جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

القانون الأجنبي الواجب التطبيق على التصرفات النافذة بعد الموت

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون الأسرة

من تقديم الطالبتين:

- سارة قباص
- نسرين سلطان

تحت إشراف:

د/ علي قاري

لجنة المناقشة:

الاسم و اللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د/الضيف كيفاجي	أستاذ محاضر بجامعة 20 أوت 1955–سكيكدة–	**رئيسا**
د/علي قاري	أستاذ محاضر بجامعة 20 أوت 1955–سكيكدة–	**مشرفا و مقررا**
أ/فائزة بوشامة	أستاذة مساعدة بجامعة 20 أوت 1955–سكيكدة–	**مناقشا**

– دورة جويلية 2019 –

شكر و تقدير

- بسم الله الرحمن الرحيم و الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على خاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا و حبيبنا محمد صلى الله عليه و سلم.
- نشكر الله عزّ وجل الذي ميّزنا بالعقل و أنعمنا بالعلم و منحنا الثبات والصبر و أعاننا على إتمام هذه المذكرة.
- كما نتقدم بجزيل الشكر مع الاحترام والتقدير إلى المشرف الدكتور "**قاري علي**" الذي ساعدنا في إنجاز هذه المذكرة وأفادنا كثيرا بتوجيهاته و نصائحه القيمة طيلة مرحلة إعداد هذا البحث.
- وكذا كل الشكر و الامتنان لأعضاء اللجنة و على رأسها الدكتور" **كيفاجي الضيف**" والأستاذة "**بوشامة فائزة**" لقبولهما مناقشة هذه المذكرة.

الإهداء

إلى من كشف الدجى بجماله و عظمت جميع خصاله

إلى من اشتاقت العيون لرؤيته والقلوب لرحمته

إلى معلم الأمة البشرية وخير الأنام

شفيعنا محمد صلى الله عليه وسلم

أهـدي هـذا العمـل المتـواضع إلـى منبـع الحنـان والتسـامح

إلـى مـن كانـت دعوتـها

النور الـذي أستبـين وأهتـدي بـه أمـي

صـانـها الله

إلى من تعب من أجلي و رافقني طيلة مشواري

إلى مؤنسي و مشجعي في هذه الحياة

إلى والدي الغالي حفظك الله وأطال لنا في عمرك

وإلى زوجي الذي ساندني في مشوار دراستي

إلى أحبتي و عائلتي جميعهم دون استثناء

إلى جميع أساتذتي في كلية الحقوق

إلى زميلاتي و زملائي دفعة الأحوال الشخصية 2019

إلى كل طالب علم يسعى من أجل تحقيق أهدافه

إلى كل أبناء هذه الأمة في جميع الميادين

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل

الطالبة نسرين

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي هذه:

إلى من اشتاقت العيون لرؤيته و القلوب لرحمته

إلى معلم الأمة البشرية و خير الأنام

شفيعنا محمد صلى الله عليه وسلم

إلى من خلّد الله ذكرها في القرآن يتلى إلى يوم الدين و جعل الجنة تحت قدميها، حملتني وهنا على وهن إلى والدتي رحمها الله

إلى طيّب القلب الذي رافقني طيلة مشواري و علّمني بمثاليّته و تواضع صفاته إلى والدي العزيز أطال الله في عمره

إلى أختي العزيزة "**سميّة**" مؤنستي و رفيقة دربي في هذه الحياة

إلى إخوتي: توفيق و علي و حمزة

إلى أحبتي و عائلتي جميعهم دون استثناء

إلى جميع أساتذتي في كلّية الحقوق

إلى زميلاتي و زملائي دفعة قانون الأسرة 2019

الطالبة سارة

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

- ق أ : قانون الأسرة الجزائري
- ق م : القانون المدني الجزائري
- ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- ج: جزء
- ط: طبعة
- د ط : دون طبعة
- ص: صفحة
- د س ن: دون سنة نشر

ثانيا: باللغات الأجنبية

- **éd** : édition.
- **J .C .P** : Juris classeur périodique.
- **Op .cit** : opère citato (dans l'ouvrage citè).
- **N** : Numéro.
- **P** : Page.

مقدمة

مقدمة

نتيجة لتعدد الطوائف و اختلاف التشريعات بين الدول العربية و الغربية فقد أصبحت بفضل التطور و الانفتاح في المجال القانوني و خاصة الدولي تسمح بتطبيق القوانين الأجنبية داخل الأراضي الوطنية.

لقد عمل القانون الدولي الخاص من أجل المحافظة على العلاقات الخاصة بين الأجانب والمحليين و خاصة تلك العلاقات الأسرية لما لها من أهمية كبيرة سواء على الصعيد الدولي أو الوطني، فالقانون الدولي الخاص يسعى دائما من أجل الإلمام بمختلف القوانين حتى لا تهدر القوانين الأجنبية من جهة و حقوق الأجانب من جهة أخرى، و لعل من أبرز الفئات التي سعى القانون الدولي الخاص لحمايتها من عدة جوانب فئة الأحوال الشخصية كما نخص بالذكر الميراث و الوصية نظرا لقيام هاتين الفئتين على اعتبارات شخصية أسرية واعتبارات دينية بحتة، و هو ما دفع ببعض الدول العربية ومن بينها المشرع الجزائري لتكييفهما من ضمن الأحوال الشخصية على عكس ما سارت عليه بعض الدول الغربية والتي تعتبرهما من ضمن الأحوال العينية.

تعتبر كلاً من الوصية و الميراث تصرفات نافذة و خلاَفة لما بعد الموت ذلك أن كلاهما لا ينتج آثاره إلا بعد موت من صدر منه التصرف، هذا ما أكدته المادة 16 ق م وما سارت عليه بعض تشريعات الدول الأخرى، فلقد اهتمت التشريعات العربية بالتصرفات ذات الطابع الإرثي و الإيصائي و ذلك من خلال وحدة القانون الواجب التطبيق على تلك التصرفات مع الاعتماد على الجنسية كضابط للإسناد لحل مشكلة التنازع الذي قد يثور على علاقة أطرافها الّذين تختلف جنسياتهم.

أولا: أهمية الموضوع

- مسائل الميراث و الوصية من المسائل التي تثور فيها النزاعات بين الأفراد خصوصا و أن لها شق مالي مما يستوجب تحديد القانون الواجب التطبيق عليها.

ثانيا: أسباب اختيار الموضوع

إن أسباب اختيار الموضوع يرجع إلى سببين أساسيين:

السبب الأول: ضرورة معرفة نطاق القانون الواجب التطبيق في مسائل الميراث والوصية المشتملة على عنصر أجنبي.

أما السبب الثاني: فنظرا لأن موضوعي الوصية والميراث لم يحظيا خلال مرحلتي (ليسانس و الماستر) بدراسة كافية، خاصة في مجال القانون الدولي الخاص فقد تم معالجة هذين الموضوعين و دراستهما دراسة خاصة من خلال التعمق في نطاق تطبيق قانون الجنسية على العلاقة ذات العنصر الأجنبي في مسائل الميراث و الوصية.

ثالثا:أهداف الدراسة

- بيان نطاق القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاعات ذات العنصر الأجنبي في مسائل الميراث و الوصية.
- تبيان مختلف الطرق و الحلول التي ينتهجها القاضي في حالة مواجهته لصعوبات وإشكالات أثناء تطبيقه للقانون الأجنبي المتعلق بالميراث و الوصية.
- تبيان كيفية إعمال النظام العام في مسائل الميراث و الوصية.

رابعا: طرح الإشكالية

إن الميراث و الوصية من أهم التصرفات النافذة بعد الموت التي قد تُطرح عدة إشكالات بشأنها خاصة إذا كان أطراف العلاقة موضوع النزاع أجانب و أشارت قواعد الإسناد الوطنية بتطبيق القانون الأجنبي، نظرا لما تشمله هذه التصرفات من أحكام قطعية و قواعد قانونية مستمدة من الشريعة الإسلامية، وكذا اختلاف نطاق تطبيق هذا القانون على هذه التصرفات من دولة لأخرى مما يستوجب طرح الإشكالية الآتية:

❖ ماهو نطاق تطبيق القانون الأجنبي في مسائل الميراث و الوصية؟

وعلى إثر هذه الإشكالية الرئيسية تتفرع عدة إشكالات فرعية من أهمها :

- هل يطبق القانون الأجنبي إذا أحالت عليه قواعد الإسناد الوطنية؟
- على أي أساس يتم تطبيق القانون الأجنبي من قبل القاضي الوطني و ماهي أهم الصعوبات و الإشكالات التي قد تعيقه أثناء تطبيقه لهذا القانون؟
- متى يتم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي على التصرفات ذات الطابع الإرثي و الإيصائي؟

خامسا: أهم الصعوبات المعترضة أثناء إنجاز هذا البحث

- قلة الاجتهادات القضائية المنشورة المتعلقة بمسائل الميراث و الوصية في إطار تنازع القوانين في الجزائر.

سادسا:المناهج المعتمدة في إنجاز البحث

لقد تم الاعتماد في هذه الدراسة على كل من المنهج التحليلي و المنهج الوصفي فالمنهج التحليلي تم الاعتماد عليه و ذلك من خلال تحليل بعض الآراء و النصوص القانونية.

أما المنهج الوصفي فقد اعتُمد عليه لبيان نطاق القانون الأجنبي الواجب التطبيق من خلال المسائل التي تدخل في ظل هذا القانون و المسائل التي تخرج عنه بالإضافة إلى الإشكالات التي قد تواجه القاضي أثناء نظره في النزاع.

سابعا: الخطة المعتمدة في البحث

تمت دراسة هذا الموضوع من خلال تقسيمه إلى فصلين:

- الفصل الأول تحت عنوان " **القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الميراث**".
- أما الفصل الثاني بعنوان " **القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الوصية** ".

الفصل الأول

القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الميراث

الفصل الأول

القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الميراث

لقد اهتمت التشريعات العربية بالميراث و أوجبت حمايته والمحافظة على أحكامه سواء على الصعيد الداخلي أو الدولي، و لعل أبرز ما يوضح ذلك هو وحدة القانون الواجب التطبيق عليه وهو قانون جنسية المورث أو من صدر منه التصرف وقت موته، بالإضافة إلى وحدة التركة هذا ما جاء في مضمون المادة 16 من ق م الفقرة الأولى" **يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته**"، و ما نصّ عليه المشرع المصري[1] والأردني[2] وغيرها من القوانين العربية الأخرى .

تعدّ الجنسية كضابط إسناد في التصرفات النافذة ما بعد الموت و من بين هذه التصرفات نجد الميراث الذي يعتبر من الأحوال الشخصية فهو كل ما يتركه الميت سواء كان مال أو شيء آخر تنتقل ملكيته إلى ورثته. نظرا لكونه مسألة تقوم على اعتبارات عائلية تحكم العلاقات الأسرية التي تربط بين الأشخاص والأسرة.

رغم وحدة القانون الواجب التطبيق على مسألة الميراث التي أخذت بها بعض الدول العربية، إلا أن ذلك لا يمنع من وجود بعض الصعوبات في الاعتماد على الجنسية كضابط للإسناد من جهة بالإضافة إلى الأخذ بوحدة التركة من جهة أخرى لحل النزاع خاصة إذا كان هذا النزاع ذو بعد دولي أطرافه أجانب ذو جنسيات أجنبية، ولعل من أبرز هذه الإشكالات مشكلة نطاق القانون الواجب التطبيق على مسألة الميراث باعتبار أن هناك نظم قانونية تأخذ بازدواجية التركة أي أنها تفرق بين العقار والمنقول فالأول يخضع لقانون موقعه أما المنقول فلآخر موطن له هذا ما أخد به المشرع الفرنسي[3] ومن جهة أخرى مشكلة

---

(1) تنص المادة 17 الفقرة الأولى من قانون المدني المصري على أنه "يسري على الميراث و الوصية و سائر التصرفات المضافة إلى مابعد الموت قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته " تناوله صلاح الدين جمال الدين، **القانون الدولي الخاص (الجنسية و تنازع القوانين)**، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر،2008 ، ص 442.

(2) أحمد الفضلي، **الموجز في القانون الدولي الخاص**، د ط، دار قنديل للنشر و التوزيع، عمان، 2004، ص 121.

) 3(Marie-Christine Meyzeaud-Garaud, **Droit international privé**, éd Bréal, 2002, Paris , P118.

الجنسية التي قد تواجه القاضي أثناء فصله في النزاع خاصة إذا كان طرفي العلاقة أو أحدهما متعدد أو منعدم الجنسية.

لذا ارتأينا دراسة نطاق تطبيق قانون جنسية المورث وقت وفاته في (المبحث الأول) بالإضافة إلى الإشكالات التي قد يثيرها ضابط الجنسية في مسائل الميراث في(المبحث الثاني).

المبحث الأول

نطاق تطبيق قانون جنسية المورث وقت وفاته

نصّ المشرع الجزائري في المادة 16 ق م الفقرة الأولى على أنه " **يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته**"، وهذا مأخذ به المشرع المصري في المادة 17 الفقرة الأولى[1] وكذا المشرع الأردني في المادة 18 الفقرة الأولى.[2]

على اعتبار أن مسائل الميراث مسائل واسعة النطاق إلا أن نطاق تطبيق قانونها محدود، بدليل أن هناك مسائل تعتبر من الميراث ولكنها لا تخضع للقانون الذي يحكمه بل لقانون آخر.[3]

ولهذا سيتم دراسة المسائل التي تدخل في نطاق تطبيق قانون جنسية المورث وقت وفاته في(المطلب الأول)، و المسائل التي تخرج عن نطاق تطبيق قانون جنسية المورث وقت وفاته في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المسائل التي تدخل في نطاق تطبيق قانون جنسية المورث وقت وفاته

هي المسائل التي يسري عليها قانون جنسية المورث وقت وفاته و تشمل : أسباب الإرث في (الفرع الأول)، شروط ووقت استحقاق الإرث في (الفرع الثاني)، وكذا موانع الميراث في (الفرع الثالث)، بالإضافة إلى بيان أنصبة الورثة و مراتبهم في (الفرع الرابع).

(1) صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 442.

(2) أحمد الفضلي، المرجع السابق، ص 121.

(3) هشام صادق و عكاشة عبد العال، **الإجراءات المدنية و التجارية الدولية و تنفيذ الأحكام الأجنبية (تنازع القوانين)**، د ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008، ص115.

الفرع الأول

أسباب الإرث

لقد اعتبر المشرع الجزائري الزوجية والقرابة فقط أسباب الإرث و هذا ما نص عليه في المادة 126 ق أ. و لهذا ارتأينا إلى دراسة القرابة (أولا) و الزوجية (ثانيا).

أولا: القرابة

يطلق عليها بالقرابة الحقيقية حتى يتم التفريق بينها وبين القرابة الحكمية، فالقرابة الحقيقية هي كل صلة نسبية تربط الوارث بمورثه فحياة الوارث تعتبر امتداد لحياة قريبه المورث لذلك يصح القول على أنها تعتبر من أقوى أسباب الميراث لأن الوارث كان يقف مع مورثه عند الحاجة يقف لجنبه في السراء والضراء فتكريما له يستحق أن يكون له نصيب من تركة مورثه.[1] وتشمل أصحاب الفروض، وذو العصبات وذوي الأرحام.[2]

ثانيا : الزوجية

فهي علاقة بين الرجل و المرأة [3] تتم على الوجه الشرعي القانوني الصحيح، فمتى كان العقد صحيحا بين الطرفين و توفرت فيه جميع الشروط القانونية وجب التوارث بين الزوجين فإذا كان العقد صحيح يكون التوارث و لو من غير خلوة أو دخول.[4]

أما إذا كان العقد باطلا أو فاسدا فلا توارث بين الطرفين لبطلان العقد بينهما ولو تم الدخول و حتى لو لم يفرق بينهما القاضي.[5]

---

(1) جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **أحكام الميراث في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء**، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007، ص68.

(2) العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ج2، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 52.

(3) محمد مصطفى شلبي، **أحكام المواريث بين الفقه و القانون**، د ط، دار النهضة العربية، لبنان، 1978، ص63.

(4) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 52.

(5) أحمد محمد علي داود، **الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه و القانون**، ط1، دار الثقافة، عمان، 2007، ص 324.

إضافة لذلك يشترط أن تكون الزوجية قائمة حكما ومعنى ذلك لم يتخلل العقد أية انحلال أو فرقة، أما إذا كان هناك انحلال للعقد بطريق الطلاق، فإذا كان الطلاق رجعيا والعدة لم تنقضي فهنا ترث الزوجة زوجها وهو يرثها، غير أنه إذا انقضت العدة فلا توارث بينهما.

أما في حالة الطلاق البائن لا ترث الزوجة زوجها نظرا لانتهاء العصمة الزوجية و زوال سبب الإرث بينهما.[1]

الفرع الثاني

شروط و وقت استحقاق الإرث

لاستحقاق الإرث يجب توفر شروط ويتم دراستها على النحو الآتي: موت المورث (أولا) والتحقق من حياة الوارث بعد وفاة مورثه (ثانيا) بالإضافة إلى العلم بالجهة القرابة بين المورث والوارث(ثالثا).

أولا :موت المورث

إن المشرع الجزائري وعلى غرار بعض التشريعات العربية كالمشرع المصري نص في المادة 127 ق أ على أنه لكي يستحق الإرث يجب موت المورث فقد يكون موتا حقيقيا أو حكميا.

فالموت الحقيقي هو "مفارقة الحياة من غير رجعة بأن عدمت حياته بعد وجودها سواء أكان ذلك بالموت الطبيعي أو القتل، ويثبت الموت الحقيقي بالمشاهدة أو المعاينة لمن حضر الوفاة ".[2]

(1) بدران أبو العينين بدران، **الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري والقانون (الزواج و الطلاق)**، ج 1، د ط، دار النهضة العربية، مصر، د س ن، ص 363.

(2) كأن يدعى وارث وفاة مورثه في تاريخ معين و أنه أحد ورثته فيثبت ذلك أمام القضاء بشهادة الوفاة لمورثه، أو يقدم البينة على صدق دعواه فيحكم القاضي بناءا على ذلك ليتمكن الوارث من أخذ نصيبه من التركة إذا لم يكن هناك مانع من الميراث و لم يكن هناك من يحجبه عنه ". جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 71.

أما الموت الحكمي فيكون في حق المفقود الذي لا يعرف مكانه ولا حياته من موته، إذ أنه يعتبر ميتا بحكم قضائي صادر عن القاضي و ذلك بعد وقت من البحث و التحري طبقا لنص المادة 113 ق أ.[1]

ثانيا: التحقق من حياة الوارث بعد موت المورث

لكي يستحق الإرث لابد من حياة الوارث بعد وفاة مورثه، ولو لأقل فترة ممكنة، طبقا لنص المادة 128ق أ فشرط حياة الوارث يعتبر شرط ضروري لاستحقاق الإرث لكي تتحقق له أهلية الملك والاستخلاف،[2] كما يمكن إثبات الحياة بالمشاهدة أو البينة.[3]

كذلك يمكن للجنين أن يرث ولكن بشرط أن يستهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة تؤكد حياته وفقا لما جاء في المادة 134 ق أ و المادة 25 ق م هذا من جانب القانون الجزائري.

ثالثا: العلم بجهة القرابة بين المورث والوارث

وإن كان هذا الشرط خاصّا بالقاضي أو المفتي، إلاّ أنّه لابد منه حتى ينتفي الشك بين الوارث والمورث من حيث العلاقة.

وصوّر العلماء هذه المسألة فيما إذا دخل على قاضي أربعة رجال لا يعرفهم وقالوا نحن الثلاثة إخوة وهذا الرابع ابن عم لنا ومات أحد الثلاثة وتنازع الاثنان نزاعا يدعي كل منهما فيه أنه شقيق للميت ولم تقم بيّنة على أيّهما الشقيق وبقي الشك، فالمال حينئذ لاشك أنه لابن العم الذي لاشك في مرتبته من الهالك.[4]

---

(1) نصت المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب و الحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، و في الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات".

(2) جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 72.

(3) محمد سمارة، **أحكام التركات و المواريث في الأموال و الأراضي**، ط 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2002، ص 74.

(4) محمد محده، **التركات والمواريث**، ج3، ط2، مطابع عمار قرفي، 1994، الجزائر، ص 68.

الفرع الثالث

موانع الميراث

" فالمراد بالمانع هنا: المانع عن الوراثة، لا التوريث وإن كان بعض الموانع كاختلاف الدين مانعا عن الأمرين معا: الوراثة و التوريث"،[1] فالمشرع الجزائري قد حصر ذلك في المادتين 135 و 138 من قانون الأسرة الجزائري.

لذلك سنتطرق إلى القتل العمد والعدوان (أولا)، اللعان(ثانيا)، و الردة (ثالثا)، موت المورث والوارث معا (رابعا).

أولا:القتل العمد والعدوان

و صورته إذا قام شخص عاقل بالغ على القتل متعمدا العدوان بغير حق و بغير عذر شرعي سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا مع غيره متسببا فيه كأداء شهادة الزور مع توفر نية العدوان يعتبر القتل مانعا من موانع الميراث.[2]

ثانيا: اللّعان

اللّعان هي تلك الملاعِنةُ التي اِتهمها زوجها بالزنا أو ارتكاب فاحشة ونفي نسب الحمل إليه، فالولد في هذه الحالة يصبح نسبه لأبيه غير قائم مما يجعل ذلك الابن محروما من الميراث بسبب خارج عن إرادته وكانت أمه هي المتسببة فيه لكنه يرث من أمه ومن ترث أمه عنهم(أقاربها).[3]

(1) وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي و أدلته**، ج8، ط2، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، سوريا، 1985، ص ص254-255.

(2) الرشيد بن شويخ، **الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري**، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع 05، الجزائر، 2008، ص84.

(3) نفس المرجع، ص86.

ثالثا: الردّة

الردّة هي الهجر من دين إلى ديانةٍ أخرى أي من دين الإسلام إلى دين الكفر، وبالتالي الشخص الذي خرج عن ملة دينه بإرادته يعتبر مرتدا فهو ممنوع من الميراث وهذا ما جاءت به المادة 138 السالفة الذكر، فالحكمة من حرمان ميراث المرتد أنه إذا ورث مسلم من مسلم قبل أن يرتد يُعْتبر الميراث صحيحا، لكن إذا ارتد ثم أراد أن يرث هنا لا يرث مسلمٌ من غير مسلمٍ.[1]

رابعا: موت المورث و الوارث معا

لا توارث إذا ما توفي المورث والوارث معا و لا يعرف من توفي أولا طبقا لما جاء في قانون الأسرة الجزائري المادة 129 وكذا ما تناولته بعض التشريعات العربية كالقانون المصري[2] والأردني[3] و غيرها، إذا ثبتت العلة يثبت المنع فالعلة في منع التوارث بينهما هي عدم تحقق من حياة الوارث بعد وفاة المورث.[4]

الفرع الرابع

بيان أنصبة الورثة وترتيبهم

نصت المادة 139 ق أ على أنه ينقسم الورثة إلى: أصحاب الفروض، عصبة، ذوي الأرحام.

---

(1) أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص ص101-102.

(2) نصت المادة 3 من قانون المواريث المصري رقم 77 لسنة 1943 على أن "إذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولا فلا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر سواء موتهما في حادث واحد أم لا". على الموقع الإلكتروني http://egyptlayer.over-blog.com، تاريخ الإطلاع 2019/02/10.

(3) نصت المادة 282 من القانون المؤقت الأردني رقم 36 لسنة 2010 على أن "إذا مات اثنان أو أكثر و كان بينهم توارث و لم يعرف أيهم مات أولا فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر". على الموقع الإلكتروني http:// www.representatives.jo، تاريخ الإطلاع 2019/02/10.

(4) محمد أبو زهرة، **أحكام التركات و المواريث**، د ط، دار الفكر العربي، مصر، د س ن، ص 49.

فمن مضمون هذا النص يتضح أن الورثة ثلاثة وهم أصحاب فروض و ذو العصبات وكذا ذو الأرحام لذلك سنتطرق لدراسة أصحاب الفروض(أولا) و ذو العصبات (ثانيا) بالإضافة إلى ذو الأرحام (ثالثا).

أولا: أصحاب الفروض

أصحاب الفروض وهم أقارب الميت الذين لهم أسهم مقدرة في كتاب الله و سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، أو بالإجماع،[1] وقد تم النص عليهم في المادة 140ق أ" **ذوو الفروض هم الذين حددت أسهمهم في التركة شرعا**".

إنّ الشريعة الإسلامية حددت مقادير أصحاب الفروض وهي لا تخرج عن ستة فروض منصوص عليها في القرآن الكريم: النصف، الربع، الثمن، الثلثين، الثلث، السدس وهذا ما جاء في المادة 143ق أ، و هي متفق عليها بين الأئمة الأربعة و مرتبة شرعا لا يجوز مخالفتها.[2]

ثانيا: العصبة النسبية

العصبة النسبية هو كل وارث ليس له سهم مقدر بنص صريح من الكتاب والسنة، أو من يرث كل المال عند الإنفراد، أو يرث ما تبقى بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم، أو لا يرث إذا لم يبقى شيء من التركة.[3] طبقا لما نصت عليه المادة 150ق أ على أن "**العاصب هو من يستحق التركة كلها عند إنفراده، أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم وإن استغرقت الفروض التركة فلا شيء له**".

(1) محمد عبد الله بخيت و محمد عقله العلي، **الوسيط في الفقه المواريث**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007، ص27.

(2) عطاء الله فشار، **أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري**، ط2، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص38.

(3) الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص128.

ثالثا: ذو الأرحام

ذو الأرحام هم الأقارب الذين ليس لهم فرض مقدر في الكتاب والسنة[1] فهم من أقارب الميت و ليسوا من أصحاب الفروض أو من العصبات النسبية،[2] هؤلاء في الغالب الإناث أو الذكور الذين تتوسط بينهم وبين الميت أنثى مثل: أولاد البنات وبنات الإخوة و أولاد الأخوات و الأخوال والعمات.[3]

المطلب الثاني

المسائل التي تخرج عن نطاق تطبيق قانون جنسية المورث وقت وفاته

"إنّ طريقة أيلولة الأموال إلى الورثة يسري عليها قانون محل وجود الأموال، لأنه تخص انتقال الحق العيني على المال أي ملكيته".[4]

و عليه سيتم التطرق في هذا المطلب إلى المسائل المتعلقة بمركز الأموال أو نطاق الحقوق المالية في(الفرع الأول)، وكذا التركة الشاغرة و مسألة حقوق دائني التركة في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المسائل المتعلقة بمركز الأموال أو نطاق الحقوق المالية

وهي تلك المسائل المتعلقة بمركز الأموال والتي يحكمها قانون موقع هذه الأموال لذلك سيتم دراستها إلى إجراءات شهر الحقوق العينية العقارية التي تشمل عليها التركة (أولا)، وكذا تنظيم حالة الشيوع الناجمة عن الميراث (ثانيا).

(1) الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص193.

(2) محمود عبد بخيت و محمد عقله العلي، المرجع السابق، ص27.

(3) أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 310.

(4) الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص علما و عملا**، ج1، ط1، مطبعة الفسيلة، الجزائر، د س ن، ص 21.

أولا: إجراءات شهر الحقوق العينية العقارية التي تشمل عليها التركة

تندرج هذه الإجراءات في فكرة مركز الأموال و تخضع لقانون الموقع، فإذا كان عقارا في دولة ما و هذه الدولة تتطلب شهر التصرفات الصادرة من الورثة، فإنه يتعين مراعاة موقع العقار،[1] فنظرا لما للعقار من أهمية و باعتباره جزء من الدولة و تطبيقا لمبدأ إقليمية القوانين و سيادة الدولة بسريان قانونها على العقارات الموجودة فيها، فسلامة للمعاملات و حدوث الاطمئنان لصاحب العقار يستلزم لذلك الأخذ بقانون واحد.[2]

ثانيا: تنظيم حالة الشيوع الناجمة عن الميراث

إن مسألة تنظيم حالة الشيوع الناجمة عن الإرث تخضع للقانون الذي يحكم ملكية الأموال و الحقوق العينية، أي لقانون موقع المال فهو الذي ينظم حالة الشيوع و إدارة الأموال الشائعة و كذا مشروعية البقاء في حالة الشيوع بالاتفاق و مدة الشيوع بالإضافة إلى سلطة الورثة على الأموال الشائعة قبل القسمة[3]و تحديد آثارها و كيفية إنهاء حالة الشيوع .[4]

الفرع الثاني

التركة الشاغرة و مسألة حقوق دائني التركة

سنتطرق في هذا الفرع إلى حق الدولة في التركة الشاغرة (أولا) ومسألة حقوق دائني التركة (ثانيا).

(1) عكاشة راجع و قويدر لوعيل، **تنازع القوانين في الميراث و الوصية و الوقف في التشريعات العربية و الاجتهاد القضائي**، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، العدد 8، 2017/12/1، ص 192. على الموقع الإلكتروني .https://www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع 2019/03/23.

(2) هشام صادق و عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ص468-469.

(3) أحمد عبد الكريم سلامة، **الأصول في التنازع الدولي للقانون**، د ط، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 940.

(4) عكاشة راجع و قويدر لوعيل، المرجع السابق، ص 192.

أولا:حق الدولة في التركة الشاغرة

إنّ المشرع الجزائري يجعل التركة الشاغرة تؤول للدولة أو إلى الخزينة العمومية و هذا ما جاء في مضمون المادة 733 ق م" **تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، و كذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم**". فمن مضمون النص يتضح أن القاعدة العامة تكمن في أن التركة الشاغرة تؤول للدولة،[1] كما نصّ عليه في ذلك المشرع المصري في المادة 4 من قانون المواريث المصري[2] وكذا الأردني في المادة 181 مجلة قانون الأحوال الشخصية الأردني.[3]

إن الإشكال الذي يثور بخصوص هذه المسألة وهو إلى أي دولة تؤول هذه التركة هل إلى الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته؟ أم إلى الدولة التي توجد التركة على إقليمها؟

و حل هذا الإشكال يتوقف على التكييف على أساس أن حق الدولة حق إرثي أو حق سيادي فإذا ما كيفنا التركة على أساس حق إرثي فإن "انتقال التركة يؤول للدولة التي اعتبرنا انتقال التركة إليها خاضعا للقانون الذي يحكم الميراث، أما إذا كيفنا التركة على أساس حق سيادي فإن التركة تنتقل للدولة الموجودة على إقليمها.[4]

أما بالنسبة للفقه الجزائري فقد آل التركة الشاغرة للدولة على أساس السيادة وليس على أساس حق إرثي باعتبارها مالا لا مالك له. [5]

ثانيا: مسألة حقوق دائني التركة

من هذا المنطلق الفقهي"**لا تركة إلا بعد سداد الديون**" يتضح بأنه لا تركة إلا بعد استيفاء الدائنين لجميع حقوقهم من تركة مورثهم، فدين التركة لا ينتقل إلى الورثة فهو مستقل، وللدائنين الحق في أن ينفذوا على أموال التركة و ليس على أموال الوارث الشخصية حتى

---

(1) كمال عليوش قربوع، **القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)**، ج1، ط2، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 264.

(2) جمال الدين صلاح الدين، المرجع السابق، ص 451.

(3) أحمد الفضلي، المرجع السابق، ص 123.

(4) عكاشة راجع وقويدر لوعيل، المرجع السابق، ص 193.

(5) أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري(تنازع القوانين)**، ج1، ط13، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص272.

ولو تصرف فيها هذا الأخير، إذ أن أموال التركة لا تختلط مع أموال الوارث و تعتبر هي المسؤولة عن ديونها، هذا خلافا لما جاء في الفقه الفرنسي الذي تعد فيه أموال التركة كأموال الوارث، فلا استقلالية بينهما و بالتالي ينتقل الدين إلى ذمة المورث إلا في حالة واحدة وهي حالة رفض الوارث للميراث.[1]

المبحث الثاني

الإشكالات التي قد يثيرها ضابط الجنسية في مسائل الميراث

قد تواجه القاضي عدة صعوبات أثناء نظره في نزاع ذو بعد دولي إما من ناحية تعدد الجنسيات وهي الحالة التي يكون فيها الشخص حاملا لجنسيات عدة دول أخرى أو أثناء انعدامها وهي الحالة التي لا يكون فيها الشخص منتمي لأي دولة أو تجرد من دولته ويسمى بعديم الجنسية، و أيضا قد تواجهه صعوبة أخرى تتمثل في إثبات و تفسير قانون الجنسية الأجنبية بالإضافة إلى تبيان كيفية إعمال النظام العام على المستوى القضائي في الدول العربية و كذا الغربية.

لذا سيتم التطرق في مبحثنا هذا إلى ثلاث مطالب وهي الإشكالات التي قد يثيرها عن ضابط الجنسية في حد ذاته في(المطلب الأول) و الإشكالات التي تتعلق بإثبات وتفسير قانون جنسية الأجنبي في مسائل الميراث في(المطلب الثاني) بالإضافة إلى إعمال فكرة النظام العام في مسائل الميراث في(المطلب الثالث).

المطلب الأول

الإشكالات التي قد يثيرها ضابط الجنسية في حد ذاته

قد يثير ضابط الجنسية في حد ذاته العديد من الصعوبات وذلك في حالة تعدد هذه الجنسيات أو انعدامها و كذا في حالة الإحالة مما يستلزم البحث عن حلول لذلك.

لذا سيتم التطرق إلى ثلاث فروع على التوالي: التنازع الايجابي (الفرع الأول) و كذا التنازع السلبي(الفرع الثاني) و انعدام الجنسية (الفرع الثالث).

---

(1) عبد الرزاق السنهوري، **أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع و حق الارتفاق)**، ج 9، د ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د س ن، ص 98.

الفرع الأول

التنازع الإيجابي

إنّ التعدد في الجنسية أو ما يسمى بالتنازع الإيجابي للجنسيات، المقصود به أن يكون لدى الشخص أكثر من جنسية واحدة، وذلك حين تثبت للشخص في وقت واحد جنسية دولتين أو أكثر.

وينجم عن تعدد الجنسيات قيام إشكالية تأخذ حيزا مهما من مجال تنازع القوانين، وذلك بالنسبة للتشريعات التي تعتبر قانون الجنسية هو القانون الشخصي وتسند إليه مسائل الأحوال الشخصية، إذ يتعين حينئذ اختيار قانون جنسية واحدة لمتعدد الجنسيات نظرا لاستحالة تطبيق قوانين مختلف الجنسيات الأخرى التي ينتمي إليها في نفس الوقت[1] فإذا كان المورث متمتعا بجنسيتين أو أكثر، في هذه الحالة يتم المعالجة بحالتين:

في الحالة التي يكون فيها التنازع بين جنسيات أجنبية فقد تم اقتراح عدة معايير لحل التنازع الإيجابي للجنسيات في هذه الحالة، إلا أن الاتجاه الغالب ذهب إلى حسم التنازع بين الجنسيات الأجنبية باللجوء إلى نظرية الجنسية الفعلية أو الواقعية، وهذا ما أكدته محكمة التحكيم الدولية بلاهاي في قضية كانيفارو بتاريخ 3 ماي1912.[2]

و قد أخذ بها المشرع الجزائري في المادة22 فقرة1من ق م " **في حالة تعدد الجنسيات، يطبق القاضي الجنسية الحقيقية**"، فالمقصود بالجنسية الحقيقية هنا هي الجنسية الفاعلة للشخص و التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها، هذا هو الحل الذي تبناه المشرع الجزائري وهو نفسه الذي استقر عليه القضاء الفرنسي.[3]

أما في الحالة الأخرى إذا كانت جنسية الدولة المعنية من بين الجنسيات المتنازِعة التي يحملها هذا الشخص المتعدد الجنسيات، فهنا يتم الأخذ بجنسية الدولة المعنية بغض النظر

(1) نورية شبورو، **الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص**، مذكرة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010 /2011، ص ص 37-38.

(2) محمد حبار، **القانون الدولي الخاص**، د ط، دار الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص265.

(3) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص206.

عن باقي الجنسيات الأخرى التي يحملها هذا الشخص.[1] مثال ذلك إذا كان أجنبي متوطن في الجزائر له عدة جنسيات و من بينها الجنسية الجزائرية فهنا القاضي بغض النظر عن باقي الجنسيات يطبق القانون الجزائري مباشرة حيث نصت المادة 22 فقرة 2 ق م على مايلي:"....**غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دول أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول**"، وهذا ما أخذت به اتفاقية لاهاي سنة 1930.

الفرع الثاني

التنازع السلبي (الإحالة)

"الإحالة هي قبول تطبيق قانون أحالتنا عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي الذي حدده القاضي بمثابة القانون الواجب التطبيق".[2]

تتمثل الإحالة في كون قواعد الإسناد ترفض الاختصاص بنفسها و تحيلها إلى قانون أجنبي وهذا الأخير يرفضها بدوره و يعهد الاختصاص إلى قانون آخر،[3] قد يكون هو قانون القاضي الناظر في النزاع، فهي بالتالي إحالة من الدرجة الأولى تعرف بالرد أو الرجوع كما قد يكون قانون دولة ثالثة،[4] وهذا ما يسمى بالإحالة من الدرجة الثانية، وقد ظهرت نظرية الإحالة في القضية المشهورة فورجو".[5]

---

(1) محمد حبار، المرجع السابق، ص264.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص434. أشارت إليه فتيحة بشور، **محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين**، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016-2017، ص19، على الموقع الإلكتروني www.mizandz.com، تاريخ الإطلاع 2019/04/01.

(3) عبده جميل غصوب، **دروس في القانون الدولي الخاص**، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص85.

(4) محمد كمال فهمي، **أصول القانون الدولي الخاص**، ط1، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص419.

(5) قضية فورجو:هو ولد غير شرعي ولد في بافاريا وانتقل إلى العيش بفرنسا مع أمه وكان عمره خمس سنوات، وكانت إقامتهم فعلية وليست قانونية. تزوج من امرأة ثرية ثم ماتت وتركت له ثروة منقولة وبعد عمر مات فورجو وترك وراءه ثروة من المنقولات وليس له أحد يرثها(الورثة الأصليين أولاد، أباء، إخوة) إلا أن الحواشي من عائلة أمه طالبوا بالميراث على أساس قانونهم البافاري الذي يقول تساوي في الميراث بين الولد الشرعي والغير شرعي، مرجع نفسه، ص20.

من الملاحظ أن المشرع الجزائري قبل تعديل القانون المدني الجزائري في سنة 2005 لم يتعرض للإحالة لا بالرفض ولا بالقبول.

غير أنه و بعد التعديل نصت المادة23 مكرر1فقرة 2من نفس القانون على أن"...**غير أنه يطبق القانون الجزائري، إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي**" أي أنه أقر الإحالة من الدرجة الأولى بسبب اختلاف النظم القانونية وبذلك حققت قاعدة الإسناد أكثر الحلول التي تحقق التعايش المشترك وتلبي مقتضيات التجارة الدولية وعند صعوبة إثبات القانون الأجنبي فمباشرة يطبق قانون الجزائري.[1]

الفرع الثالث

انعدام الجنسية

عديم الجنسية و هو الشخص الذي لا ينتمي لأي دولة من الدول منذ ولادته أو هو ذلك الشخص التي تجرد عنه جنسيته بعد أن كان مكتسب لها فصار بدون جنسية ولا حقوق دولية.[2]

لقد اختلف الفقه في كيفية تعيين القانون الواجب التطبيق على الشخص عديم الجنسية واختلفت الآراء حول ذلك مما أدى بظهور رأيين:

الرأي الأول: على القاضي أن يطبق في مسألة عديم الجنسية قانون موطنه إلا أن هذا الرأي تم نقده، لأنه سبق وتحدثنا عن عديم الجنسية منذ الولادة، أي ليس له موطن أصلا أو من الممكن أن تكون هذه الدولة هي التي حرمته من جنسيتها.[3]

الرأي الثاني: أن القاضي يطبق على عديم الجنسية آخر محل إقامته وهذا ما أخذت به معظم الدول.

---

(1) حكيم زواي، **تنازع القوانين حول تحقق واقعة الوفاة (دراسة مقارنة)**، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة تبسة، الجزائر، العدد 12، ديسمبر 2016، ص ص 117-118.على الموقع الإلكتروني https://www.asjp.cerist.dz، تاريخ الإطلاع 2019/02/19.

(2) حفيظة السيد حداد، **الموجز إلى الجنسية والمركز الأجانب**، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص73.

(3) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص208.

الرأي الثالث: أن هناك بعض الدول الأخرى أعطت للقاضي سلطة تقديرية في تحديد القانون الذي يجب تطبيقه على عديم الجنسية لأنه يمكن أن يعذر في تطبيق إحدى هذه الآراء فيضطر إلى تطبيق قانونه.[1]

أمّا بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه أخذ بالرأيين الأول والثاني وهذا ماجاء في نص المادة22 فقرة1ق م " .... **وفي حالة انعدام الجنسية، يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة.**"

المطلب الثاني

الإشكالات التي تتعلق بإثبات وتفسير قانون جنسية الأجنبي في مسائل الميراث

إن مسألة إثبات جنسية الأجنبي قد تثير صعوبة وذلك من خلال من يقع عليه عبء هذا الإثبات هل على الخصوم أم على القاضي؟ وكذلك الحال بالنسبة لمشكلة تفسير هذا القانون هل يخضع لرقابة المحكمة العليا أم لا؟

ولحل هاتين المشكلتين سنتطرق إلى عبء إثبات قانون جنسية الأجنبي في مسائل الميراث في(الفرع الأول) أما تفسير القانون الأجنبي و الرقابة عليه في(الفرع الثاني).

الفرع الأول

عبء إثبات قانون جنسية الأجنبي في مسائل الميراث

"يرى الفقه الإيطالي أن القانون الأجنبي لا يتغير أمام القاضي الوطني إلى واقعة، بل يبقى محتفظا بطبيعته القانونية عملا بفكرة الإدماج أو الاستقبال، وبموجب هذه الفكرة عندما تشير قواعد الإسناد الوطنية بتطبيق القانون الأجنبي فإن ذلك يؤدي إلى دمج هذا القانون في

(1) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص208.

النظام القانوني الوطني، وبذلك يستمد القانون الأجنبي الواجب تطبيقه قوة نفاده في دولة القاضي من دمجه في النظام القانوني لهذه الدولة".[1]

يجب على القاضي الجزائري أن يكون مضطلعا على القوانين الأجنبية لأن إثبات القانون الأجنبي مثلا على مسألة التركة تكون على عاتقه بمعرفة القانون الأجنبي ولا يكون على عاتق المتقاضين كما يكون هذا الإثبات أمام محكمة النقض لأنها هي المسؤولة على رقابة تفسير القانون الأجنبي وبالتالي القاضي ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد على القانون الأجنبي في كلتا الحالتين سواء كان يعلم بالقانون الأجنبي فهنا يفصل في النزاع حسب قانون البلد الآخر.

أو يتعذر على القاضي معرفته ولكن الخصم يعلم به والقاضي ملزم بتطبيقه في هذه الحالة يكون مصدر الإثبات نصوص قانونية أو مؤلفات فقهية أجنبية.[2]

لكن في حالة لم يجد القاضي حلا لهذا النزاع لا يجوز للمدعى عليه إلزامه بتطبيقه أي بمعنى آخر القاضي تعذر عليه فهم القانون الأجنبي ولم يجد أي دليل للإثبات فهنا يطبق القانون الجزائري[3] حسب المادة 23مكرر ق م التي تنص على مايلي" **يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه**".

(1) فؤاد ديب، **القانون الدولي الخاص2**، د ط، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، 2018، ص60. على الموقع الإلكتروني /https://pedia.svuonline.org، تاريخ الإطلاع 2019/03/17.

(2) جمال بن عصمان، **مقياس القانون الدولي الخاص**، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثالثة قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015/2014، ص24، على الموقع الإلكتروني_www.bibliot droit .com ، تاريخ الاطلاع 2019/04/20.

(3) سهام عكوش، **القانون الأجنبي إثباتا وتفسيرا (دراسة مقارنة)**، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق في إطار مدرسة الدكتوراه، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2010/2009، ص112.

الفرع الثاني

تفسير القانون الأجنبي و الرقابة عليه

فعند إثبات القانون الأجنبي فهل سيخضع القاضي الوطني لرقابة المحكمة العليا أم لا؟ لحل هذا الإشكال المطروح سنتطرق إلى كيفية تفسير القانون الأجنبي (أولا) و إلى رقابة المحكمة العليا على تفسير هذا القانون (ثانيا).

أولا: كيفية تفسير القانون الأجنبي

يرى الفقه بأن التفسير من طرف القاضي الوطني يكون معتمدا فيه على قانون الدول الأجنبية سواء بالنصوص القانونية أو بالحلول القضائية، لذا يجب عليه أن يحترم ما جاء في تلك النصوص أو الاجتهادات وهذا ما أكد عليه القانون الفرنسي وكذلك المحكمة الدائمة للعدل الدولية حيث نصت:" **لا يمكن إعطاء للقانون الوطني (الأجنبي) معنى غير المعنى الذي أعطاه له قضاؤه**"،[1] لذلك يجب على القاضي عند تطبيق القانون الأجنبي أن يتقيّد بأحكام هذا القانون ومبادئه دون أن يضع شيئا غير مذكور في ذلك القانون أو يفهمه بطريقة خاطئة إذ يجب عليه عند تفسيره أن يمثل بماهو منصوص أو موجود في الأحكام الأجنبية ويذكرها كما هي.

ثانيا: رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي

حسب المادة 358 فقرة 6 ق إ م إ " **لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية....مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة**" من هذا النص يتضح بأن المشرع الجزائري أوجب على القاضي أن يعامل كل قانون أجنبي متعلق بقانون الأسرة الجزائري معاملة قانونية وبالتالي يستطيع الخصم أن يطعن بالنقض أمام المحكمة العليا أو

(1) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص154-155.

للمحكمة أن تقوم بذلك من تلقاء نفسها في حالة وجود خطأ في تطبيقه وهذا حسب المادة 360 ق إ م إ.[1]

أما القانون الغير متعلق بالأحوال الشخصية فلا يخضع لرقابة المحكمة العليا فبما أن الميراث والوصية من مسائل الأحوال الشخصية فالقضاة ملزمون بتطبيق القانون الأجنبي والوصول إلى مضمونه ويجب أن يكون البحث عن ذلك القانون بنفس الدرجة التي يبحث فيها القاضي عن مضمون قانونه.[2]

المطلب الثالث

إعمال فكرة النظام العام في مسائل الميراث

قد يحدث و تشير قواعد الإسناد الوطنية في دولة القاضي لتطبيق القانون الأجنبي على علاقة ذات بعد دولي ولكن قد يكون هذا القانون مخالفا للنظام العام و الآداب العامة في الدولة مما يدفع بالقاضي لاستبعاده بدافع النظام العام.[3]

و لهذا سيتم دراسة التطبيقات القضائية للدفع بالنظام العام في مسائل الميراث في الدول العربية في(الفرع الأول) وكذا التطبيقات القضائية للدفع بالنظام العام في مسائل الميراث في الدول الغربية في (الفرع الثاني).

(1) قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 25 فيفري 2008 الجريدة الرسمية العدد21.

(2) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص157.

(3) يعرُف عز الدين عبد الله النظام العام بأنه " وسيلة قانونية يستبعد بها في النزاع المطروح أمام القاضي الاختصاص العادي المعقود للقانون الأجنبي، متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي". تناوله عز الدين عبد الله، **القانون الدولي الخاص**، ج2، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986، ص 537.

الفرع الأول

التطبيقات القضائية للدفع بالنظام العام في مسائل الميراث في القضاء المصري والجزائري

تعتبر كل من القانون المصري والجزائري القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام إذا كان يجيز التوارث بين المسلم و غير المسلم أو أنه يساوي بين الذكر و الأنثى في الميراث و كذا إذا كان يوجب ميراث ابن الزنا من أبيه أو من أقارب أبيه[1] و يجيز توارث القاتل عمدا للمورث و غيرها من الموانع المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية.

لقد كرّس المشرع الجزائري مبدأ منع التوارث بسبب اختلاف الدين ودفع بالنظام العام هذا ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا 1995/07/25 في هذا الصدد " لكن وحيث أنه و بالإطلاع على وثائق....يتبين أن الطاعن إنما اعتنق الإسلام بمقر وزارة الشؤون الدينية يوم 23 /1982/02.حسب ما هو ثابت عن وثيقة اعتناقه للإسلام و إن أمه (ب،ع) ماتت بتاريخ 1980/10/24 حسب ما هو ثابت عن عقد وفاتها المسجل تحت رقم 2678 ببلدية عنابة، وقد ثبت من خلال هذه الوثائق أن الطاعن لم يكن مسلما وقت وفاة أمه المسلمة و أحكام الشريعة الإسلامية تمنعه من الإرث للحديث القائل " لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر و لا يتوارث أهل الملتين شيئا ...".[2]

فالمشرع الجزائري لم يتقيد بالمواد 128و135 و138 من قانون الأسرة التي تنص على موانع الإرث و لكنه استند لنص المادة 222 التي تنص على أن "**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية** " وبالتالي قضى بموجب هذا النص بالاستعانة بأحكام الشريعة الإسلامية و اعتبر اختلاف الدين حتى ولو ينص عليه في قانون الأسرة مانعا من موانع الإرث.[3]

(1) هشام صادق و عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 322.

(2) كمال عليوش قربوع، المرجع السابق، ص 259.

(3) أسماء بعلوج، **إعمال فكرة النظام العام في مجال تنازع قوانين الأحوال الشخصية**، مجلة صوت القانون، جامعة الجيلالي بونعامة بخميس مليانة، العدد 2، أكتوبر 2014، ص ص 278-279 على الموقع الإلكتروني https://www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع 2019/02/01.

وكذلك الحال بالنسبة لمحكمة النقض المصرية حيث قضت عام 1979 في دعوى رفعتها سيدة لبنانية الجنسية مسيحية الديانة ضد ورثة زوجها اللبناني و المسلم الديانة جاء في تسبيب الحكم "ولئن كانت مسائل المواريث و الوصايا وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت تخضع طبقا لنص المادة 17 من التقنين المدني لقانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرفات وقت موته إلا أنه متى كان القانون الواجب التطبيق أجنبيا، فإن تطبيقه يكون مشروطا بعدم مخالفة أحكامه للنظام العام و للآداب في مصر وفقا لما تقضى به المادة 28 من التقنين المدني.[1]

لمّا كان ذلك في مدونات الحكم المطعون أن المتوفى لبناني الجنسية، فإن القانون اللبناني هو المرجع في تحديد ورثته وذلك في حدود ما لا يتعارض من أحكامه مع النظام العام أو الآداب في مصر...لما كان ما سلف وكان الثابت من الأوراق أن المطعون عليها مسيحية الديانة، ومن ثم تختلف ديانتها عن المتوفى. [2]

كان من المقرر وفقا لنص المادة السادسة من قانون المواريث رقم 77 لسنة 1943 أن اختلاف الدين من موانع الميراث، وهي بدورها من القواعد الأساسية التي تسند إلى نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية و بالتالي تدخل في نطاق النظام العام و يمتنع معها تطبيق قانون آخر قد يأتي بحكم مخالف لها فإنه إذا كان الحكم المستأنف قد قضى بغير ذلك فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يستوجب نقضه".[3]

الفرع الثاني

التطبيقات القضائية للدفع بالنظام العام في مسائل الميراث في القضاء الفرنسي

حماية لمبدأ المساواة بين الجنسين و مبدأ حرية الدين فإن القضاء الفرنسي يعتبر منع التوارث بسبب اختلاف الدين مخالفا للنظام العام و الآداب العامة في الدولة الفرنسية ذلك أن اختلاف الدين يعد و كأنه تمييز بين الأفراد و هذا ما جاء في قضية عرضت أمام

(1) صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 442.

(2) نفس المرجع، نفس الصفحة.

(3) نفس المرجع، نفس الصفحة.

القضاء الفرنسي لطفل حرم من التوارث لعدم أهليته في الدين لأن الطفل كان مسلم الديانة وأمه مشركة.[1]

كما أن الفقه الفرنسي أخذ بالأثر المخفف بالنسبة للحقوق التي تنشأ في الخارج و يسري آثارها في فرنسا و أراد أصحابها التمسك بها داخل الأراضي الفرنسية،[2] و هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قضية حق كلا الزوجتين حيث لم تمنعهما من الميراث ولم تعتبر حقهما فيه مخالفا للنظام العام متى كان الزواج وقع في الخارج وفقا لقانون يجيزه، و ما لم تكن الزوجة الأولى فرنسية.[3]

---

(1) Paul LAGARDE, **successions**, Rép .Internat J.C. P, 1998, tome3, 4 Dalloz, 1999, P10 أشارت إليه فاطمة الزهراء زاير، **النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص133.

(2) بدر شنوف، "**الدفع بالنظام العام في منازعات الميراث و الوصية ذات البعد الدولي**"، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، العدد1، ديسمبر 2015، ص24. على الموقع الإلكتروني https://www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع 2019/02/19.

(3) Paul LAGARDE, op ,cit, p10 .133 أشارت إليه فاطمة الزهراء زاير، المرجع السابق، ص

ملخص الفصل

ما يمكن استخلاصه في هذا الفصل أن القاضي أثناء نظره في نزاع ذو بعد دولي في مسائل الميراث يعتمد على قانون جنسية المورث وقت وفاته كضابط للإسناد لمعرفة القانون الواجب التطبيق، فالمبحث الأول بيّن نطاق تطبيق قانون جنسية المورث من خلال تبيان المسائل التي تدخل في فكرة الميراث و المسائل التي تخرج عن هذا النطاق و تخضع لقانون آخر غيره، أما المبحث الثاني فقد بين الصعوبات التي قد تعترض القاضي أثناء فصله في النزاع وذلك في حالة إما تنازع الجنسيات أو في حالة إثباتها و تفسيرها، بالإضافة إلى تبيان كيفية إعمال النظام العام و كيفية تطبيقه على المستوى القضائي في حالة مساس القانون الأجنبي بالمقومات الوطنية و الركائز الجوهرية للدولة.

الفصل الثاني

القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الوصية

الفصل الثاني

القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الوصية

نصّت المادة 184 ق أ على أن الوصية "**هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع**" فمن خلال هذا النص يتضح بأن الوصية من التصرفات التبرعية التي تتم بدون عوض و أنها تتم بالإرادة المنفردة للشخص[1] فهي تصرف غير ملزم إذ أنها لا تنتج أية آثار إلا بعد وفاة الموصي،[2] وذلك وفقا لما هو مقرر شرعا و قانونا.[3]

بالإضافة إلى أنها ترتبط بالأحوال الشخصية و يحكمها قانون جنسية الموصي[4] أومن صدر منه التصرف بعد موته هذا ما جاء في مضمون المادة 16 ق أ و ما أكدته بعض التشريعات العربية الأخرى.

إن الوصية لا تختلف عن الميراث فكلاهما يعتبر خلاَفة لما بعد الموت، فنظرا للارتباط الوثيق بينهما إلا أن ذلك لا يمنع من وجود الاختلاف بين المسألتين.

فعلى اعتبار أن الوصية من التصرفات القانونية النافذة لما بعد الموت فإن لكل تصرف قانوني مسائل موضوعية تتعلق بالموضوع و أخرى شكلية تتعلق بشكل التصرف.

و لهذا ارتأينا دراسة نطاق تطبيق قانون جنسية الموصي على المسائل الموضوعية للوصية في(المبحث الأول) وكذا نطاق تطبيق قانون جنسية الموصي على المسائل الشكلية في(المبحث الثاني).

(1) عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص303.

(2) صادق هشام وعكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص318.

(3) محمد حبار، المرجع السابق، ص 143.

(4) أحمد الفضلي، المرجع السابق، ص 124.

المبحث الأول

نطاق تطبيق قانون جنسية الموصي على المسائل الموضوعية للوصية

من أهم المسائل الموضوعية للوصية الأهلية و عيوبها و القدر الجائز الإيصاء به سواء عند وجود ورثة أو في حالة عدم وجودهم بالإضافة إلى الأشخاص الذين يجوز الإيصاء لهم و كذا شروط الرجوع فيها[1]...الخ.

بالرغم من أن هذه المسائل تعتبر واحدة في مجملها إلا أن هناك من يفرق بينها، فهناك من يقسمها إلى مسائل ترتبط بأحكام الميراث و تعتبر كوسيلة متصلة بالوصية لانتقال التركة و آخر يقسمها كتصرف إرادي و قانوني منفصل عن التركة، فالأولى تخضع للقانون الشخصي باعتبارها عنصر من عناصر الحالة الشخصية، أما الشروط الثانية فتخضع للقانون الذي يحكم الأعمال القانونية.[2]

ولذلك سيتم دراسة المسائل التي تخضع لقانون جنسية الموصي وقت وفاته في (المطلب الأول) بالإضافة إلى المسائل التي تخضع لقانون جنسية الموصي وقت الإيصاء في(المطلب الثاني).

المطلب الأول

المسائل التي تخضع لقانون جنسية الموصي وقت وفاته

وهي تلك المسائل التي ترتبط بالميراث و تتصل به و تؤثر فيه لذا هناك شروط و حدود يجب مراعاتها وعدم تجاوزها[3] تتمثل في موانع الإيصاء طبقا للمادة 188 ق أ [4]، بالإضافة

(1) غالب الداودي وحسن محمد الهداوي، **القانون الدولي الخاص (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي)**، ج1، ص 116. على الموقع الإلكتروني www .bibliotdroit.com.، تاريخ الإطلاع 2019/05/15.

(2) عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 303.

(3) دليلة تريكي، **القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث**، صادرة عن المجلة الأكاديمية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، عدد خاص، 2015، ص 266. على الموقع الإلكتروني https://www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع 2019/03/23.

(4) نصت المادة 188 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا".

إلى مدى حرية الموصي في الإيصاء من حيث القدر الجائز الإيصاء به طبقا لنص المادة185ق أ.

و على إثر ذلك سيتم دراسة موانع الإيصاء في(الفرع الأول) و مدى حرية الموصي في الإيصاء في(الفرع الثاني).

الفرع الأول

موانع الإيصاء

أجازت الشريعة الإسلامية صحة الوصية ولو مع اختلاف الدين بين الموصي والموصى له فقد أشارت المادة 200 ق أ، وكذلك الحال في المادة 9 من القانون المدني المصري الذي أجاز أيضا الوصية مع اختلاف الدين.[1]

لقد اختلف الفقهاء بشأن وصية المرتد وصحتها فهناك من يرى بأن وصيته موقوفة فإذا عاد إلى الإسلام عدت وصيته صحيحة أما إذا أصر على ردته فتعتبر تصرفاته و منها الوصية باطلة،[2] فقد أخذ المشرع الكويتي بذلك في المادة 215 التي تنص بأن "**وصية المرتد و المرتدة نافذة إذا عاد إلى الإسلام**"،[3] غير أن القانون الجزائري لم يتطرق إلى الردة في الوصية مطلقا مما يستوجب لنا الرجوع إلى نص المادة 138 ق أ.[4]

لقد مُنع الموصي له القاتل عمدا للموصي من الوصية بغير عذر شرعي أو قانوني بموجب الشريعة الإسلامية و بموجب القانون في نص المادة 188 ق أ" **لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدًا**" و في مقابل ذلك جواز الوصية للحمل مع اشتراط ولادته حيا طبقا لنص المادة 187 ق أ" **تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيّا، وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو مع اختلاف الدّين**".

---

(1) محمد زهدور، **الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية، د ط**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص 72.

(2) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص ص 251-252.

(3) زكي الدين شعبان و أحمد الغندور، **أحكام الوصية و الميراث و الوقف في الشريعة الإسلامية**، ط1، مكتبة الفلاح، الكويت، 1984، ص69.

(4) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص ص 251-252.

الفرع الثاني

مدى حرية الموصي في الإيصاء

إن الوصية تعتبر جائزة في حدود الثلث لغير الوارث و ما زاد عن ذلك متوقفة على إجازة الورثة طبقا للمادة 185 ق أ " **تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة**"، فالوصية لغير الوارث تجوز دون إجازة من الورثة و لكن في حدود الثلث فقط غير أن هناك رأيين مختلفين في ذلك: فالأول يرى بأنه يجب إجازتها من الورثة إذا جاوزت الثلث، وآخر يرى بأنه في حالة تجاوزها الثلث تكون باطلة.[1]

لقد اختلف الفقهاء في تعيين اللحظة التي يعتد بها في تقدير الوصية فقيل يوم الوفاة باعتباره الوقت الأصلح للتمليك سواء قُسَمت التركة في هذا الوقت أم لا، و قيل يوم الوصية بغض النظر عما يحدث بعد ذلك من زيادة أو نقصان، كما يقال أيضا يوم القسمة لأنه الوقت التي تستقر فيه الملكية و تنفذ فيه بالوصية بالفعل.[2]

فبالرغم من اختلاف الآراء إلا أن الراجح منها هو الذي يعتبر تقديرها يوم الوفاة و هو ما لا يتعارض مع ما يحدث في المال من زيادة أو نقصان و ما يتناسب أيضا مع الواقع وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري.[3]

المطلب الثاني

المسائل التي تخضع لقانون جنسية الموصي وقت الإيصاء

هي تلك المسائل المتعلقة بتنظيم الوصية بوصفها تصرفا إراديا تتم بالإرادة المنفردة للشخص كأهلية الموصي للإيصاء و صحة الإرادة، تخضع لقانون جنسية الموصي وقت

(1) محمد زهدور، المرجع السابق، ص 56.

(2) محمد مصطفى الشحاتة الحسيني، **الأحوال الشخصية في الولاية و الوصية و الوقف، د ط**، مطبعة دار التأليف، مصر، 1976، ص71. على الموقع الإلكتروني.www.Noorbooks.com، تاريخ الإطلاع 2019/05/15.

(3) محمد مصطفى الشحاتة الحسيني، المرجع السابق، ص71.

الإيصاء و ليس وقت وفاته فالأهلية و صحة إرادة الموصي كلاهما يخرج عن فكرة الميراث فلا رابطة بينهما و بين الميراث.[1]

لذا ستتم دراسة هذا المطلب على النحو الآتي: أهلية الموصي للإيصاء في(الفرع الأول) و كذا صحة إرادة الموصي في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أهلية الموصي للإيصاء

على اعتبار أن الوصية عمل إرادي فيجب لذلك أن تتوافر أهلية التبرع عند صدورها،[2] فقد نصت المادة 16 ق أ ج على أنه "**يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا 19 سنة على الأقل**" فمن مضمون هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري اشترط لصحة الوصية ضرورة توفر الأهلية الكاملة و ذلك ببلوغ الموصي أهلية التبرع و هي 19 سنة فالبلوغ هو مناط التكليف الشرعي،[3] و كذا سلامة العقل معنى ذلك أن يكون الموصي أثناء قيامه بالإيصاء متمتعا بكامل قواه العقلية أي لا تعتري أهليته أي عيب من عيوبها كالجنون و السفه و العته و الغفلة وإلا عدت وصيته باطلة.[4]

لقد تضاربت الآراء الفقهية حول القانون الذي يحكم هذه الأهلية فالرأي الأول يخضعها لقانون الموصي وقت الإيصاء أما الرأي الثاني فيخضعها لقانون الموصي وقت وفاة الموصي أما الرأي الثالث فيجمع بين وقت الإيصاء ووقت الوفاة بحسبان أن الوصية تصرف غير لازم يمكن الرجوع فيها من قبل الموصي قبل وفاته.[5]

أما الرأي الراجح من بين هذه الآراء فهو خضوع الأهلية لجنسية الموصي وقت عمل الوصية و هو الوقت الأصلح لصحة الوصية.[6]

---

(1) فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 152.

(2) أحمد عبد الحميد عشوش، **القانون الدولي الخاص**، المستوي الرابع لكلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، 2012، ص 338. www.pdffactory.com، تاريخ الإطلاع 2019/05/15.

(3) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 253.

(4) نفس المرجع، ص 254.

(5) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 954.

(6) نفس المرجع، نفس الصفحة.

الفرع الثاني

صحة إرادة الموصي

إن أساس صحة الوصية متوقف على إرادة الموصي لذلك وجب أن تكون هذه الأخيرة صحيحة غير مشوبة بعيب من العيوب كالغلط و التدليس و الإكراه، فإذا كانت إرادة الموصي معيبة فإن ذلك يؤثر على وصيته وبالتالي يبطل التصرف و تعتبر وصيته باطلة، فعلى اعتبار أن الوصية كسائر التصرفات القانونية الأخرى تنتج آثارها بعد الموت أو تنفذ ما بعد الموت لذلك وجب توفر الرضا الاختياري الحقيقي و إلا عدت غير صحيحة، فمن المتفق فقها و قانونا أن وصية الهازل و المكره و المخطئ تعتبر باطلة لعدم توفر شرط الرضا الاختياري فهذا الأخير هو أساس جميع العقود القانونية والتصرفات لذا ففي حالة عدم توفره يكون التصرف باطلا.[1]

المطلب الثالث

إعمال فكرة النظام العام في مسائل الوصية

إنّ أحكام الوصية قطعية الدلالة مستمدة من الشريعة الإسلامية فلعل هذا ما يميز الوصية في الدول العربية عنها في الدول الغربية، فإنه يمكن للقانون الأجنبي الواجب التطبيق أن يمس بالمقومات الأساسية للدولة و ذلك في حالة ما إذا كان هذا القانون يبيح الوصية لقاتل الموصي أو لعشيقته أو حتى يمنع الإيصاء لاختلاف الجنس أو اللون أو يمنع ذلك وفقا للمعتقدات السياسية.[2]

ولذا سيتم دراسة التمييز بين النظام العام الداخلي و النظام العام الدولي في تنازع القوانين في (الفرع الأول)، وكذا التطبيقات القضائية للدفع بالنظام العام في مسائل الوصية في(الفرع الثاني).

(1) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 255.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص961-962.

الفرع الأول

التمييز بين النظام العام الداخلي و النظام العام الدولي في تنازع القوانين

إن كل من النظام العام الداخلي و نظيره في تنازع القوانين يهدفان إلى حماية مصلحة الدولة عامة و الأفراد خاصة و كلاهما يعتبر بمثابة صمام الأمان يمنع كل ما يخالف النظام في المجتمع، فعلى الرغم من أن هدفهما واحد إلا أن ذلك لم يمنع من وجود الاختلاف بينهما.[1]

يختلف النظام العام الداخلي عنه في تنازع القوانين في كون النظام العام الداخلي يكون بين أطراف وطنية بشأن علاقة وطنية بجميع عناصرها، أما الآخر فلا يكون إلا في حالة ما إذا كانت العلاقة مشوبة بعنصر أجنبي هذا من جهة، من جهة أخرى النظام العام الداخلي يبطل التصرف في حين أن النظام العام في تنازع القوانين لا يبطل التصرف و إنما يغير فقط من أثره و يغير القانون الواجب التطبيق بقانون آخر يحل محله.[2]

وكذلك يعتبر النظام العام الداخلي أوسع نطاق من النظام العام في تنازع القوانين ذلك أن الأول يستخدم كوسيلة للحيلولة دون الخروج الإرادي عن أحكام القواعد الآمرة غير أن الثاني أي النظام العام في تنازع القوانين فهو كأداة استثنائية وجب قصره في الحالات الاستثنائية التي يهدد فيها القانون الأجنبي مصلحة أساسية لحياة المجتمع.[3]

(1) سعيد يوسف البستاني، **القانون الدولي الخاص، ط** 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 227.

(2) حسن الهداوي، **القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني(دراسة مقارنة)**، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997، ص 188.

(3) نفس المرجع، ص 189، أنظر كذلك سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 228.

الفرع الثاني

التطبيقات القضائية للدفع بالنظام العام في مسائل الوصية

أولا: في القضاء الجزائري والمصري

نصّ المشرع الجزائري صراحة على إجازة الوصية مع اختلاف الدين وذلك طبقا لنص المادة 200 من ق أ حيث نصت على أنه " **تصّح الوصية مع اختلاف الدين**".

وكذلك القضاء المصري تصدى في عدة قرارات لمسألة المقدار المسموح به في الوصية وهو أيضا يكون في حدود الثلث وإذا تجاوز ذلك فيجب أن يجيزها الورثة و أبرز ما يوضح ذلك قضية بين لبنانيين مسيحيين تجاوزت فيها الوصية ثلث التركة، حيث قررت محكمة النقض في هذه القضية أن مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون المصري في تحديد المقدار الجائز الإيصاء به بالنسبة لغير المسلمين لا يتعارض مع النظام العام في مصر.[1]

وكذلك القضية التي تتعلق بوصية أبرمها إسباني لصالح زوجته أوصى بجميع أمواله لها بشرط ألا تتزوج بعد وفاته، فقررت محكمة النقض المصرية " أنه لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق وفقا للمادة 28 من القانون المدني إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة".[2]

ولما كانت الوصية بالمنافع جائزة في الشريعة الإسلامية باتفاق الأئمة الأربعة وتعتبر صحيحة وفقا لأحكام القانون المدني وقانون الوصية رقم71 لسنة 1946، فإنه لا يدخل في نطاق مخالفة النظام العام مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في تحديد القدر الذي تجوز فيه الوصية لغير المسلمين أو طريقة الانتفاع بالموصي به، أو ترتيب الموصى لهم بحق الانتفاع..." [3]

---

(1) بدر شنوف، المرجع السابق، ص201.

(2) نفس المرجع، نفس الصفحة.

(3) حكم جلسة 19 يناير 1977، أحكام النقض، السنة28، الجزء الأول، ص276-282، أشار إليه صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص ص455-456.

ثانيا: في القضاء الفرنسي

تصدى القضاء الفرنسي لمسألة موانع الوصية القائمة على اعتبارات التمييز العنصري فمنع تطبيق القوانين الأجنبية التي تقرر موانع من هذا النوع باسم النظام العام، كما يُعتبر باطلا في فرنسا كل شرط يقيد استحقاق الوصية بشروط تتنافى والمبادئ السائدة في فرنسا، ومن ذلك ما قضت به محكمة السان عندما أبطلت شرط ورد في وصية أجرتها جدة لحفيدتها مضمونه عدم الزواج بيهودي.[1]

(1) قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في: 22 جانفي 1947، أشارت إليه فاطمة الزهراء زاير، المرجع السابق، ص ص137-138.

المبحث الثاني

نطاق تطبيق قانون جنسية الموصي على المسائل الشكلية للوصية

تعد الشكلية من وسائل الإثبات في جميع العقود و التصرفات القانونية، و على اعتبار أن الوصية تصرف قانوني أساسها إرادة الشخص فلابد من إظهار هذه الإرادة إلى العالم الخارجي[1] و هذه الإرادة قد تكون في قالب رسمي الذي يتم بمحرر على يد موثق مختص أو في قالب عرفي و يتم ذلك بكتابة ورقة مخطوطة باليد و موقع عليها،[2] فنظرا لتعدد الدول واختلاف القوانين فيما بينها فهي بالتالي تختلف من دولة لأخرى، فهناك قوانين بعض الدول تجيز الوصية العرفية إذا كانت مكتوبة بخط يد الموصي وموقعا عليها من قبله دون حاجة إلى توثيقها رسميا كما في القانون الفرنسي والعراقي.[3]

أما في دول أخرى فتثبت قوانينها على أنه لا تجوز الوصية ما لم تكن موثقة رسميا ويمنع عن مواطنيها القيام بتحريرها عرفيا في الداخل و الخارج حتى لا تعتبر باطلة، كما في القانون اللبناني و التركي والهولندي،[4] أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص صراحة على أن الوصية تثبت أمام الموثق في شكل تصريح مع تحرير عقد بذلك هذا ما نصت عليه المادة 191 ق أ.[5]

وعلى إثر ذلك سيتم تقسيم المبحث إلى مايلي: ضابط الإسناد في المسائل الشكلية للوصية في(المطلب الأول) و كذا المسائل التي تخضع لقانون شكل الوصية في(المطلب الثاني).

---

(1) عامر محمد الكسواني، **تنازع القوانين**، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2010، ص193.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 963.

(3) حسب نص المادتيين65-66 من قانون الأحوال الشخصية العراقي" لا تعتد بالوصية إلا إذا كانت بدليل كتابي موقع من الموصي أو مبصوم بختمه أو طبعة إبهامه. فإذا كان الموصي به عقارا أو مالا منقولا تزيد قيمته على خمسمائة دينار وجب تصديقه من الكاتب العدل، ويجوز إثبات الوصية بالشهادة إذا وجد مانع مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي، والوصية المنظمة من قبل المحاكم والدوائر المختصة قابلة لتنفيد إذا لم يعترض عليها من قبل ذي العلاقة". غالب علي الداودي و حسن الهداوي، المرجع السابق، ص118.

(4) نفس المرجع، نفس الصفحة.

(5) نصت المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري على أن: تثبت الوصية:

1. بتصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك،

و في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، و يؤشر به على هامش أصل الملكية.

المطلب الأول

ضابط الإسناد في المسائل الشكلية للوصية

لقد أحال المشرع الجزائري خضوع شكل الوصية للأصل العام الذي يحكم التصرفات القانونية[1] هذا ما نصت عليه المادة 19 ق م، فقد شهد النص عدة ضوابط اختيارية ومن بين هذه الضوابط قانون المكان الذي تمت فيه أو ما يعرف ذلك بقاعدة Locus.

وعلى إثر ذلك سنقتصر في موضوعنا على ضابط الإسناد المتمثل في قانون البلد الذي أبرم فيه التصرف بالإضافة إلى بقية الضوابط الأخرى وذلك من خلال التطرق إلى خضوع شكل الوصية لقانون البلد محل الإبرام في (الفرع الأول) و مدى خضوع الوصية في جانبها الشكلي لبقية الضوابط الاختيارية المذكورة في المادة 19 ق م في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

خضوع شكل الوصية لقانون البلد محل الإبرام

المقصود من هذه القاعدة أن الجزائري في الخارج يمكنه أن يحرر وصيته وفقا للشكل الذي يقتضيه القانون المحلي أي القانون المحلي الأجنبي بالنسبة إليه، أما الأجنبي المتواجد في الجزائر فيمكنه أيضا أن يحرر وصيته وفقا لما يقتضيه القانون المحلي أي القانون الجزائري بالنسبة له، وعلى إثر ذلك للجزائري المقيم بالخارج حق الاختيار بين أن يحرر وصيته إما وفقا للشكل المحلي أي وفق القانون الأجنبي أو حسب ما تقضيه أحكام القانون الجزائري.[2]

أخضع المشرع شكلية الوصية لقاعدة Locus،[3] و استجاب لدواعي المنطق أيضا لأنه لم يخضع شكل الوصية لذات القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية باعتبار أن ذلك فيه

---

(1) أحمد عبد النور، **محاضرات القانون الدولي الخاص الأسري**(مقدمة لطلبة السنة الأولى ماستر قانون الأسرة)، المركز الجامعي نور البشير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البيض، 2017/2016، ص 68. على الموقع الإلكتروني http:// www.cu.elbayadh.dz، تاريخ الاطلاع 2019/05/09.

(2) كمال عليوش قربوع، المرجع السابق، ص 270.

(3) علي علي سليمان، **مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري**، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005، ص 82.

عنت للموصي أو المتصرف لأنه لا يعلم هذا القانون سلفا، فقد يؤدي إلى إبطال أو بطلان الوصية لما قد يطرأ تغيير على جنسية الموصي بعد عمل الوصية أو التصرف قبل الوفاة.[1]

إن الحكمة من إخضاع شكل التصرف هو ملائمة الشكل المحلي لسلامة المعاملات بين الناس إذ أن قواعده تكون بالضرورة أقرب منالا لهم و سهلة المعرفة لدى المتعاقدين، خاصة إذا ما اقتضى الأمر أن يتقدموا إلى من يقومون في هذا المحل بتحرير العقود فإذا احترم المتعاقدين الشكل الذي يتطلبه قانون المحل، أذى ذلك إلى طمأنتهم على صحة تصرفاتهم و على سلامتها من حيث المظهر، فبما أن الاعتبار الأول في تطبيق قاعدة Locus هو تسهيل المعاملات و تيسير الحصول على ما يقتضي به القانون المحلي لصحة الشكل، كما للمتعاقدان أن يختارا تطبيق قانون جنسيتهما المشتركة على شكل تصرفهما إذا كانا أعرف بقواعد الشكل التي يتطلبها هذا القانون.[2]

الفرع الثاني

مدى خضوع الوصية في جانبها الشكلي لبقية الضوابط الاختيارية المذكورة في المادة 19

يخضع شكل الوصية للقاعدة العامة التي تحكم شكل التصرفات[3]وهذا استثناء قام به المشرع الجزائري نظرا للطبيعة الخاصة التي تتمتع بها الوصية، فهي تُعتبر من التصرفات الإرادية[4] حيث أخضع شكل الوصية للمادة 19 من ق م التي تنص على:"تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية". مما يفهم أن المشرع الجزائري أحال شكل الوصية إلى عدة ضوابط اختيارية لكن في الأصل هي تخضع لضابطين فقط هما قانون المكان الذي تمت فيه أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية أما ما بقي من

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 965.

(2) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 85.

(3) أحمد عبد النور، المرجع السابق،ص68.

(4) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص278.

الضوابط الأخرى فلا تخضع لها الوصية باعتبارها تصرف قانوني بالإرادة المنفردة وليست بعقد.

المطلب الثاني

المسائل التي تخضع لقانون شكل الوصية

تختلف و تتعدد الأشكال[1] الخاضعة لقاعدة قانون المحل الذي يحكم شكل التصرف فليست كل هذه الأشكال تخضع لهذه القاعدة فهناك أشكال مطلوبة لانعقاد التصرف و أخرى مقررة لإثباته.[2]

وعلى هذا الأساس سيتم التطرق إلى الشكل المقرر لانعقاد التصرف في(الفرع الأول) وكذا الشكل المقرر لإثبات التصرف في(الفرع الثاني).

الفرع الأول

الشكل المقرر لانعقاد التصرف

قد يتطلب القانون شكل معين لإبرام التصرف كضرورة اشتراط الكتابة الرسمية في العقارات و الشركات فلقد اختلف الفقه وخاصة الفرنسي في شأن تلك المسألة مما أدى إلى ظهور رأيين:

فالأول يرى بأن استلزام شكل معين للتصرف أو عدم استلزامه مسألة تخضع للقانون الذي يحكم الموضوع وبالتالي فهي مسألة موضوعية، حجتهم في ذلك أن المشرع يهدف لحماية الإرادة بضرورة إفراغ التصرف في شكل معين مما يعني أن هذا الشكل مسألة موضوعية يخضع لقانون الإرادة، فيجب الرجوع لذلك لمعرفة ما إذا كانت الرسمية ركن في

(1) إضافة لذلك هناك أشكال أخرى فمنها الخاصة بشهر التصرف والعلانية و منها المكملة للأهلية وهي مسائل متعلقة بالموضوع ولا علاقة لها بالشكل، تناوله أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 324.

(2) الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)**، ج 1، ط2، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2013، ص 236.

التصرف القانوني أم لا، فإذا كان ذلك القانون يعتبرها ركن في التصرف فحتى و لو كان قانون بلد الإبرام لا يتطلبها فيجب احترامها.[1]

أما الرأي الثاني الذي يتزعمه القضاء و على رأسه محكمة النقض الفرنسية، فيرى بأن إذا كان الشكل لازما لانعقاد التصرف أم لا يجب الرجوع إلى قانون بلد الإبرام، فهذا الرأي يقوم على اعتبارات من بينها التيسير على المتعاقدين و التي تقوم على قاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام، فإذا كان التصرف رضائي وبلد الإبرام لا يستلزم الكتابة الرسمية له أما القانون الذي يحكم الموضوع يستلزم الكتابة الرسمية كركن في التصرف القانوني ففي هذه الحالة لا يفرض على المتعاقدين الشكل الرسمي.[2]

إضافة لحجة هذا الرأي هناك حجة عملية تحدث في بعض الفروض فإذا كان بلد الإبرام لا يفرض الشكل الرسمي بتدخل موظف عام لتحرير ذلك التصرف القانوني وهو الموثق في حين القانون الذي يحكم الموضوع يستلزم ضرورة تدخل ذلك الموظف لتحريره ففي هذه الحالة يستحيل على الأطراف إبرام تصرفاتهم القانونية في هذا البلد لعدم وجود ذلك الموظف.[3]

الفرع الثاني

الشكل المقرر لإثبات التصرف

إنّ مسألة إثبات الدليل الكتابي للتصرف القانوني و قوة إثباته مسألة تقوم على أساس لزوم أو عدم لزوم الدليل الكتابي تخضع للقانون الذي يحكم الشكل و هو قانون بلد الإبرام حسب الرأي الراجح للفقه، فإذا كان مثلا القانون الذي يحكم الشكل أو قانون بلد الإبرام لا يستلزم الدليل الكتابي للتصرف القانوني أما القانون الذي يحكم الموضوع يستلزم لإثبات ذلك التصرف الدليل الكتابي له كضرورة وجوب الكتابة الرسمية للتصرف القانوني أو ضرورة

(1) عيسى زرقاط، **القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية**، ملتقى وطني الموسوم بـ" تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور"، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 21 و 22 أفريل 2010، ص 105.على الموقع الإلكتروني https//manifest.univ-ouargla.dz ، تاريخ الإطلاع 2019/03/01.

(2) نفس المرجع، نفس الصفحة.

(3) نفس المرجع، نفس الصفحة.

ثبوت التاريخ لذلك التصرف، فهنا وفقا لما يقتضيه القانون الذي يحكم الشكل يجوز إثبات التصرف القانوني بغير الدليل الكتابي.[1]

أما إذا كان القانون الذي يحكم الشكل أي قانون بلد الإبرام يستلزم الدليل الكتابي لإثبات التصرف القانوني و قانون القاضي لا يستلزم ذلك فهنا يجب إثبات ذلك التصرف وفق ما يقتضيه القانون الذي يحكم الشكل أي لزوم الدليل الكتابي، غير أن هناك جانب من الفقه تيسيرا للمتعاقدين يرى بأنه مادام قانون القاضي يسمح بإثبات التصرف بغير الدليل الكتابي فلا ضرورة لاستلزام الدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون الذي يحكم الشكل.[2]

(1) عيسى زرقاط، المرجع السابق، ص ص 105-106.

(2) نفس المرجع، نفس الصفحة.

ملخص الفصل

ما يمكن استخلاصه في هذا الفصل أن القاضي أثناء نظره في نزاع ذو بعد دولي يعتمد على قانون جنسية الموصي وقت الوفاة كضابط للإسناد في مسائل الوصية، فالمبحث الأول بين نطاق تطبيق قانون جنسية الموصي على المسائل الموضوعية و التي تخضع إما لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة لارتباطها الوثيق بينها و بين الميراث أو لقانون جنسية الموصي وقت الإيصاء باعتبارها تصرف إرادي منفصل عن التركة بالإضافة إلى تبيان كيفية إعمال النظام العام على المستوى القضائي في الدول العربية و كذا الغربية، أما المبحث الثاني فقد بين نطاق تطبيق قانون جنسية الموصي على المسائل الشكلية للوصية من خلال توضيح مدى خضوع هذه المسائل للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية و لقانون البلد محل الإبرام وفقا لقاعدة Locus بالإضافة إلى تبيان الحكمة من هذه القاعدة في تسهيل المعاملات و تيسير الحصول على ما يقتضي به القانون المحلي لصحة الشكل.

الخاتمة

الخاتمة

تعدّ الجنسية في مسائل الوصية و الميراث ضابط للإسناد على علاقة ذات عنصر أجنبي، والمؤشّر لتحديد نطاق القانون الأجنبي الواجب التطبيق و ذلك من خلال توضيح المسائل التي تدخل في نطاق هذا القانون، و يطبق عليها القانون الشخصي أما المسائل التي تخرج عن نطاق هذا القانون فيطبق عليها قانون آخر.

و على إثر دراسة موضوع القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الميراث و الوصية تم التوصل للنتائج الآتية:

– من حيث نطاق تطبيق قانون جنسية المورث: تخضع المسائل التي تدخل في نطاق هذا القانون لقانون جنسية المورث وقت وفاته لارتباطها بالأشخاص أما المسائل التي تخرج عن هذا النطاق المتعلقة بالأموال فتخضع لقانون موقع الأموال.

– على الرغم من الارتباط الوثيق بين الوصية و الميراث إلا أن ذلك لا يمنع من الاختلاف بينهما كون الوصية تصرف قانوني أساسها إرادة الشخص أما الميراث فهو واقعة قانونية تنشأ بحكم القانون بطريق القرابة أو الزوجية.

– يطبق القاضي قانون الجنسية الجزائرية إذا كانت موجودة من بين الجنسيات المتنازعة في مسائل الميراث والوصية وفي حالة عدم وجودها يطبق قانون الجنسية الحقيقية و ذلك حسب المادة 22.

– نظرا لقيام مسائل الميراث و الوصية على اعتبارات أسرية يعامل القانون الأجنبي معاملة القانون الداخلي فالقاضي ملزم بإثبات و تفسير هذا القانون.

– على اعتبار أن النظام العام يعد بمثابة صمام الأمان لذلك يستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الميراث و الوصية أمام القاضي الوطني إذا كان هذا القانون يمس بالنظام العام الدولي.

– من حيث نطاق تطبيق قانون جنسية الموصي على المسائل الموضوعية للوصية فهناك من الآراء الفقهية من يُخضع ضابط الإسناد إلى جنسية الموصي وقت الوفاة لارتباطها الوثيق بالميراث وهناك من يخضعها لجنسية الموصي وقت الإيصاء على اعتبار أن الوصية

تصرف إرادي منفصل عن التركة، وهناك من يجمع بين جنسيتين وقت الإيصاء و وقت الوفاة على أساس أن الوصية تصرف غير لازم يمكن الرجوع فيها.

– لقد أحال المشرع الجزائري شكل الوصية للأصل العام الذي يحكم شكل التصرفات القانونية فوضع بذلك عدة ضوابط اختيارية طبقا لنص المادة 19 ق م فيخضع شكل الوصية إما لقانون المكان الذي تمت فيه أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

وعلى ضوء دراسة هذا الموضوع فقد تم التوصل للاقتراحات الآتية:

- تعديل المادة 16 من ق م فيما يخص الشروط الموضوعية للوصية بحيث يفرِّق بين ما يخضع لقانون جنسية الموصي وقت وفاته والمتمثل في موانع الإيصاء ومدى حرية الموصي في الإيصاء وما يخضع لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة ووقت الإبرام كأهلية الموصي لأن الوصية تصرف يجوز الرجوع فيها من قبل الموصي قبل وفاته.
- ضرورة وضع نص خاص يحكم الجانب الشكلي للوصية بحيث تخضع الوصية إما لقانون جنسية الموصي وقت الإيصاء وليس وقت الوفاة أو لقانون مكان بلد الإبرام.

المراجع و المصادر المعتمدة

المصادر و المراجع المعتمدة

I. باللغة العربية

أولا: قائمة المصادر

(أ)- القوانين الداخلية

1. القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق ل 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 44.
2. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ، الموافق ل 9 جوان 1984، المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 15.
3. القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المؤرخ في 25 فيفري 2008، الجريدة الرسمية العدد 21.

ثانيا: قائمة المراجع :

(أ)- الكتب القانونية :

1. أحمد الفضلي، **الموجز في القانون الدولي الخاص**، د ط، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2004.
2. أحمد عبد الحميد عشوش، **القانون الدولي الخاص**، المستوي الرابع لكلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، 2012. www.pdffactory.com، تاريخ الإطلاع 2019/05/15.
3. أحمد عبد الكريم سلامة، **الأصول في التنازع الدولي للقانون**، د ط ، دار النهضة العربية، مصر، 2008.

4. أحمد محمد علي داود، **الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه و القانون**، ط1، دار الثقافة، عمان، 2007.
5. أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري(تنازع القوانين)**، ج1، ط13، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
6. بدران أبو العينين بدران، **الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري والقانون (الزواج و الطلاق)**، ج1، د ط، دار النهضة العربية، بيروت، د س ن.
7. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **أحكام الميراث في الفقه الإسلامي و القانون والقضاء**، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007.
8. حسن الهداوي، **القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني(دراسة مقارنة)**، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997.
9. حفيظة السيد حداد، **الموجز إلى الجنسية والمركز الأجانب**، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
10. الرشيد بن شويخ، **الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري**، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع 05، الجزائر، 2008.
11. زكي الدين شعبان و أحمد الغندور، **أحكام الوصية و الميراث و الوقف في الشريعة الإسلامية**، ط1، مكتبة الفلاح، الكويت، 1984.
12. سعيد يوسف البستاني، **القانون الدولي الخاص**، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
13. صلاح الدين جمال الدين، **القانون الدولي الخاص (الجنسية و تنازع القوانين)**، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.
14. الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)**، ج1، ط2، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2013.
15. الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص علما و عملا**، ج1، ط1، مطبعة الفسيلة، الجزائر، د س ن.

16. عامر محمد الكسواني، **تنازع القوانين**، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2010.
17. عبد الرزاق السنهوري، **أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع و حق الارتفاق)**، ج9، د ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د س ن.
18. عبده جميل غصوب، **دروس في القانون الدولي الخاص**، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان، 2008.
19. العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ج2، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
20. عز الدين عبد الله، **القانون الدولي الخاص**، ج2، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986.
21. عطاء الله فشار، **أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري**، ط2، دار الخلدونية، الجزائر ، 2008.
22. علي علي سليمان، **مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري**، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005.
23. غالب الداودي وحسن محمد الهداوي، **القانون الدولي الخاص (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي)**، ج1، على الموقع الإلكتروني www.bibliotdroit.com تاريخ الإطلاع 2019/05/15.
24. فؤاد ديب، **القانون الدولي الخاص2**، د ط، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، 2018. على الموقع الإلكترونيhttps://pedia.svuonline.org تاريخ الإطلاع 2019/03/17.
25. كمال عليوش قربوع، **القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)**، ج1، ط2، دار هومة، الجزائر، 2007.
26. محمد أبو زهرة، **أحكام التركات و المواريث**، د ط، دار الفكر العربي، مصر، د س ن.

27. محمد حبار، **القانون الدولي الخاص**، د ط، دار الرؤى للنشر و التوزيع، الجزائر، 2013.
28. محمد زهدور، **الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية**، د ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.
29. محمد سمارة، **أحكام التركات و المواريث في الأموال و الأراضي**، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2002.
30. محمد عبد الله بخيت، محمد عقله العلي، **الوسيط في الفقه المواريث**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007.
31. محمد كمال فهمي، **أصول القانون الدولي الخاص**، ط1، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2006.
32. محمد محده، **التركات والمواريث**، ج3، ط2، مطابع عمار قرفي، 1994، الجزائر، ص 68.
33. محمد مصطفى الشحاتة الحسيني، **الأحوال الشخصية في الولاية و الوصية والوقف، د ط**، مطبعة دار التأليف، مصر، 1976. على الموقع الإلكتروني www.Noorbooks.com، تاريخ الإطلاع 2019/05/15.
34. محمد مصطفى شلبي، **أحكام المواريث بين الفقه و القانون**، د ط، دار النهضة العربية، لبنان، 1978.
35. هشام صادق و عكاشة عبد العال، **الإجراءات المدنية و التجارية الدولية و تنفيذ الأحكام الأجنبية (تنازع القوانين)**، د ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008.
36. وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي و أدلته**، ج8، ط2، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، سوريا، 1985.

(ب)- مذكرات الماجستير

1. سهام عكوش، **القانون الأجنبي إثباتا وتفسيرا (دراسة مقارنة)**، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق في إطار مدرسة الدكتوراه، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2010/2009.
2. فاطمة الزهراء زاير، **النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010.
3. نورية شبورو، **الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص**، مذكرة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010.

(ج)- المقالات و المداخلات العلمية

1. أسماء بعلوج، **إعمال فكرة النظام العام في مجال تنازع قوانين الأحوال الشخصية**، مجلة صوت القانون، جامعة الجيلالي بونعامة بخميس مليانة، العدد 2، أكتوبر 2014، على الموقع الإلكتروني https://www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع 2019/02/01.
2. بدر شنوف، "**الدفع بالنظام العام في منازعات الميراث و الوصية ذات البعد الدولي**"، مجلة الدراسات الفقهية و القضائية، جامعة الوادي، العدد1، ديسمبر 2015. على الموقع الإلكتروني https://www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع 2019/02/19.
3. حكيم زواي، " **تنازع القوانين حول تحقق واقعة الوفاة (دراسة مقارنة)**"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة تبسة، الجزائر، العدد الثاني عشر،

ديسمبر2016. على الموقع الإلكتروني https://www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع 2019/02/19.

4. دليلة تريكي، **القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث**، صادرة عن المجلة الأكاديمية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، عدد خاص، 2015. على الموقع الإلكتروني https://www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع 2019/03/23.
5. عكاشة راجع و قويدر لوعيل، **تنازع القوانين في الميراث و الوصية و الوقف في التشريعات العربية و الاجتهاد القضائي**، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، العدد8، 2017/12/1. على الموقع الإلكتروني https://www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع 2019/03/23.
6. عيسى زرقاط، **القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية**، ملتقى وطني الموسوم بـ"تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور"، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 21 و 22 أفريل 2010 على الموقع الإلكتروني https://manifest.univ-ouargla.dz، تاريخ الإطلاع 2019/03/01.

(د)- المحاضرات

1. أحمد عبد النور، **محاضرات القانون الدولي الخاص الأسري** (مقدمة لطلبة السنة الأولى ماستر قانون الأسرة)، المركز الجامعي نور البشير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البيض، 2017/2016. على الموقع الإلكتروني http:// www .cu.elbayadh.dz، تاريخ الاطلاع 2019/05/09.
2. جمال بن عصمان، **مقياس القانون الدولي الخاص**، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثالث قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015/2014. على الموقع الإلكتروني http://www.bibliotdroit.com، تاريخ الاطلاع 2019/04/20.

3. فتيحة بشور، **محاضرات في القانون الدولي الخاص**، تنازع القوانين، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016-2017. على الموقع الإلكتروني www.mizandz.com، تاريخ الإطلاع 2019/04/01.

(هـ) المواقع الإلكترونية

- http://egyptlayer.over-blog.com.
- http:// www.representatives.jo.

II. المراجع الفرنسية

Les livres :

- Marie-Christine Meyzeaud-Garaud, **Droit international privé**, éd Bréal, Paris,2002.

Article :

- Paul LAGARDE, **successions**, Rép .Internat J.C. P, tome.3, Dalloz,1999.

فهرس المواضيع

فهرس المواضيع

الموضوع	رقم الصفحة
مقدمة	**02**
الفصل الأول: القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الميراث	**06**
المبحث الأول: نطاق تطبيق قانون جنسية المورث وقت وفاته	**08**
المطلب الأول:المسائل التي تدخل في نطاق تطبيق قانون جنسية المورث	**08**
الفرع الأول: أسباب الإرث	**09**
أولا: القرابة	**09**
ثانيا: الزوجية	**09**
الفرع الثاني: شروط ووقت استحقاق الإرث	**10**
أولا: موت المورث	**10**
ثانيا: التحقق من حياة الوارث بعد موت المورث	**11**
ثالثا: العلم بجهة القرابة بين المورث والوارث	**11**
الفرع الثالث: موانع الإرث	**12**
أولا: القتل العمد و العدوان	**12**
ثانيا: اللّعان	**12**
ثالثا: الردّة	**13**
رابعا: موت المورث والوارث معا	**13**
الفرع الرابع: بيان أنصبة الورثة و ترتيبهم	**13**
أولا: أصحاب الفروض	**14**
ثانيا: العصبة النسبية	**14**

ثالثا: ذو الأرحام	**15**
المطلب الثاني: المسائل التي تخرج عن نطاق تطبيق قانون جنسية المورث وقت وفاته	**15**
الفرع الأول: المسائل المتعلقة بمركز الأموال أو نطاق الحقوق المالية	**15**
أولا: إجراءات شهر الحقوق العينية العقارية التي تشمل عليها التركة	**16**
ثانيا: تنظيم حالة الشيوع الناجمة عن الميراث	**16**
الفرع الثاني: التركة الشاغرة و مسألة حقوق دائني التركة	**16**
أولا: حق الدولة في التركة الشاغرة	**17**
ثانيا: مسألة حقوق دائني التركة	**17**
المبحث الثاني: الإشكالات التي قد يثيرها ضابط الجنسية في مسائل الميراث	**18**
المطلب الأول: الإشكالات التي قد يثيرها ضابط الجنسية في حد ذاته	**18**
الفرع الأول: التنازع الإيجابي	**19**
الفرع الثاني: التنازع السلبي (الإحالة)	**20**
الفرع الثالث: انعدام الجنسية	**21**
المطلب الثاني: الإشكالات التي تتعلق بإثبات و تفسير قانون جنسية الأجنبي في مسائل الميراث	**22**
الفرع الأول: عبء إثبات قانون جنسية الأجنبي في مسائل الميراث	**22**
الفرع الثاني: تفسير القانون الأجنبي والرقابة عليه	**24**
أولا: كيفية تفسير القانون الأجنبي	**24**
ثانيا: رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي	**24**
المطلب الثالث: إعمال فكرة النظام العام في مسائل الميراث	**25**
الفرع الأول: التطبيقات القضائية للدفع بالنظام العام في مسائل الميراث في القضاء المصري والجزائري	**26**

الفرع الثاني: التطبيقات القضائية للدفع بالنظام العام في مسائل الميراث في القضاء الفرنسي	**28**
ملخص الفصل الأول	**29**
الفصل الثاني: القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الوصية	**30**
المبحث الأول: نطاق تطبيق قانون جنسية الموصي على المسائل الموضوعية للوصية	**31**
المطلب الأول: المسائل التي تخضع لقانون جنسية الموصي وقت وفاته	**32**
الفرع الأول: موانع الإيصاء	**32**
الفرع الثاني: مدى حرية الموصي في الإيصاء	**33**
المطلب الثاني:المسائل التي تخضع لقانون جنسية الموصي وقت الإيصاء	**33**
الفرع الأول: أهلية الموصي للإيصاء	**34**
الفرع الثاني: صحة إرادة الموصي	**35**
المطلب الثالث: إعمال فكرة النظام العام في مسائل الوصية	**35**
الفرع الأول: التمييز بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي في تنازع القوانين	**36**
الفرع الثاني: التطبيقات القضائية للدفع بالنظام العام في مسائل الوصية	**37**
أولا: في القضاء الجزائري والمصري	**37**
ثانيا: في القضاء الفرنسي	**38**
المبحث الثاني: نطاق تطبيق قانون جنسية الموصي على المسائل الشكلية للوصية	**39**
المطلب الأول: ضابط الإسناد في المسائل الشكلية للوصية	**40**
الفرع الأول: خضوع شكل الوصية لقانون البلد محل الإبرام	**40**

الفرع الثاني: مدى خضوع الوصية في جانبها الشكلي لبقية الضوابط الاختيارية المذكورة في المادة 19	**41**
المطلب الثاني:المسائل التي تخضع لقانون شكل الوصية	**42**
الفرع الأول: الشكل المقرر لانعقاد التصرف	**42**
الفرع الثاني: الشكل المقرر لإثبات التصرف	**43**
ملخص الفصل الثاني	**45**
الخاتمة	**46**
قائمة المصادر و المراجع	**48**

ملخص المذكرة

تعد الجنسية بمثابة ضابط الإسناد الذي يعتمد عليه القاضي لتحديد نطاق تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقات ذات الطابع الإرثي و الإيصائي في النزاعات المشتملة على العنصر الأجنبي، فالقاضي أثناء فصله في النزاع قد يتعرض لصعوبات إما في حالة تنازع الجنسيات أو في حالة إثباتها و تفسيرها مما يجعله ملزم بتطبيق قانون آخر، فنظرا لقيام مسائل الميراث و الوصية على اعتبارات أسرية و أحكام قانونية فإذا كان هذا القانون مخالفا لأحكام و قواعد النظام العام الدولي و يمس بالمبادئ الأساسية و الجوهرية له يتم استبعاده بدافع النظام العام.

الكلمات المفتاحية: الميراث، الوصية، ضابط الجنسية، القانون الأجنبي، النظام العام.

Rèsumè :

La nationalité appartient au juge pour déterminer le champ d'application du droit étranger applicable aux relations à caractère héréditaire et probant dans les litiges mettant en cause un élément d'extranéité. Le juge peut lors de sa révocation, se heurter à des difficultés soit en cas de conflit de nationalité, soit en cas de preuve et d'interprétation. L'application d'une autre loi, car les questions de succession et de volonté aux considérations familiales et aux dispositions légales si cette loi est contraire aux dispositions et aux règles de l'ordre public international et affecte les principes de base et le noyau est exclue de l'ordre public.

Mots-clés : héritage, Testament, Droit étranger, officier de nationalité, Ordre public.