختاتمة

من خلال دراستنا المتواضعة لموضوع تنازع القوانين في الميراث والوصية، وإطلاعنا على تنظيم المشرع الجزائري لهذا الموضوع، يبدو لنا أننا حاولنا قدر المستطاع الإجابة على الإشكالية الرئيسية المثارة وكذا الأسئلة الفرعية المرتبطة بها، وذلك في إطار الأمانة العلمية والموضوعية في طرح الأفكار ومناقشتها، وقد خلصنا إلى جملة من النتائج والإقتراحات يمكن إجمالها في مايلي:

#### أولاً: النتائج :

للفصل في منازعات الميراث والوصية المشتملة على عنصر أجنبي، يمر القاضي الوطني بمرحلتين، أولاهما مرحلة تعيين القانون المختص عن طريق إعمال قاعدة الإسناد، والثانية هي تطبيق القانون الذي أشارت إليه هذه القاعدة سواء كان وطنياً أو أجنبياً.

- حيث كانت معالجة المشرع الجزائري لإشكالية تنازع القوانين في الميراث والوصية، صائبة إلى أبعد الحدود، في ما يتعلق بتحديد القانون المختص، حيث :

- أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما خص الميراث والوصية وما في حكمهما بقاعدة إسناد مستقلة وهي المادة (16) من القانون المدني، التي أوضح فيها الفئة المسندة المتعلقة بالميراث والوصية والقانون المختار لحكمهما واللحظة المعبرة لتحديده.

- أخضع المشرع الجزائري كل ما يتعلق بالميراث والوصية إلى قانون جنسية المورث أو الموصي أو المتصرف وقت الوفاة حسب الحالة، وبالتالي يكون قد حافظ على وحدة القانون المطبق على منازعات الميراث والوصية المشتملة على عنصر أجنبي من جهة، وتجنب مساوئ إخضاع التركة لعدة قوانين من جهة أخرى.

- لقد أحسن المشرع الجزائري صنعا بتذليله للصعوبات المصاحبة لإعمال قاعدة الإسناد الوطنية المتعلقة بالميراث والوصية وخاصة بعد التعديل الأخير للقانون المدني، وذلك بإعطاء الحلول الملائمة لكل إشكالية على حده كما يلي:

## الختاتمة

- حيث إعتد على القانون الجزائري كمرجع في تكييف العلاقة القانونية محل النزاع، من خلال المادة (09) من القانون المدني.

- كما عالج الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية، معطيا الهيمنة لتطبيق القانون الجزائري، بالنسبة للتنازع الإيجابي للجنسية في الحالة التي تكون فيها الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات التي يتمتع بها الشخص، وإعتد على الجنسية الحقيقية في الحالة التي لا تكون فيها الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات المتنازعة بموجب المادة (22) من القانون المدني، وأورد حلا بالنسبة للتنازع السلبي للجنسية وهو تطبيق قانون الموطن أو محل الإقامة على عديم الجنسية، في الفقرة الثانية من نفس المادة، بالرغم من عدم دقة هذا النص.

- كما تبنى خيار التفويض من خلال المادة (23) من ذات القانون لحل الإشكال المتعلق بالإسناد لقانون دولة تتعدد فيها الشرائع، حيث أحسن صنعا بتميمه لهذه المادة بعد تعديل سنة 2005، ليسد بذلك الفراغ الذي كان وارد عند إستحالة إعمال قاعدة التفويض.

- أخذ المشرع الجزائري بالإحالة متى كانت من الدرجة الأولى بموجب المادة (23) مكرر 1)، موسعا بذلك من حالات تطبيق القانون الجزائري.

أما فيما يتعلق بالمرحلة الثانية والمتمثلة في تطبيق القانون الأجنبي في الحالة التي تشير قاعدة الإسناد الجزائرية بإختصاصه، فإننا لاحظنا ما يلي:

- لم ينص المشرع الجزائري صراحة على إلزامية قاعدة الإسناد الوطنية، الأمر الذي جعل الفقه يختلف بشأن إلزاميتها.

- قلة النصوص القانونية المعالجة لتطبيق القانون الأجنبي، سواء فيما تعلق بطبيعة هذا القانون، أو بعملية إثباته، أو طرق تفسيره، أو بمدى مد المحكمة العليا لرقابتها عليه، حيث لا يوجد سوى ما نصت عليه الفقرة السادسة من المادة (358) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهي غير كافية بالنظر إلى شح الإجتهاادات القضائية للمحكمة العليا بهذا الخصوص.

## الختاتمة

ويخصوص حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة القانونية المشتمة على عنصر أجنبي نلاحظ:

- أن المشرع الجزائري قد راعى في نص المادة (24) من القانون المدني ما توصل إليه الفقه الحديث معتمدا في ذلك على رأي أغلبية الفقهاء الداعي إلى إعمال الأثر الإيجابي للنظام العام المتمثل في تطبيق قانون القاضي عند إستبعاد القانون الأجنبي.
- لم يشر صراحة إلى مقدار الاستبعاد الواقع على أحكام القانون الأجنبي، هل يكون جزئيا ينحصر فقط في المسألة المخالفة للنظام العام، أو أنه يتعين أن يكون استبعاداً كلياً، وقد وفق-حسب رأينا في ذلك-تاركا المهمة للسلطة التقديرية للقاضي حسب ظروف كل قضية.
- تماشى مع نظريته الموسعة من حالات تطبيق القانون الجزائري، حيث يطبق القانون الجزائري في حالة إستبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام.
- تبنى المشرع الجزائري نظرية الغش نحو القانون بموجب المادة (24) من القانون المدني.

### ثانيا: الإقتراحات

بناء على ما تقدم نقترح ما يلي:

- تعديل الفقرة الثانية من المادة (22) من القانون المدني حتى تكون أكثر دقة، ليصبح نصها يرمي إلى تطبيق قانون الموطن على عديم الجنسية، وفي حالة تعذر تطبيقه يطبق قانون محل الإقامة.
- إلغاء التمييز الوارد في المادة (358) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بين القانون الأجنبي الخاص بالأسرة، والقانون الأجنبي في غير مواد الأسرة، حتى يصبح القانون الأجنبي كله قانونا، ويعامله القاضي الجزائري بهذه الصفة في جميع الأحوال، وذلك بالنظر إلى الصعوبات المترتبة على هذا التمييز بالنسبة للقاضي.
- ضرورة النص صراحة على إلزامية قاعدة الإسناد، قطعا لأي تأويل أو خلاف، بحيث يلتزم القاضي بتطبيقها كلما تبين له وجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية المعروضة عليه.

## الختامة

- تأكيد الصفة القانونية للقانون الأجنبي بنص واضح وصريح.
  - وضع نص قانوني يلزم القاضي صراحة بإثبات القانون الأجنبي، على أن يكون إلتزاما ببذل العناية اللازمة وله أن يستعين بالخصوم.
  - وضع نص قانوني يؤكد صراحة على وجوب تفسير القاضي الوطني للقانون الأجنبي على ضوء وفي إطار النظام القانوني الأجنبي.
  - إدراج الفقرة السادسة من المادة (358) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ضمن النصوص المعالجة لمسألة تنازع القوانين من حيث المكان، لكونها مرتبطة برقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي، ولن نكون بصدد تطبيق قانون أجنبي إلا إذا كنا أمام إشكالية تنازع القوانين.
- وفي الأخير، نرجوا أن نكون قد وفقنا في معالجتنا لهذا الموضوع .

## قائمة المراجع

## قائمة المراجع

### أولاً: الكتب

- 01- أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، ط1، دار قنديل للنشر، الأردن، 2010.
- 02- أحمد عبد الكريم سلامة، مبادئ القانون الدولي الخاص الإسلامي المقارن، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 1989.
- 03- أحمد نصر الدين الجندي، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2006.
- 04- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر، بوزريعة، الجزائر، 2003.
- 05- بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة، الجزائر، 2008.
- 06- بيار ماير فنسان هوزية، ترجمة علي محمود مقلد، القانون الدولي الخاص، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.
- 07- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية- ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.
- 08- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول- المبادئ العامة في تنازع القوانين- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- 09- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- 10- دريال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، (دون سنة نشر).
- 11- رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.

## قائمة المراجع

- 12- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ج1، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2004.
- 13- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، ط1، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010.
- 14- زروتي الطيب، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- 15- زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 16- سامي بديع منصور، عبده جميل غصوب، نصري أنطوان دياب، القانون الدولي الخاص، تنازع الإختصاص التشريعي، ج1، ط5، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، 2009.
- 17- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط1، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، 1994.
- 18- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص تطور وتعدد طرق حل النزعات الخاصة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
- 19- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 20- صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004.
- 21- طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1418هـ.
- 22- عبد الجليل أحمد علي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، مصر، 2001.
- 23- عبد الواحد كرم، الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص الأردني، ط1، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.

## قائمة المراجع

- 24- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.
- 25- عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1996.
- 26- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008.
- 27- عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
- 28- غالب علي الداوي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذا لأحكام الأجنبية- دراسة مقارنة -، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن، 2001.
- 29- فشار عطاالله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة، الجزائر، 2006.
- 30- فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- 31- فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين -، دار الملايين للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 2011.
- 32- فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ج2، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، (دون سنة نشر).
- 33- محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، منشورات الجامعة المفتوحة، 1994.
- 34- محمد علي الصابوني، المواريث في الشريعة الإسلامية على ضوء الكتاب والسنة، مكتبة رحاب، الجزائر، 1990.

## قائمة المراجع

- 35- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص- دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي -، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
- 36- ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص تتازع القوانين، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
- 37- موحد إسعاد، ترجمة فائز أنجق، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
- 38- نبيل كمال الدين طاحون، أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية، مكتبة الخدمات الحديثة، جدة، السعودية، 1984.
- 39- نسرين شريقي وسعد بوعلي، القانون الدولي الخاص، ط1، دار بلقيس للطباعة والنشر، الجزائر، 2013.
- 40- هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004.
- 41- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003 .

### ثانياً: الرسائل الجامعية

- 01- زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، (مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2011.
- 02- شورو نورية، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، (مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أوبوكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2011.
- 03- قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، (رسالة دكتوراه في القانون الخاص)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2011.

## قائمة المراجع

04- موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، (رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بوبكر بلقايد تلمسان، الجزائر، سنة 2012.

### ثالثاً: المقالات

01- شنوف بدر، "الدفع بالنظام العام في منازعات الميراث والوصية ذات البعد الدولي"، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، مخبر الدراسات الفقهية والقضائية بجامعة الشهيد حمّـه لخضر، الوادي، العدد الأول، السنة الأولى، ديسمبر 2015.

02- عبدالله عادل، "الإعتبرات العملية للدفع بالنظام العام"، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الثالث، السنة الثانية، سنة 2010.

### رابعاً: الندوات والملتقيات العلمية

01- دغيش أحمد، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع أمام القضاء الجزائري، مداخلة مقدمة في إطار ملتقى وطني، يومي 21 و 22 أبريل 2010، بجامعة قاصدي مرباح، ورقلة، بعنوان تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور.

02- قاشي علال، أساس تطبيق القانون الأجنبي ومركزه أمام القاضي الوطني، مداخلة مقدمة في إطار ملتقى وطني يومي 21 و 22 أبريل، 2010، بجامعة قاصدي مرباح، ورقلة، بعنوان تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور.

### خامساً: النصوص القانونية

01- الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم: 05-10 المؤرخ في: 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 44، سنة 2005.

02- قانون رقم: 84-11 المؤرخ في: 09 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في: 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 31، سنة 2006.

03- قانون رقم: 08-09 المؤرخ في: 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 21، سنة 2008.

## قائمة المراجع

---

04- القانون عدد 97 لسنة 1998 المؤرخ في: 27 نوفمبر 1998، يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، سنة 2008.

سادساً: مواقع الويب

01-<http://www.staralgeria.net/t4326-topic>

02- [http://www.ejustice.nt/fileadmin/fichiers\\_site\\_arabe/codes\\_juridiques](http://www.ejustice.nt/fileadmin/fichiers_site_arabe/codes_juridiques)

03- <http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/profile.forum?mode=sendpassword>

04- <http://www.staralgeria.net/t4326-topic>

الصفحة	العنوان
أ	مقدمة:
05	<b>الفصل الأول: تحديد القانون المختص بالميراث والوصية</b>
07	المبحث الأول: عناصر قاعدة الإسناد المتعلقة بالميراث والوصية
07	المطلب الأول: الفئة المسندة المرتبطة بالميراث والوصية
08	الفرع الأول: المسائل المرتبطة بالميراث والوصية
08	أولاً: تحديد المسائل المدرجة ضمن الميراث
11	ثانياً: تحديد المسائل الملحقة بالوصية
14	الفرع الثاني: إختلاف الرأي حول الطائفة التي يُدرج ضمنها الميراث والوصية
15	أولاً: الميراث والوصية ضمن طائفة الأحوال الشخصية
17	ثانياً: الميراث والوصية ضمن طائفة الأحوال العينية
18	المطلب الثاني: ضابط لإسناد المتعلقة بالميراث والوصية
19	الفرع الأول: الجنسية كضابط إسناد للميراث والوصية
21	الفرع الثاني: الموطن كضابط إسناد للميراث والوصية
23	الفرع الثالث: موقع المال كضابط إسناد للميراث والوصية
24	المطلب الثالث: القانون المسند إليه المتعلق بالميراث والوصية
24	الفرع الأول: ازدواجية القانون المختص بالميراث والوصية
25	الفرع الثاني: وحدة القانون المختص بالميراث والوصية
27	المبحث الثاني: إشكالات إعمال قاعدة الإسناد المتعلقة بالميراث والوصية
27	المطلب الأول: الإشكال المرتبط بالفئة المسندة
27	الفرع الأول : مفهوم التكيف في القانون الدولي الخاص
30	الفرع الثاني: القانون الذي يخضع له التكيف
30	أولاً: التكيف طبقاً للقانون المختص
31	ثانياً: التكيف طبقاً للقانون المقارن
31	ثالثاً: التكيف طبقاً للقانون القاضي
32	رابعاً: التكيف في القانون الدولي الخاص الجزائري

## الفهرس

33	المطلب الثاني: الإشكال المرتبط بضابط الإسناد.....
33	الفرع الأول: التنازع الإيجابي للجنسيات.....
33	أولاً: حالة تمتع الشخص بجنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتعددة.....
34	ثانياً: حالة تمتع الشخص بعدة جنسيات ليس من بينها جنسية دولة القاضي.....
35	الفرع الثاني: التنازع السلبي للجنسيات.....
36	الفرع الثالث: التنازع المتغير (المتحرك).....
37	المطلب الثالث: الإشكال المرتبط بالقانون المسند إليه.....
38	الفرع الأول: الإشكال المتعلق بنطاق القانون المسند إليه.....
38	أولاً: التعريف بالإحالة.....
39	ثانياً: صور الإحالة.....
39	ثالثاً: موقف الفقه والقانون المقارن من الإحالة.....
40	الفرع الثاني: تحديد الشريعة الواجبة التطبيق في دولة تتعدد فيها الشرائع.....
41	أولاً: نطاق تطبيق قاعدة التفويض.....
43	ثانياً: الحل عند خلو القانون الأجنبي المختص من قواعد لفض التنازع الداخلي.....
44	الفرع الثالث: مجال القانون المختص بالميراث والوصية.....
44	أولاً: المسائل التي يختص بحكمها قانون المورث والموصي وقت وفاته.....
46	ثانياً: المسائل المستبعدة من نطاق قانون جنسية المورث أو الموصي وقت وفاته.....
47	خلاصة الفصل: .....
48	الفصل الثاني: تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية.....
50	المبحث الأول: تعامل القاضي الوطني مع القانون الأجنبي المختص بالميراث والوصية....
50	المطلب الأول: طبيعة القانون الأجنبي .....
50	الفرع الأول: موقف الفقه من طبيعة القانون الأجنبي.....
51	أولاً: القانون الأجنبي مجرد واقعة.....
53	ثانياً: إحتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية.....
55	الفرع الثاني: موقف التشريع والقضاء المقارن من طبيعة القانون الأجنبي.....
58	المطلب الثاني: إثبات وتفسير القانون الأجنبي.....
58	الفرع الأول: إثبات القانون الأجنبي المختص.....
58	أولاً: عبء إثبات القانون الأجنبي .....
60	ثانياً: كيفية إثبات القانون الأجنبي.....

# الفهرس

61	الفرع الثاني: تفسير القانون الأجنبي المختص .....
62	أولاً: منهج تفسير القانون الأجنبي.....
63	ثانياً: رقابة المحكمة القانون على تفسير القانون الأجنبي.....
68	<b>المبحث الثاني: إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص.....</b>
68	<b>المطلب الأول: الدفع بالنظام العام لإستبعاد القانون الأجنبي المختص.....</b>
69	الفرع الأول: مفهوم النظام العام.....
69	أولاً: تعريف النظام العام.....
70	ثانياً: خصائص النظام العام .....
72	ثالثاً: شروط الدفع بالنظام العام.....
72	الفرع الثاني: آثار النظام العام .....
73	أولاً: الأثر السلبي للنظام العام .....
74	ثانياً: الأثر الإيجابي للنظام العام .....
75	ثالثاً: أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة للتمسك بآثار الحق المكتسب في الخارج.....
76	الفرع الثالث: دور النظام العام في إستبعاد قانون المورث أو الموصي.....
76	أولاً: دور النظام العام في إستبعاد قانون المورث.....
78	ثانياً: دور النظام العام في إستبعاد قانون الموصي.....
81	<b>المطلب الثاني: الدفع بالغش نحو القانون لإستبعاد القانون الأجنبي المختص.....</b>
81	الفرع الأول : مفهوم الغش نحو القانون.....
82	أولاً: تعريف الغش نحو القانون.....
83	ثانياً: شروط الدفع بالغش نحو القانون.....
87	الفرع الثاني: آثار الغش نحو القانون.....
87	أولاً: شمولية الجزاء للنتيجة والوسيلة معا.....
87	ثانياً: اقتصار الجزاء على النتيجة فقط.....
89	<b>خلاصة الفصل:</b> .....
90	<b>الخاتمة:</b> .....
95	<b>قائمة المراجع:</b> .....
102	<b>الفهرس:</b> .....

## المخلص

إن منازعات الميراث والوصية الداخلية لا تثير أي إشكال حين عرضها على القضاء للفصل فيها، وذلك لكون كل أطراف العلاقة القانونية ينتمون لنفس الدولة ويحكمهم نفس القواعد القانونية للدولة التي ينتمون إليها، بينما حين يتواجد العنصر الأجنبي في هذه المنازعات يثير إشكالية تنازع القوانين لحكم هذه المنازعة، وتتولى قواعد الإسناد في دولة القاضي معالجة هذه الإشكالية عن طريق إسناد العلاقة القانونية للقانون الأنسب والأكثر ملائمة لحكمها. إذا لا يمكن كما هو في العلاقة القانونية الوطنية البحتة حصر الإختصاص للقانون الوطني لما قد نجر عليه من إهدار للحقوق، وذلك لكون مسائل الأحوال الشخصية أشد إرتباطا بمعتقدات الشعوب والمجتمعات فما من شك أن منازعاتها تشكل المجال الخصب لتنازع القوانين متى إقترنت بعنصر أجنبي.

وللفصل في منازعات الميراث والوصية المشتملة على عنصر أجنبي، يمر القاضي الوطني بمرحلتين، أولاهما مرحلة تعيين القانون المختص عن طريق إعمال قاعدة الإسناد، والثانية هي تطبيق القانون الذي أشارت إليه هذه القاعدة سواء كان وطنيا أو أجنبيا.

حيث يمر بعملية تكييف العلاقة القانونية ثم إسنادها للقانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، وبخصوص المشرع الجزائري فقد خص الميراث والوصية وما في حكمهما بقاعدة إسناد مستقلة وهي المادة (16) من القانون المدني، التي أوضح فيها الفئة المسندة المتعلقة بالميراث والوصية والقانون المختار لحكمهما واللحظة المعتبرة لتحديده، حيث يخضع كل ما يتعلق بالميراث والوصية إلى قانون جنسية المورث أو الموصي أو المتصرف وقت الوفاة حسب الحالة.

### الكلمات المفتاحية

الميراث، الوصية، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، قاعدة الإسناد، القانون الأجنبي

### بالفرنسية

Le litiges, l'héritage et interne commandement ne soulève pas de formes lorsqu'il est présenté à la magistrature pour sa décision, et le fait que toutes les parties à la relation juridique appartiennent au même Etat et sont régis par les mêmes règles juridiques de l'État auquel ils appartiennent, tandis que tandis que

l'élément étranger dans ces différends existents pose le problème de conflit de lois pour régir cette litige, et il détient les règles d'attribution dans l'État de l'adresse juge ce problème en attribuant la relation juridique avec la loi la plus appropriée et la plus appropriée pour sa décision. Si vous ne pouvez pas comme il est dans la relation juridique nationale compétence strictement limitée du droit national qui peut lui Langer de dilapider les droits, et au fait que les questions de statut personnel plus étroitement les croyances des peuples et des communautés, il n'y a pas de doute que les conflits constituent un champ fertile de conflit de lois lorsqu'il est couplé avec un élément étranger.

Pour la séparation des différends de l'héritage, les testaments impliquant un élément étranger, passe juge national deux phases. La première phase de la nomination de la loi compétente par la réalisation de la base de référence, et le second est l'application de la loi visée par cette règle, qu'elle soit nationale ou étrangère.

Lorsque, dans le processus d'adaptation de leur relation juridique, puis affecté à la loi mentionnée par la base de référence, sur le législateur algérien a distingué l'héritage, les testaments et les successeurs attribuent une base indépendante, qui est l'article 16 du Code civil, qui a expliqué la catégorie attribuée liés à l'héritage, les testaments et droit choisi successeurs et le moment considéré pour le sélectionner, où tout est soumis à l'héritage et veut à la nationalité du défunt ou de la loi du testateur ou l'administrateur du moment de la mort, selon le ca

### **Mots-clés**

Héritage, testaments, droit international privé, les conflits de lois, la base de référence, la loi Aloju

### **بالإنجليزية**

The internal disputes of inheritance and wills do not raise any problem when presented to the judiciary, and to the fact that all parties to the legal relationship belong to the same state and are ruled by the same legal rules of the state to which they belong, while while the foreign element in such disputes exist raises the problem of conflict of laws to govern this dispute, and it holds the attribution rules in the State of the judge address this problem by assigning the legal relationship with the law the most appropriate and most suitable for its ruling. If you can not as it is in the national legal relationship strictly limited competence of national law as may Langer him of squandering the rights, and to the fact that matters of personal status more closely beliefs of peoples and communities, there is no doubt that the disputes constitute a fertile field of conflict of laws when coupled with a foreign element.

For the separation of disputes of inheritance, wills involving a foreign element, passes national judge two phases. The first phase of the appointment of competent law by the realization of the reference base, and the second is the application of the law referred to by this rule, whether national or foreign.

Where in the process of adapting their legal relationship and then assigned to the law referred to by the reference base, about the Algerian legislature has singled out the inheritance, wills and the successors assign an independent base which is Article 16 of the Civil Code, which explained the assigned category related to inheritance, wills and law chosen successors and the moment considered to select it, where everything is subject to inheritance and wills to the nationality of the deceased or the law of the testator or the administrator of the time of death, as the case.

**key words**

Inheritance, wills , private international law , conflict of laws , the reference base , foreign law