PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

جامعة العربي بن مهيدي – أم البواقي-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

القانون الواجب التطبيق على التصرفات المادية بعد الموت ، الوصية و الميراث في القانون الدولي الخاص

مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر

- شعبة الحقوق- تخصص : قانون دولي خاص

- الطالبة : ذهبي رحماني مديرة المذكرة:. أ- راضية بن زكري

- لجنة المناقشة:

1 عائشة قصار الليل جامعة العربي أم البواقي ،أستاذة مساعدة قسم أ..... رئيسا.

2 راضية بن زكري جامعة العربي أم البواقي ، أستاذة مساعدة قسم أ ..... مشرفا ومقررا.

3 رشيد بومعزة جامعة العربي أم البواقي ، أستاذ مساعد قسم أ.....عضوا ممتحنا.

السنة الجامعية: 2016/2015.

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

تشـــكـــــــر

أتقدم بوافر الشكر و الامتنان للأستاذة " راضية بن زكري" التي

ساهمت بقدر كبير في إثرائي بالمعلومات و التوجيهات لتمكيني من إتمام

هذا العمل

و كذا أعضاء اللجنة الأفاضل رئيس و أعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بقبول

مناقشة هذه المذكرة

داعيا الله العلي القدير لهم بالتوفيق و السداد في خدمة العلم و الباحثين.

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

إهـــــــداء

أهدي ثمرة عملي المتواضع إلى :

إلى روح والدي رحمة الله عليه

والدتي الكريمة أطال الله في عمرها

إلى أسرتي

إلى أصدقائي.

إلى كل زملائي و زميلاتي في كلية الحقوق و العلوم السياسية.

إلى كل من ساعدني في انجاز هذا البحث

الطالب : ذهبي رحماني

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

مقدمة

تعتبر مسالة تنازع القوانين من أهم المسائل الأساسية التي تثار في القانون الدولي الخاص نظرا لاشتمال على عنصر أجنبي ، فيحدث اختلاف حول القانون الواجب التطبيق في العلاقات القانونية وأيهما الأفضل ف تحقيق السلم الدولي بين الإفراد لأنه إذا كانت الحالة القانونية في جميع عناصرها وطنية فلا تثار أصلا مشكلة تنازع القوانين ، وتخضع منطقيا للقانون الوطني الداخلي،لكن إذا تعددت الأنظمة القانونية في نزاع واحد، تصعب مهمة القاضي ، الذي يبحث عن انسب قانون يطبقه على أطراف الدعوى، مسترشدا بقواعد إسناده والضوابط التي منها ضمن قانونه الداخلي،لكن إذا تعددت الأنظمة القانونية في نزاع واحد ، تصعب مهمة القاضي ، الذي يبحث عن انسب قانون يطبقه على أطراف الدعوى، مسترشدا بقواعد إسناده والضوابط التي سنها ضمن قانونه الداخلي،ليحدث قواعد موضوعية متطورة مناسبة وملائمة لحل مشكلات تنازع القوانين و مطبقا فكرة النظام العام الدولي التي تواكب التشريعات الحديثة دون تعسف في حق العنصر الأجنبي محل طرف في النزاع.

كان منهج قاعدة التنازع أو قاعدة الإسناد كأداة فنية لتنظيم العلاقات و الروابط الشخصية و المالية ذات الطابع الدولي أو هو منهج قوامه قواعد إرشادية تنحصر و ضيفتها في توزيع الاقتصاد التشريعي بين مختلف الدول و هادا ما جعل الفقه الحديث بتوسع في مفهوم قواعد تنازع القوانين و يدخل فيها مفاهيم و مصطلحات جديدة مرنة تسهل على القاضي إيجاد تناسب عادل بين طرفي الدعوى لكن رغم ذلك و جدت عيوب لهذا المنهج و انحصار دوره في كثير من المجالات مما أدى إلى ضرورة تنازع منهج القواعد الموضوعية دون استغناء عن قواعد الإسناد التي تبقى الحل الأنسب للعلاقات ذات الطابع الدولي الخاص على اعتباره أن هذه القواعد موحدة تحكم كافة الأنشطة الشخصية و المالية للأفراد مع احترام النظام العام و الآداب العامة للدولة التي تطرح أمامها النزاع خاصة في تشريعاتها المدنية المتعلقة بالأحوال الشخصية

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

لارتباطها بالوازع الديني أكثر من القانون الوضعي و هو المنهج الذي سار عليه المشرع الجزائري في سنه لقواعد الإسناد طبقا للقانون المدني(المواد من 09الى 24):و خصوصا في التصرفات المادية بعد الموت كالوصية و الميراث.

إن الوصية و الميراث هي تصرفات مادية نافدة بعد الوفاة ترتب أثار مالية هامة و تعتبر من المسائل التي تثير إشكالات قانونية بشان تنازع القوانين ودلك في حالة وقوع نزاع حول تركة أو وصية يؤدي إلى تحدد القوانين الواجبة التطبيق بين طرفين احدهما وطني و أخر أجنبي مما أدى إلى إحداث خلاف نفسي و اتجاهات تشريعية مختلفة بشان تحديد قانون الذي تخضع له هذه الأحوال الشخصية و العينية فقد فرقت التشريعات بين الميراث في العقار و الميراث في المنقول و هناك من يجعل للوصية أحكام شرعية و موضوعية و أنواع مختلفة تحدد للقاضي المختص بالفصل ترسانة من قواعد الإسناد يصعب عليه إيجاد تكييف قانوني لها خاصة في حالة ما إذا كان ضابط الإسناد هو الجنسية و ما تحدثه من إشكالات قانونية من تشريع لأخر.

و تبرز أهمية الموضوع من الناحية العلمية في صدى أهمية الميراث و الوصية كناظمات أثارة نزاع حول القانون الواجب تطبيقه في حالة تعدد القواعد الموضوع لإطراف الدعوة و تمسك كل واحد بتطبيق قانون دولته و تتكون مرحلة اكتساب الحق الايصائي أو الإرثي بمجرد الوفاة فينبغي معرفة القانون الذي يحكم هذا الحق من لحظة نشأته إلى غاية زواله ضمن قوانين متزاحمة و مرحلة حماية هذه الحقوق تبرز بثبوت هذا الحق بمقتضى هدا القانون ولا تظهر **قيمته العملية** إلا إذا استطاع أطرافه حمايته عن طريق القضاء و بالتالي تحديد المحكمة المختصة في فصل النزاعات الإرثية و الإيصائية ذات العنصر الأجنبي و بالتالي ضرورة البحث عن نتائج عادلة دون إهدار حقوق الأفراد بإيجاد القانون الملائم دون انحياز للعنصر الأجنبي.

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

هناك عدة أهداف متوخاه من هذه الدراسة توضح أحكام الإرث و الوصية في ضل تنازع القوانين و مدة تلاؤمها مع النظام العام الدولي نظرا لاختلاف التشريعات من دولة لأخرى فيما يخص الثلث في الوصية مما يخالف النظام القانوني للعنصر الأجنبي محل التنازع و عليه يمكن تحديد الأهداف فيما يلي:

_ البحث عن قواعد الإسناد و الضوابط التي تحكمها على التصرفات المادية بعد الموت المتمثلة على العنصر الأجنبي.

_ معرفة تشريعات بعض الدول فيما يخص هذه التصرفات تحديد موقف المشرع الجزائري من الحقوق الميراثية و الإيصائية في ظل القانون الدولي الخاص.

_ تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه النزاعات.

تنتهي الشخصية القانونية للإنسان بالوفاة التي تعتبر واقعة قانونية يترتب عليها انتقال الصفة المالية إلى الخلف العام بمقتضى الميراث الذي يعتبر احد أسباب انتقال الملكية أو عن طريق الوصية كتصرف قانوني بإيرادات منفردة لكن هاتان المسالتان أثارت العديد من الإشكالات القانونية في القانون الدولي الخاص الجزائري فهل تم ضبط القانون الواجب التطبيق على الميراث و الوصية بقواعد إسناد تلاؤم العنصر الأجنبي؟

و تتفرع عدة تساؤلات ثانوية عن هذا الموضوعة:

_ ما هي الأحكام العامة للوصية و الميراث في القانون الدولي الخاص؟

_ ما هو القانون الواجب تطبيقه على كل تصرف منها؟

_ في أيطار المقاربة المنهجية تم الاعتماد علة المنهج الوصفي في كل الفصلين بوصف كل العناصر المكونة للموضوع.

و تم صياغة خطة البحث في سياق فصلين كالأتي:

ال**فصل الأول: أحكام الوصية في القانون الدولي الخاص**

الفصل الثاني: ضوابط الميراث في القانون الدولي الخاص

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

الفصل الأول: أحكام الوصية في القانون الدولي الخاص

تعد الوصية تصرفا ماديا نافذا بعد الوفاة، وذلك بالنظر إلى الصلة الوطيدة بينهما، فكليهما ينتج أثره بالموت، وهو حكم ينسحب على كافة التصرفات النافذة بعد الوفاة.

إن الوصية والميراث يتضمنان مسائل تتعلق بالأشخاص وبالأموال لذلك فإن الجنسية أيضا تلعب دورا هاما بالنسبة للوصية والميراث على السواء.

من بين طرق اكتساب الملكية في الجزائر طريق الوصية، وهي تصرف في التركة يضاف إلى ما بعد الموت، تنطوي على جانبين، جانب ديني، والآخر قانوني.ويعرض قانون الأسرة لأولهما، بينما يضبط القانون المدني ثانيهما، فالقانون المدني يعتبر الوصية سببا من أسباب كسب الملكية، ولكنه في نفس الوقت يحيل بشأنه إلى قانون الأسرة، وأغلب التشريعات تعتد بضابط الجنسية في أحكام الوصية، ما اتبعه كذلك المشرع الجزائري وذلك في نص المادة 16 من القانون المدني الجزائري، حيث أن تنظيم العلاقات التي تصدر من الأجانب الذين يعيشون على أرض دول أخرى و تكون فرع من فروع الدراسات القانونية يبحث أساسا في النظام القانوني لحياة الأفراد وعلاقاتهم التي تتميز عن غيرها أن أحد عناصرها يتسم بأنه عنصر أجنبي أو طرف خارجي، هذا هو ما يطلق عليه القانون الدولي الخاص أو قانون العلاقات الخاصة بالأفراد في المجال الدولي.

ورغم انقسام العالم إلى دول متميزة. لكن هذا لم يمنع الأفراد من مختلف الدول التعامل بشتى صوره عبر الحدود، فضلا عن تنقلهم الدائم من الدول التي ينتمون إليها إلى الدول الأخرى، ومن ثم نرى على إقليم كل دولة فضلا عن رعاياها عددا من الأجانب عنها، يتعاملون فيما بينهم أو فيما بيتهم وبين مواطنيها، ولتنظيم هذه العلاقات تكون فرع من فروع الدراسات القانونية يبحث أساسا في النظام القانوني لحياة الأفراد وعلاقاتهم التي تتميز عن غيرها بأن أحد عناصرها يتسم بأنه عنصر أجنبي أو ظرف خارجي وهذا ما يسمى بالقانون الدولي الخاص، وعلى ذلك فإن خاصية العنصر الأجنبي في العلاقة هي التي تميز

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

العلاقة القانونية ذات الطابع الدولي عن العلاقة الوطنية البحتة حيث وضع المشرع للوصية ضابط إسناد واحد والذي نص عليه في القانون المدني.

وقد قسمت هذا الفصل إلى مبحثين، المبحث الأول: هو المبادئ العامة للوصية، حيث نتطرق فيه إلى البحث في مفهوم الوصية في إطار الشريعة والقانون، والمبحث الثاني:

القانون الواجب التطبيق على الوصية، والذي يتم فيه عرض ضابط الإسناد الذي يحكم الوصية، وكذا ما يثير ضابط الإسناد من صعوبات على الوصية.

المبحث الأول: المبادئ العامة للوصية

الوصية هي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، ينتقل فيها جزء من أموال وممتلكات المتوفي إلى الورثة، لكن قد يظهر التنازع بين قانون الموصي وقانون الموصي له[1] وقانون مكان عمل الوصية، ويجب أن يجد القاضي حلا باختيار أحد القوانين لحكم النزاع، ففي هذا المبحث يتم التطرق لمطلبين، الأول مفهوم الوصية، والثاني إثبات وتنفيذ الوصية.

المطلب الأول:مفهوم الوصية

لتبيان مفهوم الوصية، نتعرض لثلاث فروع:

في الفرع الأول: تعريف الوصية حسب القانون والشريعة، والفرع الثاني: أركان الوصية، والفرع الثالث: شروط الوصية.

[1] غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان - الأردن،2013،ص188.

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

الفرع الأول: تعريف الوصية

الوصية هي تصرف قانوني يجريه الشخص أثناء حياته وتمتد آثاره إلى ما بعد وفاته،و تخضع لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة فيما يخص آثارها.[1]

حيث تكون الوصية في حدود الثلث ذلك حسب المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري، أما بالنسبة لشكل الوصية[2]فمن الجائز تحريرها حسب قانون محل إجرائها، أو وفقا لقانون جنسية الموصي باعتبارها القانون الذي يحكم الموضوع.

يعتبر من ضمن الوصايا كل تصرف في أموال التركة من طرف صاحبها أثناء حياته قصد انتقال[3] تلك الملكية إلى الموصى له دون أي مقابل مالي و ما بعد وفاته تعرف بالوصية، و ينص القانون المدني الجزائري في المادة 776 منه على أن كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت قصد التبرع، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت.

حيث عرفت المادة 1120 من القانون المدني الأردني الوصية بأنها: (تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت،[4] ويكسب الموصي له بها المال الموصى به بدون عوض).

---

[1] الطيب زورتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، الطبعة الأولى، دار هومه، الجزائر، 2010.ص 21.

[2] المرجع نفسه، ص 21

[3] عبد الكريم ممدوح، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، د-ب، 2005، ص 100.

[4] غالب على الداودي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة)، الطبعة الثالثة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص 116.

والوصية هي تصرف قانوني بإرادة منفردة، غير أنه تصرف غير لازم، وهذا الأخير يتأكد بعد وفاة الموصي والمسائل الأخرى التي تتعلق بالوصية فإنها تستوجب التقيد بقانون جنسية الموصي عند وقت الإيصاء في بعض الفروض.[1]

وللوصية مفاهيم قانونية وشرعية محددة تجعل لها نطاق خاصا بها، فالقانون جعل معنى الوصية شاملا وكيفها تصرفا ولم يجعله منجزا بل مضافا إلى أجل غايته موت الموصي.

والوصية نوع من أنواع عقود التبرعات المالية، تنشأ بالإرادة المنفردة، وسبب من أسباب كسب الملكية.

حيث أدخل المشرع الجزائري أيضا تبرعات المريض مرض الموت إلى فئة الوصايا، وتسري عليها أحكام الوصية بعضها أو كلها، ففي جانب الشريعة فإنها تلحق بالموصي الأجر والثواب لدار الآخرة،وفي القانون فكل ما تصرف فيه الموصي واعتبر متوقفا على ما بعد موته فهو ضمان لجزء من أملاكه

ومن المصادر الأساسية للوصية، أول مصدر هو القرآن الكريم وسنة رسول الله عليه الصلاة والسلام.[2]

تعتبر الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت حسب القانون المصري، فقد نصت المادة 1128 منه على أن: " كل عمل قانوني يصدر عن شخص في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع يعد تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية تعطى له[3]".

إن مسألة تحديد ماهية أو الطبيعة القانونية للوصية تعد سهلة طبقا للشريعة الإسلامية، وذلك بتفسير الآيات القرآنية الكريمة بالاستعانة بأحاديث الرسول عليه الصلاة والسلام، بينما يصعب ذلك في

---

[1] **هشام صادق، القانون الدولي الخاص الاجراءات المدنية و التجارية الدولية و تنفيذ الأحكام الأجنبية تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 116.**

[2] **مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث و الوصية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2006، ص 166.**

[3] **أنظر محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 175.**

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

نصوص القانون الجزائري، حيث يتوقف ذلك على تكييف القاضي الوطني الذي يقوم به من تلقاء نفسه دون أن يبحث في نية الموصي وقت عمل الوصية،و هناك اختلاف في التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت فالنوع الأول هي التصرفات التي يقوم بها الموصي وهو مريض على فراش الموت، والثاني هو ما يصدره الهالك لأحد ورثته مع الاحتفاظ بالانتفاع بهذا المتصرف فيه حتى وقت وفاته،وقد وضع المشرع الجزائري شكلية معينة للوصية، فيمكن أن تكون بالعبارة أو بالكتابة أو حتى بمجرد الإشارة،هناك تشريعات أخضعت الشروط الشكلية إلى قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، فتأخذ سويسرا وألمانيا بالوصية الأصلية والوصية الخطية والشفوية، أما المشرع الجزائري فإنه خالف الشريعة الإسلامية التي تعترف بالوصية العرفية والشفوية. ولا يعترف إلا بالوصية الرسمية ذلك لأنه لم يتكلم عن انعقاد الوصية وإنما تكلم عن إثباتها وأوجب أن يكون بالعقد الرسمي، وفي حالة وجود مانع تثبت بحكم. مما يفهم من هذه الرسمية مشترطة أيضا للانعقاد.[1]

الفرع الثاني: أركان الوصية

من المتعارف عليه أن الإيجاب من الموصى هو الركن الجوهري في الوصية، لأنه المنشئ لها،ذلك أن الإيجاب يدخل الموصى به في الذمة المالية للموصى له.[2] كما أنه يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر 19 سنة على الأقل، هذا ما جاء به نص المادة 186 من قانون الأسرة، وتتمثل أركان الوصية حسب القانون والشريعة في الموصي، الموصى له، الموصى به والصيغة، وبما أن القانون الدولي الخاص الجزائري أخذ بالإيجاب الصادر من الموصى كركن أساسي لها، فإن محل بحثنا يتركز على هذا الركن.

---

[*] **الرسمية: هي أن توضع كل البيانات الخاصة بالموصي والموصى به والموصى له بدقة وتفصيل وتكون في ضل التشريع الجزائري.**

[2] **محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص 64، ص65.**

ومنه نستنتج أن الملك بالوصية ثبت بطريق الخلافة، وهو أن الموصى له صار خلفا عن الموصى كالإرث في التركة، و قد أخذ المشرع المصري في مواد قانون الأحوال الشخصية بأن الإيجاب هو الركن الجوهري في الوصية حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة الثانية " تنعقد الوصية بالعبارة أو الكتابة فإذا كان الموصى عاجزا عنها انعقدت بالإشارة "[1].

ويتضح من نصوص القانون لإنشاء الوصية أنه جعل كلا من العبارة والكتابة على الدرجة نفسها، والتي هي ممثلة في القدرة على النطق، أو الرسمية أي الكتابة، أما في الدرجة الثانية فهو قد أحسن بوضع الإشارة وذلك في حالة استحالة الموصى عن النطق أو الكتابة، أي الحركة.[2]

ففي مدونة الأحوال الشخصية المغربية ورد في الفصل 173 من الكتاب الخامس، أن الوصية عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته،ومنه نستنتج أن القانون المغربي تطرق إلى الوصية بمنظور خاطئ، ذلك أنها لا تنفذ بتطابق إيجاب وقبول حتى تسمى عقد،لكنها تصرف قانوني بإرادة منفردة.[3]

تكون صيغة الوصية[4] من إنشاء الموصي بعباراته الدالة على أنه قد أوصى بقدر من ماله. أو بالكتابة أو بالإشارة ويكون قبول الوصية بإيجاب من الموصي وذلك لابد منه لاعتباره ركن بالإجماع وأن القبول ليس بركن و لا شرط صحة في حالة كون الموصى له أشخاص غير معنيين ومثال ذلك الفقراء أو شخصا معنويا كالمسجد وفيما يخص قبول الموصى له إذا مات بعد وفاة الموصى قبل القبول.[5]

---

[1] احمد فراج حسين وجابر عبد الهاوي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه و القانون و القضاء، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 38.

[2] المرجع نفسه، ص44.

[3] محمد زهدور، المرجع السابق، ص 31.

[4] مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 38.

[5] المرجع نفسه، ص 42.

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

فيقوم وارثه مقامه في القبول أو الرد والصيغة هي الركن الثاني في الوصية، و هي ليست إلا التعبير عن إرادة الموصى تصح بسلامة الإرادة و تلحقها بكل عيوبها، كما أنها الركن الوحيد عند الأحناف، و اتفق عليها أيضا كركن رابع في المذاهب الأربعة.

جاء في المادة الرابعة والستون من قانون الأحوال الشخصية العراقي، الوصية بأنها تصرف في التركة يضاف إلى ما بعد الوفاة بمقتضى التمليك دون مقابل، لذلك أخضعتها التشريعات لقانون جنسية الموصي،و هو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري، ومنه الوصية عمل إرادي[1] مقتضاه التمليك دون عوض مضاف إلى مابعد الموت و لها ركن أول وهو الإيجاب والذي يصدر من الهالك قبل وفاته.

أولا: الموصي؛ هو الشخص الذي باشر التمليك[2]مضافا لما بعد الموت، وعرف بأنه الذي ينشئ الوصية بما يدل على رغبته ورضاه بنقل الملكية إلى من يرغب في نقلها إليه بعد الموت، وحسب نص المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري أنه يجب أن يكون الموصي سليم العقل، بالغا سن الرشد القانونية أي 19 سنة[3] وما فوق.

ثانيا: الموصى له؛ هو الشخص الذي قد أوصي له بمال الموصى على أن يتملك الوصية بعد الموت،وهو أيضا يشترط فيه أن يكون غير قاتل للموصى له بعد موت الموصي وقبل القبول كان لوارثه القبول ذلك حسب نصوص المواد 188 و189 من قانون الأسرة الجزائري.[4]

---

[1] **حسين الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة الإرشاد، بغداد، العراق، 1967، ص 174.**

[2] **محمد أحمد شحاتة حسين، الوجيز في المواريث والوصية، المكتب الجامعي الحديث،الإسكندرية، مصر، 2010، ص 159.**

[3] **قانون الأسرة حسب آخر تعديل له قانون رقم 05-02 المؤرخ في 15-02- 2005 دار النجاح للكتاب، الجزائر، 2006، ص 144.**

[4] **المرجع نفسه، ص 144.**

ثالثا: الموصى به؛ هو الشيء الذي جرى تمليكه مضاف إلى مابعد الموت على وجه التبرع،ويشترط فيه أن يكون الثلث أو أقل، ويكون مما يصح أن يملكه الموصى له، فلا تصح الوصية لمسلم بما لا يجوز شرعا كالخمر وغيرها.[1]

كما للموصي أن يجعل وصيته من معين كمنزل مثلا، فيلزم بذلك ورثته، أما إذا أوصى بشيء معين ثم تلف، ففي هذه الحالة تبطل الوصية و لا تلزم الموصي في ماله الآخر، وذلك بالرجوع إلى نص المادة 190 من قانون الأسرة الجزائري.[2]

و يشترط أن يكون الموصى به مما يصح أن يحل فيه الإرث، أي يصح أن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصى والتركة التي يوصي منها الموصي مقدارا في الوصية يجب أن تكون في حيازته، كالعقارات، المنقولات وتشمل الحقوق المالية أو الديون التي تكون في ذمة الغير.[3]

وتكون الوصية صحيحة إذا توفر شرطان، وهما الأول إذا كانت الوصية في حدود الثلث على الأكثر، أو في حالة ما إذا أوصى بأكثر من الثلث، لكن عند انعدام الورثة وهذا كله يتوقف على إجازة الورثة عند علمهم بما أوصى به الموصي.[4]

---

[1] **محمد أحمد شحاتة حسين، المرجع السابق، ص 169.**

[2] **قانون الأسرة، النصوص الكاملة للقوانين، طبعة جديدة مصححة ومنقحة، منشورات بيرتي، الجزائر، 2007.2008.**

[3] **محمد أحمد شحاتة حسين، المرجع السابق، ص 170.**

[4] **المرجع نفسه، ص 171.**

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

الفرع الثالث: أنواع الوصية

هناك نوعان من الوصية وهما الواجبة و المستحبة:

أولا: الوصية الواجبة؛تجب الوصية في حالة ما إذا كان على الإنسان حق شرعي يخشى أن يضيع إن لم يوصى به، مثل أن يكون عليه زكاة لم يؤديها[1] أو حج لم يقم به تكون عنده أمانة أودين لا يعلمه أويكون عنده وديعة بغير إشهاد، فهذا واجب عليه أن يكتبها ويسجلها، و الوصية الواجبة نوع من أنواع الوصية التي نصت عليها تشريعات مختلفة مثل القانون المصري، في حالات معينة

ولأشخاص معينين وهي تعتبر سببا من أسباب كسب الملكية، ولذا فهي تنطبق تماما على أحكام الوصية.[2]

ثانيا: الوصية المستحبة؛هي وصية لا ترتب حقوق واجبة و لا ديون في ذمة صاحبها وإنما أراد أن يوصي بهدف التبرع بها وهو بذلك من الأعمال الصالحة، على أي شخص يريد أن يوصي أن يسأل أهل العلم حتى لا تقع بعد وفاته نزاعات أو يقع في أحد موانع الوصية وتسجل وتكتب وصيته عند الله عز وجل من إعداد مبني على الأصول الشرعية.[3]

المطلب الثاني: إثبات و تنفيذ الوصية

إن تنفيذ و إثبات الوصية مسألة وثيقة الصلة بها باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية، لا يخلص إلا بتنفيذ و إثبات الوصية و هذه الملكية.

ولكي تكون الوصية صحيحة وجب توفر عنصرين أساسين لإثباتها و هذا ما نتناوله في الفرعين التاليين أما بالنسبة لتنفيذ، فقد تم تناول عدة حالات:

---

[1] **محمد زهدور، المرجع السابق، ص 21.**

[2] **منال محمود المشني، الشرح الوافي لأحكام التركات والمواريث، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان ، الأردن، 2011، ص 113.**

[3] **كافي منصور، علم الفرائض في الشريعة و القانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 174.**

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

الفرع الأول :إثبات الوصية

يتم إثبات الوصية في القانون الجزائري، حسب عدة طرق منصوص عليها في مواد قانون الأسرة.

أولا: إثبات الوصية بموجب عقد توثيقي؛ إن أصل الوصية هو ثبوتها بموجب عقد تصريحي الذي يحرره موثق مع وجوب مراعاة جميع الإجراءات الواجب توافرها في العقود الإحتمالية، فلتحرير العقد يجب حضور شاهدي عدل و شاهدي تعريف عند الاقتضاء، زيادة على حضور الوصي و الإشارة بالعقد واجبة إلى صفة الموصي و الموصى له و الموصى به، لإزالة اللبس الذي يؤدي إلى اختلاطهما.

وإذا تم تحديد الوصية بوكالة أي بحضور وكيل، يجب أن تكون شروط الوكالة مطبقة تماما الشروط الواجب توافرها في عقد الوصية[1]و تمر مرحلة التوثيق بمرحلتين أساسيتان

1) التسجيل:

وهي أول مرحلة يتم فيها نقل الملكية بعد ثبوت الوصية عن طريق محرر رسمي، هذا ما نظمه قانون التسجيل الجزائري سواء كانت هذه الملكية عقارا أو منقولا[2]

2): الإشهار العقاري

هو إجراء يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة بإرادة الشهر العقاري لإعلام الكافة بها، وذلك من أجل تنظيم الملكية العقارية وتحقيق الثقة.

[1] **حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة، الوصية، الوقف، دار هومه للنشر و التوزيع ، الجزائر،2004، ص 48**

[2] **الأمر رقم76-105 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 81 مؤرخه في 18،12،1977**

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

يعد إجراء نهائي لكي تكتسب طريقة الملكية الخاصة بصورة نهائية في العقارات علوجه التحديد من خلال المحافظة العقارية حسب ما أشارت إليه المادة 793 من القانون المدني[1].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري لم ينص على شهر الوصية بخلاف القانون المصري الذي لم يكف قانون تسجيله الصادر في 1923 ينص على شهر الوصية و ذلك إذا كان محلها عقارا أو حقا عينيا، إذ أن التصرفات التي أخضعها للتسجيل هي التصرفات فيما بين الأحياء، و الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، غير أن قانون تنظيم الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946 المعمول به منذ أول يناير لا يزال معمولا به إلى حد الآن، إذ نصت المادة 9 منه صراحة على وجوب شهر الوصية[2].

ثانيا: إثبات الوصية بحكم قضائي؛

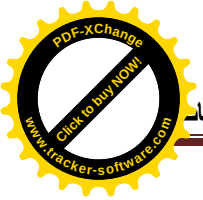
دعوى إثبات الوصية المرفوعة أمام القاضي تؤكد من مدى توفر و جدية المانع القاهر، فإن ثبت حكم وإلا رفض الدعوى لأنه لا يعمل و لا يلجأ للإستناد إلا بتغير العمل بأصله و هذا ما يطبق من خلال الغرفة الوطنية للموثقين و هذا ما نصت عليه المادة 191من قانون الأسرة، و التي فصلت في مسألة الإثبات.

كذلك بالنسبة للمادة 16 من القانون المدني الجزائري، والتي حددت ضابط الإسناد في حالة تنازع القوانين من حيث المكان والتي تسري على الميراث والوصية.

---

[1] **المادة 793 من القانون المدني الجزائري: "لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي نص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار"**

[2] **عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني العقود التي تقع على الملكية، الجزء الثالث ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1958،ص 34**



الفرع الثاني : تنفيذ الوصية

يعتبر تنفيذ الوصية الهدف الأساسي بالنسبة للموصي و الموصي له، و يشرع في تنفيذها بعد وفاة الموصيين، وبعد أن يتم إخراج الحقوق التي لها أسبقية على الوصية و تنفيذها باعتبارها مقدمة على غيرها من الوصايا و تكون على الحالات الآتية:[1]

أولا: الحالة الأولى؛ إذ كانت بالثلث أو أقل منه، فإنها لا تثير أي مشاكل، إذ يجب في هذه الحالة إخراج مقدار الوصية من التركة وتقسيم الباقي على باقي الورثة.

فإذا كان قد أوصى ب 1/3 الثروة التي مات عنها، و هي منزل مثلا نفترض أن قيمته 600.0000 دينار ومات عن ولد وبنتين كان للموصى له ما قيمته 20.0000 دينار و لكل بنت 10.0000 دينار .[2]

ثانيا: الحالة الثانية؛ الوصية بأكثر من الثلث و لتكن بالنصف مثلا و أجازها الورثة فإن تنفيذ الوصية يكون كالتالي مع بقاء المثال الأول للموصى له : 300000 دينار فهنا الوصية سبب من أسباب كسب 1/2 ملكية المنزل و للولد ما قيمته 150000 و لكل بنت ما قيمة 75000 دينار.

ثالثا: الحالة الثالثة؛ الوصية بأكثر من الثلث و لم يجز الورثة الزيادة، فهنا لا يأخذ الموصى إليه سوى الثلث و يجري تنفيذ الوصية كما في المثال الأول.[3]

رابعا: الحالة الرابعة؛ الوصية بأكثر من الثلث و أجاز الزيادة البعض دون البعض الآخر، تنقسم التركة مرتين في الأول يفترض عدم إجازة كل الورثة للوصية و في الثانية يفترض أجازتهم جميعا

---

[1] عبد السلام بن سيدي محمد الهواري، شرح وثائق المفتي سيدي محمد بن أحمد بن حمدون بناني، فاس ،المغرب، سنة1949، ص 288.

[2] محمد زهدور، المرجع السابق، ص163

[3] المرجع نفسه، ص 165

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

للوصية، فمن أجاز يعطي له نصيبه على أساس الإجازة مع ضم الفرق بين نصيبه لا على فرض الإجازة و عدمها إلى الوصية و متى لم يجز الزيادة من الورثة فإنه يعطي نصيبه على أساس عدم الإجازة.[1]

خامسا: الحالة الخامسة؛ الوصية بمثل نصيب وارث معين هنا تقسم التركة على الورثة لمعرفة نصيب كل وارث و منهم من قدرت الوصية بمثل نصيبه، و يضاف إلى أسهم الورثة قدر أسهم ذلك الوارث، ثم تقسم التركة على مجموع السهام فينتج ما يخص كل سهم و يضربه في أسهم كل وارث والموصى له يخرج نصيب الجميع.[2]

سادسا: الحالة السادسة؛ الوصية بمثل نصيب وارث غير معين، هنا إذا كان الورثة متساوين في الأنصبة(كمن يموت عن بنتين وأخت شقيقة) فيزداد على السهام مثل سهم وارثة، فتكون إزاء أربعة أسهم وهنالك يأخذ كل من الورثة والموصى له الربع أما إذا كان الورثة غير متساوين في الأنصبة كان يوصى شخص لإبن أخيه بمثل نصيب وارث غير معين ويموت عن زوجة وبنتين وأخت شقيقة فتقسم المسألة أولا بين الورثة بالسهام ويضاف عليها مثل نصيب أقلهم وهي ثلاثة أسهم فيكون مجموع الأسهم 27 وتقسم التركة على هذا المجموع.[3]

المبحث الثاني:القانون الواجب التطبيق على الوصية

تحتوي الوصية على شروط موضوعية كالأهلية والمحل والسبب وأخرى شكلية، والتي هي في القانون الجزائري تعتبر الرسمية لشكل الوصية إلزاميا[4]

---

[1] محمد زهدور،المرجع السابق ،ص166

[2] بدران أبو العنين بدران، المواريث والوصية والهبة في الشريعة والقانون، الإسكندرية، مصر،1975، ص 214

[3] المرجع نفسه، ص 220

[4] محمد زهدور، المرجع السابق، ص 15

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

كما تعتبر الوصية وثيقة الصلة بالميراث لأنه من أحد طرق الخلافة بسبب الوفاة، فقد أخضعها المشرع الجزائري لنفس قاعدة الإسناد التي أخضع لها الميراث[1]

ومنه سيتم عرض الشروط الشكلية للوصية في القانون الدولي الخاص وشروطها الموضوعية لها في المطلب الأول، وموقف المشرع الجزائري من الوصية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الشروط الشكلية والموضوعية للوصية

إن الوصية كل عمل إرادي مقتضاه التمليك بلا عوض مضافا إلى ما بعد الموت، تعتبر كذلك من أسباب الخلافة وتخضع إلى قانون جنسية الموصي أو التصرف وقت موته لذلك تستلزم لصفتها إستكمال شروط موضوعية وأخرى شكلية، إذا اختلف كل من القانون الجزائري والقوانين العربية في تحديد هذه الشروط وهذا ما سنتطرق إليه في الفرعين التاليين[2]

الفرع الأول الشروط الشكلية للوصية

قرر المشرع الجزائري والقوانين العربية إدخال الوصية ضمن الأحوال الشخصية وفيما يتعلق بها بالتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، فالشروط الشكلية أخضعت لقانون جنسية الموصي وقت وفاته إذ تتم في أي شكل سواء بالعبارة أو بالكتابة إما كتابة عرفية أو رسمية، بل يجوز أن تتم الوصية بالإشارة المفهمة إذا كان الموصي عاجزا عن التعبير وعن الكتابة[3].

هذا بالنسبة للجزائري، كما يمكن إعطاء أمثلة أخرى بالنسبة للشكل مثلا في فرنسا ومصر لشكل القضية في فرنسا فقد قسمها إلى ثلاث أقسام وهي كالتالي:

---

[1] بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة التاسعة، الجزء الأول، دار هومه للنشر، الجزائر،2006 ،ص 274

[2] علي علي سليمان، مذكرات في القانون الداخلي الخاص الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 57

[3] المرجع نفسه، ص58 ص59

أولا: الوصية المحررة بخط الموصي؛ يجب أن تتوافر لهذه الوصية المكتوبة الشروط الشكلية التالية

1- يجب أن تكون الوصية قد كتبت بخط يد الموصي، وتخلف هذا الشرط في نطاق الوصية بهذا المعنى.

2 - يجب أن تكون مؤرخة فالتاريخ شرط شكلي رئيسي إذ به تتضح حقوق ذوي الشأن ويفيد معرفة أهلية الموصي وتقديم الوصية الأسبق في التاريخ عند تعدد الوصايا، والشك في التاريخ يبطلها.

3- يجب أن يوقع الموصي الوصية وهذا شرط شكلي ثالث بغيره تصبح مجردة عن كل قيمتها فلا يمكن للموصى له أن يحتج بها[1]

ثانيا: الوصية الرسمية

وهي الوصية التي تبرم أمام إثنين من مسجلي العقود وبحضور شاهدين أو أمام مسجل عقود واحد، بشرط أن يحضرها أربعة شهود طوال تحريرها ويمكن تلخيص الشروط فيما يلي:

1/ القدرة على إملاء الوصية.

2/ كتابة الوصية حسب ما أمليت.

3/ قراءة الوصية من واقع كتابتها.

4/ يجب كتابة ما أملاه صاحب الشأن في ختام وصيته.

5/ توقيع الوصية.

6/ ذكر المكان[2].

[1] سيد عبد الله حسين،الوافي في المقارنات التشريعية. الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،لبنان ،1949 ص 243

[2] المرجع نفسه، ص 244

ثالثا: الوصية العرفية؛وهي التي يحررها الموصي أو يقوم بإملائها إلى شخص آخر غير مسجل العقود دون حضور أي موظف عام وهي التي تسلم مطوية مختومة مربوطة إلى مسجل العقود لحفظها[1].

1- في القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للوصية:

جاء في نص المادة 16 من القانون المدني الجزائري:" غير أنه يسري شكل الوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون الجنسية الهالك..." والتفرقة بين ما هي الشروط الشكلية والشروط الموضوعية للوصية هي مسألة تعود لسلطة تكييف من القاضي الوطني، ذلك بالإستناد إلى المادة 9 من القانون المدني الجزائري[2].

وقد قام المشرع الجزائري بإستثناء إخضاع الشروط الشكلية للوصية، للقاعدة العامة المتعلقة بشكل التصرفات والتي ورد النص عليها في المادة 19 من القانون المدني، نظرا للطبيعة الخاصة التي تتمتع بها الوصية فهي تعتبر من التصرفات الإرادية[3].

وتعتبر إجراءات إظهار الإرادة إلى العالم الخارجي، والتي تكون قاصرة على التوثيق الرسمي لدى موثق العقود أو العلنية بحضور شهود أو الكتابة بخط يد الموصي في إطار الشروط الشكلية للوصية[4].

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية للوصية؛

بالنسبة للشروط الموضوعية هي التي تتوقف عليه، صحة الوصية ووجودها القانوني مثل الأهلية وعوارضها والحصة المحفوظة للورثة، إذ تثار مسألتين مهمتين فيما يخص الموضوع أولهما هي مسألة أهلية الموصي للإيصاء وثانيها هي مسألة عيوب إرادة الموصي، ويرى البعض إخضاع هاتين

---

[1] سيد عبد الله حسين، المرجع السابق، ص 245

[2] بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 278

[3] المرجع نفسه، ص 279

[4] غالب على الداودي، المرجع السابق، ص 118

المسألتين لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة بوصفه القانون الواجب التطبيق في شأن الأحكام الموضوعية للوصية.

فالبنية الأهلية للموصي تخضع في قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء وقانون جنسيته وقت الوفاة وأساس الإعتداء بقانون جنسيته وقت عمل الوصية[1] في شأن أهلية الإيصاء هو أن الوصية تصرف قانوني أي؛ عمل إرادي يلزم لصحتها كمال الأهلية وقت صدور الإرادة.

ومع ذلك فان الوصية ورغم كونها تصرفا قانونيا إلا أنها تصرف غير لازم يجوز الرجوع فيها في حالة ما بقي الوصي حيا، وبهذه المثابة فإن الشروط الموضوعية لا تتحدد نهائيا إلا عند وفاة الموصي[2].

والشروط الموضوعية للوصية مسألة تكييف، وتعتبر تلك شروط أساسية يجب أن تتوافر جميعا. بينما إذا تخلف شرط واحد من هذه الشروط الجوهرية يؤدي ذلك إلى البطلان، هو ما يتعلق بقابلية مشروعية المال لغرض كونها محل الوصية حيث تشمل هذه الشروط الآتية:[3]

- عدم وجود عيب من عيوب الإرادة وهي أربعة : الإكراه، الإستغلال، الغلط والتدليس.
- توفر الأهلية في تحرير الوصية وفقا للقانون الشخصي للموصي.
- الأموال التي تجوز أن تكون محلا للوصية هي إما: عقارا، منقولا، حقوق معنوية، أراضي زراعية، أسهم وسندات.
- أهلية الموصى له بقبول الوصية لأن القبول شرط لازم لنفاذها.
- أسباب تحريم الوصية بالنسبة للأشخاص كالقتل العمدي أو الإختلاف في الدين أو ما تحدثه إختلاف الجنسية من تداخلات.

[1] هشام صادق، المرجع السابق، ص 220

[2] المرجع نفسه، ص 300

[3] عبد الكريم ممدوح ، المرجع السابق، ص 101

- كون نفاذ الوصية متعلق أو موقوف على شروط، فقد يمكن أن تؤدي هذه الشروط إلى إبطال الوصية أو إعتبارها الوصية صحيحة أو بطلان الشروط.

2- القانون الواجب تطبيقه على الشروط الموضوعية للوصية:

القانون الواجب تطبيقه أو الذي يحكم الشروط الموضوعية للوصية هو قانون جنسية المتوفي أي الموصي ، ذلك نظرا لنص المادة 16 من القانون المدني الجزائري، كما يتمتع الموصي بحق إلغاء الوصية تماما أو الحق في التعديل فيها ذلك بشرط تحقق حياته[1].

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من الوصية في القانون الدولي الخاص

يرى المشرع الجزائري في مجال التصرفات المادية بعد الموت، وخاصة الوصية وتحديدافي نص المادة 16 من القانون المدني الجزائري، أن ضابط الإسناد الذي يحكم الوصية هو ضابط الجنسية، وسنعرض في هذا[2] المطلب إلى فرعين أساسيين: الأول نتكلم فيه عن ضابط الجنسية الذي يحكم الوصية، والثاني: الإشكالات التي يثيرها ضابط الإسناد.

الفرع الأول: ضابط الإسناد الذي يحكم الوصية

نصت المادة 16 من القانون المدني الجزائري على أنه:" تسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت[3] قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته."

[1] عبد الكريم ممدوح ، المرجع السابق، ص 102

[2] كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، الطبعة الثانية، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر،2007،ص 270.

[3] الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20جوان 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري، ص 11

تخضع الوصية إلى قانون الموصي وقت الإيصاء، ومعنى هذه القاعدة أن كل جزائري متواجد خارج الوطن يمكن أن يحرر الوصية على شكل ما يقضي به[1] القانون الجزائري، وبالطبع مادامت هذه القاعدة،فإنه بالنسبة للأجانب الموجودين على إقليم الجزائر يمكنهم أن يحرروا الوصية في الشكل الذي يقضي به قانون الجنسية الخاص بهم وقت الإيصاء، أي يعني ذلك وقت تحرير الوصية.

ويمكن أيضا أن يخضع شكل الوصية للقانون المحلي أو قانون الإبرام، المقصود بهذه القاعدة أن الأجنبي المقيم في الجزائر يمكنه أن يخضع شكل الوصية للقانون المحلي الجزائري أي قانون الدولة المتواجد على إقليمها[2]، ونفس الشيء بالنسبة للجزائري الذي يقيم خارج الجزائر يمكنه أن يخضع أو يحرر شكل الوصية إلى القانون المتواجد على إقليمه.

كما جاء في التشريع العراقي في موضوع ضابط الإسناد أنه قد نص في المادة 23 منه على قضايا الوصية يطبق عليها قانون جنسية الموصي هذا حال ما تعلق الأمر بالمسائل الشخصية، أي يعني ذلك القانون الشخصي وهو جنسية الموصي وأن اختصاصه يشتمل على شروط، استحقاق الوصية وتتمثل في موت الموصي حقيقة أو تقديرا والغرض من تنفيذ جنسية الموصي هو الوقت، لأن وقت وفاة الموصي نفسه وقت تنفيذ الوصايا التي أوصي بها من تركته.[3]

---

[1] كمال عليوش قربوع ، المرجع السابق، ص 270

[2] المرجع نفسه،ص270

[3] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين ،الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،لبنان، 2012، ص 97

كما نلاحظ نفس القاعدة تطبق على الوصية في القانون الأردني والذي ينص على ضابط الجنسية هو الذي يحكم الوصية وتحديدا قانون الموصي وقت الإيصاء، أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية[1]وهكذا يكون الحكم الأردني في شكل جميع التصرفات المادية بعد الموت.

وعليه يسري على الوصية قانون جنسية الموصي، فهو الذي ينظم حرية الموصي في الوصايا والقدر المسموح به عند وجود ورثة أو عند عدم وجودهم.[2]

حيث نجد أيضا في القانون الكويتي، وبوضوح أن تطبيق قانون الموصي أو المتصرف يجب أن لا يصطدم مع فكرة النظام العام في الكويت، فإن اصطدام كان من الضروري استبعاده ويسري على شكل الوصية والتصرفات الأخرى المضافة إلى ما بعد الموت قانون جنسية الموصي أو المتصرف وقت الإيصاء لأن العبرة في الوصية وقت عملها أي تحريرها.[3]

كما يمكن أن يتم الشكل وفقا لقانون البلد الذي تمت فيه الوصية أو التصرف، حيث تأخذ حكم الوصية تصرفات المريض مرض الموت، وبالنسبة لشكل الوصية، فمن الجائز أن تحرر على حسب قانون محل إبرامها أو تحريرها، أو وفقا لقانون جنسية الموصى بإعتباره القانون الذي يحكم موضوع الوصية ككل.[4]

وتتبع قاعدة تطبيق قانون الجنسية من التقاليد الإسلامية التي تدمج المواريث على الرغم من كونها تتعلق بتركة أموال،ضمن فئة الأحوال الشخصية، وتخضع بهذه الصفة للقانون الوطني كما يتضح صراحة من نص المادة 16، فإن القانون الواجب التطبيق هو طبعا القانون الوطني للموصي لحظة وفاته.[5]

---

[1] غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 198

[2] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 157

[3] ماجد الحلواني، القانون الدولي الخاص وأحكامه في القانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1994.ص 369

[4] الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 21

[5] إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 1989،ص 317

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

يتم بمقتضى الوصية نقل ملكية جزء أو بعض من تركة الموصي إلى شخص يدعى الموصى له بدون أي مقابل، وتختلف عن الإرث في أنها تعد أداة يضبط أو يضمن بها الموصي مصير بعض أمواله، و لا يصح أن نقول قد يضمن بها كل أملاكه، لأن الوصية لا تجوز فوق الثلث شرعا وقانونا، وقد أجاز المشرع الجزائري الوصية للجنين الذي يمتلكها إذا ولدحيا طبقا لنص المادة 187 من قانون الأسرة وفي بعض التشريعات أيضا، كما تصح الوصية للجهات الخيرية والمؤسسات ذات النفع العام.[1]

وتجوز الوصية للجنين كما نص عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة[2]، ولقد بين المشرع أيضا في القانون المدني على حكم الوصية من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، نوعين من التصرفات، النوع الأول يختص بهذه التي تصدر من المريض مرض الموت بقصد التبرع،إذ يتم تقديم جزء الملكية لأي شخص إعتبارها كان أو معنويا دون مقابل.[3]

والنوع الثاني يضمن التصرفات التي تكون للورثة، حيث يحتفظون فيها بحيازة العين وبحقهم في الإنتفاع بها مدى الحياة، كما ألحق المشرع الحالات المخيفة بالوصية من حيث الأحكام(المادة 204من قانون الأسرة).

والقانون الذي يحكم الوصية هو قانون جنسية الموصي وقت الموت وذلك حسب ما جاء في نص المادة 16 من القانون المدني الجزائري.

ومنه فالوصية تصرف غير مفروض لا يتحقق إلا بعد وفاة الموصي وترتبط ارتباطا جسيما بالميراث، ذلك أنها تجسد فكرة الخلافة بسبب الوفاة، ومن ثم إستوجب إسنادها لنفس قاعدة الإسناد التي تحكم الميراث، وهو ما تعمل به أغلب التشريعات العربية والتي وضعت الجنسية ضابط إسناد يطبق على الوصية

---

[1] غالب على الداودي، المرجع السابق، ص 187.

[2] المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري المعدل سنة 2005 التي تنص " تصح الوصية للحمل بشرط يولد حيا...."

[3] المادة 1/776 من القانون المدني الجزائري المعدل سنة 2007.

وتحديدا جنسية الموصي وقت الموت، ومن الدول من إعتبرتها من الأحوال العينية و أخضعتها متى تعلقت بمنقول لقانون الموطن الأخير للمتوفى كإنجلترا،وكندا، ومتى تعلقت بعقار، لقانون موقع العقار [1].

أما في حالات أخرى وخاصة عندما يتعلق الأمر بممارسة الدولة لسيادتها على إقليمها فيمكن لها ان تستبعد تطبيق قانون أجنبي على نزاع معروض على القاضي الوطني، حين إذن تدفع بالنظام العام.

أولا: أثار الدفع بالنظام العام على الوصية

إن أسهل وسيلة لاستبعاد تطبيق القانون الفرنسي الجزائري وقت الإستعمار، هي الدفع بالنظام العام ذلك بعد استنفاذ الوسائل الأخرى العادية حتى وإن لم يتمسك به المدعين في الطعن إلا أنه يجب على المحكمة إثارته من تلقاء نفسها.[2]

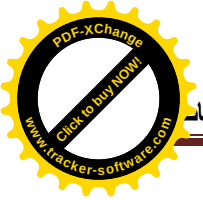
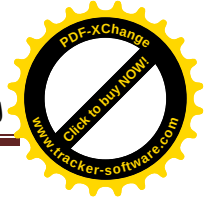
النظام العام:

هو دفع معروف في كل الأنظمة القانونية وإن كان من الصعب تعريفه لا يمكن القول أنه يمتاز بالوطنية وعدم الإستقرار والثبات، لأن النظام العام يختلف من دولة إلى أخرى فلا يمكن أن يستقر لأي دولة من دول العالم لفترة طويلة.

والنظام العام فكرة تقوم على مجموعة من أسس موضوعية تهدف إلى المرونة والتطور الدائم ومن خلاله يمكن للدولة أن تنظم وتراقب أي قانون أجنبي داخل إقليمها والسماح له أو بمنعه من الدخول

[1] **لكن هذا الإتجاه قد أنتقد والعلة في إنتقاده هو أنه يعرض التركة الواحدة إلى عدة قوانين حسب التقسيمات التي ستتم بسبب هذا الضابط مع العلم أنها تعد ذمة مالية موحدة، وهذا ما حصل في قضية حفيده جورج صائد، أنظر زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 196**

[2] **المرجع نفسه ،ص 106**

حسب ما إذا كان ملائم للنظام العام السائد في إقليمها أو العكس، ويمكن إعطاء تعريف نسبي للنظام العام، في أنه يتمثل بتلك القواعد القانونية الآمرة والتي تطبق مباشرة.[1]

و لا يثار النظام العام إلا إذا تعلق الأمر بمصالح بالغة الخطورة والتي قد تمس بسيادة الدولة لأن مهمة القاضي وهو يبحث بمنظور النظام العام العلاقة ذات العنصر الأجنبي المعروضة عليه مهمة في غاية الصعوبة، لأنه يجب ألا ينظر إلى النظام العام بمنظار واحد في كل الأحوال[2] كما يتقيد تحديد القانون الواجب تطبيقه على الوصية حسب ما يرد في قواعد النظام العام الجزائري، فإذا كان يتعارض معها فالأمر يستوجب حينئذ إستبعاده.

ومثال ذلك عدم إستحقاق الموصى له للوصية لأنه قاتل الموصي، لكن من الواجب الإجتهاد.

والتدقيق في حالة إختلاف تحديد القانون الأجنبي مع القانون الوطني للقدر الجائز به الإيصاء والذي إستمده القانون الجزائري من قواعد الشريعة الإسلامية كما هو الحال في التشريعات المصرية.[3]

ومنه الإعتبارات التي تلزم المحكمة العليا أن تثير بها الدفع بالنظام العام كثيرة ومتنوعة نذكر منها:

1 - أن نظام الوصايا والإرث للشعب الجزائري خلال فترة الإستعمار مستمد من قواعد الشريعة الإسلامية بوضوح وتفصيل.

---

[1] **النظام العام مسألة صعبة في كافة التشريعات ومن الصعب جدا وضع تعريف جامع مانع لهذا المصطلح ويمكن القول بأن النظام العام هو ذلك التنظيم السائد داخل الدولة من أوامر وتعديلات ،إلغاءات، مناصب عليا، نصوص قانونية جديدة، أنظر صلاح الدين جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 407**

[2] **الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 107**

[3] **عوض الله شيبة الحمد السيد،الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ،القاهرة،مصر، 1997. ص 487**

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

حيث قام المشرع الجزائري بإستنباط كل هذه القواعد من الشريعة الإسلامية ونظمها في قانون الأسرة الصادر في 1984، وأحال إلى تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص وهو قانون يجب تطبيقه على كل مواطن جزائري.[1]

2 - تكون الشريعة الإسلامية أحد الدعائم الرئيسية للنظام القانوني الجزائري، حيث أن الجزائر مستقلة فلا يمكن تطبيق القانون المدني الفرنسي الممنوح للأهالي بموجب النصوص المعمول بها قبل أن تستقل الجزائر والدافع في عدم جوازية تطبيقه هو خرق القيم العليا للجزائريين.[2]

3 - من أسس إختلاف وجهة نظر القانون الفرنسي والجزائري في موضوع التنازع على الوصية مرده إختلاف تكييفها ووصفها القانوني في كل من النظام الجزائري والنظام الفرنسي ففي النظام الجزائري نجد أن الوصية تجوز في الحدود المقررة شرعا، وهي الإعتبارات التي تقضي إسناد الوصية للقانون الشخصي للموصي وقت الموت، بل أن كافة التصرفات الصادرة في فراش الموت بدون مقابل تأخذ حكم الوصية وإن كانت فورية التنفيذ، بينما القانون الفرنسي يعد الوصية ميراثا إتفاقيا في نظام الإرث هو المال.

لذلك تصنف الوصية ضمن الأحوال العينية وتخضع إلى قانون الوقع إذا كان عقار وإلى قانون آخر موطن للموصى في حالة ما إذا كان منقولا.

4–لا يمكن الأخذ بإرادة الموصي في إختيار القانون الفرنسي، لأن الوصية ليست الإلتزامات التعاقدية بينما الإلتزامات التعاقدية تدخل ضمنيا في إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب تطبيقه بشأن طبيعة العقد الذي تعاقدا عليه، فالوصية لا يصح إدخالها في مضمون الفكرة المسندة والذي جاءت به المادة 18 من القانون المدني الجزائري.[3]

---

[1] الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 109

[2] المرجع نفسه، ص 110، ص111

[3] المادة 18 من القانون المدني الجزائري: "يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد..."

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

كما قام المشرع الجزائري بإدخال الوصية ضمن الأحوال الشخصية مثلما فعلت باقي القوانين العربية الأخرى، وفرق فيما يتعلق بها وبالتصرفات المضافة إلى ما بعد الوفاة في الشروط الموضوعية والشروط الشكلية، فقد أخضع الشروط الشكلية في القانون المدني الجزائري إلى قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء[1] أو القانون المحل الذي تنفذ فيه الوصية مع العلم أنه قد لم يأخذ بهذا الضابط الثاني أي المحل الذي تتم فيه الوصية. ومسألة التفرقة فيما يعد من شروط شكلية أو موضوعية فهذه مسألة تكييف والتي يقوم بها القاضي وعادة ما تكون بقانونه حسب القاعدة العامة، فمثلا في بعض التشريعات مثل التشريع الهولندي يحرم علي الهولنديين عمل الوصية في غير الشكل الرسمي ولو في الخارج ويعتبر هذا الشرط موضوعيا حيث يرتبط بأهلية الموصي. بينما نجد نفس هذا الشرط يعتبر شكليا في التشريع الجزائري وأغلب التشريعات الأخرى أيضا فالوصية عندما تتم في أي شكل من طرف الهالك سواء بالعبارة أو بالكتابة[2].

والوصية طبقا للشريعة الإسلامية والقانون الجزائري هي تصرف يقوم به الهالك قصد التبرع يضاف إلى ما بعد وفاته، على أن تتوفر فيه أهلية التبرع عند صدورها بما أن الوصية عمل إرادي، ولذلك فإن أهلية الموصى تخضع لقانون جنسية وقت عمل الوصية وهو ما أخذت به أيضا فرنسا.

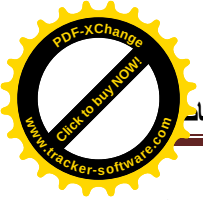
حيث تخضع الشروط الموضوعية الأخرى لقانون جنسية الهالك وقت وفاته، وقد أخضع أيضا المشرع المصري الشروط الموضوعية للوصية لقانون جنسية الموصي وقت تحرير الوصية كما ألحق المشرع الجزائري التصرف لأحد الورثة مع الإحتفاظ بحق الإنتفاع رأي احتفظ بحيازة العين التي تصرف فيها. إعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت وتطبق عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يثبت عكس ذلك أي وجود قرينة إثبات قاطعة تحسم النزاع.[3]

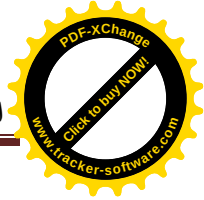
---

[1] **الإيصاء: كلمة مشتقة من الفعل وصى وهو ما يقوم به الهالك أو الموصي عند عمل الوصية بإرادته المنفردة على أن تنفذ هذه الأخيرة بعد موته قصد التبرع، نقلا عن أحمد محمد المومني ، المرجع السابق ، ص29**

[2] **علي علي سليمان،المرجع السابق، ص82**

[3] **المرجع نفسه، ص 84**





وثمة حالة بذات الطبيعة يمكن أن تطرأ نتيجة لتطبيق الفقرة الثانية من المادة 16 التي تحيل أو تخضع الوصية وغيرها من الأحكام بسبب الموت لقانون مكان تحرير الوصية، فإذا كانت هذه الوصية صحيحة مبدئيا استنادا لقانون النافذ يوم عملها، غير أنه بين لحظة وأخرى قد يتغير تحرير الوصية وبين وقت وفاة الموصي، حيث يمكن أن ينص القانون الجديد أحكاما مختلفة، أو حتى وجود تناقض جوهري.[1]

وفي جميع هذه الحالات يصعب فهم مضمون الأعمال القانونية،إذ تتوقف على تنفيذ القانون وقت الإبرام و يتعذر قبول إبطال تلك الأعمال القانونية تطبيقا لنصوص القانون النافذ لحظة الموت في حالة ما إذا طرأ عليه تعديل أو إذا تغيرت جنسية الموصي، أو إذا طرأ تعديل في القانون بإرادة المشرع الجزائري.[2]

الفرع الثاني : الإشكاليات التي يثيرها ضابط الإسناد

الجنسية موضوع من موضوعات القانون الدولي الخاص والأحوال الشخصية، حيث إعتبرها المشرع الجزائري من المواضيع التي إحتوت على الوصية، ولتحديد ضابط الإسناد الأصلي للوصية والذي نص عليه المشرع بأنه الجنسية تعتبر محور تكييف جميع ضوابط الإسناد خاصة في التشريع الجزائري،غير أن الجنسية تمثل صعوبات وإشكالات في عملية تحديدها.[3]

حيث أن هذه الإشكالات تعقد عملية البحث وتحديد ضابط الجنسية، ومنه يصعب الحصول على تحديد القانون الواجب التطبيق ومثال هذه الصعوبات تعدد الجنسيات أو إنعدامها أصلا، وهذا ما يطلق عليهما بالتنازع الإيجابي والتنازع السلبي، ويمكن أيضا لأي شخص أن يغير جنسيته سواء عندما تنشأ العلاقة القانونية أو أثناء سريان مدتها و في حالة إبرام الوصية يوم عملها إلى غاية لحظة تنفيذها.[4]

---

[1] إسعاد موحند ،المرجع السابق،ص318

[2] المرجع نفسه ، ص318

[3] الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 101

[4] المرجع نفسه، ص105

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

فيمكن أن تسند العلاقة القانونية إلى دولة تتعدد فيها الشرائع، بينما تأتي إلى مرحلة ما بعد تحديد ضابط الإسناد و تجعلها حيث يتم عنها العديد من المشاكل والتي تجعلها تمر بعدة مراحل من الإحالة، إلى الدفع بالنظام العام وصولا للغش نحو القانون.[1]

تتعدد الصعوبات والإشكالات التي يفرضها ضابط الإسناد في مرحلة البحث في تحديده على الوصية، حيث عندما يكون للشخص جنسية واحدة فلا نجد تعدد الجنسيات للشخص على أن يكون للفرد أكثر من جنسية والعكس أيضا بفرض إشكالات، حيث نجد أشخاص آخرين منعدمي الجنسية، ففي هذه الحالة يجب التدقيق والبحث في تحديد ضابط الإسناد بالتفصيل.[2]

كما هو الحال بالنسبة أيضا للأشخاص الذين قد تتغير جنسيتهم خلال المدة التي يتم فيها عمل الوصية إلى غاية تنفيذها، و الصعوبة في تحديد ضابط الإسناد فهنا ما على القاضي إلا الترجيح بين القانون الجنسية القديمة وقانون جنسيتهم الجديدة، ومن الواجب أن التركيز في تحديد ضابط الإسناد بإيجاد حل لكل من هذه الحالات حسب قانون الدولي الخاص الجزائري والتشريعات التي قد تشابهه.[3]

أولا:التنازع الإيجابي والتنازع السلبي للجنسية

التنازع الإيجابي للجنسية وهو يقصد أن يكتسب الشخص الموصي عدة جنسيات في نفس الوقت ، بينما التنازع السلبي للجنسية هو أن تنعدم في الفرد أية جنسية، ومعناه أن الهالك لا يتبع أية دولة على الإطلاق أو الموصى له أيضا، ومن هنا تترتب السلبيات على إشكالات التنازع الإيجابي والسلبي حسبما جاء في إتفاقية لاهاي لسنة 1930 المتعلقة ببعض مسائل تنازع القوانين في ما يخص موضوع الجنسية، وفي هذا السياق فإن كل مجهودات التشريعات قد آلت إلى الحصول على حلول عامة لتحديد

[1] عوض الله شيبة الحمد السيد، المرجع السابق، ص 488

[2] حنان مختاري هوارية،نظرية الجنسية وأحكامها في ظل أخر تعديل للتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، وهران،2007 ،2008، ص85

[3] فاطمة موشعال ، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق تلمسان،2011،2012،ص91

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية لمتعدد الجنسية وكذا لعديم الجنسية، فمن الحلول المقترحة لمشكلة متعددي الجنسية في موضوع الأحوال الشخصية وتخصيصا في الوصية حيث نفرق بين اتجاهين .

إتجاه جديد وآخر قديم، فالإتجاه الأول يحدد الفرق بين الحالة التي تكون فيها جنسية دولة القاضي إحدى الجنسيات المتنازع فيها، أما الثاني فقد أوجد حلا دون أي تفرقة، فإذا وقع نزاع في الوصية مضمونة تنازع بين جنسيات ثابتة من بينها جنسية القاضي التي قد طرحت في النزاع، فهنا نطبق قانون جنسية القاضي والتي هي بالضرورة جنسية الهالك.[1]

وأساس الحكم بجنسية قاضي الموضوع لأنه ملزم بتطبيق تشريع بلده ولو خالف ما يقضي به النظام الدولي، لكن المهم في الأمر عدم مخالفة النظام العام الوطني، ذلك لأن الدولة هي من فرضت قواعد جنسيتها، كذلك نفس الفكرة مكونة في نص المادة الرابعة من إتفاقية لاهاي المبرمة في عام 1930 بنصها على أن " كل شخص يتمتع بجنسيتين أو أكثر، يمكن أن تعتبره كل الدول التي له جنسيتها من رعاياها" كما أخذ المشرع الجزائري بنفس هذه الفكرة.[2]

ومنه نرى أن فكرة ترجيح قانون القاضي في هذا الشأن أصبحت قاعدة عالمية لأنها لا تقتصر فقط لحل مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية لمتعدد الجنسية بل تشمل أيضا مشكلة تحديد الإختصاص القضائي الدولي الخاصة به، ومنه فيستثني منها إستثناءات تجبر الدولة على معاملة متعدد الجنسية الذي تعتبره من رعاياها كونه أجنبيا ويمكن أيضا أن تطبق عليه القانون الأجنبي في بعض أحواله الشخصية، كما يمكن البحث في زوايا القانون الدولي الخاص لإيجاد حلول لمشكلة إنعدام الجنسية وخاصة في موضوع الوصية والميراث، وعليه فإنه قد تم وضع عدة معايير لتعيين القانون الشخصي

---

[1] **طالب صوفي حسن،الوجيز في القانون الدولي الخاص في القانونيين المصري واللبناني، الجزء الأول، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1976، ص 363**

[2] **نصت المادة 22 فقرة 2 من القانون المدني على أنه "غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة للجزائر الجنسية الجزائرية وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول"**

لعديم الجنسية، فأول معيار أو حل مقترح لهذه المشكلة هو تطبيق قانون القاضي ذلك على أساس عدم وجود تنازع بين القوانين في هذه الحالة.[1]

وقد إقترح حل آخر وهو تطبيق قانون جنسية الدولة التي جرد منه الشخص، ولكن من المتعارف عليه أن حالات الإنعدام كثيرة، ومن غير الطبيعي أن نتصور كامل الحالات في حالة التجريد من الجنسية فيمكن أن يكون عديم الجنسية بإرادته ودون أي ضغوط قد تنازل عن جنسيته، وفي المقابل يصعب على القاضي أن يميز سلوك الدولة التي كان يتبع قانونها أو يحمل جنسيتها عديم الجنسية ولذلك إنطلقت فكرة الجنسية الفعلية لعديم الجنسية ومعني الجنسية الفعلية هي جنسية الدولة.

التي ينتمي إليها عديم الجنسية عمليا، أي مركز أعماله ومركز إقامته المعتادة، ويعتبر هذا الحل من الحلول المعمول بها في قانون أغلب التشريعات، ومنها القانون الجزائري، ولذلك يتبين في تعديل القانون المدني لسنة 2005. في نص المادة 22 : " وفي حالة إنعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة". حيث يتبين من النص صراحة المشرع في إيجاد حل لمشكل عديمي الجنسية[2]، و منه يطبق المشرع الجزائري قانون الموطن أو قانون محل الإقامة و هذا هو الحل الأمثل.

ثانيا : التنازع المتحرك

إن النتيجة التي يتم الإنتهاء إليها في الفقرة السابقة من أن الوصية محل النزاع صحيحة طبقا للقانون الجزائري المختص، ليس معناها أن هذه الوصية أصبحت محصنة لها قوة نفاذ دولية ولا يجوز المساس بها، كما أن تغير ظرف الإسناد ليس الزمان والمكان من وقت نشوء العلاقة القانونية إلى وقت المنازعة فيها، ترتب عنه تعاقب قانونين، ينبغي تحديد مجال إختصاص كل منهما ،وهذا هو ما يعرف

[1] فاطيمة موشعال، المرجع السابق،ص 102

[2] محمد عبد العال عكاشة،تنازع القوانين دراسة مقارنة،الطبعة الأولى،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،لبنان،(د س ن) ،ص128

بالتنازع المتحرك حيث يحتوي على أهمية كبيرة في بيان المفهوم الدولي لإحترام الحقوق المكتسبة، وذلك بتبيان الفصل بين إختصاص القانون السابق عن اختصاص القانون اللاحق.[1]

فمن حق كل فرد في أي دولة أن يغير جنسيته واكتساب جنسية دولة أخرى، فإذا كان في تعدد الجنسيات يحمل جنسيتين أو أكثر مختلفتين في الوقت الذي يتحدد فيه إعمال ضابط الإسناد، فإنه حسب التنازع المتحرك يكون للشخص جنسية جزائرية مثلا عند اكتساب الحق أو حال نشوئه، إلا أنه يحدث وقد يتخلى عن الجنسية الجزائرية ويكتسب جنسية فرنسية مثلا في وقت المنازعة فيه مما يثير مشكلة تحديد أي ضابط إسناد يبين لنا القانون الواجب تطبيقه على هذه الوصية ، ومنه يمكن أن نعرف التنازل المتحرك للتوضيح أكثر.[2]

1 - توجد فروض يرتبط فيها عنصر الزمان بعنصر المكان في نفس العلاقة القانونية، وذلك نتيجة تغير واقعي في ظرف الإسناد، ما يؤدي إلى إنتقال شخص أو شيء معين من نطاق تطبيق قانون، إلى نطاق تطبيق قانون مغاير. بنفس قاعدة الإسناد، وهو ما يسمى بالتنازع المتحرك

"Conflit mobile"، فالتنازع المتغير ينشأ فيها بين قانونين صادرين عن دولتين مختلفتين ، وبهذا يتميز عن التنازع الزمني الذي يحدث في حدود سيادة دولة واحدة[3].

1- اقتراح حلول للوصول إلى تحديد الجنسية كضابط إسناد:

للوصول إلى تحديد قانون الجنسية الواجب التطبيق، في جميع حالات التنازل المتحرك فقد تعددت الحلول مابين الحلول التشريعية والحلول الاجتهادية، لكن يكفي فقط إتباع الحلول التشريعية نظرا لأن التنازع المتحرك يعتبر من أصعب المسائل المتناولة في القانون الدولي الخاص، ولقد أخذ بمعايير مختلفة،فهي من جهة لا تعتمد على مبدأ عام وإنما تحاول معالجة حالات محددة وذلك عن طريق فكرة أو

[1] الطيب زروتي، المرجع السابق،ص 101

[2] فاطيمة موشعال، المرجع السابق، ص 115

[3] محمد كمال فهمي،أصول القانون الدولي الخاص،الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية ،الإسكندرية، مصر، 2006، ص 440.

قاعدة إن صح التعبير المفضلة بين القوانين التي تنازعت، وقد تناول المشرع التنازع الثابت، حين نص على قواعد إسناد محددة إما فيما يخص التنازع المتغير قام بإجراء المفاضلة بين القانونين المتعاقدين وذلك بتحديد العامل الزمني أو الزمان الذي يلزم الإعتداء فيه بظرف الإسناد المكاني من يوم تحرير الوصية إلى غاية وفاة الهالك وإستحقاق الموصى له التملك.[1]

أما بالنسبة للوصية والميراث وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت فبالرغم من أن التحديد الزمني لضابط الإسناد ليس مهما لأنه ينصب أساسا لقانون جنسية الموصي وقت الإيصاء إلا أن المشرع نص على ذلك صراحة إذا جاء في نص المادة 16 من القانون المدني الجزائري أنه "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته.....)[2]

ومنه قد توصل المشرع الجزائري إلى حل أغلب الإحتمالات أو الإشكالات التي يثور فيها التنازع المتحرك في مجال الوصية بتحديد الزمان الذي يعمل فيه بقانون جنسية الشخص، كما أن إتفاقية لاهاي لعام 1961 والخاصة بتنازع القوانين في شكل الوصية والتي تعتبرها من العادية للموصي، لكن عندما لا يجد القاضي أي حل من الحلول المذكورة للتنازع المتغير من خلال المعاهدات التي يبرمها بلده مع الدول الأخرى، فيؤذن له بالمفاضلة بين القوانين، حيث يلزم القاضي بتحليل وتفسير قاعدة الإسناد بمقتضي سلطته التقديرية في فحوى السياسة التشريعية التي يتبناها مشرعه، ويمكن له أن يستدل ويستعين بالنظريات الفقهية[3].

[1] الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 104

[2] كمال عليوش قربوع، المرجع السابق، ص 268

[3] فاطيمة موشعال، المرجع السابق، ص 124

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

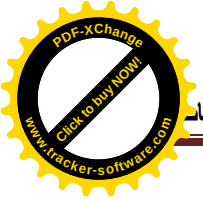
ثالثا: الإحالة

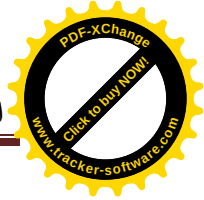
تعتبر من الصعوبات التي يثيرها تطبيق قانون الجنسية، ففي الأحوال الشخصية التي يمكن أن تكون هناك إحالة بمختلف درجاتها ومنه يستوجب توضيح فكرة الإحالة أولا، ويقصد بها رفض قاعدة الإسناد في قانون القاضي الإختصاص لنفسها وإسناده إلى قانون أجنبي، وتعيد أيضا نفس الأمر بأن ترفض هذا الإختصاص بالقواعد الموضوعية، وتعقد إلى قانون آ خر قد يكون هو قانون القاضي الوطني نفسه، وهي إحالة من الدرجة الأولى. كما قد يكون هناك قانون دولة ثالثة في نفس النزاع وهذا ما يعرف بإحالة من الدرجة الثانية.[1]

ومن أمثلة الإحالة من الدرجة الأولى أن تطرح منازعة متعلقة بأهلية ألماني قد توطن في تونس، فهنا القانون التونسي يقضي بتطبيق قانون جنسية الشخص أي الجنسية الألمانية، وهذا الأخير يرفض الإختصاص ويتمسك بتطبيق قانون الموطن و يعيد الإختصاص للقانون التونسي، بينما تظهر الإحالة من الدرجة الثانية في مسألة الوصية. كأن تطرح منازعة متعلقة بوصية لبلجيكي مقيم بالهند، أمام القاضي الجزائري، فعلى القاضي الجزائري أن يشير إلى تطبيق قاعدة الإسناد وهي الإختصاص، ويسنده إلى قانون جنسية الموصي ولكن هذا الأخير يرفض الإختصاص ويسنده إلى قانون الموطن، أي قانون الهندي. و يعترف لنفسه بالإختصاص لأنه قانون آخر موطن للمتوفي ولو أن القانون الهندي أسند لدولة رابعة لكانت هي الإحالة من الدرجة الثالثة[2].

[1] محمد كمال فهمي،المرجع السابق، ص420

[2] الإحالة :هي مسألة من موضوعات القانون الدولي الخاص الجزائري وقد نظمها المشرع الجزائري في المواد من 9 إلى 24 من القانون المدني راجع الواد المذكورة.





رابعا:الدفع بالنظام العام في الوصية

بمقتضي قواعد الإسناد قانون الجنسية هو الواجب التطبيق بصفة نهائية، إلا أن تطبيقه قد يتعطل متى ثبت أن الإختصاص ليس له بل للقانون الأجنبي ويتحلى ذلك في تعارض القانون الوطني مع مفاهيم دولة القاضي أو مع الآداب وثانيهما هو أن يثبت له أنه ليس من إختصاصه.[1]

حيث يتم إستبعاد قانون الجنسية الأجنبي الواجب التطبيق، حال ثبوت أنه يتضمن أحكام تعسفية كمنع الوصية بسبب إختلاف اللون أو الجنس أو جواز الوصية لقاتل الموصي والتي تعد من النظام العام في الجزائر، وفي نفس الوقت تعد خرق لقواعد الشريعة الإسلامية[2]، ويشترط لتطبيق قانون الجنسية طبقا للمادة 16 من قانون مدني جزائري ألا يكون القاضي الأجنبي يسمح ويجيز الوصية لأحد الورثة دون إجازة أي دون تدخل باقي الورثة، أو يسمح ويبيح الوصية لمن قتل الموصي عمدا وبالنسبة أيضا لمقدار الوصية تعلق الأمر بمسلمين وفقا للرأي الغالب يجب إستبعاد القانون الأجنبي الذي يقر بأكثر من ثلث التركة وصية مباحا ذلك لأن أحكام الشريعة الإسلامية مما يتعلق ويرتبط إرتباطا وثيقا بالنظام العام فالعلة في التنفيذ من حرية الموصي هو يجسد للحماية القانونية التي أقرها المشرع الجزائري للورثة ومصلحة الأسرة بينما تعلق الأمر للوصية بين غير المسلمين فإن الإختلاف بالقدر الجائز التوصية به لا يعتبر متناقضا مع النظام العام ولا يعتبر مخالفا للنظام العام الجزائري.[3]

---

[1] صلاح الدين جمال الدين،تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون،الطبعة الثانية،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،مصر،2007،ص420

[2] محمد وليد المصري، المرجع السابق،ص 247

[3] صلاح الدين جمال الدين،المرجع نفسه، ص 421

و منه ، بالنظر لإختلاف التشريعات في شكل الوصية ، و ما يؤدي أليه من خلق تنازع القوانين ، حرصت أغلبها في الدول العربية إلى وضع قاعدة إسناد مستقلة ، بموجبها أخضعت الوصية من حيث الشكل إلى قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء ، أو قانون الدولة التي حررت فيها [1] .

[1] Gean derruppé , droit international privé , 14 eme edition , dalloz , 2001 , p170.

PDF-XChange Click to buy NOW! www.tracker-software.com

خلاصة الفصل الأول:

نستنتج أن القانون الجزائري قد أولى إهتماما كبيرا بموضوع التصرفات المادية المضافة إلى ما بعد الموت في الشق المدني والذي حدد فيه حلولا للإشكالات التي يثيرها البحث عن القانون الواجب تطبيقه على الوصية وقت موت الموصي، حيث يطبق قانون جنسية صاحب التصرف وقت وفاته بإعتباره ضابط الإسناد المناسب لتنفيذ المقدار المستحق للموصى له مع مراعاة مبادئ العدالة أحكام الشريعة الإسلامية بالتنسيق مع النظام العام حرصا لعدم خرق قواعده.

وثمة قضية مماثلة يمكن أن تطرأ نتيجة لتطبيق الفقرة الثانية من المادة 16 التي تخضع شكل الوصية و غيرها من الأحكام نسبب الموت لقانون المكان الذي تم فيه تحريرها، كأن تكون صحيحة مبدئيا إستنادا لقانون الأساس النافذ يوم تحريرها، غير أن هذا القانون بإمكانه أن يتغير وقت تحرير الوصية وبين لحظة وفاة الموصي، و قد يتضمن القانون الجديد أحكاما مختلفة و حتى مناقضة.

إن لكل موضوع شروط شكلية وأخرى موضوعية، توجب تجديد القانون الواجب التطبيق على التنازع المتولد من بينها في القانون الوطني، وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن موتهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، حيث لا يمكن أن يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يثبت التاريخ.

يستبعد نهائيا تطبيق القانون الأجنبي على أرض الجزائر،إذا كان هذا يتعارض مع النظام العام في الدولة بغض النظر عن مخالفته لأحكام الشريعة، فالعبرة بالنظام الذي يسود في البلاد.

ويمكن القول أنه إذا كان المشرع الجزائري أسند الحالة بصفة عامة لقانون جنسية الشخص في المادة 10 من القانون المدني، فإن هذا لم يكن كافيا لضبط حدود تطبيق قانون الجنسية، فيما يخص هذه العلاقات، والأسرية منها التي تشتمل على طرفين والتي أحسن المشرع بالنص على قواعد إسناد صريحة

بخصوصها، وبذلك عيَن لنا جنسية أي من الطرفين وقد يرد على هذا القانون بعض الإستثناءات التي توجب تطبيق قانون القاضي، في حدود معينة.

إن المشرع في نص المادة 22 من القانون المدني الجزائري قد استثنى كل وارث يحمل الجنسية الجزائرية و منه نستنتج أن المشرع يفاضل دوما تحقيق قانون القاضي.

الفصل الثاني : ضوابط الميراث في القانون الدولي الخاص

القانون الدولي الخاص قانون يضم مجموعة كبيرة من موضوعات القانون و بما فيها فئة الأحوال الشخصية والتي تضم الزواج، الطلاق والميراث، الحالة، الأهلية، فموضوع بحثنا هو الميراث.

الميراث أو الإرث نظام فطري يستجيب لمقتضيات الغريزة الإنسانية التي تجعل الإنسان يميل فطريا إلى نقل آثاره المادية والمعنوية من بعده إلى من يخلفه من ولد أو حفيد أو أي قريب، وقد راعت الشريعة الإسلامية هذا النظام في احكام المواريث بوضع لكل من الجنسين نصيبه من الميراث في التركة حسبما جاء في القرآن الكريم.

والمشرع الجزائري أيضا قد نظم الميراث في مواد قانون الأسرة الجزائري، وكذا وضع احتسابا بالوجود طرف أجنبي في قضية الميراث حلولا وذلك حسب قواعد القانون الدولي الخاص، وتحديدا في المادة 16 من القانون المدني الجزائري، حيث حدد ضابط الإسناد الذي يحكم الميراث في قضايا الأحوال الشخصية، وتعتبر مادة المواريث إحدى المواد المثيرة للجدل تقليديا، لأنها تقع على الحدود الفاصلة بين الحالة الشخصية والحالة العينية، بل وحتى على حدود الأعمال القانونية، فهي تؤمن إنتقال مجمع الذمة المالية للشخص بسبب الموت،فإنها تتبع كذلك الحالة العينية لهذا السبب، كما أن الإنتقال ينجم كليا أم جزئيا عن عمل إرادي صادر عن المتوفي قبل وفاته وفي هذه الحالة يتدخل القانون في مجال يتعين تحديده (قد تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، فالمبحث الأول بعنوان ماهية الميراث والمبحث الثاني بعنوان تنازع القوانين في الميراث).

ومع التطور الهائل لوسائل النقل والإتصالات، بات العالم شبيها بقرية صغيرة، فكثرت المبادلات التجارية وتطورت العلاقات السياحية في شتى أنحاء المعمورة بشكل كبير جدا، وأصبح التبادل بين أفراد من جنسيات مختلفة أمرا مألوفا وعاديا .

من هنا تظهر أهمية القانون الدولي الخاص في كونه المرجع الوحيد لمعالجة العلاقات القانونية المحتوية على عنصر أجنبي، والتي لا يمكن إخضاعها للقوانين المطبقة على العلاقات الداخلية البحتة، فلو قام أحد الأشخاص بتحرير وصية لأجنبي وهو جزائري لتدخل ضمن مجال القانون الدولي الخاص لإحتوائها على عنصر أجنبي واحد على الأقل وإرتباطها بأكثر من نظام قانوني مثلا (الجزائر. ألمانيا).

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

وعليه فإن نزاع يثار بشأن هذه العلاقة، ستحكمه قواعد القانون الدولي الخاص سواء فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق عليه، أم يخص تحديد المحكمة المختصة، ومنه سنتطرق في هذا الفصل والذي قد قسمته إلى مبحثين المبحث الأول: ماهية الميراث والمبحث الثاني:تنازع القوانين في الميراث في القانون الدولي الخاص.

المبحث الأول: ماهية الميراث

نظمت الشريعة الإسلامية قواعد الإرث على أحسن وجه، وقد بين القران الكريم أحكام المواريث جامعا مانعا كافيا وقد عرض بيان مفصل للميراث في الشريعة الإسلامية.

كما يعتبر الميراث نظام فطري يستلزم بمقتضيات الغريزة الإنسانية التي تجعل الإنسان يميل فطريا إلى تنقل أثاره المادية والمعنوية من بعده إلى من يخلفه من ولد أو حفيد وقد تكون مبعثا شعوره بأن هؤلاء هم إمتداد لحياته من بعده كما أن علم الميراث من أهم العلوم وأنفعها وقد ذكرت قسمتها في القرآن الكريم في محكم الآيات وشرحتها الأحاديث الشرعية وقد ورد في القران الكريم قوله تعالى:" يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حض الأنثيين فإن كان نساء فوق اثنين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث فإن كان له إخوة فلأمه السدس من بعد وصية يوصي بها أودين أبائكم وأبنائكم لا تدرون أيهم أقرب لكم نفعا فريضة من الله إن الله كان عليما حكيما."[1] صدق الله العظيم، ففي هذا المبحث قسمت الموضوع إلي مطلبين المطلب الأول:مفهوم الميراث والمطلب الثاني أهمية الميراث وأسبابه.

المطلب الأول: مفهوم الميراث

الميراث هو علم يطلق عليه بعلم الفرائض وهو مستمد من نصوص الشريعة الإسلامية كما نص عليه القانون الجزائري في نصوص قانون الأسرة وهو مسألة جوهرية في غاية الأهمية خاصة عندما نتعرض في قضايا الإرث بعنصر أجنبي فهنا يجب على القاضي الوطني أن يبحث في نصوص الشريعة الإسلامية وكذا قانون الأسرة والقانون المدني فالمسألة تفرض واقع صعب على القاضي المعروض عليه

[1] احمد محمد على داود،الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقضاء،الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 19.

النزاع لكن قبل كل هذا يجب أن نعرف أولا الميراث في الفرع الأول بدقة وتفصيل والفرع الثاني نتناول فيه موانع الميراث والفرع الثالث نشرح فيه شروط الميراث مع تحديدها[1].

الفرع الأول:تعريف الميراث La succession

أولا: الميراث لغة: هو انتقال الشيء من شخص إلى شخص أخر وعدة أشخاص، وقد يكون المال أو العلم أو الشرف.

ثانيا: اصطلاحا: هو إنتقال الملكية من الميت إلى ورثته الأحياء سواء كان المتروك مالا أو عقارا، أو حقا من الحقوق الشرعية التي تقبل الميراث، و يعود في مفهومه إلى التكييف و بالتالي يخضع إلى قانون دولة المحكمة التي تنظر في النزاع.[2]

1- يعتبر علم الفرائض أو الميراث من الأحكام الشرعية العملية المتعلقة بمعرفة نصيب من التركة بعد موت المورث، حيث أن هذه الأحكام والحسابات التي تعين نصيب كل وارث في التركة مستمدة من الكتاب والسنة كمصدر أساسي وحتى جوهري، كما أن الميراث هو عبارة عن عمليات حسابية يمكن الإعتداد بها لإعطاء حصة كل وارث يستحق التركة كأن يكون ولد أو بنت المورث أو أحد أقاربه من الحواشي القريبة أو البعيدة[3].

كما يعرف الميراث بأنه خلافة إجبارية للوارث في مال مورثه أو في حق قابل للخلافة[4].

ونقصد أيضا بالميراث: التركة والتي هي كل ما كان للإنسان حالة حياته ملكا له وخلفه بعد مماته من أموال وعقارات أو حقوق فكرية أو إختصاص كما تدخل أيضا الديون ضمن التركة، ومعنى ذلك هي الحقوق العينية وبعض من الحقوق الشخصية[5].

---

[1] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 61

[2] عبد الكريم ممدوح، المرجع السابق، ص107

[3] منصور كافي، المرجع السابق، ص 30

[4] مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 9

[5] احمد محمد على داود، المرجع السابق، ص 33

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

ويعتبر من أسباب إنتقال عين الملكية الميراث، فبموجبه تنتقل الحقوق المالية والأموال من الميت وذلك متوفق على صحة أسباب الميراث وشروطه وبطبيعة الحال عدم وجود موانع الميراث ولقد إختلفت النظم القانونية في تكييف الميراث في مواضيع القانون الدولي الخاص[1].

2-الميراث يدخل في فئة الأحوال الشخصية كما نص عليه المشرع الجزائري في القانون المدني وقانون الأسرة، وعليه نصت المادة 126 من قانون الأسرة الجزائرية على أنه " أسباب الإرث* القرابة والزوجية" كما أوضحت المادة 127 من نفس القانون على أن " يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو بإعتباره ميتا بحكم القانون" ولكن من البديهي أن الميراث متصل بالأحوال الشخصية إتصالا وطيدا لأن المشرع الجزائري لم يفرق بين الميراث في المنقول والميراث في العقار ذلك لأن قانون الأسرة فقط ينظم إنتقال الأموال أي التركة من المورث إلى ورثته لحماية الأسرة[2].

الميراث هو سبب ينتقل بموجبه كل أو جزء من أموال المورث إلى الورثة فكما كان القانون الجزائري وفي الوقت الحاضر أيضا فإن الميراث على نوعان، النوع الأول :الميراث الذي يترتب على الموت وفقا لقانون المواريث وهو ما يطلق عليها بالميراث القانوني.

كما أن الميراث يشكل أهم وسيلة لإنتقال أموال المورث إلى ورثته ويخضع في القانون الجزائري إلى قانون جنسية المتوفي وقت الموت، وهو ما يضم منهم الورثة وشروط إستحقاق الإرث ومرتبة كل واحد من الورثة ونصيبه وحالات الحجب وتوريث الجنين وتقر هذه النظم كلها ما أجاز المشرع قبول التركة للوارث أو رفضها[3].

بينما الحكمة من مشروعية الميراث ما جاء به الإسلام من نظام قويم ومنفصل يبين من هم الورثة ويحدد أنصبتهم بالقدر التام على عدة أسس، فتحقيقها للمصالح الإجتماعية الأخرى، شرعت قاعدة

---

[1] صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 381

[2] عليوش قربوع كمال،المرجع السابق، ص 251.

*القرابة :هي صلة تربط بين المورث واحد ورثته برابطة عائلية سواء بعيدة أو قريبة ومثال ذلك إبن الخال وابن بنت العم أي الحواشي البعيدة للمورث وهي قرابة على أساس الدم، أنظر أحمد محمد المومني ، المرجع السابق ،ص 75

[3] الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 20.

الإرث وحكمت بوضع تركة الميت ملكا لأشخاص ورثته وفي ذلك إحتراما لملكية الأفراد ونظام طبيعي منصف[1].

لكن للميراث عدة موانع ،شرعتها الشريعة و أقرها القانون كما يلي:[2]

الفرع الثاني :موانع الميراث

تعتبر هذه الموانع بمثابة الحواجز، ولذلك يجب التعريف بموانع الميراث:

المانع: هي جمع مفرد مانع وبمعني حاجز والذي يخلق من ورائه العدم وهو ما يلزم من وجود العدم ومن عدمه الموجد، وحيث أنه عدد موانع الميراث سبعة وهي محترفة في مقولة " عش لك رزق" هذا في الشريعة الإسلامية ، ونذكرها كالآتي:

أولا الرق: هو عجز حكمي يتصف به الشخص بسبب الكفر، والعجز الحكمي معناه أن الشارع حكم بعدم نفاذ تصرفه. لذا فإنه لا يستطيع أن يتملك ولا أن يكون مسؤولا عن أمر ما و لا يعتد بشهادته باعتبار هذه الأمور تصرفات مادية[3].

أما المعنى الحقيقي للمقدرة هي أنه لا يتصرف و لا يمتلك فهي تنتمي مع الرق.

أما المانع الثاني في الميراث فيتمثل في القتل و هو الفعل الذي يقوم به الفرع الوارث لمورثه، وحكمه هنا أن القاتل لا يرث من مورثه بالعقل والنقل، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" لا يرث القاتل" وأما فيما يخص العقل لأن المجرم لا يمكن أن يسمح له أن يتمادى في فعله بأن يتحصل على فائدة من قبل ما فعله، والعلة في هذا المانع التقليل من حوادث القتل وحماية أرواح الأبرياء إضافة إلى ذلك فقد نص المشرع الجزائري أيضا في نصوص قانون الأسرة على أن القتل هو مانع من موانع الميراث[4].

كما أن القتل يمنع القاتل من ميراث المقتول لكن يبيح المقتول أن يرث القاتل، كأن يطعن الإبن أباه طعنة قاتلة وبعد ما يموت الإبن وبقدره الله عز وجل يعيش الأب بعد الإبن ولو للحظات فهنا

---

[1] **الطيب زروتي،المرجع السابق، ص 12**

[2] **بلقاسم أعراب،القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول،الطبعة التاسعة، دار هومه للنشر، الجزائر، 2006، ص 268**

[3] **منصور كافي، المرجع السابق، ص 43**

[4] **مصطفى ابراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 28**

يرث الأب إبنه،ومعيار أنواع القتل في القانون الجزائري هو حسب نية القاتل،و هذه التفاصيل تدخل في موانع الميراث،ومنه فالنوع الأول من القتل وهو القتل العمد ويقصد به أن القاتل قد تعمد قتل المورث وذلك بأدلة معلومة كأن يستعمل أدوات قاتلة محضة بحكم القانون كالسلاح مثلا،و يمنع من الإرث[1].

أما النوع الثاني وهو ما يعرف بالقتل الخطأ وإما أن يكون خطأ في قصد القاتل ومثاله أن يذهب إنسان ويرمي بهدفه ظنه صيدا ولكن هو إنسان لضعف الرؤية أو تشتتها وإما أن يكون خطأ في الفعل وحسب قواعد الشريعة الإسلامية فهنا توجب فقط كفارة على ذلك بقوله عز وجل:"فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله"[2].

والنوع الثالث هو القتل الجاري مجرد الخطأ كأن ينقلب النائم على رجل أو أبيه مثلا فيقتله فحكمه حكم الخطأ في الشرع وهو أيضا حسب القانون والشريعة مانع من موانع الميراث.

أما المانع الثالث هو إختلاف الدين حيث يقصد به مثلا جزائري أي مسلم من أمريكي غير مسلم فهذا حسب القانون الجزائري مانع من موانع الميراث.

واختلاف الدين فيه أمران الأمر الأول هو ميراث الملل الأخرى وهي النصارى، اليهود المجوس، أي أن الكفر كله ملة واحدة مهما تعددت أنواعه، والإسلام ملة واحدة أيضا وكذا فيه الأمر الثاني هو حكم ميراث المرتد و هو الشخص المسلم الذي خرج من ملة الإسلام بإرادته وإختياره ، في قضية توريثه من غيره من المسلمين.

عدم الإستهلال هو المانع الرابع من موانع الميراث وهو عدم إستهلال الجنين من بطن أمه حيا، كصياحه أو بكائه أو عطاسه أو تحركه أي حركة يعتبر مانعا من الميراث وذلك لعدم التحقق من حياته وقت وفاة مورثه. أو حتى في قضية الأسبقية في الميراث، هذا الموضوع أيضا قد أثاره القانون الدولي الخاص في الكثير من القضايا حيث يجب أن ينزل الجنين حيا من بطن أمه وإلا لن يرث لعدم التأكد من حياته، حيث نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة 134 على أن "لا يرث الحمل إلا

[1] احمد محمد على داود، المرجع السابق، ص 276

[2] سورة النساء 92

إذا ولد حيا ويعتبر حيا إذا إستهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة" والعلة في هذا المانع هو أن الميراث لا يبني إلا على يقين[1].

أما الشك في الأسبقية هو المانع الخامس من موانع الإرث ومعناه الشك في أسبقية الوفاة بحيث لايعلم أيهما مات قبل الآخر، ومثاله إذا مات شخصان يقدر أن يرث أحدهما صاحبه إذا علم أيهما مات أولا وأيهما قعد فإن عدم العلم يقينا بأيهما أسبق في الوفاة مانع لتوارث بينهما.

كما نصت المادة 129 من قانون الأسرة على أنه " إذا توفي إثنان أو أكثر ولم يعلم أيهما هلك أولا فلا إستحقاق لأحدهم في تركة الأخر سواء كان موتهم في حادث واحد أم لا "

ومعني هذه المادة أنه مثلا عند موت الإبن مع أبيه في حادث ولم يعرف من هو الأول الذي توفى الأخر فهنا يمنع كلا منهما من ميراث الأخر طبقا لما جاء في القانون الجزائري وكذا الشريعة الإسلامية[2].

واللعان هو المانع السادس، ومعناه شرعا الشهادات التي تجري بين الزوجين مؤكدة بالإيمان مقرونة باللعن من جانب الزوج، ومرده الشك في زوجته مع إتهامها، بالزنا أو نفي نسب ولدها إليه ،والعلة في أنه يمنع الميراث هي إنتهاء النسب بينهما، حيث يبق إلا الإنتساب لجهة أمه، و في الشريعة الإسلامية أن الملعون لا يرثّ إلا من جهة أمه وأقربائها وميراث أمه يكون بقدر الثلث والباقي يكون لبيت مال المسلمين كما أنه إذا لاعن الزوج زوجته ونفي نسب الولد كان ذلك مانعا للميراث من أحدهما للآخر لإنقطاع الزوجية كما منع الميراث بين الملاعن والولد وإنتقل نسب الولد إلى الأم وإنتقلت رابطة الأخوة الشقيقة إلى الأخوة لأم، و إنقطعت رابطة الأخوة للأب حيث نص على هذا المانع المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة 138 منه على أن" يمنع من الإرث للعان والردة ".و أما الصادقين فإذا تم اللعان بينهما على هذا الشكل فرق القاضي بينهما ونفى نسب ولدها فلا يرث الزوج وإنما يرث من أمه[3].

إبن الزنا هو المانع الأخير حسب قانون الأسرة الجزائري، ويقصد به مثلما هو إبن اللعان لكن يختلف فقط في حين ما أنجبت أمه توأم فلا يعتبران توأم بل يعتبران إخوة لأم فقط، وهو ممنوع من

---

[1] منصور كافي، المرجع السابق،ص 47

[2] المرجع نفسه، ص 49

[3] احمد محمد على داود، المرجع السابق، ص 301

الميراث بالنسبة إلا من أمه ولايرث من إخوته إلا عن طريق الأم ويرث ولد الزنا أبناؤه إن كان له وميراثهم منه هنا يكون بالتعصب كغيره كما يرث أيضا إخوته لكن ميراثهم لايتجاوز حدود الثلث لأن طريق ميراثهم من الأم فقط وهو الثلث[1].

وإبن الزنا هو من جاءت به أمه عن طريق مجهول غير مشرع ،فعندها لاتسطتيع أن تثبت نسبه ممن كان سببا في حمل أمه به، ولو إعترف أنه إبنه من الزنى وولد الزنى لايرث من أبيه أو أقاربه ولا يرثونه،[2]حيث اجتهد المشرع الجزائري في شأن مانع الزنا بأنه يمنع إبن الزنا من الميراث من الزوج، ولا يرث إلا من جهة أمه ذلك لأنه لا يثبت بينه وبين أبيه نسب وهذا راجع إلى عدم ثبوت الزوجية وقد نص على أسباب موانع الإرث في المادة 126 من قانون الأسرة على أنه " أسباب الإرث القرابة الزوجية " ومنه فتطبيق القانون الأجنبي الذي يقبل التوارث بين المسلم وغير المسلم، وكذا يقبل ميراث إبن الزنا من زوج أمه بطرح مسائل في غاية الصعوبة كما هو الحال مثلا في القانون الأردني الذي يمنع توريث المسلم من غير المسلم وكذا يمنع توريث أبناء الزنا ما يطلق عليهم بأولاد السفاح[3]،وبإعتبار هذا كله في القانون الجزائري مخالفا للنظام العام ولذلك يجب الدفع بالنظام العام لتفادي مخالفته للشريعة الإسلامية أو القانون الجزائري.

الفرع الثالث :شروط الميراث

لا تتحقق إلا بثلاث شروط منصوص عليها في الشريعة الإسلامية أو القانون هي كالآتي:

أولا : موت المورث

ونعني بهذا الشرط أن تتحقق موت المورث صراحة أو حكما أو تقديرا ومنه صور ثلاث في هذا الشرط وكلها تدور في فكرة موت الورث

[1] **منصور كافي، المرجع السابق، ص 48**

[2] **احمد محمد على داود، المرجع السابق، ص 153**

[3] **محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 153**

1-**موت المورث حقيقة**:وهو بطبيعة الحال الموت الثابت بالمشاهدة أو البينية ونعني به موت المورث في منزله أو المستشفى بغض النظر عن الأسباب التي أدت إلى موته وعليه موت المورث حقيقة هو أن يحضر أقاربه لجنازته[1].

2-**الموت الحكمي**:ومعناه أن سفر المورث أو غيابه عن وطنه لمدة زمنية معينة بدون إنقطاع وبدون أي إشارة منه على أنه حي،فيحكم قضائيا بموته، لهذه الأسباب يعتد بها أنه رسمية في موت المورث حسب نص المادة 133 من قانون الأسرة الجزائري.

3-**الموت التقديري**: يكون حال إنفصال الجنين عن أمه ميتا ولا يرث شيئا ولكن الأمر يطرح مسألة تنازع في حال إن أسقط من بطن أمه بسبب جناية إرتكبت عليها ، فهنا تقع مسألة تسمي بالعرة، وهي بمعني الدية إن صح التعبير لكن المشكل من سيملكها وإلى من تنقل من بعد المالك[2] فهذه الإشكالات ليست من موضوع البحث لذا لا تثير أي مشاكل في الدراسة.

ثانيا: حقيقة حياة الوارث_ نصت المادة 128 من قانون الأسرة على أنه :" يشترط لإستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث".

ومن منطلق مضمون هذه المادة يفهم أن المشرع الجزائري إشترط في الإرث أن يكون الوارث حيا، والوارث هو الشخص الذي تنتقل أو إنتقلت إليه الملكية من تركة المورث الذي قد توفي وحياة الوارث إما أن تكون حقيقة أو حكما حسب الشريعة الإسلامية، فيكون حقيقة بثبات حياته بالمشاهدة والسماع أو البنية وذلك بمزاولة أعماله وزيارة أقاربه و اتخاذ قرارته بنفسه.[3]

---

[1] منصور كافي،المرجع السابق، ص 40

*الغرة: وهي الموازنة في دفع المال وهي على ميزان الدية أي مرادفة الدية تكون حالة الموت التقديري، المرجع نفسه ، ص55

[2] منصور الكافي، المرجع السابق،ص 43

[3] مصطفي ابراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 23

أما الحياة الحكمية للوارث؛ فتتمثل في خروج الجنين من بطن أمه حيا في المدة المقررة شرعا ومن بين العلامات الدالة على خروج أو إنفصال الحمل عن أمه حيا الصراخ أو البكاء أو الرضاعة لحظة الإنفصال[1].

وأن يكون الوارث حيا وقت موت مورثه فالحياة الحقيقية هي الثانية له بمشاهدته حيا حياة مستقرة. أو بالبنية المقبولة شرعا وقت المورث، أما الحياة التقديرية كالحمل في بطن أمه وقت وفاة المورث وهو يستحق الإرث باتفاق الفقهاء وإن لم تتحقق حياة بعد لاحتمال لعدم نفخ الروح فيه وقت موت مورثه وهو نفس ماأخذ به أيضا المشرع الجزائري في المادة 128 من قانون الأسرة والمادة 134 بأنه لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا ويعتبر حيا إذا كانت هناك بينه أي قرينة على ذلك كالصراخ مثلا أو الرضاعة إلى أخره وهذا ماجاء في نص المادة 25 من القانون المدني الجزائري.[2]

ثالثا: عدم وجود مانع من موانع الإرث

ويقصد بإنتفاء مانع من موانع الإرث أنه الشرط الثالث في شروط الميراث وموانع الإرث (l'indignité successorale) هي عبارة عن خصائص تلحق بمن هو حقيقة أو في الأصل أهل الميراث من غيره فتمنعه من الإرث في تركته والمانع لغة هو الحائل، أما إصطلاحا هو ما تفوت به أهلية الميراث مع حالة قيام سببه[3].

فإذا كان أحد الورثة قد حدث قتل المورث فهذا مانع من موانع الميراث، ففي هذا القاتل الوارث سابقا فحاليا لا تتوفر فيه أحد شروط الميراث و لا يستطيع لا في الإسلام وحتى حسب القانون الجزائري أن يرث.

وأيضا يمكن التحقق أو العلم بالدرجة التي إجتمعا فيها كل من الوارث والمورث، والمقصود هنا بالدرجة أي درجة القرابة التي تجمع بينهما، ومثال ذلك أن يكون المورث أب للوارث أو يكون عمه[4].

---

[1] **منصور كافي،المرجع السابق، ص 40.**

[2] **بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،(د ط)، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،1999، ص 55**

[3] **المرجع نفسه، ص 57.**

[4] **منصور كافي، المرجع السابق، ص 40.**

المطلب الثاني:أسباب الميراث وأهميته

يحكم الميراث أسباب عديدة في قانون الأسرة الجزائري حسب ما جاءت به الشريعة الإسلامية و ما أخذ به المشرع الوطني في المواد القانونية و الإجتهادات القضائية نظرا لما يمثله من أهمية بالغة في إطار حماية الورثة للمقدار الذي سينتقل إلى ذمته المالية من تركة الميت، وعليه يتم عرض في هذا المطلب: أسباب الميراث في الفرع الأول، وكذلك أهمية الميراث بالنسبة للفرع الثاني.

الفرع الأول: أسباب الميراث

الميراث له عدة أسباب وهي القرابة، الزوجية، الولاء وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي:

أولا : القرابة.

هي الصلة الناشئة من الولادة بين الوارث والمورث وسببها الولادة، وتسمى بالنسب الحقيقي والقرابة الحقيقية وتشمل الأصول ،الآباء والأجداد والفروع كالأبناء وأبنائهم وفي الحواشي كالإخوة والأعمام وأولادهم وفي الأخير ذوي الأرحام كالأخوال والخالات وأبناء البنات ونجد الأقارب المستحقون للإرث ينقسمون بدورهم إلى أنواع متمثلة في أصحاب الفروض والعصبة النسبية وذوي الأرحام[1].

ثانيا : الزوجية

المراد بالزوجية العقد الصحيح النافذ اللازم الذي ترتب عليه جميع الأحكام الشرعية. وهي علاقة شرعية بين الرجل والمرأة نشأت نتيجة زواج صحيح قائم بينهما إذا مات أحدهما دون الأخر سواء دخل الزوج بزوجته أو لم يدخل بها وسواء كانت معه في بيت الزوجية أو مطلقة طلاقا رجعيا ولازالت في العقدة من هذا الطلاق أو مطلقة طلاقا بائتا ولازالت في العقدة وقد طلق زوجها في مرض الموت والإرث بالزوجية يكون دائما بطريق الفرض فيأخذ أحد الزوجين نصيبه المقدر له.[2]

---

[1] **محمد يوسف حنفي،الوسيط في أحكام التركات المواريث، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 2005، ص 155**

[2] **المرجع نفسه، ص 150**

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

ثالثا: الولاء

المراد بالولاء هي القرابة الحكمية وسببها عتق لمن يملكه وهو بذلك قد أنعم عليه بنعمة الحرية وأعاد إليه إنسانيته فكانت بذلك رابطة قوية بينهما وكان الولاء لهذا العتق على

من أعتقه فإذا مات العتيق وليس له وارث أصلا من جهة نسبيته أو من جهة زواجه.[1]

الفرع الثاني أهمية الميراث:

يعد الميراث من أهم موضوعات الأحوال الشخصية، حيث يلعب دورا هاما في تبيان أصل التركة بما فيها من ديون خارجية وداخلية،[2]في ذمة الموفي وكذا تحديد نصيب كل وارث من هذه التركة وتكمن أهميته في أنه قبل توزيع الميراث يتم سداد الديون وكذا تجهيز الميت وإدخال ديونه الخارجية[3] التي هي في ذمة المدينين له للميت حيث تصفى كامل الديون ومنه نخرج بتركة صافية للمورث قبل توزيع الميراث حيث أنه يجب على رجل القانون في إعطائه تفصيلا في قضية ميراث تدخل في حالة تنازع القوانين أي تتوفر على عنصر أجنبي مثلا ميراث زوجة فرنسية الجنسية من زوجها المورث الجزائري الجنسية، ومعنى هذا هو تطبيق ما هو مقرر في النظام القانوني الوطني مما يتبين لنا أهمية للميراث[4].

ويبين الميراث أيضا جنسية المتوفي و يكشف عن جنسية الورثة لغرض تحديد القانون الواجب تطبيقه على هذه التركة، حيث يستلزم نظام الإرث أن يعين قانون واحد فقط يحكم هذا النزاع وذلك بتفصيل هذا القانون عن تلك القوانين الأخرى بالنظر إلى الأهمية التي يكتسبها الميراث تلاؤما مع موطن تواجد التركة[5].

---

[1] **الرشيد بن شورخ،الوصية والميراث في القانون الأسرة،الطبعة الأولى، دار الخلدونية، القبة، 2008، ص 78**

[2] **الديون الداخلية: أي ما تستخرج من ذمة الميت وتنزع من التركة، أنظر كافي منصور ، المرجع السابق ، ص26**

[3] **الديون الخارجية،هي التي ستدخل في ذمة المورث ، أنظر المرجع نفسه،ص33**

[4] **إسعاد موحند، المرجع السابق، ص 55**

[5] **حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 169**

إن أهمية الميراث تبرز في المسائل التي تدخل فيه من شروط إستحقاق الميراث كحقيقة موت المورث مثلا، وبيان الورثة مع تحديد أنصبتهم في التركة، وأيضا طبيعة خلافة الوارث للمورث ألا هي إجبارية كما نصت عليها الشريعة الإسلامية أم إختيارية كالتنازل عنها.[1]

يؤدي الميراث مهاما محددة في تحديد المستحق من الورثة وتحدد نسبة إستحقاقه في تركة المورث، وهذا الإستحقاق مقرر لمن يستحق بموجب الشرع فلا دخل لإرادة المورث والوارث وطريقة الإستحقاق، ولذلك فإن قواعد هذا العلم لا يجوز المساس بها فهي من النظام العام وقد يؤدي المساس بهذه القواعد إلى خصومات بشأن الحق فضلا عن إنشغال القضاء بقضايا مقضي فيها أساسا من العلي القدير.[2]

تعد مسألة الميراث من أكثر المسائل التي من الممكن أن يثور بشأنها تنازع القوانين بسبب ما يتركه الميت أن تكون متعددة من منقولات وعقارات، وقد تكون موزعة في عدد من الدول وكذلك جنسية المورث وجنسية الورثة، فنتيجة لوجود هذا التزاحم كان لابد من تحديد القانون الأكثر ملاءمة بين هذه القوانين لإيجاد القانون الذي يعد واجب التطبيق على هذه المسألة.[3]

يندرج علم الميراث ضمن أشرف العلوم قدرا وأخطرها شأنا وأعلاها منزلة وأجلها أثرا إذ هو ميزان الحكمة في توزيع التركات الذي به تمتنع المنازعات وتنتهي الخصومات ومنه فعلم الفرائض يحتل مكانة رفيعة ومنزلة سامية لأن معظم قواعد الميراث من قدر الله عز وجل.[4]

تظهر أهمية الميراث في توزيع القانون الذي يحكمه وقد خصص له المشرع الوطني في القانون المدني المادة 16 والتي تحدد القانون الواجب تطبيقه على نزاع تركة فيها عنصر أجنبي مما نستنتج أن للميراث أهمية بالغة.[5]

---

[1] صادق هشام، المرجع السابق، ص 315

[2] صالح جيجيك،الميراث في القانون الجزائري،الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية،الجزائر،2002،ص 197

[3] أحمد الفضلي، المرجع السابق، ص 121

[4] محمد يوسف حنفي،المرجع السابق، ص 19

[5] عبده جميل غضوب،دروس في القانون الدولي الخاص،الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 2008،ص 284

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

المبحث الثاني :تنازع القوانين في الميراث

عالج المشرع الجزائري وباقي التشريعات الأخرى موضوع تنازع القوانين بمعني إيجاد القانون الواجب تطبيقه على الميراث في مجال القانون الدولي الخاص وذلك في نصوص القانون المدني حسب آخر تعديل له 2008 حيث يعتبر الميراث من المسائل المعقدة خاصة في ما يخص الدولي الخاص.

يضم الميراث أمورا كثيرة حيث يشكل أهمية كبيرة لإنتقال أملاك المورث إلى الورثة ويخضع في القانون الجزائري إلى قانون جنسية المورث وقت الموت، كما أن المشرع الجزائري لم يسكت عن تعريف بما يطلق عليه بالتركة الشاغرة وهي تلك التركة التي لا وارث لها، فقد كيفها على أنها أموال شاغرة تدخل في ذمة الخزينة العامة، وبما أن الميراث موضوع مهم فيمكن أن يؤثر في النظام العام للدولة حين الخوض في مسألة ومنه، قد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول هو حكم التركة الشاغرة والنظام العام، والمطلب الثاني: هو موقف المشرع الجزائري من الميراث[1].

المطلب الأول:حكم التركة الشاغرة والنظام العام

التركة الشاغرة حسب القانون الجزائري تشكل موضوع تحليل في مجال تنازع القوانين، وذلك حين تعدد الجنسيات والإشكال يثور حول أيلولة التركة والقانون الذي يطبق فهل هي تؤول إلى قانون جنسية المنوفي؟ أم إلى قانون جنسية الدولة التي تتواجد فيها هذه التركة؟ كما يتصل هذا بالنظام العام السائد في الدولة، فمن غير الممكن مخالفة النظام العام حسب القانون الجزائري لما يحدثه من تغيرات في سلك التشريع وما يفرضه أيضا من خطورة على أمن الدولة يتم التطرق إلى هذا المطلب إلى فرعين هما:

[1] الطيب زروتي،المرجع السابق، ص 105

الفرع الأول: حكم التركة الشاغرة في القانون الدولي الخاص وكذا الفرع الثاني النظام العام في الميراث[1].

الفرع الأول: حكم التركة الشاغرة في القانون الدولي الجديد.

لابد من إدراج تعريف مفسر للتركة الشاغرة والطرق التي تؤول إليها.

أولا :تعريف التركة الشاغرة

التركة هي جميع الأموال التي يتركها المورث بعد وفاته،وتنقسم إلى نوعين التركة التي لها ورثة في النوع الأول بما فيها من وصايا، أما النوع الثاني هو التركة الشاغرة وهي التي لا وارث لها والمراد بها أيضا أنها كل ما خلفه المتوفي من أموال أو حقوق بدون مستحق لها.[2]

وقد يرجع سبب إنعدام الورثة في التركة إلى فرضين الفرض الأول هو إنعدام الفرع الوارث أصلا والفرض الثاني هو وجود مانع لكل من الورثة في هذه التركة أو سبب من أسباب إقرار النسب للغير كأن يقر شخص بإخوته لشخص معين. أو الموصى له بالتركة في حدوث ثلثها أو الثلث منها إن صح التعبير والباقي يبقي بدون وارث أي تركة شاغرة[3]

ثانيا:تحديد أيلولة التركة الشاغرة

نصت المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري أن التركة التي لا وارث لها تؤول إلى الخزينة العامة،ومعنى هذه المادة بأن الخزينة العامة هي التي تضم جميع التركات الشاغرة وهذا حسب القانون

---

[1] **بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 271**

[2] **عوض الله شيبة الحمد السيد، المرجع السابق، ص 476.**

[*] **شاغرة:هي مشتقة من كلمة شعور ومعنى هذا وجود منصب أو ملك بدون أي أحد مسؤول عنه أو أي أحد يملكه، أنظر المرجع نفسه، ص478**

وكذلك في قواعد الشريعة الإسلامية، فإن التركة الشاغرة تؤول إلى بيت المال سابقا فمن منطلق هذه المادة فلا يوجد أي إشكال في قضية التركة التي لا وارث لها[1].

بينما تثور التساؤلات حول الجهة أو الدولة التي تخص هذه التركة، فهل تؤول إلى دولة المتوفي أي قانون جنسيه ؟ أم إلى الدولة التي يوجد على إقليمها هذه التركة؟ حيث يمكن البحث عن الإجابة لهذه التساؤلات حسب الإجتهادات الممارسة في هذا السياق.

وعليه فإن تكيف المشرع الجزائري للتركة التي لا وارث لها هو أنها تؤول إلى قانون جنسية المتوفي والتي تقع على إقليم الجزائر فهي إلى الدولة الجزائرية كونه يستمد أحكامه من قانون الأسرة الجزائري الذي مصدره الأول الشريعة الإسلامية، وهذا ما أخذت به أيضا محكمة النقض المصرية ذلك بإعتبارها مالا لا مالك له-التركة الشاغرة[2].

كما قد نص المشرع المصري على هذا الحكم في المادة 4 من قانون المواريث المصري في الفقرة الأخيرة من المادة على أنه :(إذا لم يوجد أحد من هؤلاء " أي بمعني الفرع الوارث للتركة " ألت التركة أو ما بقي منها إلى الخزانة العامة)[3].

إن الدولة حين تكيف التركة الشاغرة إلى الخزينة العامة، هدفها المحافظة على سيادتها، ذلك بإعتبار أن الخزينة العامة هي الوارث الوحيد للتركة التي لا وارث لها، و بالتالي تطبيق قانون القاضي الوطني على هذه المسألة.

---

[1] **بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 271.**

[2] **المرجع نفسه، ص 72.**

[3] **أنظر عوض الله شيبة الحمد السيد، المرجع السابق، ص 476.**

ثالثا : حقوق دائني التركة

إن أمر الفصل في حقوق دائني التركة أمر مهم لتبيان مقدار التركة التي لا وارث لها، وذلك في حالة وجود ديون في ذمة المتوفي بعد وفاته والتي لم يسددها بعد، فهنا يجب على الدولة قبل أن تقوم بالإستحواذ على هذه التركة التي لا وارث لها، بأن تقوم بتسديد ديون المتوفي، ذلك كون المسألة تتعلق بنظام الأموال[1].

ومنه فإذا كانت الأملاك التي تركها المتوفي في إقليم الدولة الجزائرية، فإن القانون الذي سيطبق عليها هو القانون الجزائري ذلك بعد تطبيق قاعدة " لا تركة إلا بعد سداد الديون " وهذا مستمد من قواعد ونظم الشريعة الإسلامية، وذلك بحجة أننا لا يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق على الميراث إلا بعد تصفية التركة من كل الديون وتليها تنفيذ الوصايا ثم قسمة التركة[2].

كما جاء في نص المادة 773 من القانون المدني الجزائري على أنه :" تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليست لها مالك وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث والذين تهمل تركتهم " وكما جاء أيضا في المادة 47 من قانون 90-30 المتعلق بالأملاك الوطنية حيث جاء فيها :" الأملاك الشاغرة والأملاك التي لا صاحب لها ملك للدولة طبقا للمادة 773 من القانون المدني ".

بينما نصت المادة 180 في فقرتها الرابعة من قانون الأسرة عن التركة فقط، حيث جاء أنه:(إذا لم يوجد ذو فروض أو عصبة ألت التركة إلى ذوي الأرحام فإن لم يوجد وألت إلى الخزينة العامة).

---

[1] هشام على صادق،دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003،2004،ص246.

[2] اسعاد موحند، المرجع السابق، ص 52.

حيث يستنتج أن المشرع الجزائري في المادة 773 من القانون المدني فرق بين التركة الشاغرة والتركة التي لا وارث لها، رغم أنه وبغض النظر أن النتيجة واحدة والمعنى واحد وأنه بين صراحة أيلولة التركة الشاغرة وأن مصبها في الخزينة العامة بإعتبار أن الدولة هي الوارث الوحيد لهذا الهالك[1].

وفقا للمادتين 773 من القانون المدني والمادة 180 من قانون الأسرة، فإن التركة أجنبية دون وارث في الجزائر تؤول تلقائيا إلى الدولة الجزائرية بناءا على مبدأ ممارسة سيادتها على إقليمها وهي بالضرورة تخضع لقانون القاضي[2].

الفرع الثاني: النظام العام في الميراث

النظام العام هو بقصد ما يضبط قواعد الدولة داخل إقليمها من نصوص آمرة التي تحكم جميع الكوادر العليا للدولة وكذا رعاياها المواطنين العاديين أيضا داخل الدول، وإن كان من الممكن تعريف النظام العام فإنه يمتاز بالوطنية أي يتبع ما بداخل الوطن من تطورات، وكذا الآنية أي الفورية في تنفيذ القواعد وكذا عدم الإستقرار والثبات، لأنه يتغير بين الحين والآخر ذلك لعدم الإختلال في تسيير النظام الداخلي للدولة الجزائرية، فهو فكرة تقوم على أسس موضوعية تؤول على المرونة والتطور وذلك من أجل المصلحة العامة العليا، وأهميته تظهر المشرع الذي خصص له نصوص للقانون الداخلي وهو دفع معروف في كل الأنظمة القانونية ذلك في مواجهة أي قانون أجنبي يراد تطبيقه على الإقليم الوطني[3].

حيث يتميز النظام العام بأنه مجرد من محتوى دقيق ثابت كقواعد الإسناد، مما جعل المشرع الجزائري لم يحضره في قواعد التنازع إحتسابا لتجميده لأنه يمتاز بالمرونة والنظام العام أكبر من أن تشمله النصوص القانونية الآمرة، ذلك لإبطال التصرفات التي تتعلق بما يخالفها فيثار كدفع في حالة ما إذا تعلق

[1] **كمال عليوش قربوع،المرجع السابق، ص 262**

[2] **المرجع نفسه ، ص 263**

[3] **الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 106**

الأمر بمصالح جوهرية وقيم عليا تستلزم الحماية، ويعتبر صعب كمنظار يحل به القاضي القضايا المعروضة عليه ذات العنصر الأجنبي ومثاله أن النظام العام يمنع إثبات علاقة بنوة من الزنا[1].

وفي هذا السياق، فإن القانون الأجنبي الذي يقرر حق الميراث لولد الزنا لابد أن يستبعد، وكذلك يجب إستبعاد القانون الأجنبي المختص عندما يكون المتوفي صاحب التركة مسلما، إذا أن تركة المسلم لا ينبغي أن تخضع إلا لقواعد الشريعة الإسلامية، وكل هذا الإستبعاد للقانون الأجنبي مرده أن مصدر الميراث هو الشريعة الإسلامية[2].

فإذا كان المورث أجنبيا وقت موته فإن قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته يكون هو القانون الواجب التطبيق على الميراث، وقد يكون هذا القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام في الجزائر وذلك كأن يكون هذا القانون يجيز ميراث المسلم من غير المسلم، فهنا لابد أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي دفعا بالنظام العام في الجزائر كما هو الحال في القانون المصري الذيلا يجيز ميراث المسلم من غير المسلم، بتأكيد محكمة النقض على ذلك[3].

فمتى تضمن القانون الأجنبي أحكاما تعسفية كمنع الإرث بسبب إختلاف اللون أو الجنس وحرمان الأنثى من الميراث أو مثلا إعطاء أفضلية أو قدر أكبر من الميراث للإبن الأكبر والباقي للآخرين فهنا يجب إستبعاده حسب القانون الجزائري.

متى كان مخالفا لنصوص قطعية في الشريعة الإسلامية التي تعد من النظام العام في الجزائر ومثاله أن يبيح الميراث لقاتل المورث أو أن يورث إبن الزنا من أبيه أو أن يجيز الميراث على أساس التبني، فهذه كلها تعتبر من موانع الميراث حسب النظام العام في الجزائر، ومنه يدفع بالنظام العام

---

[1] **الطيب زروتي ، المرجع السابق ،،ص 107.**

[2] **بلقاسم أعراب،المرجع السابق، ص 274.**

[3] **عوض الله شيبة الحمد السيد، المرجع السابق، ص 478.**

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يبيح هذه الأشياء وهذا إحتراما لسيادة الدولة الجزائرية وكذا تجسيدا لمبادئ الشريعة الإسلامية، فمن المسلم به قانونا وشرعا أنه أي مخالفة لقواعد الأسرة ومبادئ الشريعة فيما يخص الإرث يعد خرقا للنظام العام[1].

كما أن النظام العام قد يتدخل في أية لحظة لإحباط تطبيق القانون الأجنبي المختص بالنسبة لكل ما يمثل حالة شخصية أو عينية، ذلك مع إنطباق الحل الكلاسيكي لقانون مكان التحرير أو قانون جنسية المورث هذا لما جاء في الفقرة الثانية من المادة 16 من القانون المدني الجزائري التي تنص على تطبيق قانون جنسية المورث على قضايا الميراث، لكن قد تكون جنسية المورث أجنبية وقت وفاته بالنظر إلى التنازع الإيجابي للجنسيات، وقد يكون هذا القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام في الجزائر[2].

المطلب الثاني:موقف المشرع الجزائري من الميراث في القانون الدولي الخاص

أخذ المشرع الجزائري بالميراث في موضوع الأحوال الشخصية، مما يطرحه من إشكالات في القانون الدولي الخاص حيث يصعب إيجاد ضابط الإسناد الذي يحكم الميراث في القانون الجزائري، وما يفرضه من صعوبات في تطبيقه على موضوع النزاع المعروض على القاضي الوطني، لأن الخوض في مسألة الميراث تثير التعمق في مشاكل عديدة،ويتم دراسته في فرعين، الفرع الأول: ضابط الإسناد الذي يحكم الميراث والفرع الثاني: الإشكالات التي يفرضها ضابط الجنسية على الميراث.

[1] **فاطيمة موشعال، المرجع السابق، ص 159.**

[2] **إسعاد موحند، المرجع السابق،ص323.**

الفرع الأول: ضابط الإسناد الذي يحكم الميراث

يعد الميراث من أحد مواضيع الأحوال الشخصية تفصيلا لكثير من المقتضيات فهو يرتبط في الأساس بواقعة حياة الإنسان وموته وهو نفسه النتيجة الطبيعية لتلك الواقعة[1].

كما تعد أسباب الميراث هي عبارة عن ضوابط مستوحاة من وضعية الشخص كروابط القرابة،النسب وإعتبارات لحماية أملاك المتوفي ضمن نطاق العائلة فكلما زادت درجة القرابة والنسب إزدادت معها ضمنيا حصص الإرث ومرده أن كل هذا يتصل بخلافة أسرية أزيد منها ملكية للأموال لهذا يخضع المشرع الجزائري الميراث لقانون الجنسية.

فلذلك نستنتج أن أغلب التشريعات التي تكيف الميراث في فئة الأحوال الشخصية تسنده لقانون الجنسية,وبالتحديد يخضع لقانون جنسية المورث لأنه هو أساس موضوعه، فكل ما يجري على الميراث من أوله إلى غاية الانتهاء من توزيع الأنصبة متوقف على موت المورث، إذ لا يمكن إدراك التركة دون المورث، وهذا ما جاء به التشريع الجزائري في نصوص القانون المدني.

العلة من وراء إخضاع المشرع الجزائري الإرث إلى قانون جنسية المورث وقت موته تتمثل في عدة إعتبارات جاءت به، الشريعة الإسلامية التي تضم الميراث ضمن فئة الأحوال الشخصية رغم أنه يتعلق أو يرتبط بوارثة أموال،تم إخضاعه لقانون المورث إن الأموال تنقسم إلى منقولات وعقارات، فلا يمكن في الشريعة الإسلامية أن نطبق قانونين على موضوع واحد[2]، والسبب في ذلك هو تجنب تعدد القوانين في حكم التركة، حيث إذا كانت التركة موزعة بين عدة دول أو كان الورثة يختلفون في جنسياتهم وهو الموقف الذي إتباعه المشرع الجزائري بقانون جنسية المورث وقت موته في المادة 16 من القانون المدني،والتي

[1] **هي موت المورث الذي يعتبر حجز الزاوية في الميراث، أنظر موحند اسعاد، المرجع السابق ، ص65.**

[2] **إسعاد موحند، المرجع نفسه، ص 317**

نصت على أنه :" يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته"، ومنه فالميراث هو عبارة عن إنتقال الذمة المالية كاملة[1] ، بل هناك بعض الدول تستبعده من نطاق الأحوال الشخصية وتكيفه على فئة الأحوال العينية نظرا لطابعة المالي والعلة في تكيفهم هذا لنظام الإرث أنه يعتبر وسيلة من وسائل إنتقال الملكية مثله مثل عقد البيع أو الإيجار أو المقايضة ولم تتطرق لوفاة المورث، ومنه تعتبر ضابط الإسناد في هذه الحالة هو قانون موقع المال، غير أن بعض التشريعات الأخرى تفرق بين العقارات والمنقولات في الميراث، فتخضعه في العقار لقانون موقعه والميراث في المنقولات لقانون آخر موطن للمتوفي.

إن التمييز بين الحالتين يبقي له رجعية لآثاره الفكرية التي كانت عادة ما سائدة خلال العصور الوسطى في الدول الأوروبية وتحديدا في إيطاليا التي كانت تخضع الميراث لقانون موقع المال إلى التشريع الفرنسي القديم، الذي يقر بإخضاع العقار لقانون موقعه،أما المنقولات فقانون موطن المتوفي وذلك تأسيسا على أن أموال الهالك المنقولة طبيعي وجودها حيث يوجد مقر سكناه الرئيسي، ولأن المنقول قيمته ضئيلة مقارنة بالعقار الذي له أهمية كبيرة وقيمة ومن أسباب الأخذ بهذا هو سياسة الدولة بالنظر لازدياد تملك الأجانب عقارا على إقليمها[2].

[1] تسند بعض الدول الإرث لقانون الجنسية نظرا لتأثرها بنظرية الفقيه " ملنستي " خلال القرن 19 التي قامت بتوسع نطاق تطبيق قانون الجنسية وحتى طبيعة الدولة التي تكون خاضعة لنظام الامتيازات الأجنبية بإخضاع الأجانب إلى قوانينهم الشخصية أو تشجيع جلب الأجانب إلى الدولة، أنظر فاطيمة موشعال ، المرجع السابق ، ص103

[2] الطيب زروتي،المرجع السابق، ص 196

أولا:نطاق تطبيق قانون جنسية المورث

أخضع المشرع الجزائري الميراث لقانون الجنسية وقد حدد مسائل كثيرة وكذا هناك مسائل مستثناة منه:

1-عند بداية الأمر وهي فتح التركة يشير المشرع الجزائري في المادة 127 قانون الأسرة أن الميراث يوجب حين موت المورث حقيقة أو نتيجة حكم قضائي، أي أخذ بالموت الحكمي كسبب من أسباب الميراث وجواز فتح التركة، حيث جاء في المادة 115 من القانون الأسرة أنه " لا يورث المفقود و لا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها ". ويكون ذلك خلال 4 سنوات.

إن لم يرجع أو يظهر بعد البحث عنه أو التحري، يمكن الأخذ بموته حقيقةً أم موته الحكمي أيضا[1].

2-تبيان من هم الورثة وترتيبهم وكذا حصة كل واحد منهم من التركة، وتختلف التشريعات في تعيين الورثة بغض النظر عن أن أساس الإرث هو القرابة في أغلب القوانين والعلة في ذلك أن درجة القرابة تختلف من دولة إلى أخرى، ومثال على ذلك التوارث بين الأزواج وكذا ميراث الإبن الشرعي، ففي الجزائر مثلا لم يأخذ المشرع بميراث الإبن غير الشرعي من جهة الأب فقط لكن من جهة أمه وأقارب أمه فهو يرث، بينما في أوروبا مثلا يرث إبن الزنا أباه بصفة عادية وكذا المتبني فهو لا يرث حسب الشريعة الإسلامية ولا يأخذ حتى إسم من تبناه،على خلاف بعض الدول التي تعتبر التبني مباح[2].

[1] **كمال عليوش قربوع،المرجع السابق، ص 252**

[2] **سامي بديع و آخرون، القانون الدولي الخاص،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت،لبنان، 2008،ص697**

3-يحكم قانون الجنسية مسألة وقوع حادث، مثلا موت مجموعة من الأشخاص في ظروف غامضة لا يمكن فيها الدراية بالأسبقية في الموت فهنا لا إشكال إن هؤلاء الأشخاص من جنسية واحدة،أما إذا كانوا من جنسيات مختلفة، فمن غير المنطقي أن نطبق جنسية واحدة من بينهم، فهذا يعتبر خرق للقواعد القانونية لحقوق الإنسان، لأن المسألة تصبح أفضلية بين الجنسيات ولكن الحل هو تطبيق قانون جنسية القاضي كإستثناء فقط لتحديد أسبقية الوفاة، أما بالنسبة لقواعد الشريعة الإسلامية فهي بدورها تمنع التوارث بين هذه المجموعة وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري.

4-تبيان الحرية في قبول الميراث أو التنازع عنه، ومن هذا المنطلق يقصد الوصول إلى طبيعة الميراث هل هو إلزامي أم اختياري؟ بحجة أن الدول تختلف في الحقوق والإلتزامات التي تنقل إلى الورثة وزمان ومكان وكيفية إنتقالهم، والميراث في الإسلام إلزامي ومن غير الممكن رفض الميراث من طرف الورثة لأنه يحقق مصالحهم، لأنه سينتقل إليهم حقوق مالية.

5-موانع الإرث كالرق واللعان و إبن الزنا، وقد حدد المشرع الجزائري في المادة 135 من قانون الأسرة موانع الميراث ومنها أيضا القتل العمد للمورث أو إختلاف الدين، كأن يرث يهودي من مسلم فهذا مانع للميراث في الشريعة والقانون وكل هذا تطبيقا للقاعدة التي تقول " من تجعل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه،وكما جاء أيضا في المادة 138 قانون الأسرة اللعان والردة هما أيضا سببان لمنع الإرث في القانون الجزائري[1].

[1] **كمال عليوش قربوع،المرجع السابق، ص 258**

ثانيا. الحالات الاستثنائية من تطبيق ضابط الجنسية

يخضع الإرث لقانون جنسية المتوفي، بحيث يحكم الضابط قيد كونه من الحالة العائلية، فكلما إتصل بها بشكل مباشر اعتبر سبب من أسباب إنتقال الحق العيني، ومنه يلزم إخضاعه للقانون الذي يطبق على الأموال،لذلك فجميع المسائل المتعلقة بحقوق دائني المتوفى يحكمها هذا القانون فإذا كانت أموال الإرث موجودة في الجزائر فقاعدة " لا تركة بعد سداد الديون " هي التي ستطبق عليها ولو كان المورث أجنبيا[1].

كما أن للورثة كافة الحقوق العينية الكائنة في قانون موقع المال ونتيجة هذا، تطبيق القانون الوطني ذلك وقت عودة الأموال الموروثة إلي فئة قانونية غير متعارف عليها من خلال القانون الأجنبي الذي يحيل إليه ضابط الإسناد[2]، حيث أنه عند فتح التركة في بلد أجنبي وقت وجود الأموال في الدولة الجزائرية، فيستلزم افتتاحها لقسمة الميراث فيها على أساس قاعدة الإسناد الجزائرية بينما لا دخل لسلطة القاضي الوطني على الأموال الموجودة في بلد أجنبي حتى وإن كان آخر موطن للهالك في تلك البلاد والعلة في هذا الخطر هو تعارض قواعد الإسناد الجزائرية مع قواعد تلك الدولة فيتعذر في هذه تنفيذ ما تقرره المحكمة الجزائرية بالنظر إلى ما تضعه قواعد الإسناد[3].

أما بالنسبة للتركة الشاغرة فإنها تؤول حسب القانون الجزائري في نصوص القانون المدني وقانون الأسرة إلى الدولة التي توجد بها لأنها تؤول إلى الخزينة العامة للدولة الجزائرية.

---

[1] **هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد،القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1999 ص 321**

[2] **المقصود به: قانون جنسية المورث أو المتوفى وقت الوفاة والذي نص عليه المشرع الجزائري المادة 16 من القانون المدني الجزائري حسب أخر تعديل له 2008**

[3] **إسعاد موحند، المرجع السابق، ص 327**

لذلك يتضح أن قانون موقع المال يضيف من نطاق تطبيق قانون الجنسية بحجة أن الأموال منقولة كانت أم عقارا فهي توجد في الدولة التي يقيم بها المتوفي وبهذا ينتفي التعارض بين القواعد التي تطبق على مسائل الميراث، لكن المشرع أخذ بقانون الجنسية لإعتبارات كثيرة منها قانون جنسية القاضي الوطني حين الفصل في النزاع وكذا مراعاة النظام العام وقواعد الشريعة الإسلامية، حيث أصاب المشرع الجزائري حين وضع العمل بقانون الجنسية كضابط إسناد الميراث حفاظا على مبدأ أسياده الدولة الجزائرية و إحترامه لمبادئ الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني:الإشكالات التي يطرحها ضابط الجنسية على الميراث

ظهرت عدة إشكالات ناتجة عن تطبيق قواعد التنازع ذلك لمخالفة ضابط الجنسية للأسس التي يعمل عليها قانون القاضي في حالة الدفع بالنظام العام أو بثبوت الإختصاص لقانون الجنسية حيث تؤدي إلى إستبعاد القانون الواجب التطبيق الذي هو قانون الجنسية.

أولا: التنازع الإيجابي للجنسية في الميراث

وهو أن يكون للهالك أكثر من جنسية واحدة، كأن يكون له جنسية جزائرية وجنسية فرنسية في نفس الوقت، ومنه فتحديد القانون الواجب التطبيق على الميراث في هذه الحالة يطرح أمامنا مفاضلة وإختيار في الجنسيات التي يحملها الهالك فيمكن التفريق بين الوضعية التي تكون فيها جنسية دولة القاضي إحدى الجنسيات المتنازعة أما في الحالة الثانية فنجد فيها حلا واحدا و هو ما جاء في نص المادة 22 من القانون المدني الجزائري ، أن القانون الوطني هو الواجب التطبيق حسب قواعد الإسناد [1].

[1] **المادة 2/22 من الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 ، المعدل و المتمم للأمر رقم 75-58 الصادر في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري.**

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

وفي حالة ما إذا تنازعت جنسيات ثابتة من بينها جنسية القاضي المطروح عليه النزاع،فيمكن للقاضي أن يطبق جنسيته حتى وإذا حدث و إختلفت جنسيته عن جنسية الهالك التي إستبعد تطبيقها، حيث أن القاضي يطبق قانون بلده بحجة أنه تشريع دولته، ومن غير القانوني أن يطبق قانون أجنبي يختلف مع النظام العام الوطني لإعتباره خرق للمبادئ العامة للشريعة الإسلامية، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الحل،[1] كما كرسته بعض التشريعات الأجنبية ونصت عليه صراحة.

في حين إذا ورد تنازع بين جنسيات أجنبية ليس من بينها جنسية القاضي المعروض عليه النزاع، فهنا تكون المفاضلة صعبة عليه لإختيار الجنسية التي سيطبقها على الميراث من بين جنسيات الهالك، فيمكن له الإختيار حسب عدة معايير سواء على فكرة الحق المكتسب، أو بتحويل المتوفي إختيار الجنسية التي يريد أن يعامل وفقا له، على أساس تجاوبها مع شعوره الفردي والرغبة في الإنتماء إلى دولة معينة من الممكن قد عاش فيها كثيرا أو أعجبته أحكامها، في حين يوجد معيار يقضي الأخذ بالرأي المشابه والقريب إلى أحكام دولة جنسية القاضي.

ولكن الغريب في الأمر أن الشخص الذي تجنس عدة مرات، لا يمكن أن فاضل بين كل هذه الجنسيات لتطبيق قانون جنسية إحداها على الميراث، والرأي الراجح في هذا الإشكال هو الأخذ بضابط الجنسية الفعلية وهي أكثر الجنسيات التي تخدم النزاع لأن المتوفى قد عاش فيها كثيرا كأن اتخذ منها موطنا له، وعند تعدد الجنسيات يطبق القاصي الجنسية الفعلية أي الحقيقية ، و هي جنسية الموطن المعتاد للمورث ، و يمكن أيضا أن يطبق القانون الأجنبي دون القواعد الموضوعية فيه حسب الفقرة الثانية من المادة 22 من القانون المدني الجزائري.[2]

---

[1] **بلقاسم أعراب،المرجع السابق، ص 273**

[2] **كتب في هذا الرأي الفقيه JORDAN وله بعض التطبيقات في القانون اللبناني أنظر محمد عبد العال عكاشة،أحكام الجنسية اللبنانية، منشورات الجلي الحقوقية،بيروت، لبنان،2007، ص 163**

ثانيا. التنازع السلبي للجنسية في الميراث

حسب الفقرة الثالثة من المادة 22 من القانون المدني، فإن التنازع السلبي يعرف بأنه يعدم للشخص من إكتساب أي جنسية، أي أن لا يكون له إنتماء إلى قانون أي دولة وقت وفاته، ومنه يصعب في الحالة تعيين القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع فمن التشريعات ما تأخذ بجنسية آخر موطن كان ينتمي إليه المورث على أساس أنها أقرب جنسية صلة به، و بإعتباره قد عاش فيها لمدة زمنية تدل على أنها تتناسب مع شعوره بالولاء لها ضمنيا ومن التشريعات لذلك فالأفضل أن تأخذ بجنسية ميلاد المورث[1] أي جنسية الدولة التي ولد فيها كونها الجنسية الأصلية له.

وقد إختارت دول أخرى تطبيق قانون جنسية الدولة التي قد جرد منها المورث، لكن في حالة ما إذا كان المورث هو الذي تخلى عن هذه الجنسية بمحض إرادته،فيكون ذلك بتشريع تلك الدولة .

ومنه فإن المشرع الجزائري قد طبق على عديم الجنسية أحكام إتفاقية نيويورك المبرمة في 28 سبتمبر 1954 والمتعلقة بالحماية الدولية لعديمي الجنسية[2]، حيث أن هذه الأخيرة وضعت إهتماما بالغا بوضعية عديمي الجنسية وفي قضية القانون الواجب التطبيق عليهم أيضا، بينما نجد أن بعض التشريعات فسحت المجال أمام السلطة التقديرية للقاضي في البحث عن تحديد القانون الواجب التطبيق على المورث عديم الجنسية، ومعنى ذلك عدم تقيده في تحديد ضابط الإسناد الواجب التطبيق على هذه المشكلة[3].

وعلى القاضي أولا ألا ينفي دور محل إقامة المورث قانون موطنه كضابط إسناد أساسي يصلح الميراث لعديم الجنسية تلك كقاعدة إسناد إحتياطية تكون عند إنعدام أو إستحالة تحديد ضابط

---

[1] **فؤاد عبد المنعم رياض،مبادئ القانون الدولي الخاص : الجنسية ومركز الأجانب، الجزء الأول، دار النهضة العربية ،القاهرة،مصر، 1996، ص 242.**

[2] **صادقت الجزائر على هذه الإتفاقية بمرسوم 173-64،المؤرخ في 08-066-1964، الجريدة الرسمية، عدد 15 لسنة 1964، المؤرخ في 25 جويلية 1963.**

[3] **حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 67.**

الإسناد الأصلي وهو الجنسية ،لكن بالرغم من أهمية قاعدة الإسناد هذه –قانون الوطن ومحل الإقامة- فإن أغلب التشريعات تستبعدها ومن بينها التشريع الجزائري، حيث نص صراحة على تطبيق قانون جنسية المورث،ويفهم من نص القانون المدني في المادة 16 على أنه إذا إستحال على القاضي تحديد ضابط الجنسية الأصلية فيمكن أن يطبق قانون الجنسية الفعلية، أو قانون جنسية الميلاد للمورث، لأن المشرع الجزائري سكت في هذا الشأن ولم ينص عليه صراحة في هذا الإشكال.

إن أنصار نظرية الحقوق المكتسبة يحولون التنازع المتحرك إلى تنازع ثابت، نظرًا لإهمالهم للإسناد الجديد لأن المسألة القانونية تبقى خاضعة للقانون الأصلي، أي الوطني، بالرغم من التطورات التي تعرضت لها من حيث الزمان[1].

الغش نحو القانون، هي نظرية أثارها القانون الفرنسي، كما توصل فيها إلى إظهار وجه جديد لها وهو تغيير الفئة المسندة هذا ما يتضح في قضية القانون الواجب التطبيق على الميراث العقاري، حيث أن شخص كان يملك عقار في فرنسا والذي أراد بالضبط التهرب من فكرة الحصة المحجوزة حسب القانون الفرنسي وهي جزء من التركة لا يجوز فيه التصرف بالهبة أو التبرع، قاصدًا إخضاع هذا الميراث لقانون موطنه وهو القانون الأمريكي والذي لا يعترف بفكرة النصيب المحجوز، حتى يتمكن من حرمان أبنائه من الإرث فأثار أبناؤه مسألة الغش نحو القانون حيث إستجابة محكمة النقض لطلبهم وطبقت أحكام القانون الفرسي[2]

[1]Dominidue holleau, jacques foyer, géraud de geouffre de la pradelle, droit inernational privé, masson éditors, paris 1987, p230.

[2] pierre mayer,droit international privé , 5 eme edition , d'élta .liban.1996.p 181

PDF-XChange Click to buy NOW! www.tracker-software.com

خلاصة الفصل الثاني:

و منه نستنتج أن مادة المواريث تثير جدلا تقليديا وحديثا، لأنها تقع على الحدود الفاصلة بين الحالة الشخصية، والحالة العينية، بل وعلى حدود الأعمال القانونية، بإعتبارها تؤمن إنتقال مجموع الذمة المالية للشخص، لسبب الوفاة لكونها تتبع الحالة الشخصية، فإنها تنصب على إنتقال الأموال مما يدل على أنها تتبع أيضا الحالة العينية و يكون الإنتقال جزئيا أو كليا، و لكي يتم إدخال الميراث ضمن الحالة الشخصية، يعتد أنصار هذا الموقف بصورة رئيسية، بأن المواريث ترتبط بحياة و وفاة شخص و عليه فإن إعتبارات المحافظة على أموال العائلة، و منه يجب إخضاعها لذات نظام الشخص بالتحديد أي لقانونه الشخصي.

وعليه فإن قواعد القانون الدولي الخاص لم تعالج سائر الإشكالات التي تندرج في قضايا الميراث والوصية ، حيث أن المشرع الجزائري تكلم عنهما إلا في نص قانوني واحد، لذلك يواجه القاضي الوطني صعوبات من كل الجوانب حين تطرح أمامه قضايا معقدة، والتي تتمثل في البحث عن الجنسية الحقيقية للمورث، ، أوفي حالات الإنعدام إذا لم يكن له موطن معتاد أو إقامة دائمة في دولة ما.

و الواقع أن المبدأ الإسلامي هو مبدأ شخصي يخضع لقانون الشخص كافة العلاقات القانونية التي تخصه سواء كانت هذه تعود للحالة العينية أم للحالة الشخصية، و يفهم من نص المادة 16 من القانون المدني الجزائري أن القانون الواجب التطبيق على الميراث و الوصية هو قانون جنسية الهالك وقت وفاته ، حيث أن الميراث حسب أحكام الشريعة الإسلامية هو حق من حقوق الورثة.

كما أن المشرع لم يسكت فيما يخص التركات التي لا وارث لها ونص عليها صراحة في قانون الأسرة على أنها تؤول التركة الشاغرة إلى الخزينة العامة هذا حسب نص المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري، و منه فالدولة هي الوريث الوحيد لهذه التركة حسب المفهوم القانوني.

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

- أن المشرع الجزائري أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى و لم يأخذ بها من الدرجة الثانية لأنه عندما تحيله قاعدة إسناده إلى قانون دولة أخرى فإنه يطبق أحكام هذا القانون و لكن إذا أحاله هذا القانون إلى قانون دولة ثانية فإنه لا يأخذ بها.

ثانيا : الاقتراحات

- ترجيح تطبيق القانون الوطني للقاضي في النزاع الذي يشمل عنصر أجنبي بالنسبة لأحكام الميراث و الوصية نظرا لارتباطهما بمبادئ الشريعة الإسلامية و المساس بالنظام العام الداخلي.
- على المشرع الجزائري أن يبين كيفية التوريث في الزواج المختلط و القانون الواجب تطبيقه عليه.
- على المشرع الجزائري أن يحدد شروط الميراث و الوصية في القضايا المتعلقة بعنصر أجنبي في ظل القانون الدولي الخاص.
- يتوجب على المشرع تحديد عناصر توضح الجنسية الفعلية أو الحقيقية .

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

قائمة المصادر و المراجع

القرآن الكريم

أولا:المعاهدات

إتفاقية نيويورك المبرمة 28 سبتمبر 1954 والمتعلقة بالحماية الدولية لعديمي الجنسية.

إتفاقية لاهاي لسنة 1930 المتعلقة ببعض مسائل تنازع القوانين في شأن الجنسية

ثانيا: القوانين

1 / الأمر رقم 75 / 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

2 / الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

3 / الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 81 مؤرخه في 1977/12/18.

ثالثا :الكتب باللغة العربية

1 / أحمد فراج حسين وجابر عبد الهاوي سام الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.

2 / أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، الطبعة التاسعة، دار هومه للنشر، الجزائر، 2006.

3 / أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

4 / أحمد محمد المومني، أحكام التركات والمواريث، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

5 / الطيب زروتي، القانون الدولي الجزائري، الطبعة الأولى، الجزائر، 2010.

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

6 / الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومه، الجزائر، 2011.

7/ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

8 / بدران أبو العنين بدران، المواريث والوصية والهبة في الشريعة والقانون، الإسكندرية، مصر، 1975.

9 / بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، القبة، 2008.

10 / الحسين الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي،مطبعة الإرشاد، بغداد، العراق، 1967.

11 / حمدي باشا عمر، عقود التبرعات الهبة الوصية الوقف، دار هومه، الجزائر، 2004

12/ زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.

13 / سامي بديع منصور وعبده جميل غضوب ونصري أنطوان دياب، القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان،

14 / صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.

15 / صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.

16 / صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص الجنسية وتنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008.

17 / صوفي حسن طالب، الوجيز في القانون الدولي الخاص في القانونين المصري واللبناني، الجزء الأول، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1976.

18 / عبد الرزاق أحمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،الجزء الثالث،دار إحياء التراث العربي،بيروت،لبنان،1958

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

19 / عوض الله شيبة الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،1997.

20 / عبد السلام بن سيدي محمد الهواري، شرح وثائق المفتي سيدي محمد بن أحمد بن حمدون بناني، فاس، المغرب، 1949.

21 / عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين دراسة مقارنة الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

22 / عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، الجزء الأول الطبعة الثانية دار هومه، الجزائر، 2007.

23 / علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

24 / عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، منشورات زين الحقوقية.

25 / غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2013.

26 / غالب علي الداودي، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2001.

27 / فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.

28 / ماجد الحلواني، القانونالدولي الخاص وأحكامه في القانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1974.

29 / محمد يوسف حنفي، الوسيط في أحكام التركات والمواريث، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

30 / محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2006.

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

31 / موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص الجزء الأول قواعد التنازع ترجمة د. فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

32 / ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع،2005.

33 / مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان الأردن، 2006.

34 / محمد أحمد شحاتة حسين، الوجيز في المواريث والوصية، المكتب الجامعي الحديث، 2010.

35 / منال محمود المشني، الشرح الوافي لأحكام التركات والمواريث، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011.

36 / محمود وليد المصري، الوجيز في شرح القانونالدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2009.

37 / منصور كافي، علم الفرائض (المواريث) في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

38 /محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية :دراسة مقارنة لمسائله،دار الفكر العربي ،القاهرة،مصر،1988

39 / صالح جيجيك، الميراث في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002.

40 / هشام صادق، القانون الدولي الخاص الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية: تنازع القوانين دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008.

41 / هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003.

42 / هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني تنازع القوانين دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 1999.

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

رابعا : الرسائل العلمية والأكاديمية المتخصصة

1 / موشعال فاطمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان 2011-2012.

2 / مختاري هوارية حنان، نظرية الجنسية وأحكامها في ظل أخر تعديل للتشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة وهران،2007-2008.

خامسا : المراجع باللغة الفرنسية

1- Dominidue holleau, jacques foyer , Géraud de la geouffre de la pradelle , droit international privé , masson editors, paris , 1987.

2- Pierre mayer , droit international privé , 5 eme édition , d'élta , liban , 1996.

3- Jean derruppé , droit international privé, 14 eme édition , dalloz , 2001.

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

العنوان	الصفحة
مقدمة	1
الفصل الأول: أحكام الوصية في القانون الدولي الخاص	5
المبحث الأول: المبادئ العامة للوصية	7
المطلب الأول:مفهوم الوصية	7
الفرع الأول: تعريف الوصية	8
الفرع الثاني: أركان الوصية	10
الفرع الثالث: أنواع الوصية	14
المطلب الثاني: إثبات و تنفيذ الوصية	14
الفرع الأول :إثبات الوصية	15
الفرع الثاني : تنفيذ الوصية	17
المبحث الثاني:القانون الواجب التطبيق على الوصية	18
المطلب الأول: الشروط الشكلية والموضوعية للوصية	19
الفرع الأول: الشروط الشكلية للوصية	19
الفرع الثاني: الشروط الموضوعية للوصية	21
المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من الوصية في القانون الدولي الخاص	23
الفرع الأول: ضابط الإسناد الذي يحكم الوصية	23
الفرع الثاني : الإشكاليات التي يثيرها ضابط الإسناد	31

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

خلاصة الفصل الأول	40
الفصل الثاني : ضوابط الميراث في القانون الدولي الخاص	42
المبحث الأول: ماهية الميراث	44
المطلب الأول: مفهوم الميراث	44
الفرع الأول:تعريف الميراث	45
الفرع الثاني :موانع الميراث	47
الفرع الثالث :شروط الميراث	50
المطلب الثاني:أسباب الميراث وأهميته	53
الفرع الأول: أسباب الميراث	53
الفرع الثاني : أهمية الميراث	54
المبحث الثاني :تنازع القوانين في الميراث	56
المطلب الأول:حكم التركة الشاغرة والنظام العام	56
الفرع الأول: حكم التركة الشاغرة في القانون الدولي.	57
الفرع الثاني: النظام العام في الميراث	60
المطلب الثاني : موقف المشرع الجزائري من الميراث في القانون الدولي الخاص.	62
الفرع الأول : ضابط الإسناد الذي يحكم الميراث.	63
الفرع الثاني : الإشكالات التي يطرحها ضابط الجنسية على الميراث .	68
خلاصة الفصل الثاني	72
الخاتمة	73
قائمة المصادر و المراجع.	76

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

الفهرس	82

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

بسم الله الرحمان الرحيم و الصلاة و السلام على أشرف المرسلين خاتم الأنبياء أجمعين سيدنا محمد صلى الله عليه و سلم.

يسعني في هذا المقام الكريم و الشهر المبارك أن أتقدم بالشكر الموصول إلى أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة بحثنا هذا وعلى رأسهم الأستاذة راضية بن زكري عضوا مشرفا و مقررا على ما بذلته من جهد و تحفيز لإثرائي بمعلومات جد قيمة إنعكست إيجابا على بحثي هذا ،و كما يسعني أن اشكر الأستاذة عائشة قصار الليل رئيسا و الأستاذ رشيد بومعزة عضوا ممتحنا .

يشرفني أن أرحب بالحضور الكريم و أخص بالذكر العائلة الكريمة ، زملائي و زميلاتي و كل السادة الكرام.

فلقائنا اليوم هو من أجل مناقشة مذكرة التخرج الموسومة بالقانون الواجب التطبيق على التصرفات المادية بعد الموت في القانون الدولي الخاص،حيث يندرج ضمن تخصص القانون الدولي الخاص باعتباره مجموعة القواعد القانونية التي تعنى بتنظيم مختلف علاقات الأشخاص المالية أو الشخصية إذا قترن بها عنصر أجنبي و التي تعالج عدة موضوعات تتمثل في تنازع القوانين و الذي يعني تزاحم قانونين أو أكثر لدولتين أو أكثر بشأن حكم علاقة قانونية و يظهر هذا التنازع في الكثير من المسائل منها الأحوال الشخصية هذه الأخيرة يندرج ضمنها كل من : الوصية و الميراث.

حيث أن الوصية هي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ينتقل فيها جزء أو كل من أموال و ممتلكات الموصي إلى الموصى إليه إذ يكون أحد الطرفين أجنبي ، كما أن الميراث هو انتقال الملكية من الميت إلى ورثته حيث يحكم هذه العلاقات ضابط الإسناد و هو جنسية الموصي أو المورث حسب ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 16 من القانون المدني الجزائري .

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

و تكمن أهمية الموضوع في إثراء المعرفة في مجال مفهوم الميراث و الوصية و تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المسألة في حالة نشوب نزاع متعلق بها إذا اقترن بعنصر أجنبي.

تنتهي الشخصية القانونية للإنسان بالوفاة التي تعتبر واقعة قانونية يترتب عليها إنتقال الصفة المالية إلى الخلف العام بمقتضى الميراث الذي يعتبر أحد أسباب إنتقال الملكية أو عن طريق الوصية كتصرف قانوني بإرادات منفردة لكن هاتان المسألتان أثارت العديد من الإشكالات القانونية في القانون الدولي الخاص الجزائري فهل تم ضبط القانون الواجب التطبيق على الميراث و الوصية بقواعد إسناد تلائم العنصر الأجنبي؟.

و تتفرع عدة تساؤلات فرعية عن هذا الموضوع :

- ما هي الأحكام العامة للوصية و الميراث في القانون الدولي الخاص ؟.
- ما هو القانون الواجب تطبيقه على كل تصرف منها؟.

و قد تم الاعتماد على المنهج الوصفي في الفصلين و الذي يبرز في تعريف كل من الوصية و الميراث و الخطوات التي يتبعها القاضي لحل بعض النزاعات المعروضة أمامه و كذا أركان الوصية و موانع الميراث.

و حاولت الإجابة على إشكالية الدراسة في فصلين حيث تم التطرق في الفصل الأول أحكام الوصية في القانون الدولي الخاص و ذلك من حيث المبادئ العامة للوصية و كذلك القانون الواجب التطبيق على الوصية أما في الفصل الثاني فخصص لضوابط الميراث في القانون الدولي الخاص من حيث الماهية و كذا تنازع القوانين في الميراث .

و نستخلص من هذا الموضوع عدة نتائج تتمثل في:

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

- إن القانون الواجب التطبيق على الميراث حال وجود طرف أجنبي وقت موت المورث هو قانون جنسيته.
- ضبط الإسناد الذي يحكم الوصية هو قانون جنسية الموصي وقت وفاته .
- النظام العام الداخلي في الجزائر يؤثر على القانون الواجب التطبيق على الميراث و الوصية في القانون الدولي الخاص.
- حسب نص المادة 22 ،23 من القانون المدني الجزائري فإن القانون الذي يطبق في حالة تعدد الجنسيات بالنسبة للمورث هو القانون الوطني.
- أن المشرع الجزائري أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى و لم يأخذ بها من الدرجة الثانية لأنه عندما تحيله قاعدة الإسناد إلى قانون دولة أخرى فإنه يطبق أحكام هذا القانون و لكن إذا أحاله هذا القانون إلى قانون دولة ثالثة فإنه لا يأخذ بها.
- و يمكن إقتراح بعض الإقتراحات
- على المشرع الجزائري أن يبين كيفية التوريث في الزواج المختلط والقانون الواجب التطبيق عليه.
- يتوجب على المشرع تحديد عناصر توضح الجنسية الفعلية أو الحقيقية.
- على المشرع الجزائري أن يحدد شروط الميراث والوصية في القضايا المتعلقة بعنصر أجنبي في ظل القانون الدولي الخاص.