

جامعة أبو بكر بلقايد

- تلمسان -

كلية الحقوق والعلوم السياسية



الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة
في إطار القانون الدولي الخاص

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

تشوار جيلالي

من إعداد الطالبة:

شبور ونورية

أعضاء لجنة المناقشة

أ. قلفاط شكري أستاذ التعليم العالي، جامعة تلمسان، رئيسا

أ. تشوار جيلالي أستاذ التعليم العالي، جامعة تلمسان، مشرفا ومقررا

أ. مامون عبد الكريم أستاذ محاضر قسم أ، جامعة تلمسان، مناقشا

السنة الجامعية: 2010-2011



تُشكرات

إلى الأستاذ الفاضل "نشوار الجيلالي" أوجه كامل شكري وعرفاني
وتقديري لقبوله الإشراف على إنجاز هذا العمل ، وعلى توجيهاته العلمية القيمة
والسديدة طوال مدة إعداد هذه المذكرة .
كما أوجه جزيل الشكر للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة
لقبولهم مناقشة هذه المذكرة .

إهداء

إلى صاحب العطاء الأكبر والتفاني الأعظم والدي الكريم

إلى ينبوع العطف والحنان أمي الحنون

مع تشكرات أجمل من ورائها امتنان لهما على ما قدماه لي

من إعانة وصبر ودعاء خلال مشواري الدراسي

إلى إخوتي وأخواتي الأعزاء

إلى صديقاتي ومرفقاتي: لطيفة، فايزة، عمارة، وسيلة.

قائمة أهم المختصرات

أولاً- باللغة العربية

- ج: جزء
- ص: صفحة
- ط: طبعة
- غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية

ثانياً- باللغة الفرنسية

- **Art: Article**
- **Cass: Cour de cassation**
- **Civ: Chambre civile**
- **J.C.P: Juris classeur périodique**
- **L.G.D.J: Librairie générale de droit et de jurisprudence**
- **N: Numéro**
- **Op .cit: opere citato**
- **P: Page**

مقدمة

إن الحاجة لمعالجة موضوع الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في إطار القانون الدولي الخاص لم تظهر إلا بعد تحسن وضعية الأجنبي في المجتمعات الحديثة. وذلك على عكس ما كان الحال عليه في ظل المجتمعات القديمة التي لم تعترف للأجنبي بالشخصية القانونية، وحرمة من أن يكون طرفا في العلاقات القانونية المالية أو الشخصية، حيث ظل الأجنبي زمنا طويلا مجردا من أبسط الحقوق الملازمة لوجوده ولإنسانيته كحق الزواج والإرث والتصرف والتملك، وذلك نتيجة لبدائية هذه المجتمعات وضآلة اتصالاتها الخارجية وانغلاقها على نفسها واكتفاءها الذاتي وعدم اهتمامها بالتبادل والتعامل الخارجي.

إلا أن تطور الظروف الاقتصادية والاجتماعية ونشوء حاجات تستدعي تجارة خارجية أبت أن يستمر هذا الوضع الشاذ طويلا، فأفرزت واقعا جديدا فرض على المجتمعات تشريع أبوابها أمام الأشخاص والأموال والأجانب حتى يتم التكامل والتعايش فيما بينها على أفضل الوجوه الممكنة¹. ومن الطبيعي أن يواكب هذا التطور الاقتصادي والاجتماعي اعتدال ملحوظ في النظرة إلى الأجنبي، وهو عماد العلاقة الخارجية فتطور مركزه وتغيرت النظرة إليه وبدأ يتحسن وضعه رويدا رويدا، وأصبح يتمتع بحقوق متزايدة إلى درجة أن تم اعتباره لاحقا من أشخاص القانون في الدولة.

وعليه، أصبح يتمتع الأجنبي بكافة الحقوق التي يتمتع بها الوطني باستثناء تلك التي حرم منها بنص قانوني خاص. ومن أهم الحقوق الخاصة التي يتمتع بها الأجانب الاعتراف لهم بالشخصية القانونية وحق الزواج، الطلاق، الولاية، الوصاية، القوامة وغيرها من حقوق الأسرة بما في ذلك حق الإرث والوصية وكل ذلك مع مراعاة اعتبارات النظام العام. وبالإضافة إلى ذلك يتمتع الأجنبي بحق التقاضي أمام المحاكم الوطنية².

¹ - أنظر، محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط. 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص. 19.

² - أنظر، محمود محمود المغربي، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، ط. 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2007، ص. 39-43.

ويترب بداهة على اختلاط المجتمعات وتعايشها وانفتاحها نوع جديد من الروابط والعلاقات القانونية المتضمنة عنصرا أجنبيا. وعليه، لم تعد الحياة القانونية مجرد قواعد تحكم العلاقات الوطنية الداخلية، بل أصبحنا أمام مجتمع دولي يتميز بموضوعاته وقواعده القانونية الآخذة بالازدياد والتطور والتميز. كما لم تعد تقتصر الحياة الدولية على العلاقات القائمة بين الدول وإنما تعدتها إلى كافة العلاقات الناشئة بين الأفراد التابعين لدول مختلفة والذين يجرون تصرفاتهم وأموالهم خارج دولهم.

وبذلك وجد إلى جانب المجتمع الدولي الذي يضم الدول والذي تحكمه مبادئ القانون الدولي العام مجتمع دولي آخر يسمى بالمجتمع الدولي للأفراد. هذا المجتمع الأخير هو الذي تحكم علاقاته ومراكزه القانونية قواعد القانون الدولي الخاص. وهذا الأخير باعتباره فرع من فروع القانون يبحث أساسا في النظام القانوني لحياة الأفراد وعلاقاتهم ومراكزهم القانونية التي يكون فيها بالنسبة لدولة معينة عنصر أجنبي أو ظرف خارجي¹، أي هو الذي يتولى تنظيم ما قد تستحدثه الحياة الدولية الخاصة من علاقات ومراكز متزايدة كما ونوعا والتي تعتبر الناتج الطبيعي للتقدم التكنولوجي والاقتصادي العالمي المتسارع الذي نشهده في أيامنا الحاضرة، والذي أسهم من دون شك في بروز العنصر الأجنبي في شتى المجالات والأحوال.

الأمر الذي كان له انعكاساته أيضا على مجال الأحوال الشخصية للأفراد حيث ظهر ما يسمى بالزواج المختلط الذي تولد عنه بالضرورة ظهور العنصر الأجنبي في الزواج، الطلاق، النسب، الحضانة، الميراث، الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، كما أن زيادة حجم المبادلات التجارية والاقتصادية بين الدول المختلفة، وما استتبعه من تقدم وتطور وسائل النقل والاتصال، أدى إلى ازدياد

¹ - أنظر، سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص. 20-28.

حركة الأفراد عبر الحدود وانتقالهم من دولة إلى أخرى¹. وهو الأمر الذي ساهم من جهة في إمكانية مباشرة الفرد لتصرفاته القانونية خارج إقليم وطنه؛ ومن جهة أخرى يسمح بتوزيع تموقع الأموال سواء كانت منقولات أو عقارات على عدة دول.

كل هذه العوامل ساهمت بشكل أو بآخر في اقتحام العنصر الأجنبي مجال الخلافة بسبب الموت. الأمر الذي أصبح يستلزم طرح مسألة القانون الدولي الخاص في هذا المجال، خاصة وأن الأمر يتعلق هنا بموضوع دقيق اختلفت فيه الشرائع قديما وحديثا. والخلافة في أموال التركة بسبب الموت نوعان بحسب مصدرها إذ قد يكون مصدرها القانون، وهذا هو الميراث الشرعي والوارث هنا هو الخلف الطبيعي للمتوفى. وقد يكون مصدرها تصرفا قانونيا، منفردا أو اتفاقيا، وهذه هي الوصية أو الميراث الإيصائي، أو التصرفات الأخرى المضافة إلى ما بعد الموت².

والجدير بالملاحظة أن قوانين الميراث تختلف من مجتمع إلى آخر ومن ديانة إلى أخرى. وقد تميزت الشريعة الإسلامية من بين مختلف الشرائع بتنظيم دقيق لقواعد الإرث التي فصلها القرآن الكريم بصورة خاصة وبينها أحسن تبيان. وعلى هذا الأساس اعتبرت أحكام الميراث من النظام العام. أما الوصية فهي تصرف يشبه الميراث من حيث أن كل منهما يرد على مال الشخص بعد وفاته. فالميراث خلافة عن المالك في ماله بعد وفاته، والوصية تصرف من المالك في ماله يضاف إلى ما بعد الموت. لكن يختلف الميراث الإيصائي عن الميراث في كون الوصية تمثل خلافة اختيارية، يكون مصدرها أو سببها تصرف

¹ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، اتفاقية الرياض العربية 1403 / 1983 والتعاون القضائي في مسائل الإجراءات القضائية الدولية، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة 15، الكويت، 1991، ص. 39.

² - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ط. 1، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة النشر، ص. 898.

فالميراث لغة مصدر لفعل ورث ويقال ورث فلان أباه وورث الشيء من أبيه، ورثا ووراثته، وارث وميراث، فالميراث والإرث مصدران للفعل ومعناهما واحد. أنظر، عبد الحميد عبد الحميد الديباني، أحكام الموارث والتركات والوصية في الشريعة الإسلامية، ط. 1، دار الكتب الوطنية بنغازي، 1990، طرابلس، ص. 9.

أما اصطلاحا فالميراث هو انتقال الملكية من الميت إلى ورثته الأحياء، سواء كان المتروك مالا عقارا أو منقولا. أو حقا من الحقوق الشرعية القابلة للانتقال بطريق الإرث. أنظر، بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، ط. 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص. 74.

والإرث نظام فطري يستجيب لمقتضيات الغريزة الإنسانية التي تجعل الإنسان يميل فطريا إلى أن تنتقل آثاره المادية والمعنوية من بعده إلى من يخلفه .

قانوني أو اتفاقي في حين يمثل الميراث واقعة قانونية وخلافة جبرية يكون سببها القانون¹. وتنتقل الأموال والحقوق المالية من المورث بعد موته إلى ورثته بطريق الخلافة بحكم الشرع بعد إيقاف الحقوق المتعلقة بالتركة (الوصية ، الديون، إلخ.).

وتلحق بالوصية بعض التصرفات التي يؤثر الفقه على تسميتها بالوصايا الحكمية أو المستتر². والوصية الحكمية هي تصرف يلحقه القانون بالوصية الاختيارية و يجعل أحكامها تسري عليه وإن اختلف الوصف أو التسمية التي تعطى لهذا التصرف ابتداء، وذلك لدخول تهمة الإيثار أو المحاباة عليه، وتكون العلة من حكم الإلحاق هذا هو حماية الورثة من الوصايا المستتر³.

تطرح مسألة القانون الدولي الخاص في الميراث أو الوصية وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت عندما تتضمن عنصرا أجنبيا وسواء ظهرت صورة العنصر الأجنبي في المورث الموصي، المتصرف، الورثة، الموصى له، المتصرف له (عنصر أشخاص العلاقة أو الحالة القانونية) أو في موقع المال محل الإرث أو الوصية وغيرها من التصرفات التي تأخذ حكمها (عنصر الموضوع). وقد تلحق الصفة الأجنبية بعنصر الواقعة المنشئة للعلاقة، كما لو نظم جزائري وصية إلى جزائري آخر في دولة أجنبية وكانت تتعلق بعقار كائن في الجزائر.

ومعالجة الإشكاليات التي يثيرها ظهور العنصر الأجنبي في مجال الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة هو محور دراستنا، أي أن تطرقنا لموضوع الخلافة بسبب الموت بنوعها الجبرية والاختيارية سيكون محصورا بما يثيره هذا الموضوع في إطار أهم مواضيع القانون الدولي الخاص المتمثلة في تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية.

¹ - أنظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، ط.1، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، مصر، 2006، ص. 411.

² - أنظر، محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، 2006، ص. 6.

³ - أنظر، علاوة بوتغرار، التصرفات الملحقة بالوصية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص. 16.

وتكمن أهمية دراسة موضوع الميراث و الوصية وسائر التصرفات التي تأخذ حكمها في إطار القانون الدولي الخاص، في كون هذا الأخير المرجع الوحيد لمعالجة مسائل الإرث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت المحتوية على عنصر أجنبي. فلو توفي جزائري عن ورثة كلهم جزائريين وعن تركة منقولة وعقارية متواجدة بالجزائر، سنكون هنا بصدد إرث وطني بحت، سيحكمه من دون شك القانون الوطني لانعدام العنصر الأجنبي فيه. بينما لو توفي فرنسي في الجزائر عن زوجة جزائرية وعن ثروة عقارية في فرنسا وأخرى منقولة في اسبانيا، ففي هذه الحالة يخرج الميراث عن نطاق القانون الداخلي ليدخل ضمن مجال القانون الدولي الخاص لاحتوائها على عنصر أجنبي على الأقل وارتباطها بأكثر من نظام قانوني واحد. وعليه، فإن أي نزاع سيثار بشأن هذا الإرث ستحكمه قواعد القانون الدولي الخاص، سواء فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق عليه أم فيما يخص تحديد المحكمة المختصة.

ومن هنا تبرز أهمية دراسة الموضوع من زاويتين: الأولى وتخص مرحلة اكتساب الحق الإرثي أو الإيصائي ونفاذه وفيها ينبغي معرفة القانون الذي يحكم هذا الحق من لحظة نشوئه إلى غاية زواله، فالمشكلة التي يتعين مواجهتها في هذه المرحلة هي اختيار القانون المناسب لحكم النزاع الإرثي أو الإيصائي المطروح من عدة قوانين متزاحمة.

أما الثانية، فتخص مرحلة حماية الحق الإرثي أو الإيصائي، لأن ثبوت هذا الحق بمقتضى القانون لا تظهر قيمته العملية إلا إذا استطاع هؤلاء حمايته عن طريق القضاء. وهذا يستلزم من جهة تحديد المحكمة المختصة دوليا للفصل في النزاعات الإرثية والإيصائية ذات العنصر الأجنبي، ومن جهة أخرى تنفيذ الأحكام الأجنبية المؤكدة للحقوق الإرثية أو الإيصائية. إذ أنه لا يكفي الحصول على قرار حكم من المحكمة المختصة في النزاع الإرثي و الإيصائي المشوب بعنصر أجنبي للوصول إلى الحق المدعى به، بل لا بد من الاستعانة بقضاء دولة أخرى لتأمين وضع هذا الحكم موضع التنفيذ و إيصال الحق الإرثي أو

الإيصائي إلى أصحابه الذين قد يوجدون في خارج حدود الدولة التي أصدرت محاكمها الحكم المراد تنفيذه.

وبناء على ما تقدم ذكره، فإن أهمية موضوع الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في المجال الدولي تظهر خاصة فيما يطرحه هذا الأخير من إشكالات قانونية. وهي إشكالات لا تخرج في الحقيقة عن تلك التي تثيرها العلاقات الدولية الخاصة عموماً، إذ أن تضمن النزاع الإرثي أو الإيصائي عنصراً أجنبياً يثير مشكلة تنازع القوانين وضرورة البحث عن القانون الملائم لحكم هذا النزاع لأن تطبيق القانون الوطني دائماً عليها يؤدي إلى نتائج غير عادلة ويهدر حقوق الأفراد. ولذلك قد تستدعي مقتضيات الحياة الدولية أن يطبق القاضي الوطني قانون غير قانونه.

وإذا كان ظهور العنصر الأجنبي في مجال الإرث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت يثير كما رأينا مشكلة تنازع القوانين، أي تحديد قانون ينبغي تطبيقه عليها من بين القوانين ذات القابلية لحكمها، فإنه يثير أيضاً وقبل إثارة مشكلة حل تنازع القوانين مشكلة الاختصاص القضائي للمحاكم بفض المنازعات المتعلقة بها. فاتصال النزاع الإرثي أو الإيصائي بعدة دول يجعل محاكمها مرشحة لتمتع جميعها باختصاص قضائي حياله، فأى محاكم الدول التي على صلة بها تكون أحق برفع الدعوى أمامها، والفصل فيها؟

فإذا حسمت تلك المشكلة وقبلت الدعوى وتم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوعها، ثم تابعت هذه الدعوى سيرها وإجراءاتها العادية حتى صدور الحكم، فإن مسألة مصير هذا الحكم ستثار عندما يراد تنفيذه في دولة أجنبية. وهنا تبرز الأهمية البالغة لهذا الموضوع لأن الحكم ثمرة الإجراءات الطويلة والمعقدة هو غاية الأفراد النهائية في منازعاتهم، فهل يمكن الاحتجاج بذلك الحكم في دولة أخرى وطلب الأمر بتنفيذه؟

إن دراسة هذا الموضوع على ضوء قواعد القانون الدولي الخاص تتطلب منا اتباع من جهة المنهج التحليلي لأن الأمر يتعلق هنا بأكثر فروع القانون عرضة لاجتهاد الفقه والقضاء، وذلك إما لعدم توافر النصوص القانونية الكافية أو نقصها. وهذا الحكم ينطبق على كل ما يتعلق بالحياة الدولية الخاصة بما فيها مسائل الإرث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الوفاة المتضمنة عنصرا أجنبيا، وسواء تعلق الأمر بمسألة تنازع القوانين، أو الاختصاص القضائي الدولي، أو تنفيذ الأحكام الأجنبية. ومن جهة أخرى، اتباع المنهج المقارن كلما دعت الضرورة إلى الوقوف على بعض النصوص القانونية و الاجتهادات القضائية المقارنة الغربية منها والعربية. ويرجع ذلك أساسا إلى نقص النصوص القانونية والاجتهادات القضائية الجزائرية المنظمة لمواضيع القانون الدولي الخاص، وخاصة منها موضوع الاختصاص القضائي الدولي.

وبناء على ما تقدم فإن دراستنا للموضوع ستكون في فصلين أساسيين:

➤ الفصل الأول: الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل تنازع القوانين.

➤ الفصل الثاني: الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي

الدولي.

الفصل الأول

الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة
في ظل تنازع القوانين

تثار مشكلة تنازع القوانين في مجال الإرث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت عند توافر الشروط المطلوبة لقيام التنازع القانوني عموماً أي: عندما تتضمن المسألة محل النزاع عنصراً أجنبياً، بسبب اختلاف جنسية أطرافها، أو مكان انعقادها، أو مكان تنفيذها، أو مكان وجود المال، وتنازع وتزاحم قوانين أكثر من دولة واحدة لحكمها. فعندما تكون العلاقة القانونية أو المركز القانوني مشوب بعنصر أجنبي ترى كل دولة من الدول التي تتصل بها هذه العلاقة أن لها مصلحة في تطبيق قانونها عليها، كأن يتعلق الأمر بتركة جزائري متوطن في فرنسا وله أموال عقارية أو منقولة في إسبانيا، فإذا وقع نزاع في هذه التركة يعد مشوباً بعنصر أجنبي مما يجعل القانون الجزائري والقانون الفرنسي والقانون الإيطالي يتنازع حكم هذا النزاع. بينما إذا كان المركز القانوني غير مشوب بعنصر أجنبي فإنه يعد وطنياً محضاً و يخضع للقضاء والقانون الوطني، وعليه لا تطرح مشكلة تنازع القوانين في الميراث والوصية وغيرها من التصرفات النافذة بعد الوفاة فيما لو كانت المسألة المطروحة أمام القضاء وطنية في كل عناصرها، فهذه الحالة لا تثير أي إشكال حيث يطبق القاضي القانون الوطني.

كما يجب لقيام حالة التنازع القانوني، أن لا تجعل دولة القاضي اختصاص قانونها الوطني اختصاصاً مطلقاً، بل يجب أن تفسح المجال لتطبيق القوانين الأجنبية وفق ما تقتضيه حاجات المعاملات الدولية. هذه الأخيرة التي تقضي بضرورة الأخذ بقواعد القانون الدولي الخاص، ومن أهم هذه القواعد قواعد الإسناد¹، التي تسند العلاقات القانونية التي تشمل على عنصر أجنبي إلى القانون المختص أصلاً بحكمها. وقد يؤدي هذا إلى تطبيق قانون أجنبي على إقليم الدولة. لذلك لا تستطيع الدولة المعاصرة أن تعتنق مبدأ الإقليمية المطلقة الذي يجعل حدود سيادتها كحاجز يمنع نفاذ القوانين الأجنبية على إقليمها.

¹ - قاعدة الإسناد: هي عبارة عن قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني و هدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي. أنظر، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، ج.1، ط. 10، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص.67.

وبالإضافة إلى ذلك لا تقوم حالة تنازع الاختصاص التشريعي إلا عندما تكون القوانين محل التنازع صادرة عن دول ذات سيادة، وتتمتع بوصف الدولة طبقاً لقواعد القانون الدولي العام¹. وعندما يكون الموضوع المطروح أمام القاضي داخلاً في دائرة القانون الخاص.

ومتى تحققت هذه الشروط كنا أمام أقدم وأهم وأدق مشكلة في مجال العلاقات الخاصة الدولية؛ وهي مشكلة تنازع القوانين والبحث عن القانون الملائم لحكم النزاعات ذات العنصر الأجنبي، ومن بينها النزاعات المتعلقة بالميراث والوصية وسائر التصرفات النافذة بعد الوفاة. وذلك لأن تشبث كل دولة بإخضاع هذه النزاعات ذات الطابع الدولي لقانونها الوطني سيؤدي حتماً إلى إهدار الحقوق المكتسبة². خاصة وأن الأمر يتعلق هنا بالتركات التي اختلفت فيها التشريعات اختلافاً واضحاً سواء من حيث الحقوق والالتزامات التي تنتقل إلى الورثة أو كيفية هذا الانتقال ووقته. فنجد أن الدول الإسلامية التي اقتبست أحكام الميراث من الشريعة الإسلامية تعتبر الميراث إجباري يثبت للورثة بحكم القانون، ولا يجوز للوارث رفضه، ويقتصر الإرث على مجموع الحقوق المالية، ولا يمكن أن تكون الالتزامات المالية محلاً للإرث. وذلك بخلاف التشريعات الغربية التي تعتبر الميراث حق اختياري يشمل الحقوق والالتزامات التي كانت في ذمة المورث³. كما أن هناك فرق بين الوصية في الشرع الإسلامي والقوانين الغربية الوضعية بصفة عامة، فالشرع لا يجيز الوصية بأكثر من الثلث إلا بعد إحازة الورثة، بينما تجيز القوانين

¹ - أنظر، طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1418هـ، ص. 297.

وقد أقر القضاء الإنجليزي هذا المبدأ في قضية تلخص وقائعها، في أن مواطناً إنجليزياً تزوج بامرأة تنتمي إلى إحدى القبائل الإفريقية وأنجب منها ولداً، ولما توفي طالبت المرأة بنصيبها ونصيب ابنها من الميراث، على أساس أن عقد الزواج كان صحيحاً وفقاً لعادات القبيلة الإفريقية وهو ما يتفق مع قاعدة الإسناد التي تخضع شكل الزواج إلى قانون بلد إبرامه، غير أن المحكمة العليا في إنجلترا طبقت القانون الإنجليزي ورفضت طلبات المدعية لأن عقد الزواج غير صحيح وكون المسألة لا تنطوي على أي تنازع لأنه لا يتصور أن ينشأ التنازع بين القانون الإنجليزي، والأعراف المتبعة في قبيلة المدعية. هذا الاجتهاد القضائي مقتبس من،

- [http:// sciencejuridiques.ahlamontada.net/t-1465-topic](http://sciencejuridiques.ahlamontada.net/t-1465-topic)

² - محمود محمود المغربي، المرجع السابق، ص. 45.

³ - أنظر، يوسف فيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، أقيمت على طلبة السنة الرابعة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008-2009، ص. 72.

الغربية - تحت شعار احترام إرادة الميت - للهالك أن يوصي بكل تركته ولأي شخص أراد حتى ولو ترتب على ذلك حرمان أولاده والمقربين إليه من الميراث.

ولحل مشكلة تنازع القوانين في الميراث، الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الوفاة يجب أولا ترجيح أحد القوانين المتنازعة وتقرير اختصاصه بحكم المنازعة الإرثية أو الإيصائية ذات العنصر الأجنبي (المبحث الأول) ثم تطبيق هذا القانون أمام القضاء الوطني (المبحث الثاني).

المبحث الأول

القانون المختص بمسائل الميراث

والتصرفات النافذة بعد الوفاة

عندما يتعلق الأمر بأحد مسائل الإرث، أو التصرفات النافذة بعد الوفاة المتضمنة عنصرا أجنبيا، بأن تتجاوز عناصر العلاقة إقليم الوطن لترتبط بدول أخرى، ويتخطى الأمر بالتالي النظام القانوني الوطني ليشير تنازع بين عدة أنظمة قانونية، فيستدعي الأمر هنا حل التنازع القانوني. وأول ما يذهب إليه القاضي في هاته الحالة هو إدراج العلاقة محل التنازع في أحد الفئات القانونية وفقا لقانونه الوطني بحسب ما ذهب إليه الرأي الراجح (المطلب الأول)، وبعدها ينتقل إلى إسناد العلاقة إلى قانون أنسب يحكمها مستهديا بقواعد الإسناد في قانونه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التكييف كمرحلة أولية لتحديد القانون المختص

إن التكييف أو التصنيف هو مسألة عادية لا بد منها في تسمية القواعد المعينة لكل فرع من القانون. ففي إطار القانون المدني يكون تصنيف العلاقة من خلال إدماجها في فئة مدنية معينة: بيع، إيجار...، وفي إطار القانون الجنائي يتم تكييف العلاقة بإدراجها في فئة تجرمية معينة: قتل، سرقة... أما في إطار تنازع القوانين، فإن التكييف يكون بإدخال العلاقة القانونية في فئة معينة خاصة: كفئة الأحوال الشخصية، أو العينية تمهيدا إلى إسنادها للنظام القانوني المختص¹. ومن هذا المنطلق تكتسي عملية التكييف أهمية وفعالية كبرى لحل تنازع الاختصاص التشريعي (الفرع الأول). ولما كان تحديد ما يعتبر من قبيل التصرفات النافذة بعد الوفاة مسألة تكييف تخضع لقانون دولة المحكمة التي تنظر في النزاع، سوف نتوقف لتحديد مجال ونطاق هذه التصرفات في فرع ثاني. وباعتبار مسألة التكييف مسألة أولية تختلف من دولة إلى أخرى فقد اختلفت التشريعات الوضعية في تحديد الطبيعة القانونية للتركات، فنجد أن منها من أدرجتها ضمن فئة الأحوال الشخصية، ومنها من أدخلتها في مجال الأحوال العينية (الفرع الثالث).

¹ - أنظر، سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط. 1، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1994، ص. 174.

الفرع الأول

أهمية التكيف لحل النزاع

إن التكيف هو أول ما يعرض له القاضي عندما يتعرض لمسألة تحتوي على عنصر أجنبي¹. ويقصد بالتكيف في نطاق القانون الدولي الخاص: "تحديد طبيعة العلاقة الخاصة ذات العنصر الأجنبي بردها إلى فكرة مسندة معينة، التي تشكل بدورها عنصرا من عناصر قاعدة الإسناد، حتى يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقة محل الاهتمام وفقا لقاعدة الإسناد هذه"². إذن التكيف هو: "تلك العملية الذهنية التي يقوم بها القاضي لتحديد الطبيعة القانونية للمسألة الحقوقية المحتوية على عنصر أجنبي، بهدف إدراجها ضمن واحدة من الطوائف القانونية المعروفة لديه بغية التوصل إلى قاعدة الإسناد وتطبيقها عليها بحثا عن القانون الواجب التطبيق"³. ونجد أن من أشهر القضايا التي درسها "بارتن"⁴ وهو بصدد تشييده لنظرية التكيف انصبت حول التركات⁴، وهما القضيتان المعروفتان بميراث المالطي ووصية الهولندي⁵.

¹ - أنظر، محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشورات الجامعة المفتوحة، 1994، ص. 51.

² - أنظر، أمين رجا رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين، ط. 1، دار الشروق للنشر والتوزيع، 2001، ص. 55.

³ - أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 75.

⁴ - أنظر، بلمامي عمر، نظرية التكيف في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1993، ص. 77.

⁵ - وتلخص وقائع القضية الأولى في: أن زوجين مالطي وبريطانية تزوجا في مالطا وهاجرا إلى الجزائر واستقرا فيها، واكتسب فيها الزوج عقارات ثم توفي بها، وبعد وفاته طالبت أرملته بهذه العقارات مستندة إلى حق يعرف في القانون المالطي ب"ربع الزوج الفقير". أو نصيب الزوج المحتاج على العقارات الموجودة في الجزائر.

وهاته القضية هي التي دفعت "بارتن" 57-58. p. Dalloz, 2002, 3^{ème} édition, Droit international privé, Cf. Daniel GUTMAN, للتطرق لعملية التكيف. فرأى أن التكيف يجب أن يرتكز على مسألة تحديد طبيعة "نصيب الزوج المحتاج" وذلك بإعطائها وصفا صحيحا. أنظر، محمود وليد المصري، المرجع السابق، ص. 77.

وهذه القضية يتنازعها تكييفان: الأول - اعتبار ما تطلبه الأرملة حق في الميراث (وفقا للقانون الفرنسي) ويخضع بالتالي للقانون الفرنسي وفقا لقاعدة الإسناد الفرنسية التي تقضي بإخضاع الميراث في العقار لقانون موقعه.

وقد عبرت هاتين القضيتين عن مدى أهمية التكييف، ليس فقط بوصفه عملية ضرورية وسابقة لتحديد القانون المطبق، وإنما بوصفه أيضا كخطوة حاسمة يتحدد بموجبها طبيعة الحل النهائي للتراع وكيفية تحقيق العدالة¹. وذلك لأن التباين في التكييف يترتب عليه الاختلاف في تحديد قاعدة الإسناد، وبالتالي في القانون المختص².

الثاني- اعتبار مطلب الأرملة من نظام الأموال بين الزوجين (وفقا للقانون المألطي) ويخضع بالتالي للقانون المألطي وفقا لقاعدة الإسناد الفرنسية التي تقضي بإخضاع النظام المالي للزوجين للقانون الإرادة، والذي يمثل في هاته الحالة قانون الإرادة الضمنية، أي قانون موطن الزوجين وهو القانون المألطي. أنظر، عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج.1، ط.1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص.97.

وبالتالي فإن تنازع التكييفات يطرح إشكالية القانون الذي يعود له الاختصاص في التكييف أهو القانون الفرنسي أم المألطي؟ وقد اعتبرت محكمة استئناف الجزائر طلب الزوجة حقا في الميراث ويخضع بالتالي للقانون الفرنسي، على عكس إذا فرضنا أن التراع ذاته عرض على المحاكم المألطية فإنها ستعتبره من النظام المالي للزوجين. وقد اعتبرت محكمة استئناف الجزائر طلب الزوجة حقا في الميراث ويخضع بالتالي للقانون الفرنسي، على عكس إذا فرضنا أن التراع ذاته عرض على المحاكم المألطية فإنها ستعتبره من النظام المالي للزوجين.

-Concernant cette jurisprudence, cons. Daniel GUTMAN, op. cit., p. 58.

أما قضية وصية الهولندي فهي تعبر عن مثال تقليدي قديم في تنازع التكييفات يتعلق بأحد أهم التصرفات النافذة بعد الوفاة. وتتلخص وقائعها في أن هولنديا مات في فرنسا، بعد أن كتب وصية بخط يده، وعرضت مسألة صحة هذه الوصية على القضاء الفرنسي، وتم الطعن في هاته الوصية على أساس أن القانون الهولندي في المادة 992 من القانون المدني يمنع الهولنديين اللجوء إلى الوصية الخطية حتى ولو كان ذلك في بلاد أجنبية. أنظر، علي سليمان، المرجع السابق، ص.42.

ويعتبر القانون الهولندي عمل الوصية في شكل رسمي مسألة أهلية ورضي تتعلق بحماية الموصي، وتخضع بالتالي للقانون الوطني الهولندي الذي يبطل هذا النوع من الوصايا. بينما يعتبرها القانون الفرنسي مسألة تدخل في نظام شكل التصرفات وبالتالي تخضع لقانون محل الانعقاد أي القانون الفرنسي الذي يقر بصحة الوصية.

-Cf. Daniel GUTMAN, op. cit., p. 58.

ونجد أن محكمة la Seine في حكمها الصادر في 1944/03/23 قضت بأنه في حالة رفع دعوى أمام المحاكم الفرنسية بشأن نزاع حول صحة الوصية الخطية لهولندي، يعود الاختصاص للقانون الفرنسي في تكييف الشكل المطلوب. وبما أن القانون الفرنسي يعتبر شكل الوصية سواء كان خطيا أو رسميا، مسألة تدخل في نظام شكل التصرفات، فأخضعه بالتالي للقانون الفرنسي الذي يقضي بصحة هذا النوع من الوصايا. أنظر، محكمة la Seine، 1944/03/23، مقتبس عن، علي سليمان، المرجع السابق، ص.42.

¹ - أنظر، صادق محمد محمد الجبران، التصنيف في القانون الدولي الخاص، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006، ص.20.

² - أنظر، طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص.306.

إن تحديد الوصف القانوني لمسألة من المسائل القانونية، المشمولة بعنصر أجنبي - بغية إدراجها ضمن الفكرة المسندة لقاعدة الإسناد المتعلقة بمسائل الميراث أو التصرفات النافذة بعد الوفاة - باعتباره أهم خطوة يعبرها القاضي وصولاً إلى إسناد المسألة للنظام القانوني المختص، تكمن صعوبته في اختلاف الأوصاف والتكيفات للأحوال والتصرفات من نظام قانوني إلى آخر، ومن دولة إلى أخرى¹. فكما يثير النزاع ذي الطابع الدولي تنازع بين القوانين حول القانون الواجب التطبيق للفصل في موضوع النزاع، يثير أيضاً تنازع بين هذه القوانين حول تحديد طبيعة هذه العلاقة². فقد يختلف تكيف المسألة الواحدة من دولة لأخرى ومن قانون لآخر، وهذا ما يسمى بتنازع التكيفات "Conflit de qualifications"³. ولما كان الأمر كذلك فإن الإشكالية التي تطرح نفسها في هذا الصدد تدور حول القانون الذي تتم وفقاً له عملية التكيف؟

ذهب الرأي الراجح والفقهاء الغالب إلى إخضاع التكيف كمبدأ عام لقانون القاضي أي وفقاً لقانون دولة قاضي النزاع⁴. وقد كرست معظم التشريعات الوضعية هذا الاتجاه، منها التشريع الجزائري من خلال المادة 09 من القانون المدني بنصها: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكيف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين الواجب تطبيقه"⁵.

¹ - أنظر، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 41.

² - أنظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص. 99.

³ - Cf. Daniel GUTMAN, op. cit., p. 57.

⁴ - أنظر، أمين رجا رشيد داوس، المرجع السابق، ص. 58.

⁵ - ومن التشريعات المقارنة التي أخضعت التكيف أيضاً لقانون القاضي نجد: القانون الأردني من خلال المادة 11 من القانون المدني الأردني، والمادة 3 من القانون المدني المصري، والمادة 11 من القانون المدني السوري، والمادة 31 من القانون الكويتي رقم 05 لعام 1961. والمادة 10 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي لعام 1986. أنظر، أمين رجا رشيد داوس، المرجع السابق، ص. 69. والمادة 10 من القانون المدني الليبي، والمادة 14 من القانون المدني السوداني، أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 86. والمادة 27 فقرة 01 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي بنصها: "يتم التكيف إذا كان الهدف منه تحديد قاعدة النزاع التي تمكن من تعيين القانون المطبق طبقاً لأصناف القانون التونسي".

وإذا كانت القاعدة العامة تقضي بإخضاع التكييف لقانون القاضي، فهناك بعض الحالات التي تستثنى من إعمال هذه القاعدة. ومن أهم هذه الاستثناءات تكييف المال إن كان عقارا أو منقولاً حسب ما يقضي به قانون موقع المال لا قانون القاضي. وهذا ما جاء به القانون المدني الجزائري من خلال المادة 17 فقرة أولى بنصها: "يخضع تكييف المال سواء عقارا أو منقولاً إلى قانون الدولة التي يوجد فيها".

الفرع الثاني

تحديد مجال التصرفات النافذة بعد الوفاة

إن التصرفات النافذة بعد الوفاة، نظراً لطبيعتها الخاصة باعتبارها تلك التصرفات التي يباشرها الفرد أثناء حياته، ويبقى نفاذها متوقفاً على مماته، وأيضاً لأنها تعبر عن جملة من التصرفات القانونية المختلفة، تحتاج منا بعض التفصيل في تحديد مجالها. فلا يعقل بحث الحلول القانونية بخصوصها في خضم قواعد القانون الدولي الخاص دون أن نخرج على حصر نطاقها خاصة وأن هذا التحديد يعد مسألة تكييف تختلف من نظام قانوني لآخر.

إن تحديد ماهية وطبيعة التصرف القانوني المضاف لما بعد الموت مسألة تكييف ينهض بها القاضي من تلقاء نفسه طبقاً لأحكام القانون¹، وقد اعتبر القانون كل تصرف مضاف إلى ما بعد الوفاة يأخذ حكم الوصية².

¹ - أنظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص. 423.

² - أنظر، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، ج. 1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998، ص. 100.

أولاً- الوصية

الوصية لغة: هي من وصيت الشيء أو وصيته إذا وصلته، ويقال أرض واصله أي متصلة بالنبات، وسميت وصية لأن الميت يصل بها ما كان في حياته بعد مماته، وتطلق على فعل الموصي، وعلى ما يوصي به من مال أو غيره، فتكون بمعنى المصدر وهو الإيصال، وتكون بمفعول وهو الاسم¹.

الوصية شرعا: هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، سواء كان الموصى به عيناً أو منفعة².

وقد عرفت المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري الوصية كما يلي: "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"³. كذلك عرفت المادة الأولى من قانون الوصية المصري: "الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت، ينشأ بإرادة منفردة، تنعقد بتحقيق وجود ما يدل عليها من تصرف أو التزام معين يترتب عليه تحمل تركته بعد وفاته بحق من الحقوق دون أن يشترط القانون في إيجابه ألفاظ معينة، يصح أن يكون الإفصاح عنه بكل صيغة تؤدي إلى مدلولها بغير شبهة"⁴. أما المادة 1125 من القانون المدني الأردني فنصت على أنه "1- الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت، 2- ويكسب الموصى له بطريق الوصية المال الموصى به"⁵. بينما عرف قانون الأسرة المغربي الوصية في الفصل 277 منه على أنها عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته.

والواقع أن الوصية عمل إرادي، شرعها الله سبحانه وتعالى كوسيلة لمنح الغير حقا مشروعاً برا بدوي القربي، أو أصحاب الحاجات⁶. ويتضح ذلك من قوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ

¹ - أنظر، أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2007، ص. 106.

² - أنظر، أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص. 106.

³ - ويقابل هذه المادة المادة 208 من قانون الأحوال الشخصية السوري، والمادة 213 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لعام 1984.

⁴ - أنظر، علي عوض حسن، الصيغ النموذجية للعقود والتصرفات القانوني، ج.2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص. 1069.

⁵ - أنظر، علي هادي العبيدي، الحقوق العينية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005، ص. 135.

⁶ - أنظر، زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشرعية الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص. 25.

الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ، فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ، فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصِي جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ¹. وفي الوصية مصلحة للمجتمع باعتبارها باب من أبواب الإنفاق العام في وجوه البر والإحسان. وفي هذا المعنى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن الله تصدق عليكم ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم، فضعوها حيث شئتم".

كما شرعت الوصية لكي يتدارك الإنسان ما فاتته من عمل لحساب دار الآخرة الخالدة قبل حلول أجله، وبذلك متى أوصى الإنسان بشيء من ماله ليتدارك به ما فاتته، ثم مات فقد فعل ما يرجى به رضا الله عنه². فتكون الحكمة من تشريع الوصية إذن تحصيل الأجر والثواب الأخروي مع تحصيل المقصد الدنيوي.

ثانيا- الوصايا الحكمية

الوصية الحكمية هي في الأصل تصرفات أخرى (بيع، هبة، مبادلة...). فهي ليست وصية لكن القانون يعطيها حكم الوصية ويلحقها بها، فإذا تم هذا الإلحاق طبقت أحكام الوصية الاختيارية على هذا التصرف، وترتبت عليه ما يترتب على الوصية من آثار في وجودها وعدمها³.

أ. تصرفات المريض مرض الموت بقصد التبرع

نصت المادة 776 من القانون المدني الجزائري على أنه "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف".

¹ - سورة البقرة، الآيات 180-182.

² - أنظر، عبد الجليل أحمد علي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، مصر، 2001، ص. 175.

³ - أنظر، علاوة بوتغرار، المرجع السابق، ص. 16.

وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت. ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا. إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا عن سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه¹. يقصد بمرض الموت: "المرض الشديد الذي يغلب الظن موت صاحبه عرفا أو تقديرا بتقدير الأطباء، وقيل المرض الذي يغلب فيه الهلاك ويعجز عن القيام بالمصالح سواء أقعد أم لم يقعد"². وبذلك يجب لاعتبار المرض مرض موت أن يتحقق ما يلي:

1. أن يكون مرضا ينتهي إلى الموت غالبا، أي يكون مرضا مخوفا، بحيث يعجز معه الإنسان عن عمله العادي بسبب الخوف الناجم عن غلبة الهلاك فيه³.
2. أن يموت الشخص بالفعل موتا متصلا به⁴، وبذلك إذا شفي من مرضه الذي تصرف فيه ثم مات بعد ذلك يأخذ تصرفه حكم التصرف الصحيح، لأنه لم يكن قد تصرف في مرض الموت⁵.
3. أن يعجز المريض مرض الموت عن قضاء مصالحه⁶.

¹ - وتقابل هذه المادة المادة 1128 من القانون المدني الأردني. أنظر، علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص. 138. والمادة 916 من القانون المدني المصري. أنظر، أحمد نصر الجندي، الموارث في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص. 175. والمادة 877 من القانون المدني السوري. أنظر، مصطفى السباعي، عبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات، ط. 5، المطبعة الجديدة، دمشق، 1977، 1978، ص. 366. والمادة 920 من القانون المدني الليبي. أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 154.

² - أنظر، أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص. 560.

³ - أنظر، زهدور محمد، المرجع السابق، ص. 131-132.

⁴ - أنظر، رشاد السيد إبراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشرعية الإسلامية والقوانين الأخرى، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1989، ص. 31.

⁵ - أنظر، زهدور محمد، المرجع السابق، ص. 131.

⁶ - أنظر، رشاد السيد إبراهيم عامر، المرجع السابق، ص. 31.

عرف القانون الإماراتي مرض الموت بأنه " المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فإن امتد مرضه سنة فأكثر وهو على حالة واحدة دون ازدياد تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ". أنظر، بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.

إن الأصل أن الإنسان حر بالتصرف في أمواله متى كان متمتعاً بالأهلية القانونية. بمختلف التصرفات ولأي شخص شاء، وتنتهي ولايته على ماله بمجرد الوفاة. ولكن إذا كان هذا الإنسان مصاب بمرض الموت فإن ولايته تكون شبه منتهية لأن دنو الموت منه يجعله في حالة نفسية غير مستقرة قد تدفعه للتصرف بأمواله تصرفات قد تضر بالورثة. لذلك قيدت هذه التصرفات بإعطائها حكم الوصية إذا كان مقصوداً بها التبرع¹. وقصد المشرع من ذلك حماية الورثة²، وحتى يسري حكم الوصية وفقاً للمادة 776 مدني جزائري يجب توافر شرطين:

أولهما: أن يتم التصرف في مرض الموت.

ثانيهما: أن يكون التصرف تبرعياً.

والتصرف الصادر من المريض مرض الموت قد يكون بعوض فيه محاباة، كالبيع بثمن أقل من القيمة الحقيقية للمبيع، وبالتالي يسري حكم الوصية بالنسبة للفرق بين الثمن المدفوع والقيمة الحقيقية³. فلا تنفذ في حق الورثة إلا في حدود الثلث، والقانون المصري وكذلك السوري، لم يفرقاً في هاتاه الحالة بين التصرف الصادر لوارث أو لغير وارث. أما القانون الجزائري فقد فرق من خلال المادة 408 من القانون المدني⁴ بين التصرف لوارث والتصرف لغير وارث. فبالنسبة إلى البيع لوارث، فإنه لا يكون ناجزاً

وقد عرفته محكمة النقض المصرية مرض الموت بقولها: "المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه عرفاً أو بتقرير الأطباء ويلزمه ذلك المرض حتى الموت، وإن لم يكن أمر المرض معروفاً من الناس بأنه من العلل المهلكة فضايط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت فيجمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به".

كما قضت في حكم آخر بأنه "المرض الذي يطول أمده عن سنة لا يعتبر مرض موت إلا إذا اشتدت وطأته ولا يعتبر كذلك إلا في فترة الشدة الطارئة، إذ أن فيها ما يقطع عن المريض الرجاء ويشعره بدنو أجله وما يعتبر بهذا الوصف شدة المرض هو من أمور الواقع الذي يستقل بما قاضي الموضوع". هذا الاجتهاد القضائي مقتبس عن، بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 22.

¹ - أنظر، علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص. 149.

² - أنظر، أحمد نصر الجندي، الموارث...، المرجع السابق، ص. 62.

³ - أنظر، زهدور محمد، المرجع السابق، ص. 139.

⁴ - التي نصت على أنه "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة. أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال".

إلا إذا أقره باقي الورثة. أما البيع لغير وارث فيعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال.

كما قد ينطوي التصرف صراحة على معنى التبرع، فتسري عليه أحكام الوصية كالوقف الذي عرفته المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري كما يلي: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق".

فالوقف إذن هو حبس المال أي جعله غير قابل للتصرف فيه، ولا هبته ولا توريثه وصرف منافعه في سبيل الله. والوقف في مرض الموت تسري عليه أحكام خاصة يأخذ حكم الوصية¹، ويسري نفس الحكم على الإقرار والإبراء، فمن يقر بدين أو يبرئ مدينا من دين عد تصرفه وصية فلا يسري في مواجهة الورثة إلا في حدود ثلث التركة، ويتوقف على إجازتهم فيما يجاوز ذلك².

وتعد كذلك الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة وصية حسب ما قضت به المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري. وبذلك تخضع الهبة في هذه الحالات لأحكام الوصية، ولا تنطبق عليها أحكام الهبة. فإذا زادت قيمة الشيء الموهوب على الثلث فيجوز للورثة الاعتراض على القسط الزائد عن الثلث، وتتوقف أحقيته على إجازة الورثة. أما إذا كانت الهبة لأحد الورثة في مرض الموت فمن حقهم الاعتراض أيضا على مجرد الهبة للوارث التي تتوقف على إجازة الورثة ما دامت تنطبق عليها أحكام الوصية³، وبالتالي تخضع لما جاء في نص المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة". كذلك ما جاء في المادة 189 من نفس القانون: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي".

¹ - أنظر، دنوبي هجيرة، تصرفات الشخص في مرض الموت وحماية الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية 2004، رقم 02، ص. 19.

² - أنظر، زهدور محمد، المرجع السابق، ص. 139.

³ - أنظر، بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 33.

وفي هذا الصدد قضى المجلس الأعلى في قراره المؤرخ في 1984/10/22 " إذا كان من الثابت أن النزاع - في قضية الحال- يتعلق بعقد هبة، وأن الطاعنات دفعن بأن والدهن - الواهب- كان أثناء تصرفه لا يتمتع بقواه العقلية، ولقد كان على قضاة الاستئناف التصدي لهذا الإدعاء والعمل على إثباته أو نفيه، فإنهم بالاعتماد على المدة الفاصلة بين يوم الهبة وموت المورث في صحة التصرف وإهمالهم الجواب على البث في هذا الدفاع والقضاء بصحة الهبة، عرضوا ما قضوا به للنقض بسبب نقص البيان والتعليل بما فيه الكفاية الأمر الذي لا يتضمن معه المجلس الأعلى مراقبته تطبيق أحكام الشريعة والقانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على هذا الوجه"¹.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2002/05/08، تتلخص وقائعه في أن الواهب وهب كل ممتلكاته لأبناء الزوجة الثانية دون الأولى، فكيفت المحكمة الهبة على أنها جاءت إضرارا ببقية الورثة، علاوة على ذلك قدم الطاعنون الدليل على أن التصرف كان أثناء مرض الموت. وعلى هذا الأساس نقضت المحكمة العليا القرار المطعون فيه².

وفي كل الأحوال يجب على الورثة إثبات أن التصرف قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت حتى يسري على التصرف حكم الوصية³. ويقع عبء إثبات ذلك على الوارث الذي يطعن في تصرف مورثه، وما دام مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات⁴. وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك وهذا ما أكدته الفقرة 3 من المادة 776 من القانون المدني⁵.

¹ - أنظر، مجلس أعلى، غ.أ.ش، 1984/10/22، ملف رقم 31833، مقتبس عن، عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة، شركة دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص. 76.

² - أنظر، محكمة العليا، غ.أ.ش، 2005/05/08، ملف رقم 275515، مقتبس عن، بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 23.

³ - أنظر، زهدور محمد، المرجع السابق، ص. 139.

⁴ - أنظر، بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 23.

⁵ - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج.1، ط.3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص. 208.

ب. التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة في الانتفاع مدى الحياة

نصت المادة 777 مدني جزائري على أنه "يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه مدة حياته، ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك"، وتقابل هذه المادة المادة 921 مدني لبي¹، المادة 1129 مدني أردني²، والمادة 917 من القانون المدني المصري³.

ويستفاد من المادة المذكورة أعلاه، أن تصرف الشخص لأحد ورثته بعين من الأعيان، واحتفاظه بحيازة تلك العين بأي طريقة كانت وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته⁴، مع أنه لا يصدر من المورث في مرض موته بل في حال صحته، إلا أن القانون قيده بقيود لو تحققت قامت قرينة قانونية بسيطة على أن هذا التصرف مضاف إلى ما بعد الموت، وتسري عليه بالتالي أحكام الوصية⁵. ويشترط لكي يعتبر هذا التصرف وصية وتجري عليه أحكامها:

✓ أن يتم التصرف من المورث لأحد الورثة، والعبارة بهذه الصفة تكون بوقت وفاة المتصرف.

✓ أن يحتفظ المتصرف بحيازة العين، وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته⁶.

متى اجتمعت هذه الشروط قامت قرينة بسيطة بأن التصرف وصية بغض النظر عن التسمية التي قد تعطى لهذا التصرف سواء بيع أو هبة أو مبادلة⁷. ويجوز للمتصرف له أن يثبت العكس، كما لو أثبت أن

¹ - أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 154.

² - أنظر، علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص. 145.

³ - أنظر، محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص. 471.

⁴ - أنظر، أحمد فراج حسين، أحكام الوصاية والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2003، ص. 10.

⁵ - أنظر، أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية ...، المرجع السابق، ص. 566.

⁶ - أنظر، محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 103.

⁷ - أنظر، حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص. 63-64.

التصرف لم يكن على سبيل التبرع وإنما هناك عوض دفعه للمتصرف، أو أثبت أن المتصرف قصد نقل ملكية العين حال حياته¹.

ج. الهبة التي تتم للولد المكفول

اعتبر المشرع الجزائري أن الهبة التي تتم للولد المكفول فيما زاد على الثلث تأخذ حكم الوصية، فتتوقف في هذه الحالة على إجازة الورثة². وجاء هذا الحكم في المادة 123 من قانون الأسرة حيث نصت على أنه "يجوز للكافل أن يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازته الورثة". ومن هذه المادة يتضح أنه يسري على هبة الكافل للمكفول ما يسري على الوصية، فيجوز للكافل أن يتبرع للمكفول بثلث ماله، وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة.

وأخيرا يمكن القول أن تحديد مجال التصرفات المضافة إلى ما بعد الوفاة يعتبر مسألة تكييف تخضع حسب القاعدة العامة لقانون القاضي. إذ يتولى القاضي الوطني تقرير هل أن التصرف القانوني محل النزاع يعد من قبيل التصرفات النافذة بعد الوفاة أم لا؟ كما يتكفل بإدراج المسألة المتعلقة بالميراث أو الوصية وسائر التصرفات الملحق بها في فئة من الفئات القانونية المعروفة في قانونه، وتعلق الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت بأكثر من حالة قانونية سينتج عنه لا محالة ترشح عدة تكييفات لحكم المسائل المتعلقة بالتركات عموما.

¹ - أنظر، علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص. 142.

² - أنظر، علاوة بوتغرار، المرجع السابق، ص. 17.

الفرع الثالث

التركات بين الأحوال الشخصية والعينية

أطلق مصطلح "أحوال" على قوانين مدن شمال إيطاليا وذلك منذ القرنين الثاني عشر والثالث عشر، وكان فقهاء الأحوال عند معالجة مشكلة تنازع القوانين يضعون الأحوال بوصف "الشخصية" أو "العينية". وهذا الوصف قد يكون إما للدلالة على موضوع الأحوال أهو الشخص أو المال وإما للدلالة على مجال تطبيقها المكاني¹.

وتعد التركات إحدى المواد المثيرة للجدل تقليدياً لأنها تقع على الحدود الفاصلة بين الحالة الشخصية، والحالة العينية²، فهي باعتبارها تؤمن انتقال مجموع الذمة المالية للشخص بسبب الموت، فإنها تتبع الحالة الشخصية. وبما أن هذا الانتقال ينصب لا محالة على الأموال فإنها تتبع كذلك الحالة العينية، وانتقال الأموال في مجال التصرفات النافذة بعد الموت ما دام قد ينجر عن عمل إرادي من المتوفى قبل وفاته، فهناك مجال لتدخل قانون الأعمال القانونية، إلا أن القضية تتركز على الاختيار بين الحالة الشخصية والعينية³.

¹ - أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 113.

² - Cf. Paul LAGARDE, Successions, Rép. Internat. Tome 3, J.C.P., 1999-04, p.3, n°2.

³ - أنظر، موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، ج.1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون سنة النشر، ص. 315.

أولاً- إلحاق التركات بالأحوال الشخصية

لم يرد مصطلح الأحوال الشخصية في مؤلفات الشرع الإسلامي، وإنما أخذ ومنذ زمن قديم عن القوانين الغربية التي عاجلت مسائل القانون الدولي الخاص¹. فنشأ المصطلح في إيطاليا خلال القرون الوسطى، وهو نظام مستمد من القانون الروماني. وقد كان لهذا الاصطلاح مدلول واسع لا يقتصر فقط على الحالة والأهلية، وإنما يتعداه ليضم أيضاً الموارث والوصايا والهبات. غير أن الاصطلاح لم يلبث أن امتد بعد ذلك إلى كثير من الدول كفرنسا، ولكن بمدلول أضيّف يقتصر على مسائل الحالة والأهلية دون الموارث والوصايا والهبات².

إن تحديد المقصود بالأحوال الشخصية يعد من الأمور الدقيقة، وقد كان دائماً محل خلاف سواء في ميدان الفقه أو القضاء أو التشريع. فنجد أن هناك من اعتبر أن المقصود بالأحوال الشخصية المركز القانوني للأشخاص، والبعض الآخر فضل القول بأنها مجموع المسائل التي يحكمها ما يسمى بالقانون الشخصي. والفقه المعاصر قرر تعداد المسائل التي تندرج تحت مفهوم الأحوال الشخصية والتي أدرج من بينها الموارث والوصايا³.

¹ - أنظر، سامي بديع منصور، الدين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية، مجلة الدراسات القانونية 2003، العدد الثاني، ص. 14.

² - أنظر، مصطفى الجمال، قانون الأسرة لغير المسلمين، الدار الجامعية، 1987، ص. 13.

³ - أنظر، عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص. 7-8.

وقد ذهب البعض في تعريفه لاصطلاح الأحوال الشخصية إلى القول بأن هذا الأخير في مدلول القانون الداخلي خلافاً لمدلوله في القانون الدولي الخاص لا يقابل اصطلاح الأحوال العينية، وأنه ينصرف في الواقع إلى مجموعة المسائل التي يتعدد بشأنها القانون الواجب التطبيق بصرف النظر عن مدى تغطية هذه المسائل لما يتضمنه اصطلاح الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص. أما البعض الآخر قد ذهب إلى تعريف المصطلح عن طريق المقابلة بين موضوعها وموضوع الأحوال العينية، ومن تم عن طريق تحديد هذا الموضوع فالأحوال الشخصية لدى هذا الاتجاه هي الأحوال التي يكون الشخص موضوعها. أنظر، مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص. 16-17.

وقد حاولت محكمة النقض المصرية بدورها إعطاء تعريف للمصطلح في قرارها الصادر في 1934/06/21 بقولها: "إن الأحوال الشخصية هي مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره في الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية ككونه ذكراً أو أنثى، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو أباً أو ابناً شرعياً، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سنه أو عته أو جنون، وكونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية". أنظر، محكمة النقض المصرية، 1934/06/21، مقتبس عن، مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص. 17-18.

ونجد هذا التوجه القاضي بإدراج التركات ضمن مجال الأحوال الشخصية يستند من جهة إلى اتصالها بواقعة حياة الشخص وبواقعة وفاته، وكذلك لارتكازها على روابط القرابة والمودة والنسب، وعلى اعتبارات المحافظة على أموال العائلة¹. ويهدف من جهة أخرى، إلى تحقيق غاية معينة ألا وهي إخضاع الشخص إلى القانون الأكثر ملائمة في التنازع الدولي وهو القانون الشخصي كما سنرى. وعلى مستوى الواقع التاريخي الديني، أبقّت الدول التي كانت خاضعة للشريعة الإسلامية على مفهومها الواسع لفكرة الأحوال الشخصية ومن بينها الميراث والوصية².

تأثرت معظم التشريعات التي اعتبرت التركات من مسائل الأحوال الشخصية بنظرية الفقيهين "مانشيبي" و"سافيني"³ على نحو المشرع المصري الذي تأثر أيضا بظروف تاريخية ترجع إلى عهد الامتيازات الأجنبية التي أملت عليه التوسع في مفهوم الأحوال الشخصية لتضم كل من الميراث والوصايا. والملاحظ أن المشرع المصري قد استبقى على هذا المفهوم الموسع للأحوال الشخصية بعد ذلك رغم استرداد سيادته كاملة عندما قرر تطبيق قانون الجنسية على هذه المسائل. وهذا وإن دل على شيء إنما يدل على أنه اعتبر لك أكثر تحقيق للعدالة⁴.

آمن المشرع الجزائري بالاتجاه الذي اعتبر التركات من الأحوال الشخصية، فأدرج أحكام الميراث والوصية ضمن قانون الأسرة. بحيث خصص الكتاب الثالث من هذا القانون للميراث، والفصل الأول من الكتاب الرابع من ذات القانون للوصية، وهو بذلك لم يخص الوصية بقانون خاص بها كما فعلت

¹ - أنظر عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط.1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص. 283؛ موحّد إسعاد، المرجع السابق، ص. 315؛ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 599؛ زيروني الطيب، القانون الدولي الخاص، ج.1، مطبعة الكاهنة، 2000، ص. 183.

² - أنظر، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص. 286.

³ - أنظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص. 413.

⁴ - أنظر، هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 2008، ص. 311؛ هشام علي صادق، حفيفة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999، ص. 317؛ هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2004، ص. 311؛ فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج.2، دار النهضة العربية، مصر، 1974، ص. 324.

بعض التشريعات كالتشريع المصري¹، بل أورد أحكامها في قانون الأسرة بالمواد من 184 إلى 201. كما نص المشرع في المادة 775 من القانون المدني على سريان قانون الأحوال الشخصية والنصوص المتعلقة بها على الوصية، وذلك في الفصل المتعلق بطرق اكتساب الملكية. ومادام أن المشرع الجزائري قد ألحق صراحة بعض التصرفات الأخرى المضافة إلى ما بعد الموت بالوصية، فهذا يعني أنها تعتبر أيضا من الأحوال الشخصية. والمشرع الجزائري بما ذهب إليه من اعتبار الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة من مسائل الأحوال الشخصية²، يكون قد سلك مسلك أغلبية الدول العربية كمصر³، الأردن⁴، العراق⁵، ليبيا⁶. كما يتماشى هذا التكييف مع ما جاءت به اتفاقية لاهاي لعام 1928 التي اعتبرت الموارث من مواد الأحوال الشخصية على اعتبار أنها مرتبطة بالعائلة⁷.

ثانيا- إلحاق التركات بالأحوال العينية

¹ - قانون الوصية المصري الصادر بالقانون رقم 71 سنة 1946.

² - أنظر، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 79-80.

³ - المادة 17 من القانون المدني .

⁴ - المادة 18 من القانون المدني .

⁵ - المادة 23 من القانون المدني .

⁶ - حيث حددت المادة 160 من قانون نظام القضاء الجديد رقم 51 لعام 1976 ما يعتبر من مسائل الأحوال الشخصية وذكرت من بينها: "...المسائل المتعلقة بالموارث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت". أنظر محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 150.

⁷ - أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 150.

يشير اصطلاح "الأحوال العينية" مقابلة لاصطلاح "الأحوال الشخصية" إلى المركز القانوني للأموال¹.

ويرى أنصار هذا الاتجاه إدخال الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة ضمن الحالة العينية، إذ أن انتقال الأموال بسبب الوفاة يعد أسلوباً عادياً كغيره من أساليب انتقال الأموال مادام موضوع الانتقال يبقى واحداً ألا وهو الأموال، ولا يختلف عن الوسائل الأخرى إلا في سبب هذا الانتقال، المتمثل في الوفاة. لذلك لا بد أن تتبع التركات بالنظام القانوني الذي يخضع له المال نفسه أي القانون العيني².

ثالثاً- إدخال التركات في فئة قانونية مستقلة

بخلاف ما ذهب إليه الاتجاهين السابقين، رأى الفقه والقضاء الحديث، بأنه لا يمكن إدراج الإرث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في فئة الأحوال الشخصية، باعتبارها نتيجة لانتهاء الحالة الشخصية، في حين تعتبر الأحوال الشخصية كنتيجة لوجود الشخص، وارتباط العلاقات التي تدخل في نطاقها مباشرة. وفي المقابل لا يمكن إدماج الإرث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في مجال الأحوال العينية، لأن مضمونها يختلف تماماً عن مضمون فكرة مركز الأموال، باعتبار موضوع الإرث والوصية هو تركة المتوفى منظوراً إليه كمجموعة شائعة وليس المال منظوراً إليه منفرداً. ومن ثم، يرى هذا التوجه إدخال الإرث والوصية وسائر التصرفات النافذة بعد الوفاة في فئة قانونية مستقلة³.

وأخيراً يمكن القول أنه إذا عرض على القاضي نزاع مشتمل على عنصر أجنبي بشأن الميراث أو أحد التصرفات النافذة بعد الوفاة، فيتعين عليه أولاً تبيان معنى الميراث، أو تحديد نوع التصرف أيعد

¹ - أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 113؛ عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص. 07.

² - أنظر، زيروتي الطيب، المرجع السابق، ص. 184؛ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 599؛ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص. 284؛ موحد إسعاد، المرجع السابق، ص. 315.

³ - أنظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص. 313؛ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص. 284-285.

تصرفا عاديا أم أنه يعد من الوصايا أو التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت. ثم يقوم بتحديد الوصف القانوني المناسب للمسألة محل النزاع، وهذا التحديد يعد مسألة تكييف لازمة لإسناد المسألة الإرثية أو الإيصائية للقانون المختص بحكمها¹.

المطلب الثاني

الإسناد القانوني للميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة

بعد تكييف الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة وإدخالها ضمن نظام قانوني معين بحسب ما يقضي به قانون القاضي، تأتي المرحلة الموالية التي يتم من خلالها البحث عن القانون الملائم الذي سيحكم العلاقة القانونية. وكما سبق وأن رأينا² تعد التركات من أكثر المواضيع التي يختلف التكييف بشأنها من دولة لأخرى. وهذا الأمر أدى إلى تعدد الحلول المطروحة للنزاع التشريعي بهذا الخصوص، فاختلقت ضوابط الإسناد المعمول بها لحل النزاع. وهذا ما سوف نعرضه في فرع أول.

وبما أن معظم التشريعات العربية -ومن بينها التشريع الجزائري- قد أدرجت الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة ضمن فئة الأحوال الشخصية، وأخضعتها بالتالي لضابط الجنسية، فإن إعمال هذا الضابط من أجل تحديد القانون الواجب تطبيقه في حال تنازع القوانين حول إحدى هذه المسائل قد يثير العديد من الإشكالات والصعوبات، سوف نفضلها في فرع ثاني، ونخصص الفرع الثالث لتسليط الضوء على مجال إعمال القانون المختص بمسائل الإرث والتصرفات النافذة بعد الوفاة.

¹ - ويختلف التكييف من دولة إلى أخرى، بحسب حاجاتها وظروفها وراثتها في تاريخ القانون. أنظر محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 113.

² - أنظر، ص. 24-29 من هذه المذكرة.

الفرع الأول

ضوابط الإسناد المعمول بها لحل النزاع

إن انقسام واختلاف التشريعات في تكييف الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة أدى إلى ظهور نظريات واقتراحات مختلفة لحل النزاع المتولد من أحد هذه المسائل.

أولاً- نظرية تطبيق قانون موقع المال

رجوعاً إلى الأصل التاريخي وفيما يتعلق بقاعدة الإسناد الخاصة بالميراث، نجد أن المدرسة الإيطالية القديمة قد قضت بإخضاع الميراث لقانون موقع المال¹. هذا وقد رأى الفقيه "نوييه" أن الميراث يجب أن يخضع كله لقانون موقع المال لعوامل اقتصادية واجتماعية وسياسية².

إن التشريعات التي اعتبرت الموارث من الأحوال العينية، أسندتها طبقاً للقاعدة العامة في الأموال للقانون العيني أي قانون موقع المال منقولاً كان أو عقار³. وقد أيدت هذا المبدأ اتفاقية مونتفيدو لاتحاد جنوب أمريكا عام 1889⁴، كما أخذت به بعض دول أمريكا اللاتينية⁵.

يترتب على إخضاع الإرث والتصرفات النافذة بعد الوفاة لقانون موقع المال إذا ما كانت أموال التركة موجودة في عدة دول أن كل دولة تطبق قانونها على الجزء من التركة الواقع على إقليمها. وهذا

¹ - أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 182.

² - أنظر، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 79.

³ - أنظر، زيروتي الطيب، المرجع السابق، ج. 1، 2000، ص. 184؛ هشام علي الصادق، حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 318.

⁴ - أنظر، غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، ط. 4، دار وائل للنشر، 2005، ص. 182.

⁵ - أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 269.

يؤدي لا محالة إلى تجاهل مبدأ وحدة الذمة المالية، وإخضاع التركة الواحدة لعدة قوانين، بينما يميل الاتجاه الحديث إلى إخضاع التركة لقانون واحد¹.

ثانياً- نظرية التمييز بين المنقول والعقار

فحوى هذه النظرية أنها تميز بشأن القانون المختص بمسائل الإرث والوصايا وغيرها من التصرفات النافذة بعد الوفاة بين المنقول والعقار، فتخضع الأخير لقانون موقعه، والأول للقانون الشخصي الذي حددته بعض التشريعات بقانون جنسية المورث أو المتصرف كالتشريع التركي². بينما حددته قوانين أخرى استناد إلى معيار الموطن، كالتشريع الفرنسي الذي أخضع الميراث - القانوني والإيصائي - العقاري لقانون موقعه، وميراث المنقول لقانون موطن المتوفى. وهذا ما جاءت به المادة 03 فقرة 02 من القانون المدني الفرنسي³.

والحل الذي اعتمده القانون الفرنسي ليس حديث العهد في فرنسا، وإنما يرجع إلى الفقه الفرنسي القديم الذي تأثر من جهته بأفكار المدرسة الإيطالية القديمة في القرون الوسطى⁴، والتي كانت تأثر العقارات على المنقولات بحجة أن المنقولات قليلة القيمة ويفترض وجودها حيث يوجد موطن الشخص⁵، وبالتالي وجب إخضاعها لقانون موطن المتوفى حرصاً على عدم تعدد القوانين الواجبة التطبيق

¹ - أنظر، إلياس ناصيف، الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص، ج.2، دون دار النشر، 2003، ص. 447.

² - وقد أخذت جميع الاتفاقيات التي عقدها تركيا مع الدول الأخرى بعد انهيار الإمبراطورية العثمانية بهذا المبدأ، ومنها الاتفاقية العدلية المرتبطة بمعاهدة لوزان لعام 1923 والاتفاقية القنصلية التي عقدها مع أرمينيا وأذربيجان سنة 1992، والاتفاقية القنصلية التي عقدها مع ألمانيا عام 1927. أنظر، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص. 182.

³ - Cf. Rizkalah NOUHAD, Droit international privé, 1^{ère} édition, N.A.J.D., Beyrouth 1985, pp.115-118 ; Jean DERRUPPE, op.cit., pp. 166-167-170.

⁴ - أنظر، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص. 286.

⁵ - أنظر، زيروتي الطيب، المرجع السابق، ط. ثانية 2008، ص. 197.

على التركة الواحدة. أما العقار فهو وحده الذي يمثل الثروة ويجب إخضاعه لقانون موقعه نظرا لأهميته الاقتصادية في الدولة الكائن بها¹.

تعرضت هذه القاعدة للكثير من الانتقادات كونها تؤدي إلى قطع وحدة الذمة المالية، باعتبارها تخضع التركة ذاتها لعدة قوانين مختلفة إذا ما كانت تنقسم إلى أموال منقولة وعقارية، وتقع في أقاليم مختلفة². بالإضافة إلى ذلك فإن اختلاف القواعد الموضوعية للإرث والتصرفات النافذة بعد الوفاة من دولة إلى أخرى، ينجم عنه العديد من الصعوبات والتعقيدات، فقد يعتبر الشخص وارثا في قانون ولا يعتبر كذلك في قانون آخر. وكذلك قد تختلف القوانين فيما يتعلق بحق الوارث في قبول التركة من عدمه وشروط القبول³، إلخ .

وكنتيجة طبيعية وغير منطقية لهذا المنهج قد نجد المتزل خاضعا لقانون وأثاته خاضعا لقانون آخر، مثلما حدث في قضية حفيدة جورج صائد⁴ التي أوصت بمثلها الموجود في فرنسا وما يوجد فيه من أثاث إلى الأكاديمية الفرنسية لكنها توفيت في إيطاليا، مما أدى إلى خضوع الوصية لقانونين، القانون الفرنسي بالنسبة للمتزل، والقانون الإيطالي فيما يتعلق بالأثاث الموجود فيه. وهذا المبدأ يخالف ما تأمل إليه النظم الحديثة من إخضاع التركة في مجملها لقانون وحيد بدون تمييز بين ما هو عقار أو منقول⁵.

¹ - أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 324-325.

² - أنظر، موحد إسعاد، المرجع السابق، ص. 316.

³ - أنظر، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 312-313.

⁴ - هذا الاجتهاد القضائي مقتبس عن، زيروتي الطيب، المرجع السابق، ط. ثانية 2008، ص. 196.

⁵ - أنظر، موحد إسعاد، المرجع السابق، ص. 316.

ثالثاً- نظرية تطبيق القانون الشخصي

بحسب هذه النظرية يطبق القانون الشخصي للمورث أو للمتصرف كوحدة لا تتجزأ وبصرف النظر عن مكان وجود المال¹، لكن الإشكال المطروح هنا هو المعيار الذي يتحدد به القانون الشخصي أهو معيار الجنسية أو معيار الموطن ومحل الإقامة²؟

أ. الاتجاه المؤيد لقانون الموطن

ذهب بعض الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه "نبويه" «Niboyet» إلى تحديد القانون الشخصي استناداً إلى معيار الموطن أو محل الإقامة، معتمدين في ذلك على عدة اعتبارات أهمها أن الشخص يرتبط بالحيط الذي يقيم فيه ويتفاعل معه عملياً، حيث يؤسس مركز مصالحه، ويعيش بصورة اعتيادية ويوطد علاقاته الاجتماعية والعائلية. ويكون ارتباطه هذا أكثر وأهم من ارتباطه بقانون جنسيته. وبالإضافة إلى ذلك فإن إخضاع الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة لقانون الموطن، يحقق وحدة النظام القانوني للتركة من جهة، ومن جهة أخرى لديه ميزة خاصة كونه يكون غالباً موقع المال عقاراً كان أو منقولاً، لأنه في الغالب تكون الدولة التي يتوطن فيها الشخص مركزاً لأعماله ومكان وجود أمواله وموطناً لعائلته³.

أيد مؤتمر لاهاي حول القانون الدولي الخاص في أكتوبر 1988 هذا الاتجاه، حيث تبني مشروع اتفاقية حول القانون المطبق على التركات بسبب الموت، اعتمد من خلاله رابطاً موحداً للمنقولات

¹ - أنظر، غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص. 118؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 446.

² - أنظر، غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص. 118.

هذا الإشكال لا يقتصر على مسائل الإرث والتصرفات النافذة بعد الوفاة، بل بمجمل مسائل الأحوال الشخصية، فقد اختلفت التشريعات منذ القدم بشأن إخضاعها لقانون الجنسية أو لقانون الموطن، ففي ظل القانون الروماني كان الموطن يتنازع حكم الأحوال الشخصية إلى جانب قانون الجنسية وحيد "ديمولان" قانون الموطن، بينما نص "دارجتييه" في المجموعة الفرنسية لعام 1804 صراحة على تطبيق قانون الجنسية، أما "سافيني" كان على رأس مؤيدي قانون الموطن في ألمانيا، وقد نص صراحة على تطبيق قانون الجنسية في مجموعة القانون المدني الألماني عام 1955، وقد جرى الأمر على نفس المنوال في إيطاليا. أنظر محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 105.

³ - أنظر، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 313.

والعقارات، وهو عموماً المقام المعتمد للمتوفى إن هو بقي فيه على الأقل خمس سنين قبل وفاته، وإلا فـقانون جنسيته إن كان المتوفى أكثر ارتباطاً بهذه الدولة (المادة 03 من المشروع). ويستطيع المتوفى قبل وفاته أن يختار أيّاً من هذه القوانين وخاصة عند تحرير وصية. وذلك لحماية لقانونه الوطني أو لقانون محل إقامته المعتاد (المادة 05 من المشروع)¹.

ب. الاتجاه المؤيد لقانون الجنسية

بخلاف ما ذهب إليه الاتجاه الأول رأى بعض الفقهاء مثل "دي مارتنس" «De Martens» بوجوب تحديد القانون الشخصي للموصي أو المورث بقانون جنسيته أي قانون الدولة التي يتمتع بجنسيتها، على أساس أنه القانون الذي يرتبط به الشخص أكثر من غيره، لأنه يعكس تقاليد أمته وأعرافها، ويضمن استقرار أحوالها الشخصية².

وفي حقيقة الأمر تتبع هذه القاعدة من التقاليد الإسلامية التي اعتبرت الموارث من الأحوال الشخصية، وأخضعتها للقانون الوطني. ويرجع ذلك إلى أن المبدأ الإسلامي هو مبدأ ذو طابع شخصي، يخضع لقانون الشخص كافة علاقاته القانونية، وسواء تعلق الأمر بعلاقاته الشخصية أو بحقوقه العينية³. وقد سارت نحو هذا الاتجاه غالبية الدول العربية التي أدمجت الميراث والوصية وسائر التصرفات النافذة بعد الوفاة ضمن فئة الأحوال الشخصية، وأخضعتها لقانون جنسية المورث أو الموصي أو المتصرف وقت وفاته. وفي هذا نصت المادة 16 من القانون المدني الجزائري على أنه "يسري على الميراث

¹ - أنظر، بيار ماير، فانسان هوزية، القانون الدولي الخاص، ط.1، ترجمة علي محمود مقلد، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص. 733؛

Jean DERRUPPE, op .cit ., p .167.

² - أنظر، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 446.

³ - أنظر، موحد إسعاد، المرجع السابق، ص. 317.

والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته"¹. وتقابل هذه المادة المادة 17 فقرة أولى من القانون

المدني المصري²، والمادة 18 فقرة أولى من القانون المدني الأردني³، والمادة 18 فقرة أولى من القانون المدني السوري.

وقد جاء في نص الفصل 54 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي " يخضع الميراث للقانون الداخلي للدولة التي يحمل المتوفى جنسيتها عند وفاته، أو لقانون دولة آخر مقرر له أو لقانون الدولة التي ترك فيها أملاكاً...". ونص الفصل 55 منها على أنه "تخضع الوصية للقانون الشخصي للموصي زمن وفاته...".

هذا وقد أجمع الفقه والقضاء في لبنان على أن القانون الوطني يعني قانون جنسية الموصي أو المورث وليس قانون محل إقامته¹، وأن القانون الذي يؤخذ بعين الاعتبار هو القانون الوطني للمورث أو

¹ - وقد قضت المحكمة العليا في قرارها المشهور المؤرخ في 17 أكتوبر 1990: "أنه من المقرر قانوناً أنه يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المجلس باعتماده على القانون الفرنسي، دون مراعاة قانون الهالك أو الموصي باعتباره جزائرياً مسلماً قد أخطأ في تطبيق القانون وخرق أحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".
أنظر، محكمة عليا، 1990/10/17، مقتبس عن، بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص. 51.

² - أنظر، هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، دون دار النشر، 2005، ص. 311.
هذا وقد جاء عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1975/02/01 "طبقاً للمادة 55 من القانون المدني الملغى، الذي تمت الوصية في ظله تسري على الوصية أحكام قانون بلد الموصي وقت وفاته، وإذا كان الثابت أن الموصي يوناني الجنسية، وقد حررت الوصية في 21 أبريل 1936 وأشهرت عقب وفاته أمام المحكمة القنصلية اليونانية بالزقازيق عام 1937 فإنه يطبق بشأنها القانون الذي تشير به قواعد الإسناد وهو القانون المدني اليوناني دون القانون المدني المصري أو الشريعة الإسلامية". أنظر، محكمة النقض المصرية، 1975/02/01، مقتبس عن، عبد الحميد الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2001، ص. 500.

وفي نقض آخر بتاريخ 1974/12/31 قضت بأنه "أموال الشخص تؤول لغيره بوفاته بأحد الطريقتين الميراث أو الوصية. وإذ يتبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة قد استخلصت من المستندات المقدمة إليها، وفي حدود سلطتها الموضوعية أن ملكية العقارات الكائنة بمصر قد انتقلت إلى الطاعنين بوفاة والدتهم بطريق الوصية الصادرة منها لا الميراث. وكان القانون الإنجليزي الذي يسري على واقعة النزاع باعتباره قانون والد الطاعنين التي صدرت منها الوصية. وذلك عملاً بقاعدة الإسناد الواردة بالمادة 17 من القانون المدني المصري الذي يبيح حرية الإيضاء، فإن النعي على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه يكون على غير أساس". أنظر، محكمة النقض المصرية، 1974/12/31، مقتبس عن، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص. 502.

³ - أنظر، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص. 124.

للموصي، وليس القانون الوطني للوارث أو الموصي له. وهذا بخلاف ما ذهب إليه اتفاقتي لاهاي لسنتي 1892 و1900 اللتين أسندتا الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت إلى قانون جنسية الطرفين مع التطبيق الجامع لهما، أي قانون جنسية الموصي وقانون جنسية الموصى له، المتبرع في مرض الموت والمتبرع له. وبالرغم من ذلك استقرت غالبية التشريعات على إخضاع الوصية وباقي التصرفات النافذة بعد الوفاة لقانون جنسية الموصي أو من صدر منه التصرف باعتباره الطرف المهم في هذه التصرفات وأن المال المتصرف فيه يؤثر في الميراث وحقوق الورثة.

وعلى عكس اتجاه المواقف العربية المتقاربة سابقة الذكر، سار القانون اليمني الذي قرر من خلال المادة 28 من القانون المدني إخضاع القضايا المتعلقة بالإرث والوصايا والمتضمنة عنصراً أجنبياً للقانون اليمني، وبذلك أخضعها لقانون القاضي².

إن تطبيق قانون جنسية المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت وفاته، يحقق وحدة القانون المطبق على التركة. وبذلك تجنبت التشريعات التي أخذت بهذا المبدأ، تعدد القوانين التي تحكم التركة إذا ما كانت الأموال موزعة في عدة دول أو كان الورثة أو الموصى لهم منتمين إلى عدة جنسيات، وذلك بالأخذ بقانون جنسية المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف دون غيره من

¹ - أنظر، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 448.

وقد جاء في قرار محكمة التمييز اللبنانية بتاريخ 1967/07/11: "إن القانون اللبناني في عدة نصوص صريحة تتعلق بأحوال الأجنبي الشخصية قد حسم الجدل من النظرية القائلة بتطبيق محل الإقامة وتلك القائلة بتطبيق قانون بلد جنسية الأجنبي متبنيًا النظرية الثانية". أنظر، محكمة التمييز اللبنانية، 1967/07/11، مقتبس عن، سامي بديع منصور، الدين وتنازع القوانين...، المرجع السابق، ص. 19.

² - ولهذا يتضح أن المشرع اليمني يتجه نحو إقليمية القوانين، وتوسيع مجال تطبيق القانون الوطني، على حساب القانون الأجنبي، وحقوق الأجنبي الذي يخضع إرثهم ووصاياهم لأحكام القانون اليمني الداخلية بالرغم من اتصالها الوثيق بالحالة الشخصية التي تفرض ضرورة تطبيق القانون الشخصي. كما تتعارض هذه القاعدة كلياً مع ما ذهب إليه أغلبية الدول التي تخضع قواعد الميراث والوصايا لقانون مكان وجود المال، خاصة إذا تعلق الأمر بوصية متعلقة بعقار متواجد خارج اليمن، ففي هذه الحالة قد لا يسمح القانون الأجنبي بانتقال ملكية العقار إذا كان الموصى إليه ليس من مواطنيها. أنظر، سهيل حسن الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، 2002، ص. 237-238.

القوانين كقانون موقع المال، أو قانون جنسية الورثة أو الموصى لهم. كما أن القوانين المؤيدة لهذه النظرية قد ساوت بين المنقولات والعقارات ولم تخضع كل منهم لقانون كما فعلت بعض التشريعات¹. وبالرغم من إيجابيات هذا الاتجاه المنادي بإخضاع الإرث والتصرفات النافذة بعد الوفاة لقانون الجنسية، إلا أنه تعرض لانتقادات كونه يتجاهل أحكام قانون موقع المال². كما أن أعمال ضابط الجنسية لحل النزاعات الإرثية والإيصائية يثير عدة صعوبات من الناحية العملية.

الفرع الثاني

الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية

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

أولاً- التنازع الايجابي (تعدد الجنسيات)

إن التعدد في الجنسية أو ما يسمى بتنازع الجنسيات الايجابي، يعني به أن يكون لدى الشخص أكثر من جنسية واحدة، وذلك حين تثبت للشخص في وقت واحد جنسية دولتين أو أكثر³. وبعبارة أخرى،

¹ - أنظر، يوسف فتيحة، محاضرات... المرجع السابق، ص.42.

² - أنظر، جمال محمود الكردي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط.1، دون دار النشر، 1995-1996. ص.329.

³ - أنظر، أحمد ضامن السمدان، المبادئ العامة لتعدد الجنسية في القانون المقارن والقانون الكويتي، مجلة الحقوق، الكويت، 2007، العدد الأول، ص. 17.

تتحقق هذه الظاهرة في الحالة التي ترى فيها قوانين الجنسية في دولتين أو أكثر أن شخص ما ينتمي إليها¹.

ويعتبر التعدد في الجنسية كنتيجة حتمية لحرية كل دولة في تنظيم جنسياتها على النحو الذي يتماشى مع مصالحها، دون الاعتداد بمقتضيات الحياة المشتركة في الجماعة الدولية². ولعل من بين أهم أسباب تعدد الجنسيات، اختلاف الأسس التي تعتمد عليها الدول في منح جنسيتها الأصلية³، بالإضافة إلى حرية الفرد في تغيير جنسيته، والحصول على جنسية دولة أخرى دون أن يتنازل عن جنسيته السابقة⁴.

ينجم عن تعدد الجنسيات قيام مشكلة هامة في مجال تنازع القوانين، وذلك بالنسبة للتشريعات التي تعتبر قانون الجنسية هو القانون الشخصي وتسد إليه مسائل الأحوال الشخصية، إذ يتعين حينئذ اختيار قانون جنسية واحدة باعتباره القانون الشخصي لمعدد الجنسية نظرا لاستحالة تطبيق قوانين مختلف الجنسيات التي ينتمي إليها في نفس الوقت⁵.

وفي مجال النزاعات الدولية ذات الطابع الإرثي أو الإيصائي، نكون بصدد تنازع إيجابي للجنسيات إذا كان للمورث أو الموصي أو المتصرف متمتعين بجنسيتين أو أكثر. فيطرح التساؤل في هذه الحالة حول الجنسية التي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار من أجل تطبيق قانونها على التركة أو الوصية⁶. لقد عولجت هذه الإشكالية بإدراج حالتين:

¹ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1996، ص. 54.

² - أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول- الجنسية مركز الأجانب-، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999، ص. 276.

³ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة...، المرجع السابق، ص. 55-57؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص. 276-277؛ طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 75-77.

⁴ - أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 107.

⁵ - أنظر، العقون الأخضر، التنازع الإيجابي والسليبي بين الجنسيات، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1975، ص. 63.

⁶ - أنظر، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 511.

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

هذه الحالة هي التي يكون فيها التنازع بين جنسيات أجنبية. وقد تم اقتراح عدة معايير لحل التنازع الايجابي للجنسيات في هذه الحالة، إلا أن الاتجاه الغالب ذهب إلى حسم التنازع بين الجنسيات الأجنبية باللجوء إلى نظرية الجنسية الفعلية أو الواقعية أو المهيمنة.

والجنسية الفعلية هي الجنسية التي يكون الشخص أكثر ارتباطاً بها من غيرها. ويستعين القاضي في سبيل الكشف عن هذه الجنسية بعناصر موضوعية كموطن الشخص أو محل إقامته. كما له الاستعانة بغير ذلك من الملابس والمؤشرات المتعلقة بالشخص ذاته كمركز مصالحه التجارية، روابطه العائلية، لغته، محل مزاولة حقوقه السياسية أو العامة، وظائفه العامة، وتأدية خدمته العسكرية، الخ.

وقد اعتمد المشرع الجزائري من خلال المادة 01/22 من القانون المدني على فكرة الجنسية الفعلية، ووظفها كحل لفرضية تعدد الجنسيات مع عدم وجود الجنسية الجزائرية من بينها، حيث نصت المادة على أنه "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية".

وهو الحل الذي اعتمده أيضا المشرع التونسي من خلال الفصل 29 من مجلة القانون الدولي الخاص الذي جاء فيه "تخضع الأحوال الشخصية للمعني لقانونه الشخصي وإذا كان المعني بالأمر حاملا لعدة جنسيات يعتمد القاضي الجنسية الفعلية...".

هذا في حين ذهبت بعض التشريعات العربية الأخرى¹ إلى منح القاضي صلاحية تحديد القانون الواجب تطبيقه في حالة تعدد الجنسيات الأجنبية. وبالرغم من أنها لم تبين صراحة الجنسية التي يتقيد بها

¹ - ومن هذه التشريعات التشريع المصري حيث نصت المادة 01/ 25 من القانون المدني على أنه " يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص...، أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد". وتقابل هذه المادة 01/ 25 من قانوني، المادة 01/ 27 من قانوني، المادة 70 من قانوني، والمادة 26 من قانوني. أنظر، محمد ميروك اللاتي، المرجع السابق، ص. 107؛ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص. 73.

القاضي في هذه الحالة إلا أنه يجب على القاضي دائما عند تعيينه للقانون المختص، أن يعتد بالجنسية الفعلية الذي يعيش المعني في كنفها ويفضلها على غيرها¹.

وأخذ اجتهاد المحاكم اللبنانية كذلك بفكرة الجنسية الفعلية، حيث قضت محكمة الاستئناف اللبنانية في قرار لها صادر بتاريخ 1970/05/29 بأن " المدعي كان بتاريخ وفاته يحمل جنسيتين، إحداهما فلسطينية والأخرى إيرانية، لكنه عاش وتوفي في لبنان، إن الاجتهاد اللبناني قد استقر في مثل هذا الوضع على وجوب الأخذ بالجنسية الأكثر فعالية، أي الجنسية الأكثر فعالية من النشاطات العملية التي مارسها المتوفى إبان حياته، ويستدل من المستندات التي أبرزها الطرفان أن المتوفى كان تارة يتذرع في نشاطاته العملية بجنسيته الفلسطينية، وتارة أخرى بجنسيته الإيرانية، ولذلك لا يمكن اعتبار أيًا من الجنسيتين اللتين يحملها المتوفى بمثابة الجنسية الأكثر فعالية، وإن الاجتهاد مستقر على اعتبار أن الجنسيتين في مثل كهذا الوضع تنهاران لعدم تطبيق قانونيهما معا، ويتوجب تطبيق قانون محل إقامة المتوفى"².

ونظرية الجنسية الفعلية ليست حكرًا على التشريعات العربية، بل آمنت بها أيضا بعض التشريعات الغربية التي اعتبرتها هي الأخرى كميّار لتحديد القانون الواجب التطبيق على الشخص متعدد الجنسيات. ومن بين هذه التشريعات التشريع السويسري الصادر عام 1987، وقانون الجنسية البرتغالي الصادر 1981/10/03³، القانون الاسباني⁴، وكذا القانون الدولي الخاص المجري لعام 1979⁵.

¹ - أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 108.

² - أنظر، محكمة الاستئناف اللبنانية، 1970/05/29، مقتبس عن، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 513.

هذا وقضت محكمة الاستئناف اللبنانية في قرار آخر بتاريخ 1947/07/01 أنه " متى كان هناك تنازع بين جنسيتين دولتين أجنبيتين كأمام محاكم دولة ثالثة، لا مصلحة لها في الخلاف، فهنا يرى علماء الحقوق الدولية الخاصة بأن على الدولة الثالثة أن تبقى على الحياد في النزاع القائم بين قانوني الدولتين الأجنبيتين، وتسأل ذوي العلاقة عن الجنسية التي يفضلون الانتساب إليها، فإن هم أثبتوا فعليا تابعة الدولة التي يدعونها، أخذت محاكم الدولة الثالثة في علاقاتها معهم بالتابعة التي أعلنوها مختارين". أنظر، محكمة الاستئناف اللبنانية، 1947/07/01، مقتبس عن، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 513.

³ - المادة 28 من هذا القانون .

⁴ - المادة 99/9 من الباب التمهيدي للقانون المدني الاسباني لعام 1974.

⁵ - المادة 11 من هذا القانون .

وقد تبنت هذا الحل أيضا اتفاقية لاهاي لعام 1930، حيث جاء في نص المادة الخامسة منها ما يلي " يتعين على الدولة التي يوجد بإقليمها فرد يتمتع بعدة جنسيات، أن تعامله على أنه يتمتع بجنسية واحدة، ويجوز لها في هذا الصدد أن تختار جنسية الدولة التي يوجد بها محل إقامة الشخص العادية أو جنسية الدولة التي يظهر من الملابس تعلق الشخص بها فعلا"¹.

الحالة الثانية: تعدد الجنسيات مع وجود جنسية القاضي الناظر في النزاع من بينها

استقر الرأي الراجح في علم الجنسية وفي القانون الدولي الخاص أن الجنسية الوطنية في هذا الفرض تفضل على غيرها². فيعتد بجنسية دولة القاضي ويعتبر الفرد وطنيا، ويطبق بالتالي قانون القاضي على المسألة المتنازع فيها، بغض النظر عن قوانين الجنسيات الأخرى التي يتمتع بها الشخص في آن واحد إلى جنب جنسية دولة القاضي. وهذا ما تبناه المشرع الجزائري، حيث نصت الفقرة 02 من المادة 22 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 ". وتقابل هذه المادة 02/ 25 من القانون المدني الليبي³، والمادة 02/ 25 من القانون المدني المصري⁴، والفصل 39 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، والمادة 24 من تقنين المعاملات المدنية الإماراتية رقم 05 لعام 1985. وأخذ بهذا الحل أيضا اجتهاد المحاكم اللبنانية⁵.

¹ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة...، المرجع السابق، ص.130.

² - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 101.

³ - أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 107.

⁴ - أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص. 279.

⁵ - حيث قضت محكمة زحلة في حكمها الصادر بتاريخ 1979/10/29 " بأن المتوفى المطلوب حصر إرثه، مسجل في سجلات نفوس المقيمين العائدة لإحصاء عام 1932 في زحلة، وهو بالتالي يحمل الجنسية اللبنانية، وأنه يحمل أيضا الجنسية البرازيلية، و زوجته أيضا تحمل الجنسية، في حين أن أولاده يحملون الجنسية البرازيلية فقط، وأنه يقتضي تطبيق القانون الوطني، أي القانون اللبناني، على المسألة الإرثية، عملا بمبادئ القانون الدولي الخاص التي ترعى

كما تبنته كثير من التشريعات الغربية كالتشريع الاسباني¹، البولوني²، البرتغالي³، المكسيكي⁴، الكوري⁵، والسويسري⁶. وكما اعتمدت هذا الحل اتفاقية لاهاي المبرمة في 12/04/1930، حيث نصت المادة 03 من هذه الاتفاقية على أنه "كل شخص يتمتع بجنسيتين أو أكثر، يمكن أن تعتبره كل الدول التي له جنسيتها من رعاياها"⁷.

إن تفضيل جنسية القاضي الناظر في النزاع على غيرها من الجنسيات التي يحملها الفرد، وتطبيق قانون القاضي على العلاقة محل النزاع، وبالرغم من كونه الحل الراجح الذي نادى به غالبية الفقهاء، وحسدته معظم الدول في قوانينها أو على مستوى قضائها، إلا أن هناك جانب من الفقه⁸ اعتبر أن هذا الحل مبدأ عاماً يمكن الخروج عليه وتطبيق قانون الجنسية الأجنبية، وذلك من خلال أعمال ما يسمى بفكرة الحل الوظيفي. وتقتضي هذه الأخيرة النظر إلى مسألة تنازع الجنسيات على أساس أنها مسألة أولية تثور بمناسبة مسألة أصلية، وليس باعتبارها مسألة مستقلة بذاتها، ولها حل ثابت في جميع الحالات. وهذا يقتضي حتماً حل النزاع على ضوء النظر إلى كل مسألة في حد ذاتها، من حيث طبيعتها والغاية منها⁹.

مسألة الميراث، من حيث واجب تفضيل القانون الوطني على القانون الأجنبي، إذا كان المتوفي المطلوب حصر إرثه، يحمل جنسيتين، إحداهما الجنسية اللبنانية "أنظر، محكمة زحلة، 1979/10/29، مقتبس عن، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 512.

وقضت محكمة الاستئناف اللبنانية في 17/10/1979 بأنه "بالرغم من اكتساب الجنسية الأمريكية، إذا تقيّد اللبناني في سجل المهاجرين اللبنانيين بإحصاء سنة 1932، فإن هذا الأمر يحفظ له جنسيته اللبنانية، سواء كان مرخصاً له بالجنسية الأمريكية أو لا". أنظر، محكمة الاستئناف اللبنانية، 1979/10/17، مقتبس عن، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 512.

¹ - المادة 2/29 من القانون المدني .

² - المادة 1/20 من القانون الدولي الخاص .

³ - المادة 31 من القانون المدني .

⁴ - المادة 52 من قانون الجنسية .

⁵ - المادة 1/2 من القانون الدولي الخاص .

⁶ - المادة 1/23 من مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في 18/12/1987.

⁷ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 102.

⁸ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة...، المرجع السابق، ص. 126 .

⁹ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة...، المرجع السابق، ص. 123، 122.

وقد تبني القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في 1987/12/18 هذا الحل صراحة إذ نصت المادة 23 منه على أنه "إذا كان للشخص جنسية أجنبية أو أكثر بالإضافة إلى الجنسية السويسرية... أما إذا تعلق الأمر بمسألة كان القانون الواجب التطبيق فيها هو قانون الجنسية، فإنه يجب الاعتداد بالجنسية الواقعة أي تلك التي يكون له بها رباط وثيق، وذلك ما لم ينص هذا القانون على خلاف ذلك..."¹.

وبعد أن تعرفنا على الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية عندما تتعدد جنسيات المورث أو الموصي أو المتصرف، والحلول المعتمدة لمعالجة هذا الوضع. ننتقل إلى التعرف على الاشكالات التي يطرحها هذا الضابط في حالة انعدام جنسية المورث أو الموصي أو المتصرف، وكيف يمكن للقاضي الوطني أن يعالج هذه الاشكالية.

ثانياً- التنازع السلبي (انعدام الجنسية)

يمكن تعريف انعدام الجنسية بأنه "وضع قانوني لشخص لا يتمتع بجنسية أية دولة على الإطلاق"². وعدم الجنسية هو الشخص الذي يجد نفسه منذ ميلاده أو في تاريخ لاحق على الميلاد مجرداً من حمل جنسية أية دولة من الدول³.

ومن بين أهم أسباب انعدام جنسية الفرد اختلاف الدول حول الأسس التي تعتمد عليها لتمنح جنسيتها أو سحبها، بالإضافة إلى الحالات التي يفقد فيها الفرد جنسيته الأولى لأي سبب من أسباب زوال الجنسية دون أن يتمكن من اكتساب جنسية دولة أخرى⁴.

¹ - أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص. 281-280.

² - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 120.

³ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة...، المرجع السابق، ص. 177.

⁴ - أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص. 284-283.

والمشكلة الأساسية لظاهرة انعدام الجنسية تظهر عند البحث عن القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية - ومن بينها مسائل الإرث والتصرفات المضافة لما بعد الموت-، وذلك في الدول التي تأخذ بالجنسية كضابط للإسناد في شأن هذه المسائل كما هو الحال عليه في غالبية الدول العربية. وفي مجال الإرث، والوصية، وسائر التصرفات النافذة بعد الوفاة يظهر هذا النوع من التنازع في حالة انعدام جنسية المورث، أو الموصي، أو من صدر منه التصرف النافذ بعد الموت. فيستحيل عندئذ إعمال ضابط الجنسية، وبذلك يثور التساؤل حول القانون الواجب تطبيقه في هذه الحالة؟

لقد تعددت المعايير المقترحة لحل هذه الإشكالية إلا أن الراجح منها، ذهب إلى إعمال فكرة شبيهة بفكرة الجنسية الفعلية، مقتضاها معاملة عديم الجنسية على أنه ينتمي إلى الدولة التي يتصل بها من الناحية العملية أكثر من سواها، وهي تمثل عادة الدولة التي يوجد بها موطن عديم الجنسية أو محل إقامته¹. ومن هذا المنطلق يتعين تطبيق قانون الموطن بالنسبة لعديم الجنسية، وإن لم يكن له موطن فيطبق عليه قانون محل لإقامته. ولعل الدافع وراء ترجيح هذه القوانين كونها أكثر القوانين ملائمة، نظرا إلى مدى تعلق وتشبث الشخص بالمكان الذي يعيش ويتواجد فيه. الأمر الذي يجعل درجة ارتباط الشخص بمكان معين تتوازى مع ارتباطه بالدولة التي ينتمي إليها بجنسيته².

أيدت هذا الحل الاتفاقيات الدولية، كاتفاقيتي جنيف لسنتي 1931 و1951 بخصوص الحالة الدولية للاجئين السياسيين³، وأيضا اتفاقية نيويورك المبرمة في 1954/09/28 بشأن الحالة الدولية لعديمي الجنسية⁴.

¹ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة...، المرجع السابق، ص.194.

² - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة...، المرجع السابق، ص.197.

³ - حيث نصت المادة 12 من الاتفاقية الأخيرة على أنه "الحالة الشخصية لكل لاجئ سياسي يحكمها قانون بلد موطنه، فإذا تخلف الموطن فيكون قانون بلد إقامته...". أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص.136.

⁴ - حيث نصت المادة 1/12 من هذه الاتفاقية على أنه "الحالة الشخصية للشخص عديم الجنسية يحكمها قانون بلد موطنه، وإذا تخلف الموطن فيكون قانون بلد إقامته". أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص.136.

كما أخذت بهذا الحل أيضا بعض التشريعات الغربية كالتشريع الإسباني¹، والتركي²، والسويسري³، والإيطالي⁴.

والمشرع الجزائري كان يوكل إلى القاضي مهمة تحديد القانون الواجب تطبيقه على العلاقات الخاصة الدولية لعدم الجنسية، وبدون أن يقيد صراحة بقانون جنسية معينة، سائرا بذلك على نفس خطى بعض التشريعات العربية كالتشريع المصري والليبي⁵. غير أنه رجع عن موقفه هذا ونص صراحة في الفقرة 03 من المادة 22 من القانون المدني⁶ على تطبيق قانون الموطن أو محل الإقامة⁷.

إن تطبيق قانون موطن عدم الجنسية أو محل إقامته، قد يثير هو الآخر عدة إشكاليات في حالة ما إذا لم يكن لعدم الجنسية موطن معروف أو محل إقامة محدد، وكذا في حالة ما إذا كان لعدم الجنسية أكثر من موطن.

وكحل للإشكالية الأولى اقترح البعض⁸، تطبيق قانون القاضي باعتباره صاحب الاختصاص الاحتياطي العام في حل التنازع الدولي بين القوانين⁹.

¹ - حيث نصت المادة 10/09 من الباب التمهيدي للقانون المدني المضاف بالمرسوم الصادر في 1974/05/31 على أنه " قانون محل الإقامة المعتاد يعتبر هو القانون الشخصي لأولئك الذين ليست لهم جنسية أو كانت جنسيتهم غير محددة ". أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ص.136.

² - حيث نصت المادة 04 من القانون الدولي الخاص على أنه " عندما يتحدد القانون المختص وفقا لمعيار الجنسية يكون مطبقا ما لم توجد أحكام مخالفة في القانون الحالي أ - بالنسبة لعدم الجنسية قانون موطنهم وفي حالة عدم وجوده قانون محل إقامتهم العادية ، وفي حالة عدم وجود تلك الإقامة ، قانون البلد الذي رفعت فيه الدعوى ". أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص.137.

³ - حيث قضت المادة 24 من القانون الدولي الخاص الصادر في 1987/12/18 بمنح الاختصاص لقانون موطن عدم الجنسية. أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص.137.

⁴ - المادة 29 من القانون المدني. أنظر، عكاشة محمد عبد العال ، الاتجاهات الحديثة...، المرجع السابق، ص.194.

⁵ - حيث نصت المادة 01/25 من القانون المدني المصري على أنه " يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية. " أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص.137. وتطابق هذه المادة 01/25 من القانون المدني الليبي. أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص.107.

⁶ - المعدلة بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005.

⁷ - حيث نصت على أنه " وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة".

⁸ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص.183.

⁹ - وقد تبني هذا الحل صراحة القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982 من خلال مادته الأولى في فقرتها الثالثة. أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص.138.

أما بالنسبة للإشكالية الثانية، فيرى البعض¹ مواجهتها من خلال ترجيح قانون الموطن الأكثر فاعلية، وهو الموطن الذي يحوي بذاته على درجة من الارتباط والفاعلية ترشحه لحكم العلاقة محل النزاع. وتفضيل قانون على آخر وفقا لهذا الرأي لا يتأثر إلا بالنظر إلى الهدف أو الغاية من قاعدة الإسناد، وأيضا بالنظر إلى أنسب القوانين وأكثرها ملائمة لحكم النزاع، وهذا يستوجب حتما عدم التقييد بجل واحد يجب إعماله في كل الحالات.

فإن تعلق الأمر مثلا بميراث أو وصية، وكانت أموال التركة موجودة في الجزائر وكان المورث أو الموصي عديم الجنسية متوطنا في الجزائر وله موطن آخر في دولة أخرى، فإعمالا لهذا الحل الوظيفي يجب على القاضي أن يطبق القانون الجزائري. وترجيح هذا الأخير لا يكون بناء على قاعدة عامة، وإنما لاعتباره أكثر ملائمة لحكم المسألة من قانون الموطن الآخر، لأنه أكثر ارتباطا بالمسألة المتنازع فيها. وبالإضافة إلى الإشكالات الناجمة عن حالي تعدد وانعدام جنسية المورث أو الموصي أو المتصرف، فإن قابلية هذه الجنسية للتغيير تطرح هي الأخرى إشكالية النزاع المتحرك أو المتغير.

ثالثا- النزاع المتحرك أو المتغير

يتحقق النزاع المتحرك عموما عندما تكون هناك قابلية خضوع وضعية معينة لنمطين قانونيين مختلفين. ويعتبر ضابط الجنسية من بين الضوابط التي تثير مسألة النزاع المتحرك كونه من الضوابط القابلة للتغيير. فيستطيع الشخص تغيير جنسيته في الفترة ما بين نشوء العلاقة القانونية ورفع النزاع بشأنها أمام القضاء. الأمر الذي يثير صعوبة عملية عندما يراد تطبيق قانون الجنسية، باعتباره القانون الواجب التطبيق على النزاعات الدولية الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية، ومن بينها الميراث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

¹ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة...، المرجع السابق، ص. 202.

وتثور مسألة التنازع المتحرك في مجال النزاعات الدولية ذات الطابع الإرثي أو الإيصائي، إذا قام المورث قبل وفاته بتغيير جنسيته، فأصبحت لديه جنسية جديدة بعد ما كان يتمتع بجنسية مختلفة في مرحلة معينة من حياته. كذلك في حالة ما إذا غير الموصي أو من صدر منه التصرف جنسيته، فكان أثناء إنشاء التصرف يحمل جنسية معينة، ثم غيرها بعد ذلك فأصبح يحمل جنسية مغايرة عند وفاته. وهذا ما يؤدي بنا إلى التساؤل حول الجنسية التي يعتد بها في مثل هذه الحالة، وهل يأخذ هنا بأحكام قانون الجنسية القديمة أم بأحكام قانون الجنسية الجديدة¹ ؟

لقد راعت معظم التشريعات عند ضبط قواعد الإسناد اعتبار تغيير الجنسية، فعالجت مسألة التنازع المتغير بضبط وقت معين يعتد به لمعرفة القانون الواجب التطبيق. وفيما يتعلق بالإرث، الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، فقد رجحت قانون جنسية المورث أو الوصي أو من صدر منه التصرف وقت الوفاة. وهذا ما جسده المادة 16 من القانون المدني الجزائري بقولها " يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية المالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته"².

وقد أوردت اتفاقية لاهاي المتعلقة بشكل الوصايا المبرمة في 1961/10/05 حلا لمشكلة التنازع المتحرك. إذ نصت في مادتها الأولى على أن الوصية تكون صحيحة من حيث الشكل، إذا أبرمت وفقا لأحد القوانين الآتية: قانون محل إبرامها، أو قانون جنسية الموصي سواء وقت إبرام الوصية أو وقت الوفاة، أو قانون الدولة التي بها موطن أو محل الإقامة العادية للموصي سواء في وقت إبرام الوصية أو وقت وفاته³.

¹ - أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص.108.

² - وتقابل هذه المادة 17 من القانون المدني الليبي، والمادة 17 من القانون المدني المصري، والمادة 01 / 18 من القانون المدني الأردني، والمادة 01/18 من القانون المدني السوري.

³ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص.642.

رابعاً- تحديد قانون الجنسية لدولة تتعدد فيها التشريعات

قد تعترض القاضي الوطني صعوبة في تطبيق قانون الجنسية في حالة ما إذا أحيل الحكم إلى قانون دولة تتعدد فيها شرائع الأحوال الشخصية¹. فقد يتبين بعد إعمال قاعدة الإسناد الوطنية أن القانون الواجب تطبيقه على المسائل المتعلقة بالإرث أو أحد التصرفات النافذة بعد الوفاة هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع تعددا داخليا، وسواء أكان تعددا إقليميا وهو الذي نلمحه في الدول التي تطبق على كل إقليم من أقاليمها شريعة خاصة. كما هو الشأن بالنسبة للدول المركبة كالولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا حيث يوجد في كل ولاية أو مقاطعة قانون ينظم الأحوال الشخصية. أو كان تعددا طائفيا أو شخصيا وهو الذي نلاحظه في الدول البسيطة التي تطبق على كل طائفة من الأشخاص قانون خاص بأحوالها الشخصية والذي يستمد من ديانتها كما هو الحال عليه في مصر ولبنان². فإذا كان القاضي أمام واحدة من هذه الحالات، سوف يجد لا محالة صعوبة في تحديد القانون الواجب تطبيقه في هذه الحالة. ويبقى التساؤل مطروحا حول معرفة ما هو القانون الذي يعتد به لحل التنازع؟ وأي شريعة من الشرائع المتعددة سيتبع؟

إن الحل الراجح لهذه الإشكالية على مستوى الفقه والتشريع والقضاء، يقضي بوجوب الأخذ بالقانون الداخلي الذي تشير بتطبيقه قاعدة الإسناد الداخلية في البلد الذي أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق قانونه³.

وقد جسدت هذا الحل المادة 01/23 من القانون المدني الجزائري¹، حيث نصت على أنه "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق، هو قانون دولة معينة تتعدد فيها

¹ - أنظر، العقون الأخضر، المرجع السابق، ص.109.

² - أنظر، حفيفة السيد الحداد، الموجه في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص.217.

³ - أنظر، جابر حاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، ج.3، ط.1، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالمية، 1960، ص.115.

التشريعات فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه...". وتقابل هذه المادة المادة 26 مدني مصري، 26 مدني ليبي، 27 مدني أردني، 01/31 مدني عراقي².

كما تبني هذا الحل أيضا القضاء اللبناني حيث انتهت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة التمييز اللبنانية في قرارها الصادر في 1968/07/03 إلى أنه " من المبادئ العامة المقررة في القانون الدولي الخاص أن المحكمة الوطنية ، عندما تكون مدعوة إلى تطبيق قانون بلد جنسية شخص فتجد نفسها أمام تعدد قوانين داخلية في ذلك البلد ناتج عن نظامه السياسي كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، تختار من بين هذه القوانين الداخلية ما تفرضه قواعد تنازع القوانين المطبقة هناك، بحيث تكون القاعدة المعتمدة من قبل القاضي الوطني لحل تنازع القوانين الداخلية في بلد أجنبي هي القاعدة المعمول بها في ذلك البلد أي القاعدة الأجنبية"³. وبذلك تكون محكمة التمييز اللبنانية قد كرست ذات الحل المعتمد في جل التشريعات السابق ذكرها.

وبناء على ما تقدم ذكره، إذا وجب تطبيق قانون أجنبي على نزاع متعلق بالإرث أو أحد التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، وكان البلد الذي يجب تطبيق قانونه من بين الدول التي تتعدد فيها الشرائع الداخلية سواء تعددا إقليميا أو طائفيا، فإن قواعد التنازع الداخلي في هذه التشريعات هي التي تتولى مهمة تحديد التشريع الواجب التطبيق من بين التشريعات المتعددة⁴.

¹ - عدلت هذه المادة وتمت بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 .

² - أنظر، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش ، المرجع السابق ، ص.64.

³ - أنظر، محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة المدنية الأولى، 1968/07/03، مقتبس عن، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص.218.

⁴ - أنظر، يوسف فتيحة، محاضرات ...، المرجع السابق، ص.42.

إن أعمال هذا الحل الذي سمي "بالتفويض" أو "الإحالة الداخلية"، يفترض بدهاءة أن القانون الأجنبي الذي تتعدد فيه الشرائع يتضمن قواعد إسناد خاصة بفض النزاع الداخلي. ولكن ما الحل فيما لو لم يتضمن القانون الأجنبي أي قواعد من هذا النوع¹؟

لقد تعددت الاقتراحات لحل هذه الإشكالية، فمنها ما نادى بوجوب الأخذ بالشرعية الرئيسية وهي شريعة العاصمة، ومنها ما رجحت تحليل فكرة الجنسية بقصد كشف الوحدة الإقليمية، وبعضها الآخر فضل الرجوع إلى قانون القاضي، في حين فضل الأغلبية الرجوع إلى قانون الموطن باعتباره أكثر القوانين تماشياً مع الواقع وأكثرها بعداً عن الشك والغموض².

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد حسم موقفه بهذا الخصوص، بتميمه للمادة 23 من القانون المدني، وذلك بإضافة فقرة ثانية، عاج فيها حالة عدم وجود نص ينظم هذه المسألة في القانون المختص. حيث نص على تطبيق التشريع الغالب في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي³.

وبناء على ذلك، إذا رفع أمام قاضي جزائري نزاع يتعلق مثلاً بميراث أو وصية لبناني أو أمريكي، فوفقاً للمادة 16 من القانون المدني الجزائري سوف يقضي بتطبيق قانون المورث أو الموصي وقت الوفاة، أي القانون اللبناني أو القانون الأمريكي. وبما أن لبنان تعد من البلدان المتعددة الطوائف والولايات المتحدة الأمريكية تعتبر من الدول المتعددة إقليمياً، فإن القاضي الجزائري سيصعب عليه تحديد أي تشريع من التشريعات المتعددة يجب أن يتبع لحل النزاع. لكن بالرجوع إلى المادة 23 من القانون المدني تزول الإشكالية لأن القاضي سيستأنس بالقانون الداخلي لكل من لبنان والولايات المتحدة الأمريكية، فيتولى

¹ - أنظر، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص. 227.

² - أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 110.

³ - نصت الفقرة الثانية من المادة 23 مدي جزائري على أنه " إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلاد في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي". أنظر، يوسف فتيحة، محاضرات...، المرجع السابق، ص. 42.

هذا الأخير مهمة تبيان التشريع الواجب اتباعه بشأن الميراث أو الوصية. وفي حالة تخلف أي نص مختص يطبق القاضي التشريع الغالب في لبنان، والتشريع المطبق في عاصمة الولايات المتحدة الأمريكية. بعد أن تعرضنا لمختلف الإشكاليات التي يثيرها ضابط الجنسية والحلول المعتمدة لمعالجتها، ننتقل فيما يلي لتحديد مجال أعمال هذا ضابط لحل النزاعات الإرثية والإيصائية ذات العنصر الأجنبي.

الفرع الثالث

مجال أعمال القانون المختص

بما أن المشرع الجزائري، وعلى غرار كافة التشريعات التي اعتبرت الموارث من مسائل الأحوال الشخصية، أسند الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة لقانون جنسية المورث أو الموصي أو المتصرف وقت الوفاة. فإن الإشكالية المطروحة هنا تدور حول مدى اختصاص هذا القانون خاصة وأن الأمر يتعلق هنا بمزيج من المسائل المرتبطة بالشخص ارتباطاً وثيقاً، ومسائل أخرى ذات صلة بالأموال محل الإرث أو أحد التصرفات النافذة بعد الوفاة. لذلك سنسلط الضوء في هذا الفرع على مجال أعمال قانون الإرث أي قانون جنسية المورث، والموصي، والمتصرف وقت الوفاة، فنتطرق أولاً إلى المسائل التي تدخل ضمن اختصاص هذا القانون ثم ننتقل إلى تبيان المسائل المستبعدة من مجال هذا القانون.

أولاً- المسائل المدرجة تحت ولاية القانون المختص

يجب أن نميز في هذا الصدد بين المسائل المتعلقة بالميراث، والمسائل المتعلقة بالوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

أ. المسائل المتعلقة بالميراث

يخضع لقانون الإرث كل ما يتعلق ب: أركان الإرث، أسبابه، شروط استحقاقه، إدارة التركة وقسمتها، وطبيعة خلافة الوارث للمورث.

1. - أركان الإرث

يتولى قانون جنسية المورث وقت الوفاة تبيان أركان الميراث، وأركان الميراث في الشريعة الإسلامية ومن ثم في التشريع الجزائري ثلاثة وهي: المورث¹ والوارث² والموروث³.

2. - أسباب الإرث

تدخل أسباب الإرث ضمن اختصاص قانون جنسية المورث وقت الوفاة، فيتولى هذا الأخير تحديد من يستحق أن يكون وارثاً. وأسباب الميراث وفقاً للمادة 126 من قانون الأسرة الجزائري هي: القرابة والزوجية.

القرابة هي كل صلة نسبية تربط الوارث بمورثه، وتعد القرابة أقوى أسباب الميراث¹. وقد راعى المشرع فيها درجة القرب من الهالك، إذ تخضع لقاعدة "كل من كان أقرب إلى الهالك كان أولى

¹ - المورث: هو الميت حقيقة بأن يفارق الحياة، أو حكماً وذلك في حال حكم القاضي بموته مع احتمال حياته، أو تقديراً كالجنين الذي ينفصل ميتاً بحماية على أمه. أنظر، بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث...، المرجع السابق، ص. 90.

² - الوارث: هو خليفة الميت الذي تربطه بالمورث صلة تجعله مستحقاً للإرث كالقرابة والزوجية وغيرهما. أنظر، محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص. 55.

³ - الموروث: وهو كل ما يتركه الميت من أموال و حقوق و منافع عدا الحقوق الشخصية. أنظر، محمد محدة، التركات و الموارث، ط. 1، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2004، ص. 65.

بالميراث من غيره". وتشتمل القرابة على ثلاثة أنواع من الورثة: أصحاب الفروض، العصباء، وذوي الأرحام. والقرابة الحقيقية أو النسب الشرعي طبقا لما جاء في المواد 139 إلى 172 من قانون الأسرة تشتمل على: الأصول²، والفروع³، والحواشي⁴، وذوي الأرحام⁵.

ويتكفل قانون جنسية المورث بتبيان درجة القرابة التي تخول حق الميراث⁶، وهل يدخل الولد غير

الشرعي أو المتبنى في عداد الورثة أم لا⁷؟

➤ الزوجية:

إن عقد الزواج أمر موجب للتوارث بين الزوجين، وإن لم يحصل دخول أو خلوة بينهما⁸، فلو هلك أحد الزوجين بعد انعقاد العقد ورث الآخر، لأن العبرة بالعقد المبرم⁹. ويشترط لكي تكون الزوجية سببا من أسباب الميراث، أن تكون صحيحة؛ وأن تكون قائمة وقت موت المورث -الزوج أو الزوجة- حقيقة أو حكما¹⁰.

¹ - أنظر، جابر الهادي سالم الشافعي، أحكام الميراث في الفقه و لقانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص. 68.

² - كالأب، والجد و إن علا، و الأم و الجدة و إن علت.

³ - كالابن، وابن الابن وإن نزل، والبنت، و بنت الابن وإن نزل.

⁴ - كإخوة المتوفى، أشقاء أو لأب، وأبنائهم وإن نزلوا، والأعمام وأبنائهم سواء أكانوا أشقاء أو لأب، ذكورا كانوا أو إناثا.

⁵ - ويمثلون بقية القرابة غير أصحاب الفروض والعصبة كالحال و الخالة وابن البنت، والجد من جهة الأم، والعمات وفروعهم ذكورا كانوا أم إناثا. أنظر، بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث...، المرجع السابق، ص. 95-96.

⁶ - أنظر، يوسف فتيحة، قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1999، ج37، العدد 02، ص. 119.

⁷ - أنظر، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص. 291.

⁸ - أنظر، عبد المجيد عبد الحميد الذبياني، المرجع السابق، ص. 20.

⁹ - أنظر، بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث...، المرجع السابق، ص. 91.

¹⁰ - أنظر، محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 77-79.

وبالإضافة إلى السببين السالف ذكرهما و الذين أجمع عليهما الفقه الإسلامي، هناك سبب آخر مختلف فيه ألا وهو الولاء. أنظر، محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، دار الفكر العربي، مصر، دون سنة النشر، ص. 80. والولاء يتخذ أحد الشكلين التاليين: الأول هو ولاء الموالاة: "وينشأ باتفاق بين طرفين على أن يرث أي منهما الآخر الذي يموت أولا، وأن يعقل كل منهما عن الآخر و يسهم في تحميل التعويض لو جنى حناية توجيهه، وقد يجري الاتفاق على أن واحدا منهما هو الذي يرث الآخر لا العكس وهو الموالى أما في الحالة الأولى فكل منهما موال للآخر وموالى منه أيضا". أنظر، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 68.

3. - شروط استحقاق الإرث

يتكفل القانون الوطني للمورث بتبيان شروط استحقاق الإرث¹، ويشترط لاستحقاق الميراث ما يلي:

➤ **موت المورث:** يتوقف انتقال التركة إلى الورثة على وفاة المورث. وموت المورث

ويعد هذا الأخير سبباً للإرث عند الحنفية و الشيعة الإمامية، و ليس سبباً من أسباب الإرث عند جمهور الفقهاء. أنظر، عبد المجيد عبد الحميد الذبياني، المرجع السابق، ص. 20.

- أما الشكل الثاني فهو ولاء العتق:"وهو صلة تجمع بين السيد والعبد الذي أعتقه، لذلك هو قرابة حتمية حاصلة بسبب العتق يثبت بها حق إرث السيد لمن أعتقه من العبيد إذ لم يكن للمعتوق وارث أصلاً بسبب القرابة أو الزوجية ويسمى ولاء العتق أيضاً بولاء النعمة، لأن السيد صار منعماً على العبد بالحرية". أنظر، محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 84-85؛ بلحاج العربي، أحكام التركات و الموارث، المرجع السابق، ص. 98. وقد اعتبر جمهور الفقهاء ولاء العتق سبباً من أسباب الإرث، وخالف الأباضية في ذلك. أنظر، عبد المجيد عبد الحميد الذبياني، المرجع السابق، ص. 1020.

لم يذكر المشرع الجزائري السبب الأخير - المتمثل في الولاء - لأنه حكم تاريخي لم يبق له محل الآن، وقد زال بزوال نظام الرق من المجتمعات الحديثة. فقد تم توقيع اتفاقية دولية خاصة بمنع الرق في جنيف يوم 25 /09/ 1926، وقد عدلت هذه الاتفاقية بالبروتوكول المخرر في مقر الأمم المتحدة في نيويورك في 1953/12/7. أنظر،

<http://www.la-laddh.org->

وبالإضافة إلى ذلك تم عقد اتفاقية أخرى عرفت بالاتفاقية التكميلية لإبطال الرق وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالرق حررت في جنيف في 1956/09/7. أنظر،

<http://www1.umn.edu/humanrts/arab/b030>

هذا عن أسباب الإرث في التشريع الجزائري ومعظم التشريعات الإسلامية التي استمدت أحكام الميراث من الشريعة الإسلامية ومن القرآن الكريم الذي جاء بتشريع متميز في توزيع الميراث. أما اليهود فورثوا الابن الأكبر فقط، وإن كان للمورث أكثر من ابن فالميراث للابن الأكبر فقط، وإلا انتقل الميراث إلى الفرع المؤنث وإلا انتقل إلى الأب وإلا فالجد وإلا فالأخوة، وإلا انتقل إلى الحواشي، وهم لا يورثون أحد الزوجين من الآخر، حتى لا تخرج الثروة عن نطاق الأسرة لكنهم يورثون الزوج من زوجته فقط، بل هو الوارث الشرعي الوحيد لها. وقد تأثر نظام الميراث الإنجليزي نوعاً ما بهذه الأحكام حيث أنه لا يورث أحد الزوجين من الآخر، ولا يورث الأصول مع الفروع، ويورث الابن الأكبر ويقدمه على الجميع. أنظر،

<http://www.kantakji.com>

أما المسيحيين فليس لهم نظام خاص بهم في الموارث، لأن أناجيلهم لم تكن تهتم بالتشريعات المدنية، إنما كان حل اهتمامها بالجوانب الأخلاقية، ولذلك فهم يطبقون في كل الأحوال نظام الميراث المطبق على أهل البلاد التي يعيشون فيها. ففي فرنسا مثلاً فإن القرابة والزوجية هما سبب الميراث، والمستحقون للتركة هم الأولاد -سواء أكانوا شرعيين أم غير شرعيين مع المساواة بين الابن والابنة- في أصل الاستحقاق وأصله-، وسائر الفروع والأصول والحواشي والزوج والزوجة. ولا يرث الزوج و الزوجة إلا في حالة عدم وجود الورثة المذكورين، لكن يعطى لكل منهما حق استثمار جزء من التركة عند وجود الورثة الشرعيين بنسبة تسمح له بالمحافظة على وضعه الاجتماعي الذي كان عليه قبل موت المورث. أنظر،

<http://jid3.medharweb.net>

ويعتبر نظام الإرث الفرنسي أقرب النظم الغربية للإسلام خصوصاً فيما يتعلق بأسباب الميراث، ولكن يمتاز نظام الإسلام بأنه ورث الزوجين كل منهما من الآخر مع وجود الفرع الوارث الذكر والمؤنث، وإن كان قد أعطاهم أقل مما كانوا سيأخذون في حالة عدم وجودهم، أما النظام الفرنسي فلم يجعل للزوج ميراثاً في تركة الزوجة وإنما جعل له الحق في استغلال قدر من التركة ليظل محافظاً على مستواه الاجتماعي. أنظر،

<http://www.kantakji.com>

¹ - أنظر، يوسف فتيحة، قواعد التنازع الدولي ...، المرجع السابق، ص. 119.

هو واقعة قانونية تؤدي إلى افتتاح التركة ليتحدد نصيب كل وارث فيها، فإنه من المقرر شرعا وقانونا أن التركة لا تفتح إلا بعد موت المورث. وتخضع مسألة إثبات الوفاة لقانون مكان حصولها، لأنها تتصل بواقعة مادية تتكون عناصر إثباتها في ذلك المكان¹.

وموت المورث يكون إما: حقيقيا²، أو حكما³، أو تقديريا⁴. ويرجع لقانون جنسية المورث لتحديد سبب افتتاح التركة المتمثل في الموت الطبيعي أو الحكمي⁵، وهو الذي يتولى أيضا تبيان متى يعتبر المفقود في حكم الغائب وشروط توريث الجنين، إلخ⁶.

➤ **حياة الوارث:** لكي يتم الميراث، لابد من تحقق حياة الوارث بعد وفاة مورثه⁷.

وحياة الوارث قد تكون حقيقة¹ أو تقديرا² أو حكما³.

¹ - أنظر، سامي بديع منصور، الوسيط...، المرجع السابق، ص.584.

² - ويكون بانتقال الروح، و انتهاء حياة الإنسان في لحظة معينة، تثبتها شهادة وفاة صادرة عن سلطة مختصة. أنظر، صالح حجيك، المرجع السابق، ص.20.

³ - ويتحقق بصدور حكم من القاضي بالموت مع احتمال الحياة كما هو حال المفقود والغائب، أو يصدر الحكم من القاضي بالموت مع التيقن من حياة الإنسان كحالة المرتد، الذي يعتبر ميتا من وقت صدور الحكم بذلك، ومن هذا الوقت تقسم تركته بين ورثته. أنظر، محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.86؛ بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث...، المرجع السابق، ص.103.

⁴ - ويتصور هذا الأخير إذا كانت هناك امرأة حامل، ووقع عليها اعتداء بالضرب، ونتج عنه سقوط الجنين ميتا، فيحكم بحياته حتى تورث عنه غرته (وهي دية الجناية، أي نصف عشر الدية)، فيرثها دون غيرها، وتورث عنه على رأي المالكية. أما الأحناف فيعتبرونه حيا، لأن الاعتداء الواقع على أمه هو سبب وفاته معها، ولولا هذا الاعتداء لتزل حيا على التقرير العادي لطبيعة الأشياء فيورثونه ويورث من ورثته. أنظر، صالح حجيك، المرجع السابق، ص.21. إلا أن جمهور الفقهاء رأوا أن الجنين لا يرث في هذه الحالة للشك في حياته، ولا يورث عنه إلا الغرة على الجاني. العربي بلحاج، أحكام التركات والموارث...، المرجع السابق، ص.103.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 127 من قانون الأسرة على أنه " يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي". وبذلك يكون مشرعا قد أخذ برأي ربيعة بن عبد الرحمن و الليث بن سعد، اللذين لم يعتبروا الموت المبني على الحياة التقديرية من أسباب الإرث، وأن الغرة أو الغرامة المالية لا تورث من الجنين بل تكون لأمه عوضا لها عنه. بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث...، المرجع السابق، ص.103.

⁵ - أنظر، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص.290؛ سامي بديع منصور، الوسيط...، المرجع السابق، ص.584.

⁶ - أنظر، يوسف فتحيحة، قواعد التنازع الدولي...، المرجع السابق، ص.119.

⁷ - أنظر، محمد سمارة، أحكام التركات والموارث في الأموال والأراضي، ط.1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص.

ولما كان لا بد من تحقق حياة الوارث بعد المورث ليستحق الميراث، فإنه إذا مات كل من المورث والوارث في وقت واحد أو ماتا ولم يعلم أيهما مات أولا فلا توارث بينهما سواء أكان موتهما بسبب غرق، هدم، حرب أو حوادث السير وغيرها. وذلك لانتفاء التيقن من حياة الوارث بعد موت المورث بحسب العلم والواقع. وتؤول تركة كل واحد منهم لورثته الأحياء ولا يرث بعضهم بعضا إلا إذا علم ترتيب موتهم، فيرث المتأخر من الميت المتقدم، لأن الشك مانع من موانع الميراث⁴.

ويرجع لقانون جنسية المورث لتحديد تاريخ افتتاح التركة في الحالة التي تحصل فيها الوفاة جماعة، خاصة وأن التشريعات تختلف في تحديد المعايير المعتمدة في تعيين من توفي قبل الآخرين والقرائن في ذلك، ومدى انعكاس ذلك على مسألة استحقاق الإرث والوصية⁵. وفي حالة الموت الجماعي يجب التمييز بين حالتين: الأولى: أن يكون المتوفون من جنسية واحدة، فيطبق قانون جنسيتهم المشتركة.

الثانية: أن يكونوا من جنسيات مختلفة، فيطبق قانون القاضي كحل عملي لتجاوز صعوبة يتعذر تجاوزها. ويقتصر تطبيق قانون القاضي على تحديد أسبقيات الوفاة، أما المسائل الأخرى المتعلقة بتوزيع الميراث فتبقى خاضعة لقانون الإرث⁶.

¹ - وهي الوجود الحقيقي للوارث عند موت مورثه لا قبله ولا بعده. وهي الثابتة بسجلات الحالة المدنية وشهادة الشهود. وهي البينة المقبولة شرعا بالمشاهدة والمعاينة التي تثبت تحقق حياة الوارث وقت موت مورثه. أنظر، بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث...، المرجع السابق، ص.104.

² - وذلك كمن توفي عن زوجة حامل فإذا وزعت التركة لا يرث الجنين، لأنها لم تتحقق حياته بعد. ولكن تقدر له حياة و يصبح هذا الجنين وارثا إذا ولد حيا، وتعرف حياته بالتنفس أو البكاء أو يأتي حركة أو صوت يصدر عن المولود يدل على أنه حي، فإذا تحققت حياته و لو للحظة ورث نصيبه، ذكرا كان أو أنثى، ولو مات بعد تحقق حياته، فإن نصيبه من الميراث يوزع على ورثته. أما لو ولد ميتا فإنه يوزع ما حجز له من التركة على الورثة الآخرين حسب حصصهم الشرعية. أنظر، محمد سمارة، المرجع السابق، ص.75.

³ - أنظر، بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث...، المرجع السابق، ص.104.

⁴ - أنظر، بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث...، المرجع السابق، ص.106.

⁵ - أنظر، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص.291؛ سامي بديع منصور، الوسيط...، المرجع السابق، ص.585.

¹ - وموانع الميراث هي:

- أولا: القتل العمد، حيث نصت المادة 135 من قانون الأسرة الجزائري، على أنه "يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:

➤ عدم وجود مانع من موانع الإرث: يتوقف الميراث على عدم وجود أي مانع من موانع

الميراث¹. ويرجع للقانون الوطني للمورث لمعرفة وجود أو انتفاء أي مانع من موانع

الميراث.

– قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا.

– شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه.

– العالم بالقتل أو تديره إذا لم يخبر السلطات المعنية.

إن القتل المانع من الإرث في القانون الجزائري هو القتل العمدي والعدواني بغير حق و لا عذر قانوني. أما القتل الخطأ فلا يعد مانع للميراث، لأنه لا يتوافر على القصد الجنائي. وقد سائر المشرع الجزائري المذهب المالكي في ذلك، وكذلك فعلت أغلبية التشريعات الوضعية المتعلقة بالمواريث في البلاد العربية والإسلامية، حيث نص على ذلك كل من المادة 223 و264 من قانون الأحوال الشخصية السوري، والمادة 292 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، والمادة 05 من قانون الموارث المصري، والفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية. أنظر، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 112. وهو ما جسده أيضا القانون المدني الفرنسي في المادتين 726-727 منه.

dispose que « Sont indignes de succéder et, comme tels, exclus de la succession : Art. 726 –

–1 Celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine criminelle pour avoir volontairement donné ou tenté de donner la mort au défunt.

–2 Celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine criminelle pour avoir volontairement porté des coups ou commis des violences ou voies de fait ayant entraîné la mort du défunt sans intention de la donner. »

Art. 727 « Peuvent être déclarés indignes de succéder :

–1 Celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine correctionnelle pour avoir volontairement donné ou tenté de donner la mort au défunt.

–2 Celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine correctionnelle pour avoir volontairement commis des violences ayant entraîné la mort du défunt sans intention de la donner

–3 Celui qui est condamné pour témoignage mensonger porté contre le défunt dans une procédure criminelle.

–4 Celui qui est condamné pour s'être volontairement abstenu d'empêcher soit un crime soit un délit contre l'intégrité corporelle du défunt d'où il est résulté la mort, alors qu'il pouvait le faire sans risque pour lui ou pour les tiers.

–5 Celui qui est condamné pour dénonciation calomnieuse contre le défunt lorsque, pour les faits dénoncés, une peine criminelle était encourue .

Peuvent également être déclarés indignes de succéder ceux qui ont commis les actes mentionnés aux 1° et 2° et à l'égard desquels, en raison de leur décès, l'action publique n'a pas pu être exercée Cf. perlpot.net/cod/civil.pdf.ou s'est éteinte »

– ثانيا: اللعان، وهو ما يحصل من ملاعنة وحلف أمام القضاء بين الزوجين، إذا قذف الزوج زوجته بالزنا، أو نفى نسب ولدها، ويكون عن طريق أربعة شهادات مؤكدة بالإيمان يؤيدها الزوجان أمام القضاء. أنظر، بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث...، المرجع السابق، ص. 113-114. وذلك استنادا إلى قوله تعالى: {وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ} {6} وَالْخَامِسَةُ أَنَّ

4. - إدارة وقسمة التركة

من المسائل التي تخضع لقانون دولة المورث مايلي:

➤ إدارة التركة: فيختص قانون دولة المورث بتبيان إمكانية تعيين مدير للتركة أو منفذ

للوصية¹. كما يختص بتحديد الصلاحيات و السلطات التي يتمتع بها مدير التركة أو

منفذ الوصية كالمطالبة بوضع الأختام على التركة أو طلب رفعها، الخ².

لَعَنَتِ اللَّهُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَافِرِينَ وَبَدْرًا {7} عَنْهَا الْعَذَابُ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَافِرِينَ {8} وَالْخَامِسَةَ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ}. أنظر، سورة النور، الآيات 6-9.

نصت المادة 138 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "يمنع من الإرث اللعان...". إذا أتم اللعان بالشكل المقرر شرعا، فرق القاضي بين الزوجين، ونفى نسب ولدها عنه، فلا يرث الولد من الزوج وإنما يرث من أمه، لأن نسبه ثابت منها باعترافها. أنظر، أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص.301. وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الفرنسي أقر بموجب القانون المؤرخ في 8 جانفي 1993 المساواة بين الطفل الطبيعي والطفل الشرعي على مستوى آثار البنوة فمنح للطفل الطبيعي الحق في التمتع بجميع الحقوق وحمله نفس الالتزامات التي للطفل الشرعي في علاقاته بأبيه وأمّه، وبذلك يكون قد أقر المساواة بين الطفل الشرعي والطفل الطبيعي فيما يتعلق بالحق في الميراث، ومع ذلك فإنه أورد عديد الاستثناءات لهذا المبدأ من ذلك أن ابن الزنا لا يستحق سوى النصف من النصاب الذي يستحقه الطفل الشرعي. أنظر،

<http://droit.montadahlilal.com/t205-topic>

- ثالثا: الردة، ومعناها خروج المسلم عن دينه طواعية. فالمرتد مسلم في الأصل ولكنه كفر بدينه، وأعلن ذلك صراحة، أو قام بعمل يدخل ضمن دائرة الردة. أنظر، صالح حجيك، المرجع السابق، ص. 25. وقد نصت المادة 138 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "يمنع من الإرث... والردة".

- رابعا: اختلاف الدين، والمقصود هنا باختلاف الدين، هو اختلاف الملة وليس اختلاف الجنسية، فالاختلاف في الجنسية ليس مانع من موانع الإرث. حيث جاء في حيثيات القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1995/07/25: "ثانيا: أن الشريعة الإسلامية لا تشترط الجنسية في باب الميراث، ولكنها تأمر بإثبات التمسك بالدين الإسلامي". أنظر، مجلس أعلى، 1995/07/25، مقتبس عن، عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص.259. وقد ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حديثين بشأن هذا المانع: فعن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا يتوارث أهل ملتين شتى". أنظر،

<http://majles.alukah.net>

وعن أسامة بن زيد قال: قال رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر". أنظر، <http://www.islamweb.net>

هذا وقد أجمع الفقهاء على أن اختلاف الدين مانع من الإرث، فلا يرث المسلم من قريبه الكافر، ولا الكافر من قريبه المسلم، ولو كان زوجا أو ابنا. أنظر، صالح حجيك، المرجع السابق، ص. 24.

¹ - أنظر، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص.292؛ محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 152.

حيث نصت المادة 939 من قانون المرافعات المصري على أنه "يكون تعيين مديري التركات أو تثبيت منفي الوصية أو تعيينهم حيث يقضي قانون بلد المتوفى بذلك... حسب ترتيبهم في قانون بلد المتوفى". أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 902.

² - أنظر، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص.292؛ محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 152، وعلى ذلك نصت المادة 940 مرافعات بقولها " يباشر مدير الشركة أو منفذ الوصية الاختصاصات التي يقرها قانون بلد المتوفى...". أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 902.

➤ **قسمة التركة:** تخضع قسمة التركة للقانون الوطني للمتوفى فهو الذي يحدد التركة المطلوب قسمتها¹، وكذلك يحدد نصيب كل وارث من التركة²، وقواعد الحجب، الحرمان، العول، والرد، إلخ³. ويختص كذلك بالمسائل المتعلقة باسترجاع الهبات، الديون، الأسهم، وبيع الأموال غير القابلة للقسمة، إلخ.

5. - طبيعة خلافة الوارث للمورث

من أصعب المسائل التي يتناولها قانون المورث وقت الوفاة، تبيان الحقوق والالتزامات التي تنتقل إلى الورثة، وكيفية هذا الانتقال ووقته⁴، خاصة وأن التشريعات تختلف في هذا الصدد اختلافا أساسيا. فالإرث في الشريعة الإسلامية إجباري⁵، أي يستحق حكما بمجرد وفاة المورث⁶، ولا يجوز للوارث رفضه.

ويشمل الإرث مجموع الحقوق المالية، أما الالتزامات فلا تكون محلا للإرث⁷، وبذلك لا تورث ديون المورث، ولا ينتقل دين المتوفى إلى ذمة الورثة بل يبقى في التركة التي تصبح مسؤولة عنه، فإن جاوز الدين مجموع التركة فإن الورثة غير مسؤولين عن وفائه⁸.

في حين أن الإرث في بعض التشريعات الغربية هو حق اختياري⁹، أي أنه يحق للوارث قبول التركة أو رفضها أو التنازل عنها. ويشمل الإرث جميع الحقوق والالتزامات التي كانت في ذمة المورث،

¹ - أنظر، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 260.

² - أنظر، يوسف فتيحة، قواعد النزاع الدولي ...، المرجع السابق، ص. 119.

³ - أنظر، موحد إسعاد، المرجع السابق، ص. 325.

⁴ - أنظر، يوسف فتيحة، قواعد النزاع الدولي ...، المرجع السابق، ص. 119؛ محمد ميروك اللافي، المرجع السابق، ص. 152.

⁵ - أنظر، فتيحة يوسف فتيحة، قواعد النزاع الدولي ...، المرجع السابق، ص. 119؛ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 315.

⁶ - أنظر، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص. 292.

⁷ - أنظر، محمد ميروك اللافي، المرجع السابق، ص. 152.

⁸ - أنظر، مصطفى السباعي، عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص. 331.

⁹ - أنظر، يوسف فتيحة، قواعد النزاع الدولي ...، المرجع السابق، ص. 119.

وبالتالي فإن الديون تنتقل إلى ذمة المورث، ولدائني التركة أن ينفذوا على أموال الوارث الشخصية، إلا إذا رفض الوارث الميراث أو قبله بشرط الجرد. وهذا هو حال الميراث في التشريع الفرنسي¹. يتكفل القانون الوطني للمورث بتحديد طبيعة خلافة الوارث للمورث وهل تعتبر إجبارية أم اختيارية يمكن قبولها أو التنازل عنها، وإن كان كذلك فما هي شروط القبول وآثاره والمدة التي يجوز فيها هذا القبول، لقاء جردة أو بدون جردة، إلخ².

ب. المسائل المتعلقة بالوصية وسائر التصرفات النافذة بعد الوفاة

لما كانت الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت وثيقة الصلة بنظام الإرث، لكونها هي الأخرى طريقة من طرق الخلافة بسبب الموت، فقد أخضعتها أغلبية التشريعات لنفس قاعدة الإسناد التي تحكم الميراث³. ومن هذا المنطلق يسري قانون جنسية الموصي أو المتصرف وقت الوفاة على جميع المسائل الموضوعية التي تتصل بالميراث اتصالاً وثيقاً، لتعلقها بفكرة الخلافة بسبب الموت⁴. ومن بين هذه المسائل:

1. - مدى حرية الموصي في الإيضاء

قد تنقيد حرية الموصي في الإيضاء من حيث القدر الجائز الإيضاء به، أو من حيث الأشخاص الذين يجوز له الإيضاء لهم.

¹ - أنظر، مصطفى السباعي، عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص. 331.

² - أنظر، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 315؛ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص. 292.

³ - أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 274.

⁴ - أنظر، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 319؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 324.

فنجد أن أغلبية التشريعات الإسلامية وبخلاف نظيراتها غير الإسلامية قد قيدت حرية الموصي من حيث القدر الجائز الإيضاء به، وأوجبت أن تكون الوصية في حدود ثلث التركة. حيث نصت المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة"¹.

وبناء على هذا النص إذا كانت الوصية في حدود الثلث كانت وصية نافذة، سواء أجازها الورثة أم لم يجيزوها. أما إذا أوصى بأكثر من الثلث كانت الوصية في الثلث نافذة، وفي ما زاد عن الثلث متوقفة على إجازة الورثة، فإن أجازوها نفذت، وإن لم يجيزوها لم تنفذ، أما لو أجازها البعض دون البعض الآخر تنفذ في حق المجيز دون غيره². وتخضع شروط إجازة الوصية إذا كانت ضرورية لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة³.

أما بالنسبة للأشخاص الذين تجوز لهم الوصية، فنجد أن التشريع الجزائري قد أجاز الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا⁴، كما أجاز الوصية مع اختلاف الدين⁵. وحرّم قاتل الموصي عمدا من استحقاق الوصية، كما قيد الوصية لوارث بشرط إجازة الورثة⁶. وذلك بخلاف المشرع المصري الذي سوى بين الوصية لوارث ولغير الوارث واقتصر إجازة الورثة فقط على ما زاد على الثلث⁷.

¹ - وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها، ومن بينها القرار المؤرخ في 1986/02/24، وكذا القرار المؤرخ في 1997/07/29. أنظر،

<http://www.startimes.com>

² - أنظر، رمضان علي السيد الشرنباصي، الوجيز في أحكام الوصية ووقف، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2005، ص.53.

³ - أنظر، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص.126.

⁴ - حيث نصت المادة 187 من قانون الأسرة على أنه " تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، و إذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي و لو اختلف الجنس".

⁵ - حيث نصت المادة 200 من قانون الأسرة على أنه " تصح الوصية مع اختلاف الدين".

⁶ - حيث نصت المادة 189 من قانون الأسرة على أنه " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي". وقد قضت المحكمة العليا بقاعدة عدم جواز الوصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة في العديد من قراراتها، ومنها القرار الصادر بتاريخ 1990/03/05، والقرار الصادر بتاريخ 1992/11/24، أنظر،

<http://www.startimes.com>

⁷ - المادة 37 من قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946 أنظر،

يتكفل قانون جنسية الموصي وقت الوفاة بتحديد القدر الجائز للإيضاء به، كما يتولى تعيين من يستحق ومن يحرم من الوصية، كما يبين هذا الأخير جزاء المنع المقرر على الإيضاء¹.

2. - الرجوع في الوصية

باعتبار الوصية تصرف يتم بإرادة منفردة للموصي، فهو تصرف غير لازم يحق للموصي ما دام على قيد الحياة أن يرجع في وصيته². وتخضع أسباب، شروط، وصور الرجوع وكذلك وقت الرجوع، قرينته، وآثاره لقانون الموصي وقت موته³.

3. - آثار الوصية

يحكم قانون جنسية الموصي وقت الوفاة الآثار التي تترتب على الوصية كالتزامات التي يتحملها الموصي له مثلاً⁴.

-<http://www.f-law.net/law/showthread.php>

¹ - أنظر، هشام على صادق، المرجع السابق، ص. 319؛ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص. 304.

² - أنظر، بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 31.

³ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 909.

⁴ - أنظر، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص. 126؛ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 81.

وتجدر الإشارة إلى أن الأحكام سالفة الذكر تخص على السواء الوصية وباقي التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، مادامت هذه الأخيرة قد أدرجت صراحة ضمن مفهوم الوصايا، وأخذت بالتالي أحكامها.

وبعد أن تعرضنا لأهم المسائل التي تدخل ضمن اختصاص قانون جنسية المورث، والموصي، والمتصرف وقت الوفاة، ننتقل لرسم الحدود الخاصة التي تحد هذا القانون، وتؤدي إلى استبداله بقانون أكثر ترجيحاً لحكم بعض المسائل الإرثية والإيصائية.

ثانياً- المسائل المستبعدة من مجال القانون المختص

يحد القانون الواجب التطبيق على الإرث والتصرفات المضافة لما بعد الموت، بالإضافة إلى الحدود العامة التي قد تظهر في أي نزاع ذو طابع دولي خاص- والتي سوف نراها في المطلب الأول من المبحث الثاني¹ - حدود خاصة تتعلق بجالي الإرث الوصية، فمنها ما يتعلق بأحكام الإرث والوصية معا، ومنها ما هو ناتج عن الطبيعة الخاصة للوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت².

أ. المسائل المشتركة

قد يسحب الاختصاص من قانون جنسية المورث أو الموصي وقت الوفاة، ويمنح لقوانين أخرى أكثر تلاؤماً لحكم بعض المسائل الخاصة بالتراعات الإرثية والإيصائية ذات العنصر الأجنبي.

1. - تدخل قانون موقع المال

إذا كان قانون المورث والموصي يحكم المسائل السابق عرضها³، فإن اختصاصه لا يمتد إلى المسائل المتعلقة بالمركز القانوني للأموال التي آلت إلى الورثة أو الموصى إليهم، حيث تخضع هذه الأخيرة للقانون الذي يحكم ملكية الأموال والحقوق العينية الأخرى، وهو قانون موقع المال⁴ والذي يسري على: - تحديد محتوى وشروط ممارسة الحقوق المكتسبة على أموال التركة بالإرث والوصية، فيخضع حق الملكية والحيازة، والانتفاع المكتسب على أموال التركة لقانون موقعها⁵.

¹ - أنظر، ص. 86-118 من هذه المذكرة.

² - أنظر، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص. 292؛ سامي بديع منصور، الوسيط...، المرجع السابق، ص. 586.

³ - أنظر، ص. 52-63 من هذه المذكرة.

⁴ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 902.

⁵ - أنظر، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص. 39؛ عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص. 324.

كما يمكن للوارث أن يستفيد من كافة الحقوق العينية، حتى ولو كانت مجهولة من قبل قانونه

الشخصي¹.

وبالرغم من أن المشرع الجزائري ميز من خلال المادة 02/17 من القانون المدني بين العقار والمنقول المادي بخصوص القانون الواجب التطبيق على الحيازة والملكية وباقي الحقوق العينية فأخضع الأول لقانون الموقع، والثاني لقانون الجهة التي يوجد فيها إما وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة، أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، أو وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه فقدان هذه الحقوق العينية. إلا أن المادة 774 مدني بشأن طرق اكتساب الملكية نصت على أنه "تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة". وبذلك يكون هذا النص قد مد الاختصاص للقانون الشخصي حتى فيما يتعلق بأيلولة التركة، وهو مجال قد يتعارض فيه مع قانون الموقع، طبقاً للقواعد العامة.

¹- Cf. Mohand ISSAD, Droit international privé, 2ème édition, office des publications universitaires, Alger, 1983, p. 262.

وقضى المجلس الأعلى في هذا الصدد أن " الشفعة هو حق عيني يدفع به الوارث الأجنبي ضد المشتري. وتتعلق المسألة بممارسة حتى الشفعة من قبل وارثة تحمل الجنسية الفرنسية، على منزل في الشيوخ، باعتته أختها لمشتري جزائري فنقض المجلس الأعلى القرار الصادر عن مجلس قضاء عنابة، يعني هذا أن حق الشفعة غير موجود في القانون الفرنسي، غير أن الوارث الفرنسي في الجزائر يستفيد من هذا الحق". أنظر، مجلس الأعلى، 1974/11/27، ملف رقم 11669، مقتبس عن، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص.265.

والشفعة لغة بضم الشين وسكون الفاء مأخوذة من الشفع وهو الضم والزيادة وهي اسم للملك المضموم . أنظر، جهاد محمود الأشقر، مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط.1، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009، ص.87.

أما اصطلاحاً فهي رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في أحوال معينة اذا توافرت الشروط المنصوص عليها قانوناً. أنظر، أنور العمروسي، الملكية وأسباب كسبه في القانون المدني، ط.1، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 1999، ص. 403. وهو التعريف الذي أورده المادة 794 من القانون المدني الجزائري للشفعة وتقابلها في ذلك المادة 935 من القانون المدني المصري، 929 من القانون المدني الليبي، 1128 من القانون المدني العراقي، 228 من القانون المدني اللبناني، والمادة 746 من القانون المدني السوداني. أنظر، أنور العمروسي، المرجع السابق، ص. 160. أما المادة 1150 من القانون المدني الأردني فقد عرفتها على أنها "حق تملك العقار المبيع أو بعضه و لو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات". أنظر، محمد الجندي، الشفعة في القانون المدني الأردني ومشروع المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الحقوق، الكويت، 1985، العدد الأول، ص. 174 .

- يخضع نقل الملكية وإجراءاته للقانون العيني¹، وخاصة فيما يتعلق بشهر حق الإرث²، فيتم الرجوع لقانون الموقع لبيان حكم شهر حق الإرث، والأثر المترتب على إغفال شهر التصرفات الصادرة من الوارث بشأن عقارات التركة³.

- من اختصاصات قانون الموقع تنظيم حالة الشيوع بين الورثة⁴، فيتكفل بتحديد حق كل شريك في التصرف، وكيفية إدارة الأموال الشائعة وتنظيمها⁵. كما يتولى تعيين المالكين على الشيوع، وتحديد مدة الشيوع⁶. ويختص قانون الموقع أيضا بتبيان طريقة انتهاء حالة الشيوع وهل يتم ذلك بالتقاضي أم بالتراضي⁷.

- يختص قانون الموقع كذلك بتحديد مدى تعلق حقوق دائني المتوفى بأموال التركة، فتخضع قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون لقانون موقع المال⁸. وقد تبني قانون الأسرة الجزائري هذه القاعدة في المادة 02/180 منه⁹، وبناء على ذلك يطبق القانون الجزائري على المسائل المتعلقة بسداد الديون ما دامت أموال التركة موجودة في الجزائر حتى ولو كان المورث أجنبيا¹⁰، وتطبيق القانون الجزائري في هذه

¹ - أنظر، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص. 395.

² - أنظر، موحد إسعاد، المرجع السابق، ص. 325؛ عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 265؛ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 255.

³ - أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 321. 322؛ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 316.

⁴ - إن الشيوع هو حالة ناجمة عن تعدد المالكين لحق واحد. أنظر، جورج ن ش دراوي، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006، ص. 52. وقد عرفت المادة 713 من القانون المدني الجزائري الملكية الشائعة كما يلي: "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوع و تعتبر الحصص متساوية إذا لم يقد دليل على غير ذلك".

⁵ - أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 322؛ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 316.

⁶ - أنظر، موحد إسعاد، المرجع السابق، ص. 325؛ بيار ماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي مقلد، المرجع السابق، ص. 750.

⁷ - أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 392.

⁸ - أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص. 321؛ عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 265.

⁹ - حيث نصت على أنه "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي الديون الثابتة في ذمة المتوفى".

¹⁰ - أنظر، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 265.

الحالة يعني أعمال حكم الشريعة الإسلامية القاضي بعدم تقرير أي حق للورثة على التركة إلا بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا¹.

- يدخل في نطاق قانون الموقع تحديد وقت تملك الورثة للتركة²، وأيضا كل ما يتعلق بالحالة القانونية للأموال، كما لو اقترنت الوصية بشرط إرادي يمنع الموصى له من التصرف في المال الموصى به³، فيرجع إلى قانون موقع المال لتحديد صحة هذا الشرط، شروط بطلانه، الآثار الناشئة عن بطلانه ومدى تأثيرها على الوصية⁴.

- قد يتدخل قانون الموقع لتبيان حكم التركة الشاغرة أو ميراث من لا وارث له. فإذا توفي أجنبي مثلا عن تركة - عقارية أو منقولة - وبالرجوع إلى قانون جنسيته تبين أنه ليس هناك أقرباء من الدرجة المطلوبة لاستحقاق حق الإرث⁵، وليس هناك زوج ولا موصى له معين بصورة صحيحة⁶، فما حكم هذه التركة في هذه الحالة؟

¹ - أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 273 .

² - أنظر، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 599؛ عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 266؛ محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 152.

³ - أنظر، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص. 295 .

⁴ - أنظر، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 599 .

⁵ - أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 153 .

⁶ - أنظر، بيار ماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي مقلد، المرجع السابق، ص. 751 . ونكون بصدد تركة شاغرة في مفهوم القانون الفرنسي في الحالات التالية: - إذا لم يطالب أحد بحقه في الميراث، ولم يكن هناك ورثة معروفين.

- إذا عرف الورثة ولكنهم تخلوا عن حقهم في الميراث.

- إذا انقضت مدة 6 أشهر من تاريخ افتتاح التركة دون أن يعلن الورثة قبولهم أو تخليهم عن حقهم في الميراث صراحة أو ضمنا، حيث

نصت المادة 809 من القانون المدني الفرنسي على أنه :

« La succession est vacante:

1- Lorsqu'il ne se présente personne pour réclamer la succession et qu'il n'y a pas d'héritier connu.

2- Lorsque tous les héritiers connus ont renoncé à la succession

3- Lorsque, après l'expiration d'un délai de six mois depuis l'ouverture de la succession, les héritiers connus n'ont pas opté, de manière tacite ou expresse » .Cf. perlpot.net/cod/civil.pdf

تجري معظم الأنظمة التشريعية على اعتبار أن الدولة هي المستحقة للتركة التي لا وارث لها¹، ولكن لأي دولة تؤول هذه الأموال محل الإرث، هل للدولة القاضي، باعتبارها موقع أموال التركة أم لدولة المتوفى أي الدولة الأجنبية الذي ينتمي إليها المتوفى²؟

تتوقف الإجابة على هذا السؤال حسب الفقه الفرنسي والمصري على تكييف أيلولة التركة التي لا وارث لها للدولة³. فإذا كيف القاضي حق الدولة على التركة التي لا وارث لها على أنه حق إرث باعتبار الدولة وارثة لمن لا وارث له، اعتبرت المسألة من الميراث وتخضع بالتالي لقانون جنسية المورث- القانون الذي يحكم الميراث وفقا لقاعدة الإسناد- وتؤول التركة حينئذ للدولة التي ينتمي إليها المورث بجنسيته وقت وفاته⁴. ويترتب على ذلك نشوء حق الدولة في أن ترث أموال رعاياها الموجودة في الخارج وحق الدولة الأجنبية في أن ترث أموال رعاياها الموجودة على إقليمها⁵. وبناء عليه، إذا اعتبرنا الدولة وريثة لمن لا وارث له فيكون لها حق الحصول على أموال تركته في أي مكان كانت، فإن تعلق الأمر مثلا بأموال متروكة في الجزائر من قبل مورث من جنسية أجنبية توفي بدون وريث فبإمكان الدولة التي ينتمي إليها المورث بجنسيته الحصول على هذه الأموال، ويمكن بالمقابل للدولة الجزائرية أن ترث الأموال المتروكة من قبل جزائري في دولة أجنبية⁶.

أما إذا كيف القاضي حق الدولة على أنه حق مبني على سيادتها، فإن التركة التي لا وارث لها تخضع لقانون موقع المال⁷، وبالتالي تؤول أموال التركة للدولة التي توجد بها⁸. ووفقا لهذا الاتجاه لا تستطيع الدولة الاستيلاء إلا على الأموال المتواجدة على إقليمها تطبيقا لقانونها الإقليمي ومهما كانت

¹ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 903 .

² - أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 330؛ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 903 .

³ - أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 271 .

⁴ - أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 335 ؛ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 271 .

⁵ - أنظر، زيروتي الطيب، المرجع السابق، ط. ثانية 2008 ، ص. 198 .

⁶ - Cf. Mohand ISSAD, op.cit., p. 259.

⁷ - أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 154 .

⁸ - أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 330 .

جنسية المورث¹، وذلك استنادا إلى مبدأ سيادة الدولة على إقليمها، وباعتبار ذلك استيلاء على مال لا مالك له².

وقد أخذت بهذا التكييف اتفاقية لاهاي لعام 1989 حيث أقرت في المادة 16 منها حق استيلاء دولة الموقع على الأموال محل الميراث الذي لا وارث له³. كما جسد الاجتهاد القضائي الفرنسي هذا التكييف⁴. وتبنته أيضا معظم الدول العربية ومن بينها مصر⁵، الأردن⁶، سوريا⁷، الإمارات العربية المتحدة⁸، وتونس⁹.

¹ - أنظر، موحد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 321.

² - أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 154.

³ - Bernard AUDIT, Droit international privé, 2^e édition, éd Economica, Paris, 1997, p. 733.

⁴ - أنظر، محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية، القرار الصادر في قضية فورجو بتاريخ 1878/05/24. مقتبس من،

<http://www.dacodoc.fr/arret+forgo+24+juin+1878>

⁵ - حيث نصت المادة الأولى من القانون رقم 71 لعام 1962 بشأن التركات الشاغرة على أنه "تؤول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بجمهورية مصر العربية والتي يخلفها المتوفى عن غير وارث أيا كانت جنسيتهم، وذلك من تاريخ وفاتهم". أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 904.

أخذ القضاء المصري بحكم هذه المادة، فقد عرضت على محكمة استئناف الإسكندرية دعوى تلتخص وقائعها في أن سيدة إيطالية توفيت بالإسكندرية عن غير وارث، فتقدم قنصل إيطاليا بطلب إلى محكمة الأحوال الشخصية بطلب فيه اعتبار الحكومة الإيطالية وارثة لجمعية التركة على أساس ان المادة 17 من القانون المدني تقضي بتطبيق قانون جنسية المتوفى في شأن الميراث، وأن القانون الإيطالي يجعل الإرث يؤول إلى الدولة إن لم يوجد آخرين .

فقضت محكمة استئناف الإسكندرية بتاريخ 1956/05/17 برفض دعوى القنصل على أساس أن المرجع في التكييف هو القانون المصري، والرجوع إلى أحكام هذا القانون يبين منه أن المادة الرابعة من قانون الموارث تحول للتركة العامة حتى على الترددات الشاغرة الموجودة في مصر لا على أساس كونها وارثة وإنما باعتبارها السلطة العامة التي تؤول إليها التركات التي لا وارث لها، وعلى ذلك، فلا وجه للرجوع لقانون جنسية المورث، وإنما ينطبق القانون المصري باعتباره القانون الذي له السيادة على الأموال التي لا مالك لها". أنظر، محكمة استئناف الإسكندرية، 1956/05/17، مقتبس عن، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 264.

⁶ - حيث نصت المادة 181 من قانون الأحوال الشخصية رقم 61 لعام 1976 على أنه "إذا لم يوجد وارث للميت ممن ذكر ترد تركته المنقولة وغير المنقولة إلى وزارة الأوقاف". أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 155.

⁷ - المادة 262 من قانون الأحوال الشخصية. أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 155.

⁸ - حيث انفردت بوضع قاعدة إسناد خاصة بأبلولة التركة التي يتركها أجنبي بدولة الإمارات العربية المتحدة دون وارث إلى الدولة حيث نصت المادة 17 في فقرتها الثانية "وتؤول إلى الدولة الحقوق المالية الموجودة على إقليمها والخاصة بالأجنبي الذي لا وارث له". أنظر، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 253. وحكم هذه المادة يقتصر على تركة الأجنبي الموجودة بالإمارات دون تركة الوطني الموجودة بالخارج. أنظر، زيروقي الطيب، المرجع السابق، ط. ثانية 2008، ص. 198.

⁹ - الفصل 87 فقرة هـ من مجلة الأحوال الشخصية. أنظر،

وكذلك الأمر بالنسبة للجزائر حيث نصت المادة 773 من القانون المدني على أنه "تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تحمل تركتهم"¹. كما نصت المادة 47 من قانون 90-30 المتعلق بالأملاك الوطنية على أنه "الأملاك الشاغرة والأملاك التي لا صاحب لها، ملك الدولة طبقا للمادة 773 من القانون المدني".

ويبدو من هاتين المادتين أن المشرع الجزائري قد اعتبر التركة التي لا وارث لها مالا شاغرا تستولي عليه الدولة باسم سيادتها الإقليمية، وهو ما أكدته المادة 180 فقرة أخيرة من قانون الأسرة حين استعملت عبارة أيلولة التركة التي لا وارث لها إلى الخزينة العامة، بدلا من عبارة ميراثها لمن لا وارث له، حيث نصت المادة على أنه "إذا لم يوجد ذوو فروض أو عصبه آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة"².

وطبقا لهذه المادة تعود التركة إلى الخزينة العامة إذا لم يترك الهالك أي ورثة بالفرض أو بالتعصيب أو ذوي الأرحام. وفي حقيقة الأمر استمد هذا الحكم من الشريعة الإسلامية التي تقضي بإيداع التركة التي لا وارث لها إلى بيت المال على أساس أنها مال ضائع تصبح ملكا لجميع المسلمين. ويسري هذا الحكم على تركة المسلم والذمي أيضا إذا لم يكن له وارث، مع أنه لا ميراث لمسلم من غير مسلم، كما ينفق هذا المال في المصاريف الشرعية للدولة دون أن يحرم منه من ولد بعد وفاة الهالك وبدون تمييز بين

¹ - ويلاحظ أن هذه المادة ميزت بين الملكية الشاغرة والتركة التي لا وارث لها، فتعد الملكية الشاغرة مسألة مستبعدة من مسائل الميراث وتعبر عن أملاك غادر أصحابها الجزائر، إبان الاستقلال، فأصبحت شاغرة، فاعتبرتها الدولة ملكا لها. أنظر، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 261. وقد جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1987/07/11 "ولكن حيث يستخلص من الملف أن العقار كان أصله لأحد الأوروبيين وقد غادر التراب الوطني سنة 1962، وأنه بناء على هذا، فإن العقار صار بما لا يدع مجالاً للشك ملكا شاغرا، إن الدولة ... هي الوارث القانوني لحقوق المالك الأوروبي". أنظر، مجلس أعلى، 1987/07/11، مقتبس عن، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 261.

أما التركة التي لا وارث لها فهي تمثل مجموع الأموال المتروكة من قبل شخص توفي وليس له أهل من الدرجة المطلوبة لاستحقاق حق الإرث.
² - وذلك بخلاف ما ذهب إليه المادة 89 من المرسوم رقم 91-454 المؤرخ في 1991/11/32 المتضمن شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة للدولة وتسييرها وضبطت كميّات ذلك، حيث نصت على أنه عملا بالقانون يطلب والي الولاية التي توجد فيها أملاك التركة الشاغرة باسم الدولة أمام الجهات القضائية المختصة بحق الدولة في وراثة تلك الأملاك. أنظر،

الذكر والأنثى. مما يعني أن الشريعة الإسلامية كيفت استيلاء الدولة على التركة الشاغرة على أنه حق مبني على سيادتها وليس ميراثا فلو كان ميراثا لما جاز ذلك طبقا لقواعد الميراث في الشريعة الإسلامية¹.

2. - تدخل القانون الشخصي للورثة أو الموصى لهم

إذا كان من اختصاص القانون الوطني للمتوفى تحديد درجة القرابة المؤهلة لاستحقاق الإرث، فليس من صلاحياته تقرير صحة الزواج بين الزوجين إذا توفي أحدهما وطالب الآخر بالميراث². وإنما يرجع للقانون التي تحدده قاعدة الإسناد الخاصة بشروط صحة الزواج³. وهو القانون الوطني لكل من الزوجين بالنسبة للشروط الموضوعية لصحة الزواج⁴.

أما الشروط الشكلية فتخضع إما لقانون محل إبرام عقد الزواج، أو للقانون الوطني المشترك للزوجين، أو للقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية أي القانون الوطني لكل من الزوجين⁵. كما يخرج عن نطاق قانون الإرث إثبات صلة البنوة وشرعيتها⁶. مثلا في حالة ما إذا ما زعم أحدهم أنه وارث بحجة كونه أحد أولاد المتوفى، فيتم الرجوع هنا لإثبات البنوة أو إنكارها للقانون الذي تحدده قاعدة الإسناد الخاصة بصحة النسب والاعتراف به وإنكاره⁷، وهو قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، وإذا توفي الأب قبل ميلاد الطفل فيطبق قانون جنسية الأب وقت وفاته⁸.

¹ - أنظر، زيروقي الطيب، المرجع السابق، ط. ثانية 2008، ص. 199.

² - أنظر، بيار ماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي مقلد، المرجع السابق، ص. 749، 750؛ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص. 296.

³ - أنظر، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص. 123.

⁴ - حيث نصت المادة 11 من القانون المدني الجزائري على أنه " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".

⁵ - وذلك استناد إلى المادة 11 من القانون المدني الجزائري باعتبارها القاعدة العامة التي تحكم شكل التصرفات القانونية وجاء فيها " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه. ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

⁶ - أنظر، بيار ماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي مقلد، المرجع السابق، ص. 750.

⁷ - أنظر، بيار ماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي مقلد، المرجع السابق، ص. 750؛ غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص. 123.

⁸ - بحيث نصت المادة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري على أنه " يسري على النسب والاعتراف به وانكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل. وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة".

3.- تدخل قانون القاضي

قد يستبعد القانون الوطني للمورث أو الموصي ليفسح المجال لقانون القاضي الناظر في النزاع ليحكم المسائل التالية:

➤ إجراءات التركة¹:

فتخضع لقانون القاضي كافة المسائل المتعلقة بالإجراءات والتقاضي في دعوى الميراث كتحريير التركة، تعيين مديرها، وتبليغ الأوراق القضائية²، وكذلك كافة المسائل الإجرائية المؤقتة الهادفة إلى المحافظة على التركة³، كتعيين الحارس القضائي وتعيين المصفي⁴، والأمر بمجرد أموال التركة ووضع الأختام. كما يتولى قانون القاضي تحديد صلاحيات ودور المحكمة في قسمة التركة⁵. ويطبق أيضا إذا ما أمرت المحكمة ببيع أموال التركة الواقعة في الخارج.

وقد جسدت المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي، فنصت على أنه "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

¹ - أنظر، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص. 296.

² - أنظر، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص. 184 .

³ - أنظر، زيروتي الطيب، القانون المرجع السابق، ط. ثانية 2008، ص. 197 .

⁴ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 768.

⁵ - Cf. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Droit international privé, Tome 2, 7^{ème} édition, L.G.D.J., Paris, 1983, p. 439.

➤ مبدأ المعاملة بالمثل:

قد يستبعد قانون جنسية المتوفى - المورث أو الموصي - إذا كان قانون القاضي الناظر في النزاع يشترط لكي يجيز الإيصال للأجنبي أو توريثه، أن تكون الدولة التي ينتمي إليها هذا الأخير تسمح هي الأخرى بالإيصال لمواطني دولة القاضي وتوريثهم. وهو ما يسمى بمبدأ المعاملة بالمثل.

وقد أخذ بهذا المبدأ القانون اللبناني¹، العراقي²، والسوري³.

أما القانون الفرنسي، فبداية كان يمنع توريث الأجنبي قطعياً، لكنه بعد ذلك أقره بشرط المعاملة بالمثل، إلا أنه ألغى العمل بهذا المبدأ بموجب المادة الأولى من قانون 14 جويلية 1918⁴.

وبالمقابل تدخل المشرع الفرنسي لحماية حقوق الورثة الفرنسيين من خلال تقرير حق الاقتطاع في المادة 02 من القانون سالف الذكر التي نصت على أنه "في حالة قسمة التركة ذاتها بين ورثة مشتركين

¹ - في النصوص التالية :

- المادة الأولى من قانون 1929/06/18 المتعلق بالتوارث بين مختلفي الجنسيات بحيث نصت على أنه "... يحق لرعايا الدول الأجنبية أن يرثوا عن اللبنانيين أموالهم المنقولة والثابتة بشرط أن تكون قوانين بلادهم تمنح اللبنانيين الحق نفسه".

- المادة 8 من قانون 1959/06/23 المتعلق بإرث غير المحمدين بحيث نصت على أنه " اختلاف الجنسية لا يمنع التوارث بين اللبنانيين والأجانب، إلا إذا كانت شريعة الأجنبي تمنع توريث اللبنانيين، وإذا كانت شريعة الأجنبي تحد من حق الإرث، فلا يرث الأجنبي إلا بما أجازته الشريعة الأجنبية للبنانيين".

- المادة 44 من قانون 1959/06/23 حيث نصت على أنه " لا يصح الإيصال للأجنبي إلا إذا كانت شريعة بلاده تجيز الإيصال للبناني وبقدر ما تجيز الإيصال به".

- المادة 231 من القرار رقم 3339 الصادر بتاريخ 1930/11/12 حيث نصت على أنه " لا يكون للأجنبي حق بالإرث أو بالوصية في التركة العقارية إلا إذا كانت قوانين بلاده تبادل السوريين و اللبنانيين هذا الحق". أنظر، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص. 296؛ سامي بديع منصور، الوسيط،... المرجع السابق، ص. 590-591.

ويلاحظ من خلال النصوص المذكورة أن مبدأ المعاملة بالمثل لا يقتصر فقط على الحق في الإرث أو الإيصال، وإنما يمتد إلى مقدار هذا الحق أيضاً وسواء تعلق الأمر بالإرث أو بالوصية. أنظر، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص.300.

² - حيث تنص المادة 22 من القانون المدني العراقي على أنه " اختلاف الجنسية غير مانع من الإرث في الأموال المنقولة و العقارات، غير أن العراقي لا يرثه من الأجانب إلا من كان قانونا دولته يورث العراقي منه". أنظر، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص. 184.

³ - المادة 836 من القانون المدني السوري، أنظر، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص. 296.

⁴ - L'article 1^{er} de la loi du 14 juillet 1819 dispose que:« les étrangers auront le droit de succéder, de disposer de la même manière que les français ». Cf. Paul LAGARDE, op.cit., Successions, p.10, n°72.

أجانب وفرنسيين، يقتطع الفرنسيون من الأموال الواقعة في فرنسا قسما يعادل قيمة الأموال الواقعة في بلد أجنبي، والتي حرموا منها لأي سبب كان، عملا بالقوانين والأعراف المحلية"¹.

فيتم أعمال حق الاقتطاع إذن إذا أدى تطبيق القانون الأجنبي على الميراث - وفقا لقاعدة الإسناد الفرنسية- إلى حرمان الوريث الفرنسي من حقه في الإرث، أو عندما يقرر هذا القانون نصيبا أقل من نصيب الوريث الأجنبي، أو إذا كان النصيب المقرر وفقا للقانون الأجنبي أقل من ذلك الذي يمنحه القانون الفرنسي².

ففي هاته الحالات تقرر المادة 02 من قانون 1819/07/14 اقتطاع نصيب الوريث الفرنسي من الأموال الموجودة في فرنسا - منقولة كانت أم عقارية³ - بمقدار يساوي الفرق بين حصة الفرنسي بحسب القانون المختص - أي القانون الأجنبي - والحصة الممنوحة له بموجب القانون الفرنسي⁴.

ويشترط للاستفادة من هذا الحق أن يكون الوارث فرنسي الجنسية وقت فتح التركة⁵.

¹ - أنظر، بيار ماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي مقلد، المرجع السابق، ص. 739؛ سامي بديع منصور، الوسيط...، المرجع السابق، ص. 539 .

L'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 ainsi conçu : « dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés au pays étranger dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales ». Cf. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, op.cit, p. 410 ; Bernard AUDIT, op.cit., p.728-729.

² - أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 156.

³ - أنظر، بيار ماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي مقلد، المرجع السابق، ص. 741 .

ب. المسائل الناتجة عن طبيعة التصرفات النافذة بعد الوفاة

الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، هي تصرفات قانونية في التركة تنتج آثارها بعد الموت، وهي كتصرفات قانونية تخضع لأحكام تنشأ عن طبيعة العمل القانوني، باعتبار أن الإرادة هي أساس تكوينها، وهذا ما يميزها عن الميراث. ومن هنا تخضع التصرفات النافذة بعد الوفاة لأحكام خاصة ناشئة عن طبيعتها من ناحيتي شروطها وشكلها¹.

1.- القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية الخاصة بالتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت

ويقصد بالشروط الموضوعية مختلف الشروط اللازمة لصحة الوصية من الناحية الموضوعية، وتشمل شروطا تتعلق بالوصى به، وأخرى تتعلق بشخص الموصي والموصى له².

وإذا كانت الشروط الموضوعية الخاصة بالوصية وسائر التصرفات النافذة بعد الوفاة، والتي تتصل بالميراث اتصالا وثيقا لتعلقها بفكرة الخلافة بسبب الموت³ - تخضع لنفس القانون المطبق على مسائل الميراث، أي قانون جنسية الموصي وقت الوفاة، إلا أن هناك شروطا موضوعية أخرى تتصل بالتصرفات المضافة لما بعد الموت بصفتها تصرفات قانونية مجردة ومنفصلة عن التركة فتأخذ أحكام ذلك التصرف⁴، وهي :

¹ - أنظر، عبد جميل غصوب، المرجع السابق، ص.300؛ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص.596.

² - أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص.336.

³ - أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 324 .

⁴ - أنظر، سامي بديع منصور، الوسيط...، المرجع السابق، ص. 599.

➤ أهلية الموصي

وتتحدد الأهلية العامة للموصي ببلوغ سن معينة، والخلو من عوارض الأهلية¹. حيث نصت المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل".

➤ صحة الإرادة وعدم وجود أي عيب يشوبها²

والعيوب التي يمكن أن تشوب الإرادة وتجعل رضاء الموصي معيبا، وتصبح الوصية بالتالي قابلة للإبطال أربعة هي: الغلط³، والتدليس⁴، والإكراه⁵، والاستغلال⁶.

➤ محل⁷ وسبب⁸ التصرف المضاف إلى ما بعد الموت

كتوضيح المال الذي تجوز فيه الوصية عقارا كان أم منقولا، حقوق معنوية، أراضي زراعية، أسهم وسندات⁹.

¹ - أنظر، عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج. 2، ط. 9، الهضبة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986، ص. 363.

² - أنظر، علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ط. 7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص. 56.

³ - حيث نصت المادة 81 من القانون المدني الجزائري على أنه "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله".

⁴ - حيث نصت المادة 86 من القانون المدني الجزائري على أنه "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".

⁵ - حيث نصت المادة 88 من القانون المدني الجزائري "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الثاني في نفسه دون حق".

⁶ - حيث نصت المادة 90 من القانون المدني الجزائري على أنه "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد".

⁷ - ومحل العقد يتمثل في العملية القانونية التي يقصد الطرفان تحقيقها بمقتضى العقد. أنظر، أحمد شوفي محمد عبد الرحمان، الدراسات البحثية في نظرية العقد، منشأة المعارف، مصر، 2006، ص. 14.

⁸ - سبب العقد هو الباعث الدافع الذي حمل الشخص على إبرام التصرف. أنظر، محمد حسن منصور، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006، ص. 232.

⁹ - أنظر، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص. 101. أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 363.

وقد ثار التساؤل واختلقت الآراء حول القانون المختص الذي يحكم هذه الشروط:

ف نجد أن البعض، ومن بينهم الأستاذ عز الدين عبد الله، يذهب إلى إخضاع الأهلية العامة للموصي إلى قاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية¹، أي لقانون جنسية الموصي وقت عمل الوصية أو التصرف. ويحكم ذات القانون أيضا صحة الإرادة، المحل والسبب مع التقييد في تطبيقه بما يقضي به النظام العام في بلد القاضي². وذلك على أساس أن هذه المسائل لا علاقة لها بالميراث، بالإضافة إلى أن التصرفات المضافة لما بعد الموت تعد تصرفات إرادية، وبالتالي وجب الاعتداد بالإرادة وقت صدورها لا وقت الوفاة³. وكذلك لأن نص المادة 17 من القانون المدني المصري⁴ جاء بصيغة غير مقيدة ولا مانعة من ضبط حدود تطبيق حكم هذا النص. وهذا ما يتماشى مع الاتجاه التشريعي الحديث، الذي يقضي بخضوع الوصية لقانون الموصي وقت عمل الوصية⁵.

ويفضل البعض الآخر⁶ إخضاع أهلية الموصي للإيضاء لكل من قانون جنسيته وقت الإيضاء أو التصرف وقانون جنسيته وقت الوفاة. وأساس الاعتداد بقانون جنسية الموصي وقت التصرف، هو أن

¹ - التي تقابل المادة 10 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه " يسري على الحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم، قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

² - أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 363.

³ - أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 277.

⁴ - تنص المادة 17 من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى على أنه "... يسري على الوصية و سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته...". أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 331. و تقابل هذه المادة المادة 16 من القانون المدني الجزائري.

⁵ - وهذا ما أكدته نصوص القانون الدولي الخاص التشيكوسلوفاكي و القانون الدولي الخاص البولوني و نص المادة 19 من مشروع القانون المدني البرتغالي المعد عام 1951 التي جاء فيها: "تخضع الوصية للقانون الوطني للموصي وقت عمل التصرف. ويحدد هذا القانون الجزاء على عيوب الإرادة". أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 366.

⁶ - أنظر، هشام علي صادق، حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 325-236؛ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 277.

الوصية تصرف قانوني إرادي، يلزم لصحتها كمال الأهلية وقت صدور الإرادة. أما أساس الاعتداد في نفس الوقت بقانون جنسية الموصى أو المتصرف وقت الوفاة فمرده إلى أن الوصية، ورغم كونها تصرف قانوني، إلا أنها تصرف غير لازم يجوز الرجوع فيما ما بقي الموصي حيا، ومن هذا المنطلق فإن شروطها الموضوعية لا تتحد نهائيا إلا عند وفاة الموصي.

أما فيما يخص عيوب الإرادة فتخضع حسب هذا الاتجاه لقانون واحد هو قانون جنسية الموصي وقت إبرام الوصية، وذلك لأن عيوب الإرادة بحسب رأيهم يجب النظر إليها عند عمل الوصية، لأنه الوقت الذي قد تصدر فيه الإرادة معيبة¹.

ويكتفي الاتجاه الثالث² فيما يتعلق بأهلية الإيصاء بتوافر الأهلية لدى الموصي وقت إبرام الوصية. فإن كان ناقصها في ذلك الوقت، وصار أهلا وقت الوفاة، فإن وصيته تكون صحيحة. وبذلك يكفي أن تتوفر لديه الأهلية في أي من هذين الوقتين، أي الأخذ بالوقت الأصلح لمصلحة الوصية، وذلك بحجة أن هذا الحل التخييري يستجيب لأساس الوصية حسب الفقه الإسلامي، الذي يرمي من خلال الوصية، إلى إتاحة الفرصة للموصي ليتدارك ما فاتته من واجبات في حياته، وفعل الخير، وتمديد المعونة لمن يراهم في حاجة إليها.

في حين ذهب رأي آخر³ إلى وجوب التفرقة في هذا الصدد بين الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت. ففيما يتعلق بالوصية، يرى إخضاع جميع شروطها الموضوعية - بما فيها أهلية الموصي وعيوب الرضا - إلى قانون جنسية الموصي وقت الوفاة. وذلك لأن الوصية تصرف إرادي لا ينشأ من الناحية القانونية إلا بعد الوفاة وبالتالي لا يترتب عليها أي حقوق أو التزامات إلا لحظة الوفاة، ومن ثم يتعين إخضاعها للقانون الذي تنشأ هذه الالتزامات والحقوق في ظله، أي لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة. أما فيما يتعلق بسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، فيرى هذا الاتجاه إخضاع أهلية

¹ - أنظر، هشام علي صادق، حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 325-236؛ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 277.

² - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 908.

³ - أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 337.

التصرف وعيوب الرضا إلى قانون من صدر منه التصرف وقت التصرف باعتبار أن هذه التصرفات تنشأ وترتب آثارها القانونية بمجرد إبرامها فيما بين المتصرف والمتصرف إليه. بينما يرى إخضاع باقي الشروط الموضوعية لقانون من صدر منه التصرف وقت الوفاة، وذلك لأن اعتبار التصرف من الوصايا المستترة يرجع إلى وفاة من صدر منه هذا التصرف.

وقد انتقد بعض الفقه المصري¹ الاتجاهات المؤدية إلى التفريق بين الشروط الموضوعية للوصية وسائر التصرفات النافذة بعد الوفاة التي تأخذ حكمها، ونادى بوجود إخضاع جميع الشروط الموضوعية بما فيها الأهلية لقانون جنسية الموصى أو من صدر منه التصرف وقت الوفاة. وقد استند في موقفه هذا إلى أن نص المادة 17 من القانون المدني المصري جاء عاما. لذلك يتعين تطبيق القانون الذي حولت له الاختصاص على كافة الشروط الموضوعية، إذ أن المشرع لو أراد استثناء بعض الشروط الموضوعية من الخضوع لقانون جنسية الموصى أو من صدر منه التصرف وقت الوفاة لنص على ذلك صراحة.

كما أسسوا رأيهم أيضا على اعتبار أن الوصية وإن كانت عملا إراديا إلا أنها تختلف عن سائر الأعمال الإرادية الأخرى من حيث أن استيفاء جميع شروطها الموضوعية لا يتحدد بصفة نهائية إلا وقت موت الموصي وليس وقت صدور الإرادة منه؛ ولأن الوصية تصرف غير لازم إذ يجوز الرجوع فيها. الأمر الذي يقتضي عدم الاعتداد بالأهلية إلا في الوقت الذي ينقطع فيه تحرك الإرادة وهو وقت وفاة الموصي².

¹ - أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 336.

² - أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 362؛ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 276 .

ويخضع القانون الإنجليزي- والذي يرجع الاختصاص التشريعي لقانون موطن الموصى وقت موته بالنسبة للوصية بمنقول، و إلى قانون موقع المال بالنسبة للوصية بعقار- أهلية الإيصاء لقانون موطن الموصى وقت موته في الوصية بمنقول. الأمر الذي انتقده بعض رجال الفقه الإنجليزي الذين نادوا بتطبيق قانون موطن الموصى وقت عمل الوصية، أما أهلية الإيصاء بالعقار فتخضع لقانون موقعه باعتباره القانون الذي يحكم الميراث .

أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 363. أما في فرنسا فتخضع الأهلية العامة للموصي بالنسبة للوصية بمنقول لقانونه الشخصي أي لقانون جنسيته وليس للقانون الذي يحكم الميراث وهو قانون موطن المتوفى، إلا أن الفقه الفرنسي يرى إخضاع الأهلية العامة للموصي لقانون جنسيته وقت عمل الوصية باعتباره القانون الذي يحكم الأهلية العامة . أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 364 .

ومع ذلك فإن التسليم بهذا الرأي الأخير حسب الأستاذ عز الدين عبد الله¹ يتنافى مع ما تقتضيه القواعد الموضوعية في مختلف القوانين التي تستلزم لصحة الوصية أن يكون الموصي أهلا وقت عمل الوصية. ولذلك من الواجب أن تتجاوب قاعدة الإسناد مع هذه القواعد الموضوعية.

هذا فيما يتعلق بأهلية الموصي، أما فيما يخص أهلية الموصى له لتلقي الوصية، فتخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته وقت صدور القبول منه². وتخضع أهلية الشخص الاعتباري لقبول الوصية للقانون الذي يحكم حالته³.

وبعد أن تعرفنا على القانون المختص بحكم الشروط الموضوعية الواجب توافرها في التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت باعتبارها تصرفات إرادية، نتطرق فيما يلي لتحديد القانون المختص بحكم شكل هذه التصرفات.

2.- القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت

إذا رفع إلى القاضي نزاع يدور حول أحد التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، فيتعين عليه أولا أن يحدد ما إذا كان النزاع يتعلق بالشكل أو الموضوع⁴، والتفرقة بين ما يعتبر من الشروط الموضوعية، وبين ما يعد من قبيل الشروط الشكلية هو مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي طبقا للقاعدة العامة⁵.

والشروط الشكلية في الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، هي إجراءات إظهار الإرادة إلى العالم الخارجي. وقد يستلزم ذلك إفراغ الإرادة في شكل معين كالشكل الرسمي الذي يتم

¹ - أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 363.

² - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 908؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 366.

³ - أنظر، الفقرتين 3 و4 من المادة 10 من القانون المدني الجزائري. للتفصيل، أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 366.

حيث نصت الفقرة 03 و04 من المادة 10 من القانون المدني الجزائري على أنه "أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي و الفعلي. غير أنه إذا ما رست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر، فإنهما تخضع للقانون الجزائري".

⁴ - أنظر، فواد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 334.

⁵ - أنظر، زهدور محمد، المرجع السابق، ص. 64.

محرر على يد موثق مختص¹، وبالتالي تبطل كل وصية حررت بالشكل العرفي. وقد يكتفى بالشكل العرفي، الذي يتم بكتابة ورقة مخطوطة باليد وموقع عليها دون الحاجة إلى توثيقها رسمياً²، كما في القانون الفرنسي، وكذلك القانون العراقي إذا كان الموصى به عقاراً أو منقولاً لا تزيد قيمته على خمسمائة دينار. أما إذا زادت قيمته عن ذلك فيجب تصديقها من الكاتب العدل³. كما قد يقتصر ذلك على الشكل السري الذي يكتفى فيه بتوقيع الشخص على الكتابة سواء مع وجود شهود أو بدونهم.

لذلك تختلف الشروط الشكلية للوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت من قانون لآخر ومن دولة لأخرى. فهناك قوانين لا تفرض شروطاً محددة لشكل الوصية، بل تكتفي بعبارة الوصاية⁴، بينما تشترط قوانين أخرى تسجيل الوصية⁵.

¹ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 910.

² - أنظر غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص. 190.

³ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 910.

⁴ - أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 198.

كالقانون المصري الذي لم يستلزم شكلاً معيناً لإنشاء الوصية، إذ تنص المادة 02 من قانون الوصية على أنه "تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة فإن كان الموصي عاجزاً عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهمة". وجاء في نفس المادة "لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولي عنها بعد وفاة الموصي، إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى، وعليها إمضاءه كذلك تدل على ما ذكر، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقاً على توقيع الموصي عليها". ويستخلص من هذه المادة أن وصية الأجنبي تنعقد بالعبارة أو بالكتابة أو بالإشارة المفهمة، لكن إثباتها يستوجب إفراغها في ورقة رسمية أو عرفية يكتبها بخطه يضع عليها إمضاءه أو بورقة عرفية يصدق على توقيعها عليها. أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 368؛ فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 335.

⁵ - كالقانون المدني الأردني حيث تنص المادة 1130 منه على أنه "لا يحتج بالوصية إلا إذا سجلت في دائرة التسجيل. ويرجع أثر التسجيل إلى تاريخ وفاة الموصي فيما يتعلق بالورثة و تاريخ التسجيل فيما يتعلق بالغير". أنظر، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص. 103؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 159.

وفي القانون الليبي نصت المادة 11/43 من قانون السلك الدبلوماسي والقنصلي رقم 16 لعام 1959 بخصوص الإجراءات الواجب اتباعها بالنسبة للوصايا التي تتم في الخارج بقولها "يجوز للموصي أن يسلم الوصية بنفسه على سبيل الأمانة إلى البعثة القنصلية الليبية بشرط أن تكون

الوصية رسمية أو مكتوبة بأكملها بخطه وعليها توقيع أو يكون توقيعها مصدقاً عليه. ويجوز باستلام الوصية ويرفق بالحضر، ويحفظ كل ذلك في محفوظات القنصلية، ولا يجوز سحب الوصية المودعة بهذه الصفة أثناء حياة الموصي إلا للموصي نفسه، ويجوز سحب الوصية المودعة بهذه الصفة أثناء حياة الموصي وشاهدان ويحفظ محضر السحب مع الإيداع في محفوظات القنصلية، ولا يجوز سحب الوصية المودعة بهذه الصفة أثناء حياة الموصي؛ إلا للموصي نفسه، ويجوز سحب محضر السحب يوقع عليه عضو بعثة التمثيل القنصلي والموصي وشاهدان ويحفظ محضر السحب مع الإيداع في محفوظات القنصلية وترسل في الحال من هذين الحضرين إلى وزارة الخارجية لحفظ فيها. وتفتح الوصية بعد وفاة الموصي بناء على طلب ذوي الشأن بواسطة عضو بعثة التمثيل القنصلي بحضور شاهدين، ويفتحها هذا العضو من تلقاء نفسه إن لم يحضر أحد من ذوي الشأن خلال ثلاثة أشهر بعد وفاة الموصي،

والمشرع الجزائري بعدما كان يخص شكل الوصية وسائر التصرفات المضافة لما بعد الموت بضابط إسناد خاص في الفقرة الثانية من المادة 16 من القانون المدني¹، إلا أنه وبعد تعديل القانون المدني في 20 جوان 2005، ألغى الإسناد الخاص بشكل هذه التصرفات². الأمر الذي يستخلص منه أن المشرع الجزائري أراد تفادي التكرار، على أساس أن الوصية كأى تصرف إرادي، يتم إبرامها أثناء الحياة، فيجب أن تخضع بالتالي للقاعدة العامة بشأن شكل التصرفات القانونية المنصوص عليها في المادة 19 معدلة من القانون المدني³.

ويموز إنقاص هذه المدة بإذن من وزير الخارجية ويحدد محضر بفتح الوصية ترسل صورة منه مع صورة رسمية من الوصية إلى وزارة الخارجية لتحتفظ بها. أما الأصل فيبقى في محفوظات القنصلية ما لم يصدر أمر من السلطات المختصة بتقديمه". أنظر، محمد المبروك اللاتي، المرجع السابق، ص. 156. أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد نصت المادة 191 من قانون الأسرة على أنه " تثبت الوصية: بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك. وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية". ويتضح من خلال هذا النص أن إثبات الوصية يكون بالورقة الرسمية الصادرة عن الموثق المكلف بإفراغ الوصية في قالب رسمي، وفي حالة عدم إفراغها في شكل رسمي - في حالة المانع القاهر - يمكن استصدار حكم قضائي بثبوتها عن طريق وسائل أخرى. أنظر، بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص. 70. والظاهر أن المشرع الجزائري لم يتطرق لانعقاد الوصية، بل تكلم عن إثباتها، ويفهم من ذلك أن هذه الرسمية مشترطة أيضا لانعقاد. أنظر، يوسف فتية، محاضرات في ...، المرجع السابق، ص. 75.

وبعد ثبوت الوصية عن طريق المحرر الرسمي تأتي مرحلة تسجيل الوصية طبقا لقانون التسجيل - الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 09-12-1976، المتضمن قانون التسجيل- وذلك لنقل الملكية بالطرق المختلفة سواء كانت عقارات أو منقولات. وتخضع كل الأموال الموجودة في الجزائر والتي تنتقل بالميراث أو الوصية سواء أكانت منقولات أو عقارات لرسم نقل الملكية بغض النظر عن جنسية الشخص المتوفى أو الورثة أو الموصى لهم. وذلك بعكس الأموال الموجودة في الخارج والتي لا تخضع لرسم نقل الملكية ولو كانت ملكا لجزائري مقيم في الجزائر. وإذا تعلق الأمر بعقار فيتوجب لاكتساب الملكية إجراء الشهر العقاري الذي نصت عليه المادة 793 من القانون المدني الجزائري بقولها "لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار". أنظر، بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص. 70-72. وفي نفس المعنى نصت المادة 9 من قانون الشهر العقاري المصري على أنه "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريقة التسجيل، ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية". أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 369.

¹ - أنظر، زيروتي الطيب، المرجع السابق، ط. ثانية 2008، ص. 204.

بحيث نصت المادة 16 من القانون المدني الجزائري فقرة 02 قبل التعديل على أنه " غير أنه يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيباء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية و كذلك الحكم في شكل سائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت ". و بنفس المعنى، جاءت المادة 17 فقرة 02 من القانون المدني المصري، الفقرة 02 المادة 18 من القانون المدني السوري، فقرة 02 من المادة 17 من القانون المدني الليبي، المادة 18 من القانون المدني الأردني، وكذلك المادة 23 من القانون المدني العراقي مع اختلاف في الصياغة والمضمون. أنظر، زيروتي الطيب، تنازع القوانين في الوصية، تعليق على قرار المحكمة العليا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1994، رقم 03، الجزائر، ص. 660.

² - أنظر، زيروتي الطيب، المرجع السابق، القانون الدولي...، ط. ثانية 2008، ص. 204.

³ - أنظر، يوسف فتية، محاضرات ...، المرجع السابق، ص. 75.

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

➤ إخضاع الشروط الشكلية للوصية لقانون محل إبرامها.

➤ إخضاع الشروط الشكلية للوصية لقانون الموطن المشترك لكل من الموصي والموصى له .

➤ إخضاع الشروط الشكلية للوصية للقانون الذي يحكم شروطها الموضوعية، أي قانون

الموصي وقت الوفاة طبقا للفقرة الأولى من المادة 16 من القانون المدني الجزائري¹.

وبناء عليه، للجزائريين في الخارج أن يحرروا وصاياهم إما طبقا للشكل المعمول به في محل إبرامها تطبيقا لقاعدة لو كيس - Locus regit actum - أو وفقا للشكل المقرر في القانون الجزائري وإيداع وصاياهم على سبيل الأمانة لدى أعوان السلك الدبلوماسي والقنصليات الجزائرية في الخارج. أما الأجانب في الجزائر، فلهم أن يحرروا وصاياهم إما وفقا للشكل الذي يقرره القانون الجزائري باعتباره قانون محل إبرام الوصية، أو با تباع ما يقتضيه قانون جنسيتهم ولدى بعثاتهم الدبلوماسية².

أما في فرنسا يخضع شكل الوصية لقانون المحل طبقا لقاعدة -locus regit actum- أو للقانون الوطني للموصي³. وللفرنسي في الخارج أن يحرر وصيته إما في الشكل المقرر في القانون الفرنسي، وإما

¹ - ويرى الأستاذ زيروتي الطيب أن التسليم بهذه الفقرة الأخيرة والقول بتطبيق قانون جنسية الموصي أو المتصرف وقت الوفاة على شكل الوصية وسائر التصرفات المضافة لما بعد الموت، يتعارض مع المبادئ العامة التي تحكم شكل التصرف، والتي تقتضي تطبيق القانون الساري المفعول وقت إبرام التصرف. أنظر، زيروتي الطيب، القانون الدولي...، المرجع السابق، ط. ثانية 2008، ص. 202.

² - أنظر، علي علي سليمان، مذكرات...، المرجع السابق، ص. 82؛ يوسف فتيحة، محاضرات...، المرجع السابق، ص. 75.

³ - Cf. Jean DERRUPPE, op.cit., p. 169.

L'art. 999 dispose qu' « Un Français qui se trouvera en pays étranger pourra faire ses dispositions testamentaires par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en l'article 970, ou par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé »

Cf. perlpot.net/cod/civil.pdf

وفق الشكل المعتمد في دولة محل الإبرام. أما الأجنبي في فرنسا فيستطيع أن يحرر وصيته وفقا للشكل المقرر في قانونه الوطني¹.

بالإضافة إلى ذلك، فإن المادة الأولى من اتفاقية لاهاي حول تنازع القوانين في مادة أشكال الأحكام الإيصائية الموقعة في 5 أكتوبر 1961، اعتبرت الوصية صحيحة إذا كان شكلها موافقا:

➤ لقانون محل إبرام التصرف.

➤ أو لقانون الجنسية التي حاز عليها الموصي، إما وقت التحرير أو وقت الوفاة.

➤ أو لقانون موطن الموصي، إما بتاريخ التصرف أو وقت الوفاة.

➤ أو لقانون محل الإقامة المعتادة للموصي، إما عند التصرف أو وقت الوفاة.

➤ أو لقانون موقع العقار إذا كانت الوصية واردة على عقار².

هذا وقد وضعت اتفاقية واشنطن المنعقدة بتاريخ 1973/10/26، شكلا للوصية يجب أن يعتبر

كنموذج صالح في كل الدول الأعضاء ومنها فرنسا واشترطت في الوصية:

✓ أن تتم بحضور شاهدين وشخص مخول - كتاب العدل في الدول اللاتينية-.

✓ أن تكون موقعة من قبل الموصي ولا يجب أن يكتبها بخط يده.

✓ أن يوقعها الشهود والشخص المخول.

✓ التاريخ - وإن لم يكن ضروريا - يضعه الشخص المخول، ويسلم هذا الأخير

للموصي شهادة تقرر بأن المعاملات قد تمت وفقا للشكل المفروض³.

¹ - Cf. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, op.cit., p. 419 ; Bernard AUDIT, op.cit., p. 726.

² - Cf. Marc FALLON, Jean-Louis VAN BOXSTAEL, Testament, Rép. Internat, Tome 3, J.C.P , 1999-04, p.7, n°47-48; Nouhad RIZKALLALI, op.cit., p. 118;

بيار ماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي مقلد، المرجع السابق، ص.737-738.

³ - Cf. Marc FALLON, Jean-Louis VAN BOXSTAEL, op.cit., Testament, p.7, n°47-48.

إن تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت أو موضوعها، وكذا تحديد القانون الأنسب لحكم النزاع الإرثي ذو العنصر الأجنبي ليس كافياً لوحده لحل تنازع الاختصاص التشريعي في هذا المجال، بل إن ذلك يتطلب الإسقاط الفعلي لأحكام هذا القانون على المسألة محل النزاع.

المبحث الثاني

تطبيق القانون الأجنبي المختص

لا ينتهي دور قاعدة الإسناد عند تعيين القانون الواجب التطبيق على النزاعات الدولية ذات الطابع الإرثي أو الإيصائي، بل إن التطبيق الفعلي لهذه القاعدة يقضي بالإضافة إلى تعيين القانون المختص الوصول إلى التطبيق الفعلي لهذا القانون¹.

فإذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون القاضي، فليس هناك أي إشكال، لأن القاضي يطبق قانونه الوطني على غرار ما يفعله بالنسبة للنزاعات الخالية من العنصر الأجنبي². لكن إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي، في هذه الحالة يطرح تطبيق القانون المختص عدة إشكالات وصعوبات من الناحية النظرية ومن الناحية العملية³. فقد تصطدم مرحلة التطبيق الفعلي للقانون الأجنبي المختص بعقبات تحول دون إعماله، فتكون السبب وراء إبعاد هذا الأخير عن حكم المسألة محل النزاع (المطلب الأول).

¹ - أنظر، سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص. 193.

² - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 703.

³ - أنظر، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 115.

أما إذا انتفى أي سبب محرز لإبعاد القانون الأجنبي المختص، فيسعى القاضي في هذه الحالة إلى تطبيق هذا الأخير على النزاع الدولي الخاص. ولكن هذه الفرضية هي الأخرى تطرح العديد من الإشكاليات. ومن أهم الإشكالات التي اختلفت حولها المواقف الفقهية والتشريعية، وضعية هذا القانون أمام القضاء الوطني (المطلب الثاني).

المطلب الأول

عقبات تطبيق القانون الأجنبي المختص

قد يتعطل إعمال قاعدة الإسناد التي تحكم النزاعات الدولية ذات الطابع الإرثي أو الإيصائي، في حالة ما إذا اتضح للقاضي أنها تشير إلى اختصاص قانون أجنبي تتعارض أحكامه مع المبادئ والأسس التي يقوم عليها النظام القانوني الوطني للقاضي، وهو ما يشكل عائقا يحول دون تنفيذ هذا القانون. فيستبعد تطبيقه إعمالا للدفع بالنظام العام¹ (الفرع الأول).

كما قد يتبين للقاضي بعد إعمال قاعدة الإسناد الوطنية أن ثبوت الاختصاص التشريعي كان نتيجة تحايل الأفراد على قاعدة الإسناد، بأن قاموا بتغيير ضابط الإسناد ليتمكنوا من الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا، مما يستوجب امتناعه عن تطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، إعمالا للدفع بالتحايل على القانون أو الغش نحو القانون² (الفرع الثاني).

هذا وقد يخرج القاضي الوطني عن مؤدى قاعدة الإسناد الوطنية إذا أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي، وأحالت قاعدة الإسناد في هذا الأخير الاختصاص إلى قانون آخر، وقبل القاضي الوطني هذه

¹ - أنظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص. 78 .

² - أنظر، ابراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دون دار النشر، 1997، المرجع السابق، ص. 375 .

الإحالة. فتلعب الإحالة هنا دورا إيجابيا في إبعاد القانون الأجنبي المختص أصلا بحكم العلاقة محل النزاع (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الدفع بالنظام العام

ليس هناك مفهوم جامع ومانع لفكرة النظام، رغم تحديد معاملة التي تدور في معظمها حول كونه مجموعة من القيم التي يؤمن بها المجتمع والخاصة بنظام الحكم في الدولة أو النظام الاقتصادي أو العلاقات الفردية¹.

وللنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص مفهوم فضفاض، واسع، غامض وغير دقيق متغير من دولة لأخرى. وقد يتغير في الدولة نفسها من زمان لآخر².

وبالرغم من ذلك عرفه غالبية الفقه على أنه "تلك الوسيلة التي يستبعد بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، وإحلال القانون الوطني محله بسبب اختلافه مع هذا الأخير اختلافا جوهريا بحيث يتنافى مع المصالح الحيوية للدولة"³.

وعليه، يتخلص دور النظام في مجال القانون الدولي الخاص في منع تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية إذا كان في تطبيقه مساس بالأسس التي يقوم عليها المجتمع الوطني.

وتتسم فكرة النظام العام بجملة من الخصائص يمكن حصرها فيما يلي:

¹ - أنظر، دنوبي هجيرة، التقرير التمهيدي للملتقى الدولي موضوع النظام العام و العلاقات القانونية، دراسات قانونية، 2008، العدد 05، تلمسان، ص. 11.

² - أنظر، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 161.

³ - أنظر، نادية فضيل، نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص. 112.

- فكرة النظام العام هي فكرة وطنية¹، تتعلق أساسا بالكيان الذي يقوم عليه المجتمع من أسس اجتماعية واقتصادية لدولة القاضي، وترمي خصيصا لحماية هذه الأسس الجوهرية بهدف حماية السياسة التشريعية لدولة القاضي المعروض عليه النزاع².
 - فكرة النظام العام فكرة ذات طابع نسبي تتسم بالمرونة والتطور، فقد تختلف من دولة لأخرى، بل وقد تتغير من زمان لآخر داخل نفس النظام القانوني³. وهذه الخاصية الأخيرة هي التي توجب مراعاة مفهوم النظام العام وقت رفع الدعوى أو تنفيذ الحكم⁴.
 - فكرة النظام العام فكرة ذات طابع قضائي، لأن القاضي هو من يتولى تقدير مدى تعارض القانون الأجنبي المختص مع النظام العام في دولته، ولو كانت هذه السلطة مقيدة غير مطلقة⁵.
 - النظام العام هو نظام عام وقائي، كونه يقوم على مجموعة من الركائز الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية⁶.
- ويشترط لجواز الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المختص ما يلي:
- أن يثبت الاختصاص التشريعي لقانون أجنبي، وسواء ثبت له ذلك بموجب قاعدة الإسناد الوطنية أو بموجب اتفاقية⁷.

¹ - أنظر، يوسف فتيحة، النظام العام و العلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، دراسات قانونية، 2008، العدد 05، تلمسان، ص. 216 .

² - أنظر، دربة أمين، قواعد النزاع المتعلقة بالزواج وانحلاله ، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2007-2008، ص.93.

³ - أنظر، سنيات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، تلمسان، 2009/2008، ص. 28.

⁴ - أنظر، يوسف فتيحة، النظام العام ...، المرجع السابق، ص. 216 .

⁵ - أنظر، سنيات عبد الله، المرجع السابق، ص. 34 .

⁶ - أنظر، عبده جميل غصوب، محاضرات ...، المرجع السابق، ص. 135 .

⁷ - أنظر، يوسف فتيحة، النظام العام ...، المرجع السابق، ص. 214 .

- أن يكون القانون الأجنبي الواجب تطبيقه متعارض في أحكامه مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون دولة القاضي. أي أن يتعارض في حكمه مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي¹.

ويجب على القاضي أن يتقيد بتقدير مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام في دولته بوقت رفع الدعوى، وليس بالوقت الذي نشأ فيه المركز القانوني محل النزاع².

وتعد العلاقات الأسرية ذات العنصر الأجنبي، الأكبر مجالا لإعمال فكرة النظام العام كوسيلة لاستبعاد القانون الواجب التطبيق. ويرجع ذلك إلى أن العلاقات الأسرية تقوم على مفاهيم اجتماعية وأخلاقية ودينية. وكذلك لأن هذه العلاقات تنظم غالبا بقواعد أمره، كما هو الحال في قانون الأسرة الجزائري³.

وللدفع بالنظام العام مقتضياته في مجال قواعد الموارث الأساسية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، والتي استقرت في ضمير المجتمعات الإسلامية، وأصبح إهدارها أو عدم الاكتراث بها أمر يتأذى منه الشعور العام للجماعة⁴.

وبناء على ما تقدم، إذا كان المورث أو الموصي أجنبيا وقت الوفاة، فإن قانونه الوطني هو الواجب التطبيق على النزاع المطروح، ولكن قد يتعطل إعمال ذلك القانون نتيجة للدفع بالنظام العام، إذا تبين للقاضي أن أحكام الإرث أو الوصية في القانون الأجنبي مخالفة للنظام العام في دولته⁵ وتتنافى بالتالي مع المبادئ والقيم التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي⁶. وذلك استنادا إلى نص المادة 01/24 من

¹ - أنظر، بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1986، ص.137.

² - أنظر، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 265.

³ - أنظر، بلعقوي بلخير، تقدير فكرة النظام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية، دراسات قانونية، 2008، العدد 05، تلمسان، ص. 202.

⁴ - أنظر، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 592.

⁵ - أنظر، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 514.

⁶ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 904.

القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر..."¹.

والسؤال المطروح في هذا الصدد هو متى تعتبر أحكام القانون الأجنبي المتعلقة بمسائل الإرث أو التصرفات المضافة لما بعد الموت مخالفة للنظام العام؟ وبمعنى آخر ما هي الحالات التي قد يستبعد فيها القاضي تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الميراث أو أحد التصرفات النافذة بعد الوفاة بحجة مخالفته للنظام العام في دولته؟

إن الإجابة على هذه الإشكالية تتطلب منا التمييز بين أعمال الدفع بالنظام العام في مسائل الميراث وبين التمسك به في مجال أحد التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

¹ - ومن النصوص التشريعية المقارنة التي قضت باستبعاد القانون الأجنبي لمخالفته النظام العام نذكر المادة 28 من القانون المدني المصري، المادة 30 من القانون المدني السوري، المادة 28 من القانون المدني الليبي، المادة 73 من المرسوم الأميري لعام 1961 من القانون الكويتي، المادة 29 من القانون المدني الأردني، الفصل 36 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي. أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 167 .
وأكدت محكمة النقض المصرية في الكثير من قراراتها على استبعاد القانون الأجنبي إذا كانت أحكامه تتعارض مع النظام العام أو الآداب في مصر. فقضت في قرارها الصادر بتاريخ 1967/11/07 : "تنص المادة 28 من القانون المدني على أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام وللآداب في مصر" ومؤدى هذا النص على ما جرى به قضاء محكمة النقض هو نهي القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي كلما كانت أحكامه متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية في الدولة مما يتعلق بالمصالح الجوهرية للمجتمع". أنظر، محكمة النقض المصرية، 1967/11/07، مقتبس عن، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص. 506. وأيضا جاء في قرار لها بتاريخ 1979/06/20 "لئن كانت مسائل الميراث والوصايا وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت تخضع طبقا لنص المادة 17 من التقنين المدني لقانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته، إلا أنه متى كان القانون الواجب التطبيق أجنبيا، فإن تطبيقه يكون مشروط بعدم مخالفة أحكامه للنظام العام أو الآداب في مصر أما تقضي به المادة 28 من التقنين المدني". أنظر، محكمة النقض المصرية، 1979/06/20، مقتبس عن، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص. 506-507 . كما قضت في قرار آخر بتاريخ 1972/04/12: "مفاد نص المادة 28 من القانون 07السياسية أوالاقتصادية أو الخلقية في الدولة، مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع، ومن ثم فإن زواج مورث الطاعنين من المطعون عليها، وهي ابنة خالته وأحققتها في أن ترث في تركته ليس فيه مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر بل تجيزه القوانين السارية في البلاد". أنظر، محكمة النقض المصرية، 1972/04/12، مقتبس عن، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص. 506-507 .

أولاً- الإرث والنظام العام

يجب لإعمال الدفع بالنظام العام كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص أن يصطدم هذا الأخير بالأسس التي يقوم عليها النظام القانوني، ولا يكفي مجرد الاختلاف بين أحكام القانون الأجنبي وأحكام قانون القاضي الناظر في النزاع¹. كذلك يستدعي الأمر النظر في كل حالة يختلف فيها القانون الأجنبي عن القانون الوطني، لمعرفة مدى مساسها بالأسس التي تقوم عليها أحكام الميراث في قانون القاضي².

ويستبعد تطبيق قانون جنسية المورث وقت الوفاة لمخالفته النظام العام إذا كان يميز الميراث لقاتل المورث، أو يسمح بالتوارث مع اختلاف الدين كونه يميز الميراث بين المسلم وغيره المسلم³. أو كان

¹ - وهذا ما جسده محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1952/04/29 بحيث قضت أن " مجرد اختلاف شريعة معينة أو قانون معين مع الشريعة الإسلامية أو مع قانون آخر من القوانين المصرية لا يؤدي في ذاته إلى اعتبار هذه الأحكام المعيرة لأحكام الشريعة الإسلامية أو القوانين المصرية الأخرى مخالفة للنظام العام في مصر، والقول بغير ذلك يجعل قاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة 14 مدني لغوا". أنظر، محكمة النقض المصرية، 1952/04/29، مقتبس عن، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص. 112.

وجاء في قرار آخر بتاريخ 1967 " وفقاً للمادة 28 من القانون المدني لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو أن تتعلق بمصلحة عامة و أساسية للجماعة، ولا يدخل في هذا النطاق مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني أو مجرد التطبيق بينهما و كان القانون الوطني أكثر فائدة". أنظر، محكمة النقض المصرية، قرار صادر عام 1967، مقتبس عن، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص. 507-508.

² - أنظر، فؤاد عبد المنعم، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 320.

³ - وبخصوص عدم التوارث بين المسلم وغير المسلم قضت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1979/06/20: "إذا كان الثابت من الأوراق أن المطعون عليها مسيحية الديانة ومن ثم تختلف ديانتها عن المتوفى، وكان المقرر وفقاً لنص المادة السادسة من قانون الموارث رقم 77 لسنة 1943 أن اختلاف الدين مانع من موانع الميراث، وهي بدورها من القواعد الأساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية وبالتالي تدخل في نطاق النظام العام ويمتنع معها تطبيق أحكام قانون آخر يأتي بحكم مخالف لها فإنه لا يكون للمطعون عليها مصلحة في طلب إلغاء إسهاد الوفاة والوارثة موضوع الدعوى وإذ قضى الحكم رغم ذلك بإلغائه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون، بما يستوجب نقضه". أنظر، محكمة النقض المصرية، 1979/06/20، مقتبس عن، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 416؛ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص. 503؛ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 905. كما انتهت محكمة النقض السورية في قرارها الصادر بتاريخ 1978/02/21 إلى أنه " إعمال قانون جنسية المتوفى الذي يحكم الميراث ليس مطلقاً لأن النظام العام يعطل أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق فيما إذا قضى بالتوريث على أساس اختلاف الدين، خلافاً للشريعة الإسلامية المطبقة في البلاد". أنظر، محكمة النقض السورية، 1978/02/21، مقتبس من،

يورث الابن الطبيعي أو غير الشرعي من أبيه المسلم، أو يميز التصرف في تركة إنسان على قيد الحياة¹. كما يستبعد القانون الأجنبي المختص إذا كان يمنع الإرث بسبب الاختلاف في اللون أو الجنس، أو كان يحرم الإناث من الميراث أو يميز الابن الأكبر ويؤثره بالتركة كلها². كما يستبعد القانون الأجنبي إذا اعتبر من موانع الإرث الإدانة بحكم جنائي، أو كان يقضي بمنع الإرث لأسباب سياسية معينة، أو يمنع الميراث بسبب اختلاف الجنسية بين المسلمين³.

ويجب أن يستبعد القانون الأجنبي إذا كان المورث مسلماً والوارث غير ذلك، لأن تركة المسلم لا ينبغي أن تخضع إلا لأحكام الشريعة الإسلامية⁴. كما يستبعد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان يفرض

وجاء أيضاً في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1995/07/25 "من المقرر قانوناً أن يرجع القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة و من الثابت شرعاً أن "لا يرث الكافر المسلم و لا المسلم الكافر" و "لا يتوارث أهل الملتين شيئاً". ولما يتبين من قضية الحال أن الطاعن لم يعتقد الإسلام ما دام لم يتلفظ بالشاهدين أمام الجهة المؤهلة لذلك إلا بعد وفاة أمه المسلمة فإنه لا توارث بينهما مثلما ذهب إليه قضاة الموضوع في قرارهم، يتعين بذلك رفض الطعن". أنظر، محكمة عليا، 1995/07/25، مقتبس عن، عليوش قروبوع كمال، المرجع السابق، ص. 171.

¹ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 905.

² - أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 328؛ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 322؛ صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص. 415؛ فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 320؛ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 92.

³ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 905.

⁴ - أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 237.

وهذا المعنى أكدته محكمة النقض المصري في قرارها المؤرخ في 1964/025/27 حيث قضت أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته نصوص القانون إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للأداب في مصر و إذا كان تطبيق القانون الفرنسي على واقعة الدعوى من شأنه حرمان كل من الزوج و الأخ من الإرث بينما أن الشريعة الإسلامية و أحكام قانون الموارث رقم 77 سنة 1943 المستمدة منها تعتبرها من أصحاب الفروض، والعصبات، وكانت أحكام الموارث الأساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة تعتبر في حق المسلمين من النظام العام في مصر، إذ هي وثيقة الصلة بالنظام القانوني الاجتماعي الذي استقر في ضمير الجماعة بحيث يتأدى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبي عليها بما لا يسع القاضي الوطني معه أن يتخلى عنها ويطبق غيرها في الخصومات التي ترفع إليه، متى كان المورث فيها من المسلمين إذ كان ذلك وكان الثابت في الدعوى أن المتوفاة مسلمة، وأن الخصوم الذين يتنازعون تركتها مسلمون وكان الحكم المضمون فيه قد أقام قضاءه في الدعوى على أن: "النظام العام المصري في دائرة الأحوال الشخصية يقوم على فكرة من الإسلام ولذلك فإنه يتعين في هذه الحالة الامتناع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي متى اختلفت مع أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الميراث المستقاة من القرآن الكريم فإنه لا يكون قد خالفها القانون أو خطأ في تطبيقه". أنظر، محكمة النقض المصرية، 1964/025/27، مقتبس عن، إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 529؛ صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص. 420؛ فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد، المرجع السابق، ص. 320؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 329؛ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 324.

إجراءات معينة على اعتناق غير المسلم للإسلام، لأنه يكفي لإسلام غير المسلم أن يتلفظ بالشهادتين دون حاجة لاتخاذ أي إجراء آخر¹.

وقد اختلفت الآراء حول حكم الاختلاف بين القانون الأجنبي الواجب التطبيق وبين أحكام قانون القاضي حول بيان مراتب الورثة، وأنصبتهم، وحالات المحجب²، فهل يرقى هذا الخلاف إلى حد التعارض مع النظام العام؟ فرق الفقهاء في هذا الصدد بين فرضين:

الفرض الأول:

إذا كان أطراف التركة- المورث والورثة- أجنب من غير المسلمين، فهنا لا يرقى الخلاف إلى حد تعارض القانون الأجنبي المختص مع النظام العام وذلك راجع إلى ارتباط نظم التركات والموارث بين الأجنب الغير مسلمين بالتنظيم الاجتماعي للدولة التي ينتمون إليها. وهذا التنظيم يختلف بالضرورة من دولة إلى أخرى³.

¹ - أنظر، إبراهيم محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 290 .

وقد هذا ما جسده محكمة النقض المصرية من خلال قرارها المؤرخ في 1979/06/20 حيث جاء فيه: "إذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المتوفى لبناني فإن القانون اللبناني هو المرجع في تحديد ورثته وذلك في حدود ما لا يتعارض من أحكامه مع النظام العام أو الآداب في مصر، لما كان ما تقدم. وكان القانون اللبناني لا يعتد بإسلام غير المسلم إلا إذا تم وفقا للأوضاع المحددة به، ولذا لم تعد المحكمة المذكورة بإسلام المتوفى لعدم إتباعه هذه الأوضاع بينما المقرر شرعا أنه يكفي لإسلام غير المسلم واعتباره في عداد المسلمين أن يتلفظ بالشهادتين دون حاجة لاتخاذ أي إجراء، وهو ما ليس محل خلاف، وهي من القواعد الأصولية في الشريعة الإسلامية التي ترتبط ارتباطا وثيقا بالنظام القانوني والاجتماعي الذي استقر في ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبي التي ترفع إليه، فإنه لا مجال لتطبيق أحكام القانون اللبناني في هذا الخصوص". أنظر، محكمة النقض المصرية، 1979/06/20، مقتبس عن، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص. 503.

² - فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 320؛ صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص. 417؛ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 905؛ أحمد إبراهيم إبراهيم، المرجع السابق، ص. 292.

³ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 905-906 .

الفرض الثاني:

إذا كان أطراف التركة -المورث والورثة- مسلمين، انقسم الرأي في هذه الحالة إلى قسمين مختلفين، حيث اعتبر الاتجاه الأول أن مخالفة القانون الأجنبي للشريعة الإسلامية من حيث بيان الورثة وأنصبتهم لا يحقق تعارضاً مع النظام العام في دولة القاضي¹. وقد نادى أنصار هذا الرأي² بوجوب التحفظ في التوسع في فكرة النظام العام بالنسبة لأنصبة الميراث، لأن المشرع الأجنبي يحدد نصيب الوارث وفقاً لسياسة اقتصادية واجتماعية معينة. ولا يجوز فرض تقدير المشرع الوطني لأنصبة كنموذج للعدالة، وإلا انتهى الأمر إلى هدم قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث³. واستند مؤيدو هذا الرأي إلى أن "النظام الاجتماعي لا يمكن أن يتأثر لأن بنت المتوفى حصلت على نصيب مواز لابنه، وليس ثمة مصلحة للجماعة المصرية في أن تفرض على البنت نصف نصيب الولد"⁴.

وقد أخذت بهذا الرأي محكمة مصر الابتدائية في حكمها الصادر في 1954/11/04 بشأن مواريث الأتراك حيث قضت " أن مجرد الاختلاف في الأنصبة ما بين القانون والقانون المصري لا يجعل الأول مخالفاً للنظام العام في مصر، وإن القول بتطبيق القانون المصري في هذه الحالة من شأنه هدم قاعدة الإسناد الواردة في المادة 17 مدني، خاصة وأن أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين المستمدة منها تجيز حرمان بعض الورثة أو إنقاص نصيبهم أو إثارة بعض الورثة على بعض تصرفات مشروعة كالهبة والوصية"⁵.

¹ - أنظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص. 415.

² - أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 320.

³ - أنظر، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 323؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 328.

⁴ - أنظر، إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 293، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 320.

⁵ - أنظر، محكمة مصر الابتدائية، 1954/11/04، مقتبس عن، هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، دون دار النشر، 2005، ص. 323؛ فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 321؛ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 239 و294.

أما الاتجاه الثاني، فاعتبر مخالفة القانون الأجنبي للشريعة الإسلامية من حيث تحديد مراتب الورثة، أو التسوية بين الذكر والأنثى وعدم احترام قاعدة "للذكر مثل حظ الأنثيين" يعتبر مخالفا للنظام العام¹. وبالتالي يتعين الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي متى اختلفت أحكامه مع أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية وقانون الميراث المستقاة من القرآن أو تلك المستقاة من مصادر أخرى، وذلك لأن أحكام الميراث الواردة في القرآن يتقيد بها المسلمون حتما، وعلى الأخص في دولة دينها الإسلام² وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا القول في قرارها الصادر بتاريخ 1964/05/27 الذي سبقت الإشارة إليه³، بحيث استبعدت من خلاله تطبيق القانون الفرنسي في شأن توزيع الأنصبة وطبقت أحكام الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث المستمدة من القرآن الكريم⁴. ونذهب مع البعض⁵ إلى ترجيح الاتجاه الأخير، خاصة وأن القرآن الكريم خص أحكام الميراث بتفصيل خاص لم ترقه أي ناحية من نواحي التشريع الأخرى، بحيث تكاد تكون أغلبية أحكامه واردة في القرآن الكريم⁶، كالنص على عدم التسوية بين الذكر والأنثى في الميراث، وإعمال قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين استنادا لقوله تعالى: {يُوصِيكُمُ اللَّهُ

فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ} ⁷.

¹ - أنظر، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص. 192.

² - أنظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص. 420، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 320.

³ - أنظر، ص. 92 من هذه المذكرة.

⁴ - أنظر، محكمة النقض المصرية، 1964/05/27، مقتبس عن، كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 571. كما أكدت محكمة النقض موقفها هذا في قرار آخر صادر بتاريخ 1974/12/18 النقض المصرية، بحيث قضت أنه "إذا كان المتوفى من الجاليات الأجنبية التي تقيم في مصر، فإن كانت له جنسية واحدة أجنبية، فإنه يطبق عليه قانون بلده، سواء كان مسلم أو غير مسلم، إلا إذا كان مخالفا للنظام العام في مصر فلا يطبق القانون الأجنبي، وذلك كالقوانين التي تسوي بين الذكر والأنثى في الميراث، لأن عدم التسوية ثابتة بالدليل القطعي في الإسلام وهو دين الدولة الرسمي ومصدر التشريع وفق الدستور المصري، والمقصود بالنظام العام في خصوص الميراث هو الأحكام الثابتة بدليل قطعي لقوله تعالى:

"يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ". أنظر، محكمة النقض المصرية، 1974/12/18، مقتبس من،

<http://ar.jurispedia.org/index.php>

⁵ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 906؛ صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص. 421.

⁶ - أنظر، مصطفى السباعي، عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص. 291-292.

⁷ - أنظر، سورة النساء، الآية 11.

وبعد أن تعرفنا على الدور الذي يلعبه الدفع بالنظام العام في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الميراث، ننتقل للتعرف على مدى تأثير هذا الدفع على التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

ثانياً- التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت والنظام العام

قد يتعارض القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الوصية أو أحد التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت مع النظام العام في الدولة التي ينتمي إليها القاضي مم يستوجب استبعاده¹.

ويمكن تصور تعارض أحكام القانون الأجنبي الخاصة بأحد التصرفات النافذة بعد الوفاة مع النظام العام، إذا كان يجيز مثلاً الوصية لقاتل الموصي، أو لشاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصي ونفذ فيه الحكم بالاستفادة من الوصية²، أو كان يجيز الإيضاء بآثار تاريخية أو أموال عامة لا يجوز التعامل بها³.

كما يستبعد القانون الأجنبي إذا كان يجيز الوصية لوارث دون إجازة الورثة⁴، أو كان يمنع الوصية لمجرد اختلاف الجنس، أو اللون أو المعتقدات السياسية⁵، أو كان يمنع الوصية لاختلاف الدين⁶.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن أحكام الوصية والتصرفات النافذة بعد الوفاة، لا تعتبر من النظام العام بالنسبة للأجانب غير المسلمين، عدا ما يتعلق بالحلال والحرام، ولكن تعتبر بعض النظام العام بالنسبة

¹ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 910.

² - أنظر، زيروتي الطيب، القانون الدولي...، المرجع السابق، ط. ثانية 2008، ص. 201.

³ - أنظر، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص. 105.

⁴ - أنظر، زيروتي الطيب، القانون الدولي...، المرجع السابق، ط. ثانية 2008، ص. 200.

⁵ - أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 367؛ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص. 105.

⁶ - حيث نصت المادة 200 من قانون الأسرة الجزائري، على أنه "تصح الوصية مع اختلاف الدين" ونفس الحكم جاءت به المادة 09 من قانون الوصية المصري، فالوصية ليست ميراثاً، وأجيزت لتعويض الميراث خاصة في حالة الزواج المختلط الذي تكون فيه الزوجة من أهل الكتاب وتحرم بالتالي من الميراث شرعاً. أنظر، بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص. 28.

للمسلمين بغض النظر عن الجنسيات التي يحملونها¹. وإذا أرفقت الوصية بشروط لا تقتضيها كأن يترك زوجا وصية لزوجته بشرط أن لا تتزوج من بعده، فيتمكن القول في هذه الحالة ببطان الشرط وصحة الوصية لأن الشرط بعد مؤثر على الحالة الشخصية والحق الطبيعي².

أما في حالة اختلاف القدر الجائز الإيصاء به في القانون الأجنبي عن القدر الجائز الإيصاء به في القانون الوطني والمستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، فقد فرق الفقه والقضاء بين فرضين:

الفرض الأول: إذا تعلق النزاع بوصية بين المسلمين

من المتفق عليه أن الاختلاف في القدر الجائز الإيصاء به لا يتنافى مع النظام العام بالنسبة لغير المسلمين³. وقضت بذلك محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ 1967/05/26 "وفقا للمادة 28 من القانون المدني، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر، بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة. ولا يدخل في هذا النطاق اختلاف القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في تحديد المقدار الذي تجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين كما هو الحال في الدعوى"⁴.

كما أكدت المحكمة ذاتها هذا الموقف مرة أخرى في قرار لها بتاريخ 1978/01/19 بشأن وصية أبرمها زوج إسباني أمام القنصلية الإسبانية في القاهرة لصالح زوجته⁵.

¹ - أنظر، ممدوح حافظ عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص. 106.

³ - أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 367؛ صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص. 425؛ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 910.

⁴ - أنظر، محكمة النقض المصرية، 1967/05/26، مقتبس عن، فؤاد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 338؛ محمد ميروك الالافي، المرجع السابق، ص. 160.

⁵ - أنظر، محكمة النقض المصرية، 1978/01/19، مقتبس عن، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 910.

الفرض الثاني : إذا تعلق النزاع بوصية بين المسلمين

انقسم الفقه في هذا الصدد إلى اتجاهين:

ذهب الاتجاه الأول إلى أن اختلاف القانون الأجنبي عن أحكام الشريعة الإسلامية التي لا تجيز الوصية بأكثر من الثلث لا يتعارض مع النظام العام ولو تعلق الأمر بالمسلمين. لأن تحديد القدر الجائز الإيضاء به هي مسألة ينظمها القانون الأجنبي المختص وفقا لسياسة اقتصادية واجتماعية معينة. وأن القول بعكس ذلك سيؤدي إلى إهدار قاعدة الإسناد الوطنية وحصر نطاق تطبيقها على الأجانب غير المسلمين¹.

بينما ذهب الاتجاه الثاني إلى أن اختلاف القانون الأجنبي مع أحكام الشريعة الإسلامية في القدر الجائز الإيضاء به يتعلق بالنظام العام أسوة بأحكام قانون الموارث، خاصة وأن في تقييد حرية الموصي حماية حقوق الورثة ومصالحة الأسرة².

وبالتالي يمكن القول أنه كلما تعلق الأمر بالمسلمين، يتم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يتعارض مع حكم الشريعة الإسلامية بخصوص القدر الجائز الإيضاء به³.

وهذا الرأي الأخير هو الرأي الراجح، وبالتالي لا يجوز الإيضاء إلا في حدود الثلث وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة بالنسبة لغير وارث⁴، أما الوارث فلا وصية له إلا إذا أجازها الورثة يعد وفاة الموصي⁵.

¹ - أنظر، صلاح جمال الدين، المرجع السابق، ص. 427.

³ - أنظر، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 326؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 339.

⁴ - المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري.

⁵ - المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري.

وبناء على ما تقدم، فإن القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الإرث أو أحد التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، يستبعد تطبيقه على النزاع المطروح إذا كان يخالف النظام العام في دولة القاضي، وذلك كلما تعارضت أحكامه مع أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء. هذا ويقتصر إعمال هذا الحكم على المسلمين في المجتمعات الإسلامية.

أما بالنسبة للدول الغربية، فقد تستبعد أحكام القانون الأجنبي المختص لتعارض أحكامه مع النظام العام، إذا كان يمنع مثلا التوارث بين المسلم وغير المسلم، لأنها تعتبر ذلك حظرا على الميراث يقوم على أساس الدين¹. أو كان يتبنى قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين في الميراث لأنها تعتبر ذلك مساسا بالحق في الميراث بسبب الجنس². أو كان يقيد حرية الموصي في الإيصاء، بعدم نفاذ الوصية إلا في حدود ثلث التركة.

فالاتجاه الفرنسي مثلا اعتبر مخالفا للنظام العام الفرنسي موانع الإرث التي ينص عليها القانون الشخصي استنادا إلى أسباب عرقية أو دينية (اختلاف الدين مثلا)³ أو تحديد الحصة الإرثية بمقدار تافه يقارب الحرمان⁴، وكذلك أسباب الإرث التي تستند إلى مفاهيم غير مألوفة مقارنة مع المفاهيم الأساسية الفرنسية⁵. كما قد يستبعد القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام الفرنسي إذا كان يرفض توريث الولد الطبيعي أو ابن الزنا⁶.

¹ - أنظر، إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 295-296.

² - أنظر، إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 295-296.

³ - أنظر، محكمة النقض الفرنسية، 1964/11/17، مقتبس عن، عبده جميل غصوب، دروس...، المرجع السابق، ص. 293.

⁴ - أنظر، محكمة استئناف باريس، 1934/03/13، مقتبس عن، عبده جميل غصوب، دروس...، المرجع السابق، ص. 293.

⁵ - كحق السيد في إرث الشخص الموضوع تحت سلطته. أنظر، محكمة استئناف باريس، قرار صادر بتاريخ 1910/02/26. مقتبس عن، عبده جميل غصوب، دروس...، المرجع السابق، ص. 293. أو كتفضيل وريث على آخر كتفضيل الذكر أو الولد البكر. أنظر، محكمة بلوا «BLOIS»،

1925/04/30، مقتبس عن، عبده جميل غصوب، دروس...، المرجع السابق، ص. 293.

⁶ - أنظر، عبده جميل غصوب، دروس...، المرجع السابق، ص. 293.

لكن وبعد أن تعرفنا على الحالات التي تستوجب استبعاد تطبيق قانون المورث أو الموصي لمخالفته النظام العام في دولة القاضي - الأثر السلبي للنظام العام -، يبقى التساؤل مطروح عن القانون الذي يحكم العلاقة محل النزاع بعد ما تم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص؟

عملا بنص المادة 02/24 من القانون المدني الجزائري¹ يحل قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد في حكم العلاقة محل النزاع -الأثر الإيجابي للنظام العام-.

وعلى ذلك إذا ما طرح نزاع أمام القاضي الجزائري يتعلق بالإرث مثلا، واتضح له أن أحكام القانون الأجنبي تتعارض مع النظام العام الجزائري، كأن يميز التسوية بين البنت والابن المسلمين في الميراث، أو يميز التوارث بين المسلم وغير المسلم، أو بين القاتل والمقتول، استبعد القاضي القانون الأجنبي وطبق القانون الجزائري محله، أي قانون الأسرة المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية والذي يقضي أن للذكر مثل حظ الأنثيين، ويمنع التوارث من المسلم وغير المسلم، ويمنع القاتل من أن يرث المقتول².

كذلك إذا اتضح للقاضي الجزائري أن القانون الأجنبي يمنع أمرا وكان هذا المنع مخالفا للنظام العام الجزائري، كمنع الميراث لاختلاف اللون مثلا، أو حرمان المرأة من الميراث مطلقا، فيستبعد تطبيق القانون الأجنبي ويطبق القانون الجزائري الذي لا يعتبر اللون مانع من موانع الميراث، ويعطي للمرأة حقها الشرعي من الميراث وفقا لما تقرره أحكام الشريعة الإسلامية.

بالإضافة إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة لتعارضه مع الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني في دولة القاضي، هناك مانع آخر يؤدي بدوره إلى استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق ألا وهو الغش نحو القانون، أو التحايل على القانون.

¹ - الذي جاء فيه: "يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة".

² - أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 584.

الفرع الثاني

الدفع بالغش نحو القانون

يتحقق الغش نحو القانون عن طريق قيام أحد الخصوم بتغيير ضابط الإسناد بهدف نقل الاختصاص التشريعي من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى¹ بغرض التهرب من أحكام القانون صاحب الاختصاص الأصلي والذي يحول دون تحقيق رغبات الخصم²، والتوصل إلى تطبيق القانون الأنفع الذي يحقق مصلحته الشخصية³، كأن يسمح هذا الأخير مثلا بإنشاء علاقة أو مركز قانوني لم يكن يسمح بإنشائه القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة⁴، أو كان هذا الأخير يتطلب شروط وإجراءات أكثر شدة، أو وقتا أطول، أو جهود كبيرة، أو نفقات أو ضرائب أو رسوم باهضة⁵.

وعليه، سنتعرض في هذا الفرع إلى تعريف الغش نحو القانون (أولا)، ثم تبيان شروط الدفع بالغش نحو القانون (ثانيا)، ثم نتطرق أخيرا إلى آثار الدفع بالغش نحو القانون (ثالثا).

¹ - أنظر، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص. 195؛ عبده جميل غصوب، محاضرات...، المرجع السابق، ص. 116؛ حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 281.

² - أنظر، سعيد يوسف البستاني، القانون...، المرجع السابق، ص. 181.

³ - أنظر، نادية فضيل، الغش نحو القانون، ط. 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص. 52؛ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 754.

⁴ - أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 216.

⁵ - أنظر، غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص. 250.

أولاً- تعريف الغش نحو القانون

يتحقق الغش نحو القانون في مجال تنازع القوانين، من خلال التغيير العمدي الإرادي لضابط الإسناد من ذوي المصلحة بقصد الإفلات من أحكام القانون المختص أصلاً بحكم المركز القانوني¹.
وعرف الأستاذ موسى عبود الغش نحو القانون بأنه " استعمال الشخص بعض الوسائل المشروعة ظاهراً ليتمكن من إنجاز أفعال قانونية لم يكن يسمح بإنجازها القانون المختص، فمن ذلك تغيير الجنسية أو الدين أو الموطن من أجل غرض معين"². بينما عرفه الأستاذ أحمد عبد الكريم بأنه "التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين، وذلك بنية التهرب من القانون واجب التطبيق أصلاً سواء كان قانون القاضي أو قانون أجنبي"³.

كما عرفه الأستاذ عبده جميل غصوب على أنه "التغيير الإرادي والمقصود لضابط الإسناد بهدف التهرب من تطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً على العلاقة القانونية، وإحلال قانون آخر بدلا منه، من شأنه- أي من شأن هذا التغيير الإداري والمقصود - تحقيق الغاية التي حصل التغيير بسببها"⁴.

وقد عرفت نظرية الغش نحو القانون في جل الأنظمة القانونية المعاصرة⁵، كما تبناها فقه القانون الدولي الخاص ومؤتمرات دولية عديدة، وأصبحت واحدة من مبادئ القانون الدولي الخاص⁶. وكما استقر عليها القضاء الفرنسي منذ قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 18/03/1878 في قضية الأميرة دي بوفرمون De Bauffremont⁷

¹ - أنظر، زيروتي الطيب، القانون الدولي...، المرجع السابق، ط. ثانية 2008، ص. 281.

² - أنظر، موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، ط. 1، المركز الثقافي العربي، 1994، ص. 216.

³ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 754.

⁴ - أنظر، عبده جميل غصوب، محاضرات...، المرجع السابق، ص. 118.

⁵ - بحث نص عليها القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1978 في المادة 15 منه، والقانون المدني المكسيكي المعدل في 1987 في المادة 01/15 منه القانون، والقانون المدني الإسباني المعدل في 1974 في المادة 04/12 منه، أنظر، زيروتي الطيب، القانون الدولي...، المرجع السابق، ط. ثانية 2008، ص. 289-290.

⁶ - أنظر، غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص. 252.

⁷ - Cass. 18/03/1878, cité par www.uldroit3.com/html/questions/pdfQ/8-9/1/law/4/d.pdf

كما نص عليها مشروع تعديل القانون المدني الفرنسي في المادة 47 منه حيث قضت "لا يجوز التمسك بمركز قانوني نشأ طبقاً لقانون أجنبي لم ينعقد اختصاصه إلا غشا نحو القانون الفرنسي"¹. وتبنى المشرع الجزائري نظرية الغش نحو القانون بعد تعديل سنة 2005 للقانون المدني حيث نصت المادة 01/24 معدلة منه على أنه "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا... أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

ثانياً- شروط الدفع بالغش نحو القانون

يشترط لإمكان الدفع بالغش نحو القانون شرطان أحدهما يكتسي طابعاً مادياً والآخر طابعاً معنوياً.

أ. الشرط المادي: تغيير ضابط الإسناد

كما استبعد القضاء الفرنسي القانون الأجنبي المختص بقضايا الميراث، إذا ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، ففي قضية تتلخص وقائعها أن مورثاً كان يملك عقاراً في فرنسا وقد استشعر قرب نهاية أجله، فأراد أن يهرب من أحكام القانون الفرنسي الواجب التطبيق على الميراث في العقارات وخصيصاً من فكرة الحصة المحجوزة الذي يعرفها القانون الفرنسي لمصلحة أطفاله، فقدم عقاره بوصفه حصة عينية في شركة لقاء حصوله على أسهم فيها قاصداً إخضاع هذا الميراث لقانون موطنه - القانون الأمريكي الذي لا يعترف بفكرة الحصة المحجوزة- فأثيرت على إثر وفاة المورث مسألة الغش نحو القانون الفرنسي المختص أصلاً بحكم الإرث على العقار فاستجاب القضاء الفرنسي لطلب الأبناء، واستبعد تطبيق القانون الأمريكي الذي أريد تطبيقه للهروب من أحكام الإرث التي يفرضها القانون الفرنسي المختص أصلاً. مقتبس من،

-<http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net>

¹ - أنظر، زيروتي الطيب، القانون الدولي...، المرجع السابق، ط. ثانية 2008، ص. 289.

يشترط لإعمال الدفع بالغش، أن يقوم أحد أطراف العلاقة بتغيير الضابط الذي يتحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق. وهذا يستلزم أن يكون ضابط الإسناد من الضوابط التي يمكن للإرادة أن تتدخل لتغييرها كالجنسية أو الموطن¹.

والتغيير في هذه الضوابط يترتب عنه بالضرورة تغيير في القانون الواجب التطبيق². فتغيير الجنسية مثلا ينجم عنه تغيير القانون الشخصي في الدول التي تسند مسائل الأحوال الشخصية - ومنها الميراث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت - إلى قانون الجنسية. فقد يعمد الأفراد إلى اكتساب جنسية جديدة تتلاءم أحكامها مع الهدف المراد تحقيقه³، كأن يغير المورث أو الموصي جنسيته قبل وفاته لمجرد التهرب من أحكام قانون الجنسية القديمة والاستفادة من أحكام قانون الجنسية الجديدة⁴. وذلك إذا كان هذا الأخير مثلا بخلاف الأول يميز له أن يؤثر أحد أبنائه بكل التركة، أو يمكنه من توريث زوجته الغير مسلمة، أو يمكنه من حرمان بناته من الميراث مطلقا، أو يميز له أن يوصي بكافة تركته لأحد ورثته أو أقربائه دون تقييد حرите بالنسبة للقدر الجائز الإيضاء به.

وكذلك ينتج عن تغيير الموطن، تغيير القانون الشخصي في النظم التي تسند الأحوال الشخصية لقانون الموطن كالدول الأنجلو أمريكية. وينطبق هذا الحكم على الدول التي تفرق في الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة بين المنقول والعقار، وتخضع الميراث والوصية في المنقول لقانون الموطن.

يمكن للأفراد تغيير موطنهم - ويعد هذا أقل صعوبة من تغيير الجنسية - من أجل الهروب من قانون الموطن الأول إذا كانت أحكامه غير متفقة مع مصالحهم، والاستفادة من أحكام قانون الموطن الثاني التي تتلاءم ومصالحهم الخاصة⁵. فيستطيع المورث أو الموصي تغيير موطنه قبل وفاته، بغية الاستفادة

¹ - أنظر، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 524؛ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 394؛ فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 218.

² - أنظر، عبده جميل غصوب، محاضرات ...، المرجع السابق، ص. 920.

³ - أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 219-220؛ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 760.

⁴ - أنظر، سامي بديع منصور، الوسيط...، المرجع السابق، ص. 855؛ عبد جميل غصوب، دروس...، المرجع السابق، ص. 294.

⁵ - أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 220.

من أحكام قانون الموطن الجديد إذا كان قانون الموطن القديم يقرر أحكاما إرثية أو إيصائية لا تتماشى ومساعي المورث أو الموصي.

ونفس الشيء بالنسبة لشكل التصرفات القانونية بما فيها الوصية وسائر التصرفات المضافة لما بعد الموت. فقد يستلزم القانون الواجب التطبيق أصلا على شكل الوصية شكلا خاصا لانعقادها كالشكل الرسمي مثلا، وتهربا من هذا الشكل ينتقل الموصي إلى دولة أخرى يحقق قانونها التسهيلات المرغوبة كأن يسمح بإجراء الوصية في الشكل العرفي. وبذلك تتم الوصية وفقا للشكل المقرر في هذه الدولة تماشيا مع القاعدة التي تقضي بأن التصرف من ناحية الشكل يخضع لقانون البلد الذي أنشئ التصرف في ظله¹.

وكما يؤثر تغيير كل من الموطن والجنسية عن طريق التحايل، في استبدال القانون الشخصي. فإن تغيير الديانة أو اعتناق الإسلام بقصد التهرب من القانون المختص و تحقيق مآرب معينة قد يؤدي إلى النتيجة ذاتها، إذا كان قانون الدولة يعلق آثار على هذا الجانب²، وخاصة في الدول التي تجعل من الصفة الإسلامية في شخص كل من المورث أو الموصي ضابطا للإسناد³.

وبالرغم من ذلك، فإن القضاء والفقهاء في بعض البلدان الإسلامية يتجاهل نظرية الغش نحو القانون، عندما يتعلق الأمر بالسعي نحو تغيير الاختصاص التشريعي من خلال اعتناق الإسلام. وهذا ما ذهب إليه القضاء المصري الذي قرّر تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الأجانب حتى ولو تبين أن اعتناق الإسلام لم يكن إلا بغرض الإفلات من الأحكام المقررة في قانونهم الوطني⁴. ويرجع ذلك أساسا إلى أن الدين في الدول الإسلامية يعد من النظام العام، كما يكفي لاعتناق الإسلام النطق بالشهادتين،

¹ - أنظر، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص. 197 .

² - أنظر، زيروتي الطيب، القانون الدولي...، المرجع السابق، ط. ثانية 2008، ص. 294 .

³ - أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 274 .

⁴ - هذا الاجتهاد القضائي مقتبس عن، سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص. 191 .

ولا يجوز للقضاء البحث عن الدوافع التي كانت وراء تغيير الديانة، حتى ولو كان الشخص يرغب في تحقيق مكاسب معينة من وراء اعتناق الإسلام¹.

ويشترط في تغيير ضابط الإسناد أن يكون:

- تغييرا حقيقيا فعليا لا صوريا .

- تغييرا مشروعاً، بإتباع طرق مشروعة².

- تغييرا إراديا: أي أن يكون للإرادة دور في هذا التغيير، كما ولو اكتسب الفرد جنسية جديدة عن طريق التجنس³.

- تغييرا منتجا: من شأنه تعديل الاختصاص التشريعي⁴.

ب. الشرط المعنوي: توافر نية الغش نحو القانون⁵

يشترط لإعمال الدفع بالغش نحو القانون، أن يكون تغيير ضابط الإسناد بقصد الهروب من أحكام القانون المختص أصلا بحكم العلاقة محل النزاع وجلب الاختصاص لصالح قانون آخر⁶، أي أن يكون تغيير ضابط الإسناد مقترنا بنية التحايل على القانون المختص أصلا وبصورة عادية لحكم النزاع⁷، بغية تحقيق هدف لم يكن في الإمكان الوصول إليه وفقا لهذا الأخير⁸.

¹ - أنظر، غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص. 253-254؛ زيروقي الطيب، القانون الدولي...، المرجع السابق، ط. ثانية 2008، ص. 390 .

² - أنظر، عبده جميل غصوب، محاضرات...، المرجع السابق، ص. 121؛ حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 284 .

³ - أنظر، سعيد يوسف البستاني، القانون...، المرجع السابق، ص. 187 .

⁴ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 761 .

⁶ - أنظر، جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، ج. 3، ط. 2، المطبعة العالمية، القاهرة، 1962، ص. 96.

⁶ - أنظر، إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 395 .

⁷ - أنظر، سعيد يوسف البستاني، القانون...، المرجع السابق، ص. 188 .

⁸ - أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 220 .

فتغيير الجنسية مثلا لا يكفي لوحده لإعمال الدفع بالغش، وإنما يجب أن يكون التغيير بقصد الهروب من القانون الواجب التطبيق أصلا على الميراث أو أحد التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، وتطبيق قانون آخر أكثر انسجاما مع المصالح الشخصية للمورث أو الموصي. فتكون الرغبة في التملص من القانون صاحب الاختصاص الأصلي هي الباعث الرئيسي الذي أدى إلى تغيير الجنسية¹.

ثالثا- آثار أو جزاء الغش نحو القانون

لقد اختلفت الآراء حول الأثر المترتب على أعمال نظرية الغش، وحدود الجزاء المقرر عن الدفع بهذه النظرية². فلا يكفي عدم نفاذ النتيجة المبتغاة من وراء تغيير ضابط الإسناد، بل أيضا وسيلة التحايل التي لجأ إليها الخصم من أجل الوصول إلى النتيجة³. وبالتالي، إذا كان التجنس مشوبا بنية الغش، فهذا يكفي لإبطاله وتجريده من جميع آثاره.

فذهب القضاء الفرنسي، وهو الموقف الذي أيده الفقه⁴ والقضاء عموما، إلى أن جزاء الدفع بالتحايل على القانون هو عدم نفاذ النتيجة المبتغاة من وراء الغش⁵، وذلك عن طريق عدم الاعتداد بالتغيير الذي أجراه الأفراد وتطبيق القانون الأصلي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد بعد إغفال التغيير الحاصل على مستوى ضوابط الإسناد، والأخذ بعين الاعتبار الضابط الأصلي قبل التغيير. وقد أخذ المشرع التونسي صراحة بهذا الاتجاه حيث نص الفصل 02/30 من مجلة القانون الدولي الخاص لعام 1998 على أنه " إذا توافرت شروط التحايل على القانون فلا عبرة بتغيير عنصر الإسناد".

¹ - أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 212 .

² - أنظر، سعيد يوسف البستاني، القانون...، المرجع السابق، ص. 189 .

³ - أنظر، سعيد يوسف البستاني، القانون...، المرجع السابق، ص. 190 .

⁴ - أنظر، إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 329 .

⁵ - أنظر، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 526 .

وذلك لأن النتيجة هي التي تعتبر غير مشروعة. أما الوسيلة -التجنس مثلا- فلا تنطوي على أي مخالفة للقانون¹.

وعلى هذا إذا قام شخص بالتجنس بجنسية جديدة وفقا للشروط المطلوبة قانونا، فيبقى هذا التجنس قائما وصحيحا. أما النتيجة المراد تحقيقها من وراء التجنس وهي الاستفادة من أحكام لا يسمح بها قانون الجنسية الأولى، كتوريث المسلم لغير المسلم، أو التسوية بين الذكر والأنثى في الميراث، فيقتضي إبطالها لأنها تمت بقصد التحايل على القانون.

وبناء على ذلك، فآثر الغش وفقا لهذا النهج هو مجرد أثر حلولي أو استبدالي يسمح للقانون المختص أصلا بالحلول محل القانون الذي أراد الخصم تطبيقه عندما قام بتغيير ضابط الإسناد تهربا من أحكام القانون الأول.

وعلى عكس ما استقر عليه الرأي السابق، ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين وعلى رأسهم الأستاذ باتيفول BATIFFOL، - وأيده في ذلك الأستاذ "فؤاد عبد المنعم رياض" والأستاذة "سامية راشد"- إلى أن أثر الغش يمس النتيجة والوسيلة على حد سواء.

وبالرغم من اختلاف الاتجاهين السابقين حول مدى جزاء الدفع بالغش نحو القانون إلا أنهما اتفقا على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أراد الخصم تطبيقه تهربا من أحكام القانون المختص. وهذا الأخير قد يبعد أيضا عن حكم المسألة محل النزاع الإرثي أو الإيصائي إذا ما قبل القاضي إحالة الاختصاص التشريعي إلى قانونه أو إلى قانون دولة أخرى.

الفرع الثالث

¹ - أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 225 .

الإحالة

إذا عرضت على المحاكم الجزائرية دعوى ميراث أو وصية تتعلق بأموال منقولة خاصة بتركة بلجيكي كان متوطن في ألمانيا، فإن القاضي الجزائري سيطبق قاعدة الإسناد الواردة في المادة 16 من القانون المدني، والتي تقضي بإخضاع الميراث والوصية لقانون جنسية المورث أو الموصي وقت الوفاة وهو القانون البلجيكي. وهنا يثور الإشكال أمام المحاكم الوطنية حول القواعد التي يتعين تطبيقها، هل هي تلك الخاصة بتنظيم مسائل الموارث والوصايا في بلجيكا؟ أم هي قواعد الإسناد المعمول بها هناك؟

إذا أخذ القاضي الجزائري بالفرض الأول قد يكون رفض الإحالة. أما إذا أخذ بالثاني يكون قبل إحالة الاختصاص القانوني، ويكون عليه في هذه الحالة، الخضوع لما تقتضي به قواعد التنازع البلجيكية بما فيها إخضاع الميراث والوصية الخاصة بالمنقولات لقانون موطن المتوفى أي القانون الألماني.

تنتج مشكلة الإحالة عن اختلاف قواعد الإسناد من دولة إلى أخرى¹، وخاصة في مجال الأحوال الشخصية² فنجد مثلا بعض الدول تسند حكم الموارث والوصايا لقانون جنسية المورث أو الموصي، وبعضها الآخر يسندها لقانون الموطن. الأمر الذي يؤدي إلى توليد تنازع بين قواعد الإسناد، والتنازع قد يكون إيجابيا (أولا) أو سلبيا (ثانيا).

أولا- التنازع الإيجابي

¹ - أنظر، إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 109 .

² - أنظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص. 79 .

يتحقق التنازع الإيجابي إذا ما قرر كل من القانونين الوطني والأجنبي اختصاصه في حكم العلاقة محل النزاع¹. كما لو أن جزائريا توطن في فرنسا، ثم توفي تاركا فيها تركة منقولة وعقارية. فنفترض أن هناك دعوى رفعت بشأن تركته هذه أمام المحاكم الفرنسية. فإن هذه الأخيرة ستطبق القانون الفرنسي إعمالا لقاعدة التنازع الفرنسية التي تقضي بإخضاع التركة المنقولة لقانون آخر موطن، والتركة العقارية لقانون الموقع. أما إذا فرضنا أن ذات الدعوى رفعت أمام المحاكم الجزائرية، فإنها إعمالا لما تقضي به المادة 16 من القانون المدني ستطبق القانون الجزائري.

ففي هذه الحالة يعتبر كل من القانونين الجزائري والفرنسي مختصان بحكم النزاع، وذلك استنادا لقاعدة الإسناد المقررة في كل واحد منهما. وتمثل هذه الحالة ما يسمى بالتنازع الإيجابي لقواعد الإسناد². وهذا النوع من التنازع لا يثير أي إشكال، لأنه من المتفق عليه فقها وقضاء، أن قاضي كل دولة يطبق قاعدة الإسناد في قانونه³. وفي المثال السابق لو عرض النزاع على القضاء الفرنسي، سيتم حله وفقا لقاعدة الإسناد الفرنسية التي تؤدي إلى تطبيق القانون الفرنسي. أما إذا طرحت القضية أمام القضاء الجزائري، فستحل وفقا لقاعدة الإسناد الجزائرية التي تسند حكم النزاع للقانون الجزائري.

ثانيا: التنازع السلبي

¹- Cf. Paul LAGARDE, Renvoi, Rép. Internat, Tome 3, J.C.P., 1999-04, p.2, n° 3 ; Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Traité de droit international privé, tome 1, 8^e édition, L.G.D.J, Paris, 1993, p. 227 ; Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op.cit., p. 491.

²- أنظر، موحد إسعاد، المرجع السابق، ص. 194 .

³- أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 97 .

يتحقق التنازع السليبي إذا ما تخلى كل من القانونين عن اختصاصه في حكم المسألة محل النزاع¹، حيث تقرر قاعدة الإسناد في كل دولة لها علاقة بالنزاع إسناد الاختصاص إلى قانون أجنبي غير قانونها². ومثاله: أن يكون هناك فرنسي متوطن في الجزائر ويتوفى تاركاً فيها تركة منقولة وعقارية، فنفترض في هذه الحالة أن هناك دعوى رفعت بشأن هذه التركة أمام القضاء الفرنسي، سيقضي هذا الأخير بتطبيق القانون الجزائري باعتباره قانون آخر موطن للمتوفى فيما يتعلق بالمنقولات، وقانون الموقع بالنسبة للعقارات. أما إذا فرضنا العكس بأن ترفع الدعوى أمام القضاء الجزائري فسيقضي بتطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون جنسية المورث، وذلك إعمالاً لما تقضي به المادة 16 من القانون المدني الجزائري³.

فهنا كل من القانونين الجزائري والفرنسي يتخلى عن اختصاصه للآخر. لذلك يثور التساؤل عن القانون الواجب التطبيق لحل هذا النزاع فهل يطبق القاضي الجزائري القواعد الإرثية المستقرة في القانون الفرنسي مباشرة أم أنه يطبق قاعدة الإسناد الفرنسية التي تقضي بإحالة الاختصاص للقانون الجزائري؟ والتنازع السليبي هذا هو الذي يثير ما يسمى بنظرية الإحالة⁴. والتي تثار عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي، فتشير قاعدة الإسناد في هذا الأخير إلى تطبيق قانون قد يكون القانون الوطني -إحالة من الدرجة الأولى- وقد يكون قانون آخر -إحالة من الدرجة الثانية-. ومن هنا نستخلص أن هناك صورتين للإحالة:

الأولى: الإحالة من الدرجة الأولى

¹ - أنظر، علي علي سليمان، مذكرات...، المرجع السابق، ص. 46.

² - أنظر، إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 110؛

Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, *Traité...*, op.cit., p. 227 ; Yvon LOUSSOURN, Pierre BOUREL, op.cit., p. 491.

³ - أنظر، موحند إسعاد، المرجع السابق، ص. 195 .

⁴ - Cf. Paul LAGARDE, op. cit., p.2 , n°3 .

وتتحقق عندما تسند قاعدة التنازع الوطنية العلاقة محل النزاع إلى قانون أجنبي، فتحليل قاعدة الإسناد فيه الاختصاص لقانون القاضي¹.

وعناية الفقه بنظرية الإحالة وبالذات الإحالة من الدرجة الأولى لم تظهر بشكل واضح إلا على إثر صدور قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1878/06/24² في قضية شهيرة في فقه القانون الدولي الخاص تعرف بقضية ميراث "فورجو"³.

ومن خلال هذه القضية كرس القضاء الفرنسي قبوله للإحالة بخصوص التركة المنقولة، وهو الأمر الذي أكدته محكمة النقض في قرارات لاحقة⁴.

¹ - Cf. Yvon LOUSSOURN, Pierre BOUREL, op.cit., p. 230 ;

أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 98؛ إبراهيم احمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 114؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 455.

² - Cass. 1878/06/24, cité par Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Traité..., op.cit., p. 491 ; Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op.cit., p. 291.

³ - وتتخلص وقائع هذه القضية في أن ولدا طبيعيا يدعى فورجو من أصل بافاري انتقل إلى فرنسا وعمره 5 سنوات، واستقر بها دون أن يكسب موطناً قانوناً وفقاً لأحكام القانون الفرنسي، وظل موطنه القانوني في بلده الأصلي بافريا، وموطنه الفعلي في فرنسا. توفي عن عمر يناهز 86 سنة تاركا وراءه ثروة منقولة في فرنسا، دون أن تكون له زوجة ولا أولاد، فاستولت مصلحة الأملاك الفرنسية على ثروة فورجو، باعتبارها تركة بلا ورثة، وبعدها طالب الحواشي من عائلة DITCHEL أقارب أم فورجو، بحقهم في الميراث مستندين إلى قواعد القانون البافاري الداخلية التي تسوي في الميراث بين الولد الشرعي والطبيعي، فرفضت محكمة بوردو BORDEAUX طلبهم، مستندة إلى أن فورجو كان متوطناً في فرنسا، وبالتالي يخضع ميراث ثروته المنقولة للقانون الفرنسي الذي لا يعطي حق ميراث الولد الطبيعي إلا لأبويه وإخوته. فطعن ورثة فورجو في الحكم أمام محكمة النقض فنقضت هذا الحكم في 1875/05/15 على أساس أن فورجو لم يكن مستوطناً في فرنسا وموطنه فيها لم يكن إلا موطناً فعلياً، وموطنه القانوني هو بافريا، وبالتالي لا ميراث اختصاص القانون الفرنسي، فأحالت محكمة النقض القضية أمام محكمة استئناف بوردو BORDEAUX فحكمت في 1886/05/24 لصالح الورثة على أساس تطبيق قواعد القانون البافاري الداخلية التي تعترف بحق الميراث للحواشي. بعد ذلك طعنت مصلحة الاملاك الفرنسية في هذا القرار أمام محكمة النقض. فنقضت هذه الأخيرة الحكم في قرارها الصادر بتاريخ 1878/06/24 على أساس أنه طبق قواعد القانون البافاري الداخلية دون أن يرجع إلى قواعد التنازع فيه، والتي تسند الاختصاص لقانون الموطن الفعلي أي القانون الفرنسي. وأحيلت القضية إلى محكمة استئناف تولوز فنقضت بما رأته محكمة النقض في 1880/05/22 وبذلك تكون قد طبقت قاعدة التنازع البافارية التي أحالت الاختصاص للقانون الفرنسي الداخلي، الذي يقضي بأيلولة التركة للدولة الفرنسية، نتيجة لعدم استحقاق الحواشي للميراث. أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 99-100.

Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Traité..., op.cit., p. 491 ; Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op.cit., p. 291.

⁴ - حيث قبلت محكمة النقض الفرنسية الإحالة من الدرجة الأولى في القرار الصادر بتاريخ 1910/03/01 في قضية سوليه. وتتخلص وقائعها في أن سيدة تدعى Couralie Soulié ولدت في لويزيانا بالولايات المتحدة الأمريكية سنة 1811 ثم رحلت إلى باريس حيث أقامت فيها إلى أن ماتت سنة 1903 وهي في سن الثانية والتسعين (وكانت في حالة جنون ناتج عن الشيوخوخة فحجر عليها لهذا السبب) تاركة ثروة منقولة ووصية، نازع أحد أقربائها، وهو الولد الشرعي لأخيها الطبيعي، في صحة هذه الوصية بحجة كونه وارثاً يستطيع أن يطالب بالتركة وفقاً للمادة 766 من القانون المدني الفرنسي وهو القانون الواجب التطبيق عملاً بقاعدة الإسناد الفرنسية التي تقول إن الميراث في المنقول يخضع لقانون موطن المتوفى. وقد طبقت محكمة باريس

وأيضاً قبلت المحاكم الفرنسية بالإحالة بخصوص التركة العقارية، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية من خلال قرار "بالستريو" بتاريخ 2000/03/21¹.

ونفس الحل تبنته محكمة التمييز اللبنانية في قرارها الصادر في 1951/12/26 حيث قبلت تطبيق قواعد التنازع الخاصة بولاية كارولينا الشمالية الأمريكية، بخصوص تركة مواطن أمريكي توفي تاركا أموالاً عقارية بلبنان. فالقاضي اللبناني بعد إعمال قاعدة الإسناد في قانونه ووفقاً لنص المادة 231 من القرار 3339 قضى بإخضاع التركة للقانون الوطني للمورث؛ في حين أن قانون ولاية كارولينا الشمالية أحال حكم توزيع التركة العقارية لقانون موقع العقار، وهو هنا القانون اللبناني. فقبلت محكمة التمييز اللبنانية الإحالة، وقضت بتوزيع التركة حسب القانون اللبناني².

الثانية: الإحالة من الدرجة الثانية

في بادئ الأمر هذا الحكم وقضت باستحقاقه للتركة، فطعن في الحكم أمام محكمة النقض بحجة أن هذه المرأة لا تعتبر متوطنة في فرنسا لأنها لم تطلب الإذن بالتوطن وفقاً للمادة 13 من القانون المدني التي كانت نافذة آنذاك، ومن ثم فإن موطنها هو ولاية لويزيانا ويجب تطبيق قانونها حيث يقرر أنه غير وارث إذ هو ثمة زواج باطل لأن والدته من الهنود الحمر، وقد أخذت المحكمة بهذا الدفع فلما رجعت إلى قانون هذه الولاية وجدت قاعدة الإسناد فيه تنص على تطبيق قانون الموطن الفعلي أي القانون الفرنسي فطبقته وقررت أحقية الولد في التركة. أنظر، محكمة النقض الفرنسية، 1910/03/01، مقتبس عن، جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، ج.3، ط. 2، المطبعة العالمية، القاهرة، 1962، ص. 144.

كما قبلت محكمة النقض الفرنسية الإحالة إلى القانون الفرنسي في قرارها الصادر بتاريخ 1933/11/07 في قضية ميراث أحد الرعايا البريطانيين من أهالي جبل طارق، مات هذا الشخص في تونس فرفع نزاع بشأن تركته أمام محكمة تونس ومن المقرر هناك أن الميراث يخضع لقانون الجنسية فلما رجعت إليه وجدته يفوض الأمر للقانون الساري في جبل طارق، فلما رجعت لهذا الأخير وجدته يحيل الاختصاص إلى قانون موقع المال وهو القانون الفرنسي في تونس وقد طبقت محكمة النقض هذا القانون وتعرف هذه القضية بقضية بن عطار. أنظر، محكمة النقض الفرنسية، 1933/11/07، مقتبس عن، جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ج.3، ط. 2، ص. 144.

¹ - أنظر، محكمة النقض الفرنسية، 2000/03/21، مقتبس عن، بيار ماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي مقلد، المرجع السابق، ص. 734.

وأيضاً أخذت بالإحالة من الدرجة الأولى المحاكم الإنجليزية حيث قضت في قضية *Collier v. Riffaz* بصحة وصية إنجليزي متوطن في بلجيكا لأنها تمت وفقاً للشكل الإنجليزي ولو أنها باطلة وفقاً للقانون البلجيكي مع أن القانون الإنجليزي يخضع الوصية أصلاً لقانون الموطن وهو القانون البلجيكي ولكنها عندما رجعت إلى هذا القانون وجدته يشير بتطبيق قانون الجنسية وهو القانون الإنجليزي. مقتبس عن، جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ج.3، ط. 2، ص. 144.

² - أنظر، محكمة التمييز اللبنانية، 1951/12/26، مقتبس عن، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 179، 376.

نكون أمام هذا النوع من الإحالة إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي، فتحيل قاعدة الإسناد من هذا الأخير الاختصاص إلى قانون آخر، غير قانون القاضي¹.

كما لو تعلق الأمر مثلاً بتركة منقولة لفرنسي متوطن في إيطاليا، ورفع النزاع بشأنها أمام القضاء الجزائري، فإنه تطبيقاً لنص المادة 16 من القانون المدني، سوف يقضي بتطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون جنسية المتوفى، في حين تحيل قاعدة الإسناد الاختصاص للقانون الإيطالي باعتباره قانون الموطن.

ويتجه القضاء الفرنسي نحو الاعتراف الصريح بالإحالة من الدرجة الثانية، حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 03/1938/07 بوجوب الأخذ بالإحالة التي يقرها قانون جنسية الأجنبي إلى القانون الذي يطبق على الإرث في دولة ثالثة، والذي يمكن أن يكون القانون الفرنسي أو قانون آخر².

هذا وجاء القضاء الإنجليزي بصورة أخرى للإحالة أطلق عليها اسم الإحالة المزدوجة "TOTAL RENVOI" أو نظرية المحكمة الأجنبية "FOREIGN COUR THEORY" وتختلف هذه الصورة عن سابقتها في أن القاضي الوطني لا يطبق قواعد النزاع في القانون المختص أصلاً³، بل تقتضي أن يضع القاضي الإنجليزي نفسه موضع قاضي الدولة التي أشارت قاعدة الإسناد الإنجليزية تطبيقاً لقانونها، ويفصل في النزاع كما كان سيفصل فيه القاضي الأجنبي، ويأخذ بالحل النهائي الذي كان سيأخذ به قاضي الدولة التي يجب تطبيق قانونها فيما لو كان هذا النزاع قد عرض عليه⁴.

¹ - أنظر، موحد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 197؛ علي علي سليمان، مذكرات...، المرجع السابق، ص. 38؛ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 114.

² - أنظر، محكمة النقض الفرنسية، 1938/03/07، مقتبس عن، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 457.

³ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 710.

⁴ - أنظر، إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 116؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 463.

فلو أشارت قاعدة الإسناد الانجليزية إلى تطبيق القانون الجزائري، فإن القاضي الانجليزي ينظر إلى ما كان سيفعله القاضي الجزائري لو عرض عليه هذا النزاع. فإذا أخذ بالإحالة يأخذ بها هو أيضا؛ وإذا رفض الإحالة يرفضها هو الآخر.

ومما قضى به القضاء الانجليزي في هذا الصدد نجد قضية روس ROSS التي تتعلق بميراث انجليزية متوتنة في إيطاليا، وإعمالا لقاعدة الإسناد الانجليزية تعين تطبيق القانون الإيطالي، باعتباره قانون آخر موطن للمورث. ولكن برجوع القاضي الانجليزي إلى القانون الإيطالي، وجد أن قاعدة الإسناد الإيطالية تحيل الاختصاص إلى القانون الانجليزي باعتباره قانون جنسية المورث. فوضع نفسه مكان القاضي الإيطالي، وتبنى ما قد يتوصل إليه هذا الأخير لو عرض عليه ذات النزاع. وبما أن القاضي الإيطالي ووفقا لما يقرره قانونه يرفض الإحالة، فقد طبق القاضي الانجليزي القواعد الموضوعية في القانون الانجليزي أي قانونه الوطني إعمالا لنظرية المحكمة الأجنبية¹.

والموقف من نظرية الإحالة لم يكن موحدا سواء على مستوى الفقه أو القضاء أو التشريعات، فقد لاقت ترحابا واسعا من جانب وانتقادا شديدا من جانب آخر. فنجد هناك دولا نصت صراحة على الأخذ بها كألمانيا²، فرنسا³، إسبانيا⁴، تركيا⁵، سويسرا⁶، إيطاليا⁷.

¹ - مقتبس عن، إبراهيم احمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 117، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 463.

² - المادة 1/4 من القانون الصادر في 1986/07/25.

³ - المادة 52 من المشروع التمهيدي للقانون المدني.

⁴ - المادة 2/12 من القانون المدني لعام 1974.

⁵ - المادة 3/2 من مجموعة القانون الدولي الخاص لعام 1982.

⁶ - المادة 14 من مجموعة القانون الدولي الخاص 1987.

⁷ - المادة 13 من قانون 1995.

وبالمقابل نجد أن هناك دولاً أخرى رفضت الإحالة بشكل صريح كسوريا¹، العراق²، ليبيا³، الكويت⁴، السودان⁵ ومصر⁶.

وبالإضافة إلى هذه المواقف المطلقة من نظرية الإحالة، ظهر موقف وسط ينادى بحل وظيفي في هذا المجال. ويقتضي هذا الأخير ربط الإحالة بمسألة الغاية أو الهدف من قاعدة الإسناد والوظيفة التي تؤديها. وقد ظهرت ملامح هذا الاتجاه عند الكاتب الألماني "ZITELMAN"، الذي اعتبر أن قبول الإحالة أو رفضها مسألة تعود بالدرجة الأولى إلى مضمون قاعدة الإسناد الوطنية وتفسيرها، ودون الأخذ بعين الاعتبار أي اعتبارات عامة أخرى⁷.

فلقبول الإحالة أو رفضها وفقاً لهذا الاتجاه يتعين النظر إلى المعطيات والظروف الخاصة بكل حالة على حدة. فإذا كان الأخذ بالإحالة في مسألة معينة ملائماً ويساعد على أن تحقق قاعدة الإسناد وظيفتها تعين الأخذ بها.

أما إذا تبين للقاضي أن الأخذ بها قد يقف عائقاً أمام الغاية التي تسعى قاعدة الإسناد الوطنية إلى تحقيقها، أو أن التسليم بها يؤدي إلى خروج قاعدة الإسناد عن وظيفتها، وينتهك توقعات الأفراد ويمس بمصالح التجارة الدولية، فيتعين عليه رفضها وهجرها تماماً⁸. وذلك لأن اختيار قاعدة الإسناد الوطنية

¹ - المادة 29 من القانون المدني لعام 1949.

² - المادة 1/31 من القانون المدني لعام 1951.

³ - المادة 27 من القانون المدني لعام 1953.

⁴ - المادة 72 من قانون 1961.

⁵ - المادة 1/16 من قانون المعاملات المدنية السوداني لعام 1984.

⁶ - المادة 27 من القانون المدني.

⁷ - Cf. Ernst ZITELMAN, Internationales privatrecht, 2 volume, VI Leipzig 1897, volume 2, Munchen Leipzig 1912, spec, T1, p239, cité par

حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص. 141.

⁸ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1998، ص. 29.

للقانون الأجنبي المختص تختلف دوافعه وأسبابه بحسب المسألة المطروحة على القاضي، ووفقا للغاية التي تهدف هذه القاعدة إلى تحقيقها.

ومن التشريعات التي تأثرت بهذا الاتجاه نجد القانون الدولي الخاص التشيكي الصادر عام 1963¹، والقانون الدولي الخاص الألماني الصادر عام 1986².

أما المشرع الجزائري وبعدهما أغفل التعرض لنظرية الإحالة، وتبيان موقفه المؤيد أو المعارض لها، استدراج الأمر بموجب القانون رقم 10/05. حيث جاء في المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني المعدل "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق إلا أحكامه الداخلية، دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

لو توقفنا عند الفقرة الأولى من هذه المادة لقلنا أن المشرع الجزائري قرر الانضمام إلى صف معارضي نظرية الإحالة، وأعلن عن رفضه المطلق للنظرية، لكن برجعنا إلى الفقرة الثانية من نفس المادة يظهر لنا أن المشرع الجزائري صرح بالأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، أي في حالة ما إذا أحالت قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص الاختصاص للقانون الجزائري.

¹ - حيث تنص المادة 35 من هذا القانون على أنه "إذا عينت نصوص القانون الدولي الخاص التشيكي قانون دولة ما، وأحالت نصوص هذا القانون الأخير إلى القانون التشيكي أو إلى قانون دولة أخرى، في حالة الإحالة من الدرجة الثانية فإن تلك الإحالة يمكن قبولها إذا كان ذلك القبول يؤدي إلى حل معقول وعادل للعلاقة المعنية". أنظر، حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص. 143.

² - حيث تنص المادة الرابعة من هذا القانون في فقرتها الأولى على أنه "إذا تم تعيين قانون دولة أجنبية، فإنه يجب أن تطبق أيضا قواعد الإسناد المعنية الموجودة في قانون هذه الدولة، بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الإسناد الألمانية ويجب أن تطبق القواعد الموضوعية في القانون الألماني إذا أحالت قواعد الإسناد الأجنبية إلى القانون الألماني". أنظر، عكاشة محمد عبد العال، دراسات ...، المرجع السابق، ص. 62؛ حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص. 144.

وتطبيقا لذلك إذا ما عرضت قضية أمام القضاء الجزائري بخصوص تركة إرثية أو إيصائية منقولة، لفرنسي متوطن في الجزائر، فإن القاضي الجزائري إعمالا لقاعدة الإسناد الواردة في المادة 16 من القانون المدني، سوف يقضي بتطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون جنسية المتوفى. لكن هذا الأخير سيرفض الاختصاص بمقتضى قواعد الإسناد في قانونه التي تخضع التركة المنقولة لقانون موطن المتوفى، أي القانون الجزائري فيقبل القاضي الجزائري هذه الإحالة ويطبق القانون الجزائري وفقا لنص الفقرة 02 من المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني.

أما إذا تعلق الأمر بتركة إرثية أو إيصائية منقولة لفرنسي متوطن في المغرب، وقضى القاضي الجزائري بتطبيق القانون الفرنسي، وأحال هذا الأخير الاختصاص للقانون المغربي باعتباره قانون الموطن، فإن القاضي الجزائري يرفض الإحالة ويطبق الأحكام الداخلية للقانون الفرنسي استنادا إلى نص الفقرة 02 من المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني.

وأخيرا يمكن القول أن التسليم بنظرية الإحالة سواء كانت من الدرجة الأولى أو الثانية، وقبول إحالة الاختصاص إلى قانون غير القانون المختص أصلا بحكم التزايدات الخاصة بمسائل الإرث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت يؤدي إلى إبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص واستبداله بقانون آخر¹.

وبعد أن انتهينا من تبيان العقبات التي تحول دون تطبيق القانون المختص أصلا بحكم التزايدات الإرثية والإيصائية ذات العنصر الأجنبي، ننتقل لمعالجة وضعية هذا القانون أمام القضاء الوطني في حالة انتفاء أي سبب لإبعاده أو استبعاده.

¹ - أنظر، سامي بديع منصور، الوسيط...، المرجع السابق، ص. 590؛ عبده جميل غصوب، دروس...، المرجع السابق، ص. 294.

المطلب الثاني

وضعية القانون الأجنبي المختص أمام القضاء الوطني

إذا تقرر وفقا لقاعدة الإسناد الواردة في المادة 16 من القانون المدني، تطبيق قانون أجنبي على أحد النزاعات ذات الطابع الإرثي أو الإيصائي المشمولة بعنصر أجنبي، فإن تطبيق ذلك القانون أمام القضاء الوطني يطرح أولا إشكالية المعاملة التي يلقاها هذا القانون أمام قضاء أجنبي، وهل يرقى إلى مستوى القانون الوطني ويحظى بنفس المعاملة؟ أم سينظر إليه كأبي واقعة من وقائع النزاع المطروح أمام القاضي؟ بمعنى آخر هل سيستحفظ القضاء الوطني للقانون الأجنبي بطبيعته القانونية؟ أم أنه سيجرده منها؟ (الفرع الأول) كما أن القانون الأجنبي وباعتباره صادر في دولة أجنبية وعن مشرع أجنبي يطرح إشكالية المنهج الذي قد يسلكه القاضي الوطني عند تفسيره لهذا القانون ومدى تدخل المحكمة العليا لفرض رقابتها على تفسير القانون الأجنبي وتطبيقه بصفة عامة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

طبيعة القانون الأجنبي المختص

إذا ما تقرر وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية تطبيق أحد القوانين الأجنبية على مسائل الإرث أو التصرفات النافذة بعد الوفاة المشمولة بعنصر أجنبي، فهل يقبل المشرع تطبيقها؟ ويعترف على إقليمه بسيادة قانون أجنبي لحكم النزاع المطروح أمام المحاكم الوطنية؟ وعلى أي أساس وتحت أي عنوان يطبق

هذا القانون؟ وإن تقرر تطبيقه من قبل القاضي الوطني، فهل يحتفظ القانون الأجنبي كونه صادر عن سلطة أجنبية بصفة قانونية؟ أم أنه يفقد هذه الصفة بمجرد تجاوزه حدود الدولة التي أصدرته؟ للإجابة عن هذه التساؤلات، نشير فيما يلي لاتجاهين مختلفين، قرر الأول الاعتراف للقانون الأجنبي بطبيعته القانونية الأصلية، بينما ذهب الثاني إلى اعتبار القانون الأجنبي عنصراً من عناصر الواقع¹.

أولاً- تطبيق القانون الأجنبي باعتباره قانون

يرى الاتجاه الغالب أن القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية حتى خارج حدود الدولة الصادر عنها، أي عند تطبيقه أمام قاضي دولة أخرى. إلا أن مؤيدي هذا الاتجاه قد اختلفوا حول صفة أو أساس تطبيق القانون الأجنبي وانفرد كل منهم بنظرية مستقلة.

أ. نظرية الحقوق المكتسبة « Droit acquis »

وقد تبنت هذه النظرية الدول الأنجلو أمريكية التي رأت أن تطبيق القانون الأجنبي يكون على أساس احترام الحقوق المكتسبة² « Vested rights ». ويعني بذلك أن القاضي يطبق القانون الأجنبي في بلده احتراماً منه للحق المكتسب الذي رتبته القانون لصاحب الحق³. وبذلك فالقاضي لا يطبق حقيقة القانون الأجنبي، وكل ما عليه هو الاعتراف بالحقوق التي أثبت الخصوم اكتسابهم لها وفقاً لقانون

¹ - أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 147.

² - Cf. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Traité..., op.cit., p.526.

³ - أنظر، علي علي سليمان، مذكرات...، المرجع السابق، ص. 134.

أجنبي¹. ومن ثم يتعين على كل من يدعي حقا مكتسبا بموجب قانون أجنبي أن يثبت وجود هذا الحق من خلال إثبات القانون الأجنبي الذي قرره².

وعمقتى هذه النظرية يطبق القاضي الأمريكي أو الإنجليزي القانون الأجنبي على مسائل الإرث أو التصرفات المضافة لما بعد الموت إذا اكتسب أحد الأفراد مثلا حقا إرثيا أو إيصائيا، ونشأ هذا الحق في ظل قانون أجنبي معين، فترتب حق لهذا الشخص وفقا لهذا القانون. في هذه الحالة يعترف القاضي بهذا الحق و يطبق القانون الأجنبي احتراما للحق المكتسب في ظل هذا القانون .

غير أن هذه النظرية انتقدت على أساس أنها غير شاملة، لأن تطبيق القانون الأجنبي لا يقتصر على حالات احترام الحقوق المكتسبة، بل كذلك في حالات إنشاء حقوق ومراكز قانونية جديدة في دولة القاضي وفقا لأحكام القانون الأجنبي³.

كما يعترض عليها كذلك لأنه لمعرفة ما إذا كان الحق قد صار مكتسبا أولا يجب الرجوع إلى القانون الذي أكسبه هذه الصفة. فيكون معنى هذه النظرية أنها تعتبر الحق المكتسب واقعة في حين أنه يجب بحث صحته كواقعة، طبقا للقانون الذي جعله مكتسبا⁴.

كذلك أخذ على هذه النظرية عدم منطقيتها، على اعتبار أن الاعتراف بالحق المكتسب في الخارج وفقا لقانون أجنبي يعني في واقع الأمر اعترافا بالقانون الأجنبي ذاته الذي طبقه القاضي الوطني والذي وفقا له نشأ هذا الحق⁵.

¹ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص. 358 .

² - أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 230 .

³ - أنظر، علي علي سليمان، مذكرات...، المرجع السابق، ص.134؛

Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Traité..., op.cit., p. 526 ; Yvon LOUSSOUARN, op.cit., p. 275.

⁴ - أنظر، علي علي سليمان، مذكرات...، المرجع السابق، ص. 135؛ نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي...، المرجع السابق، ص. 24 .

⁵ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 359 .

ب. نظرية استقبال القانون الأجنبي

أخذت بنظرية استقبال القانون الوطني للقانون الأجنبي المدرسة الإيطالية التي رأت أن القانون الأجنبي يندمج في القانون الوطني ويصبح جزءاً منه باعتبار أن قاعدة الإسناد تشير أولاً بتطبيق قانون أجنبي، وتجذب ثانياً هذا القانون فتدمجه في القانون الوطني¹. وبذلك فالقانون الأجنبي الواجب التطبيق لا تكون له قيمة إلا باندماجه في النظام القانوني الداخلي واستغراقه فيه².

وعليه، فإن القاضي لا يطبق الأحكام التي يتضمنها القانون الأجنبي، وإنما يطبق الأحكام الوطنية التي بسبب الإدماج أصبحت تتوافق مع أحكام القانون الأجنبي³.

ووفقاً لهذا التصور تصبح قاعدة الإسناد قاعدة موضوعية فتطبق على النزاع مباشرة، كما يقتصر دورها على امتصاص واستقبال مضمون القوانين الأجنبية التي تشير بتطبيقها⁴.

واستقبال القانون الأجنبي بحسب هذه النظرية يكون إما:

- استقبال مادي: وفيه تفقد قاعدة الإسناد صفتها الأجنبية⁵، ويندمج محتواها في قانون القاضي

الوطني اندماجاً مادياً⁶.

- أو استقبال شكلي: وبمقتضاه يندمج القانون الأجنبي في القانون الوطني ولكنه يبقى محتفظاً

بمقوماته التي يمنحها إياه النظام القانوني الأجنبي⁷.

¹ -Cf. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Traité..., op. cit., p.527 ;

محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 95

²-Cf. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Traité ..., op. cit., p. 576 ; Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op.cit., p. 276.

³ - أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 231؛ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 362 .

⁴ - أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 95.

⁵ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 95 .

⁶ - أنظر محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 231 .

⁷ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 362؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 231 .

تعرضت هذه النظرية لانتقاد أساسي بسبب استنادها على الخيال لتبرير تطبيق القانون الأجنبي¹؛ كذلك لأنها تؤدي إلى نتائج غير مقبولة في شأن إثباته وتفسيره²، لأنه من الصعب التسليم بافتراض علم القاضي بالقانون الأجنبي أسوة بالقانون الوطني، فالقانون الأجنبي غير منشور في دولة القاضي³. ومن جهة أخرى، التسليم بهذا الرأي يعطي للقاضي الحق في تفسير القانون الأجنبي على النحو الذي يفسر به القانون الوطني، وفي ذلك تجاهل لظروف البيئة التي نشأ فيها هذا القانون، والتي تقضي بأن يلتزم القاضي بتفسير القانون الأجنبي على النحو الذي يفسره به القضاء الأجنبي⁴.

ج. نظرية التفويض

رأى أغلبية الفقهاء الفرنسيين والألمانيين، أن القاضي يطبق القانون الأجنبي بمقتضى تفويض من المشرع الأجنبي أمّلته قاعدة الإسناد في قانون القاضي⁵. ووفقاً لهذه النظرية، يحافظ القانون الأجنبي على صفته الأجنبية، ويسري بقوة إلزامية بوصفه أمراً صادراً من مشرع أجنبي بناء على تفويض أو إنابة صادرة من المشرع الوطني⁶.

ولكن اعترض على هذه النظرية بأن التفويض لا يكون إلا بمفوض معين، والمفوض هنا غير

معين⁷.

¹ - وبهذا الخصوص يقول الأستاذ فؤاد عبد المنعم رياض أنه "من غير المتصور... احتواء قانون القاضي لقوانين كل دول العالم، هذا فضلاً عن أنه من غير المعقول القول بإمكان احتواء قانون القاضي لقاعدة أجنبية إذا كانت هذه القاعدة تتناقى مع الأسس التي يقوم عليها قانون الخاص، أي مع فكرة النظام في دولة القاضي". مقتبس عن، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 232.

² - أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 150؛ محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 95.

³ - أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 150.

⁴ - أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 95؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 150.

⁵ - Cf. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, *Traité...*, op. cit., p.528 ;

علي علي سليمان، مذكرات...، المرجع السابق، ص. 135؛ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 363-364.

⁶ - أنظر، نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي...، المرجع السابق، ص. 25.

⁷ - أنظر، علي علي سليمان، مذكرات...، المرجع السابق، ص. 135.

ورغم اختلاف النظريات السابقة حول الأساس الذي يبنى عليه تطبيق القانون الأجنبي، إلا أنها تجمع أن القانون الأجنبي يطبق بوصفه قانون لا واقعة. ومن أهم ما يترتب على تأكيد الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي:

- أن القاضي يكون ملزماً بتطبيقه من تلقاء نفسه.

- كما يجب على القاضي البحث عن مضمون القانون الأجنبي ولو كان ذلك بمساعدة الخصوم¹.

ثانياً- تطبيق القانون الأجنبي باعتباره مجرد واقعة

أنكرت المدرسة الفرنسية وعلى رأسها الأستاذ باتيفول "BATIFFOL" على القانون الأجنبي صفته القانونية واعتبرته مجرد عنصر من عناصر الواقع، بحجة أن القاضي الوطني لا يطبق القانون الأجنبي بوصفه قانوناً، بناء على أمر من المشرع الأجنبي، لأن القاضي لا يخضع إلا لأوامر مشرعه. فإذا كان القاضي الوطني يطبق القانون الأجنبي فبصفته واقعة فقط، لعدم قدرته على الاحتفاظ بالزاميته خارج حدود دولته. فحسب هذا الاتجاه، تتكون كل قاعدة قانونية من عنصرين:

¹ - وهذا ما جسده القانون الألماني حيث نصت المادة 293 من قانون الإجراءات على أنه: "إن القواعد العرفية و القواعد النظامية، وكذلك القانون في دولة أخرى، ليست في حاجة إلى إثبات إلا في حدود عدم علم المحكمة بها. ولا تلزم المحكمة في تحديد مضمون هذه القواعد العامة القانونية بما قام الخصوم ببيانه، وإنما لها أن تلجأ إلى كافة وسائل العلم وأن تأمر بما تراه ضروريا لمعرفة هذا الهدف". أنظر، نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي...، المرجع السابق، ص. 38.

وهذا أيضا ما استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية حيث ذهبت إلى إلزام القاضي بإثبات القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، أما استعانةه بالخصوم فهي مسألة قانونية واحتياطية.

Cass. 16 février 1966, cité par Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, op.cit., p. 552. .

وكذلك كرست هذا الاتجاه محكمة النقض اللبنانية بحيث قضت في قرارها الصادر بتاريخ 1933/10/03 والمتعلق بإرث الأجانب بأن " للسلطة النازرة في منازعات الإرث أن تتوجه مباشرة إلى السلطات القضائية للحصول على ما يلزم من إيضاحات حول مضمون القانون المختص". أنظر، محكمة النقض اللبنانية، 1933/10/03، مقتبس عن، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 374.

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

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

وإن كانت القاعدة القانونية تتمتع بمهذين العنصرين في حدود الدولة التي أصدرتها، فإنها تفقد عنصر الإلزام بمجرد خروجها من هذه الدولة، وتصبح واقعة كبقية الوقائع، لأن عنصر الأمر والإلزام يتحدد بداهة بالإقليم الذي يتمتع فيه المشرع بسيادته، أما خارجه فلا يبقى للقاعدة القانونية سوى مضمونها، وبذلك تفقد صفتها كقاعدة قانونية¹.

ومن بين النتائج المترتبة على اعتبار القانون الأجنبي كواقعة:

- أن القاضي لا يطبقه من تلقاء نفسه، بل يجب على الخصوم التمسك به وإثارته.

- كما يقع على عاتق الخصوم عبء إثبات أحكام القانون الأجنبي²، ويتعين عليهم في هذه الحالة

أن يتمسكوا به أمام محاكم الموضوع سواء في الدرجة الأولى أو الثانية في شكل دفع، إذ لا يجوز إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا.

¹ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 361، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 147، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 232؛ محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص 94-95 .

² - أنظر، زيروتي الطيب، القانون الدولي...، المرجع السابق، ط. ثانية 2008، ص. 260 .

وقد جسدت هذا الموقف محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في 1995/06/07 بحيث ذهبت إلى أن "التمسك بتشريع أجنبي أساسا لا يعدو أن يكون واقعة يجب إقامة الدليل عليها". أنظر، محكمة النقض المصرية، 1995/06/07، مقتبس عن، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 370 . وجاءت بنفس الحكم في قرار صادر بتاريخ 1970/04/14 بحيث قضت " بأن التمسك أمامها لأول مرة بقاعدة قانونية أجنبية يشكل دفاع يخالطه واقع يجب التمسك به أمام محكمة الموضوع". أنظر، محكمة النقض المصرية، 1970/04/14، مقتبس عن، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 370 . وأخذ القضاء اللبناني أيضا بهذا الاتجاه بحيث قضت محكمة النقض اللبنانية: "إن المادة 134 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، التي تساوى المادة 142 من القانون نفسه والتي توجب إقامة البنية على مضمون القانون الأجنبي، تلقي على عاتق من يدلي بهذا القانون عبء إثباته بحيث لا يؤاخذ القاضي على عدم أخذه المبادرة في البحث عنه...". أنظر، محكمة النقض اللبنانية، 1958/04/38، مقتبس عن، عبده جميل غصوب، محاضرات...، المرجع السابق، ص. 101 . وجاء في حكم آخر لمحكمة بداية بيروت بتاريخ 1975/02/12 "إن من له مصلحة في الإدعاء بقانون أجنبي، يقع عليه أن يقيم البينة على مضمون هذا القانون"². أنظر، محكمة بداية بيروت، 1975/02/12، مقتبس عن، عبده جميل غصوب، محاضرات...، المرجع السابق، ص. 101 .

- تتمتع المحكمة بسلطة كاملة في تفسير القانون الأجنبي دون الخضوع لرقابة المحكمة العليا في هذا الشأن¹.

لكن بالرغم من هذه الركائز، أخذ على هذا الاتجاه أنه يقوم على الخيال والمجاز، لأنه مجرد القاعدة القانونية من صفتها القانونية ويحولها إلى واقعة، لا لشيء إلا لأن القاضي الأجنبي هو الذي يطبقها². وحتى وإن كان صحيحاً أن انتقال القاعدة القانونية عبر الحدود يجردها من عنصر الأمر، فإن دور قاعدة الإسناد يكمن في أن ترد لها العنصر الذي فقدته³. وكذلك لأن التسليم بما جاءت به يؤدي إلى نتائج لا تصب في صالح العلاقات الخاصة الدولية ومصالح الأفراد التي لا تعترف بفكرة السيادة إلا في مجال ضيق⁴.

وبالرغم من الاعتراضات الموجهة للرأي القائل بتجريد القانون الأجنبي من صفته القانونية، إلا أن هناك بعض التشريعات تبنت هذا الرأي صراحة وعاملت القانون الأجنبي كواقعة مادية كالقانون التركي⁵ واللبناني⁶. كما أخذت به أيضاً محكمة النقض المصرية في بعض قراراتها⁷.

أما القضاء الفرنسي، فقد اعتبر في مرحلة أولى القانون الأجنبي كواقعة، لا يلزم القاضي بتطبيقه من تلقاء نفسه⁸. لكنه تراجع بعد ذلك عن موقفه التقليدي، وأجاز للقاضي البحث عن مضمون القانون

¹ - أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 232، 233؛ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 360.

² - أنظر، علي علي سليمان، مذكرات ...، المرجع السابق، ص. 137.

³ - أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 145.

⁴ - أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 233.

⁵ - حيث نصت المادة 76 من قانون أصول المحاكمات المدنية التركي على أنه "يطبق القاضي التركي مباشرة من تلقاء نفسه على ما يعرض عليه من نزاع، وإذا تقرر تطبيق قانون أجنبي فإن إثبات ذلك القانون الأجنبي يقع على عاتق من يتمسك به".

⁶ - بحثت نصت المادة 134 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني القديم على أنه "يجب إقامة البيئة لدى المحاكم اللبنانية على مضمون كل قانون أجنبي". أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 234.

⁷ - فقد جاء في قرار لها صادر بتاريخ 1960/11/07 "إن التمسك بتشريع أجنبي ... لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها". أنظر، محكمة النقض المصرية، 1960/11/07، مقتبس عن، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 138.

⁸ - وهذا ما جسده قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1959/05/12، في قضية زوجين إسبانيين بيسبال "BISBAL" بحيث قضت "أن قواعد التنازع في القانون الفرنسي حين تقضي بتطبيق قانون أجنبي لا تعتبر من النظام العام، بمعنى أن على الخصوم أن يتمسكوا بتطبيقه ولا ضير على القاضي إذا لم يطبقه من تلقاء نفسه".

الأجنبي¹. ثم قضى في مرحلة أخرى بالتطبيق التلقائي للقانون الأجنبي بدون تمسك الخصوم معتبرا إياه قانون وليس واقعة². وبعد ذلك تراجع القضاء الفرنسي وقرر أن قاعدة الإسناد لا تكون ملزمة للقاضي إذا تعلق الأمر بالحقوق التي يكون للأطراف حرية التصرف فيها³.

أما المشرع الجزائري، فقرر من خلال المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها السادسة⁴ التمييز بين القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة وغيره من القوانين الأجنبية. أما الأول، فجعل مخالفته وجها من أوجه الطعن بالنقض، أسوة بالقانون الوطني وبذلك يكون قد اعترف له بصفته القانونية المحضة. وعليه، يجب أن يعامل هذا القانون أمام المحاكم الجزائرية كقانون وليس كواقعة.

La cour de cassation avait jugé : «que les règles françaises de conflit de loi autant de moins qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application, et qu'on ne peut reprocher aux juges de fond de ne pas appliquer d'office la loi étrangère». Cass. Civ ,12 Mai 1959 Arrêt Bisbal, cité par Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, op.cit., p. 531.

¹ - وهذا ما جسده قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1960/03/02 في قضية " بنك الجزائر". أنظر، محكمة النقض الفرنسية، 1960/03/02، مقتبس عن، دربة أمين، المرجع السابق، ص. 66.

² - وهذا ما جسده محكمة النقض الفرنسية من خلال قرارين: الأول القرار المتعلق بقضية « REBOUH » الصادر في 1988/10/11. أنظر، محكمة النقض الفرنسية، 1988/10/11، مقتبس عن، عليوش قروب كمال، المرجع السابق، ص. 137. والقرار الثاني يتعلق بقضية «SHELE» الصادر في 1988/10/18. أنظر، محكمة النقض الفرنسية، 1988/10/18، مقتبس عن، عليوش قروب كمال، المرجع السابق، ص. 137.

³ - وذلك وفقا لقرار « COVECO » الصادر في 1990/12/04. أنظر، محكمة النقض الفرنسية ، 1990/12/04، مقتبس عن، دربة أمين، المرجع سابق، ص. 68.

⁴ - نصت المادة 356 فقرة 06 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه "لا يبيى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التالية - مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة".

وفي ظل قانون الإجراءات المدنية القديم اعتبر المشرع الجزائري أن المخالفة أو الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية هي حالة تستوجب الطعن بالنقض (المادة 233 فقرة 05). الأمر الذي يجعلنا نتساءل حول السبب في استبدال القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية بالقانون الأجنبي المتعلق بالأسرة. هل لأن مفهوم الأحوال الشخصية أوسع من مفهوم "قانون الأسرة"، باعتباره أن الأول مفهوم غير دقيق فيضم كل من الحالة الفردية (الاسم، الأهلية ...) والحالة الأسرية (زواج، طلاق، ميراث) فلو سلمنا بهذا الفرض قلنا أن المشرع الجزائري يتجه نحو تضييق مجال رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي. أم لأن المشرع الجزائري اعتد بالقانون الأجنبي المتعلق بالأسرة، استنادا إلى تسميته "لقانون الأسرة الجزائري" معتبرا مصطلح الأحوال الشخصية - بالرغم من اعتماده من قبل مجموعة من الدول العربية (كالمغرب، سوريا، اليمن) - مصطلح دخيل وغريب عن الشريعة الإسلامية.

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

إن تحديد طبيعة القانون الأجنبي، وتقرير هل هو قانون متعلق بالأسرة أم لا هي مسألة تكييف يفصل فيها القاضي وفقا لقانونه الوطني إعمالا للقاعدة العامة في التكييف. وبما أن المشرع الجزائري اعتبر مسائل الميراث والوصية وسائر التصرفات النافذة بعد الوفاة من مسائل الأحوال الشخصية، وأدرج أحكامها ضمن قانون الأسرة، فهذا يعني أنه كلما تعلق الأمر بتطبيق أحكام قانونية وطنية كانت أم أجنبية، فإن تلك الأحكام تدرج ضمن مفهوم قانون الأسرة. وعليه، كلما اقتضى الأمر تطبيق قانون أجنبي معين على أحد النزاعات الإرثية أو الإيصائية أمام القضاء الجزائري اعتبره القاضي من القوانين المتعلقة بالأسرة، وسيعامل هذا القانون أمام المحاكم الجزائرية كقانون وليس كواقعة. وبناء عليه، فإن القاضي الوطني يكون ملزما بإثارة تطبيقه من تلقاء نفسه. كما يقع على عاتقه عبء إثبات أحكامه.

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

أورد المشرع الجزائري حلا لهذه الإشكالية في المادة 23 مكرر من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها: "يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق"¹.

وبالإضافة إلى إشكالية تحديد طبيعة القانون الأجنبي المختص بحكم النزاعات الدولية ذات

الطابع الإرثي والإيصائي، فإن تطبيق هذا القانون أمام القضاء الوطني يثير أيضا إشكالية تفسيره ومدى رقابة المحكمة العليا على تطبيقه.

¹ - وقد أخذ بهذا الحل أيضا القانون اللبناني في المادة 02/142 من قانون أصول المحاكمات المدنية التي نصت على أنه "إذا تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي فعلى القاضي أن يحكم وفقا للقانون اللبناني". أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 240-341. كما أخذ به أيضا القانون الدولي الخاص التونسي في الفصل 32 منه حيث جاء فيه "وإن تعذر إثبات محتوى القانون الأجنبي فإنه يقع العمل بالقانون التونسي".

الفرع الثاني

تفسير القانون الأجنبي المختص والرقابة عليه

هل يقوم القاضي بتفسير القانون الأجنبي وفقا لما يفسر به قانونه الوطني، أم يفسره طبقا لما هو

سائد في النظام القانوني الأجنبي؟

اختلف الفقهاء في الإجابة عن هذا الإشكال اختلافا بينا، متبنيين اتجاهات مختلفة بشأن دور

القاضي في تفسير القانون الأجنبي.

فذهب الاتجاه الأول إلى أن القاضي يفسر القانون الأجنبي وفقا لنفس الأسلوب المتبع في دولة

القاضي، بحجة أنه ملزم في كلى الحالتين بالبحث عن نية المشرع وما يستهدفه من وراء القواعد التي

صدرت عنه¹.

وقال الثاني بضرورة تفسير القانون الأجنبي وفقا لما استقر عليه قضاء الدولة الأجنبية مع تقرير

حرية نسبية له في تفسيره إن لم يستقر القضاء الأجنبي على تفسير محدد².

أما الثالث وهو الراجح فيرى أن يتم التفسير حسب المبادئ القانونية المعمول بها في النظام

القانوني الأجنبي، ووفقا لما استقر عليه الاجتهاد القضائي الأجنبي، بحجة أن القانون الأجنبي قد حل -

بموجب قاعدة الإسناد الوطنية - بأسره محل النظام القانوني الوطني بالنسبة للعلاقة محل النزاع المطروح³.

¹ - أنظر، زيروني الطيب، القانون الدولي...، المرجع السابق، ط. ثانية 2008، ص. 264؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 100؛ فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 152.

² - أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 99؛ زيروني الطيب، القانون الدولي...، المرجع السابق، ط. ثانية 2008، ص. 264.

³ - أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 100.

والقول بعكس ذلك قد يؤدي إلى إعطاء النزاع حلا مخالفا لذلك الذي يقرره القانون الأجنبي المختص، الأمر الذي ينتج عنه مخالفة قاعدة الإسناد ذاتها.

وقد أخذ القانون التونسي بهذا الاتجاه الأخير صراحة من خلال الفصل 34 من مجلة القانون الدولي الخاص بنصه على ما يلي "يطبق القاضي القانون الأجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي إليه".

كما أيد القضاء اللبناني هذا الاتجاه، حيث قضت محكمة النقض اللبنانية في قرار لها صادر بتاريخ 1957/05/20 "إن المحكمة العليا في الدولة لا تراقب إلا تفسير القوانين الوطنية وتطبيقها، ولا شأن لها بمراقبة و تفسير القوانين الأجنبية"¹.

كما أصدرت محكمة النقض المصرية قرارا بتاريخ 1970/04/14 يصب في ذات المعنى وجاء فيه "إن الاستناد إلى قانون أجنبي هو وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة واقعة يجب إقامة الدليل عليها، ولما كانت الطاعنة لم تقدم ما يثبت أنها تمسكت بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع، فإنه يكون سببا جديدا لا يجوز التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض"².

ولكن حتى الرأي القائل بعدم اختصاص محكمة النقض بالرقابة على تطبيق القانون الأجنبي قدم بعض التنازلات أو التخفيفات، التي أذن من خلالها لمحكمة النقض بمراقبة الخطأ في تكييف العلاقة القانونية محل النزاع، باعتبارها عملية قانونية محضة، تخضع لقانون قاضي الدعوى³.

وبذلك تراقب محكمة النقض تكييف القاضي لمسائل الإرث أو التصرفات النافذة بعد الوفاة. فإن اعتبرها من الأحوال العينية في حين يدخلها القانون الوطني ضمن طائفة الأحوال الشخصية، فيعد هذا

¹ - أنظر، محكمة النقض اللبنانية، 1957/05/20، مقتبس عن، عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ط.2، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009، ص. 112-113.

² - أنظر، محكمة النقض المصرية، 1970 /04/14، مقتبس عن، دربة أمين، المرجع السابق، ص. 86 .

³ - أنظر، عليوش قروبوع كمال، المرجع السابق، ص. 137؛ عبده جميل غصوب، محاضرات في ... ، المرجع السابق، ص. 115 .

خطأ في التصنيف يستوجب رقابة محكمة النقض. وهو الأمر الذي جسده محكمة النقض الفرنسية حيث سلطت رقابتها على تكييف العلاقة القانونية محل التنازع التشريعي¹.

ويدخل ضمن صلاحيات محكمة النقض أيضا مراقبة مسخ أو تشويه القانون الأجنبي المختص، في حالة ما إذا انحرف قضاة الموضوع عن المعنى الحقيقي والواضح لنصوص القانون الأجنبي، لأن ذلك يشكل خرقا لقاعدة الإسناد التي أمرت بتطبيقه.

وهذا ما جسده محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 1961/11/21 التي نقضت من خلاله قرار لمحكمة الموضوع لتجاهله ومسخه المعنى الواضح المحدد لمستند تشريعي².

كذلك يمكن لمحكمة النقض أن تمد رقابتها إذا لم تسبب الأحكام تسيبا كافيا، وهو الأمر الذي أيدته محكمة النقض الفرنسية التي قبلت الطعن بالنقض لقصور في تسيب الأحكام³.

أما إذا اعترفت الدولة للقانون الأجنبي بصفته القانونية، فتحضع الخطأ في تطبيقه أو تفسيره لرقابة محكمة النقض، ويعتبر ذلك كنتيجة منطقية للصفة القانونية التي يحتفظ بها القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، بحيث يصبح متماثلا مع القانون الوطني في خضوعه لرقابة محكمة النقض.

وقد سار على هذا الدرب القانون التونسي حيث نص المشرع صراحة في الفصل 34 من مجلة القانون الدولي الخاص على أنه ".... ويخضع تأويل القانون الأجنبي لرقابة محكمة التعقيب".

كما أكدت محكمة النقض المصرية رقابتها على تفسير القانون الأجنبي من خلال قرارها الصادر بتاريخ 1953/01/08⁴.

¹ - Pour plus de détails sur cette position jurisprudentielle, cons. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE. Traité..., op.cit., p.555.556.

² - Cass.civ.21/11/1961, cité par

عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 518.

³ - Concernant cette position, cons. Particulièrement. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, op. cit., p. 557, 558.

⁴ - أنظر، محكمة النقض المصرية، 1953/01/08، مقتبس عن، هشام علي صادق و شمس الدين الوكيل، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، منشأة المعارف، مصر، 1968. ص. 491.

قد يخطئ القاضي وهو بصدد حل النزاع القانوني في تطبيقه للقانون الأجنبي أو في تفسيره، فهل يخضع هذا لرقابة محكمة النقض؟

للإجابة عن هذا التساؤل يجب التفرقة أولاً بين خطأ القاضي في أعمال قاعدة الإسناد، وخطئه في أعمال القانون الأجنبي المختص.

ففي الحالة الأولى مثلاً، تقضي قاعدة الإسناد في قانون القاضي بخضوع الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة لما بعد الموت لقانون المتوفى وقت الوفاة، فينحرف القاضي عن مؤدى هذه القاعدة ويطبق على العلاقة محل النزاع قانونه أو قانون الموطن أو قانون موقع المال.

أما في الحالة الثانية، فيخضع القاضي العلاقة محل النزاع لما تقضي به قاعدة الإسناد الوطنية ويطبق قانون جنسية المتوفى على الميراث أو أحد التصرفات النافذة بعد الموت، ولكنه يخالف أحكام هذا الأخير مثلاً من حيث أنصبة الورثة، أو الأشخاص المستحقين لحق الإرث، أو القدر الجائز للإيضاء، إلخ. إن مخالفة قاعدة الإسناد أو الخطأ في تطبيقها أو تفسيرها يخضع لرقابة محكمة النقض، لأن قاعدة النزاع هي قاعدة وطنية من وضع المشرع الوطني والخطأ في تطبيقها يعد خطأ في تطبيق القانون الوطني، وبالتالي يخضع لرقابة محكمة النقض¹.

أما دور محكمة النقض في مراقبة حسن تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره، يختلف بحسب معاملة الدولة للقانون الأجنبي .

فإذا عامله معاملة الوقائع فلا رقابة لمحكمة النقض على تطبيقه ولا على تفسيره، وإنما تتولى هذه المهمة محاكم الموضوع، خاصة وأن القول بعكس ذلك يكلف محكمة النقض مالا طاقة لها به، إذ لا تستطيع أن تأخذ على عاتقها مراقبة تفسير مختلف القوانين الأجنبية. في حين تتمثل مهمتها الأساسية في توحيد الاجتهاد القضائي الوطني، والحرص على حسن تطبيق القانون الوطني ووحدة تفسيره لا السهر

¹ - أنظر، عبده جميل غصوب، محاضرات في ...، المرجع السابق، ص. 104؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 242 .

على توحيد اجتهادها مع اجتهاد المحاكم العليا في الدول الأجنبية. كما أن التسليم بتولي محكمة النقض الرقابة على الخطأ في تفسير القانون الأجنبي قد يؤدي إلى اختلاف كلي أو جزئي مع اجتهاد محكمة النقض الأجنبية. وهذا يشكل خرقاً لمبدأ تطبيق وتفسير القانون الأجنبي كما هو مطبق في الدولة التي صدر فيها¹.

أما الوضع في القانون الجزائري، فنستخلصه من نص المادتين 358 و360 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. حيث نصت الأولى على أنه "لا يبني الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التالية 6- مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة".

ونصت الثانية على أنه "يجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها وجهها أو عدة أوجه للنقض".

يستفاد من المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أن المشرع الجزائري يعامل القانون المتعلق بالأسرة كقانون، لأنه يعتبره وجهاً من أوجه الطعن بالنقض، وبالتالي إذا ارتكب القاضي خطأ أو مخالفة في تطبيقه فيمكن للخصوم أن تبني الطعن بالنقض على هذا الوجه.

كما أن المادة 360 من ذات القانون تجيز للمحكمة العليا أن تنقض من تلقاء نفسها أي مخالفة أو خطأ في تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة.

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

¹ - أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 243، 244.

أما القانون الخارج عن إطار قانون الأسرة، فنلاحظ أن المشرع الجزائري قرّر معاملته كأبي واقعة مادية، وبالتالي لا يخضع الخطأ في تطبيقه أو تفسيره لرقابة المحكمة العليا ولا يكون سببا من أسباب قبول الطعن بالنقض¹.

هذا وقد نصت المادة 04 من القانون المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا، تنظيمها وسيرها² على أنه "تعتبر المحكمة العليا محكمة قانون وتجازي كل انتهاك له". وكذلك جاء في المادة 06 من نفس القانون "بوصفها جهازا مقوما لأعمال المجالس القضائية والمحاكم وفقا للأحكام المنصوص عليها في القواعد العامة للإجراءات، تمارس المحكمة العليا رقابة على تسبيب أحكام القضاء ورقابة معيارية تأخذ بعين الاعتبار تكييف الوقائع على ضوء القاعدة القانونية"³.

يستنتج من هاتين المادتين ومادام أن القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة يحتفظ بصفته القانونية المحضة أمام القضاء الجزائري، فإن الخطأ في تطبيقه أو تفسيره يخضع لرقابة المحكمة العليا. كما لهذه الأخيرة أن تمد رقابتها على أي قصور في تسبيب الأحكام وأيضا على الخطأ في التكييف.

إن تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم المسألة الإرثية أو الإيصائية ذات العنصر الأجنبي أمام القضاء الوطني بعد ترجيحه من بين القوانين المتزاحمة، من شأنه معالجة إشكالية تنازع الاختصاص الشرعي في هذا المجال، إلا أن إشكالية تنازع القوانين ليست الإشكالية الوحيدة التي يطرحها اقتحام العنصر الأجنبي مجال الميراث والوصية وسائر التصرفات الملحقة بها، بل إنه بالإضافة إلى ذلك يثير مسألة الاختصاص القضائي الدولي.

¹ - أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 157 .

² - أنظر، قانون رقم 89-22، المؤرخ في 12 ديسمبر 1989، المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا و تنظيمها و سيرها، الجريدة الرسمية رقم 53، الصادرة بتاريخ 19 ديسمبر 1989.

³ - أنظر، عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص. 149 .

الفصل الثاني

الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة
في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

إن تنظيم النزاعات الإرثية أو الإيصائية المشتملة على عنصر أجنبي لا يقتصر على تحديد الاختصاص التشريعي بل يستلزم أيضا تحديد المحكمة المختصة دوليا بهذه المنازعات، ولهذا المسألة الأخيرة أهمية بالغة، إذ يجب على القاضي إذا ما عرضت أمامه منازعة ذات طابع دولي في مسألة من مسائل الميراث، الوصية وسائر التصرفات الملحقة بها، أن ييث في مسألة أولية هامة وهي: هل هو مختص من الوجهة الدولية بالنظر في النزاع المعروض أمامه أم لا ؟

وهذه المسألة تتولى الإجابة عنها قواعد تسمى بقواعد الاختصاص القضائي الدولي، التي تتولى تحديد الحالات التي ينعقد فيها اختصاص قضاء دولة القاضي إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى بالمنازعات المتضمنة عنصرا أجنبيا¹. وتعتبر هذه القواعد من الناحية العملية من أهم قواعد القانون الدولي الخاص على الإطلاق، ذلك أن تحديد الاختصاص الدولي لمحاكم دولة ما يكشف غالبا ومنذ البداية عن الحل النهائي للنزاع، لأن تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع الإرثي أو الإيصائي يتوقف على ما تقضي به قواعد التكييف وقواعد الإسناد في دولة القاضي المطروح عليه النزاع. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن تعيين المحكمة المختصة بنظر منازعة معينة يترتب عليه حتما معرفة الإجراءات الواجبة الإلتباع أمام هذه المحاكم استنادا إلى مبدأ خضوع الإجراءات لقانون القاضي المنظور أمامه النزاع².

ومن ثم، إذا طرح على القاضي الوطني نزاع إرثي أو إيصائي مشتمل على عنصر أجنبي فإنه ينظر أولا إذا كان مختصا بالنظر فيه أم لا - الاختصاص القضائي الدولي المباشر - ويعتمد في تحديد ذلك على الضوابط والمعايير المقررة في قانونه، والتي يبنى على أساسها اختصاص قضائه الوطني في هذه النزاعات.

أما إذا كان النزاع الإرثي أو الإيصائي مطروحا على قضاء دولة أجنبية، فأصدر هذا الأخير حكما بشأنه، وأراد أحد الخصوم تنفيذه في الجزائر؛ فإن ذلك يثير إشكالية أخرى وهي مدى جواز

¹ - أنظر، سعيد يوسف البستاني، الجامع...، المرجع السابق، ص. 33.

² - أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص. 31.

الاعتراف بآثار هذا الحكم في الجزائر؟ وهو تساؤل تتولى القواعد المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية الإجابة عنه¹.

وبذلك سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتطرق في المبحث الأول إلى: تحديد حالات اختصاص المحاكم الوطنية بدعوى الإرث والتصرفات النافذة بعد الوفاة. ونخصص المبحث الثاني إلى تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة.

المبحث الأول

اختصاص المحاكم الوطنية

في منازعات الإرث والتصرفات النافذة بعد الوفاة

إن أول ما يعرض له القاضي عند ما يثار أمامه نزاع إرثي أو إيصائي ذو عنصر أجنبي هو بحث ما إذا كانت محكمته مختصة دولياً بالفصل في هذا النزاع أم لا. فإذا وجدها مختصة انتقل عندئذ إلى إسناد النزاع إلى القانون الواجب التطبيق عليه. أما إذا وجدها غير مختصة فلا داعي عندئذ لإثارة مسألة الاختصاص التشريعي أمامه². ولكن كيف يمكن للقاضي أن يقضي باختصاصه من عدمه؟ وهل هناك قواعد خاصة بتحديد ولاية المحاكم الوطنية بالمنازعات الدولية الخاصة؟

¹ - وقد سميت هذه القواعد بقواعد الاختصاص القضائي الدولي غير المباشر على أساس أن القاضي الوطني قبل تبني أي حكم أجنبي ينظر فيما إذا كان القضاء الأجنبي الذي أصدره مختص أم غير مختص بنظر الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي المراد تنفيذه. أنظر، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1996، ص. 402.

² - أنظر، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، ج. 2، ط. 5، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص. 12.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

إن الإجابة عن هذا التساؤل تختلف من تشريع لآخر، فنجد أن من التشريعات وهي تمثل الأغلبية¹ جاءت بقواعد خاصة تتكفل بتحديد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها الوطنية. أما بعض التشريعات الأخرى كالتشريع الجزائري والفرنسي فلم تخصص للاختصاص القضائي الدولي سوى مادتين² بني على أساسها اختصاص المحاكم الوطنية بنظر الدعاوى التي يكون أحد أطرافها من الوطنين، سواء كان مدعياً أو مدعى عليه.

ولكن هذه النصوص المرتكزة على امتياز الجنسية ليست إلا نصوصاً استثنائية، وبذلك لم توفر هذه التشريعات أي نص تشريعي يتضمن القواعد العادية للاختصاص القضائي الدولي³. ولسد هذا الفراغ أجمع الفقه⁴ والقضاء في الدولتين على ضرورة الرجوع إلى قواعد الاختصاص القضائي الداخلي ومدّها إلى المجال الدولي⁵. وأياً كان نوع القواعد المعتمدة، فإنها ترشد القاضي لتحديد متى تختص محاكمه الوطنية بالتزاعات الدولية الخاصة، ومن بينها تلك التزاعات الخاصة بمسائل الإرث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الوفاة. واختصاص المحاكم الوطنية بالفصل في هذه التزاعات الأخيرة قد يتحدد بناء على المعايير الأصلية للاختصاص القضائي الدولي (المطلب الأول). كما قد يتقرر اختصاصها بهذه الدعاوى في حالات

¹ - ومن بين هذه التشريعات، قانون المرافعات المصري، قانون أصول المحاكمات السوري، والقانون الدولي الخاص التونسي.

² - المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، والمادتين 14 و15 من القانون المدني الفرنسي.

³ - أنظر، موحد إسماعيل، القانون الدولي الخاص، ج.2، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص. 14؛ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ج.2، ص. 19.

⁴ - Cf. Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op.cit., pp.556-557; Jean DERRUPPE, op.cit., p.111; Mohand ISSAD, Droit international privé, Tome 2, Office des publications universitaires, p.19;

أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ج.2، ص.19.

⁵ - حيث استقرت محكمة النقض الفرنسية منذ قرار Pelassa et Rauff بتاريخ 19/10/1959 على اختصاص المحاكم الفرنسية استناداً إلى قواعد الاختصاص المحلي حيث قضت بأنه:

« Le principe qui étend à l'ordre international les règles françaises internes de compétence ». Cass. 19/10/1959, cité par Jean DERRUPPE, op. cit., p.111; Pierre MAYER, Vincent HEUZE, Droit international Privé, 8^{ème} édition, Montchrestien Delta, 2005, p. 202

وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارات لاحقة كقرار « Scheffel » الصادر بتاريخ 1962/10/30، وقرارها الصادر بتاريخ 1981/01/13، مقتبس عن، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.2، ص.19؛

Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op.cit., pp.556-557.

أخرى تستدعي الخروج عن الاختصاص المقرر وفقا لتلك المعايير والاستناد على معايير استثنائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

اختصاص المحاكم الوطنية المبني على المعايير الأصلية

إن تحديد القضاء المختص دوليا بنظر النزاعات الدولية المتعلقة بالميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت يعتمد على جملة من المعايير والضوابط - عامة وخاصة، إقليمية وشخصية - التي يبنى على أساسها اختصاص إحدى الدول قضائيا بهذه الدعاوى، وذلك لارتباطها بكيفية أو بأخرى بالتزاع أو بأطراف التزاع أو بهما معا. ونجد أن أغلبية التشريعات سواء التي خصت الاختصاص القضائي الدولي بقواعد خاصة أو تلك التي قررت إسقاط أحكام الاختصاص المحلي على المجال الدولي، قد تدخلت لوضع قواعد - دولية كانت أو محلية - تبين من خلالها القضاء المختص دوليا بمسائل الإرث. وتحديد ما يعتبر من مسائل الإرث في هذه الحالة يعد مسألة تكيف تخضع حسب القاعدة العامة في التكيف لقانون القاضي. ويعطي الفقه في هذا الصدد عدة أمثلة لما يعتبر من مسائل الإرث. فنذكر على سبيل المثال: الدعاوى الخاصة بشروط استحقاق الإرث، وبتبيان الورثة، وبتحديد مراتبهم؛ والدعاوى التي يرفعها الوارث مطالبا بنصيبه في التركة؛ والدعاوى المتعلقة بتوزيع أنصبة الورثة أو قسمة أموال التركة أو إدارتها؛ وأيضا الدعاوى المتعلقة بموانع الإرث، وحالات الحجب؛ وبيان ما إذا كانت الخلافة بسبب الموت بحكم القانون إجبارية أو اختيارية؛ والدعاوى التي يرفعها دائن المورث مطالبا بسداد

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

دينه من التركة؛ والدعوى التي ترفع على مدين المورث لاستيفاء أموال التركة¹. وذلك باستثناء الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج.

ولعل ما يثير انتباهنا في هذا الصدد أن أغلب التشريعات التي خصت الإرث بقاعدة تعنى أساسا بتحديد القضاء المختص دوليا بهذه المسائل، لم تخص بالذكر المسائل المتعلقة بالوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت. وهذا بخلاف ما هو الحال عليه في ظل قواعد الإسناد، حيث خصت الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت بقاعدة إسناد واحدة، تقضي صراحة بإخضاعها لقانون المورث، أو الموصي، أو المتصرف وقت الوفاة. الأمر الذي يدفعنا للتساؤل حول القضاء المختص دوليا بمسائل الوصايا وسائر التصرفات الملحقة بها: فهل تخضع لنفس قواعد الاختصاص القضائي الخاصة بالميراث نظرا لاتصالها الوثيق بالإرث ولتعلقها أيضا بفكرة الخلافة بسبب الموت؟ أم أنها تخضع لقواعد خاصة باعتبارها تصرفات قانونية إرادية مجردة ومنفصلة عن التركة؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تتوقف على تكييف الوصية وباقي التصرفات التي تأخذ حكمها. وقد سبق وأن رأينا² أن معظم الدول العربية، ومن بينها الجزائر أدمجت كل من الميراث، الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ضمن فئة الأحوال الشخصية. وبذلك هي لم تنظر إلى هذه

¹ - أنظر، جمال محمود الكردي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ج.2-الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية-، ط.1، دون دار النشر، 1996/1995، ص. 468؛ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 623؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 319؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 704.

وهذا ما أكدته المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري حيث جاء فيها تعليقا على المادة 31 ما يلي: "تقرر المادة 31 من المشروع الاختصاص لمحاكم الجمهورية بمسائل الإرث والدعاوى المتعلقة بالتركة... ويتصرف حكم هذا النص إلى الدعاوى المتعلقة بالتركة والواقعة في نطاق الأحوال العينية، مثل دعوى دائني التركة كما ينصرف إلى الدعاوى المتعلقة بالإرث كمطالبات الوارث بنصيبه في التركة..." أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 707. وهو الأمر الذي جسده أيضا المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي حيث نصت على أنه:

« En matière de succession sont portées devant la juridiction dans la ressort de laquelle est ouverte la succession jusqu'au partage inclusivement :

- Les demandes entre héritiers ;
- les demandes formées par les créanciers du Défunt ;
- les demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort » Cf. Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op. cit., p. 560.

² - أنظر، ص. 25-27 من هذه المذكرة.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

التصرفات من زاوية أنها تصرفات قانونية إرادية وإنما من زاوية أنها تصرفات لا تنفذ إلا بعد الوفاة. وبالتالي يجب أن يسري عليها ما يسري على الميراث وأن ينصرف إليها حكم القواعد المحددة للاختصاص القضائي الدولي بمسائل الإرث. ومن ثم يتحدد القضاء المختص دوليا بتراعات الوصية والتصرفات التي تأخذ حكمها بناء على نفس المعايير والضوابط، وذلك نظرا لارتباطها الوثيق بالميراث وكونها هي الأخرى تشكل حالة من حالات الخلافة بسبب الموت، ولو أن الخلافة هنا تكون اختيارية عكس الوضع في الميراث، حيث تكون الخلافة إجبارية. ويتعلق الأمر هنا مثلا بالدعاوى التي تهدف إلى الفصل في صحة الوصية أو التصرف المضاف إلى ما بعد الموت، الدعوى التي يرفعها الموصى له للمطالبة بالأموال الموصى بها¹، دعوى إثبات الإيضاء والوصية²، الدعوى الخاصة بتبيان القدر الجائز للإيضاء به³ الدعوى التي يرفعها الورثة للمطالبة بتخفيض الوصية إذا زاد مقدارها عن القدر الجائز للإيضاء به.

وسوف نتعرف من خلال هذا المطلب على المعايير التي يبنى على أساسها اختصاص إحدى الدول قضائيا بالفصل في التراعات الخاصة بالميراث والوصية وسائر التصرفات النافذة بعد الوفاة. وتتمثل هذه المعايير في معيار محل افتتاح التركة (الفرع الأول)، ومعيار مقر وجود أموال التركة (الفرع الثاني)، ومعيار موطن المدعى عليه (الفرع الثالث)، ومعيار الجنسية (الفرع الرابع).

¹ - أنظر، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 527.

² - حيث نصت المادة 57 من قانون المرافعات الليبي على أنه: "الدعاوى المتعلقة بالتركات التي يرفعها الدائن قبل قسمة التركة تكون من اختصاص المحكمة التي يقع في دائرتها محل افتتاح التركة، وكذلك الدعاوى التي يرفعها بعض الورثة على بعض قبل القسمة والدعاوى المتعلقة بإثبات الإيضاء والوصية". أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 226.

³ - حيث جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الصادر عام 1949 تعليقا على المادة 860 فقرة 02 منه المنقولة عنها المادة 31 من قانون المرافعات لعام 1968 ما نصه "وقد استعمل المشروع عبارة مسائل الإرث للدلالة على تلك الطائفة من المسائل التي يحكمها قانون بلد المورث والتي تعتبر جزءا من حالته الشخصية، فتشمل مثلا المسائل المتعلقة بتحديد صفة الوارث والعقد الجائز للإيضاء به...". أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 704.

الفرع الأول

الاختصاص المبني على معيار محل افتتاح التركة

يعتبر مكان افتتاح التركة من أكثر الضوابط المعتمدة لتوزيع الاختصاص القضائي الدولي فيما يخص مسائل الإرث والتركة عموماً، حيث تختص المحاكم الوطنية بنظر النزاعات الإرثية والإيصائية ذات العنصر الأجنبي، متى افتتحت التركة على إقليمها الوطني. والاعتداد بمحل افتتاح التركة مرده أن التركة حسب الوضع العادي للأموال تفتتح في آخر موطن للمتوفى أو المورث¹.

وبناء عليه، يمكن أن نعتبر أن التركة قد افتتحت في الدولة إذا كان آخر موطن المتوفى كائناً فيها. ومن ثم يكون هذا الموطن بمثابة ضابط الاختصاص في هذه الحالة². وتجسيدا لهذا القول ذهب جمهور الفقه المصري إلى أن التركة تعتبر قد افتتحت في مصر إذا كان آخر موطن للمتوفى في مصر³. الأمر الذي أكدته المذكرة الإيضاحية حيث نصت على أنه " تقرر المادة 31 من المشروع الاختصاص لمحكمة الجمهورية بمسائل الإرث والدعاوى المتعلقة بالتركة، متى كان آخر موطن المتوفى في الجمهورية..."⁴.

وهذا ما ذهبت إليه أيضا الهيئة العامة لمحكمة التمييز اللبنانية من خلال قرارها رقم 08 الصادر بتاريخ 1965/05/22، حيث جاء فيه "بما أنه يتبين من الأوراق أن مورث المستدعية زوجها... من الطائفة العلوية توفي في بيروت، والمستدعية تقيم مع ولديها في بيروت، وبما أنه بمقتضى المادة 93 من قانون أصول المحاكمات المدنية ترى الدعاوى الناشئة عن الإرث في محكمة محا افتتاح التركة حتى القسم، وبما أن المتوفى إنما توفي في بيروت فتكون محاكم لبنان هي الصالحة لرؤية الدعوى هذه الناشئة عن الإرث بمقتضى المادة 93 المذكورة التي تطبق في الصلاحية الدولية..."⁵.

¹ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 1073.

² - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية في دولة الإمارات العربية المتحدة، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص. 82؛ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص. 256؛ محمد مبروك اللافي، المرجع لسابق، ص. 226.

³ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، أصول القانون الدولي الخاص اللبناني المقارن، الدار الجامعية، دون سنة النشر، ص. 490.

⁴ - أنظر، مفوض عبد التواب، الوسيط في شرح قوانين الجنسية والأجانب والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط.1، مؤسسة سعيد للطباعة، مصر، 1983، ص. 175.

⁵ - أنظر، محكمة التمييز اللبنانية، قرار رقم 08 صادر بتاريخ 1965/05/22، مقتبس عن، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 521.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

ويتضح من استقراء هذا القرار أن الاختصاص يؤول إلى المحاكم اللبنانية حتى ولو كان المورث أجنبياً، متى افتتحت التركة في لبنان. وتعتبر التركة مفتوحة في لبنان إذا كان آخر مقام للمتوفى في لبنان، وبذلك يكون هذا الموطن أو هذا المقام هو معيار الاختصاص في هذه الحالة¹.

وخلافا لهذا القول، يرى جانب آخر من الفقه² أنه من غير المعقول أن يفهم أن ضابط الاختصاص هو موطن المتوفى. كما يعتبر نشازا القول بأن للمتوفى موطناً³، لأن رابطتي التوزيع الدولي من جنسية أو موطن إنما ينظر إليهما عند بحث الاختصاص لدى الخصوم في الدعوى من مدعى أو مدعى عليه، والمورث لا يمكن أن يكون خصماً في دعوى إرثه ولا حتى في أي دعوى لأنه ميت⁴.

ومع ذلك لا يرى أغلبية الفقهاء⁵ بأساً في الاعتداد بموطن الشخص بعد موته في مسألة الاختصاص القضائي الدولي. بمسائل الإرث لما في ذلك من اعتبارات عملية تتمثل خاصة في كون موطن المتوفى هو المكان الذي تتركز فيه عادة معظم أمواله⁶، كما يمثل عادة مركز مصالح دائنيه ومدينه أيضاً⁷.

وبذلك تكون محكمة آخر موطن للمتوفى أقرب المحاكم من أموال المورث، ومدينه ومصالح دائنيه، ومن تم تكون هذه الأخيرة أكثر قدرة من غيرها على الفصل في الدعاوى المتعلقة بالتركة الكائنة في دائرتها⁸.

كما أن اختصاص محكمة آخر موطن للمتوفى يسهل في عملية تصفية التركة، كونه يمثل عادة مركز أموال المتوفى، حيث يستطيع أصحاب الحقوق الاطلاع ومواجهة ادعاءاتهم وتقاسم الموجودات إلى

¹ - أنظر، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص الخاص، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص. 30؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، . 520.

² - أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 322؛ عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية...، المرجع السابق، ص. 82.

³ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، أصول...، المرجع السابق، ص. 490.

⁴ - أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 322.

⁵ - أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 701؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 322.

⁶ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، أصول...، المرجع السابق، ص. 490.

⁷ - أنظر، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ج. 2، ص. 468.

⁸ - أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999، ص. 136؛ عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية...، المرجع السابق، ص. 83.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

آخره¹. هذا وأضاف الأستاذ عز الدين عبد الله تحليلاً آخر أو تبريراً آخر لاختصاص آخر موطن للمتوفى يقوم على أساس أن التركة ينظر إليها باعتبارها مجموعة أموال تتركز في موقع حكومي هو آخر موطن للمتوفى، وبذلك تكون محكمة هذا الموطن في الحقيقة هي محكمة موقع المال². كما أن جمع الدعاوى المتعلقة بالتركة وإعطاء صلاحية الفصل فيها لمحكمة واحدة هي محكمة آخر موطن للمتوفى فيه اعتبار حسن سير الخصومة³ لاسيما في حالة تعدد الورثة واختلافهم عن المورث من حيث الجنسية أو الموطن، أو إذا كانت التركة موزعة على عدة دول، أو كان الورثة من جنسيات أو مواطنين مختلفة.

وإيماناً بفاعلية معيار مكان افتتاح التركة أو آخر موطن للمتوفى، أضحي هذا الأخير من الضوابط الشخصية والإقليمية المسلم بها فقهاء وقضاء⁴، وهو ما أقره مؤتمر القانون الدولي الخاص في دورته المنعقدة في لاهاي عام 1928⁵. كما تبنته العديد من التشريعات الأوروبية كفرنسا⁶، تركيا⁷، سويسرا⁸، إيطاليا⁹، إلخ.

وأيضاً أخذت به صراحة العديد من الدول العربية كمصر¹⁰، سوريا¹¹، الكويت¹، لبنان²، تونس³، ليبيا⁴.

¹ - أنظر، بيار ماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي مقلد، المرجع السابق، ص. 729.

² - أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 701؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثالث، ص. 88.

³ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 1073؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 323.

⁴ - أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 701؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 321.

⁵ - من خلال المادة 8 من مشروع الاتفاق الذي أقره المؤتمر. أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 701.

⁶ - من خلال المادة 45 من قانون المرافعات الصادر في 1975/12/5.

Cf. Yvon LOUSSOARN, Pierre BOUREL, op. cit., p. 560.

⁷ - من خلال المادة 30 من القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982. أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 327.

⁸ - من خلال المادة 01/86 في القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987. أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 1073.

⁹ - من خلال المادة 04 من قانون المرافعات الإيطالي. أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 701.

¹⁰ - حيث نصت المادة 31 من قانون المرافعات المصري على أنه " تختص محاكم الجمهورية بمسائل الإرث وبالمدعى المتعلقة بالتركة متى كانت التركة قد افتتحت في الجمهورية...". أنظر، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002، ص. 134.

¹¹ - حيث جاء في المادة 06 من قانون أصول المحاكمات السوري ما يلي: " تختص المحاكم السورية في مسائل الإرث في الأحوال التالية: أ. إذا كان آخر موطن للمتوفى في سورية...". أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 276.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

أما بالنسبة للقانون الجزائري وموقفه من القضاء المختص دوليا بنظر النزاعات الإرثية والإيصائية، وفي ظل غياب القواعد العادية المنوطة بتحديد القضاء المختص بالنزاعات ذات العنصر الأجنبي بصفة عامة، فلا حل أمام القاضي الوطني سوى الاستنجد بقواعد الاختصاص القضائي المحلي الداخلي ومد مفعولها إلى النزاعات الدولية الخاصة، وهو الحل الذي أجمع عليه الفقه وأيده القضاء في فرنسا⁵. وبناء عليه، فإن تحديد القضاء الذي تكون له صلاحية الفصل في الدعاوى الإرثية أو الإيصائية ذات العنصر الأجنبي، يستوجب إسقاط قاعدة الاختصاص المحلية الخاصة بالإرث على النزاع ذو الطابع الدولي الخاص.

وقد كان المشرع الجزائري في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم يمنح الاختصاص في مسائل الإرث لمحكمة مكان افتتاح التركة من خلال الفقرة الرابعة من المادة 08 من القانون سالف الذكر⁶. وبذلك كان المشرع الجزائري يعتمد على آخر موطن للمتوفي كمعيار لتوزيع الاختصاص القضائي الدولي فيما يخص مسائل الإرث والتركات، ومن تم تخصص المحاكم الجزائرية بنظر النزاعات الإرثية والإيصائية ذات الطابع الدولي متى افتتحت التركة في الجزائر.

¹ - حيث نصت المادة من القانون الكويتي رقم 05 لعام 1961 المنظم للعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي على ما يلي: "تختص المحاكم الكويتية بمسائل الإرث في الأحوال الآتية: أ. إذا كان آخر موطن للمتوفي في الكويت...". أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 286.

² - حيث جاء في نص المادة 105 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ما يلي: "في حال تعدد الورثة وحتى انتهاء القسمة تقام الدعوى المختصة بالإرث فيما بين الورثة أو بينهم وبين الموصى لهم أو بينهم وبين دائني التركة لدى محكمة المحل الذي افتتحت فيه التركة...". أنظر، حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، دون سنة النشر، ص. 70.

كما نصت المادة 74 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني أن الاختصاص الدولي يعقد للمحاكمات اللبنانية إذا كانت التركة قد افتتحت في لبنان، ودون تمييز بين أن يكون المتوفي لبناني أو أجنبي. أنظر، عبده جميل غصوب، محاضرات في ...، المرجع السابق، ص. 150.

³ - حيث نصت الفقرة الثالثة من الفصل السادس من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أنه "كما تنظر المحاكم التونسية إذا تعلق الدعوى بتركة افتتحت بالبلاد التونسية...". أنظر، محمود محمود المغربي، المرجع السابق، ص. 105.

⁴ - حيث نصت الفقرة 02 من المادة 03 من قانون المرافعات المدنية الليبي بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي في الأحوال التالية: 2. إذا كانت الدعوى متعلقة: - بتركة افتتحت في ليبيا". أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 257.

⁵ - أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج. 2، ص. 19؛ موحد إسعاد، ترجمة فائز أنجق، المرجع السابق، ج. 2، ص. 18.

⁶ - حيث جاء فيها ما يلي: "وفي مواد الميراث، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان افتتاح التركة".

ولكن المشرع الجزائري تخطى عن ضابط محل افتتاح التركة واعتمد على معيار موطن المتوفى في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹. وهو الأمر الذي يعطي الاختصاص للمحاكم الجزائرية بمسائل الإرث والتركات متى كان للمتوفى موطنًا بالجزائر بغض النظر إذا كان هذا الأخير آخر موطن له أولاً. وهذا الحل أخذ به أيضا القانون الإنجليزي من خلال القاعدة 24 من قواعد التنازع الخاصة بالمحاكم الإنجليزية التي أعطت الاختصاص للمحاكم الإنجليزية متى كانت الدعوى متعلقة بتركة تخص شخص له موطن في إنجلترا².

وبعد أن تعرضنا لمعيار محل افتتاح التركة ننتقل فيما يلي إلى معيار موقع المال باعتباره من الضوابط المعتمدة أيضا لعقد الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية بدعوى الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

الفرع الثاني

الاختصاص المبني على معيار مقر وجود أموال التركة

يعتبر موقع المال محل التركة من المعايير المعتمدة أيضا لتوزيع الاختصاص القضائي الدولي في ما يخص دعاوى الإرث والتركات، حيث يختص قضاء دولة ما بالفصل في النزاعات الإرثية أو الإيصائية ذات العنصر الأجنبي متى كانت هذه الدولة هي دولة موقع أموال التركة³. وعموما يعتبر اختصاص محاكم الدولة بالمنازعات المتعلقة بمال موجود على إقليمها من أكثر القواعد رسوخا في مختلف بلاد

¹ - حيث نصت المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "فضلا عما ورد في مواد 37 و 38 و 46 من هذا القانون ترفع الدعوى أمام الجهات القضائية المدنية أدناه دون سواها 2- في مواد الميراث... أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى..".

² - أنظر، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص. 285.

³ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 1074.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

العالم، وترجع أصولها إلى أحكام القانون الروماني¹ وجسدتها معظم التشريعات الحديثة حيث اعتبرت ضابط موقع المال كمبدأ عام للاختصاص القضائي الدولي².

والنص على هذا المبدأ أخذ طابعا عاما، بحيث يشمل جميع الدعاوى التي تتصل بمنقول أو عقار كائن بإقليم الدولة بغض النظر عن طبيعة النزاع³، وسواء تعلق الدعوى بمسألة من مسائل الأحوال العينية، أو بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية. كما إذا تعلق الأمر مثلا بميراث - قانوني أو إيصائي - يتعلق بأموال كائنة على إقليم الدولة⁴. وهو الأمر الذي يقودنا إلى القول أن اعتماد ضابط موقع أموال

¹ - أنظر، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص. 254؛ محمد ميروك اللافي، المرجع السابق، ص. 219.

² - ومن التشريعات العربية التي نصت صراحة على منح الاختصاص لمحاكمها الوطنية على أساس ضابط موقع المال نجد:

- القانون المصري حيث نصت المادة 2/30 من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الجمهورية". أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، ط. 1، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة النشر، ص. 162.

- القانون الأردني من خلال المادة 2/28 من قانون أصول المحاكمات المدنية، أنظر، غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص. 285.

- القانون اللبناني، حيث نصت المادة 78 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أنه "تختص المحاكم اللبنانية بالنظر في الدعاوى المقامة ضد أي شخص لبناني أو أجنبي ليس له محل إقامة حقيقي أو مختار أو سكني في لبنان إذا تعلق الدعوى بمال واقع في لبنان عند تبليغ الإداء...". أنظر، عبده جميل غصوب، محاضرات في ...، المرجع السابق، ص. 145-164.

- القانون السوري حيث نصت المادة 4 من قانون أصول المحاكمات السوري على أنه "تختص المحاكم السورية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو مسكن في سورية في الأحوال التالية: ب/ إذا كانت الدعوى متعلقة بمنقول أو بعقار موجود في سورية...". أنظر، محمد ميروك اللافي، المرجع السابق، ص. 275.

- القانون التونسي، حيث جاء في نص الفصل الخامس من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي ما يلي "تنظر المحاكم التونسية أيضا:

03- في النزاعات التي يكون موضوعها حقا منقولا موجودا بالبلاد التونسية..." وجاء أيضا في الفصل الثامن ما يلي "تختص المحاكم التونسية دون سواها:

02- إذا تعلق الدعوى بعقار كائن بالبلاد التونسية". أنظر، محمود محمود المغربي، المرجع السابق، ص. 105،

ومن التشريعات الغربية التي اعتمدت أيضا على موقع المال كضابط لتوزيع الاختصاص القضائي الدولي: القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982 في مادته 27، والقانون الدولي الخاص اليوغسلافي لعام 1983 في مادته 17، أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص. 162.

وجاء أيضا في القاعدة 24 من قواعد النزاع الخاصة بالمحاكم الإنجليزية "تمتع المحكمة باختصاص النظر في الدعاوى حتى ولو كان المدعى عليه مقيما في خارج إنجلترا أو وقت إتمام التبليغ القضائي:

أ. إذا كانت الدعوى تخص أراضي في إنجلترا أو الحصول على شهادة لصالح تلك الدعاوى المتعلقة بالأراضي.

ب. إذا كانت الدعوى متعلقة بفعل أو وثيقة أو عقد أو التزام أو وصية أو مسؤولية متعلقة بأراضي في إنجلترا.

ج. إذا كانت الدعوى متعلقة بأراضي أو أموال واقعة في إنجلترا". أنظر، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص. 285.

³ - أنظر، مفوض عبد التواب، المرجع السابق، ص. 169.

⁴ - أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 713؛ عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007-2008، ص. 94.

التركة صراحة في دعاوى الإرث والتركات ما هو إلا ترديد وتأكيد للمبدأ العام¹، لا بل وإن البعض² قد جعل من الاختصاص المبني على موقع المال اختصاصا حصريا بالنسبة للدعاوى التالية:

أولا- دعوى تصفية التركة

وذلك لأن هذه الدعوى تقتضي إجراءات يتعين اتخاذها بالنسبة للأموال محل التركة سواء تعلق الأمر بمنقولات أو عقارات، بحيث يفضل اختصاص محكمة الموقع بها على اختصاص أي محكمة أخرى، وأيضا لأن التصفية تعد من مسائل الأحوال العينية فيجب أن تخضع بذلك لقانون موقع المال لأنها تؤثر على سلامة المعاملات في بلد موقع المال³.

ثانيا- دعوى قسمة التركة

فتختص محكمة موقع الأموال بدعوى قسمة التركة سواء تعلقت القسمة بعقارات أو منقولات نظرا لما لهذه الدعوى من طبيعة خاصة. ذلك أن دعوى القسمة ليست في الحقيقة سوى إجراءات تتم لدى المحكمة وأقدر محكمة على توليها هي محكمة موقع المال. فلو صدر حكم باتخاذ إجراءات القسمة من محكمة أخرى فإن حكمها والواجب التنفيذ في دولة الموقع سيكون عديم القيمة لأن محاكم دولة الموقع سوف ترفض غالبا الأمر بتنفيذ الحكم أو الاعتراف بآثاره هناك⁴.

وضابط موقع المال هو ضابط موضوعي لأنه يكفي لوحده لتقرير الاختصاص دون النظر إلى أشخاص الخصوم. كما أنه ضابط إقليمي لأنه يتحدد بالنظر إلى إقليم الدولة⁵، وبمقتضاه ينعقد

¹ - أنظر، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ج.2، ص. 468-469؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثالث، ص. 88-89.

² - أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 708.

³ - أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 708؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 332.

⁴ - أنظر، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 143؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 333؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 708-709.

⁵ - أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 88.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

الاختصاص للمحاكم الوطنية بالنسبة للمنازعات المتعلقة بأموال موجودة في الدولة سواء كان هذا المال عقارا أو منقولا. وتقرير هذا المبدأ يرجع إلى عدة اعتبارات قانونية وعملية. فمن الناحية القانونية نجد أن سيادة الدولة على إقليمها تقتضي خضوع جميع المنازعات المتعلقة بأموال كائنة بها لولاية محاكمها بغض النظر عن جنسية أطراف العلاقة¹، لأن وجود المال على إقليم الدولة يقيم رباطا بين النزاع المتعلق بهذه الأموال وإقليم الدولة، وهذا الرباط هو ما يبرز اختصاص محاكم هذه الأخيرة².

أما من الناحية العملية، فنجد أن محكمة موقع المال يسهل عليها اتخاذ إجراءات التحقيق والمعاينة والكشف وتعيين الخبراء والحارس القضائي على المال موضوع النزاع³، مما يجعلها دون أدنى شك أقدر من غيرها على نظر الدعاوى المتعلقة بالمال الموضوع تحت سيطرتها، وحسم النزاع المتعلق به بدون إطالة الوقت وتكبّد نفقات زائدة⁴. كما أن منح الاختصاص لمحكمة موقع المال من شأنه أن يضمن فعالية الحكم الصادر في هذه الدعاوى على أساس أن محاكم هذه الدولة ستكون قادرة على اتخاذ إجراءات التنفيذ على هذا المال باعتباره في حوزتها وتحت سيطرتها⁵، ويكفل أيضا آثار الحكم الصادر. وليس أدل على ذلك من أن محاكم دولة العقار لن تعترف بالحكم الصادر بشأنه من محكمة أجنبية، الأمر الذي يصبح معه ذلك الحكم عديم القيمة⁶.

إن التسليم بمعيار ضابط موقع المال كضابط لتوزيع الاختصاص القضائي الدولي، يطرح إشكالية تحديد الوقت الذي يعتد فيه بتوافر المال موضوع النزاع على إقليم الدولة حتى ينعقد الاختصاص لمحاكمها الوطنية. وهذه الإشكالية لا تطرح بطبيعة الحال بالنسبة للأموال العقارية نظرا لطبيعتها الثابتة، ولكنها تثار خاصة بالنسبة للمال المنقول الذي يمكن نقله من مكان لآخر. وبذلك قد يتغير مكان وجوده عدة

¹ - أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 219؛ غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص. 285.

² - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية ...، المرجع السابق، ص. 30.

³ - أنظر، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص. 285؛ طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 280؛ محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص.

219.

⁴ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 93-94؛ غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص. 285.

⁵ - أنظر، عكاشة محمود عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 93-94.

⁶ - أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 220.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

مرات من وقت نشوء الالتزام به إلى وقت تنفيذ هذا الالتزام¹، مما يثير التساؤل حول معرفة ما هو القضاء المختص في هذه الحالة؟ إن الشائع المعمول به هنا هو أن العبرة تكون بتحديد موقع المال المنقول وقت رفع الدعوى لأنه في هذا الوقت يتحدد اختصاص المحكمة ثبوتاً أو نفياً².

وبذلك إذا نقل المنقول إلى دولة أخرى بعد رفع الدعوى فإن محكمة موقعه تظل مختصة. وإذا نقل إلى دولة أخرى قبل رفع الدعوى فينعتد الاختصاص لمحكمة الموقع الجديد، حتى وإن كان النزاع بشأن المنقول قد نشأ بين الخصوم قبله³.

ومن التشريعات التي اعتمدت على مقر وجود أموال الشركة كضابط لمنح الاختصاص لمحاكمها الوطنية، نجد التشريع المصري حيث جاء في نص المادة 31 من قانون المرافعات ما يلي: "تختص محاكم الجمهورية بمسائل الإرث وبال دعاوى المتعلقة بالتركة... أو كانت أموال الشركة كلها أو بعضها في الجمهورية"⁴.

والمشرع المصري من خلال هذه المادة منح الاختصاص للمحاكم المصرية بمسائل الإرث والتركات متى تواجدت أموال الشركة كلها أو بعضها في مصر، دون أي شرط آخر⁵. وذلك عكس ما كان عليه في ظل قانون المرافعات الصادر عام 1949 (المادة 860 / 2)، حيث لم يكتف بموقع أموال

¹ - أنظر، غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص. 285.

² - أنظر، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص. 253؛ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 629.

³ - أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 221.

وهذا الرأي أيدته محكمة التمييز الأردنية بحيث قضت: "لم تفرق المادة 2/28 من قانون أصول المحاكمات المدنية بين التواجد الدائم للمال وبين التواجد المؤقت بسبب إطلاق النص، وعليه فإن مرور السيارات اللبنانية موضوع الدعوى في الأردن، يفيد تواجدها وفقاً لأحكام المادة المشار إليها وتكون المحاكم الأردنية المختصة بنظر الدعوى لوجود السيارات موضع الدعوى في الأردن عند إقامة الدعوى". أنظر، محكمة التمييز اللبنانية، قرار رقم 93/548، صادر عام 1994، مقتبس عن، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 310.

⁴ - أنظر، مفوض عبد التواب، المرجع السابق، ص. 175.

⁵ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، أصول... المرجع السابق، ص. 492.

وسار على نفس الدرب المشرع التونسي من خلال الفقرة 03 من الفصل 06 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي بنصها على ما يلي:
" كما تنظر المحاكم التونسية: 3- إذا تعلقت الدعوى بتركة... أو كانت مرتبطة بانتقال الملكية بموجب الإرث لعقار أو منقول كائن بالبلاد التونسية".
أنظر، محمود محمود المغربي، المرجع السابق، ص. 105، وأيضاً اعتمد المشرع اليمني صراحة على هذا الضابط وهذا ما جسدهته المادة 58 من قانون المرافعات والتنفيذ المدني بنصها على ما يلي: "تختص المحاكم اليمنية بالدعاوى... المتعلقة بالتركات... أو كانت أموال الشركة كلها أو بعضها في اليمن"
أنظر، سهيل حسن الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 275.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

التركة كلها أو بعضها في مصر لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بمسائل الإرث بل استوجب أيضا بجانب ذلك أحد الأمرين، أولهما أن يكون المورث مصريا أو أن يكون الورثة كلهم أو بعضهم مصريين، وثانيهما أن تكون محكمة محل افتتاح التركة غير مختصة طبقا لقانونها¹.

وبالرغم من أن ما جاءت به المادة 31 من قانون المرافعات المصري يعد تأكيدا للمبدأ العام المنصوص عليه في المادة 2/30 من ذات القانون²، إلا أن هناك من الفقه المصري³ من يرى أن هناك فارق هام بين اختصاص المحاكم المصرية القائم على وجود المال في مصر كقاعدة عامة، وبين اختصاص هذه المحاكم في مسائل الإرث والتركات وفقا للمادة 31 من قانون المرافعات. ففي الحالة الأخيرة يكفي لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بدعاوى الإرث والتركات أن تكون بعض أموال التركة في مصر حتى ولو كان المال محل النزاع موجودا في دولة أجنبية، حيث جاءت المادة بعبارة " أو كانت أموال التركة كلها أو بعضها في الجمهورية ". وقال الأستاذ هشام علي صادق تعليقا على مؤدى هذه المادة: "ونحن وإن كنا لا نرى مانعا من قبول هذه النتيجة بالنسبة للأموال المنقولة الموجودة في الخارج، إلا أن الأمر لا بد أن يختلف بالنسبة للعقارات الكائنة في دولة أجنبية"⁴. فلا تختص المحاكم المصرية، إذا ترك

¹ - أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 703.

وهذا الموقف الأخير سايره المشرع السوري فقد جاء في نص المادة 6 من قانون أصول المحاكمات ما يلي: "تختص المحاكم السورية في مسائل الإرث في الأحوال الآتية:

ج- إذا كانت أموال التركة كلها أو بعضها في سورية وكان المورث سوريا أو كان الورثة كلهم أو بعضهم سوريين.

د- إذا كانت أموال التركة كلها أو بعضها في سورية وكانت محكمة محل فتح التركة غير مختصة طبقا لقانونها.

كما أخذ به أيضا التشريع الكويتي من خلال المادة 06 من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي التي جاء فيها: "تختص المحاكم الكويتية بمسائل الإرث في الأحوال الآتية:

ج- إذا كانت أموال التركة كلها أو بعضها في الكويت وكان المورث كويتيا أو كان الورثة أو بعضهم كويتين.

د- إذا كانت أموال التركة كلها أو بعضها في الكويت وكانت محكمة محل افتتاح التركة غير مختصة طبقا لقانونها". أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 286.

² - سبق ذكر هذه في المادة في هامش ص. 145 من هذه المذكرة.

³ - أنظر، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 137؛ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 485.

⁴ - أنظر، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 137.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

المورث أموالا عقارية بعضها في مصر، وبعضها الآخر في الخارج إلا بالدعوى المتعلقة بالجزء الموجود في مصر دون الجزء الآخر الموجود خارج إقليمها¹.

بالإضافة إلى تقرير صلاحية القضاء الوطني بالفصل في النزاعات الإرثية والإيصائية ذات العنصر الأجنبي بناء على ضابط موقع المال محل التركة، فقد ينعقد اختصاصه أيضا بالفصل في هذه النزاعات إذا كان المدعى عليه في هذه الدعاوى متوطنا في إقليم الدولة المرفوع أمام قضائها النزاع الإرثي أو الإيصائي ذو الطابع الدولي.

الفرع الثالث

الاختصاص المبني على معيار موطن المدعى عليه

تعد قاعدة الاختصاص القضائي التي على أساسها تختص محاكم الدولة التي يوجد بها موطن المدعى عليه من أقدم قواعد الاختصاص القضائي في مجال العلاقات الخاصة الدولية². كما تعتبر من أكثر القواعد شيوعا في التشريعات الوضعية الحديثة. هذه الأخيرة التي جعلت منها أصلا عاما لتحديد الاختصاص القضائي المحلي والدولي على حد سواء³.

¹ - أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثالث، ص. 89.

² - أنظر، أشرف وفا محمد، آثار التوارث بين الدول على إعمال قواعد القانون الدولي الخاص، ط. 1، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة النشر، ص. 124.

³ - أنظر، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 16؛ محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 214.

ومن التشريعات العربية التي نصت صراحة على اعتماد قاعدة موطن المدعى عليه في مجال الاختصاص القضائي الدولي نجد قانون المرافعات المصري حيث نصت المادة 29 منه على أنه " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية...". أنظر، هشام خالد، دعوى صحة ونفاذ عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي والمحكمة المختصة دوليا بنظرها، ط. 1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2003، ص. 100، وأخذ بها أيضا القانون السوري (المادة 03 من قانون المرافعات)، والقانون الكويتي لتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي (المادة 07 منه)، والقانون الليبي (المادة 1/3 من قانون المرافعات المدنية والتجارية). أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 275، 286، 212. وأيضاً القانون الإماراتي (المادة 20 من قانون الإجراءات المدنية). أنظر، عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية التجارية الدولية ...، المرجع السابق، ص. 48. والقانون التونسي (الفصل 3 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي) أنظر، محمود محمود المغربي، المرجع السابق، ص. 104. هذا ونصت الاتفاقية العربية للتعاون القضائي

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

وبناء على هذا الضابط ينعقد الاختصاص لمحاكم الدولة التي يوجد بها للمدعى عليه موطن أو محل إقامة. ومن ثم نستنتج أنه يشترط لإعمال هذه القاعدة أن يكون المدعى عليه متوطن أو مقيم في الدولة المعنية حتى ينعقد الاختصاص لمحاكمها الوطنية¹. وحتى يتحقق توطن الشخص في دولة ما يجب توافر عنصرين، أولهما ذو طابع مادي يتمثل في إقامة الشخص على وجه الاستمرار في الدولة المعنية، وثانيهما ذو طابع معنوي وقوامه أن تكون لهذا الشخص نية البقاء والاستقرار في الدولة المعنية وأن يتخذ فيها مستقرا ومسكنا على وجه الديمومة. هذا ويكفي توافر العنصر المادي لكي نقول أن للشخص محل إقامة في دولة معينة فتكون العبرة عندئذ بإقامة الشخص المادية، سواء اقترنت بنية الاستمرار فيها أولا².
والحكمة من وراء تقرير قاعدة المدعى يسعى إلى المدعى عليه في محكمته³، تعود إلى عدة اعتبارات منها:

- أن الأصل براءة ذمة المدعى عليه لحين إثبات العكس، وليس من العدالة تحميله مشقة ومصاريف الانتقال لمحكمة المدعى¹ بل على المدعي أن يثبت دعواه ويلاحق المدعى عليه في موطنه².

في مادتها 28 على هذه القاعدة بقولها: "أن المحكمة تعتبر مختصة إذا كان موطن المدعى عليه أو محل إقامته وقت النظر في الدعوى في إقليم الدولة المصدرة للحكم". أنظر، طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 218.

أما عن المشرع الجزائري فنصت المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه. وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك". وهذه المادة بالرغم من أنها خصت لتنظيم الاختصاص الإقليمي الداخلي إلا أن حكمها يمتد إلى مجال العلاقات الخاصة الدولية وهذا ما أكدته الغرفة المدنية التابعة لمحكمة قسنطينة في حكمها رقم 71/94 والصادر في 1972/04/20 حيث قضت "حيث أن الهيئات القضائية الجزائرية ... تعتبر مختصة تجاه الأجنبي المدعوى للمثول أمامها، حين تطوي المنازعات المرفوعة أمامها، كما هي الحال في الدعوى، على صلة تربطها بالجزائر، بسبب الإقامة أو الوطن...". أنظر، محكمة قسنطينة، 1972/04/20، مقتبس عن، موحد إسعاد، ترجمة فائز أنجق، المرجع السابق، ج.2، ص. 21.

وبالإضافة إلى التشريعات العربية، هناك العديد من التشريعات الغربية التي منحت الاختصاص القضائي لمحكمة الوطنية على أساس توطن الشخص أو إقامته على إقليمها الوطني ومن بينها القانون الدولي الخاص التركي (المادة 28 منه)، قانون المرافعات الألماني (المادة 20002/640)، القانون الدولي الخاص الإيطالي (المادة 1/3 منه)، قانون المرافعات الفرنسي لعام 1975 (المادة 1/42)، القانون الإنجليزي (القاعدة 52 من قواعد النزاع الخاصة بالمحاكم الإنجليزية). أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1047-1048. وقد نص على هذه القاعدة أيضا في معاهدة بروكسل المبرمة بتاريخ 1968/09/27، أنظر، أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص. 124.

¹ - أنظر، هشام علي صادق؛ حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي...، المرجع السابق، ص. 57.
² - أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 682؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1048؛ عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية...، المرجع السابق، ص. 44، 48.

³ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص. 70.

- إن الأخذ بضابط موطن المدعى عليه يقوم أيضا على أساس عملي يهدف إلى تفادي ترك المدعى عليه تحت رحمة المدعي سيء النية، الذي قد يعتمد رفع دعاواه أمام المحكمة الأبعد عن موطن المدعى عليه بغرض تكليفه مصاريف إضافية³.
- إن اختصاص محكمة موطن المدعى عليه من شأنه أيضا تكريس فعالية ونفاذ الأحكام الصادرة عنه. فتوطن الشخص أو إقامته في دولة معينة من شأنه أن يولد رابطا جديا بين الشخص والدولة⁴. وهذا الرباط هو الذي يمكن الدولة من إلزام المدعى عليه بالحكم الصادر على محاكمها، نظرا لما لها من سلطة فعلية عليه⁵. هذا ويسهل على محكمة موطن المدعى عليه اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة المدعى عليه وعلى أمواله أيضا بحسبان أن الشخص عادة ما يمارس نشاطاته التجارية في المكان الذي يتخذه موطنه له⁶.

إن الاختصاص المبني على معيار موطن أو إقامة المدعى عليه قد يثير التساؤل في حالتين:

الحالة الأولى: تعدد مواطن المدعى عليه

تتحقق هذه الحالة عندما يكون للمدعى عليه أكثر من موطن، حيث تتعدد عندئذ المحاكم المختصة بتعدد مواطن المدعى عليه⁷. وهو أمر يمكن تصوره خاصة وأن كل من ضابط الموطن أو محل الإقامة يصنفان ضمن خانة الضوابط القابلة للتغيير والانتقال⁸. فيمكن أن يكون المدعى عليه متوطنا أو مقيما في دولة معينة وقت نشوء العلاقة، ويقوم بنقل موطنه إلى دولة أخرى وقت قيام الخصومة أو

¹ - أنظر، طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 278؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 257.

² - أنظر، غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص. 284.

³ - أنظر، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 98.

⁴ - أنظر، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 25.

⁵ - أنظر، موسى عبود، المرجع السابق، ص. 330.

⁶ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية...، المرجع السابق، ص. 43.

⁷ - أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 217؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 272-273.

⁸ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، أصول...، المرجع السابق، ص. 519.

بعدها¹. ففي مثل هذا الفرض يثور التساؤل عن الوقت الذي يعتد فيه بتوافر ضابط الاختصاص – توطن المدعى عليه أو إقامته – حتى ينعقد الاختصاص لمحاكم الدولة المعنية. يذهب الرأي الراجح إلى أن العبرة في توافر الضابط الذي ينعقد بمقتضاه الاختصاص لمحاكم الدولة هو بوقت رفع الدعوى². وبالتالي يجب أن يكون المدعى عليه متوطنا أو مقيما بالدولة صاحبة الشأن وقت افتتاح الدعوى حتى تختص محاكمها دوليا بنظر النزاع³، وأي تغيير لاحق في هذا الضابط ليس من شأنه أن يؤثر على الاختصاص الذي انعقد لمحاكم الدولة عند رفع الدعوى⁴.

الحالة الثانية: تعدد المدعى عليهم

وتتحقق هذه الحالة إذا ما رفع المدعى دعواه على أكثر من مدعى عليه، وكان لأحدهم فقط موطن في الدولة المعنية، فهل يكفي ذلك لعقد الاختصاص لمحاكمها الوطنية؟ لقد تصدت أغلب التشريعات لهذه الفرضية بمنح الاختصاص لمحاكمها الوطنية إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة على ترابها الوطني⁵. والحكمة من اعتماد هذا الحل تكمن في ضمان حسن سير العدالة بالحفاظ على وحدة الخصومة وحتى لا تصدر في المنازعة الواحدة أحكام متضاربة ومتعارضة من عدة محاكم، الأمر الذي يتعذر معه تنفيذها في آن واحد⁶.

¹ – أنظر، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 653.

² – أنظر، عكاشة محمد عبد العال، أصول...، ص. 250؛ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 653.

³ – أنظر، أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص. 124.

⁴ – أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 751.

⁵ – وقد اعتمد المشرع المصري هذا الحل صراحة من خلال المادة 09/30 من قانون المرافعات حيث جاء فيها: "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية؛ و/ إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في الجمهورية"، أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي...، المرجع السابق، ص. 57.

وهذا الحل اعتمده أيضا المشرع الجزائري في إطار الاختصاص القضائي المحلي حيث نصت المادة 38 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "في حالة تعدد المدعى عليهم، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم". وينصرف حكم هذه المادة إلى الاختصاص القضائي الدولي – للأسباب المذكورة سابقا – فتختص عندئذ المحاكم الجزائرية في حالة تعدد المدعى عليهم إذا كان لأحدهم موطن بالجزائر.

⁶ – أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1059؛ عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية...، المرجع السابق، ص. 51؛ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 627.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

إن القاعدة التي تختص بمقتضاها محكمة موطن المدعى عليه أو محل إقامته، قاعدة ذات طابع عام لا يقتصر مجالها على طائفة معينة من المنازعات¹، بل يتسع ليشمل كافة الدعاوى التي ترفع على الأجنبي المتوطن أو المقيم على إقليم الدولة، باستثناء الدعاوى المتعلقة بعقار واقع خارج إقليم الدولة². وبناء عليه يسرى حكم هذه المادة على دعاوى الإرث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، فتختص عندئذ المحاكم الوطنية بنظر دعاوى من هذا القبيل متى كان المدعى عليه في هذه الدعاوى متوطن أو مقيم في الدولة صاحبة الشأن وهو الأمر الذي أكدته المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري حيث جاء فيها: "... إن انعقاد الاختصاص لمحاكم الجمهورية على أساس موطن المدعى عليه أو محل إقامته هي قاعدة عامة لا تعطّلها قواعد الاختصاص الخاصة بمسائل الولاية على المال أو بمسائل الميراث أو غيرها إلا حيث يوجد نص يقضي بخلاف ذلك"³.

وبعد أن تطرقنا لمعيار موطن المدعى عليه والدور الذي قد يلعبه هذا الأخير في تقرير اختصاص المحاكم الوطنية بنظر دعاوى الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة، ننتقل إلى تبيان الحالات التي قد ينعقد فيها اختصاص القضاء الوطني بالفصل في هذه الدعاوى بناء على ضابط شخصي آخر وهو ضابط الجنسية.

¹ - أنظر، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 16.

² - أنظر، مفوض عبد التواب، المرجع السابق، ص. 166.

³ - أنظر، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 635.

هذا وكان قانون المرافعات المصري القديم الصادر عام 1949 قد تضمن صراحة النص في المادة 861 على اختصاص محاكم الدولة بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية إذا كان المدعى عليه متوطنا بالدولة. أنظر، مفوض عبد التواب، المرجع السابق، ص. 167. ونصت أيضا المادة 3 من القانون السالف الذكر على أنه: " تختص المحاكم المصرية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو مسكن في مصر... إذا كانت الدعوى متعلقة بتركة افتتحت في مصر...". وهذا ما يعني أنه لو كان للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في مصر لطبقت القاعدة العامة التي تقضي أن المدعي يسعى إلى المدعى عليه في محكمته. أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1072. كما كانت المادة 860 من القانون السابق ذكره تعطي الاختصاص للمحاكم المصرية في دعاوى الإرث في حالة ما إذا كان للمدعى عليهم أو بعضهم موطن في مصر. أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 703.

الفرع الرابع

الاختصاص المبني على معيار الجنسية

إن الجنسية، سواء كانت أصلية أو مكتسبة، قد تكون معيارا يبنى على أساسه الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته. ويمكن اتخاذ الجنسية كضابط لتوزيع الاختصاص القضائي الدولي فيما يخص دعاوى الإرث، الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت وذلك في حالتين مختلفتين:

ففي الحالة الأولى يكون الاختصاص المبني على أساس معيار الجنسية اختصاصا عاما جوازا بحيث لا يقتصر على طائفة معينة من المنازعات دون غيرها بل يخص كافة الدعاوى - مع بعض الاستثناءات سوف نأتي لذكرها لاحقا - بما فيها دعاوى الإرث والتركات، وهي الحالة التي يكون فيها المدعى عليه من مواطني الدولة المعنية، وسواء كان من الورثة أو الموصى لهم أو المتصرف لهم، أو دائني المورث أو مدينه ، وكل من له أو عليه حق على تركة الهالك.

أما في الحالة الثانية: فيكون الاختصاص المبني على أساس معيار الجنسية اختصاصا أصليا ويخص دعاوى الإرث والتركات دون غيرها - أي اختصاص مقيد بنوع الدعوى - ، وهي الحالة التي يكون فيها المتوفى من مواطني الدولة صاحبة الشأن.

أولا- الاختصاص المبني على أساس جنسية المدعي أو المدعى عليه

هناك من التشريعات من أعملت ضابط الجنسية كمعيار عام للاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، سواء كان الوطني الخصم في المنازعة مدعيا أو مدعى عليه كالتشريع الفرنسي والتشريع الجزائري. وهناك من التشريعات من اقتصر على تقرير الاختصاص لمحاكمها الوطنية متى كان المدعى عليه من وطنيها، وبذلك لم تجعل من جنسية المدعي كضابط لمنح الاختصاص لمحاكمها وهو موقف التشريع المصري وغالبية الدول العربية.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

وعليه، فمن التشريعات التي جعلت من جنسية المدعي والمدعى عليه على السواء كضابط لمنح الاختصاص لمحاكمها الوطنية، نجد التشريع الفرنسي، إذ جسد ذلك في المادتين 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي اللتين قررتا منح الاختصاص للمحاكم الفرنسية متى كان أحد الخصوم فرنسيا¹. ولإعمال حكم هاتين المادتين، يكفي توافر الجنسية الفرنسية لدى أحد المتقاضين سواء كان مدعيا - المادة 14 - أو مدعيا عليه - المادة 15 -² بغض النظر عن موطن الفرنسي أو محل إقامته سواء كان داخل الإقليم الفرنسي أم خارجه³. وتكون العبرة بجنسية المتقاضى الفرنسية وقت رفع الدعوى⁴، فينعتقد الاختصاص عندئذ للمحاكم الفرنسية حتى ولو كانت هذه الجنسية غير متوفرة عند نشوء العلاقة محل النزاع، كما لا يؤثر على اختصاص المحاكم الفرنسية تغيير الجنسية الذي يكون لاحقا على رفع الدعوى⁵.

¹ - Cf. Jean DERRUPE, op. cit, p.112 ; Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Droit..., op. cit., p.448.

حيث تنص المادة 14 من القانون المدني الفرنسي على أن: "الأجنبي حتى ولو لم يكن مقيما بفرنسا، يجوز أن يكلف بالحضور أمام المحاكم كما يمكن أن يقدم أمام محاكم فرنسا من أجل التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع فرنسيين".¹ وتنص المادة 15 من ذات القانون على أنه: "يمكن تقديم فرنسي أمام محكمة فرنسية من أجل التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي حتى ولو تم ذلك مع أجنبي".

L'Article 14 du code civil français dispose que « L'étranger, même nom résident en France, pourra être cité devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des français ».

L'Article 15 du code civil français dispose qu' « un français pourra être traduit devant un tribunal de France pour les obligations par lui contractées en pays étranger même avec un français ». Cf. Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op. cit., p. 570-571.

² - Cf. Pierre MAYER, Vincent HEUZE, op. cit., p. 207 ; Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op. cit., p. 573.

³ - أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 617 - 618.

⁴ - Cf. Henri BATIFFOL. Paul LAGARDE, Droit ..., op. cit, p. 480.

⁵ - أنظر، بيار ماير، فانسان هوزية، ترجمة علي مقلد، المرجع السابق، ص. 272؛ بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 349.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

وتقابل نص المادتين 14 و15 من القانون المدني الفرنسي المادتان 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري اللتين جاءتا بنفس المعنى، بحيث اعتمد من خلالها المشرع صراحة على الجنسية الجزائرية كأساس لتحديد الاختصاص الدولي العام للمحاكم الجزائرية¹.

وفقا لنص المادتين المذكورتين يكفي لكي ينعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية أن يكون أحد الخصوم جزائريا مدعيا كان أم مدعيا عليه. وبذلك لا يشترط أي شرط آخر إلى جانب الصفة الجزائرية كأن يشترط مثلا أن يكون للجزائري موطن بالجزائر أوله أموال بها². ويكفي توافر الجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى حتى تختص المحاكم الجزائرية، حتى ولو كان الخصم أجنبيا وقت نشوء الحق المتنازع فيه، كما لا يؤثر على اختصاص النظام القضائي الجزائري تغيير الجنسية اللاحق على رفع الدعوى³.

إن التفسير الحرفي للمادتين 14 و15 من القانون المدني الفرنسي والمادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري يمحصر مجال تطبيقها على الالتزامات التعاقدية. وهو الأمر الذي يعطل الفائدة المرجوة من هذه المواد. فإن هي وجدت أساسا من أجل حماية المواطن فلا شك أن هذه الحماية ستكون ناقصة إذا اقتصر على الالتزامات المالية العقدية دون المسائل الأخرى⁴. كما وأن الاختصاص المقرر في هذه المواد مبني على الجنسية وليس على طبيعة النزاع، فقصره بالتالي على الالتزامات العقدية دون غيرها ليس له ما يبرره⁵. وهو ما جعل القضاء الفرنسي يوسع من مجال الدعاوى المعنية بالاختصاص المقرر في المادتين 14 و15 من القانون المدني، بحيث مد مجال تطبيقها إلى كل

¹ - تنص المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر ، أمام الجهات القضائية الجزائرية ، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقدها عليها في الجزائر مع جزائري ، كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقدها عليها في بلد أجنبي مع جزائرين".

أما المادة 42 من ذات القانون فتتص على أنه " يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقدها عليها في بلد أجنبي ، حتى ولو كان مع أجنبي ".

² - أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.2، ص.39،20.

³ - Cf. Mohand ISSAD, Droit international privé, tome 2, les règles matérielles, office des publications universitaires, p. 33.

⁴ - أنظر، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 350.

⁵ - أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.2، ص. 41؛ موحد إسعاد ، ترجمة فائز أنجق، المرجع السابق ، ج.2، ص. 36.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

الدعاوى مالية كانت أو غير مالية. ولم يستثن سوى الدعاوى العينية العقارية المتعلقة بعقار واقع بالخارج والدعاوى الخاصة بتقسيم هذه العقارات وأيضا الطلبات المتعلقة بطرق التنفيذ التي تجري خارج فرنسا¹. وسبب استثناء هذه الدعاوى يرجع أساسا إلى كونها تتصل بسيادة الدولة الأجنبية، مما يجعل كل قرار صادر بشأنها من قضاء أجنبي غير قابل لتطبيقه فيها، فيبقى هذا الأخير بدون حجة أو فعالية تذكر². وهذا الموقف تبنته صراحة محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1970/05/27 حيث قضت بموجبه أن " للمادة 14 من القانون المدني مجال عام يشمل كل المسائل باستثناء الدعاوى العينية العقارية، وطلبات القسمة بخصوص عقارات متواجدة بالخارج وكذا الطلبات الخاصة بطرق التنفيذ الممارسة خارج فرنسا"³.

هذا ويتجه الاجتهاد القضائي الجزائري بدوره إلى توسيع مجال أعمال معيار الجنسية كضابط لتحديد الاختصاص القضائي للمحاكم الجزائرية خاصة في مسائل الأحوال الشخصية⁴.

وبناء على ما تقدم قوله يسري حكم تلك المواد على دعاوى الإرث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت. وبالتالي تختص المحاكم الفرنسية أو الجزائرية بالفصل فيها متى كان المدعى أو المدعى عليه في هذه الدعاوى من الفرنسيين أو الجزائريين، وذلك باستثناء الدعاوى الإرثية المتعلقة بعقار واقع في بلد

¹- Cf. Pierre MAYER, Vincent HEUZE, op cit., p .208 ; Yvon LOUSSOUARN , Pierre BOUREL , op cit., p.575 ; Jean DERRUPE, op cit., p.112.

²- أنظر، أعراب بلقاسم ، المرجع السابق ، ج.2، ص .41 ؛ بن عصمان جمال ، المرجع السابق ، ص. 351.

³- " l'article 14 du code civil a une portée générale s'étendant à toute matière à l'exclusion des actions réelles immobilières et des demandes en partages portant sur des immeubles situés à l'étranger ainsi que des demandes relatives à des voies d'exécutions pratiquées hors de France" . Cass. 1970/05/27 , cité par Pierre MAYER, Vincent HEUZE, op cit., p .208.

⁴- أنظر، محكمة العليا، غ. أ. ش ، 1976/06/07، غير منشور ، مشار إليه في مؤلف

Mohand ISSAD, op cit., Tome 02, p.34.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

أجنبي¹، حيث لا تختص المحاكم الجزائرية أو الفرنسية بالدعوى الإرثية العقارية إلا إذا كانت العقارات متواجدة في الجزائر أو فرنسا².

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن جنسية المتقاضي، المدعي أو المدعى عليه، هي التي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار لا جنسية خلفه³. فإذا تعلق الأمر مثلا بدعوى مرفوعة إلى القضاء الجزائري من قبل وارث من جنسية جزائرية للمطالبة بحقه في الإرث، فتختص المحاكم الجزائرية في هذه الحالة بناء على نص المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنظر النزاع الإرثي على أساس جنسية المدعي - الوارث - الجزائرية حتى ولو كان المورث أجنبيا.

إن الاختصاص المنصوص عليه في المادتين 14 و 15 مدي فرنسي، والمادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري هو اختصاص جوازي اختياري، بحيث يتبين من صياغة هذه المواد أنها غير متعلقة بالنظام العام بل إنها تقرر امتيازاً لمواطنيها⁴. ولعل السبب وراء تقرير المشرع الفرنسي ومن بعده المشرع الجزائري لهذا الامتياز هو الرغبة في توفير الحماية للوطني من جهة، وعدم ثقة قضائه الوطني في قضاء الدول الأخرى من جهة أخرى⁵. وما دام الأمر يتعلق هنا باختصاص جوازي اختياري، فليس للقاضي أن يتمسك بتطبيق المواد المقررة للامتياز من تلقاء نفسه⁶، كما عليه أن يلتزم بتطبيقها في حالة ما إذا تمسك بها أحد الخصوم⁷. وبما أن الاختصاص المقرر في هذه المواد يعد بمثابة امتياز لمواطني كل دولة، فإنه يمكن للطرف الذي تقرر لصالحه هذا الامتياز أن يتنازل عنه.

¹ - أنظر، بيار ماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي مقلد، المرجع السابق، ص. 753؛

Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Droit..., op. cit., p. 491.

² - Cf. Jean DERRUPPE, op.cit., p. 111.

³ - Cf. Mohand ISSAD, op. cit., Tome 02, p. 33.

⁴ - Cf. Jean DERRUPPE, op. cit., p. 113.

⁵ - أنظر، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 343.

⁶ - Cf. Mohand ISSAD, op. cit., Tome 02, p. 36.

⁷ - Cf. Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op. cit., p. 576 ; Pierre MAYER, Vincent HEUZE, op. cit., p. 211.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

وهذا التنازل قد يكون صريحا أو ضمنيا. فالتنازل الصريح يتقرر بموجب اتفاق صريح بين الطرف الذي تقرر الامتياز لصالحه والطرف الأجنبي ويقضي باستبعاد الاختصاص المقرر في تلك المواد، وعقد الاختصاص بالتالي لمحكمة أجنبية¹. أما التنازل الضمني، فنستخلصه إذا اختار أحد الأطراف رفع دعواه أمام محكمة أجنبية رغم أنه كان بإمكانه المثول أمام المحاكم الوطنية بناء على الامتياز المقرر لصالحه في المواد السالفة الذكر². كما يمكن أن نستنتج تنازل الطرف الوطني عن الامتياز المقرر لصالحه إذا كانت الدعوى مرفوعة ضده أمام محكمة أجنبية ولم يدفع بعدم اختصاصها استنادا إلى الامتياز المقرر لصالحه في قانونه.

وعلى عكس اتجاه التشريعين الفرنسي والجزائري، سار التشريع المصري الذي اعتد فقط بجنسية المدعى عليه المصرية وجعل منها معيارا يبنى على أساسه الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية. وفي هذا نصت المادة 28 من قانون المرافعات المصري على أنه " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على المصري ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج"³.

ومن ذلك يتضح أن المشرع المصري لم يعتبر أن مجرد انتماء المدعى إلى مصر بجنسيته مبررا كافيا لانعقاد الاختصاص للمحاكم المصرية، وذلك بخلاف ما جاءت به المادة 14 من القانون المدني الفرنسي والمادة 49 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري. ورفض المشرع المصري الأخذ بضابط وطنية المدعى كمعيار لثبوت الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية يعد بمثابة قاعدة عامة لا يمكن الخروج عنها إلا في حالة استثنائية، أوردها المشرع المصري في المادة 7/30 من قانون المرافعات المصري والتي جاء فيها ما يلي: " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل

¹ - أنظر، موحد إسماعيل، ترجمة فائز أنجق، المرجع السابق، ج.2، ص. 278.

² - Cf. Jean DERRUPPE, op. cit., p. 113.

³ - أنظر، حفيفة السيد الحداد، النظرية العامة...، المرجع السابق، ص. 76.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

إقامة في الجمهورية، إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعى وطنياً أو كان أجنبياً له موطن في الجمهورية أو إذا كان القانون الوطني واجب التطبيق في الدعوى"¹. ويتضح من خلال هذه المادة أن المشرع المصري قرر عقد الاختصاص للمحاكم المصرية في دعاوى الأحوال الشخصية المرفوعة على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في مصر وكان المدعى فيها مصري الجنسية².

ولعل السبب وراء استبعاد جنسية المدعي المصري كمعيار عام لتحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية، يرجع إلى إيمان المشرع بما ذهب إليه قسم كبير من فقهاء القانون الدولي الخاص الذين اعتبروا أن معيار جنسية المدعى لا يصلح وحده لأن يكون أساساً لعقد الاختصاص الدولي³، خاصة وأن التسليم به يتعارض مع قاعدة عامة من قواعد الاختصاص القضائي الدولي، والتي استقرت عليها أغلبية تشريعات العالم ألا وهي أن على المدعي أن يسعى إلى محكمة المدعى عليه لا العكس لأن الأصل في المدعى عليه براءة الذمة⁴.

الأمر الذي أدى بالمشرع المصري إلى اعتبار وطنية المدعى عليه سبباً كافياً لاختصاص المحاكم المصرية، الاختصاص الذي اعتبرته المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري في مصلحة المدعى عليه. ولكن هذا لم يرق جانب من الفقه المصري، ومن بينهم الأستاذ عز الدين عبد الله⁵، الذي رأى أن الاختصاص على هذا النحو قد يتعارض مع مصلحة المدعى عليه المصري في الحالة التي يكون فيها هذا الأخير متوطناً أو مقيماً في الخارج، إذ سيتحمل مشقة الانتقال إلى أرض الوطن للمثول أمام المحاكم المصرية⁶، وهي مشقة تتعارض مع المبدأ القاضي بأن على المدعى أن يسعى إلى المدعى عليه¹. هذا من

¹ - أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 80.

² - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 44.

³ - أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 306.

⁴ - أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 622؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 79.

⁵ - أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 675.

⁶ - أنظر، هشام علي صادق، حفيفة السيد الحداد، القانون القضائي...، المرجع السابق، ص. 44.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

جهة، ومن جهة أخرى فإن محاكم الدولة التي يتوطن فيها المدعى عليه المصري والتي يتركز فيها عادة نشاطه الاقتصادي تكون هي أقرب المحاكم إليه وأقدر من غيرها على نظر الدعوى². وهذا الرأي أيده أيضا الأستاذ فؤاد عبد المنعم رياض والأساتذة سامية راشد حيث ذهبوا إلى أن "الأخذ بهذا الضابط لا يستجيب للأساس الحقيقي الذي يقوم عليه توزيع الاختصاص القضائي بين الدول كما أنه ليس من شأنه تحقيق مصلحة المدعى أو حماية المدعى عليه وتيسير الأمور بالنسبة إليه"³.

يتضح من المادة 28 مرافعات مصري أنه متى كان المدعى عليه مصري الجنسية انعقد الاختصاص للمحاكم المصرية، ويتم الاعتداد بجنسية المدعى عليه وقت رفع الدعوى، ففي هذا الوقت يتحدد توافر الاختصاص من عدمه فإن غير الخصم جنسيته بعد رفع الدعوى فتظل المحكمة التي رفعت إليها الدعوى مختصة بنظر الدعوى رغم هذا التغيير الطارئ. وإذا كان المدعى عليه مصريا قبل رفع الدعوى ثم غير جنسيته عند رفع الدعوى فلا تختص المحاكم المصرية بنظر النزاع حتى ولو كان المدعى عليه وطنيا وقت نشوء العلاقة محل النزاع⁴. وبذلك لم تشترط المادة المذكورة إلى جانب الجنسية المصرية أي شرط آخر. فبمجرد ثبوت الجنسية المصرية للمدعى عليه انعقد الاختصاص للمحاكم المصرية دون اقتضاء أي أمر آخر، كأن يكون المدعى عليه المصري متوطنا في مصر أو مقيما فيها أو له أموال بها وسواء كان المدعى مصريا أو أجنبيا متوطنا أو مقيما أو موجودا في مصر أو في الخارج⁵.

¹ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية...، المرجع السابق، ص. 39؛ عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 48؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 246.

² - أنظر، هشام خالد، المرجع السابق، ص. 37؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 675.

³ - أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 311.

⁴ - أنظر، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 653؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 255، محمد ميروك اللافي، المرجع السابق، ص. 219.

⁵ - أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 676؛ هشام خالد، المرجع السابق، ص. 39، 46؛ هشام علي صادق، حفيفة السيد الحداد، القانون القضائي...، المرجع السابق، ص. 48؛ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 431.

وموقف المشرع المصري على هذا النحو تبنته أيضا العديد من الدول العربية، منها ما نصت صراحة على اختصاص محاكمها الوطنية متى كان المدعى عليه من وطنيتها، ومن بين هذه الدول نجد : الإمارات، حيث نصت المادة 20 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على ما يلي: "فيما عدا الدعاوى العينية المتعلقة بعقار في الخارج تختص المحاكم بنظر الدعاوى التي ترفع على المواطن، والدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الدولة". أنظر، عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية...، المرجع السابق، ص. 36.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

الأمر الذي عارضه بعض الفقه المصري¹، حيث ذهب إلى تقييد اختصاص المحاكم المصرية على أساس جنسية المدعى عليه، باشتراط أن يكون المدعى عليه المصري متوطناً في مصر أو مقيماً فيها أو له أموال بها، لأن بناء الاختصاص على مجرد وطنية المدعى عليه يؤدي لا محالة إلى مساوئ عملية. لأن انعدام الرابطة بين المدعى عليه والدولة سوف ينفي في الغالب كل قيمة عملية للحكم الذي قد يصدر عن محاكمها، لأنها لن تستطيع كفالة آثار هذا الحكم وهذا ما يتعارض مع مبدأ قوة النفاذ والفاعلية الدولية للأحكام².

وهناك بعض الدول العربية التي آمنت بهذا الرأي، فقيدت اختصاص محاكمها الوطنية على أساس جنسية المدعى عليه بشرط أن يكون لهذا الأخير موطن أو محل إقامة في الدولة، كاليمن³ والأردن، وهذا ما أكدته محكمة النقض الأردنية حيث قضت: "إن الاتفاق بين المميزين والمميز ضدها على أن تختص محكمة الكويت بكل نزاع ينشأ بخصوص تنفيذ الاتفاقية. لا يترع اختصاص المحاكم الأردنية في نظر

* لبنان، حيث نصت المادة 76 من أصول المحاكمات اللبناني على ما يلي: " تختص المحاكم اللبنانية بالنظر في أية قضية تتعلق بأحد اللبنانيين أو بمصالح كاتنة في لبنان، إذا لم تكن هناك محاكم أخرى مختصة". أنظر، عبده جميل غصوب، دروس...، المرجع السابق، ص. 393.

* الكويت، حيث نصت المادة 03 من القانون الكويتي رقم 05 لعام 1961 الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي على ما يلي: "إذا كان المدعى عليه كويتياً، كانت المحاكم الكويتية مختصة ما لم تكن الدعوى متعلقة بعقار واقع في الخارج". أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 285.

* السودان، حيث نصت المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية الإسلامي السوداني على أنه: "يجوز بموافقة المحكمة إقامة الدعوى على السوداني أمام المحاكم السودانية ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في السودان ما عدا الدعوى المتعلقة بعقار يقع في الخارج". أنظر، هشام خالد، المرجع السابق، ص. 62.

هذا وهناك الكثير من الدول العربية لم تضع نصوص تقضي صراحة بإعطاء الاختصاص لمحاكمها الوطنية على أساس جنسية المدعى عليه كليياً، الأردن، سوريا، غير أن الشراح متفقون في هذه الدول على منح الاختصاص للمحاكم الوطنية، متى كان المدعى عليه من حاملي جنسيتها كون القاعدة من القواعد العامة المسلم بها والمألوفة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي. أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 218؛ بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 361.

¹ - أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 77، 238؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي...، المرجع السابق، ص. 75-77؛ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 1043.

² - أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 77، 238؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي...، المرجع السابق، ص. 45-77؛ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 1043.

³ - حيث نصت المادة 58 من قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني على ما يلي: " تختص المحاكم اليمنية بالدعوى إذا كانت المدعى عليه يمينياً أو أجنبياً له موطن أو محل إقامة في اليمن". أنظر، سهيل حسن الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 263-264.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

التزاع ما دام أن المدعى عليهما أردنيان ومقيمان في الأردن، كما أنه لا مصلحة لهما في الدفع بعدم الاختصاص ما دام أن قضاءهما - الأردني - هو الذي سيفصل في الدعوى"¹.

إن المادة 28 من قانون المرافعات المصري جاءت بحكم عام مؤداه اختصاص للمحاكم المصرية بكل الدعاوى التي يكون فيها المدعى عليه من الوطنيين. وبذلك لم تخص المادة 28 هذا الاختصاص بنوع معين من الدعاوى بل عممته ليشمل كل الدعاوى المرفوعة على المدعى عليه المصري سواء ما تعلق منها بالأحوال العينية أو بالأحوال الشخصية، ولن تستثنى سوى الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج².

وبناء على ذلك ينصرف حكم المادة 28 إلى دعاوى الإرث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، فتختص عندئذ المحاكم المصرية بنظر أي نزاع إرثي أو إيصائي ذو عنصر أجنبي، متى كان المدعى عليه في الدعوى مصرياً باستثناء ما تعلق منها بعقار واقع في الخارج.

ومع ذلك يجوز للمدعى عليه في هذه الحالة أن يتخلى عن اختصاص المحاكم المصرية. حيث يذهب الفقه المصري الراجح إلى أن اختصاص المحاكم المصرية المنعقد لها وفقاً لنص المادة 28 ليس متعلقاً بالنظام العام، بل إنه يعد من قبيل الاختصاص الجوازي. وبذلك يجوز للمدعى عليه المصري أن يقبل اختصاص محكمة أجنبية ويتنازل بالتالي عن هذا الامتياز المقرر لصالحه، وذلك بشرط ألا يتوافر بجوار هذا الضابط سبب آخر من أسباب الاختصاص الأصلي الوجوبي المقرر للمحاكم المصرية. هذا ويكون الحكم الصادر من محكمة أجنبية في دعوى مرفوعة على مصري قابلاً للتنفيذ في مصر بشرط ألا تكون المحاكم المصرية مختصة أصلاً بالفصل في النزاع لسبب آخر³.

¹ - أنظر، محكمة النقض الأردنية، قرار رقم 95/643 صادر عام 1997، مقتبس عن، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 305-306.

² - أنظر، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 48؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 676؛ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 638؛ هشام خالد، المرجع السابق، ص. 47؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي...، المرجع السابق، ص. 51.

³ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1045-1046؛ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 637؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 243؛ عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، الإجراءات المدنية...، المرجع السابق، ص. 49.

ثانيا- الاختصاص المبني على جنسية المتوفى

تعتمد جنسية المتوفى، مورثا كان أو موصيا أو قائما بأحد التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، كضابط أصلي لتحديد الاختصاص القضائي الدولي فيما يخص دعاوى الإرث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في بعض الدول العربية كمصر¹، الإمارات²، اليمن³، ليبيا⁴. هذه الأخيرة قررت منح الاختصاص لمحاكمها الوطنية بنظر الدعاوى المتعلقة بالإرث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت متى كان المتوفى متمتعا بجنسيتها وقت وفاته⁵، أي يعتد في تحديد جنسية المورث أو الموصى أو القائم بأحد التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت بوقت وفاة هذا الأخير. ولم تشترط التشريعات التي جعلت من جنسية الهالك أساسا لاختصاص محاكمها أي شرط آخر إلى جوار وطنية المتوفى وبغض النظر عن مكان وجود أموال التركة أو جنسية الورثة⁶.

الأمر الذي لم يؤيده بعض الفقهاء⁷، الذين رأوا أن جنسية المورث ليست مبررا كافيا لعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية، لذلك كان لا بد من تقييده بشرط آخر يربط النزاع بالإقليم، كاشتراط

¹ - حيث نصت المادة 31 من قانون المرافعات المصري على أنه: " تختص محاكم الجمهورية بمسائل الإرث والدعاوى المتعلقة بالتركة... أو كان المورث مصرية". أنظر، مفوض عبد التواب، المرجع السابق، ص. 175.

² - حيث تنص المادة 02/21 من قانون الإجراءات الإماراتي: "تختص المحاكم بنظر الدعوى المتعلقة بإرث لمواطن..."، أنظر، عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية ..، المرجع السابق، ص. 82.

³ - حيث تنص المادة 58 من قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني على ما يلي: " تختص المحاكم اليمنية بالدعاوى المتعلقة بنسب الصغير وبالولاية على نفسه المتعلقة بالتركات... أو كان المورث يمنيا". أنظر سهيل حسن الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 275.

⁴ - حيث تنص المادة 03 من قانون المرافعات الليبي على أنه: " يختص القضاء الليبي بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي إذا كانت الدعوى متعلقة بإرث المواطن ليبي...". أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 226.

⁵ - أنظر، حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة...، المرجع السابق، ص. 124؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 226.

⁶ - أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي...، المرجع السابق، ص. 88؛ سهيل حسن الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 276. وتجدر الإشارة هنا إلى أن المادة 860 من قانون المرافعات المصري القديم لم تكتف بجنسية المورث كضابط لاختصاص المحاكم المصرية بالنسبة لدعاوى الإرث، بل إنها كانت تستلزم فوق ذلك أن تكون أموال التركة كلها أو بعضها في مصر. أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 324، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 136، 137.

⁷ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، أصول...، المرجع السابق، ص. 492؛ عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات...، المرجع السابق، ص. 83-84؛ عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 90؛ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 136-137.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

تواجه أموال التركة على إقليم الدولة المعنية، لأن القول بعكس ذلك يجعلنا نتساءل عن مصير الأحكام الصادرة على القضاء الوطني في مثل هذه الحالة وهل ستكون مكفولة النفاذ أم لا؟¹

وقد ذهب البعض² في تبريره لموقف المشرع المصري إلى أن اعتماد هذا الأخير على جنسية الهالك وقت الوفاة كضابط لتحديد اختصاص المحاكم المصرية بدعاوى الإرث والتركات، يرجع أساسا إلى كون القانون المصري هو القانون المختص بهذه النزاعات استنادا إلى المادة 17 من القانون المدني المصري. الأمر الذي يحقق التلازم بين الاختصاصين القضائي والتشريعي، هذا من جهة. ومن جهة أخرى وما دام القانون المصري هو الواجب التطبيق فليس هناك أقدر ولا أولى من المحاكم المصرية على تطبيقه باعتبارها أكثر دراية بأحكامه³. كما أن لهذه المحاكم أن تكفل تطبيق الأحكام الصادرة عنها في هذه الحالة⁴.

وبالرغم من ذلك فإن تبرير موقف المشرع المصري على هذا النحو كان محل انتقاد من قبل البعض الآخر⁵، الذي نظر إلى الأمر بتمعن أكثر وتوصل إلى أن القانون المصري لن يكون واجب التطبيق بالضرورة في كافة الأحوال. كما لو تعلق الأمر مثلا بدعوى من الدعاوى العينية البحثة المتعلقة بالتركة كدعوى دائن المورث التي يطالب فيها بحق عيني على مال منقول كائن في دولة أجنبية⁶، فلا شك أن القانون المختص في هذه الحالة هو قانون موقع الأموال محل النزاع.

سبق أن رأينا⁷ أن اعتماد الجنسية كضابط للإسناد في إطار تنازع الاختصاص التشريعي يثير عدة صعوبات من الناحية العملية، ولعل من بين أكثر هذه الصعوبات تعقيدا تنازع الجنسيات الذي يأخذ ثلاثة أشكال فيكون إما تنازعا إيجابيا، سلبيا أو متحركا. لقد بينا سابقا الإشكاليات المطروحة في هذا

¹ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 484.

² - أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 702؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1074.

³ - أنظر، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 633.

⁴ - أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 702.

⁵ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، أصول... المرجع السابق، ص. 491؛ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 137.

⁶ - أنظر، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 137؛ عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 90.

⁷ - أنظر، ص. 37-52 من هذه المذكرة.

الصدد كما وضعنا الحلول المقترحة بشأنها، ويبقى لنا في هذا المقام أن نتساءل عن مدى انعكاس هذه الإشكالات على مجال الاختصاص القضائي الدولي المبني على معيار الجنسية؟

أ. التنازع الإيجابي (تعدد الجنسيات)

إن التساؤل المطروح في هذه الحالة هو هل يمكن في حالة ما إذا تعددت جنسيات الشخص التي يبنى على أساسها اختصاص المحاكم الوطنية، أن نتصور أننا أمام حالة من حالات تنازع الجنسيات الإيجابي؟

إن الإجابة ستكون حتما بالنفي لأنه من غير المتصور أن تثار مسألة تنازع الجنسيات، وتحديد أي جنسية يعتد بها القاضي الوطني لتقرير ما إذا كان الاختصاص القضائي ينعقد لمحاكمه الوطنية أم لا. ويرجع ذلك أساسا إلى أن الأصل في قواعد الاختصاص القضائي وعلى عكس قواعد الإسناد أنها قواعد منفردة، أي أن المشرع الوطني يحدد فقط الحالات التي يكون فيها القضاء الوطني مختصا ويبين الضوابط المعتمدة في هذا الصدد¹. فإن اعتمد تشريع الدولة على الجنسية كمعيار لتحديد الاختصاص القضائي الدولي، فإن محاكمها الوطنية ستعلن اختصاصها إذا كان الشخص المعني، مدعيا كان أو مدعى عليه، يحمل جنسية الدولة المعنية دون البحث عن الجنسيات الأخرى التي يحملها هذا الأخير. أما إذا لم ينتم هذا الشخص بجنسيته إلى الدولة المعنية، ولم يتوافر أي ضابط آخر يربط النزاع بإقليم الدولة، فتعلن عندئذ المحاكم الوطنية عن عدم اختصاصها دون أن تعني بتعيين القضاء المختص دوليا بالفصل في النزاع. ومع ذلك، هناك اتجاه حديث يرى أنه في حالة ما انعقد الاختصاص مثلا للمحاكم الوطنية على أساس انتماء الشخص إليها بجنسيته. بمعزل عن أية ضوابط أخرى، وكان هذا الأخير يحمل جنسية دولة أخرى يكون متوطنا أو مقيما فيها أو له أموال على إقليمها، فعندئذ تكون محاكم هذه الدولة هي الأقدر على الفصل في المنازعة بحكم مكفول النفاذ، نظرا لتوافر ضوابط أخرى بجوار الجنسية تسمح بربط النزاع

¹ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة...، المرجع السابق، ص. 147.

بإقليمها. الأمر الذي يرحح اختصاصها ويجعلها الأقدر على إصدار الحكم. لذلك على محاكم الدولة الأولى أن تتخلى عن اختصاصها مباشرة أو عن طريق قبول الدفع بالإحالة لقيام المنازعة أمام محكمة أخرى أجنبية مختصة، أو عن طريق الاتفاق بين الطرفين على سلب الاختصاص للمحاكم الوطنية لمصلحة محكمة أجنبية أخرى أقدر على الفصل في المنازعة¹.

ب. التنازع السلبي للجنسيات (انعدام الجنسية)

في مجال الاختصاص القضائي الدولي وفي حالة انعدام جنسية الشخص، لا نكون بصدد تطبيق قاعدة الاختصاص المبنية على الجنسية لأن ضابط القاعدة نفسها وهو الجنسية غير متوفر. والدليل على ذلك أننا هنا بصدد شخص لا جنسية له على الإطلاق، وفي هذه الحالة لا مفر سوى الاستعانة بالضوابط العامة الأخرى لتحديد الاختصاص للمحاكم الوطنية، كأن يكون عديم الجنسية متوطناً أو مقيماً في الدولة المعنية، وأن تكون الأموال المتنازع عليها موجودة على إقليمها².

ج. التنازع المتحرك (تغيير الجنسية)

إن الإشكالية التي تطرح نفسها في هذا الصدد تدور حول مدى تأثير تغيير الجنسية على تحديد القضاء المختص دولياً بنظر التزاعات الدولية الخاصة. -ولقد عولجت إشكالية تغيير الجنسية في مجال الاختصاص القضائي الدولي بضبط وقت معين يعتد فيه بالجنسية لتحديد الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية. وفيما يخص دعاوى الإرث والوصية وباقي التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت فقد سبق ورأينا³ أن الاختصاص المبنى على الجنسية في هذا المجال يتخذ شكلين:

¹ - أنظر، سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص. 281، 282؛ عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة...، المرجع السابق، ص. 107-108.

² - أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 254؛ عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة...، المرجع السابق، ص. 187.

³ - أنظر، ص. 158-169 من هذه المذكرة.

الأول هو اختصاص جوازي اختياري: ويقوم على أساس جنسية الخصوم (أي المدعى أو المدعى عليه) وفيه تكون العبرة بجنسية الخصم وقت رفع الدعوى. ففي هذا الوقت يتحدد توافر الاختصاص من عدمه. فإن غير الخصم جنسيته بعد رفع الدعوى فتظل المحكمة مختصة رغم التغيير الطارئ. أما إذا حدث تغيير الجنسية قبل رفع الدعوى، فإن الاختصاص يكون لمحكمة الجنسية الجديدة ولكن بشرط أن تكون هذه الجنسية ثابتة وغير متنازع عليها، ولا عبرة بجنسية الخصوم وقت نشوء العلاقة محل النزاع¹.

أما الشكل الثاني فهو اختصاص أصلي أو وجوبي: وينبني على جنسية المتوفى، وتكون العبرة بالجنسية التي يحملها المورث أو الموصي أو القائم بإحدى التصرفات النافذة بعد الوفاة وقت وفاته². فيعتد إذن بجنسية هذا الأخير وقت وفاته، فإن كان يحمل جنسية دولة أجنبية في مرحلة معينة من حياته ثم قام بتغييرها ليصبح من حاملي جنسية دولة القاضي الناظر في النزاع، فتأخذ عندئذ هذه الأخير دون سواها بعين الاعتبار لتحديد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة المعنية.

بالإضافة إلى الاختصاص الثابت للمحاكم الوطنية بناء على معيار الجنسية وغيره من الضوابط الأصلية التي رأيناها في هذا المطلب، قد تختص المحاكم الوطنية في حالات استثنائية بالفصل في المسائل المتعلقة بالميراث والوصية وسائر التصرفات الملحقة بها، و ينعقد اختصاصها في هذه الحالات بناء على معايير ذات طابع احتياطي أو استثنائي.

¹ - أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 255.

² - أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 702؛ محمد ميروك اللافي، المرجع السابق، ص. 226.

المطلب الثاني

اختصاص المحاكم الوطنية المبني على المعايير الاستثنائية

إن الدور الذي تلعبه المعايير سالفه الذكر في تحديد المحكمة المختصة دوليا بالفصل في دعاوى الإرث، الوصية وباقي التصرفات الملحقة بها، قد يتعطل وذلك إما لأن الأمر يتعلق بعقار موروث أو موصى به واقع في الخارج، مما يستدعي نقل اختصاص الفصل في النزاع المتعلق به إلى محكمة موقعه (الفرع الأول)، أو لأن إرادة الخصوم قد تدخلت لتحديد بدورها القضاء المختص دوليا بنظر هذه النزاعات (الفرع الثاني). هذا وقد تختص المحاكم الوطنية بغض النظر عن توافر أحد المعايير السابقة، وذلك لضمان سير العدالة (الفرع الثالث) أو لتفادي إنكارها (الفرع الرابع).

الفرع الأول

استثناء العقارات الموجودة في الخارج

يخضع للاختصاص المقرر وفقا للمعايير المبينة أعلاه كل ما يخص مسائل الإرث والتركة عموما، وكذا كل ما يتعلق بالوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، وسواء تعلق الدعوى بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية أو العينية. ولكن هل يعني هذا توزيع الاختصاص بناء على نفس الضوابط حتى ولو تعلق الأمر بعقار واقع في الخارج؟

لا تتوافر أغلب التقنيات على ما يدل صراحة على استثناء الدعاوى الإرثية أو الإيصائية التي تتعلق بعقار واقع في الخارج من الاختصاص المبني على الضوابط السالف ذكرها. وهو الأمر الذي أثار

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

استغراب بعض الفقهاء المصريين¹، خاصة وأن المشرع المصري اعتاد عند وضعه لضابط عام للاختصاص كضابط جنسية المدعى عليه أو موطنه أو محل إقامته، أن يضيف قيوداً تفرضه أحد المبادئ الأساسية لتنظيم الاختصاص القضائي الدولي، وهو مبدأ ضمان فعالية الحكم الصادر أو ضمان مستقبله التنفيذي. وهذا القيد هو عدم اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج.

وهذا ما جسده من خلال المادتين 28² و 29³ من قانون المرافعات المصري. فرأى ذات الفقه أن

إضافة هذا القيد في خصوص دعاوى الإرث والتركات أوجب باعتبارها تهدف أساساً إلى

توزيع ثروة مالية تتكون بدون شك من أموال منقولة وأخرى عقارية. وما دامت الاعتبارات التي بني عليها الاستثناء الوارد في المادة 28 و 29 من قانون المرافعات تمتد لتعمل أيضاً بخصوص دعاوى الإرث والتركات فمن المنطقي مد العمل بالاستثناء إلى هذه الدعاوى⁴. وهو أمر أيده الأستاذ هشام علي صادق الذي رأى أن ضابط موقع العقار لا يصلح قيوداً على اختصاص المحاكم المصرية القائم على فكرة الجنسية أو الموطن فقط، وإنما هو يصلح أيضاً كقيد يحد من ولاية هذه المحاكم في غير هذه الأحوال⁵.

¹ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1072؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 335؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي...، المرجع السابق، ص. 92، 97.

² - حيث نصت على أنه " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على المصري ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج". أنظر، مفوض عبد التواب، المرجع السابق، ص. 163. ويقابل هذه المادة 03 من القانون الكويتي رقم 05 لعام 1961 والخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي والتي جاء فيها: "إذا كان المدعى عليه كويتياً كانت المحاكم الكويتية مختصة ما لم تكن الدعوى متعلقة بعقار واقع في الخارج". أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 385.

وهذا الاستثناء تبناه أيضاً القضاء الفرنسي الذي استثنى صراحة من اختصاص المحاكم الفرنسية المبني على جنسية أحد الخصوم بموجب المادتين 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي الدعاوى العينية العقارية المتعلقة بعقار واقع بالخارج، وأيضاً الدعاوى الخاصة بتقسيم هذه العقارات.

Pour c'est qui de cette jurisprudence, cons. Jean DERRUPE, op. cit., p. 112 ; Pierre MAYER, Vincent HEUZE, op. cit., p. 208 ; Henri BATFFOL, Paul LAGARDE, Droit..., op. cit., p. 791.

³ - حيث نصت على أنه " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج". أنظر، مفوض عبد التواب، المرجع السابق، ص. 165.

وتقابل هذه المادة 03 من قانون المرافعات الليبي التي تنص على أنه " يختص القضاء الليبي بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي في الأحوال الآتية: - إذا كان مقيماً في البلاد أو له فيها موطن مختار أو وكيل له حق المثل أمام المحاكم أو كان قد رضي بأحكام القضاء الليبي ما لم تكن الدعوى متعلقة بعقار خارج المملكة". أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 257.

⁴ - أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 328.

⁵ - أنظر، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 113.

وبناء على ذلك، إذا كانت دعوى الإرث أو التركة متعلقة بعقار معين يقع في الخارج؛ فإن المحكمة الأجنبية أي محكمة الموقع سوف تكون وحدها الأقدر على الفصل في الدعاوى المتعلقة به¹. أما إذا كانت الثروة العقارية محل الميراث موزعة على عدة دول، فتختص محاكم كل دولة بدعاوى الإرث الواردة على المال العقاري الواقع على إقليمها، دون تلك التي ترد على باقي الثروة العقارية الواقعة في الخارج².

ويستند الاستثناء المقرر على الدعاوى الإرثية أو الإيصائية المتعلقة بعقارات واقعة في الخارج، إلى عدة اعتبارات من بينها:

- أن العقارات تعد من أكثر الأموال التصاقا بفكرة السيادة لكونها تشكل جزء من إقليم الدولة، ولا يمكن لهذه الأخيرة أن تعهد إلى غير قضائها بالنظر فيما يتصل بإقليمها، حيث تعتبر دولة العقار ذلك اعتداء على سيادتها الإقليمية³.

- أن اختصاص محكمة دولة العقار بالدعاوى العقارية يعد أمر متفق عليه في الأنظمة القانونية الوضعية المعاصرة، لما لتلك المحكمة من سلطة فعلية على العقار الكائن في إقليمها وهو ما يجعلها أجدر وأقدر من غيرها على القيام بالإجراءات التي قد تتطلبها الدعاوى المتعلقة بالعقار كالكشف والتحقيق، المعاينة، أو تعيين الخبراء. كما أنها تقوم بتلك الإجراءات بسرعة أكبر وبتكاليف أقل مما يحقق مصلحة المتقاضين⁴.

- كما أن لتقرير الاستثناء أهمية بالنسبة لتنفيذ الأحكام الأجنبية، فتقريره يستند دون شك إلى مبدأ القوة والفعالية التي ينبغي أن تتسم بها الأحكام الدولية باعتباره من المبادئ الجوهرية التي يبني عليها تحديد الاختصاص القضائي الدولي⁵، فاختصاص محاكم دولة موقع العقار يضمن تنفيذ الحكم في هذه الدولة⁶.

¹ - أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي...، المرجع السابق، ص. 97-92.

² - أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 329.

³ - أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 328؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 309؛ طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 280.

⁴ - أنظر، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 67؛ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 30؛ أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص. 125؛ طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 280؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 309.

⁵ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، أصول...، المرجع السابق، ص. 463-464.

⁶ - Cf. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Droit..., op. cit., p. 492 ; Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op. cit., p. 561.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

والقول بعكس ذلك يجعل الحكم الصادر مجردا من كل قيمة فعلية في مواجهة دولة الموقع، عندما يراد تنفيذه فيها، لأن غالبية الدول ترفض تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في شأن المنازعات المتعلقة بعقارات موجودة في إقليمها¹. فلا جدوى عندئذ من حكم صادر من دولة معينة بشأن إرث يتعلق بعقار واقع خارج إقليمها طالما أن محكمة موقع العقار ستعرقل تنفيذه. فتلك المحكمة الأخيرة هي الأقدر عمليا على الفصل في الدعوى العقارية ووضع الحكم الصادر موضع التنفيذ².

هذا ونلاحظ أن قوة الجذب الذي يمارسها موقع العقار في خصوص المحكمة المختصة تنتج أثرها أيضا في خصوص القانون الواجب التطبيق، فخضوع العقار لقانون موقعه قاعدة ثابتة فقها وقضاء وتشريعا. وهذا ما يؤدي إلى خلق حالة من التوافق والتلازم بين الاختصاص التشريعي والقضائي³، ومن ثم يكون اختصاص محكمة الموقع في هذه الحالة مراعيًا أن تلك المحكمة هي التي تكفل تطبيق قانونها الوطني التطبيق السليم⁴.

إن استثناء الدعاوى المتعلقة بعقارات متواجدة خارج إقليم الدولة المعنية من الاختصاص المقرر وفقا لقواعدها الخاصة بتوزيع الاختصاص القضائي الدولي، ومنح صلاحية الفصل فيها لمحكمة دولة الموقع، يتفق على هذا النحو مع الاختصاص المبني على موقع المال بصفة عامة والتي اعتمدهته أغلب التقنيات التي نصت صراحة على منح الاختصاص لمحاكمها الوطنية إذا تعلقت الدعوى بمال موجود على

¹ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 56-57؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي ... ، المرجع السابق، ص. 69.

² - أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 328.

وهذا ما أكدته المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري في تعليقها على الاستثناء بحيث قضت بأنه استثناء مسلم به في الأغلب عند الفقه والقضاء في مختلف البلاد، وعلّة هذا الاستثناء أن الفصل في الدعاوى العقارية كثيرا ما يستلزم إجراءات لا تيسر إلا في حالة قرب المحكمة من العقار، كالانتقال للمعاينة والاستعانة بأهل الخبرة. كما أنه إذا وضع في الاعتبار إمكانية تنفيذ الحكم، فإن التنفيذ بطبيعة الحال يتركز في دولة موقع العقار. أنظر، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 626.

³ - أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 329؛ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص. 253؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 705.

⁴ - أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 329؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1076.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

إقليمها. ولا شك أن هذا الحكم ينصرف إلى المال بنوعيه المنقول والعقار. وعليه، فاستثناء الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار في الخارج ما هو إلا مجرد تأكيد لاختصاص محكمة موقع العقار¹.

¹ - ومن أبرز النصوص القانونية التي جسدت صراحة هذا الاختصاص نجد:

* المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي تنص على أنه: "فضلا عما ورد في المواد 37 و 38 و 46 من هذا القانون ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبنية أدناه دون سواها.

- في المواد العقارية أو الأشغال المتعلقة بالعقار، أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات... أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار..."

* المادة 98 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني بنصها على ما يلي: "في الدعاوى العينية العقارية بما فيها دعاوى الحيازة والقسمة العقارية يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار". أنظر، حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة...، المرجع السابق، ص. 66.

كما نصت الفقرة 02 من المادة 105 من نفس القانون على ما يلي: "إذا افتتحت التركة في بلد أجنبي وكانت تحتوي على عقارات واقعة في لبنان فإن المنازعات المتعلقة بهذه العقارات والمبنية في الفقرة الأولى، تكون من اختصاص محكمة مكان هذه العقارات". أنظر، عبده جميل غصوب، دروس...، المرجع السابق، ص. 381.

* الفصل 6 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي بنصه على ما يلي كما تنظر المحاكم التونسية: 3- إذا تعلق الدعوى بتركة افتتحت بالبلاد التونسية، أو كانت مرتبطة بانتقال الملكية بموجب الإرث لعقار أو منقول كائن بالبلاد التونسية". كما جاء بالفصل 8 ما يلي: تختص المحاكم التونسية دون سواها بالنظر: 2- إذا تعلق الدعوى بعقار كائن بالبلاد التونسية". أنظر، محمود محمود المغربي، المرجع السابق، ص. 105.

* المادة 4 من قانون أصول المحاكمات السوري بنصها على: "تختص المحاكم السورية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو مسكن في سورية في الأحوال التالية: ب) إذا كانت الدعوى متعلقة بمنقول أو عقار موجود في سورية...". أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 275.

* المادة 4 من القانون الكويتي رقم 05 لعام 1961 لتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي حيث نصت على أنه: "تختص المحاكم الكويتية في جميع الأحوال بالدعاوى المتعلقة بعقار واقع في الكويت". أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 385.

* كما تنص القاعدة 24 من قواعد الاختصاص القضائي الإنجليزية، تختص المحكمة بنظر الدعاوى حتى ولو كان المدعى عليه مقيما في خارج إنجلترا وقت إتمام التبليغ القضائي في الحالات التالية:

أ. إذا كانت الدعوى تخص أراضي في إنجلترا أو الحصول على شهادة لصالح تلك الدعاوى المتعلقة بالأراضي.

ب. إذا كانت الدعوى متعلقة بفعل أو وثيقة أو عقد أو التزام أو وصية أو مسؤولية متعلقة بأراضي في إنجلترا.

ج. إذا كانت الدعوى متعلقة بأراضي أو أموال واقعة في إنجلترا. أنظر، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص. 285.

* كما قضت المادة 03 من القانون المدني الفرنسي باختصاص المحاكم الفرنسية بخصوص عقارات واقعة في فرنسا حيث نصت على ما يلي:

« L'ordre juridictionnel français est compétent lorsque l'immeuble est situé en France ».

هذا ونصت المادة 44 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على اختصاص محاكم موقع العقارات بخصوص الدعاوى العينية العقارية.

Cf. Pierre MAYER, Vincent HEUZE, op. cit., p. 202 ; Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Droit...op. cit. p. 492.

إن التشريعات وإن كانت تهدف من وراء تقرير هذه النصوص منح الاختصاص لمحاكمها الوطنية متى تعلق الدعوى بعقار واقع على إقليمها، فإنها بالمقابل استبعدت من حلها اختصاص محاكمها الوطنية متى تعلق الدعوى بعقار واقع خارج أراضيها، وعقدت الاختصاص بهذه الدعاوى للمحاكم الأجنبية الكائن في دائرتها العقار. وهو الأمر الذي أكدته أيضا العديد من الاتفاقيات الدولية كاتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي المبرمة في 6 أبريل 1983، وأيضاً اتفاقية تنفيذ الأحكام والإنابات والإعلانات القضائية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام 1995.

أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص. 163.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

ويشترط لانعقاد اختصاص المحكمة التي يقع ضمن نطاقها العقار، أن يكون النزاع القائم بين الورثة حول موضوع القسمة، أو بين الورثة وبين دائني التركة، أو بين الورثة والموصى له أو المتصرف له متعلقاً بهذه العقارات¹، كدعوى استحقاق العقار أو دعوى المطالبة بملكية العقار الموروث الواقع في الخارج²، وأيضا الدعوى الهادفة إلى تصفية أو تقسيم عقارات واقعة في الخارج.

وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي صراحة في المادتين 14 و 15 من القانون المدني، والذي استثنى من خلاهما الدعوى العينية العقارية ودعوى قسمة العقارات الواقعة في الخارج من اختصاص المحاكم الفرنسية المبني على جنسية المدعي أو المدعى عليه³. وهو الأمر الذي جسده محكمة النقض الفرنسية، التي أقرت بعدم اختصاص المحاكم الفرنسية بدعوى قسمة عقارات واقعة في الخارج حتى ولو كان كل الورثة فرنسيين⁴. كما أنها قضت بوجوب خضوع عملية تقسيم العقارات لاختصاص محاكم موقع هذه العقارات، وذلك نظراً لما يحققه هذا الاختصاص من تسهيل وتيسير لعملية التصفية والتقسيم⁵. ولم تتوقف محكمة النقض الفرنسية عند هذا الحد بل أنها فضلاً عن تقرير عدم اختصاص القضاء الفرنسي

¹ - وهذا ما أكدته محكمة التمييز اللبنانية حيث قضت بأنه: "يتبين من أوراق الدعوى الراهنة في جميع مراحلها أنها ترمي إلى مطالبة مورث الجهة المميزة وزوجته بإثبات دين يبلغ تسعين مليون بيزوس كولومبي، حيث حرر بتاريخ 23 تشرين الأول سنة 1993 ثلاث شيكات وقعتها مورث الجهة المميز عليها في كولومبيا تسديداً لدين متوجب عليه كان قد سدده عنه مورث الجهة المميزة، أي أن الحق المطالب به هو حق شخصي يتعلق بدين متوجب إما على مورث الجهة المميز عليها شخصياً، وإما على الشخص المعنوي الذي كان نشأ في كولومبيا، واشترط تنفيذه في كولومبيا نفسها وهو ليس حقاً عينياً يقع على عقارات يملكها فرقاء النزاع. وفضلاً عن ذلك إن التركة افتتحت في كولومبيا، وأن فريقي النزاع وورثتهم مقيمون جميعاً في كولومبيا، مع الإشارة إلى أن محل افتتاح التركة هو محل إقامة المتوفى، وأن تحرير التركة في مطلق الأحوال يخضع لأصول خاصة نص عليها قانون الإرث لغير المحمدين الصادر بتاريخ 1959/06/23، وبما أن إدلاء الجهة المميزة بمصوفاً على ترخيص بإلقاء الحجز الاحتياطي على حصص مورث الجهة المميز عليها في عقاراته في لبنان لا يبرر صحة إدائها بالقبول إن القضاء اللبناني هو المختص للنظر بالنزاع القائم، لأن معاملة الحجز الاحتياطي هذه لا تشكل نزاعاً يتعلق بحق عيني على حصص المدين (مورث الجهة المميز عليه) في هذه العقارات، كما قصدته الفقرة 2 من المادة 105 من قانون أصول المحاكمات المدنية...، وبما أن محكمة الاستئناف بذهابها إلى اعتبار الدعوى تتعلق بدين شخصي، ولا تتعلق بمنازعات على عقارات تعود لمورث الجهة المميز عليها، وأن شروط المادة 105 من قانون أصول المحاكمات المدنية غير متوفرة في الدعوى الراهنة، فيكون قرارها واقفاً في محله القانوني". أنظر، محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة الأولى، 1997/11/28، مقتبس عن، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 525، 526.

² - أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 708؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 393.

³ - CF. Jean DERRUPPE, op.cit., p. 112.

⁴ - Concernant cette jurisprudence, cons. Henri BATIFFOL, Paul LAGARD. Droit..., op. cit., p. 561 ;

بيار ماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي مقلد، المرجع السابق، ص. 730.

⁵ - Concernant cette jurisprudence, cons. Yvon LOUSSOURN, Pierre BOUREL, op. cit., p. 561.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

بالنظر في تقسيم تركة متعلقة بعقارات موجودة في الخارج، منعت القاضي الفرنسي من البحث فيما إذا كان بالإمكان رفع هذا النزاع إلى القضاء الأجنبي حتى ولو ترتب عن ذلك ما يسمى جرم إنكار العدالة¹. وبذلك تكون قد استبعدت بشكل قاطع دعوى قسمة عقارات مورثة واقعة في الخارج من الاختصاص المبني على مخافة إنكار العدالة².

وبالإضافة إلى هذه الدعاوى، هناك بعض الدعاوى العقارية الأخرى، كالدعاوى الرامية إلى بيان ورثة عقار كائن في دولة أجنبية، وتحديد مراتب هؤلاء الورثة ونصيب كل منهم. وقد كان لجانب من الفقه المصري رأى مغاير بشأن هذه الدعاوى حيث أخرجها من مجال أعمال الاستثناء، وأدخلها ضمن اختصاص المحاكم المصرية متى تحقق أحد ضوابط الاختصاص المنصوص عليها في المادة 31 من قانون المرافعات³، وحتى ولو تعلقت بعقار كائن في دولة أجنبية، وذلك بحجة المحافظة على وحدة الاختصاص بمسائل التركة. ولم يستثن من اختصاص المحاكم المصرية سوى دعوى استحقاق العقار الموروث الكائن في الخارج، والتي يرفعها الوارث بعد ثبوت استحقاقه في الإرث على أساس أنها تعد من الدعاوى العينية العقارية⁴.

وهذا الأمر لم يؤيده أغلبية الفقه المصري، ومن بينهم الأستاذ هشام علي صادق الذي رأى أن المحاكم المصرية لا تختص كمبدأ عام بدعاوى الميراث المتعلقة بعقارات كائنة في الخارج في جميع الأحوال، وذلك لأن تعيين الوارث في العقار هو تحديد من سيؤول إليه الحق العيني على هذا العقار. وهو الأمر

¹ - أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.2، ص. 24-25.

وقد سار المشرع اليوغسلافي على عكس هذا الاتجاه بحيث منح من خلال المادة 2/79 من القانون الدولي الخاص لعام 1983 الاختصاص لمحكمة الوطنية بشأن دعاوى الإرث المتعلقة بعقار واقع في الخارج، في حالة ما إذا رفضت محكمة موقع العقار الاختصاص ولكن بشرط أن يكون العقار ملكا لشخص يوغسلافي الجنسية. أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1075-1076.

² - Cass. 07/01/1982, cité par Pierre MAYER, Vincent HEUZE, op. cit., p. 206.

³ - تنص المادة 31 من قانون المرافعات على أنه " تختص محاكم الجمهورية بمسائل الإرث والدعاوى المتعلقة بالتركة متى كانت التركة قد افتتحت في الجمهورية، أو كان المورث مصريا أو كانت أموال التركة كلها أو بعضها في الجمهورية". أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي...، المرجع السابق، ص. 87.

⁴ - أنظر، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 139.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

الذي يستوجب اختصاص محكمة موقعه بدعوى الإرث المتعلقة به تطبيقاً لمبدأ قوة النفاذ، على أن محكمة موقع العقار هي التي ستختص في جميع الأحوال بدعوى قسمة هذا العقار. وهذه الأخيرة سترفض غالباً تقسيم العقار على أساس التحديد الذي أتت به المحاكم المصرية للورثة في العقار وأنصبة كل منهم فيه، ما دام أن هذا التحديد من شأنه اكتساب حق عيني على عقار كائن بها في غير الأحوال التي يقرها القانون الواجب التطبيق هناك. وينتج عن ذلك أن يصبح الحكم المصري الصادر في دعاوى الإرث المتعلقة بعقار كائن في الخارج بدون قيمة فعلية. ولذلك من الأفضل ترك أمر تعيين الورثة في العقار الكائن في الخارج وتحديد أنصبتهم فيه إلى محاكم دولة موقع هذا العقار، والتي تختص أيضاً بدعوى القسمة فيه، وذلك استجابة إلى وحدة الاختصاص في المنازعات المتعلقة بعقارات كائنة في الخارج، وإعمالاً لمبدأ قوة النفاذ الذي يعد الأساس الحقيقي لاختصاص محاكم دولة موقع العقار دون غيرها بالمنازعات المتعلقة به¹.

ويسري هذا الاختصاص أيضاً على الدعاوى المتعلقة بالتركة وهي الدعاوى المدنية البحتة كدعوى دائن المورث التي يطالب فيها بالوفاء بدينه من التركة والدعوى التي ترفع على مدين المورث لاستيفاء أموال التركة متى تعلقت هذه الدعاوى بعقار واقع في الخارج. ومن أمثلتها الدعوى التي يرفعها الدائن صاحب الحق العيني التبعية على عقار المتوفى الموجود في الخارج (دعوى الدائن المرتهن)².

وبعد أن تعرضنا إلى الاستثناء الذي تتولى بمقتضاه المحاكم الوطنية سلطة الفصل في النزاعات الإرثية والإيصائية كلما تعلق النزاع بعقار واقع على إقليمها، ننتقل للتعرف على مدى تأثير الإرادة على قواعد الاختصاص القضائي الدولي.

¹ - أنظر، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 140.

² - أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 336؛ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 141.

الفرع الثاني

الاختصاص المبني على إرادة الخصوم

بعد أن تعرفنا في الجزء الأول من هذا المبحث على ضوابط أو معايير الاختصاص التي يبنى على أساسها الاختصاص القضائي بدعاوى الإرث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، يبقى لنا أن نتساءل عن مدى تعلق هذا الاختصاص بالنظام العام وهل هناك إمكانية الاتفاق على مخالفته أم لا؟ إن مسألة تحديد مدى إلزامية قواعد الاختصاص القضائي كانت محل جدل واسع أدى إلى بلورة مجموعة متناقضة من الآراء الفقهية والمواقف القضائية والتشريعية. وهذه الأخيرة كان لها الأثر البالغ على موقف المشرع الجزائري الذي خصص القسم الثالث من الباب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتحديد طبيعة الاختصاص القضائي الإقليمي، وأدرجه بعنوان "في طبيعة الاختصاص الإقليمي" وينطوي تحت هذا العنوان ثلاث مواد تحمل في جعبتها موقف المشرع الجزائري المتناقض من طبيعة الاختصاص القضائي المحلي، ومن تم الدولي مادام أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي في الجزائر هي امتداد لقواعد الاختصاص الداخلي.

إذ تنص المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "يعتبر لاغيا وعدم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة، إلا إذا تم بين التجار"¹. إن نص هذه المادة يقرر صراحة إلغاء وإبطال كل اتفاق قد يهدف إلى تعديل أحكام الاختصاص القضائي ويمنح الاختصاص لجهة قضائية أخرى غير المختصة وفقا للقواعد المقررة قانونا، ولم يستثن النص من الخضوع لهذا الحكم سوى الاتفاق الذي يتم بين التجار.

¹ - يقابل هذه المادة المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

ومن هذا النص نستنتج أن قواعد الاختصاص المحلي ومن تم قواعد الاختصاص الدولي تعد من النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وذلك باستثناء حالة واحدة يمكن الخروج فيها عن الاختصاص المقرر وفقا لهذه القواعد، وهي حالة ما إذا كان الاتفاق على منح الاختصاص لجهة قضائية غير مختصة يدور بين أشخاص يحملون صفة التجار. وإضفاء طابع الإلزامية على قواعد الاختصاص القضائي الدولي أمر أيده أيضا القضاء الفرنسي قديما، بحيث اعتبر أن لقاعدة الاختصاص التي تخضع دعاوى الإرث والتركة لمحكمة محل افتتاح التركة طابعا إلزاميا ويتعلق بالتالي بالنظام العام¹.

وهو ما جسده صراحة المادة 822 من القانون المدني الفرنسي لعام 1938. وقد أخذت بهذا الاتجاه أيضا محكمة الاستئناف اللبنانية حيث قضت في قرار لها بتاريخ 1957/02/08 بأن "المادة 93 أصول مدنية تنص على أنه " إذا تعدد الورثة، فإن الدعاوى المختصة بالإرث فيما بينهم وبين دائني التركة تقام حتى انتهاء القسمة لدى محكمة المحل الذي فتحت فيه التركة". وأن هذه المادة تطبق في المحل الداخلي والدولي، ولا يمكن الخروج عنها باتفاق الفريقين، لأن أحكامها ترتدي طابع النظام العام. فإذا اتفق الدائن والمورث المدين على صلاحية محاكم بيروت للنظر في النزاع الذي نشأ عن العقد، وفتحت التركة في حلب، فلا يجوز للدائن مقاضاة الورثة أمام محاكم بيروت"².

أما المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري فتشير إلى الاتجاه المعاكس، حيث تنص على أنه " يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي، حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا". يبدو جليا من هذا النص أن المشرع قد أجاز صراحة للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا بنظر الدعوى. ذلك ما يفيد بأن قواعد الاختصاص القضائي المحلي ليست من النظام العام ما دام الاتفاق على مخالفتها جائز. وهو الأمر الذي أكدته أيضا المادة 47 من ذات القانون التي أوجبت إثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول .

¹ - Cass. Civ., 20 Juin 1989 ; 10 Mars 1903 ; 2 Mars 1910 ; 4 Novembre 1913 ; 10 Décembre 1919, cité par

إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 528.

² - أنظر، محكمة الاستئناف اللبنانية، 1957/02/08، مقتبس عن، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 529، 530.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

ولما كانت قواعد الاختصاص القضائي الدولي في الجزائر، امتدادا لقواعد الاختصاص المحلي الداخلي، فهي وفقا لنص المادتين السابقتين لا تعتبر من النظام العام. ويمكن بالتالي الاتفاق على مخالفتها، وذلك إما بسلب الاختصاص من القضاء الجزائري رغم اختصاصه، أو جلب الاختصاص له رغم عدم اختصاصه¹.

وهذا الموقف هو الذي كان سائدا في فرنسا قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية الفرنسي سنة 1972، ولكن تغير موقف القانون الفرنسي بعد هذا التعديل بموجب المادة 48 والمطابقة للمادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري. وبالرغم من ذلك استمرت محكمة النقض الفرنسية على تأييد الطبيعة الغير إلزامية لقواعد الاختصاص القضائي الدولي بحيث قضت بصحة الاتفاق على تعديل أحكام الاختصاص القضائي لما يكون النزاع دوليا².

وهو الحل الذي كرسته أيضا محكمة التمييز اللبنانية التي أكدت الطابع الغير إلزامي لقاعدة الاختصاص الدولي الخاصة بدعاوى الإرث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت حيث قضت في قرارها الصادر بتاريخ 2000/11/10 بأن " الفقرة الأولى من المادة 105 محاكمات مدنية تنص على أنه في حال تعدد الورثة، وحتى انتهاء القسمة،...الدعاوى المختصة بالإرث فيما بين الورثة، أو بينهم وبين الموصى لهم، أو بينهم وبين دائني التركة، لدى المحل الذي افتتحت فيه التركة.

وإن جاءت الفقرة الثانية من المادة 105 المشار إليها أعلاه تنص على أنه إذا افتتحت التركة في بلد أجنبي، وكانت تحتوي على عقارات واقعة في لبنان، فإن المنازعات المتعلقة بهذه العقارات تكون من اختصاص محكمة هذه العقارات، إلا أن المادة 105 محاكمات مدنية قد وردت في باب الاختصاص المكاني العادي، مما يفيد أن هذه الصلاحية لها طابع اختياري، ولم تفرض بالتالي المرجع القضائي اللبناني دون سواه، فالغاية من تحديد الصلاحية المكانية بالنسبة إلى المنازعات المتعلقة بعقارات التركة هي لتسهيل

¹ - أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.2، ص. 28.

² - Concernant cette jurisprudence, cons. Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op.cit., pp. 564-565.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

حلها، ومما يؤكد ذلك أن التشريع اللبناني لم يفرق بين الأصول المنقولة وغير المنقولة بالنسبة إلى المرجع الصالح للبحث بالتزاعات المتعلقة بهذه الأموال الموروثة، وإلا أضحى الصلاحية مختلفة لكل نوع منها"¹. ومن النتائج المترتبة على عدم إلزامية قواعد الاختصاص القضائي وعدم تعلقها بالنظام العام: أنه يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها ومنح الاختصاص لغير المحكمة المختصة وفقا لهذه القواعد، وذلك استنادا إلى قاعدة مسلم بها فقها وقضاء؛ وهي قاعدة الاختصاص المبني على إرادة الخصوم أو ما يسمى بمبدأ الخضوع الاختياري. والمراد بهذه القاعدة أنه يجوز للطرفين الاتفاق على اختيار محكمة معينة للفصل في النزاع القائم بينهما، أو النزاع الذي سوف يثور في المستقبل بصدد علاقة قانونية محددة، حتى وإن كانت هذه المحكمة المختارة غير مختصة أساسا بالدعوى وفقا لإحدى قواعد الاختصاص القضائي الدولي².

ومع ذلك رفض بعض الفقه³، إقامة مبدأ الخضوع الاختياري في المجال الدولي على أساس أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي تعد من النظام العام، ذلك لأن هذه القواعد تعنى أساس بتحديد مجال اختصاص النظام القضائي لكل دولة بالنسبة لمجال اختصاص النظم القضائية الأجنبية⁴. كما أنها تنظم مرفقا حيويا من المرافق الأساسية في الدولة وبذلك ترتبط بوظيفة أساسية من وظائف الدولة وهي أداء العدالة في إقليمها⁵، وهو ما يترتب عليه التسليم بأن هذه القواعد تمس سيادة الدولة وتعود في غالبيتها للنظام العام، وهذا يعني بالتالي أن كل مخالفة لهذه القواعد تكون حينئذ مستحيلة⁶. وأما عن التسليم بمبدأ

¹ - أنظر، محكمة التمييز اللبنانية، 2000/11/10، مقتبس عن، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 532-533.

² - أنظر، طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 281.

³ - أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي...، المرجع السابق، ص. 155؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1057؛ موحد إسعاد، المرجع السابق، ج.2، ص. 24.

⁴ - Cf. Mohand ISSAD, op. cit., pp. 24-25.

⁵ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1057، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 155.

⁶ - أنظر، موحد إسعاد، ترجمة فائز أنجق، المرجع السابق، ج.2، ص. 24.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

الخضوع الاختياري، فبناه هذا الاتجاه على أساس أن أغلبية التشريعات التي أقرته¹ راعت بذلك هدف قواعد الاختصاص القضائي الدولي التي ترمي في مجملها إلى حماية المصالح الخاصة للأفراد، وأن هذا الهدف الأصيل يشكل بذاته أحد أهداف القانون الدولي الخاص في عمومته².

إن قبول الخصوم اختصاص محكمة معينة غير تلك المختصة أصلاً بنظر النزاع، قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً، وفي الحالتين قد يكون من جانب المدعي، كما قد يكون من جانب المدعى عليه لأن كلمة الخصم تنصرف في هذه الحالة إلى كل من المدعي والمدعى عليه³.

¹ - ومن التشريعات التي نصت صراحة على قاعدة الخضوع الاختياري، واعتبرتها كضابط من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي التي يبنى على أساسها اختصاص محاكمها الوطنية نجد التشريع المصري حيث نصت المادة 32 من قانون المرافعات: " تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً". أنظر، مفوض عبد التواب، المرجع السابق، ص. 175. ويقابل هذه المادة 27 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني. أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 312، والمادة 08 من قانون أصول المحاكمات السوري، أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 277، والمادة 19 من القانون الكويتي رقم 05 لعام 1961 لتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي. أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 288، والمادة 59 من قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني، أنظر، سهيل حسن الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 281، والمادة 1/3 من قانون المرافعات الليبي، أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 266 والفصل 4 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، أنظر، محمود محمود المغربي، المرجع السابق، ص. 104.

هذا وتم تقنين قاعدة الخضوع الاختياري في اتفاقية دولية أقرها مؤتمر لاهاي العاشر للقانون الدولي الخاص عام 1964 تحت عنوان "اتفاقية بشأن الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة". أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 416؛ طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 281. كما أخذت بمبدأ الخضوع الإرادي أيضاً الاتفاقية المبرمة في 1968/09/27 والخاصة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المواد المدنية والتجارية من دول السوق الأوروبية المشتركة من خلال المادتين 17 و 18 منها، أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1057.

ومع ذلك رفض جانب من الفقه وبعض التشريعات التسليم بالإرادة كضابط لتحديد الاختصاص القضائي الدولي مستندين في ذلك إلى أن القضاء يعد أحد المظاهر الهامة لسيادة الدولة، ولذلك فإن منح أطراف النزاع سلطة تغيير أو تعديل قواعد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة، فيه تأثير على سيادتها الوطنية لأن تلك القواعد تهدف إلى تنظيم وإدارة خدمة ومصصلحة عامة، كما أن إقرار الإرادة في هذا المجال سيؤدي إلى تغيير القانون الواجب التطبيق على النزاع من جهة، ومن جهة أخرى قد يتعمد الخصوم الإفلات من اختصاص محكمة معينة وذلك عن طريق الخضوع باختيارهم لمحكمة أخرى، وذلك بهدف تطبيق قانون آخر غير القانون المختص أصلاً بالنزاع مما يشكل غشاً وتحايلاً نحو القانون، كما أن إطلاق إرادة الخصوم في تحديد المحكمة المختارة سيؤدي إلى المساس بالاستقرار في تحديد القانون المطبق على العلاقات القانونية ذات الصفة الأجنبية مع أن هذا الاستقرار يعد أحد الأهداف الأساسية للقانون الدولي الخاص.

ورغم هذه الاعتبارات فإن الرأي الراجح في الفقه والقضاء يسلم بتحويل الإرادة دوراً في مجال الاختصاص القضائي الدولي، بحيث يجوز وللخصوم أن يتفقوا على قبول ولاية قضاء الدولة حتى ولو لم تكن محاكمها مختصة أصلاً بالنزاع وفقاً لأي ضابط من ضوابط الاختصاص الذي يحددها المشرع. أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 227؛ عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية...، المرجع السابق، ص. 60؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 414-415؛ عكاشة محمد عبد العال، أصول...، المرجع السابق، ص. 467.

² - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 1057.

³ - أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 416؛ عكاشة محمد عبد العال، أصول...، المرجع السابق، ص. 61.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

والقبول الصريح يكون بإدراج شرط في العقد أو التصرف القائم بين الأطراف يتفقون من خلاله على منح الاختصاص لمحكمة معينة في حالة وقوع نزاع مستقبلي بشأن تنفيذ التزاماتهم المتبادلة. وهذا ما يسمى بالشرط المانح للاختصاص¹.

أما القبول الضمني فيستخلص من أي موقف يدل بصفة قاطعة على قبول الخصوم الخضوع بإرادتهم لقضاء دولة معينة². والقبول الضمني يستخلص من جهة المدعى عليه إذا قرر هذا الأخير السير في إجراءات الخصومة دون أن يدفع بعدم الاختصاص عند بدء النزاع، وقبل التكلم في موضوع الدعوى³. أما غياب المدعى عليه فلا يمكن اعتباره قبولاً ضمناً للاختصاص. ويتعين في هذه الحالة على المحكمة التي رفعت إليها الدعوى أن تقضي بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها⁴. ويستفاد القبول الضمني من جانب المدعي من خلال رفعه الدعوى أمام محكمة معينة في غير الحالات التي تكون فيها هذه الأخيرة مختصة وفقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي⁵.

ويشترط لقبول الاختصاص المبني على إرادة الخصوم تحقق الشروط التالي:

أولاً: أن تكون هناك رابطة جديّة بين النزاع المطروح والمحاكم الذي اتفق الأطراف على الخضوع لولاية قضائها⁶. ويمكن أن تتحقق هذه الرابطة مثلاً بسبب انتماء الأطراف بجنسيتهم إلى دولة القضاء المختار. كما يمكن أن تتحقق أيضاً إذا كان للخصوم موطن أو محل إقامة بها، أو أن يكون لهم

¹ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 643؛ طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص 281.

² - أنظر، طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص 280.

³ - أنظر، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 643؛ طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص 281.

⁴ - وهذا ما نصت عليه المادة 35 من قانون المرافعات المصري بقولها: "إذا لم يحضر المدعى عليه و لم تكن محاكم الجمهورية مختصة بنظر الدعوى طبقاً للمواد السابقة تحكم المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها" أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 417؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 1062.

⁵ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 1062.

يرى الأستاذ عكاشة محمد عبد العال أن القبول الضمني للاختصاص لا يتصور إلا من جانب المدعي عليه، أما القبول الضمني من جانب المدعي فلا يتصور من الناحية المنطقية لأنه هو الذي يرفع الدعوى، ومتى رفعها فإنه يكون بذلك قد اتخذ سلوكاً إجرائياً عبر به عن قبوله الخضوع لقضاء لم يكن مختصاً من قبل. أنظر، عكاشة محمد عبد العال، أصول...، المرجع السابق، ص 468-469.

⁶ - أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 419؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 1059.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

أموال فيها¹. أما إذا ثبت عدم ارتباط النزاع بأي وجه بدولة القضاء المختار فعلى المحكمة المنظور أمامها النزاع بناء على الخضوع الاختياري أن تقضي بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها²، ويهدف هذا الشرط إلى تحقيق غايتين:

أولهما: إغلاق باب التحايل والغش نحو قواعد الاختصاص القضائي الدولي، وذلك بمنع الأفراد من التهرب من ولاية المحكمة المختصة دولياً، والتي تربطها بالنزاع صلة وثيقة وعدم الانصياع وراء أهواء الخصوم ورغباتهم الخاصة³.

وثانيهما: ضمان قوة وفعالية الأحكام القضائية. فالحكم الصادر من قضاء دولة معينة لا صلة لها بالنزاع سيكون حتماً مجرداً من أي قيمة فعلية، بحيث لن يكون قابلاً للتنفيذ خارج دولة الإصدار نظراً لكونه صادر عن قضاء غير مختص⁴.

ثانياً: أن لا يكون الخضوع الاختياري قائماً على الغش أو التحايل⁵. ويمثل هذا الشرط الوجه الآخر للشرط السابق، فإعمال إرادة الخصوم في خصوص الاختصاص القضائي وعلى غرار الاختصاص التشريعي يفتح المجال أمام الخصوم للتحايل. فقد يعتمد الخصوم التهرب من المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع فيختارون المحكمة التي يعلمون مسبقاً أنها ستطبق قانوناً تمكن أحكامه من الحصول على الحكم الذي يتوافق ومصالحهم الخاصة. ولذلك يشترط للاعتداد بإرادة الخصوم في تحديد المحكمة المختصة أن لا ينطوي هذا الخضوع الإرادي على غش أو تحايل نحو الاختصاص.

ثالثاً: أن يكون النزاع الذي اتفق الأطراف على إخضاعه لقضاء دولة معينة ذو صفة دولية. ويعد هذا الشرط من أكثر الشروط التي أثارت الجدل بين فقهاء القانون الدولي الخاص. فذهب أغلبية الفقهاء إلى ضرورة أن يتضمن النزاع محل الاتفاق المانع للاختصاص عنصراً أجنبياً؛ أي أن يكون النزاع ذو

¹ - أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 319؛ عكاشة محمد عبد العال، أصول...، المرجع السابق، ص. 471.

² - أنظر، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ج. 2، ص. 461.

³ - أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 319؛ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ج. 2، ص. 489.

⁴ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية...، المرجع السابق، ص. 65.

⁵ - أنظر، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ج. 2، ص. 481.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

صبغة دولية¹. أما إذا كان الاتفاق المانع للاختصاص متعلقا بتزاع وطني بحث؛ فإن هذا الاتفاق لن ينتج أي أثر قانوني². وهو الأمر الذي جسده محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1985/12/17، حيث قضت من خلاله بمشروعية الشروط المعدلة للاختصاص القضائي الدولي كأصل عام طالما كان الشرط منصبا على نزاع دولي³. ومع ذلك يشكك البعض⁴ في ضرورة هذا الشرط خاصة وأن مشكلة الاختصاص القضائي الدولي شأها في ذلك شأن كافة مشكلات القانون الدولي الخاص لا تثار إلا بصدد علاقة ذات عنصر أجنبي أي بصدد علاقة ذات طابع دولي⁵.

فضوابط الاختصاص القضائي الدولي ومن بينها ضابط الخضوع الاختياري، هي ضوابط لا يتصور إعمالها أصلا إلا في صدد المنازعات التي تتسم بالصبغة الدولية في مفهوم القانون الدولي الخاص⁶. بالإضافة إلى الشروط السابق ذكرها رأى بعض الفقه المصري⁷ أن الخضوع الاختياري يجب أن يكون جالبا للاختصاص وليس سالبا له⁸. وهو شرط لم يوافق عليه جانب آخر من الفقه المصري⁹، الذي لم ير بأسا في تقرير حق الأفراد في سلب الاختصاص للمحاكم الوطنية لمصلحة قضاء دولة أجنبية، ولكن بشرط أن يكون للخصوم مصلحة من عرض نزاعهم على القضاء الأجنبي، وألا يكون النزاع مرتببا ارتباطا وثيقا بالنظام القانوني المصري، فمتى تحقق ذلك تعين عندئذ على المحاكم الوطنية أن تتخلى عن الاختصاص الثابت أصلا لها. متى تبين لها أن حكمها سوف يكون معدوم القيمة لاعتبار أن المحكمة

¹ - أنظر، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 97.

² - أنظر، محكمة النقض الفرنسية، 1985/14/17، مقتبس عن، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 93.

³ - أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي...، المرجع السابق، ص. 99، 100، 102.

⁴ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1060، 1061؛ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 106.

⁵ - أنظر، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 166.

⁶ - أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 739، 740.

⁷ - يكون الخضوع الاختياري جالبا للاختصاص؛ إذا اتبني عليه تحويل الاختصاص للمحاكم الوطنية في حالات لم يكن فيها هذا الاختصاص ثابتا أصلا لها، ويكون الخضوع الاختياري سالبا للاختصاص إذا ترتب عليه سلب أو نزاع اختصاص كان ثابتا أصلا للمحاكم الوطنية. أنظر، عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية...، السابق، ص. 68، 96.

⁸ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، أصول...، المرجع السابق، ص. 473؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي...، المرجع السابق، ص. 109.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

الأجنبية الذي نزع الاختصاص لصالحها ستكون أقدر على التصدي للزراع وكفالة تنفيذ الحكم الصادر بشأنه، وذلك مراعاة لمبدأ التعاون الدولي في هذا المجال والذي تفرضه مقتضيات التعايش المشترك في الجماعة الدولية¹.

تتصف قاعدة الخضوع الاختياري بالعمومية، حيث يدخل في نطاقها مواد الأحوال العينية وكذلك مواد الأحوال الشخصية²، وبذلك يمتد مجال قاعدة الخضوع الاختياري ليشمل أيضا دعاوى الإرث والوصية وباقي التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت. فيمكن للإرادة أن تلعب دورا أساسيا في تحديد المحكمة المختصة دوليا بالتزاعات الإرثية أو الإيصائية ذات الطابع الدولي، وذلك باستثناء الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار كائن في الخارج، بحيث يتعين على المحكمة أن تقضي بعدم اختصاصها متى تعلق الدعوى بعقار كائن في دولة أجنبية رغم خضوع الخصوم اختياريا لولايتها وحتى لو كان ثمة رابطة بين

¹ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال ، أصول...، المرجع السابق، ص. 477؛ عكاشة محمد عبد العال ، الإجراءات المدنية...، المرجع السابق ، ص. 72؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي ...، المرجع السابق، ص. 110؛ هشام علي صادق ، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق ، ص. 110.

² - أنظر أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق ، ص. 402.

ومع ذلك ضيقت بعض التشريعات - كالتشريع الفرنسي والإيطالي - من مجال إعمال قاعدة الخضوع الاختياري باستثناء دعاوى الطلاق من الاختصاص المبني على إرادة الخصوم، وذلك تفاديا لأي غش أو تحايل من قبل الزوجين اللذين قد يتعمدان الإفلات من اختصاص المحكمة المختصة أصلا تهربا من القانون الواجب التطبيق، لأنه لا يجوز الطلاق أو يقيده بعدة شروط ، و اللجوء إلى محكمة دولة أجنبية تمكنها من الحصول على الهدف المطلوب من خلال تطبيق قانون يجيز لهما الطلاق أو لا يقيده بأي شرط ، أنظر، عكاشة محمد عبد العال ، أصول ... ، المرجع السابق ، ص 467.

وقد أيدت اتفاقية لاهاي للخضوع الاختياري هذا الاتجاه إذ نصت في المادة الثانية منها على أنه " لا تسري على اتفاقات اختيار المحكمة ا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم وحقوق الأسرة بما في ذلك الحقوق والالتزامات الشخصية المالية بين الوالدين، والأبناء والزوجين، وفي مادة الالتزام بالنفقة بين غير المذكورين، وفي مواد الموارث، وفي مواد الإفلاس والصلح الواقي منه، والإجراءات المماثلة بما في ذلك الأحكام المترتبة على هذه الإجراءات، و المتعلقة بصحة تصرفات المدين، وأخيرا في مادة الحقوق العينية العقارية ". أنظر ، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق ، ص. 423. وقد كان المشرع المصري أيضا قبل تعديل قانون المرافعات من مؤيدي تضييق نطاق قاعدة الخضوع الاختياري، بحيث قصر مجال إعمالها على مسائل الأحوال الشخصية دون مسائل الأحوال العينية، إلا أنه و بعد تعديل قانون المرافعات قد وسع من نطاق القاعدة لتشمل كل الدعاوى شخصية كانت أم عينية، فجاء في نص المادة 32 الذي تضم مبدأ الخضوع الاختياري كضابط لاختصاص المحاكم المصرية، وبصفة عامة دون أي تفرقة بين مواد الأحوال الشخصية ومواد الأحوال العينية . أنظر محمد كمال فهمي، المرجع السابق ، ص. 638،639 ؛ أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص. 1056،1057؛ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 92 ؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد ، القانون القضائي ... ، المرجع السابق ، ص. 96؛ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق ، ص. 172. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري تعليقا على المادة 32 ما يلي : " وقد جعل المشرع اختصاص المحكمة في هذه الحالة اختصاصا عاما بحيث يسري على جميع الدعاوي سواء كانت عينية أم شخصية أم محتلتة، وذلك في حين أن تشريع المرافعات القديم كان يقصر هذا الاختصاص على المنازعات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية دون تلك المتعلقة بالأحوال العينية". أنظر، مفوض عبد التواب، المرجع السابق ، ص. 176.

التزاع والإقليم، وذلك باعتبار أن محكمة موقع العقار هي الأكثر صلة به والأقدر على الفصل في المنازعات المتعلقة بهذا العقار¹.

فاستثناء الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار كائن في الخارج، يعد قيذا عاما يرد على جميع قواعد الاختصاص القضائي الدولي، بما فيها قاعدة الاختصاص الإرادي². وهو الأمر الذي جسده صراحة اتفاقية لاهاي للخضوع الاختياري حيث استثنت من خلال مادتها الثانية الدعاوى العينية العقارية من مجال أعمال قاعدة الخضوع الإرادي³.

وبالإضافة إلى تقلص وامتداد الحالات التي تختص فيها المحاكم الوطنية بالتزاعات الإرثية والإيصائية ذات العنصر الأجنبي تأثرا بتدخل إرادة الخصوم في هذا المجال، فقد تتدخل المحاكم الوطنية أيضا تحت شعار حسن سير العدالة لتفصل في بعض المسائل الإرثية والإيصائية.

الفرع الثالث

الاختصاص المبني على مبدأ حسن سير العدالة

ضمانا لحسن سير العدالة قد تختص المحاكم الوطنية في أحوال معينة دون أن يتحقق أي ضابط من ضوابط الاختصاص المقررة في قانونها، وذلك إما لاتصال الدعوى بدعوى تدخل ضمن اختصاصها تحقيقا وضمانا لوحدة الخصومة (أولا). وإما لأن الأمر يتطلب سرعة تدخل القضاء من أجل اتخاذ إجراءات معينة لحماية حقوق الخصوم والأموال المتنازع عليها⁴ (ثانيا).

¹ - أنظر، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 175؛ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ج. 2، ص. 481.

² - أنظر، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 92؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي ...، المرجع السابق، ص. 96.

³ - أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 423.

⁴ - أنظر، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 123؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1090؛ عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 99، 100.

أولاً- الدعاوى المرتبطة

استقر الفقه والقضاء في مختلف الدول على التسليم باختصاص المحاكم الوطنية بالدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية المطروحة أمامها بناء على أحد ضوابط الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها. ويتحقق لها هذا الاختصاص حتى ولو لم يكن ليتقرر اختصاصها بالدعاوى المرتبطة فيما لو رفعت إليها في صورة دعوة مبتدئة، وذلك بناء على القاعدة القائلة بأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع أو قاضي الموضوع هو قاضي الدفع¹.

وهذا الاختصاص الثابت للمحاكم الوطنية بالدعاوى المرتبطة تمليه الاعتبارات العملية ويستجيب لحسن أداء العدالة، كما من شأنه الحفاظ على وحدة الخصومة، واقتصاد النفقات والإجراءات، ويجول دون صدور أحكام متضاربة في ذات المنازعة². واختصاص المحاكم الوطنية بالدعاوى المرتبطة بالدعاوى الأصلية التي تدخل ضمن اختصاصها، هو اختصاص ذو طابع عام ينصرف حكمه إلى المنازعات في مواد الأحوال العينية وفي مواد الأحوال الشخصية³، بما فيها دعاوى الإرث والوصايا و باقي التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت. وتوجد ثلاث حالات للدعاوى المرتبطة وهي:

أ. المسائل الأولية

تعتبر مسألة أولية كل مسألة يتوقف الحكم في الدعوى على الفصل فيها⁴. و بمعنى آخر هي المسألة التي يتوجب على المحكمة البث فيها أولاً حتى يتسنى لها الفصل في موضوع النزاع الأصلي⁵. فإذا

¹ - أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 228؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 368؛ طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 280؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 316.

² - أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.2، ص. 31؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1095.

³ - أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 369.

⁴ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1091.

⁵ - أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 316؛ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ج.2، ص. 484.

كانت المحاكم الوطنية مختصة بالدعوى الأصلية، فتختص أيضا بالنظر في كل مسألة أولية يقتضيها الفصل النهائي في الدعوى، وحتى لو لم تكن هذه المسائل مما يدخل في ولايتها أصلا¹، وذلك بشرط أن تكون المحكمة الوطنية مختصة بالدعوى الأصلية وفقا لقواعد الاختصاص في قانونها وحتى ولم تكن مختصة بنظر المسألة الأولية إذا ما رفعت إليها في صورة دعوى أصلية. كما يجب أن يكون الفصل في المسألة الأولية لازما للحكم في الدعوى الأصلية². فمثلا تحديد جنسية الخصوم أو موطنهم يعتبر مسألة أولية يجب الفصل فيها أولا لتحديد مدى اختصاص المحاكم الوطنية بنظر الدعوى متى تعلق الأمر بتطبيق قاعدة الاختصاص المبني على جنسية الخصوم أو موطنهم³.

فمحكمة موضوع الدعوى الأصلية هي التي تنظر في هذه المسائل الفرعية وتفصل فيها تبعا للدعوى الأصلية، كما لو كانت المحكمة تنظر في نزاع متعلق بقسمة تركة، ودفع أحدهم أثناء المرافعة بكون المتوفى أو أحد الورثة أجنبي الجنسية. فيجب في هذه الحالة على المحكمة أن تنظر في هذا الدفع وتثبت من جنسية المتوفى أو الوارث، قبل الفصل في موضوع قسمة التركة رغم أنها غير مختصة أصلا بالفصل في نظر دعاوى الجنسية فيما لو عرضت عليها بصورة أصلية⁴.

كذلك الأمر لو ثار نزاع أمام المحاكم الوطنية بشأن ملكية عين من الأعيان، فيدفع المدعى عليه بأنه قد تملك هذه العين بالميراث. ففي هذه الحالة تختص المحاكم الوطنية بالفصل في المسألة الأولية المتعلقة بالإرث ولو لم تكن مختصة بها فيما إذا عرضت عليها في صورة دعوى أصلية⁵.

¹ - أنظر، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 187؛ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 641.

² - أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي...، المرجع السابق، ص. 113-114 و316.

³ - أنظر، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 126.

⁴ - أنظر، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص. 292.

⁵ - أنظر، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 641-642.

ب. الطلبات العارضة

الطلبات العارضة هي التي تبدى أثناء سير الخصومة من قبل أحد أطراف الخصومة سواء كان المدعي أو المدعى عليه، ويكون من شأنها تغيير نطاق الخصومة زيادة أو نقصانا من جهة موضوعها أو سببها أو أطرافها¹. وهذا ما يميزها عن المسائل العارضة الأخرى التي تنعقد بها إجراءات الدعوى أو تحقيقها أو الحكم فيها، فهذه الأخيرة ليس لها تأثير مباشر على موضوع الدعوى أو سببه أو موضوعه²، كطلب سقوط الخصومة أو تركها مثلا. فالمسائل العارضة تلازم الطلب الأصلي وجودا أو عدما، بخلاف الطلبات العارضة، كالطلب الذي يتضمن تصحيح الطلب الأصلي وتعديل موضوعه بسبب ظروف طرأت بعد رفع الدعوى، أو الطلب الذي يتضمن تفسير أو إضافة لسبب الدعوى مع بقاء موضوع الطلب الأصلي³.

فتختص المحاكم الوطنية بالفصل في الطلبات العارضة المتصلة بدعوى تدخل أصلا في اختصاصها، حتى ولو لم تكن هذه الطلبات مم يدخل في ولايتها أصلا، فيما لو أثرت أمامها في صورة خصومة مستقلة⁴، وذلك بشرط أن تكون المحاكم الوطنية مختصة ابتداء بالدعوى الأصلية وأن تكون الطلبات العارضة مرتبطة بالطلب الأصلي الذي تختص به أصلا المحاكم الوطنية⁵.

¹ - أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 374؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1093.

² - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 105.

³ - أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 316.

⁴ - أنظر، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ج. 2، ص. 383، 384؛ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 643. وقد أخذ المشرع المصري بهذا الحل من خلال المادة 33 من قانون المرافعات التي تنص على أنه " إذا رفعت لمحاكم الجمهورية دعوى داخلية في اختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل في المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية ". أنظر، مفوض عبد التواب، المرجع السابق، ص. 176.

⁵ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1094؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 376.

ج. الطلبات المرتبطة

والطلبات المرتبطة هي تلك الطلبات التي تكون على رباط وثيق بالدعوى الأصلية، بحيث يكون من حسن سير العدالة أن تجمع معا أمام محكمة واحدة، لكي يفصل فيها في خصومة واحدة تلافيا لتضارب الأحكام القضائية¹. ويتحقق الارتباط عادة متى كانت هناك وحدة في الموضوع، السبب، أو الأطراف بين الدعويين. هذا وقد يقوم الارتباط في غير هذه الأحوال كما لو كان بين الدعويين صلة وثيقة تجعل من حسن سير العدالة الحكم فيهما معا. ومن أمثلة الطلبات المرتبطة الطلب الذي يقدمه الموصى له بتسليم الشيء أو لمال الموصى به فيطلب الورثة الشرعيون الحكم بعدم صحة الوصية².

تختص المحاكم الوطنية بالطلبات المرتبطة بالدعوى الأصلية المرفوعة أمامها ولو لم تكن مختصة بنظر تلك الطلبات إذا رفعت أمامها في شكل دعوى مستقلة³. وهذا الحل أخذ به المشرع الجزائري في المجال الداخلي حيث نصت المادة 207 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " إذا وجد ارتباط بين خصومتين أو أكثر معروضة أمام نفس القاضي، جاز له ولحسن سير العدالة ضمها من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم و الفصل فيهما بحكم واحد"⁴.

¹ - أنظر، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 127؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي...، المرجع السابق، ص. 115. و عرف المشرع الجزائري حالة الارتباط التي تقوم على المستوى المحلي من خلال المادة 55 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على أنه " تقوم حالة الارتباط عند وجود علاقة بين قضايا مرفوعة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضائية أو أمام جهات قضائية مختلفة، والتي تستلزم لحسن سير العدالة أن ينظر ويفصل فيها معا ".

² - أنظر، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 644.

³ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 106.

⁴ - وجاء أيضا في المادة 56 من نفس القانون " التخلي عن النزاع بسبب الارتباط بين القضايا يؤمر به من طرف آخر جهة قضائية أو آخر تشكيل عرطرح عليها النزاع، لصالح جهة قضائية أو تشكيلة أخرى، بموجب حكم مسبب بناء على طلب أحد الخصوم أو تلقائيا ". ونصت أيضا المادة 58 من ذات القانون على أنه " تقضي جهة الإحالة بالضم تلقائيا في حالة وجود ارتباط بين خصومات مطروحة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضائية أو أمام جهات قضائية مختلفة بعد التخلي " .

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

وبما أن قواعد الاختصاص الداخلي هي التي تطبق في المجال الدولي، فإنه وطبقا للنص المذكور أعلاه، تختص المحاكم الجزائرية بالقضايا المرتبطة بدعوى أصلية تدخل ضمن اختصاصها، حتى لو لم تكن مختصة بهذه الطلبات إذا ما عرضت عليها في صورة دعوى مستقلة¹.

وأخذت بعض التشريعات العربية بهذا الاختصاص صراحة في المجال الدولي كمصر²، الأردن³، سوريا⁴، تونس⁵.

ويشترط لاختصاص المحاكم الوطنية بالطلبات المرتبطة أن تختص هذه الأخيرة بالدعوى الأصلية وفقا للقواعد المنظمة للاختصاص القضائي الدولي بها، وأن يكون هناك ارتباط واتصال بين الدعوى الأصلية و الطلب اللاحق⁶.

إن الاختصاص القائم على أساس الارتباط هو اختصاص عام ينصرف إلى سائر المنازعات سواء كانت من مسائل الأحوال العينية أو الشخصية، ولا يستثنى منه سوى الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج. وبناء على ذلك تختص المحاكم الوطنية بالطلبات المرتبطة بدعاوى الإرث أو أحد التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت المعروضة أمامها بصفة أصلية، كالدعوى التي يرفعها أحد الورثة مطالبا بالمال الذي أوصى له به المورث قبل وفاته، فيتقدم باقي الورثة بطلب الحكم ببطلان الوصية لأنه لا وصية لو ارث إلا إذا أجازها الورثة. فهنا تختص المحاكم الوطنية بالفصل في هذا الطلب لارتباطه

¹ - أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.2، ص. 30؛ موحد إسماعيل، ترجمة فائز أنجق، المرجع السابق، ج.2، ص. 30.

² - حيث نصت المادة 33 من قانون المرافعات على أنه " ... كما تختص بالفصل في كل طلب يرتبط بهذه الدعوى، ويقتضي حسن سير العدالة أن ينظر معها ". أنظر، محمود محمود المغربي، المرجع السابق، ص. 176.

³ - المادة 3/27 من قانون المحاكمات الأردني، أنظر ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص. 268.

⁴ - حيث نصت المادة 10 من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه " إذا رفعت للمحاكم السورية دعوى من دعاوى الأحوال الشخصية الداخلة في اختصاصها؛ فإنها تكون مختصة بالفصل... و في كل طلب مرتبط في هذه الدعوى و يقتضي حسن سير العدالة أن ينظر فيه ". أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 277. و ما يلاحظ على هذه المادة أنها قصرت اختصاص المحاكم السورية بالدعاوى المرتبطة على الدعاوى الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية دون غيرها، و ذلك على عكس التشريعات الأخرى التي جعلت من هذا الاختصاص اختصاصا عاما يشمل على سواء مسائل الأحوال الشخصية و العينية.

⁵ - حيث ينص الفصل 07 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أنه " تنظر المحاكم التونسية في الدعاوى التي لها ارتباط بقضايا منشورة لدى المحاكم التونسية ". أنظر، محمود محمود المغربي، المرجع السابق، ص. 105.

⁶ - أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 381.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

بالدعوى الأصلية. ومع ذلك لا يجوز للمحاكم الوطنية أن تنظر في الدعاوى الإرثية أو الإيصائية المتعلقة بعقار كائن في الخارج ولو كانت مرتبطة بدعوى أصلية تدخل في اختصاصها أصلاً¹.

هذا وقد اختلف الفقه حول مدى إعمال قاعدة الاختصاص المبني على أساس الارتباط. فرأى جانب منه²، أن هذه القاعدة تطبق فقط إذا كان من شأنها جلب الاختصاص للمحاكم الوطنية بدعوى لم تكن تدخل في ولايتها. أما إذا كان من شأنها سلب اختصاص المحاكم الوطنية الثابت لها بموجب إحدى قواعد الاختصاص القضائي الدولي لصالح قضاء أجنبي فلا مجال لإعمالها في هذه الحالة³. وبذلك لا يجوز الدفع أمام المحاكم الوطنية بطلب إحالة الدعوى المرفوعة أمامها إلى محكمة أجنبية على أساس ارتباطها بتزاع أصلي قائم أمام هذه الأخيرة. إلا أن هناك جانب آخر من الفقه⁴، لم ير أن هناك ما يحول دون قبول المحاكم الوطنية لمبدأ الدفع بالإحالة للارتباط متى تبين للقاضي أن المحكمة الأجنبية التي تنظر الدعوى الأصلية أكثر قدرة على الفصل في الدعوى المرتبطة وأقدر من غيرها على كفالة آثار الحكم الصادر بشأنها⁵.

هذا عن الدفع بالإحالة للارتباط، فماذا عن الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية؟ فهل يمكن للقاضي الوطني قبول الدفع بالإحالة في حالة ما إذا كان نفس النزاع معروض على محكمة أجنبية؟

لقد عالج المشرع الجزائري هذه الإشكالية على المستوى المحلي، وذلك من خلال المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي نصت صراحة على أنه في حالة ما إذا رفع نفس النزاع إلى جهتين قضائيتين مختصين، يجب على الجهة القضائية الأخيرة التي رفع إليها النزاع؛ أن تتخلى عن اختصاصها

¹ - أنظر، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ج.2، ص. 452؛ عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 106.

² - أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 731؛ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 644.

³ - أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 382.

⁴ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 503؛ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 180.

⁵ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 503؛ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 180.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

لصالح الجهة الأخرى، إذا طلب الخصوم ذلك، بل ويجوز للقاضي أن يتخلى عن الفصل تلقائيا إذا تبين له وحدة الموضوع¹.

لكن هل يجوز مد العمل بهذه المادة إلى المستوى الدولي والقول بجواز الدفع بالإحالة أمام المحاكم الوطنية في حالة قيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية؟

بما أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي في الجزائر ما هي إلا امتداد لقواعد الاختصاص المحلي، فيمكن القول بأنه يجوز الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع في المجال الدولي. لكن القضاء الجزائري قد سار في الاتجاه المعاكس حيث لم يسلم بالدفع بالإحالة لوحدة الموضوع على المستوى الدولي²، متأثرا في ذلك بالقضاء الفرنسي الذي رفض بداية الدفع بالإحالة في مجال الاختصاص القضائي الدولي.

وهو حل كان مستقر عليه القضاء الفرنسي منذ قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1809/09/17³، إلا أن القضاء الفرنسي بدأ تدريجيا يتراجع عن رفضه المطلق للدفع بالإحالة حيث صدر عن محكمة النقض الفرنسية قرارين، الأول بتاريخ 1962/05/05⁴ والثاني بتاريخ 1964/12/09⁵ ففسر هذين القرارين على أنهما يعكسان قبولها الضمني للدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية. وبعد ذلك قطعت محكمة النقض الفرنسية الشك باليقين حين نصت صراحة في قرارها الصادر بتاريخ 1974/06/25⁶ بجواز مبدأ الدفع بالإحالة. كما أكدت محكمة النقض الفرنسية استمرار موقفها هذا حيث قضت في قرارها الصادر في 1974/11/26⁷ أن الدفع بالإحالة يمكن قبوله أمام القضاء الفرنسي

¹ - وهذا الحل الأخير جسده القضاء الإنجليزي صراحة في المجال الدولي، حيث ذهب إلى حد إقرار التخلي عن اختصاصه لصالح محكمة أجنبية متى تبين له أنها أقدر على الفصل في النزاع حتى ولو لم تكن الدعوى قد رفعت أمامها، تأسيسا على نظرية " المحكمة غير الملائمة " التي ابتدعها القضاء و إلى كون التجاء المدعي إلى المحكمة الإنجليزية في هذا الغرض يتضمن تعسفا في استعمال حقه في رفع الدعوى. هذا الاجتهاد القضائي مقتبس عن، هشام علي صادق ، تنازع الإختصاص ...، المرجع السابق، ص. 57 و 62 .

² - Concernant cette jurisprudence, cons. Mohand ISSAD, op.cit., tome2, p.28.

³ - أنظر، محكمة النقض الفرنسية، 1809/09/17، مقتبس عن، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 65.

⁴ - أنظر، محكمة النقض الفرنسية، 1962/05/05، مقتبس عن، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 336.

⁵ - أنظر، محكمة النقض الفرنسية، 1964/12/09، مقتبس عن، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 336.

⁶ - أنظر، محكمة النقض الفرنسية، 1974/06/25، مقتبس عن، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 66.

⁷ - أنظر، محكمة النقض الفرنسية، 1974/11/26، مقتبس عن، عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 138.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

نظرا لقيام الدعوى أمام محكمة أجنبية مختصة هي الأخرى. وبذلك استقر القضاء الفرنسي نهائيا على مبدأ جواز الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية متى توافرت شروط التمسك بهذا الدفع¹. وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في 17/06/1980². وبذلك يكون القضاء الفرنسي قد استجاب إلى الاتجاهات المعاصرة في القانون الدولي الخاص التي تؤكد على وجوب تحويل القاضي سلطة قبول الدفع بالإحالة في مجال الاختصاص الدولي، نزولا على اعتبارات الملائمة والتعاون القضائي الدولي³، وتجسيدها لمبدأ قوة وفعالية الأحكام الدولية .

ولنفس الاعتبارات يجب على القضاء الجزائري أن يغير موقفه الراض للإحالة لأن موقفه هذا لا يخدم على المستوى العملي أغراض التعاون القضائي الدولي⁴. كما أن رفضه للإحالة على هذا النحو من شأنه أن يؤدي إلى صدور أحكام متعارضة بين القضاء الأجنبي والقضاء الوطني، هذا الأخير الذي سيصدر في النهاية أحكاما عديمة القيمة، غير مكفولة النفاذ، فلا شك أن الدولة الأجنبية المرفوع أمامها نفس النزاع ستفرض الاعتراف وتنفيذ الحكم الصادر من القضاء الوطني ما دام أنه يتعارض مع الحكم الصادر عنها في شأن نفس النزاع.

¹ - ويشترط لقبول الدفع بالإحالة تحقق الشروط التالية: - أن يكون هناك دعوتان مرفوعتين، إحداها أمام المحاكم الأجنبية، والأخرى أمام المحاكم الوطنية .
- وحدة الأطراف والسبب والمحل في الدعويين.

- أن تكون كل من المحكمتين الوطنية و الأجنبية مختصة بنظر الدعوى . أنظر، أبو العلا علي أبو العلا النمر، مقدمة في قانون الإجراءات المدنية الدولية، دار الكتب القانونية، مصر، 2003. ص.100.

- أن يكون الحكم الصادر من المحكمة الأجنبية قابل للتنفيذ، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 26/11/1974 حيث أكدت ضرورة أن يكون الحكم الذي ستصدره المحاكم الأجنبية قابلا لأن يعترف به وينفذ في فرنسا. أنظر، محكمة النقض الفرنسية، 26/11/1974، مقتبس عن، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي ...، المرجع السابق، ص.133؛ محمود جمال الكردي، المرجع السابق، ج.2، ص.140-142.

² - أنظر، محكمة النقض الفرنسية، 17/06/1980، مقتبس عن، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص.66، 65؛ عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 138، 139.

³ - أنظر، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 61، 60.

⁴ - أنظر، موحد إسعاد، ترجمة فائز أنجق، المرجع السابق، ج.2، ص. 29.

ثانيا- الإجراءات التحفظية

لقد استقرت أغلبية التشريعات¹ على تقرير اختصاص محاكمها الوطنية بالفصل في الدعاوى المستعجلة التي ترمي إلى اتخاذ إجراءات وقائية² أو تحفظية يراد تنفيذها في الدولة لحين الفصل في الخصومة الأصلية، حتى في حالة ما لم تكن هذه المحاكم مختصة بالدعوى الأصلية³.

والإجراءات التحفظية هي تلك الإجراءات التي تصدر عن القضاء بصفة مؤقتة، أي لحين الفصل في الخصومة الأصلية ودون أن يكون لها تأثير على أصل الحق موضوع النزاع. وعادة ما تتخذ هذه الإجراءات بخصوص الأشياء أو الأموال التي يخشى عليها من خطر محقق أو من فوات الوقت إذا تم الانتظار لحين صدور حكم من المحكمة المختصة بالدعوى الأصلية⁴.

¹ - ومن بينها التشريع المصري من خلال المادة 34 من قانون المرافعات التي نصت على أنه: "تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقائية والتحفظية التي تنفذ في الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية". أنظر، مفوض عبد التواب، المرجع السابق، ص. 177. وتقابل هذه المادة المادة 09 من قانون أصول المحاكمات السورية، المادة 21 من القانون الكويتي رقم 05 لعام 1961 لتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، المادة 3/3 من قانون المرافعات الليبي. أنظر، محمد ميروك الدلافي، المرجع السابق، ص. 229 و289، 288. وأيضا أقر المشرع اللبناني من خلال المادة 78 من أصول المحاكمات المدنية اللبناني اختصاص المحاكم اللبنانية بالدعاوى الرامية إلى اتخاذ تدابير مؤقتة أو احتياطية تتم في لبنان من إحدى حالات اختصاص المحاكم اللبنانية التي يكون فيها المدعى عليه لبناني الجنسية أو أجنبي ليس له محل إقامة حقيقي أو مختار أو سكن في لبنان. أنظر، عبده جميل غصوب، دروس...، المرجع السابق، ص. 385. هذا وقد نص المشرع التونسي على الاختصاص الحصري للمحاكم التونسية بالدعاوى التي يكون موضوعها طلب إجراء تحفظي بتونس، وذلك بشرط أن يستهدف هذا الأخير ما لا موجودا لها، بحيث جاء في الفصل 08 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي ما يلي: "تختص المحاكم التونسية دون سواها بالنظر: 4- إذا كان موضوع الدعوى طلب إجراء تحفظي أو تنفيذي بالبلاد التونسية ويستهدف مالا موجودا لها". أنظر، محمود محمود المغربي، المرجع السابق، ص. 105.

وبالإضافة إلى ذلك قننت العديد من الاتفاقيات الدولية اختصاص المحاكم الوطنية بالإجراءات الوقائية والتحفظية، كالاتفاقية المبرمة في 1968/09/27 بين دول السوق الأوروبية المشتركة والخاصة بتنظيم الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المواد المدنية والتجارية في المادة 24 منها. أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1101.

² - و من أمثلة الإجراءات الوقائية الدعوى التي ترمي إلى طلب نفقة مؤقتة للزوجة لحين الفصل في دعوى الطلاق. أنظر، طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 283.

³ - أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 406؛ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 149؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 725.

⁴ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1101.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

ومثاله الأمر باتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على الأموال محل التركة كجردها، ووضع الأختام عليها أو فرض الحراسة عليها حين تعيين الورثة الشرعيين والموصى لهم من قبل المحكمة المختصة بدعوى الميراث¹.

وتقرير اختصاص القضاء الوطني بالإجراءات التحفظية على هذا النحو فيه مراعاة لمصالح الخصوم وتفاديا لضياع حقوقهم وأيضا من شأنه توفير الوقت والنفقات. فإجراءات الدعوى العادية قد تستمر وقتا طويلا، وهو الأمر الذي قد يضر بمصلحة الخصوم، وبالأخص في الحالات التي يستلزم الفصل فيها السرعة ويخشى بشأنها من فوات الوقت، إذ يستوجب عندئذ منح الخصوم الحق في رفع دعوى مستعجلة تتضمن طلب اتخاذ إجراء وقفي معين، لتلافي خطر تأخير الفصل في الدعوى الأصلية². وبناء على هذه الدعوى تقوم المحاكم الوطنية باتخاذ الإجراءات اللازمة والضرورية حين الفصل في الدعوى الأصلية، وسواء كانت المحاكم الوطنية مختصة بالدعوى الأصلية أم لا. كما يستوي أن يكون الإجراء أو التحفظ متعلق بمواد الأحوال الشخصية أو بمواد الأحوال العينية.

ومما سبق، نستنتج أنه حتى يتحقق للمحاكم الوطنية هذا الاختصاص يجب: أولا، أن يتعلق الأمر بدعوى مستعجلة يكون الغرض منها اتخاذ إجراء تحفظي؛ وثانيا، أن يراد تنفيذ هذه الإجراءات في دولة القاضي الذي قضى باتخاذها، وذلك قبل صدور الحكم الموضوعي في الدعوى الأصلية من قبل المحكمة المختصة³.

وبعد أن رأينا معظم الحالات التي يمكن أن ينعقد فيها اختصاص المحاكم الوطنية مراعاة لحسن سير العدالة، ننتقل لمعالجة إمكانية اختصاص قضاء دولة ما بالفصل في النزاعات الإرثية والإيصائية ذات الطابع الدولي مجرد تفادي إنكار العدالة.

¹ - أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 724؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 410؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 110.

² - أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 409.

³ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1101؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 412.

الفرع الرابع

الاختصاص المبني على مبدأ تفادي إنكار العدالة

تتميز قواعد الاختصاص القضائي الدولي عن قواعد تنازع القوانين بأنها منفردة أو أحادية الجانب، أي أنها تبين فقط ما إذا كان القضاء الوطني مختصاً أم غير مختص، ودون أن تتعرض لبيان حالات اختصاص القضاء الأجنبي¹. فإذا لم تختص المحاكم الوطنية بالدعوى لعدم توافر أي ضابط من ضوابط الاختصاص المقررة في قانونها هناك احتمال أن تبقى الدعوى من دون قضاء يفصل فيها لعدم اعتراف أي قضاء باختصاصه لنظر الدعوى، وهذا ما ينجم عنه إنكار العدالة. وتفادياً لهذا الوضع قررت بعض الدول وفي مقدمتها فرنسا أن تجعل من تلافي إنكار العدالة سبباً من أسباب عقد الاختصاص لمحاکمها الوطنية، بحيث استقر القضاء الفرنسي على تقرير اختصاصه متى تعلق الأمر بخصومة ضالة لا ينعقد الاختصاص بنظرها لأي محكمة بشرط أن يكون لهذه الخصومة صلة بالإقليم الفرنسي²، كأن يكون المدعي متوطن في فرنسا في حالة لم يكن للمدعى عليه متوطن أو محل إقامة في فرنسا أو في الخارج³.

وقد استثنى القضاء الفرنسي من الاختصاص المبني على تفادي إنكار العدالة الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج، ومن ذلك دعاوى قسمة عقارات موروثية واقعة خارج فرنسا⁴. وبذلك يكون القضاء الفرنسي قد جعل الاختصاص المبني على فكرة تلافي إنكار العدالة اختصاصاً عاماً يشمل على السواء مسائل الأحوال الشخصية والعينية مع استثناء الدعاوى المتعلقة بعقار واقع في الخارج. وهو ما يعني انصراف حكم هذا الاختصاص إلى دعاوى الإرث، الوصية، وباقي التصرفات الملحقة بها.

¹ - أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.2، ص. 10.

² - Civ, 1^{er}, 0701/ 1982 ; 16/04/1985, cités par Pierre MAYER, Vincent HEUZE, op. cit., p.206.

³ - أنظر، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 128.

⁴ - Civ. 07/01/ 1982, cité par Pierre MAYER, Vincent HEUZE, op cit., p. 206.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

وعليه، يمكن للمحاكم الفرنسية أن تفصل في هذه الدعاوى بغض النظر إن كانت مختصة أصلاً بها أم لا، وذلك في حالة ما إذا لم يعترف أي قضاء آخر باختصاصه بهذه الدعاوى وذلك تفادياً لإنكار العدالة، بشرط أن يكون للتراع الإرثي أو الإيصائي صلة بالإقليم الفرنسي، وألا يتعلق الأمر بدعاوى عقارية تهدف إلى قسمة عقارات موروثه واقعة خارج الأراضي الفرنسية .

وعلى نهج القضاء الفرنسي سارت بعض التشريعات العربية¹، التي اعتمدت هي الأخرى على مبدأ تلافي إنكار العدالة، إلا أنها لم تجعل منه سبباً عاماً لعقد الاختصاص لمحاكمها الوطنية، وإنما قصرت الأمر على الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية² متى كان ثمة رابطة بين التراع والإقليم.

ومن تم يتعين لانعقاد الاختصاص بناء على فكرة تفادي إنكار العدالة في هذه الحالة توافر

الشروط التالية:

- أن يكون المدعي في الدعوى وطنياً أو أجنبياً متوطناً في الدولة المعنية.

¹ - وفي مقدمتها التشريع المصري حيث نصت المادة 7/30 من قانون المرافعات على أنه " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية و ذلك في الأحوال الآتية:

7- إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية و كان المدعي وطنياً أو كان أجنبياً له موطن في الجمهورية، و ذلك إذا لم يكن للمدعي عليه موطن معروف في الخارج. أنظر، مفوض عبد التواب ، المرجع السابق ، ص. 168. وتقابل هذه المادة المادة 07 من أصول المحاكمات المدنية السوري، والمادة 10/د من قانون الإجراءات المدنية السوداني، أنظر، هشام خالد، المرجع السابق، ص. 160-165. وكذلك المادة 6/21 من قانون الإجراءات الإماراتي، أنظر، عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية ...، المرجع السابق، ص. 74.

² - وهو أمر لم يرق بعض الفقهاء وعلى رأسهم الأستاذ هشام علي صادق الذي ذهب إلى ضرورة اعتماد مبدأ تلافي إنكار العدالة كسبب عام لعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية، وإعماله سواء بالنسبة لمواد الأحوال الشخصية أو بالنسبة لمسائل الأحوال العينية، لأن تلافي إنكار العدالة كضابط للاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية يقوم على مبررات لا تخص مواد الأحوال الشخصية دون غيرها، ولذلك لا بد من اختصاص المحاكم الوطنية بالدعوى فيما لو لم يكن للمدعي عليه موطن أو محل إقامة معروف، ولم تكن هناك محكمة أخرى مختصة بالفصل في التراع، ما دام أن للمدعي موطن أو محل إقامة في الدولة المعنية، وذلك سواء تعلق التراع بمواد الأحوال الشخصية أو بمواد الأحوال العينية لأن ذلك حل تفرضه مقتضيات العدالة . أنظر ، هشام علي صادق ، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 128-129.

وعلى خلاف الرأي السابق ذهب اتجاه آخر من الفقه ومن بينهم الأستاذ عكاشة محمد عبد العال إلى ضرورة قصر الاختصاص المبني على فكرة تلافي إنكار العدالة على مسائل الأحوال الشخصية وحدها، و بذلك أيد هذا الاتجاه موقف التشريعات العربية التي جعلت من الاختصاص المبني على فكرة إنكار العدالة حكراً على مسائل الأحوال الشخصية ، وبنى موقفها على الاعتبارات التالية :

- أن الاهتمام بهذا النوع من المسائل يعكس في واقع الأمر فلسفة القانون العربي في مجمله حيث من المعروف أن التنظيم القانوني العربي في مجال الأحوال الشخصية تنظيم مركب يجد مصدره أساساً في الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة.

- أنه إذا تعلق الأمر بمسألة من مسائل الأحوال العينية فإنه غالباً ما تكون هناك محكمة أخرى مختصة بهذه الدعاوى كمحكمة دولة موقع المال أو محل الالتزام وهذا اعتبار تنتفي معه حكمة اختصاص المحاكم الوطنية في هذه الحالة وهي تلافي إنكار العدالة. أنظر، عكاشة محمد عبد العال، أصول ...، المرجع السابق، ص. 480-481؛ عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية ...، المرجع السابق، ص. 76.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

- أن لا يكون للأجنبي المدعى عليه موطن أو محل إقامة في الدولة المعنية ولا موطن معروف في الخارج.
- أن تتعلق الدعوى بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة¹، وتحديد المقصود بالأحوال الشخصية يرجع فيه للقانون الوطني باعتبار أن الأمر يتعلق بتفسير قاعدة من قواعد الاختصاص الوطنية².
وباعتبار مسائل الإرث، الوصية وباقي التصرفات النافذة بعد الموت من مسائل الأحوال الشخصية في أغلبية الدول العربية، فهذا يعني أن الاختصاص المقرر لمحاكمها الوطنية بناء على فكرة تلافي إنكار العدالة يشمل كذلك النزاعات الإرثية والإيصائية ذات العنصر الأجنبي متى كان المدعي في هذه الدعاوى وطنياً أو أجنبياً متوطناً في الدولة المعنية. وهذا في حالة ما لم يكن للمدعى عليه الأجنبي موطناً أو محل إقامة في الدولة المعنية ولا موطن معروف في الخارج، وذلك تفادياً لإنكار العدالة إذ قد لا يجد المدعي في هذه الحالة محكمة أجنبية تختص بالدعوى³.

ويستثنى من اختصاص المحاكم الوطنية في دعاوى الأحوال الشخصية والقائم على فكرة تلافي إنكار العدالة، الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج، وذلك لأن وجود العقار في الخارج يعني أن هناك محكمة مختصة بالنزاع المتعلق به، الأمر الذي تنتفي معه حكمة الاختصاص القائم على فكرة تلافي إنكار العدالة⁴.

وبعد أن تعرضنا لمجمل الضوابط التي يمكن أن تبني عليها محاكم أي دولة اختصاصها بالنزاعات الدولية ذات الطابع الإرثي أو الإيصائي، نتساءل الآن حول مصير الأحكام الصادرة في هذا الشأن وبالخصوص عندما يراد تنفيذها في دولة أخرى.

¹ - أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 292-293.

² - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية...، المرجع السابق، ص. 75.

³ - أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 688.

⁴ - أنظر، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 131؛ عكاشة محمد عبد العال، أصول...، المرجع السابق، ص. 481.

المبحث الثاني

تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة

بالميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة

قد يحدث وي طرح النزاع الإرثي أو الإيصائي على قضاء دولة أجنبية ويصدر بشأنه حكم، فيريد أحد الخصوم تنفيذه في الجزائر، ففي هذا الحالة هل يلقي هذه الحكم نفس المعاملة التي تلقاها الأحكام الوطنية؟

لقد سعت مختلف التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري إلى التوفيق بين اعتبارين متناقضين في إطار معاملتها للأحكام الأجنبية، الاعتبار الأول: هو مصالح الأطراف في الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي؛ أما الثاني فهو سيادة الدولة التي يراد تنفيذ الحكم على إقليمها¹. لذلك هي لم تهدر الحكم الأجنبي كلية باسم السيادة، ولم تعامله معاملة الحكم الوطني من جميع الجوانب اعتمادا على حاجات المعاملات الدولية واستقرارها، بل وضعت له شروطا وقيودا ليكون متمتعاً فيها بالقوة التنفيذية وبموجبة الأمر المقضي به. وتختلف هذه القيود والشروط من دولة إلى أخرى². ففي الجزائر مثلا لا يمكن تنفيذ حكم أجنبي إلا إذا صدر حكم من قبل القضاء الجزائري يقضي بذلك، فهي إذن قيدت تنفيذ الحكم الأجنبي بشرط حصوله على الأمر بالتنفيذ³.

¹ - أنظر، حفيظة السيد الحداد، هشام علي صادق، القانون القضائي...، المرجع السابق، ص. 147.

² - أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج. 2، ص. 50.

³ - وقد أخذ المشرع الجزائري بنظام الأمر بالتنفيذ في إحدى صورته وهي الصورة المعروفة بنظام المراقبة، وفي ظل هذا النظام تقوم المحكمة المطلوب إليها إصدار الأمر بالتنفيذ بنوع من الرقابة الخارجية للحكم، للتأكد من أنه قد استوفى الشروط الشكلية أو الخارجية دون أن تراجع الحكم من ناحية الموضوع، وذلك بخلاف الصورة الأخرى لنظام الأمر بالتنفيذ والمعروفة بنظام المراجعة والذي بمقتضاه لا تقف المحكمة عند حد التأكد من مجرد توافر الشروط اللازمة في الحكم الأجنبي، بل تذهب إلى حد مراقبة موضوع الحكم نفسه للتأكد من أن القاضي الأجنبي الذي أصدر الحكم قد فصل في النزاع على وجه سليم قانونا، وقد اعتنقت هذا النظام محكمة النقض الفرنسية منذ حكمها الصادر في 1819/04/19 إلا أنها عدلت عنه و تبنت نظام المراقبة من خلال قرارها

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الأحكام الخاضعة لإجراء الأمر بالتنفيذ هي تلك الأحكام التي تصدر باسم سيادة أجنبية، وبغض النظر عن المكان الذي يصدر فيه الحكم، ودون أن يكون لجنسية القضاة الذين يفصلون في الخصومة أي اعتبار. ويشترط بالإضافة إلى ذلك لإمكانية إخضاع الحكم للأمر بالتنفيذ أن يكون هذا الأخير صادرا في منازعة متعلقة بمسألة من مسائل القانون الخاص، والعبرة في كونه كذلك هي بطبيعة المسألة التي فصل بينهما وليس بنوع القضاء الذي أصدر الحكم¹.

وبناء على ما تقدم، فإن الأمر بالتنفيذ هو إجراء يسري على جميع الأحكام الأجنبية الصادرة في إطار العلاقات أحكام ترتبط بمصالح خاصة و صادرة في مادة من مواد القانون الخاص. فيجب إذن لتنفيذ أي حكم أجنبي صادر في مسألة من مسائل الإرث أو الوصية أو غيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت التقدم بطلب التنفيذ إلى القضاء الجزائري ولا يمنح الأمر بالتنفيذ لهذه الأحكام إلا الخاصة، ومن بينها الأحكام الأجنبية الصادرة في مجال الإرث، الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت باعتبارها إذا استوفت الشروط المطلوبة لتنفيذ أي حكم أجنبي في الجزائر (المطلب الأول). كما أنه وككل دعوى مطروحة أمام القضاء تستوجب دعوى التنفيذ هذه اتباع إجراءات معينة (المطلب الثاني).

الشهير في قضية Manzer الصادر بتاريخ 1964/01/07. أنظر، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 583؛ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي...، المرجع السابق، ص. 148 .
وبالإضافة إلى نظام الأمر بالتنفيذ هناك نظام آخر يعرف بنظام الدعوى الجديدة، وهو النظام المتبع في الدول الأنجلو أمريكية مثل إنجلترا و الولايات المتحدة والدول المتأثرة بها، ويقتضي هذا النظام أن يقوم صاحب المصلحة برفع دعوى جديدة أمام القضاء الوطني للمطالبة بالحق الذي يتضمنه الحكم الأجنبي، ثم يقوم بتقديم الحكم الأجنبي الصادر لمصلحته بوصفه دليلا حاسما في الدعوى على ثبوت الحق المطالب به، ويكون الحكم الصادر في تلك الدعوى المرفوعة أمام المحاكم الوطنية وحده متمعا بقوة التنفيذ . أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 468-469.
¹ - فقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أن الحكم الأجنبي الذي قضى بالطلاق يكون قابلا للتنفيذ في فرنسا حتى ولو كان صادرا عن سلطة إدارية أو هيئة دينية محتصة، مقتبس عن، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 570.

المطلب الأول

شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية

المتعلقة بالميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة

بخلاف ما كان عليه الحال في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم الذي لم يتضمن ما يبين الشروط التي يجب أن تتوافر في الحكم الأجنبي من أجل تنفيذه، فإن الوضع قد تغير بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث تولى هذا الأخير النص صراحة في المادة 605 منه على الشروط التي يتوجب على قاضي التنفيذ التأكد من توافرها من أجل الأمر بالتنفيذ، حيث أوجبت هذه المادة في الحكم الأجنبي المراد تنفيذه ألا يتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص (الفرع الأول)، وأن يكون حائزا لقوة الشيء المقضي به (الفرع الثاني)، وألا يكون متعارضا مع حكم صادر من جهات قضائية جزائرية (الفرع الثالث)، وأخيرا ألا يتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر (الفرع الرابع).

الفرع الأول

صدور الحكم من محكمة مختصة

يعتبر صدور الحكم من محكمة مختصة بالفصل في النزاعات الدولية المتعلقة بالميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت من الشروط الأساسية لتنفيذ الحكم الأجنبي الصادر في هذا الصدد ونظرا لأهمية هذا الشرط، نجد أن التشريعات المختلفة تكاد تتفق على اشتراطه في خصوص تنفيذ

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

الأحكام الأجنبية عموماً، ولكنها اختلفت فيما بينها حول القانون الذي يتحدد بمقتضاه اختصاص المحكمة الصادر عنها الحكم المراد تنفيذه، وهل يتم ذلك وفقاً لقواعد الاختصاص المقررة في الدولة الصادر عن محاكمها الحكم المراد تنفيذه؟ أم وفقاً لقواعد الاختصاص المستقر عليها في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها؟

لقد تبني القانون الاتفاقي الجزائري حلولاً متباينة بهذا الخصوص وذلك حسب الاتفاقيات، فنجد أن الاتفاقيات الثنائية التي تربط الجزائر ببعض الدول العربية كالمغرب¹، تونس²، مصر³، ذهبت إلى ضرورة صدور الحكم من محكمة مختصة حسب القوانين المطبقة من طرف الدولة الطالبة بالتنفيذ⁴. أما الاتفاقية الجزائرية الفرنسية⁵ فقررت اعتماد قواعد الدولة مانحة الصيغة التنفيذية من أجل تحديد ما إذا كانت المحكمة الأجنبية مختصة أم لا⁶.

¹ - الاتفاقية الجزائرية المغربية الموقع عليها في 15-03-1963 المصادقة عليها بالأمر رقم 68-69 المؤرخ في 02-09-1969 المعدلة و المتممة بالبروتوكول الموقع عليه بإقرار يوم 15-01-1969 الجريدة الرسمية رقم 77.

² - الاتفاقية الجزائرية التونسية الموقع عليه يوم 26-07-1963 المصادقة عليه بمقتضى المرسوم رقم 63-450 المؤرخ في 14-11-1963 الجريدة الرسمية رقم 87 .

³ - الاتفاقية الجزائرية المصرية الموقع عليها يوم 29-02-1964 المصادقة عليها بالأمر رقم 65-195 المؤرخ في 29-07-1965 .

⁴ - حيث نصت المادة 20 من الاتفاقية الجزائرية المغربية على أنه " أن يصدر الحكم من محكمة مختصة حسب القوانين المطبقة من طرف الدولة الطالبة إلا إذا تنازل المعني بالأمر عن طلبه بصورة أكيدة". ويقابل هذه المادة المادة 19 من الاتفاقية الجزائرية التونسية، المادة 17 من الاتفاقية الجزائرية المصرية، المادة 19 من الاتفاقية الجزائرية الموريتانية، والمادة 18 فقرة 10 من الاتفاقية الجزائرية النيجرية .

⁵ - الموقع عليها يوم 27-08-1965، المصادق عليها بالأمر رقم 65-194 المؤرخ في 29-07-1965 الجريدة الرسمية رقم 68.

⁶ - أنظر، موحد إسعاد، المرجع السابق، ص.71. حيث نصت المادة 01 من هذه الاتفاقية على أنه " أن يصدر الحكم من محكمة مختصة وفقاً للقواعد الخاصة بتنازع الاختصاص المطبق في الدول التي سينفذ الحكم لديها ". أنظر، ولد الشيخ الشريفة ، المرجع السابق، ص. 165 .

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

وهو الاتجاه الذي سارت نحوه اتفاقية الرياض للتعاون القضائي¹ والتي صادقت عليها الجزائر بتاريخ 20-05-2009 بحيث اشترطت في مادتها 25/ب أن الجهة التي أصدرت الحكم مختصة وفقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة لدى الدولة المطلوبة منها الاعتراف أو التنفيذ أو وفقا لقواعد الاختصاص المقررة في المعاهدة، أي القواعد الواردة في المواد 26 إلى 28 من هذه الاتفاقية². ورغم أن هذه الاتفاقيات قصدت بالدرجة الأولى تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية والقرارات الولائية الصادرة في المواد المدنية والتجارية، إلا أن البعض منها قد أضافت أيضا مادة الأحوال الشخصية، كالاتفاقية الجزائرية المصرية من خلال المادة 16 التي ذكرت صراحة الأحكام الصادرة في مادة الأحوال العائلية والوراثية. وأيضا الاتفاقية الجزائرية السورية³. كما أن اتفاقية تنفيذ الأحكام الأجنبية بين الدول العربية (سواء اتفاقية 1952 أو اتفاقية 1983) قد مدت مجال إعمالها إلى الأحكام الأجنبية الصادرة في قضايا لأحوال الشخصية⁴. والقول بامتداد مفعول هذه الاتفاقيات إلى مسائل الأحوال الشخصية يعني أنها تسري أيضا على الأحكام الأجنبية الصادرة في قضايا الميراث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، وذلك على

¹ - وقد حلت هذه الأخيرة محل اتفاقية جامعة الدول العربية لتنفيذ الأحكام الأجنبية والتي وافق عليها مجلس الجامعة العربية في 14-09-1952 وقد تم التوقيع عليها من قبل كل من الأردن ولبنان وسوريا والسعودية ومصر والعراق واليمن خلال سنة 1953 وتم إيداع وثائق التصديق عليها لدى الأمانة العامة للجامعة من قبل كل من السعودية ومصر والأردن في 5 من أبريل و 25 و 28 من جوان عام 1954 على التوالي وفي 29 من سبتمبر سنة 1956 أودعت سوريا وثائق تصديقها هذه الاتفاقية، كما صادقت عليها العراق في 3 من أكتوبر سنة 1957، وانضمت إليها كل من ليبيا في 19-05-1957 والكويت في 20-05-1962. أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 957. وظلت هذه الاتفاقية سارية المفعول إلى أن حلت محلها اتفاقية الرياض للتعاون القضائي، التي وافق عليها مجلس وزراء العرب بموجب قراره رقم 01 المؤرخ في 6-04-1983 في دورته العادية الأولى و تم التوقيع عليها في نفس التاريخ من قبل جميع الدول الأعضاء عدا مصر و جمهورية القمر الاتحادية الإسلامية، ودخلت حيز النفاذ في 30-10-1985، وذلك بعد استيفائها الشرط المقرر لذلك وفقا للمادة 69 وهو مرور 30 يوم من تاريخ إيداع وثائق التصديق عليها أو قبولها أو إقرارها من ثلث الدول الأعضاء في جامعة الدول العربية. أنظر، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 311.

² - وهذا بخلاف اتفاقية 1952 التي جعلت هي الأخرى عدم اختصاص الهيئة القضائية التي أصدرت الحكم بنظر الدعوى حالة من حالات رفض طلب تنفيذ الحكم غير أنها لم تبيّن القانون الذي يرجع إليه من أجل تحديد هذا الاختصاص. أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 959-960.

³ - أبرمت هذه الاتفاقية في 27-04-1981 وتم التصديق عليها بمقتضى المرسوم رقم 83-130 المؤرخ في 19-02-1983 الجديدة الرسمية رقم 08.

⁴ - حيث بينت المادة الأولى من اتفاقية جامعة الدول العربية؛ الأحكام التي تسري عليها وذلك بقولها: "كل حكم نهائي مقرر لحقوق مدنية أو تجارية أو قاض بتعويض من المحاكم الجنائية أو متعلق بالأحوال الشخصية، صادر من هيئة قضائية في إحدى دول الجامعة العربية يكون قابلا للتنفيذ في سائر دول الجامعة وفقا للأحكام هذه الاتفاقية. أنظر، عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص. 217-218. بينما قضت المادة 25/ب من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي: "كل حكم صادر عن محاكم أي طرف متعاقد آخر في القضايا المدنية بما في ذلك الأحكام المتعلقة بالحقوق المدنية الصادرة عن محاكم جزائية، وفي القضايا التجارية والقضايا الإدارية وقضايا الأحوال الشخصية..". أنظر، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 312.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

أساس التكييف العربي الراجح للميراث، الوصية وسائر التصرفات الملحقة بها، بحيث استقرت معظم الدول العربية على اعتبارها من مسائل الأحوال الشخصية.

أما المشرع الجزائري فقد أدرج شرط اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم المراد تنفيذه ضمن المادة 01/ 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي عبرت عنه بقولها، ألا تتضمن (أي الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة في جهات قضائية أجنبية) ما يخالف قواعد الاختصاص.

ومن هذه الفقرة يتضح أن المشرع الجزائري لم يحدد القانون الذي يتوجب الرجوع إليه من أجل تحديد اختصاص المحكمة الأجنبية. هل هو القانون الجزائري باعتباره قانون بلد التنفيذ أم قانون الدولة التي أصدرت قضاؤها الحكم¹.

وإن كان المشرع الجزائري قد أغفل تبيان القانون الذي يرجع إليه لتحديد اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم، فإن بعض الدول قد حسمت هذا الأمر إما في قوانينها أو من خلال الأحكام الصادرة عن قضائها. فكان لكل منها نظريته الخاصة بخصوص الحل المعتمد في هذا الصدد. فنجد أن البعض منها ذهب إلى ضرورة اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم المراد تنفيذه وفقا لقواعد الاختصاص القضائي المقررة في دولة القاضي الذي ينظر دعوى الأمر بالتنفيذ. وهذا هو الحل المعتمد في كل من سويسرا² وإيطاليا³. بينما ذهب البعض الآخر إلى ضرورة الاستناد إلى قواعد الاختصاص المقررة في الدولة التي أصدرت قضاؤها الحكم لتحديد ما إذا كانت مختصة بالفصل في النزاع أم لا وهو الحل الذي اعتمده كل من ليبيا⁴ سوريا⁵ ولبنان⁶.

¹ - أنظر، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 394.

² - المادة 26 من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 .

³ - المادة 64/1 أ من القانون الدولي الخاص الإيطالي لعام 1995 .

⁴ - حيث نصت المادة 407 من قانون المرافعات على أنه " لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مم يأتي أن الحكم أو الأمر صادر من هيئة قضائية مختصة وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه...". أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 244 .

⁵ - حيث جاء في المادة 308 من قانون أصول المحاكمات ما يلي " لا يجوز الحكم بالتنفيذ إلا بعد التحقيق مم يأتي: - أن الحكم صادر عن هيئة قضائية مختصة وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه...". أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 278.

⁶ - حيث قضت المادة 1014/أ من قانون أصول المحاكمات المدنية بأنه " تمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي إذا توافرت فيه الشروط التالية أ- أن يكون صادرا عن قضاة مختصين بحسب قانون البلد الذي صدر فيه شرط ألا يكون اختصاصهم مقرر بالنظر إلى جنسية المدعي فقط...". أنظر، عبده جميل غصوب، محاضرات...، المرجع السابق، ص. 189 .

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

وذهبت تشريعات أخرى إلى ضرورة الجمع بين القانونين، بحيث اشترطت أن تتم رقابة اختصاص المحكمة الأجنبية على ضوء قانون الدولة التي أصدرت الحكم، لكن بعد التأكد من أن المحاكم الوطنية ليست مختصة، وهو ما يتم طبعاً على ضوء القانون الوطني. وبمعنى آخر على قاضي التنفيذ أن يستشير أولاً قواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونه الوطني. فإذا تبين له أن هناك أحد ضوابط الاختصاص التي تبرر تقرير الاختصاص لمحكمة الوطنية تعين عليه أن يرفض الأمر بالتنفيذ. أما إذا تبين له عدم وجود أي ضابط يبرر اختصاص محكمته الوطنية في الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي؛ كان له أن ينتقل إلى المرحلة الثانية وهي التأكد من الاختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم، ويتم ذلك استناداً إلى قواعد الاختصاص المقررة في دولة تلك المحكمة¹. وهو الحل الذي جسده المشرع المصري² ونظيره الإماراتي³.

وراح اتجاه آخر ترأسه القضاء في فرنسا إلى ضرورة التمييز بين الاختصاص المانع أو الحصري للمحاكم الفرنسية وبين الاختصاص العادي لهذه المحاكم، من أجل ضبط القانون الذي يستند إليه لتقرير هل أن المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم المراد تنفيذه مختصة بالفصل في الدعوى أم لا. فإذا تعلق الأمر باختصاص حصري للمحاكم الفرنسية كأن يتعلق الأمر بدعوى ميراث تتعلق بعقارات موجودة في فرنسا، سيكون رفض التنفيذ هو مصير الحكم الأجنبي الصادر بشأن هذه الدعوى من محكمة أجنبية⁴.

¹ - أنظر، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 261؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1121؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 488؛ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 488؛ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 674، 675.

² - حيث نصت الفقرة الأولى للمادة 298 من قانون المرافعات على أنه " لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي: 1- أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر و أن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بما طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها ". أنظر، مفوض عبد التواب، المرجع السابق، ص. 199.

³ - حيث قضت المادة 2/2/235 من قانون الإجراءات المدنية... "و لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي :أ- أن محاكم الدولة غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر و أن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بما طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها ". أنظر، عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، دون سنة النشر، ص. 87.

⁴ - Cf. Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op.cit., p . 628.

وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1962/05/05 حيث قضت

« comme émanant d'une juridiction étrangère incompétente au regard du droit international privé français en raison de la compétence exclusive jugée appartenir en l'espèce aux seuls tribunaux de France ». Cass.1962/05/05, cité par Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Droit..., op. cit., p. 563.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

أما إذا تعلق الأمر باختصاص عادي للمحاكم الفرنسية، فيمكن الرجوع في مثل هذه الحالة إلى قواعد الاختصاص المقررة في قانون الدولة التي أصدرت الحكم ولكن بشرط أن يرتبط النزاع بشكل أو بآخر بالدولة التي أصدرت الحكم المراد تنفيذه، وألا يكون اللجوء إلى هذا القضاء مبنيا على غش أو تحايل. وهذا المعنى بلورته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير المعروف بقرار Simitch الصادر في 1985/02/06 حيث قضت أنه " يجب في كل مرة لا تعطي فيها القواعد الفرنسية الخاصة بتنازع الاختصاص القضائي الاختصاص الحصري للمحاكم الفرنسية؛ الاعتراف باختصاص المحكمة الأجنبية متى كان النزاع يرتبط بشكل محدد بالبلد الذي رفعت أمام قضاة الدعوى، وما لم يتم اختيار هذا القضاء عن طريق التحايل"¹.

ولكن هل ينتهي دور قاضي التنفيذ المتمثل في رقابة اختصاص المحكمة الأجنبية بمجرد التأكد من الاختصاص الدولي لهذه المحكمة، أم أنه يتجاوز ذلك ليشمل رقابة اختصاصها الداخلي، أي التأكد من أن المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم كانت مختصة محليا ونوعيا بإصداره ؟ إن المشرع الجزائري عندما نص على شرط الاختصاص من خلال المادة 1/605 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، استعمل عبارة " قواعد الاختصاص " وهي عبارة عامة لا تحدد مدى رقابة القاضي الجزائري، وهل تقتصر فقط على مراقبة الاختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية، أم تتجاوز ذلك إلى مراقبة الاختصاص المحلي لهذه المحكمة².

وهو الاتجاه الذي جسده أيضا محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1990/11/28 حيث قضت بأن "المقصود بشرط عدم اختصاص المحاكم المصرية بنظر المنازعة لجواز الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي هو الاختصاص المانع أو الاختصاص الانفرادي أي في الحالة التي يكون فيها الاختصاص بنظر النزاع قاصرا على المحاكم المصرية ". أنظر، محكمة النقض المصرية، 1990/11/28، مقتبس عن، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 492. وأيضا سلمت اتفاقية الرياض للتعاون القضائي بهذا الاتجاه، بحيث اشترطت للاعتراف وتنفيذ الحكم الأجنبي بالإضافة إلى صدور الحكم من جهة قضائية مختصة، ألا يكون النظام القانوني لبلد التنفيذ يحتفظ لمحاكمه أو لمحاكم طرف آخر دون غيرها بالاختصاص بإصدار الحكم، وهذا ما عبرت المادة 25/ب من هذه الاتفاقية.

¹ - « toutes les fois que la règle française de solution des conflits de juridiction n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français , le tribunal étranger doit être reconnu compétent si le litige se rattache de manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux ». Cass. 06/02/1985, cité par Jean DERRUPPE, op. cit., p. 119.

² - أنظر، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 398.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

وهذا بخلاف القضاء الفرنسي الذي حدد موقفه من هذه المسألة فكانت أحكامه في القديم توحى بعدم الاكتفاء باختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم من الوجهة الدولية بل تطلبت أيضا اختصاص هذه المحكمة من الوجهة الداخلية (محليا و نوعيا) ¹. واستقرت على تحديد هذا الاختصاص استنادا إلى قانونها لا إلى القانون الفرنسي ². ولكن يبدو أن القضاء الفرنسي قد تراجع عن موقفه هذا بعد ما أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرار Bachir بتاريخ 1967/10/04 ³. هذا القرار الذي ألغى كل رقابة على صحة الإجراءات إلا ما تعلق منها بالنظام العام الدولي، فقد رأى الفقه الفرنسي أن هذا الحكم يستتبع منطقيا التخلي عن رقابة الاختصاص الداخلي للمحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم ⁴.

وقد سلك المشرع المصري هذا الاتجاه الأخير بحيث يتضح من نص المادة 298 من قانون المرافعات أن المشرع عندما تكلم عن اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم أو الأمر قد قصد اختصاصها الدولي دون الداخلي حيث عبر ذلك بقوله " طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي في قانونها ". وهذا ما أكدته صراحة المذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة 1/298 حيث قضت " أن المقصود بالاختصاص هو الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة الأجنبية دون الاختصاص الداخلي فيها، إذ أن التطور الفقهي والقضائي في شأن هذا الأخير يذهب إلى أنه ليست كل مخالفة لقاعدة من قواعد الاختصاص الداخلي للمحكمة تؤدي إلى عدم صدور الأمر بالتنفيذ، بل أن الذي يؤدي إلى ذلك هو المخالفة التي تجعل الحكم عديم القيمة في بلد القاضي الذي أصدره ". وقد جسدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه في قرارها الصادر في 1990/02/27 حيث قضت بأن "... العبرة في ذلك بقواعد الاختصاص القضائي الدولي دون تدخل من جانب المحكمة المطلوب منها إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي في

¹ - أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج2، ص. 63.

² - Cf. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Droit..., op.cit., p. 570 ; Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL. op.cit., p.629.

³ - Cass. 04/10/1967, cité par Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Droit..., op. cit., p .571, 574.

⁴ - Cf. Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op.cit., p. 629.

قواعد الاختصاص الداخلي للتحقق من أن المحكمة التي أصدرته كانت مختصة نوعيا أو محليا بالفصل في النزاع¹.

وقد أيد الفقه الراجح الاتجاه الذي يرمي إلى قصر رقابة قاضي التنفيذ على الاختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم المراد تنفيذه دون اختصاصها الداخلي، وذلك على أساس عدم جدوى هذه الرقابة باعتبار أن الحكم لا ينفذ إلا إذا كان نهائيا وفق قانون الدولة التي صدر بها وهو ما يفترض صدوره من محكمة مختصة داخليا²، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن رقابة قاضي التنفيذ للاختصاص المحلي للمحكمة الأجنبية على ضوء قواعدها الداخلية فيه مجافاة لحقيقة الواقع؛ فقاضي التنفيذ لن يكون أكثر علما من القاضي الأجنبي بقواعد الإجراءات والاختصاص في دولته، ولا أكثر حرصا منه على تطبيقها على النحو السليم³.

وبالإضافة إلى شرط اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم الأجنبي المراد تنفيذه يجب أن يكون هذا الأخير حائزا لقوة الشيء المقضي فيه.

الفرع الثاني

أن يكون الحكم الأجنبي حائزا لقوة الشيء المقضي به

ومؤدى هذا الشرط أنه يلزم في الحكم الأجنبي المراد تنفيذه أن يكون نهائيا. وتختفي هذه الصفة في الحكم متى استخدمت في شأنه طرق الطعن العادية كالمعارضة أو الاستئناف حتى وإن أمكن الطعن فيه بطرق الطعن غير العادية كالطعن بالنقض، ومن باب أولى تكون قابلية للتنفيذ الأحكام الباتة أي لا

¹ - أنظر، محكمة النقض المصرية، 1990//02/27، مقتبس عن، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1129.

² - Cf. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Droit..., op. cit., p. 571.

³ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1128؛

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

تقبل الطعن فيها بأي طريقة من طرق الطعن العادية أو غير العادية¹. وتعتبر الفقرة الثانية للمادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية عن هذا الشرط بقولها: "حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدرت فيه". ومن هذه الفقرة نستخلص ما يلي:

أولاً- أن المشرع الجزائري و على غرار أغلبية التشريعات²، قد استلزم في الحكم الأجنبي أن يكون حائزا لقوة الشيء المقضي به. وهذه الأخيرة لا تثبت إلا للأحكام النهائية أي التي استنفذت طرق الطعن العادية. وهذا بخلاف القانون الإنجليزي الذي يكفي بأن يكون الحكم الأجنبي متمتعا بحجية الأمر المقضي به، وتثبت هذه الأخيرة لكل حكم قطعي يحسم موضوع النزاع كله أو بعضه حتى ولو كان قابلا للطعن فيه بالطرق العادية، أي حتى ولو لم يكن نهائيا. وبناء عليه، يكفي أن يكون الحكم الأجنبي حاسما لموضوع النزاع حتى يمكن الاعتراف به كأساس لرفع الدعوى في إنجلترا والاستناد إليه كدليل حاسم³. كما يكفي في فرنسا أن يكون الحكم الأجنبي قابلا للتنفيذ في الدولة التي صدر عنها وبصرف النظر إذا كان حائزا لقوة الأمر المقضي فيه⁴.

ثانياً- أن المشرع الجزائري وبخلاف شرط الاختصاص قد حدد هذه المرة القانون الذي يرجع إليه من أجل الوقوف على مدى تمتع الحكم الأجنبي لقوة الشيء المقضي فيه، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية صراحة على الرجوع إلى قانون البلد الذي أصدر

¹ - أنظر، حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 222؛ طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 285؛ محمود جمال الكردي، المرجع السابق، ج.2، ص. 556؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 917، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 620 .

² - من بينها التشريع المصري (المادة 298 فقرة 3 من قانون الرفعات) أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 132. التشريع الليبي (المادة 407 من قانون الرفعات) أنظر محمد مبروك اللاتي، المرجع السابق، ص. 246. التشريع الألماني (المادة 328 من قانون الرفعات)، والتشريع الإيطالي (المادة 164 من القانون الدولي الخاص لعام 1995). أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق ، ص. 1134 - 1135 . و أيضا استوجبت هذا الشرط المادة 25/ب من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي .

³ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1133، 1134؛ عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق ، ص. 421 .

⁴ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال ، القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص. 621 .

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

قضاؤه الحكم¹. وهذا ما يتفق مع المبدأ المستقر عليه فقها، تشريعا وقضاء في غالبية الدول؛ ألا وهو خضوع قواعد المرافعات لقانون القاضي².

وترجع علة اشتراط قوة الشيء المقضي فيه في الحكم الأجنبي إلى فكرة توفير الاستقرار اللازم للمعاملات الدولية، والذي لا يتوافر في حالة جواز الأمر بتنفيذ حكم لم يجر بعد قوة الأمر المقضي فيه، خاصة إذا ما ألغي هذا الحكم لدى محاكم البلد الذي أصدرته بعد صدور الأمر بتنفيذه من محاكم بلد التنفيذ³.

ويترتب على اشتراط حيازة الحكم الأجنبي لقوة الشيء المقضي فيه من أجل إمكانية الأمر بتنفيذه نتائج عديدة، من أهمها عدم جواز تنفيذ الأحكام غير القطعية أي تلك الصادرة قبل الفصل في الموضوع، وأيضا الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل باعتبارها أحكام تختمل الإلغاء أو التعديل. كما لا يجوز تنفيذ الأحكام الوقتية لأنها لا تحوز قوة الأمر المقضي به، إذ هي أحكام غير قطعية الغرض منها اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية لحماية مصالح الخصوم أو لحفظ أموالهم إلى حين الفصل في نزاعهم⁴. ويجب بالإضافة إلى حيازة الحكم الأجنبي لقوة الشيء المقضي فيه أن لا يتعارض هذا الحكم مع حكم آخر صادر عن القضاء الوطني.

¹ - أنظر، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 399.

² - وهو المبدأ الذي نصت عليه صراحة المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها " يسري على قواعد الاختصاص و الإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات ".

³ - أنظر، عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص. 134؛ محمود جمال الكردي، ج.2، المرجع السابق، ص. 556؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 916 - 917.

⁴ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 621-622.

الفرع الثالث

عدم تعارض الحكم الأجنبي

مع حكم صادر عن الجهات القضائية الوطنية

أدرج المشرع الجزائري هذا الشرط في الفقرة الثالثة من المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي عبرت عنه بقولها ألا يتعارض الحكم الأجنبي مع " أمر أو حكم أو قرار سبق صدور من جهات قضائية وأثير من المدعى عليه". ومن هذا النص يتضح أنه لإمكان تنفيذ الحكم الأجنبي في الجزائر يجب ألا يكون متعارضاً مع حكم أو أمر آخر سبق صدوره عن المحاكم الجزائرية. ويرى الفقه الغالب في مصر¹ وفرنسا أن إعمال هذا الشرط ما هو في حقيقة الأمر إلا تطبيقاً لفكرة النظام العام، ذلك لأن السماح بتنفيذ حكم أجنبي يتعارض مع حكم سبق صدوره عن القضاء الوطني هو أمر يتعارض مع النظام العام في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم الأجنبي فيها². خاصة وأن الحكم الوطني وهو يحمل قرينة الصحة والحقيقة يعتبر عنواناً لأداء العدالة كما هي مقدره في دولة القاضي³. ومن ثم يكون الاعتراف بما يناقض ذلك ماساً بالنظام العام في هذه الدولة الأخيرة، ولذا يتعين على دولة القاضي في سبيل المحافظة على سيادتها على إقليمها أن ترفض تنفيذ الأحكام الأجنبية المخالفة لأحكامها الوطنية، وتمنح أولوية التنفيذ للحكم الوطني وذلك متى تحققت وحدة الموضوع، السبب، والخصوم في كلى الدعويين⁴.

¹ - أنظر، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 282؛ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 624.

² - أنظر، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 282.

³ - أنظر، عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص. 138.

⁴ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 624؛ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص. 138.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

إذا كانت المادة 3/605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على عدم تنفيذ الحكم الأجنبي إذا كان متعارضاً مع حكم سبق صدوره عن المحاكم الجزائرية، فهل يسري هذا الحكم لوجود دعوى مرفوعة أمام هذه المحاكم بين نفس الأطراف وفي ذات الموضوع؟

لقد أثار هذا التساؤل جدلاً فقهيًا واسعاً تمخض عنه ظهور آراء فقهية متباينة¹، حسم المشرع الجزائري موقفه إزاءها ولم يترك مجالاً للجدل ولا للاختلاف فالفقرة الثالثة من المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية واضحة الدلالة على أن المطلوب هو عدم تعارض الحكم أو الأمر الأجنبي مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره في الجزائر. ومن الجلي ووفقاً لما هو مقرر في قواعد الإجراءات المدنية أن مفهوم الحكم أو الأمر أو القرار لا ينصرف في أية حال إلى مجرد وجود دعوى مرفوعة أو إجراءات متبعة أمام المحاكم الوطنية دون أن يتم الفصل فيها.

وبذلك يكون المشرع الجزائري من خلال رفضه اعتبار مجرد رفع دعوى أمام المحاكم الوطنية في نفس النزاع كسبب يكفي لوحده لرفض تنفيذ الحكم الأجنبي، قد غلق باب التحايل أمام الخصوم سيئ النية، إذ أنه لو اعتمد الرأي المعاكس، أي القائل برفض تنفيذ الحكم الأجنبي في حالة وجود دعوى مرفوعة أمام القضاء الجزائري في نفس النزاع. فسيمكن بذلك الخصم الذي صدر الحكم ضده من رفع دعواه عن سوء نية أمام القضاء الجزائري حتى يعرقل سير دعوى التنفيذ في الجزائر². ولا يخفى ما في ذلك من إضرار بمصالح الأفراد الخاصة على مستوى العلاقات الدولية³.

وقد آمن المشرع المصري أيضاً بهذا الاتجاه وجسده صراحة من خلال الفقرة 4 من المادة 298 مرافعات⁴، وهذا بخلاف بعض التشريعات الأخرى التي فضلت السير صوب الاتجاه المعاكس بحيث

¹ - أنظر، في تفاصيل هذه الاتجاهات الفقهية، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 225-228؛ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 625-627.

² - أنظر، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 400-401.

³ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1138.

⁴ - حيث جاء فيها " لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقيق مما يأتي 4- أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم الجمهورية". أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 498.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

أوجبت صراحة أن لا تكون هناك دعوى قائمة أمام دولة القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ في ذات الموضوع وبين نفس الخصوم، واعتبرت ذلك شرطا ضروريا لإمكانية تنفيذ الحكم الأجنبي. هذا هو موقف المشرع اللبناني حيث نصت المادة 1016/ب من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية على أنه "على المحاكم اللبنانية أن ترفض الصيغة التنفيذية في الحالات التالية: ب- إذا كانت لا تزال عالقة أمام القضاء اللبناني دعوى بذات النزاع بين ذات الخصوم تقدمت بتاريخ سابق للدعوى التي اقترنت بالحكم الأجنبي"¹.

ويتضح من هذا النص أنه يجب على القاضي اللبناني أن يمتنع عن إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي إذا كانت هناك دعوى مرفوعة أمام المحاكم اللبنانية وذلك بشرط أن يسبق تاريخ رفعها تاريخ رفع الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في لبنان². وهو الاتجاه الذي تبنته صراحة المادة 30 من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي. وشرط الأسبقية هذا أخذ به المشرع الجزائري ولكن في مجال الأحكام لا الدعاوى، بحيث اشترط أن يكون الحكم الصادر من قبل القضاء الجزائري سابقا عن الحكم المراد تنفيذه في الجزائر³.

هذا وقد أضاف المشرع الجزائري إلى جانب شرط عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم سبق صدوره عن جهات قضائية جزائرية قيذا آخر يمنع قاضي التنفيذ من أن يتأكد من تلقاء نفسه من أن الحكم الأجنبي يتعارض أم لا مع حكم وطني، كما ليس له أن يقضي بالرفض حتى ولو كان عالما بوجود هذا التعارض وإنما عليه أن ينتظر أن يثير المدعى عليه مثل هذا الدفع. وهذا ما عبرت عنه المادة 3/605 بقولها: "ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية وأثير من المدعي عليه". وهذا القيد أو الشرط يؤدي إلى نتيجة مرفوضة تماما، إذ أن التسليم به قد يمكن من تنفيذ حكم أجنبي يتعارض تماما مع حكم وطني فقط لأن المدعي عليه له يثر ذلك.

¹ - أنظر، عبده جميل غصوب، محاضرات...، المرجع السابق، ص. 189. وقد أخذ بهذا الاتجاه أيضا القانون الإيطالي الذي جسده صراحة في المادة 64-1 من قانون المرافعات لعام 1995.

² - أنظر، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 228-229.

³ - أنظر، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 401.

ويجب بالإضافة إلى عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم صادر عن المحاكم الوطنية ألا يتعارض هذا الأخير مع النظام العام والآداب العامة في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها.

الفرع الرابع

عدم تضمن الحكم الأجنبي

ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر

إن فكرة النظام العام تحتل مركزا خاصا في القانون الدولي الخاص بحيث يصفها فقه هذا القانون كصمام أمان ضروري لحماية المبادئ والأسس التي يقوم عليها كل مجتمع¹. ففي مجال تنازع القوانين يعد النظام العام بمثابة الأداة الفنية التي يمكن بواسطتها استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وذلك في كل مرة يتبين فيها أن مضمون هذا القانون الأجنبي يتعارض مع المبادئ الأساسية، الاقتصادية، الاجتماعية والسياسية السائدة في دولة القاضي. أما في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية فيتدخل النظام العام للحيلولة دون إصدار الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية التي تبدو متعارضة مع الأسس الجوهرية المتعارف عليها في الدولة المراد تنفيذ الحكم الأجنبي فيها².

وقد استلزم المشرع الجزائري صراحة في الفقرة الأخيرة من المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الحكم المراد تنفيذه في الجزائر " ألا يتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في

¹ - أنظر، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 402.

² - Cf. Jean DERRUPE, op. cit., p. 276 ;

أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1139؛ عكاشة محمد عبد العال، أصول...، المرجع السابق، ص. 614؛ حفيظة السيد الحداد، هشام علي صادق، القانون القضائي...، المرجع السابق، ص. 178.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

الجزائر¹. وهو شرط تكاد تجمع التشريعات المعاصرة على تطلبه². ويتحقق التعارض بين الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه وفكرة النظام العام في دولة القاضي في صورتين:

أولاً- الصورة الأولى:

يكون فيها مصدر التعارض مع النظام العام نابعا من الإجراءات التي اتبعت في إصداره³. فهناك بعض المبادئ الأساسية في الإجراءات يتعين على القاضي الأجنبي مراعاتها في الحكم الأجنبي الذي أصدره وإلا اعتبر هذا الحكم مخالفا للنظام العام بمعناه الدولي. ومن أهمها أن يكون المدعى عليه قد كلف بالحضور تكليفا صحيحا وأنه مثل تمثيلا صحيحا وممكن من إبداء دفاعه⁴. فالحكم الأجنبي الذي لم تتبع بشأنه الإجراءات الصحيحة اللازمة، أو لم تحترم الإجراءات المتبعة في إصداره حقوق الدفاع يعد حكما ماسا بالنظام العام ومن ثم غير قابل للتنفيذ في دولة القاضي⁵.

والقضاء الفرنسي أدرج من خلال قرار " Munzer " الصادر بتاريخ 1964/01/07 شرط التأكد من صحة الإجراءات المتبعة في إصدار الحكم، ضمن قائمة شروط التنفيذ الخمسة⁶. ولكن بعد ذلك

¹ - وقد أكدت على ضرورة شرط عدم مخالفة الحكم للنظام العام الجزائري المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1989/01/02. قرار رقم 52207، منشور في المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 4، مشار إليه في مؤلف، ولد الشيخ الشريفة، المرجع السابق، ص. 176.

² - ومن بينها: قانون المرافعات المصري في مادته 298 فقرة أحيحة، قانون المرافعات الليبي في مادته 4/407، قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني في مادته 1014 /هـ، قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني في مادته السابعة 01/، قانون الإجراءات المدنية الإماراتي في مادته 2/235.

هذا وأكدت على ضرورة هذا الشرط اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام 1983 (المادة 30/أ)، كما استلزمته أيضا معظم التشريعات الغربية كالقانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 (المادة 1/27)، القانون الدولي الخاص الإيطالي لعام 1995 (المادة 1/64-ر)، قانون المرافعات الألماني (المادة 4/328)، القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982 (المادة 38/ج-). أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1140؛ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 231.

³ - أنظر، حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة...، المرجع السابق، ص. 364-365.

⁴ - Cf. Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op. cit., p. 580.

⁵ - أنظر، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 285.

⁶ - Cass. 07/01/1964, cité par Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op. cit., p. 630-631

وهذا النهج أخذت به بعض التشريعات العربية صراحة وفي مقدمتها التشريع المصري حيث قضت المادة 2/298 من قانون المرافعات بإلزامية تأكد القاضي من " أن الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلا صحيحا". أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 494. وتقابل هذه المادة المادة 2/235 ج من قانون الإجراءات الإماراتي. أنظر، عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية... المرجع السابق، ص.

ألغت محكمة النقض الفرنسية في قرار " Bachir " بتاريخ 1967/10/04 هذا الشرط وأدجمته ضمن شرط عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام بحيث قضت بأنه " إذا كان من واجب قاضي التنفيذ أن يتأكد من أن الدعوى المقامة أمام الجهة القضائية الأجنبية تمت بشكل سليم، فإن شرط السلامة هذا يجب أن يقدر بالنظر إلى النظام العام الفرنسي فقط واحترام حقوق الدفاع"¹.

ثانيا- الصورة الثانية:

ويكون فيها الحكم الأجنبي متعارضا مع النظام العام في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها من حيث مضمون ما قضى به، وفي حقيقة الأمر فإن تعارض الحكم الأجنبي في هذه الحالة هو ناتج عن تعارض أحكام القانون المطبق على موضوع النزاع مع المبادئ الأساسية، الاقتصادية، الاجتماعية والروحية لمجتمع دولة القاضي. وهذا أمر بديهي فمضمون الحكم هو تجسيد للنصوص القانونية الواجبة التطبيق على موضوع الدعوى التي صدر فيها². وعليه تتدخل فكرة النظام العام لتحول دون تنفيذ الحكم الأجنبي في كل مرة يتعارض فيها الحل الذي يتضمنه مع المبادئ والمثل السائدة في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها³.

271. وأيضا المادة 2/407 من قانون المرافعات الليبي، أنظر، محمد مبروك اللبي، المرجع السابق، ص. 245. وهذا ما أخذ به المشرع الأردني أيضا حيث أجاز بمقتضى الفقرة (ج) من المادة 07 لقانون تنفيذ الأحكام الأجنبية للمحكمة الأردنية رفض إصدار الأمر بالتنفيذ " إذا كان المحكوم عليه لم يبلغ مذكرة الحضور من المحكمة التي أصدرت الحكم ولم يحضر أمامها رغما عن كونه كان يقطن داخل قضاء تشمله صلاحية المحكمة أو كان يتعاطى أعماله فيها ". أنظر محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 369. ويأخذ القانون التونسي بنفس الاتجاه حيث جاء في الفصل 3/11 من القانون الدولي الخاص ما يلي: " لا يؤذن بتنفيذ القرارات القضائية الأجنبية: 3-.... أو كان صدر وفق إجراءات لم تحترم حقوق الدفاع ". أنظر، محمود محمود المغربي، المرجع السابق، ص. 106 . كما اعتبرت المادة 30/ ب من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي عدم إعلان الخصوم على الوجه الصحيح سببا من أسباب رفض التنفيذ.

¹ - « Si le juge de l'exequatur doit vérifier si le déroulement du procès devant la juridiction étrangère a été régulier, cette condition de régularité doit s'apprécier uniquement par rapport a l'ordre public français et au respect des droits de la défense ». Cass. 04/10/1067, cité par Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, op. cit., p.579.

² - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1140.

³ - أنظر، حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 234-235.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

وفي ظل هيمنة أحكام الشريعة الإسلامية على مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين وأكثرها مسائل الميراث، الوصية وباقي التصرفات الملحقة بها في الجزائر وفي كافة الدول الإسلامية، فسوف تجد أحكام هذه الشريعة تطبيقا واسعا متى كان أحد أطراف العلاقة مسلما. الأمر الذي سيتم معه تعطيل تنفيذ الأحكام الأجنبية التي لا تحترم الأحكام التي تقرها الشريعة الإسلامية، كالحكم الأجنبي الذي يسوي في الإرث بين الذكور والإناث من المسلمين، وكذا الحكم الذي يقرر للزوجة المسيحية حق الإرث على تركة زوجها المسلم أو العكس¹.

إن نسبية فكرة النظام العام وتطورها يدفعنا إلى التساؤل عن الوقت الذي يعتد به القاضي لتقدير مدى تعارض الحكم الأجنبي مع مقتضيات النظام العام الوطنية؟

يذهب الرأي الراجح إلى أن العبرة في كون الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه يتعارض أو لا مع النظام العام تكون بوقت التقدم بطلب تنفيذ هذا الحكم، لا بوقت صدوره في الخارج². وهذا الحل يتفق من ناحية مع كون فكرة النظام العام فكرة مرنة، نسبية ومتطورة، ومن ناحية أخرى مع اعتبار أن الهدف ليس التحقق من أن الحكم قد فصل النزاع على نحو سليم من الناحية الموضوعية، وإنما هو التحقق من أن الحكم المراد تنفيذه لا يتعارض مع المبادئ الأساسية المستقرة في دولة القاضي. ولذلك يجب أن تقدر مقتضيات النظام العام وقت تحقق هذا التعارض، وهو وقت الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي والاعتراف بآثاره في داخل النظام القانون الوطني³. لأن تنفيذ الحكم الأجنبي ضمن التراب الوطني هو الذي ينطوي

¹ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، أصول...، المرجع السابق، ص. 614-615؛ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 641-642؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 372.

هذا وقد نص القانون اليمني صراحة في المادة 4/284 من قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني على أنه لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق من أن الحكم أو الأمر لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، أنظر، سهيل حسن الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 308-309. وهو الحكم الذي جسده أيضا اتفاقية الرياض للتعاون القضائي من خلال المادة 30/أ التي قضت بعدم الاعتراف بالحكم الأجنبي إذا كان مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية أو الدستور أو لمبادئ النظام العام أو الآداب العامة في الدولة المطلوب فيها الاعتراف بالحكم. أنظر، طلعت محمود دويدار، المرجع السابق، ص. 287.

² - أنظر، محمود جمال الكردي، المرجع السابق، ج. 2، ص. 557؛ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 284-285.

³ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1143.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

على إمكانية إثارة المشاكل عن طريق تعارضه مع النظام العام الوطني وليس مجرد صدور الحكم في الخارج¹.

ويترتب على أعمال فكرة النظام العام رفض تنفيذ الحكم الأجنبي الذي يجوي على ما يخالف النظام العام الوطني سواء من حيث الإجراءات المتبعة في إصداره أو من حيث مضمونه. وهذا الرفض قد يكون كاملا ويؤدي إلى استبعاد تنفيذ الحكم الأجنبي بكامله، كما قد يكون جزئيا، بحيث يقتصر الرفض على جزء من الحكم الأجنبي، وذلك في حالة ما إذا كان الحكم الأجنبي متعارضا في جزء منه فقط مع النظام العام في الدولة المراد تنفيذه فيها. وفي هذه الحالة أجاز الفقه الراجح الأمر بتنفيذ الجزئية التي لا تتعارض مع النظام العام ورفض تنفيذ العناصر الأخرى التي تتضمن تعارضا مع هذا الأخير. وذلك بشرط أن يكون ممكنا الفصل بين الجزء المتعارض مع النظام العام والجزء غير المتعارض معه، وألا يترتب على تجزئة الحكم -إن أمكن ذلك- تعديله أو تشويهه².

وبهذا الشرط نكون قد استوفينا مجمل الشروط التي ورد ذكرها في التشريع الجزائري من أجل إمكانية الأمر بتنفيذ أي حكم أجنبي في الجزائر. وتجدر الإشارة هنا إلى أن هناك شروطا أخرى يستلزمها القضاء والتشريع في الكثير من الدول لم ينص عليها القانون الجزائري. الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل حول إمكانية الأخذ بها في الجزائر خاصة وأن صياغة المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية توحى بأنها لم تورد شروط التنفيذ على سبيل الحصر بل على سبيل المثال³.

¹ - أنظر، موحد إسماعيل، ترجمة فائز أنجق، المرجع السابق، ج.2، ص. 76.

² - Cf. Mohand ISSAD, op. cit., Tome 2, p. 70 ;

عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 643. وهذه الشروط استلزمها صراحة المادة 1018 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية التي نصت على أنه " للمحكمة أن تمنح الصيغة التنفيذية للحكم بكامله أو لناحية جزئية منه متى كانت هذه الناحية قابلة للانفصال عن النواحي الأخرى، وليس لها أن تدخل عليه أي تعديل من شأنه أن يوسع من مده سواء بالنسبة للموضوع أو بالنسبة للخصوم". أنظر، عكاشة محمد عبد العال، أصول...، المرجع السابق، ص. 629.

³ - أنظر، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 403-404.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

أول هذه الشروط شرط المعاملة بالمثل أو التبادل، هذا الشرط التي اعتبرته بعض التشريعات - العربية خاصة¹ - كشرط مبدئي أولي يجب على المحكمة التثبت من تحققه قبل أي شرط آخر².
ويقصد بهذا الشرط أن يعامل القاضي الوطني الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في دولته - وفيما يتعلق بقابليته للتنفيذ - ذات المعاملة التي تلقاها الأحكام الوطنية في الدولة الصادر عن قضائها الحكم المراد تنفيذه، فإن كانت هذه الأخيرة تجيز تنفيذها فإنه يجوز الأمر بتنفيذه وبنفس الشروط المقررة في قانون تلك الدولة لتنفيذ الأحكام الوطنية فيها³.

وقد قال الدكتور جابر جاد في صدد تعريفه لشرط التبادل " أن التشريعات العربية والشراح قد اختلفوا فيه ومع ذلك يمكن القول أن الحكم الأجنبي يعامل في البلاد العربية نفس المعاملة التي تلقاها الحكم العربي في البلد الذي صدر فيه هذا الحكم الأجنبي. فإذا كانت الدولة التي صدر فيها هذا الحكم لا تبيح تنفيذ الأحكام العربية مثلا وإنما تستلزم رفع دعوى جديدة، وكان الحكم الأجنبي فيها بمثابة دليل قابل لإثبات العكس عومل حكمها نفس المعاملة أمام المحاكم العربية، وإذا كانت تبيح التنفيذ وإنما طبقا لنظام معين كنظام المراجعة أو نظام الرقابة غير المحدودة عومل الحكم أيضا بنفس المعاملة"⁴.

¹ - ومنها التشريع المصري حيث نصت المادة 296 من قانون المرافعات على أنه " الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر المصرية فيه". أنظر، مفوض عبد التواب، المرجع السابق، ص. 195. ونصت على هذا الشرط أيضا المادة 2/7 من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني. أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 363؛ المادة 235 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، أنظر، عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية...، المرجع السابق، ص. 187، المادة 1014/د من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، أنظر، عبده جميل غصوب، محاضرات...، المرجع السابق، ص. 184، الفصل 5/11 من القانون الدولي الخاص التونسي. أنظر، محمود محمود المغربي، المرجع السابق، ص. 106.

ولم تنفرد الدول العربية بتبني هذا المبدأ بل تبنته أيضا الدول الأنجلوساكسونية حيث أخذت الولايات المتحدة الأمريكية بشرط المعاملة بالمثل منذ حكم المحكمة العليا الفيدرالية في عام 1895، وكذلك قرر الأخذ به قانون 13 أبريل 1933 في إنجلترا. كما أخذ به أيضا التشريع الإسباني (المادة 952-953 من قانون المرافعات المدنية)، والتشريع التركي (المادة 38/أ من القانون الدولي الخاص لعام 1982). أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1112.

² - أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 243؛ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 672.

³ - أنظر، مفوض عبد التواب، المرجع السابق، ص. 195؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1111؛ عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية...، المرجع السابق، ص. 189.

⁴ - أنظر، جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، ج. 4، القاهرة، 1964، ص. 163.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

ومع ذلك يرى الفقه الراجح أن شرط التبادل يعد متحققا من حيث المبدأ متى كانت الدولة الأجنبية تعترف بالحكم الوطني عندها أيا كانت وسيلتها في ذلك، وذلك على أساس أن تقدير التبادل لا يجب أن يقوم على أساس المعاملة الشكلية بل يجب أن يتم هذا التقدير على أساس القيمة التنفيذية الفعلية التي تعطيها المحاكم الأجنبية للأحكام الوطنية، وذلك بغض النظر عن الوسيلة التي تتبعها في هذا الصدد، أي حتى ولو لم تكن تتبع نفس الطريقة المتبعة لتنفيذ الأحكام الأجنبية في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها¹. وهو الرأي الذي آمن به المشرع الأردني الذي اعتبر أن شرط المعاملة بالمثل يعد متحققا في الأردن بمجرد اعتراف الدولة الأجنبية بالحكم الأردني بغض النظر عن النظام التي تتبناه. وهو ما جسده صراحة المادة 2/07 من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية، بحيث لم تستلزم أن يكون تنفيذ الحكم الأجنبي في الأردن بنفس الشروط التي ينفذ فيها الحكم الأردني لدى الدولة الأجنبية. وذلك بخلاف المادة 296 من قانون المرافعات المصري وما يقابلها في التشريعات العربية الأخرى التي اشترطت تحقيق المعاملة بالمثل حتى في الشروط الواجب توافرها في الحكم².

إن شرط المعاملة بالمثل كان ولا يزال محل انتقاد شديد، بسبب طبيعته السياسية التي لا تتلاءم والهدف الذي يعمل على تحقيقه القانون الدولي الخاص والمتمثل في ضمان أمن واستقرار العلاقات الخاصة الدولية، وذلك من خلال حفظ مصالح الأفراد سواء كانوا وطنيين أم أجنب. فهذا الهدف سيتعطل حتما إذا تمسكنا بشرط ذو طابع سياسي محض كشرط المعاملة بالمثل الذي من شأنه تهديد مصالح الأفراد، في حالة ما إذا تم رفض تنفيذ الحكم الأجنبي الذي تمسك صاحب المصلحة في تنفيذه فقط لأنه حصل على الحكم من قضاء دولة قانونها لا يميز تنفيذ أحكام الدولة الأخرى. وما يزيد الأمر

¹ - أنظر، محمود جمال الكردي، المرجع السابق، ج.2، ص. 544؛ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 591؛ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص. 194.

² - أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 364.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

سواء أن هذا الشرط لا يضر وحسب بحقوق الأجانب بل قد يضر بالمواطنين أيضا وذلك في الفرضية التي يصدر فيها حكم أجنبي لصالح أحد مواطني الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها¹.

ولهذه الاعتبارات ولأجلها نادى بعض الفقه المصري، وعلى رأسهم الأستاذ هشام علي صادق بضرورة إلغاء شرط التبادل كونه " لا يتماشى مع التطور المعاصر لفلسفة القانون الدولي الخاص، والذي باتت أحكامه التي تسعى إلى استقرار المعاملات الدولية تقوم على أفكار مختلفة من أهمها تكريس فكرة التعاون الدولي، والتعايش المشترك بين الدول الأعضاء في الجماعة الدولية"².

الشرط الآخر هو شرط الرقابة التشريعية الذي تبناه القضاء الفرنسي قديما، حيث استقر منذ قرار "Munzer" الصادر بتاريخ 06-10-1964 على أن مراقبة الاختصاص التشريعي يجب أن تتم على ضوء قاعدة الإسناد الفرنسية لا على ضوء قاعدة الإسناد الأجنبية³. ومعنى آخر فإنه اشترط لمنح الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي أن يكون القاضي الأجنبي قد طبق على النزاع نفس القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الفرنسية⁴. وهذا يعني أن الحكم الأجنبي لا ينفذ في فرنسا إلا إذا كان هناك تطابق بين قاعدة الإسناد للمحكمة التي أصدرت هذا الحكم وقاعدة الإسناد الفرنسية⁵.

وقد تعرض هذا الشرط لكثير من الانتقادات كونه يضيق إلى حد كبير من الحالات التي يمنح فيها الأمر بالتنفيذ، فالتسليم به يؤدي إلى رفض تنفيذ الحكم الأجنبي في كل مرة لا تتوافق فيها قاعدة الإسناد

¹ - أنظر، محمود جمال الكردي، المرجع السابق، ج.2، ص. 549؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1112؛ عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية...، المرجع السابق، ص. 195؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 364.

² - أنظر، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 259.

³ - Cf. Jean DERRUPE, op. cit., p. 119.

حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه:

« Vérifier l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit ». Cass. 06/10/1964, cité par. Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL. op. cit., p. 629.

⁴ - Cf. Mohand ISSAD. op. cit., p. 68.

⁵ - أنظر، عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص. 143.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

الأجنبية مع قاعدة الإسناد الفرنسية¹. ولا يخفى ما في ذلك من إضرار بحقوق الأفراد حسني النية الذين لا شأن لهم بالاختلاف القائم بين الأنظمة الوضعية بخصوص حل تنازع القوانين.

هذه النتائج السلبية شكلت دافعا لمحكمة النقض الفرنسية لمحاولة التخفيف من صرامة هذا الشرط، وذلك من خلال إعمال ما يعرف بنظرية التوازن « L'équivalence ». ويقصد بها أنه يكفي من أجل الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي أن يكون هناك تشابه وتوافق بين القانون المختص وفقا لقاعدة الإسناد الفرنسية وبين القانون المطبق من قبل القاضي الأجنبي، الأمر الذي ينتج عنه توافق بين النتيجة التي توصل إليها الحكم الأجنبي وبين النتيجة التي كان سيصل إليها القاضي الفرنسي عند تطبيقه القانون المختص الذي تحدده قاعدة الإسناد الفرنسية². ولكن لم يكتف الفقه الفرنسي بهذا التخفيف فطالب بضرورة إلغاء هذا الشرط نهائيا. ويبدو أن القضاء الفرنسي قد استجاب للنداء أخيرا حيث ألغى في قراره الصادر بتاريخ 2007/02/20 شرط مراقبة الاختصاص التشريعي³. وأيضا استبعدت هذا الشرط الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر مع غيرها من الدول بخصوص تنفيذ الأحكام الأجنبية مما يعني عدم اعتباره في الجزائر من شروط الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية⁴.

الشرط الثالث الذي لم ينص عليه المشرع الجزائري هو انعدام الغش والتحايل. والغش الذي يمكن أن يشكل سببا لرفض الأمر بالتنفيذ قد يكون:

أولا- غشا نحو القانون:

وهو ما يتحقق عن طريق قيام الخصوم بالتحايل على ضابط الإسناد المعتمد في الدولة الصادر عن قضائها الحكم الأجنبي، كالقيام بتغيير الجنسية أو الموطن باعتبارهما ضابطين معتمدين لحل النزاع في مسائل الميراث والوصية وسائر التصرفات الملحقة بها. وذلك من أجل التهرب من أحكام القانون الأجنبي

¹ - Cf. Jean DERRUPE, op. cit., p. 119.

² - Cf. Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op. cit., p.630 ; Jean DERRUPPE, op. cit. p.119.

³ - أنظر، محكمة النقض الفرنسية، 2007/02/20، مقتبس عن، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 404.

⁴ - أنظر، موحد إسماعيل، ترجمة فائز أنجق، المرجع السابق، ج.2، ص. 75؛ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.2، ص. 65.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

المختص ومنح الاختصاص لقانون تتفق أحكامه ومصالحهم الخاصة، مم يمكنهم من الحصول على حكم لصالحهم. فهنا إذا تأكد القاضي المطلوب منه الأمر بتنفيذ هذا الحكم من وجود غش نحو القانون رفض منح الحكم الأجنبي الأمر بالتنفيذ¹.

وهذا ما جسده القضاء الفرنسي صراحة من خلال قرار " Munzer " حيث استلزم لتنفيذ الحكم الأجنبي في فرنسا غياب أي غش نحو القانون، واعتبر ذلك شرط مستقل من شروط التنفيذ، حيث يتم رفض تنفيذ أي حكم أجنبي إذا تبين أن الخصوم قد قاموا بتغيير ضابط الإسناد للتهرب من أحكام القانون المختص².

ثانيا- كما يمكن أن يتم الغش عن طريق التحايل على قواعد الاختصاص القضائي الدولي:

ويتحقق ذلك في حالات انعقاد اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم بناء على الخضوع الاختياري للأطراف رغم عدم وجود صلة بين النزاع ودولة المحكمة التي فصلت في الدعوى³، وذلك إذا كان هذا الاختيار مبني على سوء نية الخصوم الذين يهدفون من وراء منح الاختصاص لهذه المحاكم التهرب من أحكام القانون المختص أصلا بالنزاع⁴.

وبالإضافة إلى ذلك هناك أنواع أخرى للتحايل، كتحايل الخصوم على القواعد الإجرائية المتبعة في الدولة التي أصدرت الحكم. كاستخدام أحد الخصوم وسائل احتيالية تؤدي إلى حرمان خصمه من حقه في الدفاع مثلا، أو أن يعتمد بوسائل غير مشروعة ألا يصل التبليغ للطرف الثاني في الوقت المناسب ككتمان المدعي لموطن المدعي عليه الفعلي لتلافي تبليغه الدعوى بالحضور⁵.

¹ - Cf. Mohand ISSAD, Tome 2, op. cit, p.72;

أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.2، ص. 67-68؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 371.

² - Cf. Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op. cit., p. 632.

³ - أنظر، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص ...، المرجع السابق، ص. 287.

⁴ - أنظر، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 406.

⁵ - أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 406.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

فمتى كنا بصدد إحدى هذه الحالات، فلن يقبل تنفيذ الحكم الصادر في مثل هذه الظروف على أساس عدم شرعية أو سلامة الإجراءات التي اتبعت في إصداره، وهو ما يعد بذاته تعارضاً مع النظام العام¹. وفي حقيقة الأمر فإن شرط انعدام التحايل وإن كان يرد أحياناً كشرط مستقل من شروط منح الأمر بالتنفيذ²، إلا أنه يبقى عبارة عن شرط يدخل ضمن مفهوم أعم وأشمل وهو عدم التعارض مع النظام العام³، خاصة وأن أثر الغش في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية يتمثل في مجرد رفض تنفيذ الحكم الأجنبي المنطوي على غش وهو أثر يمكن تحقيقه عن طريق إعمال شرط النظام العام⁴. ولما كان الأمر كذلك فليس هناك ما يمنع من الأخذ بهذا الشرط في الجزائر⁵.

وبعد أن تعرضنا لمجمل الشروط المتطلبة لتنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في مسائل الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تأخذ حكمها تنتقل لتبيان الإجراءات الواجب اتباعها لتنفيذ هذه الأحكام.

¹ - أنظر، عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية...، المرجع السابق، ص.292.

² - كما هو الحال عليه في فرنسا حيث أن القضاء الفرنسي قد أورد من خلال قرار « Munzer » شرط غياب الغش نحو القانون كآخر شرط من شروط التنفيذ.

Cf. Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op cit., p.632.

كما نص على هذا الشرط صراحة قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني من خلال المادة 3/07 منه. أنظر، محمد وليد المصري، المرجع لسابق، ص.371.

³ - أنظر، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص.405.

⁴ - أنظر، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص.286.

⁵ - أنظر، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص.405.

المطلب الثاني

إجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية

المتعلقة بالميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة

لتنفيذ أي حكم أجنبي صادر في مسألة من مسائل الميراث، الوصية وسائر التصرفات التي تأخذ حكمها، يجب التقدم بطلب الأمر بالتنفيذ أو ما يسميه المشرع الجزائري بطلب منح الصيغة التنفيذية إلى الجهة القضائية المختصة بإتباع إجراءات رفع الدعوى السائدة في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها (الفرع الأول). فإذا ما تم ذلك جاء دور القاضي الوطني للبت في دعوى التنفيذ بحكم إما بمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي أو يرفض منحه إياها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الجهة المختصة بدعوى الأمر بالتنفيذ

والإجراءات الخاصة بها

سنقسم هذا الفرع إلى قسمين نتطرق في القسم الأول إلى تحديد المحكمة المختصة بنظر دعوى الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية (أولاً)، ونخصص القسم الثاني إلى إجراءات رفع هذه الدعوى (ثانياً).

أولاً- الجهة المختصة بدعوى الأمر بالتنفيذ

تنص المادة 607 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " يقدم طلب منح الصيغة التنفيذية للأوامر والأحكام والقرارات والعقود والسندات التنفيذية الأجنبية أمام محكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ".

ويتضح من هذا النص أن الاختصاص بإصدار أمر التنفيذ للأحكام الأجنبية المطلوب تنفيذها داخل الإقليم الجزائري ينعقد إما للمحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي والتي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه، أو للمحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي التي يوجد في دائرة اختصاصها محل التنفيذ¹.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد اعتمد ضابطين لتحديد الجهة المختصة بدعوى طلب التنفيذ، أولهما موطن المنفذ عليه، الذي جاء النص عليه تكريسا للقاعدة العامة في الاختصاص المحلي، وذلك لأن المنفذ عليه سيكون بدون شك في مركز المدعى عليه. أما الضابط الثاني فهو موطن محل تنفيذ الحكم الأجنبي الذي سيتطابق في أغلب الأحيان مع مكان تواجد الأموال. ويتبين من صياغة المادة 607 أن المعيارين السابقين يتزان في نفس المرتبة فكلاهما أصلي، ولطالب التنفيذ الاختيار بينهما مع مراعاة ما قضت به المادة سالفة الذكر، من وجوب رفع دعوى طلب الأمر بالتنفيذ أمام المحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ².

أما بالنسبة للقسم القضائي المختص بنظر طلب التنفيذ داخل هذه المحاكم، فلا يوجد أي نص قانوني يحدده، فذهب البعض³ إلى أن القسم المدني منها هو الذي يرفع إليه طلب منح الأمر بالتنفيذ حتى ولو كان الحكم الأجنبي صادرا عن محكمة تجارية أو محكمة الأحوال الشخصية أو محكمة جزائية. في

¹ - وقد أخذ المشرع المصري بهذا المعيار الأخير حيث نصت المادة 297 من قانون المرافعات المصري على أنه " يقدم طلب التنفيذ إلى المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها...". أنظر، مفوض عبد التواب، المرجع السابق، ص.198. وتقابل هذه المادة المادة 2/235 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، أنظر، عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية...، المرجع السابق، ص.294.

² - أنظر، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص.409،408.

³ - أنظر، موحد إسعاد، ترجمة فائز أنجق، المرجع السابق، ج.2، ص.84؛ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.2، ص.74.

حين رأى البعض الآخر¹ أن منطق الأمور يفترض في هذه الحالة أن يرجع الاختصاص للقسم المماثل لذلك الذي أصدر الحكم الأجنبي. وبعد أن تعرفنا على الجهة القضائية المختصة بنظر طلب الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في مواد الميراث والوصايا نتقل لتتعرف على أهم الإجراءات الواجب اتباعها لرفع دعوى الأمر بالتنفيذ.

ثانيا- إجراءات رفع دعوى الأمر بالتنفيذ

إن طلب الأمر بالتنفيذ يتم عن طريق رفع دعوى قضائية بالطرق المعتادة لرفع أي دعوى في الجزائر، وبتابع نفس الإجراءات المقررة وفقا للقواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية². أي عن طريق تكليف بالحضور ومواجهة الأطراف ويجب على طالب التنفيذ أن يرفق بطلبه بكافة الوثائق والمستندات القانونية الضرورية، وأهم هذه الوثائق:

- صورة رسمية كاملة للحكم المطلوب تنفيذه مطابقة للأصل.
- نسخة تنفيذية للحكم المراد تنفيذه تثبت أن هذا الأخير قابل للتنفيذ.
- تقديم محضر تبليغ الحكم المطلوب تنفيذه، أو أي شهادة رسمية دالة على أن الحكم قد تم تبليغه على الوجه الصحيح.

- صورة طبق الأصل لورقة التكليف بالحضور وذلك إذا كان الحكم المطلوب تنفيذه قد صدر

غيبيا³.

¹ - أنظر، ولد الشيخ الشريفة، المرجع السابق، ص. 175.

² - وذلك تماشيا مع المبدأ العام المستقر عليه دوليا والقاتل بخضوع إجراءات المرافعات لقانون القاضي الوطني، وهذا ما أكدته صراحة اتفاقية الرياض للتعاون القضائي حيث نصت المادة 31/ب على أنه " تخضع الإجراءات الخاصة بالاعتراف بالحكم أو تنفيذه لقانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بالحكم وذلك في الحدود التي لا تقضي فيها الاتفاقية بغير ذلك ". أنظر، طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 285؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1147.

³ - أنظر، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص. 407-408؛ ولد الشيخ الشريفة، المرجع السابق، ص. 187، 192؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 379؛ طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 298.

وبعد رفع الخصم - صاحب المصلحة في تنفيذ الحكم الأجنبي- دعوى الأمر بالتنفيذ أمام الجهة القضائية المختصة باتباع الإجراءات اللازمة، يقوم القاضي بالفصل في هذه الدعوى آخذا بعين الاعتبار مدى توافر الشروط المطلوبة لتنفيذ الأحكام الأجنبية في دولته.

الفرع الثاني

البت في دعوى التنفيذ

يتمثل موضوع دعوى التنفيذ في طلب الأمر بتنفيذ حكم صادر من محاكم دولة أجنبية، أي أن موضوعها هو الحكم الأجنبي وليس النزاع الذي فصل فيه هذا الأخير¹. ولما كان الأمر كذلك فإن دور قاضي التنفيذ يقتصر على التحقق من مدى توافر الشروط المطلوبة للأمر بالتنفيذ وليس له في سبيل ذلك الحق في تعديل مضمون هذا الحكم بالإضافة أو الإنقاص².

فإذا تأكد من توافر الشروط اللازمة للأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية كما أوردتها المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قضى بمنح الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية³. وهو ما يترتب عليه تقرير جميع الآثار التي يربتها الحكم الأجنبي بمقتضى منطوقة، وذلك على أساس أن القاضي الذي ينظر دعوى

¹ -أنظر، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ج.2، ص. 560؛ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 295.

² - وهذا ما أكدته اتفاقية الرياض للتعاون القضائي في مادتها 3 حيث جاء فيها: " تقتصر مهمة الهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بالحكم أو تنفيذه على التحقق إذا كان الحكم قد توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في هذه الاتفاقية، و ذلك دون التعرض لفحص الموضوع ". أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 380.

³ - وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن المشرع الجزائري وخلافا لأغلبية التشريعات قد تكلم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على منح الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية وليس الأمر بالتنفيذ، وهو بذلك قد خلط بين الأمر بالتنفيذ ووضع الصيغة التنفيذية لأن الأمر بالتنفيذ هو الذي يترتب على دعوى التنفيذ وهو بمثابة الضوء الأخضر للاعتراف بالحكم الأجنبي وتنفيذه، أما وضع الصيغة التنفيذية فهو إجراء لاحق للأمر بالتنفيذ وضروري حتى يمكن اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري التي يقتضيه الحكم. فالمشرع الجزائري بما ذهب إليه كأنه يجعل موضوع دعوى التنفيذ هو الطلب المباشر بمنح الحكم بالصيغة التنفيذية، وهو أمر غير صحيح وتنقصه الدقة القانونية، فمنح الأمر بالتنفيذ يسبق مهر الحكم بالصيغة التنفيذية. أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1146-1147؛ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.2، ص. 75.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

التنفيذ ليس له أن يعدل بالزيادة أو النقص في مضمون الحكم الأجنبي¹، ويصبح الحكم قابلاً للتنفيذ في كل الإقليم الجزائري وذلك باتباع طرق التنفيذ المقررة في القانون الجزائري.

أما إذا لم تتوافر في الحكم الأجنبي الشروط المطلوبة للأمر بالتنفيذ فيرفض القاضي منحه الصيغة التنفيذية. ويكون من غير الجائز التقدم بطلب جديد بغية الأمر بتنفيذ ذات الحكم تأسيساً على حيازة الحكم الصادر برفض التنفيذ لحجية الشيء المقضى فيه، غير أن ذلك لا يمنع من رفع دعوى مبتدئة أمام القضاء الجزائري للمطالبة بنفس الحق الذي تقرر بمقتضى الحكم الأجنبي الذي رفض تنفيذه².

إن رفض تنفيذ الحكم الأجنبي لا يعني تجريد هذا الأخير من كل قيمة قانونية في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها، بحيث يذهب الفقه الغالب إلى أن الحكم الأجنبي مجرداً من الأمر بالتنفيذ يمكن أن ينهض كوسيلة في الإثبات، بحيث يجوز للقضاء أن يستخلص من هذا الحكم معلومات أو قرائن يعتمد عليها أو يقدمها في نزاع معروض عليه. وعلى ذلك يمكن الاعتماد على ما جاء في الحكم الأجنبي من مستندات أو أوراق كما يمكن أن يكون دليلاً على ما ثبت فيه من وسائل الإثبات، كالإقرار واليمين وسماع الشهادة، والانتقال للمعاينة وأداء الخبرة، وللقاضي الوطني في هذه الحالة حرية تقدير ما أثبت في الحكم الأجنبي³.

وبالإضافة إلى ذلك يرى الكثير من الفقه أن الحكم الأجنبي مجرداً من الأمر بالتنفيذ يعتبر كواقعة قانونية معترف بها دون حاجة إلى تدخل القضاء الوطني، والحكم الأجنبي بوصفه كواقعة يمكن أن تبني عليه حالات قانونية جديدة كأن يعتبر سبباً لقيام دعوى أو لانعقاد عقد معين⁴.

¹ - أنظر، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص...، المرجع السابق، ص. 301.

² - أنظر، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ج. 2، ص. 562؛ عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية...، المرجع السابق، ص. 320.

³ - أنظر، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 509؛ عبد الفتاح بيومي حجاري، المرجع السابق، ص. 165؛ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج. 2، ص. 73.

⁴ - أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 250.

الفصل الثاني.....الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

وتجدر الإشارة في الأخير أن الحكم الصادر في دعوى التنفيذ سواء أكان برفض طلب التنفيذ أو قبوله يكون قابلا للطعن بكافة طرق الطعن المقررة في القانون الجزائري¹.

¹ - أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ج.2، ص.75.

خاتمة

إن حل النزاعات الإرثية والإيصائية ذات العنصر الأجنبي يعتمد أساسا على مجموعة قواعد القانون الدولي الخاص المتفق عليها تشريعا، فقها وقضاء، إذ تلعب هذه الأخيرة دورا رئيسيا في حل معظم الإشكاليات التي يطرحها اقتحام العنصر الأجنبي مجال الإرث، الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

وأبرز هذه الإشكاليات وأكثرها تعقيدا إشكالية تنازع عدة قوانين حكم النزاع الإرثي أو الإيصائي ذو العنصر الأجنبي. وحل هذه الإشكالية يتطلب أولا المفاضلة بين القوانين المتزاحمة لحكمه واختيار أنسبها ثم إسقاط أحكامه على النزاع. ومن هنا نستنتج أن معالجة الإشكالية يتم عبر مرحلتين الأولى هي مرحلة اختيار أو تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، والثانية هي مرحلة التطبيق الفعلي لهذا القانون.

والقاضي الوطني وهو في طريق البحث عن هذا القانون تعترضه مسألة التكييف واجتيازها لازم من أجل متابعة المشوار وصولا إلى القانون المختص. ولذلك لابد للقاضي أن يتوقف ليصنف المسألة محل النزاع وفقا لقانونه الوطني وذلك إعمالا لنص المادة 09 من القانون المدني الجزائري على أساس أن التكييف يخضع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع. ويلاحظ أن لتكييف النزاع الإرثي أو الإيصائي تأثير بالغ على الحل النهائي للنزاع، حيث يختلف القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع باختلاف تصنيفه، وهو الأمر الذي ينتج عنه بالضرورة تباين الحلول المتبعة لتنازع القوانين في مجال التركات.

وقد رأينا أن المشرع الجزائري وعلى غرار أغلبية التشريعات العربية قد اعتبر التركات من الأحوال الشخصية وأخضعها لقانون جنسية المورث، والموصي، والمتصرف وقت الوفاة، وإن كان هذا الأخير هو الأصل في حكم ما يتعلق بمسائل الإرث، الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الوفاة. إلا أن هناك حالات تستوجب تدخل بعض القوانين الأخرى لتحكم جوانب معينة من هذه المسائل كقانون موقع المال، القانون الشخصي للورثة أو الموصى لهم، وقانون القاضي. كما أن الوصية وسائر التصرفات النافذة بعد الوفاة باعتبارها تصرفات قانونية تخضع لأحكام خاصة ناشئة عن طبيعتها من

ناحيته شروطها وشكلها. الأمر الذي ينتج عنه تنحي قانون جنسية الموصي أو المتصرف وقت الوفاة ليفسح المجال لقانون جنسية الموصي أو المتصرف وقت الإيضاء أو التصرف ليحكم بعض شروط هذه التصرفات، وقانون محل إبرام الوصية أو التصرف ليحكم شكل هذه التصرفات، إضافة إلى ضوابط إسناد احتياطية قد تحكم شكل هذه التصرفات كقانون الجنسية المشتركة، قانون الموطن المشترك، أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

أما عن المرحلة الثانية وهي مرحلة إعمال أو تطبيق القانون الأجنبي المختص، فقد تصطدم هذه الأخيرة بعقبات تحول دون إعمال القانون المختص بمسائل الإرث أو التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت. وذلك فيما لو كانت أحكام هذا القانون تتعارض مع المبادئ والأسس التي يقوم عليها نظام الموارث في دولة القاضي. فللقاضي المعروض أمامه التزاع في هذه الحالة أن يستبعد هذا القانون ويستبدله بالقانون الجزائري، وذلك إعمالاً لها قضت به المادة 2/24 معدلة من القانون المدني الجزائري.

وإذا تبين للقاضي الجزائري أن ثبوت الاختصاص التشريعي لهذا القانون كان نتيجة تحايل الأفراد على قاعدة الإسناد الخاصة بالإرث، الوصية وباقي التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت من خلال تغيير ضابط الإسناد فيها قصد التهرب من أحكام القانون المختص، فيمكنه عندئذ الامتناع عن تطبيق هذا القانون وتطبيق القانون الأصلي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد بعد إغفال التغيير الحاصل على مستوى ضابط الإسناد والأخذ بعين الاعتبار الضابط الأصلي قبل التغيير.

هذا وقد تلعب الإحالة دوراً إيجابياً في إبعاد القانون الأجنبي المختص، وذلك إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية الخاصة بالإرث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت إلى إخضاع النزاع الإرثي أو الإيصائي إلى قانون أجنبي معين. وأحالت قاعدة الإسناد في هذا الأخير الاختصاص للقانون الوطني الجزائري. فهنا ووفقاً لنص المادة 23 مكرر 02/1 من القانون المدني التي تجيز قبول الإحالة من الدرجة الأولى فسيطبق القانون الجزائري على المسألة محل النزاع الإرثي أو الإيصائي.

أما إذا تحدد القانون الواجب التطبيق بقانون أجنبي، ولم يوجد ما يوجب إبعاده أو استبعاده، فيشرع القاضي الوطني عندئذ في تطبيقه. وقد رأينا أن وضعية القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني تتحدد وفقا للمادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحسب ما إذا كان هذا الأخير يندرج ضمن مفهوم قانون الأسرة أم أنه غير كذلك. ومادام أن المشرع الجزائري قد اعتبر القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت من القوانين المتعلقة بالأسرة، فإنه يحتفظ أمام القضاء الوطني بصفته القانونية، وهو الأمر الذي ينتج عنه أن القاضي الوطني مكلف بتطبيقه من تلقاء نفسه، كما يتولى إثباته، ويخضع لرقابة المحكمة العليا إذا ارتكب أي خطأ أو مخالفة في تطبيقه.

هذا وإن كانت إشكالية تنازع القوانين تصنف من أهم وأدق الإشكاليات التي يطرحها ظهور العنصر الأجنبي في المنازعات الخاصة بالإرث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الوفاة إلا أنها ليست الوحيدة في هذا المجال. فقبل إثارتها تثار إشكالية البحث عن المحكمة المختصة بنظر هذه النزاعات بين محاكم الدول المختلفة التي يتصل بها النزاع الإرثي أو الإيصائي المشوب بعنصر أجنبي.

وتحديد المحكمة المختصة دوليا بنظر هذه النزاعات يتم بناء على مجموعة من الضوابط والمعايير، كمييار محل افتتاح التركة، حيث تختص المحاكم الوطنية بنظر النزاعات الإرثية والإيصائية متى افتتحت التركة على إقليمها الوطني، وهو المييار الذي اعتمد عليه التشريع الجزائري في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم، وعدل عنه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحديث متبنيا ضابط موطن المتوفى. كما قد ينعقد اختصاص المحاكم الوطنية بنظر هذه المسائل متى كانت الدولة المعنية هي دولة موقع الأموال محل الإرث أو الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

هذا وقد ينعقد اختصاص المحاكم الوطنية بالفصل في دعاوى الإرث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت إذا كان المدعى عليه في هذه الدعاوى متوطنا أو مقيما في الدولة المعنية، وذلك طبقا للقاعدة العامة في الاختصاص القضائي والقاضية بأن على المدعي أن يسعى إلى المدعى عليه. كما يمكن أن تكون

الجنسية معيارا يبنى على أساسه الاختصاص للمحاكم الوطنية بمنازعات الإرث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت متى كان المدعى أو المدعى عليه في هذه الدعاوى ممن يحملون جنسية الدولة المعنية وهو الضابط الذي اعتمده كل من التشريع الفرنسي والجزائري. وكما اعتمدت بعض التشريعات العربية وفي مقدمتها التشريع المصري على جنسية المتوفى كمعيار لمنح الاختصاص لمحاكمها الوطنية متى كان المتوفى من مواطنيها.

وإذا كانت الضوابط السالف ذكرها هي الأصل في تحديد الاختصاص القضائي الدولي بدعاوى الإرث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، فإن المحاكم الوطنية قد يتقرر اختصاصها بهذه الدعاوى أو يسلب منها بعيدا عن هذه المعايير، وذلك في حالات استثنائية كأن يتعلق الأمر بتزاع إرثي أو إيصائي حول عقار واقع في الخارج. فهنا يمنح اختصاص الفصل في هذا النزاع لمحكمة موقع العقار، أو إذا اختار الخصوم في هذه الدعاوى على منح محكمة معينة بالفصل في النزاع الإرثي أو الإيصائي بالرغم من عدم اختصاصها أصلا بالدعوى وذلك بشرط ارتباط النزاع بالدولة التي منحت محاكمها سلطة الفصل في النزاع.

كما قد تختص المحاكم الوطنية دون أن يتحقق أي ضابط من ضوابط الاختصاص المقررة في قانونها ضمانا لحسن سير العدالة، وذلك إذا كانت الدعوى ترتبط بدعوى تدخل ضمن اختصاصها سواء كانت في شكل مسألة أولية أو طلب عارض أو طلب مرتبط، أو إذا كان الأمر يتعلق باتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة للمحافظة على الأموال محل الإرث أو التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

هذا وقد ذهبت بعض التشريعات إلى منح الاختصاص لمحاكمها الوطنية بناء على مبدأ تلافي إنكارها حيث جعلت منه سببا لاختصاص محاكمها الوطنية، وبينما جعل منه المشرع الفرنسي سببا عاما لمنح الاختصاص للمحاكم الفرنسية وذلك بشرط أن يكون للخصومة صلة بالإقليم الفرنسي مع استثناء الدعاوى المتعلقة بعقار واقع في الخارج، قيدته بعض التشريعات العربية كالتشريع المصري بدعاوى الأحوال الشخصية.

وبالإضافة إلى إشكاليتي الاختصاص التشريعي والقضائي قد تثار إشكالية تنفيذ الأحكام الأجنبية في حالة ما إذا اختار المدعي بحق إرثي أو إيصائي رفع دعواه أمام محاكم دولة أجنبية ويستصدر حكما مؤكدا لحقه، ويتقدم بطلب تنفيذ هذا الحكم في الجزائر. ففي هذه الحالة واحتراما للحق الإرثي و الإيصائي المكتسب لن يهدر هذا الحكم كلية بل سيرتب آثاره في الإقليم الوطني متى استوفى مجمل الشروط التي استوجب القانون توافرها في أي حكم أجنبي يراد تنفيذه في الجزائر. وهي أن يكون الحكم المراد تنفيذه صادرا من محكمة مختصة دوليا بالفصل في النزاع الإرثي أو الإيصائي. كما يجب أن يكون حائزا لقوة الشيء المقضي به وفقا لقانون البلد الذي أصدر قضاؤه هذا الحكم. ويشترط أيضا أن لا يتعارض الحكم المراد تنفيذه مع حكم صادر عن الجهات القضائية الوطنية.

وكما يجب أن لا يتضمن الحكم ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر. هذا ويجب على صاحب المصلحة في تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر في مسألة من مسائل الميراث أو الوصية وسائر التصرفات الملحقة بها التقدم بطلب تنفيذه أمام محكمة مقر المجلس الذي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه، أو أمام محكمة مقر المجلس الذي يوجد في دائرة اختصاصها محل تنفيذ الحكم الأجنبي، ويتم ذلك بإتباع الإجراءات المقررة وفقا للقواعد العامة المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

وفي الأخير يمكن القول أن تقييم معالجة المشرع الجزائري لموضوع الميراث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في إطار القانون الدولي الخاص، يختلف من موضوع لآخر. فبالنسبة لإشكالية تنازع القوانين، فقد أحسن المشرع الجزائري عندما خص الميراث والوصية وسائر التصرفات النافذة بعد الوفاة بقاعدة إسناد تعنى أساسا بتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المسائل في حالة اشتغالها على عنصر أجنبي. كما أن المشرع الجزائري من خلال نصه في المادة 16 من القانون المدني على إخضاع كل ما يتعلق بالميراث والوصية وسائر التصرفات الملحقة بها إلى قانون جنسية المورث والموصي والمتصرف وقت الوفاة، قد حافظ على وحدة القانون الذي يحكم النزاعات الإرثية و الإيصائية ذات الطابع الدولي متجنباً

بذلك مساوئ إخضاع التركة لعدة قوانين. وبالرغم من محاسن هذا الموقف التشريعي الجزائري إلا أنه يأخذ عليه من جهة، تسويته بين الميراث وبين الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، مستغفلا بذلك طبيعة هذه التصرفات التي قد ترد عليها بعض الشروط بصفتها تصرفات إرادية بغض النظر عن أنها تصرفات لا تنفذ إلا بعد الوفاة كالأهلية مثلا. ومن جهة أخرى، فإن تقرير الاختصاص الحصري للقانون الشخصي بكل ما يتعلق بالتركة قد يشكل بذاته تعارضا مع اعتبارات خضوع المال - بنوعيه المنقول و العقار - لقانون موقعه.

أما فيما يتعلق بالاختصاص القضائي الدولي، فإن القانون الجزائري لا يتوافر إلا على قاعدتين في هذا الخصوص، ويبنى على أساسها اختصاص المحاكم الوطنية متى كان المدعي أو المدعى عليه جزائريا. ومن ثم تعبر هاتين القاعدتين عن امتياز منح للجزائريين للمثول أمام القضاء الوطني سواء كانوا في الدعوى مدعين أو مدعى عليهم. ومن ذلك يتضح أن المشرع الجزائري لم يتدخل ليضع قواعد اختصاص عادية تعنى أساسا بتحديد حالات اختصاص المحاكم الوطنية بالتراعات الدولية الخاصة ومن بينها التراعات الدولية المتعلقة بالميراث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت. وبالرغم من تبني سياسة مد العمل بقواعد الاختصاص المحلية إلى المجال الدولي، إلا أن ذلك لم يسد النقص الحاصل في هذا المجال، وذلك نظرا لخصوصية العلاقات الدولية الخاصة وتميزها عن العلاقات الوطنية المحضة التي وضعت قواعد الاختصاص المحلية أساسا لتنظيمها. لذلك لا بد للمشرع الجزائري أن يتدخل لسد الفراغ التشريعي بهذا الخصوص، لأن تدويل العلاقات والمراكز القانونية يتطلب بالضرورة تقنين يتلاءم وخصوصية هذه العلاقات والمراكز القانونية ذات الطابع الدولي.

وأخيرا وفيما يتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في مواد الميراث والوصية وسائر التصرفات النافذة بعد الوفاة، فقد غطى المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية النقص الذي صاحب فترة سريان قانون الإجراءات المدنية. حيث أنه نص صراحة على الشروط الواجب توافرها في الحكم الأجنبي ليصبح قابلا للتنفيذ في الجزائر. لكن ما يلاحظ على المشرع الجزائري في هذا الشأن أنه

وبصدد معالجة مسألة تنفيذ الأحكام والسندات الأجنبية عموما قد تكلم عن منح هذه الأخيرة الصيغة التنفيذية بدل الأمر بالتنفيذ. وهذا ما قد يجعل موضوع دعوى التنفيذ هو الطلب المباشر بمهر الحكم بالصيغة التنفيذية، وهو أمر غير صحيح وتنقصه الدقة القانونية، لأن منح الأمر بالتنفيذ يسبق مهر الحكم بالصيغة التنفيذية.

قائمة المراجع

أولاً- المراجع العامة

1.- باللغة العربية

- ابراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دون دار النشر، 1997.
- أبو العلا علي أبو العلا النمر، مقدمة في قانون الإجراءات المدنية الدولية، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.
- أحمد شوقي عبد الرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد، منشأة المعارف، مصر، 2006.
- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ط.1، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة النشر.
- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، ط.1، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة النشر.
- أحمد فراج حسين، أحكام الوصاية والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2003.
- أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2007.
- أحمد نصر الجندي، الموارث في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، ج.1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، ج.2، ط.5، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- أمين رجا رشيد داوس، تنازع القوانين في فلسطين، ط.1، دار الشروق للنشر والتوزيع، 2001.
- أنور العمروسي، الملكية وأسباب كسبها في القانون المدني، ط.1، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 1999.
- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج.1، ط.3، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004.
- بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

- بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، ط.1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- ييار ماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي مقلد، القانون الدولي الخاص، ط.1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008.
- جابر الهادي سالم الشافعي، أحكام الميراث في الفقه والقانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005.
- جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، ج.3، ط.1، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالمية، 1960.
- جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، ج.3، ط.2، المطبعة العالمية، القاهرة، 1962.
- جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، ج.4، دون دار النشر، القاهرة، 1964.
- جمال محمود الكردي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط.1، دون دار النشر، 1995-1996.
- جمال محمود الكردي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط.1، دون دار النشر، 1995-1996.
- جهاد محمود الأشقر، مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط.1، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009.
- جورج ن ش دراوي، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006.
- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.
- حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.
- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- رمضان علي السيد الشرنباصي، الوجيز في أحكام الوصية والوقف، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2005.

- زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.
- زيروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، ج.1، مطبعة الكاهنة، 2000.
- زيروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج.1، ط.2، مطبعة الفسيلة الدويرة، الجزائر، 2002.
- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط.1، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1994.
- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009.
- سهيل حسن الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، 2002.
- صادق محمد محمد الجبران، التصنيف في القانون الدولي الخاص، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006.
- صالح حجيك، الميراث في القانون الجزائري، ط.1، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002.
- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، ط.1، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، مصر، 2006.
- طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1418هـ.
- عبد الجليل أحمد علي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، مصر، 2001.
- عبد الحميد الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2001.
- عبد الحميد عبد الحميد الذبياني، أحكام الموارث والتركات والوصية في الشريعة الإسلامية، ط.1، دار الكتب الوطنية بنغازي، طرابلس، 1990.
- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط.1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.
- عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ط.2، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009.
- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج.2، ط.9، الهضبة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986.
- عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1996.
- عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1996.

- عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1998.
- عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية في دولة الإمارات العربية المتحدة، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007-2008.
- عكاشة محمد عبد العال، أصول القانون الدولي الخاص اللبناني المقارن، الدار الجامعية، دون سنة النشر.
- عكاشة محمد عبد العال، أصول القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، الدار الجامعية الجديدة للنشر، مصر. دون سنة النشر.
- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ط.7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- علي عوض حسن، الصيغ النموذجية للعقود والتصرفات القانونية، ج.2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- علي هادي العبيدي، الحقوق العينية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005.
- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج.1، ط.1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
- عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة، شركة دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، ط.4، دار وائل للنشر، 2005.
- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج.2، دار النهضة العربية، مصر، 1974.
- محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، دار الفكر العربي، مصر، دون سنة النشر.
- محمد حسن منصور، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006.

- محمد سمارة، أحكام التركات والموارث في الأموال والأراضي، ط.1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
- محمد كمال الدين إمام، عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2006.
- محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشورات الجامعة المفتوحة، 1994.
- محمد محدة، التركات والموارث، ط.1، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2004.
- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
- محمود محمود المغربي، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، ط.1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2007.
- محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، 2006.
- مصطفى الجمال، قانون الأسرة لغير المسلمين، الدار الجامعية، 1987.
- مصطفى السباعي، عبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات، ط.5، المطبعة الجديدة، دمشق، 1977-1978.
- مفوض عبد التواب، الوسيط في شرح قوانين الجنسية والأجانب و الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط.1، مؤسسة سعيد للطباعة، مصر، 1983.
- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، ج.1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998.
- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ج.1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون سنة النشر.
- موحند إسعاد، ترجمة فائز أنجق، القانون الدولي الخاص، ج.2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
- موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، ط.1، المركز الثقافي العربي، 1994.

- نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
- نادية فضيل، الغش نحو القانون، ط.2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- هشام خالد، دعوى صحة ونفاذ عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي والمحكمة المختصة دوليا بنظرها، ط.1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2003.
- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: الجنسية ومركز الأجانب؛ الكتاب الثاني: تنازع القوانين؛ الكتاب الثالث: القانون القضائي الخاص الدولي والتحكيم الدولي، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999.
- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004.
- هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، دون دار النشر، 2005.
- هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 2008.
- ولد الشيخ الشريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومة، 2004.
- يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - ، ألقيت على طلبة السنة الرابعة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008 - 2009.

2. - باللغة الفرنسية

- AUDIT Bernard, Droit international privé, 2ème édition, Economica, Paris, 1997 .
- BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, Droit international privé, Tome 2, 7ème édition, L.G. D. J., Paris, 1983.
- BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, Traité de droit international privée, tome 1, 8^e édition, L.G.D.J., Paris, 1993.
- DERRUPE Jean, Droit international privé, 14ème édition, Dalloz, France, 2001.

- GUTMAN Daniel, Droit international privé, 3éme édition, Dalloz, 2002
- ISSAD Mohand, Droit international privé, Tome 1 et 2, Office des publications universitaires, Alger, 1983.
- LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, Droit international privé ,7 éme édition , DALLOZ , 2001.
- MAYER Pierre, HEUZE Vincent, Droit international privé, 8^e édition, Montchrestien, Delta, 2005.
- RIZKALLAH Nouhad , Droit international privé , 1ére édition, N.A.J.D., Beyrouth, 1985 .

ثانيا- المراجع الخاصة

- أشرف عبد العليم الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
- أشرف وفا محمد، آثار التوارث بين الدول على أعمال قواعد القانون الدولي الخاص، ط.1 ، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة نشر.
- إلياس ناصيف، الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص، ج.2، دون دار النشر، 2003.
- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، دون سنة نشر.
- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.
- عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007-2008.
- هشام علي صادق وشمس الكدين الوكيل، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، منشأة المعارف، مصر، 1968.
- هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002.

ثالثا- رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير

- العقون الأخضر ، التنازع الإيجابي و السلبي بين الجنسيات ، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر ، 1975 .
- بلمامي عمر ، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 1986 .
- بلمامي عمر ، نظرية التكيف في القانون الدولي الخاص ، رسالة دكتوراه ، الجزائر ، 1993 .
- بن عصمان جمال ، المسؤولية التقصيرية عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص ، رسالة دكتوراه ، جامعة تلمسان ، 2008-2009 .
- دربة أمين ، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج و انحلاله ، مذكرة ماجستير ، جامعة تلمسان، 2007-2008 .
- رشاد السيد إبراهيم عامر ، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشرعية الإسلامية و القوانين الأخرى ،مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر، 1989 .
- سنينات عبد الله ، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية و انحلالها في إطار القانون الدولي الخاص ، مذكرة ماجستير ،جامعة تلمسان ، 2008-2009 .
- علاوة بوتغرار ، التصرفات الملحقة بالوصية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 2000-2001 .
- محمدي سليمان، "الميراث و الوصية" كسب الملكية بسبب الوفاة، الميراث و الوصية "، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1988 .

رابعا- المقالات

1.- باللغة العربية

- أحمد ضاعن السمدان، المبادئ العامة لتعدد الجنسية في القانون المقارن و القانون الكويتي، مجلة الحقوق، الكويت، 2007، العدد الأول .
- أحمد عبد الكريم سلامة، إتفاقية الرياض العربية 1983/1403 والتعاون القضائي في مسائل الإجراءات القضائية الدولية، مجلة الحقوق، الكويت، 1991، العدد الأول، السنة 15 .

- بليعقوبي بلخير، تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية، دراسات قانونية، 2008، العدد 05، تلمسان.
- جعفر الفضلي، إنقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، الكويت، 1988، العدد الأول، السنة 12.
- دنوبي هجيرة، تصرفات الشخص في مرض الموت وحماية الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، 2004، رقم 02.
- دنوبي هجيرة، التقرير التمهيدي للملتقى الدولي حول موضوع النظام العام و العلاقات القانونية، دراسات قانونية، 2008، العدد 05، تلمسان.
- زيروتي الطيب، تنازع القوانين في الوصية، تعليق على قرار المحكمة العليا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، 1994، رقم 03، الجزائر.
- سامي بديع منصور، الدين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية، مجلة الدراسات القانونية، 2003، العدد الثاني، كلية الحقوق جامعة بيروت.
- محمد الجندي، الشفعة في القانون المدني الأردني ومشروع المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة مجلة الحقوق، الكويت، 1985، العدد الأول.
- يوسف فتيحة، قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1999، العدد الثاني .
- يوسف فتيحة، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، دراسات قانونية، 2008، العدد 05، تلمسان.

2. - باللغة الفرنسية

- FALLON Mar et VAN BOXSTAEL Jean-Louis, Testament, Rép. Internat, Tome 3, J.C.P, 1999-04.
- LAGARDE Paul, Renvoi, Rép. Internat, Tome 3, J.C.P, 1999-04.
- LAGARDE Paul, Successions, Rép. Internat. Tome 3, J.C.P, 1999-04.

خامسا- القوانين

- أمر رقم 66-154 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية.
- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، معدل و متمم بالأمر 06/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005.
- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1104 الموافق لـ 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة معدل و متمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير عام 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

سادسا- مواقع الانترنت

- <http://www.la-laddh.org>
- <http://www1.umn.edu/humanrts/arab/b030>
- <http://www.kantakji.com>
- <http://jid3.medharweb.net>
- perlpot.net/cod/civil.pdf
- <http://droit.montadalhilal.com/t205-topic>
- <http://majles.alukah.net>
- <http://www.islamweb.net>
- <http://www.startimes.com>
- <http://www.f-law.net/law/showthread.php>
- <http://www.dacodoc.fr/arret+forgo+24+juin+1878>
- <http://wrcati.cawtar.org>
- faolex.fao.org/docs/texts/alg43583.
- <http://droit.alafdal.net/t995-topic>

- <http://sarab.cz.cc/t6242-topic>
- <http://ar.jurispedia.org/index.php>
- www.uldroit3.com/htm/questions/pdfQ/8-9/1/law/4/d.pdf
- <http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net>

الفهرس

1مقدمة
8 الفصل الأول: الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة
 في ظل تنازع القوانين
10 المبحث الأول: القانون المختص بمسائل الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة
11 المطلب الأول: التكييف كمرحلة أولية لتحديد القانون المختص
12 الفرع الأول: أهمية التكييف لحل النزاع
15 الفرع الثاني: تحديد مجال التصرفات النافذة بعد الوفاة
16 أولا: الوصية
17 ثانيا: الوصايا الحكمة
24 الفرع الثالث: التركات بين الأحوال الشخصية و العينية
25 أولا: إلحاق التركات بالأحوال الشخصية
28 ثانيا: إلحاق التركات بالأحوال العينية
28 ثالثا: إدخال التركات في فئة قانونية مستقلة
29 المطلب الثاني: الإسناد القانوني للميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة
30 الفرع الأول: ضوابط الإسناد المعمول بها لحل النزاع
30 أولا: نظرية تطبيق قانون موقع المال
31 ثانيا: نظرية التمييز بين المنقول والعقار
33 ثالثا: نظرية تطبيق القانون الشخصي
37 الفرع الثاني: الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية كأحد الضوابط المعتمدة لحل النزاع
37 أولا: النزاع الإيجابي (تعدد الجنسيات)
43 ثانيا: النزاع السلبي (انعدام الجنسية)
46 ثالثا: النزاع المتحرك أو المتغير
51 رابعا: تحديد قانون الجنسية لدولة تتعدد فيها التشريعات

51	الفرع الثالث: مجال إعمال القانون
52	أولا: المسائل المدرجة تحت ولاية القانون المختص
64	ثانيا: المسائل المستبعدة من مجال القانون المختص
85	المبحث الثاني: تطبيق القانون الأجنبي المختص
86	المطلب الأول: عقبات تطبيق القانون الأجنبي المختص
87	الفرع الأول: الدفع بالنظام العام
91	أولا: الإرث والنظام العام
96	ثانيا: التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت والنظام العام
101	الفرع الثاني: الدفع بالغش نحو القانون
102	أولا : تعريف الغش نحو القانون
103	ثانيا : شروط الدفع بالغش نحو القانون
107	ثالثا: آثار أو جزاء الغش نحو القانون
109	الفرع الثالث: الإحالة
110	أولا: التنازع الإيجابي
112	ثانيا: التنازع السلبي
119	المطلب الثاني: وضعية القانون الأجنبي المختص أمام القضاء الوطني
119	الفرع الأول: طبيعة القانون الأجنبي المختص
120	أولا: تطبيق القانون الأجنبي باعتباره قانون
124	ثانيا: تطبيق القانون الأجنبي باعتباره مجرد واقعة
129	الفرع الثاني: تفسير القانون الأجنبي المختص والرقابة عليه
135	الفصل الثاني: الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة

..... في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي

137	المبحث الأول: اختصاص المحاكم الوطنية في منازعات الإرث والتصرفات النافذة بعد الوفاة..
139	المطلب الأول: اختصاص المحاكم الوطنية المبني على المعايير الأصلية
142	الفرع الأول: اختصاص المبني على معيار محل افتتاح التركة
146	الفرع الثاني: الاختصاص المبني على معيار مقر وجود أموال التركة
152	الفرع الثالث: الاختصاص المبني على معيار موطن المدعى عليه

157 الفرع الرابع : الاختصاص المبني على معيار الجنسية
158 أولاً: الاختصاص المبني على أساس جنسية المدعي أو المدعى عليه
167 ثانياً: الاختصاص المبني على أساس جنسية المتوفى ..
172 المطلب الثاني: اختصاص المحاكم الوطنية المبني على المعايير الاستثنائية.....
172 الفرع الأول: استثناء العقارات الموجودة في الخارج.....
180 الفرع الثاني: الاختصاص المبني على إرادة الخصوم.....
189 الفرع الثالث: الاختصاص المبني على مبدأ حسن سير العدالة.....
190 أولاً: الدعاوى المرتبطة.....
198 ثانياً: الإجراءات التحفظية.....
200 الفرع الرابع : الاختصاص المبني على مبدأ تفادي إنكار العدالة.....
203	المبحث الثاني: تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة.....
205 المطلب الأول: شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة....
205 الفرع الأول: صدور الحكم من محكمة مختصة.....
212 الفرع الثاني: أن يكون الحكم الأجنبي حائزاً لقوة الشيء المقضي به
215 الفرع الثالث: عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم صادر عن الجهات القضائية الوطنية
218 الفرع الرابع: عدم تضمن الحكم الأجنبي ما يخالف النظام العام و الآداب العامة
229 المطلب الثاني: إجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة .
229 الفرع الأول: الجهة المختصة بدعوى الأمر بالتنفيذ والإجراءات الخاصة بها.....
230 أولاً: الجهة المختصة بدعوى الأمر بالتنفيذ
231 ثانياً: إجراءات رفع دعوى الأمر بالتنفيذ.....
232 الفرع الثاني: البت في دعوى التنفيذ.....
235 خاتمة
243 قائمة المراجع
255 الفهرس

ملخص

يثير ظهور العنصر الأجنبي في النزاعات المتعلقة بالميراث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ثلاث إشكالات أساسية تتولى قواعد القانون الدولي الخاص معالجتها. أول هذه الإشكاليات وأكثرها تعقيدا إشكالية تنازع عدة قوانين حكم النزاعات الدولية ذات الطابع الإرثي أو الإيصائي، وتتكفل قواعد الإسناد في دولة القاضي بمعالجة هذه الإشكالية من خلال إسناد هذه النزاعات للقانون الأنسب لحكمها.

أما الإشكالية الثانية فهي إشكالية تنازع عدة محاكم نظر النزاعات الإرثية والإيصائية ذات العنصر الأجنبي، وتتولى قواعد الاختصاص القضائي الدولي حل هذه الإشكالية، من خلال تحديدها للمحكمة المختصة دوليا بالفصل في هذه النزاعات. وبالإضافة إلى ذلك فإن الأحكام الصادرة في مسائل الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة تثير إشكالية أخرى عندما يراد تنفيذها خارج الدولة التي صدرت عن قضائها. وتتولى قواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية في دولة القاضي معالجة هذه الإشكالية من خلال تحديد شروط وإجراءات تنفيذ هذه الأحكام.

الكلمات المفتاحية: الميراث، الوصية، التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية.

Résumé

L'apparition de l'élément étranger dans les conflits relatifs à l'héritage et aux actes exécutés post-mortem pose réellement trois problématiques fondamentales, lesquelles doivent être traitées dans le cadre du droit international privé. Le premier de ces problèmes et le plus complexe soulève un conflit de lois lorsque les règles de rattachement de la loi du for font référence à l'application de la loi la plus appropriée à cet égard. Mais de quelle loi s'agit-il, celle du for ou celle du lieu de situation de l'immeuble, ou encore celle de la nationalité du de cujus ou de son domicile ? Quant au second problème, il concerne le conflit de plusieurs juridictions quant à la réglementation des litiges liés aux successions et aux testaments comportant « un élément d'extranéité ». Il s'agit là de déterminer lequel de ces tribunaux en est compétent.

De même, les jugements en matière de successions et de testaments exécutés post-mortem posent le problème de leur exécution dans Etat autre que celui du tribunal prononçant de tels jugements. L'exéquatur de ces jugements est assujettie à un certain nombre de conditions et de procédures prévues par la loi du for où ces jugements vont être exécutés.

Mots-clés : successions, testaments, conflits, juridiction, exéquatur.

Abstract

The apparition of the foreigner element in the heritages conflicts and the post-mortem executed deeds causes three main problematics that have to be treated in the international private law context. The first and the most complicated one concerns the laws conflicts when the rules linking-up refer to application of the most appropriate law on that score or the deceased person nationality or bis domicile? For the second problem, it concerns the jurisdictions conflicts with regard to suits regulation in relation with inheritance and testaments which contains "an foreigner juridical quality". The problem in this case, is to define which court is competent.

In the same way, the decisions relative to inheritance and testaments executed post-mortem brought-up the problem of their execution elsewhere in the court that pronounced such decisions. The applications of these decisions have to respond to some conditions and legal procedures.

Key-words: inheritance, testaments, conflicts, jurisdiction, application.