الإشكالات التي تثيرها الوصية في العلاقات الدولية الخاصة دراسة مقارنة

The problems raised by the testament in private international relations

A comparative study

تاريخ الاستلام : 2020/02/25 ؛ تاريخ القبول : 2020/06/01

*سمية بن الشيخ الفقون

محمد الصالح بن شعبان

كلية الحقوق ، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر.

ملخص

تثير الوصية المشتملة على عنصر أجنبي الكثير من الإشكالات في ظل العلاقات الدولية الخاصة، أبرزها مشكلة تنازع التكييفات، فقد اختلفت التشريعات حول تكييفها، في حين أن المشرع الجزائري أدرجها ضمن فئة الأحوال الشخصية و أخضعها للقانون الشخصي، أضف إلى ذلك إشكال تنازع القوانين، و صعوبة إيجاد قاعدة الإسناد المناسبة لحل الموضوع محل النزاع.

و في نفس السياق، أخضع المشرع الجزائري الشروط الموضوعية للوصية لقانون جنسية الموصي وقت وفاته، أما شروطها الشكلية باعتبارها تصرفا قانونيا لقانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه.

الكلمات المفتاحية : الوصية، تنازع القوانين، التكييف، القانون الواجب التطبيق، النظام العام.

Abstract

The testament that includes a foreign element raises many problems in light of private international relations, most notably the problem of conflicts of adaptations, the legislation differed about their adaptation, while the Algerian legislator included them in the category of personal status and subjected to personal law, in addition to the problem of conflict of laws, and difficulty Finding the appropriate base for resolving the issue in dispute.

In the same context, the Algerian legislator submitted the substantive conditions of the testament to the law on the nationality of the testator at the time of his death, while his formal requirements as an act of the law of the testator at the time of thetestament or of the law of the country in which it was made.

Keywords: testament, conflict of laws, adaptation, applicable law, public order.

Résumé

Le testament qui comporte un élément étranger pose de nombreux problèmes au regard des relations internationales privées, notamment le problème des conflits d'adaptations, la législation différait quant à leur adaptation, tandis que le législateur algérien les incluait dans la catégorie du statut personnel et soumis au droit personnel, outre le problème des conflits des lois, et la difficulté de trouver la base appropriée pour résoudre le problème en litige.

Dans le même contexte, le législateur algérien a soumis les conditions de fond du testament à la loi sur la nationalité du testateur au moment de son décès, alors que ses exigences formelles en tant qu'acte de la loi du testateur au moment du testament ou de la loi du pays dans lequel il a été fait.

Mots clés: Testament, conflit des lois, adaptation, loi applicable, ordre public.

* Corresponding author, e-mail: soumia.bencheikhelfegoun @ umc.edu.dz

© جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر 2020.

مقدمة

تعد الوصية تصرفا قانونيا، وهي سبب من أسباب الخلافة، بمقتضاه ينقل الموصي إلى الموصى له على وجه التبرع ملكية جميع أمواله أو بعضها أو أي حق من حقوقه بعد وفاته، وترتبط الوصايا عادة بالمواريث، ذلك لأن القانون الذي يحكم الوصية ويبين ضوابطها هو ذات القانون الذي يحكم المسائل المتعلقة بانتقال التركات بالميراث.

تثار مسألة العلاقة الدولية الخاصة في الوصية عندما تتضمن عنصرا أجنبيا ينتج عنه إمكان خضوعها إلى قوانين دولتين أو أكثر، و هذا ما يعرف "بتنازع القوانين"، الذي يحتل في الوقت الراهن قلب مشاكل القانون الدولي الخاص.

لقد نظم المشرع الجزائري موضوع تنازع القوانين في القانون المدني تحت عنوان " تنازع القوانين من حيث المكان"، فالأصل أن غالبية نصوصه تجد مصدرها في القانون المدني الفرنسي، و أمام غياب نصوص قانونية تخص تنازع القوانين في القانون الفرنسي، لجأ المشرع الجزائري إلى أحكام القانون المدني المصري الصادر سنة 1948، و هذا يعني أن قواعد التنازع الجزائرية الخاصة بالوصية تجد مصدرها في القانون المدني المصري، لذلك ارتأينا التطرق لأحكامه في كل جزئية من دراستنا.

إن مشكلة تنازع القوانين في الوصية لا تطرح فيما لو كانت العلاقة القانونية المطروحة أمام القضاء وطنية العناصر، فإذا كان المتوفي أجنبيا أو أحد الورثة أو كانت التركة كلها أو بعضها في الخارج، أصبحنا بصدد علاقة ذات بعد دولي تكون لها آثار تتعلق بأكثر من دولة، ويجب علينا في هذه الحالة البحث عن القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تثور بصددها.

و في ذات السياق تطرح مسائل الوصية و الميراث في العلاقات الدولية الخاصة العديد من الإشكالات فقد أصبحت النموذج الأمثل و الميدان الخصب للتنازع بين أنظمة قانونية علمانية و أنظمة قانونية مستمدة من الشريعة الإسلامية، وبما أن قواعد تنازع القوانين من القواعد القانونية الوطنية التي يضعها المشرع الداخلي لكل دولة ، فإن ذلك يؤدي حتما إلى اختلاف نظرة كل مشرع في تحديد ضابط الإسناد الذي يبين القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي، و يرجع ذلك لعدة عوامل أهمها اختلاف الدين و العادات و الأعراف السائدة، الأمر الذي يثير إشكالا كبيرًا في المجال القضائي حول مدى إمكانية التوفيق بين قانونين أو أكثر، خاصة مع اختلاف الدول في وضع الأحوال والتصرفات في النظم القانونية، فمنها ما يدرجها في طائفة الأحوال الشخصية و منها ما يعتبرها من الأحوال العينية، هذا ما يسمى بتنازع التكييفات. من هنا تبرز أهمية دراستنا لهذه الورقة البحثية.

و قد جاء اختيارنا لهذا الموضوع، للوقوف على أهم الإشكالات التي تواجه الفرد و تجعل اكتسابه لحقوقه ذات الطابع الدولي عسيرا بسبب التنافر بين القوانين ، يعتمد بعضها مرجعية دينية، و أخرى قائمة على فكر علماني، كما لو نظم جزائري وصيته في فرنسا، موصيا بعقار له في تركيا.

و عليه يمكن طرح الإشكالية التالية: كيف تصدى المشرع الجزائري للإشكالات التي تثيرها الوصية المشتملة على عنصر أجنبي على صعيد العلاقات الدولية الخاصة؟ بناءا على ذلك يتفرع عن الإشكالية سؤال جوهري يتمثل في: ما هو القانون الواجب التطبيق على الوصية بوصفها تصرف قانوني مضاف إلى ما بعد

الموت في حال تنازع أكثر من قانون يحكمها، وفقا لما تقتضيه مبادئ العدالة وتحقيق الاستقرار في المعاملات ومراكز الأفراد؟

سنحاول الإجابة عن الإشكالية السابقة ، متبعين المنهج التحليلي الذي نحاول من خلاله تحليل ومعالجة مختلف النصوص القانونية المتصلة بالموضوع، من جهة لأن الأمر يتعلق هنا بأكثر فروع القانون عرضة لاجتهاد الفقه و القضاء ،و ذلك إما لعدم توافر النصوص القانونية الكافية أو نقصها، ومن جهة أخرى، إتباع المنهج المقارن لرصد المواقف التشريعية و القضائية و الفقهية في الجزائر، ومقارنتها بمواقف التشريعات المقارنة و الإستفادة منها في كيفية تعاملها مع الإشكالات المترتبة عن الوصية في القانون الدولي الخاص.

لدراسة موضوعنا ارتأينا تقسيمه إلى مبحثين و كل مبحث يحتوي على مطلبين، حيث تطرقنا في المبحث الأول إلى التكييف القانوني للوصية ، أما المبحث الثاني فخصصناه لمعرفة القانون الواجب التطبيق على شروطها الشكلية و الموضوعية. و أنهينا البحث بخاتمة تضمنت أهم النتائج و الاقتراحات التي توصلنا إليها.

المبحث الأول: إشكال تحديد التكييف القانوني للوصية في إطار العلاقات الدولية الخاصة:

من المعلوم أن الخلافة بسبب الموت نوعان، خلافة إجبارية يكون سببها القانون أي تثبت بحكم القانون وهي ما يسمى بالميراث[1]، وخلافة اختيارية يكون مصدرها قانونيا أو اتفاقيا ويطلق عليها الوصية[2].

تعتبر الوصية الحق الأول الثابت بعد الموت لغير المتوفي، والتي يتم إخراجها قهرا على الورثة ودون رضاهم مادامت في حدود الإطار الشرعي من التركة بعد إستيفاء حق الميت في التجهيز والدفن وسداد الديون[3].

وترتبط الوصايا عادة بالمواريث، ذلك لأن القانون الذي يحكم الوصية ويبين ضوابطها هو ذات القانون الذي يحكم المسائل المتعلقة بانتقال التركات بالميراث، لكن يبقى هناك ثمة فارق بينهما، فالوصية دون الميراث وهي تصرف غير لازم في التركة وبإرادة منفردة لا تنتج آثارها إلى بعد وفاة الموصي[4]، فإذا رجعنا للشريعة الإسلامية التي تعتبر مصدرا مباشرا لقانون الأسرة الجزائري عملا بصريح نص المادة 222 [5]، فإننا نلاحظ أن الوصية ترتب آثارها قانونا بصدورها من الموصي غير أن نفاذها يتوقف على وفاة الموصي وقبول الموصى له بها[6].

إن تكييف الوصية أو تحديد طبيعتها القانونية يستدعي منا التطرق إلى مفهومها (المطلب الأول)، ومن ثم تكييفها بوضعها في إحدى الفئات القانونية التي خصها المشرع تمهيدا لتحديد القانون الذي يحكمها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعريف الفقهي والقانوني للوصية:

الوصية هي هبة الإنسان غيره عينًا أو دينا أو منفعة على أن يملك الموصى له الهبة بعد موت الموصي، وقيل: هي عهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت يوجب حقا في التركة بمجرد الوفاة، أو هي ما أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته أو في مرضه الذي مات فيه[7].

وقد وضع فقهاء الشريعة الإسلامية من مختلف المذاهب تعاريف متعددة

للوصية (الفرع الأول) والتي على أساسها عرفتها أغلب التشريعات العربية (الفرع الثاني)

الفرع الأول: التعريف الفقهي للوصية و الدليل على مشروعيتها:

سنخصص هذا الفرع لتحديد التعريف الفقهي للوصية (البند الأول) و الدليل على مشروعيتها (البند الثاني)

البند الأول: التعريف بالوصية فقها:

عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية من مختلف المذاهب تعاريف متعددة تعبر جميعا عن عمل ينطوي على أي من المفردات الآتية: التمليك سواء للعين أو المنفعة[8]، العهد بالتصرف بأمرها بعد الوفاة، بطريق التبرع، وقد تقاربت تعاريف الفقهاء حول هذا المعنى للوصية على النحو الآتي:

أولا: تعريف الأحناف: هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع.

ثانيا: تعريف المالكية: عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقدة يلزم بموته، أو يوجب نيابة عنه بعده.

ثالثا: تعريف الحنابلة: عرف ابن قدامة الحنبلي في المغني، الوصية بالمال بأنها التبرع بعد الموت، وفي الشرح الكبير، قال ابن قدامة المقدسي: الوصايا هي الأمر بالتصرف بعد الموت، والوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت[9].

البند الثاني: الدليل على مشروعيتها:

شرعت الوصية بأدلة قوية من الكتاب والسنة والاجماع لما فيها من مصالح ومنافع:

أولا: من الكتاب: وردت في القرآن الكريم آيات تفيد مشروعية الوصية منها:

قوله تعالى: [كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ][10]، وقوله جل وعلا: [بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ] [11].

ثانيا: من السنة النبوية: في أحاديث الأحكام روايات كثيرة تفيد جواز الوصية وتدل على مشروعيتها منها: ما رواه مسلم في صحيحه عن ابن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « ماحق امرئ له بشيء يوصى فيه يبيت فيه ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده».

ثالثا: من الاجماع: فقد أجمع فقهاء الأمة على جواز الوصية منذ عصر الصحابة إلى يوم الناس هذا، فلم ينقل عن أحد منهم المخالفة والرد[12].

الفرع الثاني: التعريف بالوصية قانونا:

الوصية تصرف قانوني يحدد بموجبه الموصي مصير بعض أو كل أمواله بعد وفاته، على نحو مختلف عما كان ينظمها به القانون إذا مات من غير وصية[13].

حيث جاء تعريف الوصية في نص المادة الأولى من قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946، على أنها تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت[14].

وعرفها المشرع العراقي في المادة 64[15] بأنها: « تصرف في التركة مضاف

إلى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض» وهذا النص قريب من المادة 207 من القانون السوري[16]، والفصل 171 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية[17]، والمادة 204 من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية[18]، أما الفصل 173 من مدونة الأحوال الشخصية في المغرب-قانون الوصية الصادر في 1958/3/7 فينص على أن الوصية عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته.

وبهذا تكون التشريعات العربية قد استفادت من التعاريف الفقهية، وما وجه إليها من انتقادات لدى تعريفها الوصية[19].

لقد سار المشرع الجزائري في تعريفه للوصية على نفس السياق فنص في المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري على أن: « الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع»، وتضيف المادة 776 من القانون المدني الجزائري[20]. وتقابلها في ذلك المادة 916 من القانون المدني المصري[21]: «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.

وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت، وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع، مالم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك»، وهو ما جاء في أغلب التشريعات العربية[22].

وبالتالي فان كل تصرف في أموال التركة من قبل صاحب المال بحياته على أن تنتقل هذه الملكية إلى الغير بدون عوض مالي وما بعد وفاته تعتبر وصية وتأخذ حكمها القانوني ولو تم استعمال تعابير أخرى، فتدخل في ذلك الهبة في مرض الموت[23]، وهو ما أكده المشرع الجزائري في المادة 204 من قانون الأسرة، بالإضافة إلى قرارالمحكمة العليا رقم:219901 الصادر بتاريخ1999/03/16 [24].

كما ألحق كذلك بالوصية التصرف لأحد الورثة مع الاحتفاظ بحق الانتفاع، فنصت المادة 777 ق.م.ج على أنه " إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها بحقه في الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية مالم يكن هناك دليل يخالف ذلك" [25].

وتكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة[26]، تجدر الإشارة أن عبارة "إجازة الورثة" يعني أن الإجازة لا تكون إلا بعد وفاة الموصي لأن الوارث لا يكتسب هذه الصفة إلا بعد وفاة مورثه، مؤدى هذا أن الإجازة التي تصدر من الورثة قبل وفاة مورثهم لا اعتبار لها[27].

المطلب الثاني: التكييف القانوني للوصية في إطار العلاقات الدولية الخاصة:

التكييف هو تحديد طبيعة موضوع النزاع لربطه بفكرة أو بمسألة قانونية معينة تمهيدا لتحديد القانون الذي يخضع له هذا النزاع، ويمكن تعريف التكييف في القانون الدولي الخاص بأنه: «تحديد طبيعة المسألة (الواقعة أو المركز الواقعي) التي تنازعها القوانين بوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية التي خصها المشرع

بقاعدة إسناد، لكي يسند حكمها إلى قانون معين»[28].

أما وظيفة قواعد الإسناد[29] فهي إيجاد الحل المناسب لمشكلة تنازع القوانين، فمن خلالها يتم استخراج واختيار القانون المناسب بين القوانين المتنازعة وفقا لما تقتضيه مبادئ العدالة [30].

و يطرح التكييف إشكالات عديدة تتعلق بكيفية القيام به، و معرفة القانون الذي يطبق عليه لذا سنخصص هذا المطلب لمعرفة أهمية التكييف في الوصية كمرحلة سابقة أو أولية (الفرع الأول)، ثم إدراجها في الفئة التي تنتمي إليها (الفرع الثاني) لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها.

الفرع الأول: أهمية مرحلة التكييف لحل النزاع :

مرحلة التكييف هي أول ما يتعرض له القاضي عندما تقدم له مسألة مشتملة على عنصر أجنبي، إذ يجب عليه قبل كل شيء أن يدخل العلاقة المعروضة عليه في نظام من النظم القانونية حتى يعرف ما هو القانون الذي يسند إليه حكمها أي أن مرحلة التكييف تسبق بالضرورة مرحلة الإسناد[31].

إذن فالتكييف ببساطة هو أول تشخيص يقوم به القاضي الناظر في النزاع تمهيدا لحله[32]، بتحديد طبيعة النزاع المشتمل على عنصر أجنبي وإعطائه الوصف القانوني الملائم بهدف رده إلى فئة مسندة معينة لتحديد القانون الواجب التطبيق[33]. وأمام اختلاف تكييف القضية الواحدة من دولة إلى أخرى ومن قانون لآخر، وهو ما يسمى "بتنازع التكييفات" فما هو القانون الذي يحكم هذه العملية ؟

تعرض مشرعنا لمسألة التكييف في القانون الدولي الخاص في المادة 9 من القانون المدني والتي تنص على: «يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه». وبالتالي فإن المشرع الجزائري أخذ بنظرية الفقيه الفرنسي "بارتان" "BARTIN" [34] في التكييف كقاعدة عامة[35]. أي إخضاعه لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع، و قد اتبعت معظم التشريعات الوضعية هذا الاتجاه[36].

من هذا المنطلق تبرز أهمية التكييف و فعاليتها في حل النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، ونجد أن من أشهر القضايا التي درسها "بارتن" و هو بصدد تشييده لنظرية التكييف انصبت حول التركات37، و هما القضيتان المعروفتان بميراث المالطي ووصية الهولندي[38]، اللتان دفعتا "بارتن" للتطرق لمشكلة التكييف[39].

الفرع الثاني: تحديد التكييف القانوني للوصية:

إذا عرض على القاضي نزاع معين فهو يبحث هل هذا النزاع شكلي أي ينصب على شكل التصرف وحينئذ يخضعه لقانون الشكل، أو نزاع ينصب على الموضوع فيخضعه لقانون الموضوع[40]، وهل النزاع مدني أو إداري أو جزائي...الخ، وبيان أسباب قيامه وهل هو الإرادة أم تصرف قانوني ومدى اختصاصه بنظر القضية والفصل فيها وهل تقع في دائرة اختصاصه المكاني أو النوعي[41].

إن ما يجعل تكييف الوصية عسيرا هو أن قوانين الدول مختلفة في وضع الأحوال والتصرفات في النظم القانونية، فمنها ما يدرجها في طائفة الأحوال الشخصية (البند الأول) و منها ما يعتبرها من الأحوال العينية (البند الثاني)، أما موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة سنتطرق له في (البند الثالث).

البند الأول: تكييف الوصية ضمن فئة الأحوال الشخصية:

يشير اصطلاح الأحوال الشخصية إلى مجموعة المواد المتعلقة بالمركز القانوني للشخص الطبيعي في حد ذاته وفي علاقاته العائلية و القواعد القانونية التي تنظمها[42].

لقد اتجه الفقه في قوانين الدول العربية[43]إلى عد الميراث و الوصية من مسائل الأحوال الشخصية، لكونه يرى أن الميراث والوصية يقومان على اعتبارات يغلب فيها الطابع الشخصي، كالحفاظ على مصالح الأسرة والعائلة وتنظيم تداول انتقال الثروات فيما بين السلف و خلفه من أفراد، سواء كانت هذه عن طريق الخلافة في الميراث أم بالوصية، فهذه الأمور هي في مجملها اعتبارات ذات طابع شخصي، إن اعتبارات كهذه تكون العماد في تحرير مبدأ التوريث في ذاته، ولكونه الأمر يتعلق بخلافة أسرته أكثر منها ملكية مجردة للأموال.

كان اعتبار هذا الاتجاه للجانب الشخصي في الميراث والوصية يغلب على اعتبار الجانب العيني فيه، فإن القول الأصلح لحكم الميراث والوصية من وجهة نظر هذا الاتجاه هو في القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية عموما وهو القانون الشخصي[44].

وتختلف الدول التي تأخذ بوجوب تطبيق القانون الشخصي للموصي في تحديد المقصود بالقانون الشخصي، حيث يذهب بعضها إلى الاعتداد بقانون جنسية الموصي[45]، كما هو الحال في العديد من الدول العربية عموما، و فرنسا و بلجيكا، و القانون الألماني الصادر سنة 1986، والقانون الإسباني الصادر سنة 1974...الخ، ويذهب البعض الآخر إلى اعتبار القانون الشخصي هو قانون الدولة التي يوجد بها آخر موطن للمتوفي [46]، كما هو الحال في القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987، والقانون البيروني لسنة 1984[47]، و القانون الأمريكي، و الانجليزي....الخ.

البند الثاني: تكييف الوصية ضمن فئة الأحوال العينية:

يشير اصطلاح "الأحوال العينية" مقابلة لاصطلاح "الأحوال الشخصية" إلى المركز القانوني للأموال[48].

اعتبرت بعض النظم القانونية (الفرنسية، الأمريكية، الانكليزية....) [49]، أن أيلولة التركة تعتبر من مسائل الأحوال العينية، على اعتبار أن الوصية هي إحدى وسائل انتقال الملكية، وهي تختلف عن سواها في واقعة الانتقال، فهي تصدر عن واقعة مادية (الوفاة) والتي تتحول إلى واقعة قانونية نتيجة الأثر القانوني الذي يخضع له المال نفسه (تطبيق قانون موقع المال) [50].

ويرى أنصار هذا الاتجاه إدخال الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة ضمن الحالة العينية، إذ أن انتقال الأموال بسبب الوفاة يعد أسلوبا عاديا كغيره من أساليب انتقال الأموال مادام موضوع الانتقال يبقى واحدا، ألا وهو الأموال، ولا يختلف عن الوسائل الأخرى إلا في سبب هذا الانتقال، والمتمثل في الوفاة، لذلك لابد أن تتبع التركات بالنظام القانوني الذي يخضع له المال نفسه أي القانون العيني[51].

ويقيم هذا الاتجاه تفرقة بين العقار والمنقول في تحديده لقاعدة التنازع فيخضع الميراث في العقار لقانون موقع المال، أما الميراث في المنقول فيخضع لقانون موطن المورث، حيث أن هذا الموطن هو المكان الذي تتجمع فيه غالبا أموال المتوفي، لأنه المكان الذي كان يباشر في نشاطه التجاري، ولعل إخضاع التركة في العقار لقانون موقعه يعتبر تطبيقا لقاعدة سائدة منذ القدم مفادها تطبيق قانون موقع المال، أضف إلى

ذلك إخضاع التركة في المنقول لقانون موطن المتوفي يسير في ذات الاتجاه لأن موطن المتوفي هو المكان الذي توجد به الأموال المتعلقة بالتركة[52].

البند الثالث: موقف المشرع الجزائري من مسألة التكييف:

على الرغم من الاختلاف الفقهي السابق الذكر بشأن تكييف الوصية، فان المشرع الجزائري يؤيد أصحاب الرأي الأول باعتبار الوصية من الأحوال الشخصية، هذا ما أكدته المادة 775 من القانون المدني الجزائري بقولها: «يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة به» و بالتالي يقتضي إخضاعها للقانون الشخصي ، لهذا وضع لها كغيره من المشرعين العرب قاعدة إسناد واحدة و هي قانون الجنسية(الأمر الذي سنتطرق له بالدراسة لاحقا)[53].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يفرق بين ما هو عقار وما هو منقول إذا تعلق الأمر بتركة.فقد اعتمد على مبدأ وحدة التركة بنصه على إخضاع التركة بكاملها لقانون واحد حدده بقانون جنسية المتوفي، و معنى ذلك أن العبرة هنا تتقرر لجنسية الهالك وقت وفاته و لا تتقرر لطبيعة المال موضوع التركة[54].

المبحث الثاني: إشكال تحديد القانون الواجب التطبيق على الوصية في العلاقات الدولية الخاصة

من البديهي أن مشكلة تنازع القوانين في الوصية لا تطرح فيما لو كانت العلاقة القانونية المطروحة أمام القضاء وطنية العناصر[55]، فإذا كان المتوفي أجنبيا أو أحد الورثة أو كانت التركة كلها أو بعضها في الخارج، أصبحنا بصدد علاقة ذات عنصر أجنبي ويجب علينا في هذه الحالة البحث عن القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تثور بصددها[56].

أوضحنا فيما سبق أن الوصية قد حدث خلاف فقهي بشأنها على قولين: الأول يعتقد بأن هذه التصرفات يجب أن تدخل ضمن إطار الأحوال الشخصية للفرد، أما الثاني فيعتقد أن هذه التصرفات تدخل ضمن فئة الأحوال العينية، وبالطبع فإن كل قول من هذين القولين يخضع هذه التصرفات إلى قانون معين، حيث يرى أصحاب القول الأول أن الوصية وكافة التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت يطبق عليها قانون جنسية الشخص لحظة وفاته، بينما يرى أصحاب الرأي الآخر أنها تخضع إلى قانون موقع المال[57].

وقد أدخل المشرع الجزائري كالقوانين العربية الأخرى، الوصية ضمن فئة الأحوال الشخصية، وفرق فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق بين الشروط الموضوعية (المطلب الأول) والشروط الشكلية (المطلب الثاني)

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للوصية:

يقصد بالشروط الموضوعية للوصية تلك الشروط الجوهرية الأساسية التي يجب توافرها جميعا وإذا تخلف شرط واحد يؤدي إلى البطلان وهي متعلقة بالإرادة والمشروعية وقابلية المال لأن يكون محلا للوصية[58]. وهي تنقسم إلى شروط تتعلق بالموصي وشروط تتعلق بالموصى له، وشروط تتعلق بالموصى به[59].

لقد أخضع المشرع الجزائري الشروط الموضوعية للوصية لقانون جنسية الموصي وقت وفاته فقد نص في المادة 16 من القانون المدني على أنه: «يسري على الوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الموصي أو من صدر

منه التصرف وقت موته».

ويستخلص من نص المادة 16 أن شروط صحة الوصية تخضع لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة وهو ما يتماشى مع ما هو مقرر عندنا شرعا وقانونا من أن الوصية لا ترتب آثارها إلا بوفاة الموصي[60].

بمعنى أنه إذا كان الشخص الموصي بجزء من ماله وقت الوفاة جزائريا يطبق القانون الجزائري على الوصية، وهو في هذه الحالة قانون الأسرة الجزائري (المواد من 184 إلى 201) [61].

وهي قاعدة الإسناد المعمول بها في كثير من الدول العربية فالمشرع المصري نص في المادة 17 من القانون المصري على أنه يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته[62].

وهو ما سار عليه كذلك المشرع الأردني في المادة 18 من قانونه المدني، والمشرع الليبي في المادة 17 ق.م، والمشرع السوري في المادة 18 ق.م، والمشرع العراقي في المادة 22-23 ق.م، والمشرع السوداني في المادة 24-25 ق.م [63].

غير أن الإشكال المطروح يكمن في تحديد ما يعتبر من الشروط الموضوعية وما هو القانون الواجب التطبيق إذا اعتبرنا أن الوصية هي من جهة تصرف قانوني يتم بالإرادة (الفرع الأول)، ومن جهة أخرى هي تبرع ينفذ بعد الموت أي أنه تصرف غير لازم بمعنى أنه لا تتحقق آثاره إلا بعد موت الموصي[64](الفرع الثاني).

الفرع الأول:المسائل الموضوعية المتصلة بالوصية باعتبارها مجرد تصرف قانوني.

يتعلق الأمر هنا بالأهلية العامة للموصي وقت الإيصاء أو وقت عمل الوصية، وصحة الإرادة[65]، حيث تنص المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: «يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر 19 سنة على الأقل»، ويجب أن تكون الإرادة خالية من العيوب. و على ذلك إذا صدرت وصية عن غير البالغ، أو عن المجنون، أو المعتوه كانت باطلة[66].

فهذه المسائل لا ترتبط بفكرة الخلافة العامة قدر ارتباطها بالوصية كتصرف قانوني، فهي تقتضي الاعتداد بقانون جنسية الموصي عند الإيصاء، وتبدو أهمية هذه المسألة في حالة تغيير الموصي لجنسيته بعد الإيصاء.

ومع ذلك فإن الوصية ورغم كونها تصرفا قانونيا، إلا أنها تصرف غير لازم يجوز الرجوع فيها ما بقي الموصي حيا[67]، وبهذه المثابة فإن شروطها الموضوعية لا تتحدد نهائيا إلا عند وفاة الموصي، ومن هنا يتعين أن يعتد أيضا بقانون جنسية الموصي وقت الوفاة عند تقدير مدى أهلية الموصي للإيصاء[68].

الفرع الثاني: المسائل الموضوعية المتصلة بفكرة الميراث في الوصية.

هذه المسائل تتعلق بالميراث وتؤثر فيه، وتعد من بين هذه المسائل بصفة خاصة مدى حرية الموصي بالإيصاء سواء من حيث القدر الجائز للإيصاء[69]، أو من حيث

الأشخاص الذين يجوز الإيصاء لهم[70].

ولا خلاف بين الفقه في وجوب تطبيق قانون جنسية الموصي وقت الوفاة على جميع المسائل الموضوعية المتصلة بالميراث اتصالا وثيقا لتعلقها بفكرة الخلافة بسبب الموت[71].

لكن ما يجب التنويه إليه أن تطبيق القانون الأجنبي لحل النزاع، يخضع لمجموعة من القيود من بينها عدم مخالفته للنظام العام[72] المعمول به في الجزائر، حيث تنص المادة 2/24 من ق,م.ج على:" يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة"[73]. كأن تكون القاعدة القانونية مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية _ التي تعتبر قواعد آمرة عندنا_، و نذكر من ذلك:

_ لا يجوز منع الوصية للحمل[74].

_ لا يجوز أن تتجاوز قيمة التركة الثلث: ففي القانون الفرنسي مثلا تجوز الوصية بأكثر من الثلث، و لا تجوز بأكثر من نصف الأموال إن كان الموصي عند موته لم يترك إلا ولدا شرعيا، و بأكثر من الثلث إن مات عن ولدين، وبأكثر من الربع إن مات عن ثلاثة أولاد فأكثر[75]. و بالتالي فان تطبيق هذه القاعدة يعد خرقا للنظام العام و مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء.

_ يشترط ألا يقتل الموصى له الموصي، فان قتله عمدا بطلت الوصية، سواء كان مباشرا أو غير مباشر، و سواء أكان فاعلا أصليا أم شريكا[76].

_ و لم يشترط القانون لصحة الوصية اتحاد الدين[77]، لذلك تجوز وصية المسلم لغير المسلم، كما تجوز وصية غير المسلم للمسلم، و كما تجوز وصية اليهودي للمسيحي وهكذا، لأن الوصية صلة و الصلة تجوز مع اختلاف الدين، وأعمال البر تجوز بين أهل الأديان المختلفة لأن الأديان ما حرمت التواصل والتراحم، و إذا كان الموصى له غير مسلم، و كان تابعا لدولة أجنبية لا تمنع قوانينها الوصايا لغير رعاياها فهي صحيحة نافذة، و إلا فهي غير نافذة ، سواء أكان الموصي مسلما أم غير مسلم، و ذلك للمعاملة بالمثل، و تحقيق المساواة في التعامل الدولي [78].

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للوصية:

المقصود بالشكل هو إظهار الإرادة للعالم الخارجي، وإن مسألة لزوم أو عدم لزوم الشكل لانعقاد الوصية هي مسألة تدخل في مضمون فكرة الشكل وتخضع للقانون الذي يحكمه (الفرع الأول)، ولا شأن لها بالتالي بالقانون الذي يحكم الموضوع، وقد حددت التشريعات ضوابط الإسناد في شأن الوصية من حيث الشكل[79]، وهو ما سنتناوله في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اختلاف التشريعات في الشكلية للوصية:

تختلف القوانين بخصوص الشكل الذي يجب أن تفرغ فيه الوصية، فيستلزم بعضها ضرورة اتخاذ الشكل الرسمي أي تتم بمحرر على يد موثق مختص، ويكتفي بعضها الآخر بالشكل العرفي أي الإكتفاء بكتابة ورقة مخطوطة باليد وموقع عليها وتفرض بعض الدول جزاءا معينا على عدم احترام الشكل المطلوب في إعداد الوصية[80].

فعن المشرع المصري لم يشترط شكلا معينا لإبرام الوصية ويجوز أن تكون شفاها أو تحريرا[81]. وهو عكس ما ذهب إليه المشرع الجزائري فقد نص في المادة 191 من قانون الأسرة على أن الوصية تثبت بعقد، توثيقي ويكون ذلك بتصريح أمام

الموثق وتحرير عقد[82] بذلك، أو بحكم قضائي ويؤشر به على هامش أصل الملكية[83].

الفرع الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على الشكل في الوصية:

إن اعتبار الوصية تصرفا في التركة يعني أنها تعتبر تصرفا قانونيا وبالتالي يقتضي الرجوع إما لقانون الموصي وقت الإيصاء أو لقانون الدولة التي تمت فيها الوصية[84].

وقد حدد المشرع المصري في المادة 2/17 من القانون المدني ضوابط الإسناد في شأن الوصية من حيث الشكل فنص على أنه: «يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت»[85].

فيتضح لنا بأن المشرع المصري أراد من هذا النص بأن الوصية وما في حكمها من التصرفات تكون صحيحة وفق القانون المصري، وذلك في حالة تم إجراؤها بالشكل المقرر في قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء أو قانون بلد الإبرام[86]، فيجوز للأجنبي المقيم في مصر تحرير وصية وفقا للشكل المقرر في القانون المصري[87]، الأمر الذي أكدته أغلب التشريعات العربية. [88]

وهو ما سار عليه المشرع الجزائري وفقا لما جاء به في المادة 19 من القانون المدني حيث أخضعها لقانون جنسية الموصي وقت الإيصاء، أو لقانون المحل الذي تتم فيه الوصية، طبقا لقاعدة لوكيس locus[89].

و تعني القاعدة الأولى (قانون جنسية الموصي وقت الايصاء) أن الجزائريين المتواجدين بالخارج يمكنهم أن يحرروا الوصية في الشكل الذي يقضي به قانون جنسيتهم وقت الإيصاء أي وقت عمل الوصية، أما القاعدة الثانية (قانون المحل) تعني أن الجزائري في الخارج والأجنبي في الجزائر يمكنه أن يخضع شكل الوصية للقانون المحلي أي القانون المحلي الأجنبي بالنسبة للجزائري والقانون المحلي الجزائري بالنسبة للأجنبي، على هذا الأساس للجزائري المقيم بالخارج الاختيار بين أن يحرر وصيته، إما في الشكل المحلي وإما حسب أحكام القانون الجزائري[90].

فبما أن الوصية كأي تصرف إرادي تبرم أثناء حياة الموصي، فيجب أن تخضع للقواعد العامة الخاصة بشكل التصرفات القانونية، وهذا ما جعل المشرع الجزائري يحذف الفقرة الثانية من المادة 16 من القانون المدني لتفادي التكرار فقط[91].

وبهذا لكي تكون الوصية صحيحة من الجانب الشكلي، فإما أن تكون مبرمة وفقا لقانون محل إبرامها أي تطبيق قاعدة locus أو لقانون الموطن المشترك للطرفين، أو للقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية[92] أي قانون جنسية الموصي الوارد في المادة 16 من القانون المدني الجزائري، وهذا ما أخذت به فرنسا.

وقد أضافت اتفاقية لاهاي المنعقدة في أكتوبر سنة 1961 أن شكل الوصية يجوز أن يخضع لقانون موطن الموصي أو لقانون محل إقامته العادي، وإذا وقعت الوصية على عقار، فيجوز أن يخضع الشكل لقانون موقع العقار[93].

الخاتمة

اقتصرنا في الخاتمة على أهم النتائج و التوصيات التي خلصنا إليها و تمثلت في نفس الوقت الإجابة على التساؤلات التي أبديناها، و التي استهدف البحث الوصول إليها عبر نقاطه العديدة.

النتائج:

- تثير الوصية في العلاقات الدولية الخاصة العديد من الإشكالات، أبرزها مشكلة تنازع القوانين سواء من حيث التكييف القانوني لهذا التصرف و هو ما يسمى "بتنازع التكييفات"، أو من حيث إيجاد قاعدة الإسناد المناسبة لحل الموضوع محل النزاع.

- اختلفت النظم القانونية بشأن تكييفها للوصية إلى اتجاهين: اتجاه يدرجها في طائفة الأحوال الشخصية أي إخضاعها للقانون الشخصي، واتجاه يعتبرها من الأحوال العينية و بالتالي تخضع إلى قانون موقع المال.
- يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه، وقد أدخل المشرع الجزائري كالقوانين العربية الأخرى الوصية ضمن فئة الأحوال الشخصية و بالتالي

يقتضي إخضاعها للقانون الشخصي.

- لم يفرق المشرع الجزائري بين ما هو عقار وما هو منقول إذا تعلق الأمر بتركة، فقد اعتمد على مبدأ وحدة التركة بنصه على إخضاعها بكاملها لقانون واحد حدده بقانون جنسية المتوفي.
- أخضع المشرع الجزائري الشروط الموضوعية للوصية لقانون جنسية الموصي وقت وفاته وهو ما يتماشى مع ما هو مقرر شرعا وقانونا من أن الوصية لا ترتب آثارها إلا بوفاة الموصي، وهي قاعدة الإسناد المعمول بها في كثير من الدول العربية.
- يستثنى من الشروط الموضوعية للوصية بوصفها تصرف قانوني غير لازم يجوز الرجوع فيه ما بقي الموصي حيا، أهلية الموصي أثناء الايصاء فهذه المسألة لا ترتبط بفكرة الخلافة العامة، فتقتضي إذا الاعتداد بقانون جنسية الموصي عند الإيصاء، وبهذه المثابة فإن شروطها الموضوعية لا تتحدد نهائيا إلا عند وفاة الموصي.
- بما أن الشريعة الإسلامية بوصفها قواعد آمرة هي المصدر الأول لقانون الأسرة الجزائري الذي يعتبر ضابط الإسناد للشروط الموضوعية في الوصية، فلا يجوز المساس بها، و أي تطبيق لقانون أجنبي يكون مخالف للنظام العام أو الآداب العامة المعمول به في الجزائر، يعد خرقا للقانون و لمبادئ الشريعة الإسلامية. فلا يجوز منع الوصية للحمل، و لا يجوز أن تتجاوز قيمة التركة الثلث، و لا تجوز الوصية للموصى له الذي قتل الموصي.
- تختلف القوانين بخصوص الشكل الذي يجب أن تفرغ فيه الوصية، فيستلزم بعضها ضرورة اتخاذ الشكل الرسمي كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري، ويكتفي بعضها الآخر بالشكل العرفي.
- أخضع المشرع الجزائري الشروط الشكلية للوصية باعتبارها تصرفا قانونيا إراديا، لقانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه. وغرضه من وضع قاعدة اختيارية هو التيسير على الموصي لإبرام مثل هذه التصرفات

التوصيات:

- إن تطبيق قانون جنسية الموصي وقت وفاته قد يثير إشكالا في حالة تعدد التشريعات أو تعدد الطوائف في الدولة الواحدة إذا كان الموصي أمركيا أو لبنانيا مثلا، لذلك نوصي المشرع الجزائري عند تطبيقه للقانون الأجنبي أن يحدد القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد، و يقوم بتطبيقه على النزاع، و ذلك بتعديل المادة 16 من القانون المدني بإدراج عبارة "مع مراعاة الانتساب الديني أو الإقليمي للموصي أو المتصرف".

- نوصي بإبرام اتفاقيات التعاون القضائي في مجال تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة، و في التركة بصفة خاصة، لما يمكن أن توفره هذه الاتفاقيات من مرونة في فض نزاع تزاحم القوانين، و المشاكل المستعصية في هذا المجال.

- القاعدة في القانون الدولي الخاص تشير إلى أنه لا مجال لتطبيق قانون دولة منعدمة السيادة، إلا أن انتشار اللاجئين الذين لا ينتمون إلى دولة معينة أو ينتمون إلى دولة ناقصة السيادة، دفع الباحثين في القانون الدولي الخاص إلى معالجة موضوع تطبيق نظم قانونية شخصية، لا تستند إلى سلطة دولة ذات سيادة، كما هو الأمر بالنسبة إلى نظام السلطة الفلسطينية الذي يطبق على اللاجئين الفلسطينيين، لذلك نوصي المشرع الجزائري بالنظر في هذه المسألة لتفادي ضياع حقوق الأفراد.

- إذا فرضنا أن الموصي كان جزائريا و الموصى لها كانت زوجته الفرنسية المسيحية ، فمن وجهة نظر المشرع الجزائري، تعتبر الوصية باطلة لأنها لوارث و القاعدة أنه "لا وصية لوارث إلا بإجازة الورثة"، و صحيحة في نفس الوقت لأن الزوجة لا ترث زوجها لاختلاف الدين، أما من وجهة نظر المشرع الفرنسي فالوصية صحيحة في كلتا الحالتين، لذلك يبقى باب البحث في هذا الإشكال مفتوحا.

الهوامش:

(1) _ الميراث عند الفقهاء هو عبارة عن استحقاق الوارث نصيبه مما تركه الميت من مال أو حق، أنظر، نصر فريد محمد واصل، فقه المواريث و الوصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة التوفيقية، مصر، 1995، ص 9.

(2) _ ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الواجب التطبيق على إنحلال الزواج، طبقا لقواعد التنظيم الأوربي، رقم 1259 لسنة 2010، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 144-145.

(3) _مسعود الهلالي، احكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري، ط1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 444.

(4)_علي خليل إسماعيل الحديثي، القانون الدولي الخاص، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 182.-183.

(5) _ أنظر الأمر رقم 84/11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر رقم : 05/02 الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005.

(6) _حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، دط، الجزائر، 2013، ص 142.

(7) _مسعود الهلالي، المرجع السابق، ص 45.

(8) _ أنظر نص المادة 190 من قانون الأسرة الجزائري.

[9] _ الياس ناصيف، الوصية (الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص)، ج2، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 11-12.

[10] _سورة البقرة، الآية 180.

[11] _ سورة النساء، الآية 11.

[12] _ مسعود الهلالي، المرجع السابق، ص 46، 47.

[13] _جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 407.

[14] _ أنظر قانون الوصية المصري رقم 71 الصادر سنة 1946.

[15] _ أنظر قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل رقم 188 لسنة 1959.

[16] _ أنظر قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 الصادر سنة 1953.

[17] _ أنظر مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة سنة 1956.

[18] _خضر حامد علي، القانون الواجب التطبيق على الوصية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2011، ص 27.

[19] _ الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 15.

[20] _ أنظر الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1355 الموافق لـ26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

[21] _ أنظر القانون المدني المصري الصادر سنة 1948.

[22] _ أنظر المواد: 916 قانون مدني مغربي، 1128 قانون مدني أردني.

[23] _ ممدوح عبد الكريم، تنازع القوانين (الاختصاص القضائي الدولي-تنفيذ الأحكام الأجنبية)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، لبنان، 2005، ص 100.

[24] _للاطلاع على حيثيات القرار، أنظر، باديس ذيابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، د. ط، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 117.

[25] _تقابلها المادة 917 من القانون المدني المصري.

[26] _أنظر المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري.

[27] _ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دط، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص417.

[28] _ أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019، ص 25.

[29] _ هي قاعدة قانونية يتكفل المشرع الوطني بوضعها تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بتحديدها للقانون الواجب التطبيق على منازعات تلك العلاقة.

[30] _ عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 90.

[31] _ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 41.

[32] _ عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 97.

[33] _ نسرين شريقي و آخرون، القانون الدولي الخاص الجزائري، ط1، دار بلقيس ، الجزائر،

2013، ص34.

(34) _ "بارتن" فقيه فرنسي، و يقال أنه أول من صاغ نظرية التكييف و ضرورة إخضاعه إلى قانون القاضي.

(35)_ حبار محمد، المرجع السابق، ص 76.

(36) _ أنظر، المواد: 3 من القانون المدني المصري،11 مدني سوري، 11 مدني أردني، 31 مدني كويتي.

37_ شبورو نورية، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011 ، ص12.

(38) _ للاطلاع على وقائع القضيتين، أنظر، عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، ط3، دار هومة، الجزائر، 2011، ص97، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص42.

(39) _ محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة للتشريعات العربية و القانون الفرنسي)، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2009، ص77.

(40)_علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 41.

(41)_عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 97-98.

(42) _ محمد سعادي، القانون الدولي الخاص و تطبيقاته في النظام القانوني، ط1، المصرية للنشر و التوزيع، القاهرة، 2019، ص117.

(43) _ أنظر المواد: 17 قانون مدني مصري، 18 مدني أردني، 23 مدني عراقي.

(44)_خضر حامد علي، المرجع السابق، ص 29-30.

(45) _ صاحب هذا التوجه هو الفقيه الايطالي "مانشيني" الذي نادى باعتماد قانون الجنسية كمرادف للقانون الشخصي واجب التطبيق، أنظر عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص147.

(46) _ أصحاب هذا التوجه هم رجال مدرسة الأحوال الايطالية القديمة الذي استقر العمل لديهم منذ القرن الخامس عشر على اخضاع حالة الشخص الى قانون موطنه، أنظر عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص146.

(47)_ ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 147.

(48)_شبورو نورية، المرجع السابق، ص 28.

(49) _ ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص100.

(50)_شبورو نورية، المرجع السابق، ص 28.

(51)_شبورو نورية، نفس المرجع، ص 28.

(52)_ ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 145-146.

(53)_ امحمدي بوزينة آمنة، المرجع السابق، ص 506.

(54) _ حبار محمد، المرجع السابق، ص 77.

(55)_إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 441.

(56)_ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 145.

(57)_عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 182.

(58)_ ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص 102.

(59)_جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 414.

(60)_حبار محمد، المرجع السابق، ص 143.

(61)_محمد سعادي، المرجع السابق، ص 142.

(62)_ ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 148.

(63)_ عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 182.

(64)_ عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 268.

(65)_عليوش قربوع كمال، نفس المرجع، ص 269.

(66) _ محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية (دراسة مقارنة لمسائله و بيان لمصادره الفقهية)، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 2001، ص 54.

(67)_ أنظر المادة 192 من قانون الأسرة الجزائري.

(68)_ هشام صادق و آخرون، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين_الاختصاص القضائي الدولي)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ت، ص 320.

(69)_ أنظر نص المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري.

(70)_ أنظر المواد 187-188-189 من قانون الأسرة الجزائري.

(71)_ هشام صادق و آخرون، المرجع السابق، ص 319.

(72) _ عرفه الفقهاء بأنه:" تلك الوسيلة التي يستبعد بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، و إحلال القانون الوطني محله بسبب اختلافه مع هذا الأخير اختلافا جوهريا بحيث يتنافى مع المصالح الحيوية للدولة.

(73) _ أنظر كذلك قرار المحكمة العليا، الملف رقم 63219، الصادر بتاريخ 1990/10/17، غرفة الأحوال الشخصية، للاطلاع على حيثيات القرار،أنظر،الطيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومة، الجزائر، ط2، 2016، ص43.

(74) _ أنظر نص المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري.

(75) _ عبد اللطيف دريان، فقه الوصية في المذاهب الإسلامية و القوانين العربية، المجلد1، ط1، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 2009، ص 36.

(76) _ محمد أبو زهرة ،المرجع السابق، ص60.

(77) _ أنظر نص المادة 200 من قانون الأسرة الجزائري.

(78) _ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص61.

(79)_هشام صادق و آخرون، المرجع السابق، ص 321.

(80)_جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 410-411.

(81)_ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص 102.

(82)_تكتمل فيه إجراءات العقود من بيان صفة الموصي، الموصى له، الموصى به.

(83)_مسعود الهلالي، المرجع السابق، ص 55.

(84)_ علي خليل إسماعيل الحديثي، المرجع السابق، ص 183.

(85)_ هشام صادق و آخرون ، المرجع السابق، ص 322.

(86)_ خضر حامد علي، المرجع السابق، ص 153.

(87)_علي خليل إسماعيل الحديثي، المرجع السابق، ص 183.

(88) _ أنظر، المادة 18 من القانون المدني الأردني، المادة 18 من القانون المدني السوري، المادة 23 و 26 من القانون المدني العراقي...الخ.

(89) _ علي علي سليمان، المرجع السابق،ص 82.

(90)_علي علي سليمان، نفس المرجع، ص 82.

(91)_تنص الفقرة 2 من المادة 16 (الملغاة) على: «يسري على شكل الوصية، قانون الموصي، وقت الإيصاء، أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية...».

(92)_أنظر نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري.

(93)_أمحمدي بوزينة آمنة، المرجع السابق، ص 507.