

الحل النهائي للتراع، حيث يختلف القانون الواجب التطبيق على هذا التراع باختلاف تصنيفه، وهو الأمر الذي ينتج عنه بالضرورة تباين الحلول المتبعة لتنازع القوانين في مجال التركات.

و المشرع الجزائري على غرار أغلبية التشريعات العربية قد اعتبر التركات من الأحوال الشخصية وأخضعها لقانون جنسية المورث، الموصي، والمتصرف وقت الوفاة و هذا ما جسده صراحة المادة 16 من القانون المدني.

الكلمات المفتاحية: الميراث، الوصية، التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، تنازع القوانين، التكييف، قانون القاضي.

Summary:

The appearance of the foreign element in estate litigation, wills and other intervening behaviors after death, causes several problems, the first and most complicated is that the dispute between the different laws that deem these conflicts. And the question itself about that revolves around the appropriate code in international disputes in character of testamentary inheritance?

The solution to this problem involves, first, the preferential choice among the laws jostling his judgment and the option most suited, then, pronounce judgment on the dispute. And the national judge who is in the way of research of this law, make faces on the issue of the adaptation that is an obligated way to reach the competent law. For this, the judge must stop to file the case in dispute, in accordance with national law and that, by applying the text of Article 09 of the Algerian

Civil Code considering that adaptation must be subject to the law of the judge before whom the case is exposed. It should be noted that the adaptation of testamentary or inheritance dispute has a great influence on the final result of the case. Because the law whose application is mandatory for this conflict varies according to its class, the result is, necessarily, a difference in the solutions due to the difference of laws in matters of succession. And the Algerian legislature, like the majority of Arab legislation includes inheritances in personal status and submit them to the nationality code of the deceased, the testator and executing at death, that Article 19 of the civil code clearly confirmed

Key word: inheritance, testament, additional behaviors after death, litigation of law, adaptation, the judge law

مقدمة

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 التنازع 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 التنازع. بينما إذا كان المركز القانوني غير مشوب بعنصر أجنبي فإنه يعد وطنيا محض 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 اختصاصا مطلقا، بل يجب أن تقسح 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 أصلا 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. وبالإضافة إلى ذلك لا تقوم حالة تنازع الاختصاص التشريعي إلا عندما تكون القوانين محل التنازع صادرة عن دول ذات سيادة، وتتمتع بوصف الدولة طبقا لقواعد القانون الدولي العام². وعندما يكون الموضوع المطروح أمام القاضي داخلا 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 التراعات ذات العنصر الأجنبي، ومن بينها التراعات المتعلقة بالميراث والوصية وسائر التصرفات النافذة بعد الوفاة. وذلك لأن تشيت كل دولة بإخضاع هذه التراعات ذات الطابع الدولي لقانونها الوطني سيؤدي حتما إلى إهدار الحقوق المكتسبة³. خاصة وأن الأمر يتعلق هنا بالتركات التي اختلفت فيها التشريعات اختلافا واضحا سواء من حيث الحقوق والالتزامات التي تنتقل

إلى الورثة أو كيفية هذا الانتقال ووقته. فنجد أن الدول الإسلامية التي اقتنبت 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 المورث⁴. كما أن هناك فرق بين الوصية في الشرع الإسلامي والقوانين الغربية الوضعية بصفة عامة، فالشرع لا يجيز الوصية بأكثر من الثلث إلا بعد إجازة الورثة، بينما تجيز القوانين الغربية - تحت شعار احترام إرادة الميت - للمالك أن يوصي بكل تركته ولأي شخص أراد حتى ولو ترتب على ذلك حرمان أولاده والمقربين إليه من الميراث.

فما هو إذن القانون الواجب التطبيق على الميراث، الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في حال تنازع أكثر من قانون حكمها؟
لتحديد القانون المختص بحكم النزاعات الإرثية والايصائية يجب أولاً إدراج العلاقة محل التنازع في أحد الفئات القانونية (المبحث الأول)، وبعدها الانتقال إلى إسناد العلاقة إلى قانون أنسب لحكمها بناء على قواعد الإسناد في قانون القاضي (المبحث الثاني).

المبحث 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 تجريرية معينة: قتل، سرقة... أما في إطار تنازع القوانين، فإن التكييف يكون بإدخال العلاقة القانونية في فئة معينة خاصة: كفئة الأحوال الشخصية، أو العينية⁵ تمهيدا إلى إسنادها للنظام القانوني المختص. ومن هذا المنطلق تكتسي عملية التكييف أهمية، وفعالية كبرى لحل تنازع

الاختصاص التشريعي (المطلب الأول). ولما كان تحديد ما يعتبر من قبيل التصرفات النافذة بعد الوفاة مسألة تكليف تخضع لقانون دولة المحكمة التي تنظر في النزاع، سوف نتوقف لتحديد مجال ونطاق هذه التصرفات في مرحلة ثانية (المطلب الثاني). وباعتبار مسألة التكليف 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 (المطلب الثالث).

المطلب الأول: أهمية التكليف لحل النزاع

إن التكليف هو أول ما يعرض له القاضي عندما يتعرض لمسألة تحتوي على عنصر أجنبي⁶. ويقصد بالتكليف 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"⁷. إذن التكليف 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"⁸. ونجد أن من بين أشهر الأمثلة التي درسها "بارتن" وهو بصدد تشييده لنظرية التكليف انصبت حول التركات⁹، وهما القضيتان المعروفتان بميراث المالطي¹⁰ ووصية الهولندي¹¹.

وقد عبرت هاتين القضيتين عن مدى أهمية التكليف، ليس فقط بوصفه عملية ضرورية وسابقة لتحديد القانون المطبق، وإنما بوصفه أيضا كخطوة حاسمة يتحدد بموجبها طبيعة الحل النهائي للنزاع وكيفية تحقيق العدالة¹². فالتباين في

التكليف يترتب عليه الاختلاف في تحديد قاعدة الإسناد، وبالتالي في القانون المختص¹³.

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 والتكليفات للأحوال والتصرفات من نظام قانوني إلى آخر، ومن دولة إلى أخرى¹⁴. 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 العلاقة¹⁵. فقد يختلف تكليف المسألة الواحدة من دولة لأخرى ومن قانون لآخر¹⁶، وهذا ما يسمى بتنازع التكليفات "Conflit de qualifications"¹⁷ و لما كان الأمر كذلك فإن الإشكالية التي تطرح نفسها في هذا الصدد تدور حول القانون الذي تتم وقاله عملية التكليف؟

ذهب الرأي الراجح والفقهاء الغالب إلى إخضاع التكليف كمبدأ عام لقانون القاضي أي وفقاً لقانون دولة قاضي النزاع، ويعد الأستاذ الفرنسي "بارتن"¹⁸ "Bartin" أول من وضع في نهاية القرن 19 نظرية واضحة المعالم بشأن التكليف وفقاً لقانون القاضي¹⁸.

وقد كرست معظم التشريعات الوضعية هذا الاتجاه، منها التشريع الجزائري من خلال المادة 09 من القانون المدني بنصها: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكليف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين الواجب تطبيقه"¹⁹.

و إذا كانت القاعدة العامة تقضي بإخضاع التكليف لقانون القاضي، فهناك بعض الحالات التي تستثنى من أعمال هذه القاعدة. ومن أهم هذه الاستثناءات تكليف

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 على أنه: "يخضع تكييف المال سواء عقارا أو منقولاً إلى قانون الدولة التي يوجد فيها".

المطلب الثاني: تحديد مجال التصرفات النافذة بعد الوفاة

إن التصرفات النافذة بعد الوفاة، نظرا لطبيعتها الخاصة باعتبارها تلك التصرفات التي يباشرها الفرد أثناء حياته، ويبقى نفاذها متوقفا على مماته، وأيضا لأنها تعبر عن جملة من التصرفات القانونية المختلفة، تحتاج منا بعض التفصيل في تحديد مجالها. فلا يعقل بحث الحلول القانونية بخصوص تنازع القوانين حولها دون أن نعرج 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 طبقا لأحكام القانون²⁰، وقد اعتبر القانون كل تصرف مضاف إلى ما بعد الوفاة يأخذ حكم الوصية²¹.

الفرع الأول: الوصية

أولاً- الوصية لغة: هي من وصيت الشيء أو صيته إذا وصلته، ويقال أرض واصله أي متصل 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 من عهد ونحوه، فتكون بمعنى المصدر وهو الإيصال، وتكون بمفعول وهو الاسم²² ثانياً- الوصية شرعا: هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت، بطريق التبرع، سواء كان الموصى به عيناً أو منفعة²³.

- وقد عرفت المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري الوصية كما يلي: "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع". كذلك عرفت المادة الأولى من قانون الوصية المصري: "الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما

بعد الموت، ينشأ بإرادة منفردة، تتعقد 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" ²⁴.

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" ²⁵. بينما عرف قانون الاسرة المغربي الوصية في الفصل 277 منه على أنها عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته.

و الواقع أن الوصية عمل إرادي، شرعها الله سبحانه وتعالى كوسيلة لمنح الغير حقا مشروعا برا بدوي القربى، أو أصحاب الحاجات ²⁶. ويتضح ذلك من قوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ، فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ، فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصِي جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ ²⁷. وفي الوصية مصلحة للمجتمع باعتبارها باب من أبواب الإنفاق العام في وجوه البر والإحسان. وفي هذا المعنى قال رسول الله ﷺ: "إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ" ²⁸.

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 عنه ²⁹. فتكون الحكمة من تشريع الوصية إذن تحصيل الأجر والثواب الأخروي مع تحصيل المقصد الدنيوي ³⁰.

الفرع الثاني: الوصايا الحكيمة

الوصية الحكيمة 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، وترتب عليه ما يترتب على الوصية من آثار في وجودها وعدمها³¹.

أولاً- 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.

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 تخالفه"³².

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"³³.

وبذلك يجب لا اعتبار 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 فيه

2. أن يموت الشخص بالفعل موتا متصلا به³⁵، ومن هنا إذا شفي من مرضه الذي تصرف فيه ثم مات بعد ذلك يأخذ تصرفه حكم التصرف الصحيح، لأنه لم يكن قد تصرف في مرض الموت³⁶.

3. أن يعجز المريض مرض الموت عن قضاء مصالحه³⁷.
إن الأصل أن الإنسان حر بالتصرف في أمواله متى كان متمتعا 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 مقصودا بها التبرع³⁸. وقصد المشرع من ذلك حماية الورثة³⁹، وحتى يسري حكم الوصية وفقا للمادة 776 مدني جزائري يجب توافر شرطين:

أولهما: أن يتم التصرف في مرض الموت.

ثانيهما: أن يكون التصرف تبرعيا.

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 الحقيقية⁴⁰. فلا تنفذ في حق الورثة إلا في حدود الثلث، والقانون المصري وكذلك السوري، لم يفرقا في هاته الحالة بين التصرف الصادر لوارث أو لغير وارث. أما القانون الجزائري فقد فرق من خلال المادة 408 من القانون المدني⁴¹ بين التصرف لوارث أو التصرف لغير وارث. فبالنسبة إلى البيع لوارث، فإنه لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة. أما البيع لغير وارث فيعتبر غير مصادق عليه، ومن أجل ذلك يكون قابلا 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 التأبيد والتصدق". فالوقف إذن هو حبس المال أي جعله غير قابل للتصرف فيه، ولا هبته ولا توريثه وصرف منافعه في سبيل الله. و الوقف في مرض الموت تسري عليه أحكام خاصة فيأخذ حكم الوصية⁴²، 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 ذلك⁴³.

وتعد كذلك الهبة في مرض الموت و الأمراض 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 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 الوصية⁴⁴، وبالتالي تخضع لما جاء في نص المادة 185 من قانون الاسرة 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 إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي".

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 الوجه⁴⁵.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2002/05/08، تتلخص وقائعه في أن الواهب وهب كل ممتلكاته لأبناء الزوجة الثانية دون الأولى، مما جعل المحكمة العليا تكيف الهبة على أنها جاءت إضرار ببقية الورثة، علاوة على ذلك قدم الطاعنون الدليل على أن التصرف كان أثناء مرض الموت. و على هذا الاساس نقضت المحكمة العليا القرار المطعون فيه⁴⁶.

وفي كل الأحوال يجب على الورثة إثبات أن التصرف قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت حتى يسري على التصرف حكم الوصية⁴⁷. ويقع عبء إثبات ذلك على الوارث الذي يطعن في تصرف مورثه، وما دام مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات⁴⁸. 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 المدني⁴⁹.

ثالثا- التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة 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 حياة الشيء المتصرف فيه مدة حياته، ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك". وتقابل هذه المادة المادة 921 مدني ليبي⁵⁰، 1129 مدني أردني⁵¹ والمادة 917 من القانون المدني المصري⁵².

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 حياته يعتبر وصية وتجري عليه أحكامها⁵³، 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 الوصية⁵⁴. ويشترط لكي يعتبر هذا التصرف وصية تجري 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 حياته⁵⁵.

متى اجتمعت هذه الشروط قامت قرينة بسيطة بأن التصرف وصية بغض النظر عن التسمية التي تعطى للعقد سواء بيع أو هبة أو مبادلة⁵⁶. ويجوز للمتصرف له أن يثبت العكس، كما لو أثبت أن التصرف لم يكن على سبيل التبرع وإنما هناك عوض دفعه للمتصرف، أو أثبت أن المتصرف قصد نقل ملكية العين حال حياته⁵⁷.

رابعاً- 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 الورثة⁵⁸. 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 الملحقة 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.

الفرع الثالث: التركات بين الأحوال الشخصية والعينية

تعد التركات إحدى المواد المثيرة للجدل تقليديا لأنها تقع على الحدود الفاصلة بين الحالة الشخصية، والحالة العينية، 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 المتوفي قبل وفاته، فهناك مجال لتدخل قانون الأعمال القانونية، إلا أن القضية تتركز على الاختيار بين الحالة الشخصية والعينية⁵⁹.

أولا- إلحاق التركات بالأحوال الشخصية

لم يرد مصطلح الأحوال الشخصية في مؤلفات الشرع الإسلامي، وإنما أخذ ومنذ زمن قديم عن القوانين الغربية التي عالجت مسائل القانون الدولي الخاص⁶⁰. 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 أيضا المواريث والوصايا والهبات. غير أن الاصطلاح لم يلبث أن امتد بعد ذلك إلى كثير من الدول كفرنسا، ولكن بمدلول أضيق يقتصر على مسائل الحالة والأهلية دون المواريث والوصايا والهبات⁶¹.

إن تحديد المقصود بالأحوال الشخصية يعد من الأمور الدقيقة وقد كان دائما 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 المواريث والوصايا⁶².

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 العائلة⁶³.

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، أبقَت الدول التي كانت خاضعة للشريعة الإسلامية على مفهومها الواسع لفكرة الأحوال الشخصية ومن بينها الميراث والوصية⁶⁴.

تأثرت معظم التشريعات التي اعتبرت التركات من مسائل الأحوال الشخصية بنظرية الفقيهين "مانشيني" و"سافيني" على نحو المشرع المصري الذي تأثر أيضا بظروف تاريخية ترجع إلى عهد الامتيازات الأجنبية والتي 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 ذلك أكثر تحقيق للعدالة⁶⁵.

وقد آمن المشرع الجزائري بالاتجاه الذي اعتبر التركات من الأحوال الشخصية⁶⁶، 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 بعض التشريعات كالتشريع المصري⁶⁷، 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 الشخصية⁶⁸، يكون قد سلك بذلك مسلك أغلبية الدول العربية كمصر⁶⁹، الأردن⁷⁰، العراق⁷¹، ليبيا⁷². كما يتماشى هذا التكيف مع ما جاءت به اتفاقية لاهاي لعام 1928 التي اعتبرت المواريث من مواد الأحوال الشخصية على اعتبار أنها مرتبطة بالعائلة⁷³.

ثانيا- إلحاق التركات بالأحوال العينية

يشير اصطلاح "الأحوال العينية" مقابلة لاصطلاح "الأحوال الشخصية" إلى المركز القانوني للأموال⁷⁴.

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 واحد 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 العيني⁷⁵.

وتأثرت التشريعات التي تبنت هذا الاتجاه بنظرية الفقيه "دارجنتيه"⁷⁶ وسارت على هذا الدرب كل من فرنسا، إنجلترا، والولايات المتحدة الأمريكية⁷⁷.

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 منظورا إليه كمجموعة شائعة وليس المال منظورا إليه منفردا. ومن ثم، يرى هذا التوجه إدخال الإرث والوصية وسائر التصرفات النافذة بعد الوفاة في فئة قانونية مستقلة⁷⁸.

وأخيرا 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 تصرفا عاديا أم أنه يعد من الوصايا أو التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت. وهذا التحديد يعد مسألة تكيف لازمة لتحديد قاعدة لإسناد المسألة الإرثية أو الإيصائية للقانونية المختص بحكمها⁷⁹.

المبحث الثاني: الاستناد القانوني للميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة

بعد تكيف 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 الملزم الذي سيحكم العلاقة القانونية. وكما سبق وأن رأينا تعد التركات من أكثر المواضيع التي يختلف التكيف بشأنها من دولة لأخرى. وهذا الأمر أدى إلى تعدد الحلول المطروحة للتنازع التشريعي بهذا الخصوص، فاختلفت ضوابط الإسناد المعمول بها لحل التنازع.

المطلب الأول: نظرية تطبيق ضابط قانون موقع المال

رجوعا إلى الأصل التاريخي وفيما يتعلق بقاعدة الإسناد الخاصة بالميراث، نجد أن المدرسة الإيطالية القديمة قد قضت بإخضاع الميراث لقانون موقع المال⁸⁰. هذا وقد رأى الفقيه "نوبويه" أن الميراث يجب أن يخضع كله لقانون موقع المال لعوامل اقتصادية واجتماعية وسياسية⁸¹.

إن التشريعات التي اعتبرت المواريث من الأحوال العينية، أسندتها طبقا للقاعدة العامة في الأموال للقانون العيني أي قانون موقع المال منقولا كان أو عقار⁸². وقد أيدت هذا المبدأ اتفاقية مونتنفيديو لاتحاد جنوب أمريكا عام 1889⁸³، كما أخذت به بعض دول أمريكا اللاتينية⁸⁴.

ويترتب على إخضاع الإرث والتصرفات النافذة بعد الوفاة لقانون موقع المال إذا ما كانت أموال التركية موجودة في عدة دول؛ أن كل دولة تطبق قانونها على الجزء من التركية الواقع على إقليمها. وهذا يؤدي لا محالة إلى تجاهل مبدأ وحدة الذمة المالية، وإخضاع التركية الواحدة لعدة قوانين، بينما يميل الاتجاه الحديث إلى إخضاع التركية لقانون واحد⁸⁵.

المطلب الثاني: 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 التركي⁸⁶. بينما حددته قوانين أخرى استنادا 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 الفرنسي⁸⁷.

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 الوسطى⁸⁸، والتي كانت تأثر العقارات على المنقولات بحجة أن المنقولات قليلة القيمة ويفترض وجودها حيث يوجد موطن الشخص⁸⁹، وبالتالي وجب إخضاعها لقانون موطن المتوفى حرصاً على عدم تعدد القوانين الواجبة التطبيق على التركة الواحدة. أما العقار فهو وحده الذي يمثل الثروة ويجب إخضاعه لقانون موقعه نظراً لأهميته الاقتصادية في الدولة الكائن بها⁹⁰. وقد 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 مختلفة⁹¹. 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 وارثاً في قانون ولا يعتبر كذلك في قانون آخر. وكذلك قد تختلف القوانين فيما يتعلق بحق الوارث في قبول التركة من عدمه وشروط القبول⁹²، إلخ.

وكنتيجة طبيعية وغير منطقية لهذا المنهج قد نجد المترل خاضعاً لقانون وأثائه خاضعاً لقانون آخر، مثلما حدث في قضية حفيده جورج صائد⁹³ التي أوصت بمتزلها الموجود في فرنسا وما يوجد فيه من أثاث إلى الأكاديمية الفرنسية لكنها توفيت في إيطاليا، مما أدى إلى خضوع الوصية لقانونين، القانون الفرنسي بالنسبة للمنزل، 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 منقول⁹⁴.

المطلب الثالث: نظرية تطبيق القانون الشخصي

بحسب هذه النظرية يطبق القانون الشخصي للمورث أو للمتصرف كوحدة لا تتجزأ وبصرف النظر عن مكان وجود المال⁹⁵، لكن الإشكال المطروح هنا هو المعيار الذي يتحدد به القانون الشخصي أهو معيار الجنسية أو معيار الموطن أو محل الإقامة⁹⁶؟

الفرع الأول: الاتجاه المؤيد لقانون الموطن

ذهب بعض الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه "نبويه" "Niboyet" إلى تحديد القانون الشخصي استنادا إلى معيار الموطن أو محل الإقامة، اعتمادا على عدة اعتبارات أهمها أن الشخص يرتبط بالمحيط الذي يقيم فيه ويتفاعل معه عمليا، حيث يؤسس مركز مصالحه، ويعيش فيه 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 غالبا موقع المال عقارا كان أو منقولا، لأنه في الغالب تكون الدولة التي يتوطن فيها الشخص مركزا لأعماله ومكان وجود أمواله وموطنا لعائلته⁹⁷.

أيد مؤتمر لاهاي حول القانون الدولي الخاص في أكتوبر 1988 هذا الاتجاه، حيث تبنى مشروع اتفاقية حول القانون المطبق على التركات بسبب الموت، اعتمد من خلاله رابطا موحدًا للمنقولات والعقارات، وهو عموما المقام المعتمد للمتوفي إن هو بقي فيه على الأقل خمس سنين قبل وفاته، وإلا فقانون جنسيته إن كان المتوفي أكثر ارتباطا بهذه الدولة (المادة 03)، ويستطيع المتوفي قبل وفاته أن يختار أيا من هذه القوانين وخاصة عند تحرير وصية. وذلك حماية لقانونه الوطني أو لقانون محل إقامته المعتاد (المادة 05)⁹⁸.

الفرع الثاني: 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 غيره⁹⁹، لأنه يعكس تقاليد أمته وأعرافها، ويضمن استقرار أحوالها الشخصية¹⁰⁰.

وفي حقيقة الأمر تنبع هذه القاعدة من التقاليد الإسلامية التي اعتبرت المواريث من الأحوال الشخصية، وأخضعها للقانون الوطني. ويرجع ذلك إلى طبيعة المبدأ الإسلامي الشخصية والتي تخضع لقانون الشخص كافة علاقاته القانونية وسواء تعلق الأمر بعلاقاته الشخصية أو بحقوقه العينية¹⁰¹.

وقد سارت نحو هذا الاتجاه أغلبية الدول العربية التي أدمجت الميراث والوصية وسائر التصرفات النافذة بعد الوفاة ضمن فئة الأحوال الشخصية، وأخضعها لقانون جنسية المورث أو الموصي أو المتصرف وقت وفاته. وفي هذا نصت المادة 16 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته"¹⁰².

وتقابل هذه المادة المادة 17 فقرة أولى من القانون المدني المصري¹⁰³، والمادة 18 فقرة أولى من القانون المدني الأردني¹⁰⁴، المادة 18 فقرة أولى من القانون المدني السوري، المادة 17 فقرة أولى مدني ليبي، المادة 47 من القانون الكويتي رقم 05 لعام 1961، كذلك المادة 17 فقرة أولى من القانون الاتحادي رقم 05 لعام 1985 بدولة الإمارات العربية المتحدة¹⁰⁵.

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 مقر 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 إقامته¹⁰⁶، و أن القانون الذي يؤخذ بعين الاعتبار هو القانون الوطني للمورث أو للموصي وليس القانون الوطني للوارث أو الموصى له. وهذا بخلاف ما ذهب إليه اتفاقيتي لاهي لسنتي 1892 و 1900 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.

وعكس اتجاه المواقف العربية المتقاربة السابقة الذكر سار القانون اليمني الذي قرر من خلال المادة 28 من القانون المدني اليمني إخضاع القضايا المتعلقة بالإرث والوصايا والمتضمنة عنصرا أجنبيا للقانون اليمني، وبذلك أخضعها لقانون القاضي¹⁰⁷.

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 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 التشريعات¹⁰⁸.

بالرغم من إيجابيات هذا الاتجاه المنادي بإخضاع الإرث والتصرفات النافذة بعد الوفاة لقانون الجنسية، إلا أنه تعرض لانتقادات كونه يتجاهل أحكام قانون موقع المال¹⁰⁹.

خاتمة:

وفي الأخير يمكن القول أن معالجة المشرع الجزائري لإشكالية تنازع عدة قوانين حكم المسائل المتعلقة بالميراث والوصية والتصرفات الأخرى المضافة إلى ما بعد الموت كانت نسبية نوعا ما:

- فمن جهة يثنى على المشرع الجزائري خصه الميراث والوصية وغيرها من التصرفات النافذة بعد الوفاة بقاعدة إسناد تعنى أساسا بتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المسائل في حالة اشتغالها على عنصر أجنبي. كما أن المشرع الوطني من خلال نصه في المادة 16 من القانون المدني على إخضاع كل ما يتعلق بالميراث والوصية وسائر التصرفات الملحقة بها لقانون جنسية المورث والموصي وقت الوفاة؛ قد حافظ على وحدة القانون الذي يحكم النزاعات الإرثية والإيصائية ذات الطابع الدولي متجنباً بذلك مساوئ إخضاع التركة لعدة قوانين.

- ومن جهة أخرى يؤخذ على المشرع الجزائري تسويته بين الميراث وبين الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق عليها في حال تنازع عدة قوانين حكمها، مستغفلاً 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 ، كما أن تقرير الاختصاص الحصري للقانون الشخصي بكل ما يتعلق بالتركة قد يشكل بذاته تعارضا مع اعتبارات ضرورة خضوع المال بنوعيه المنقول والعقار لقانون موقعه.

التهميش :

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. انظر، أعراب بلقاسم،

- القانون الدولي الخاص، ج. 1، ط. 10، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص. 67.
- ² - أنظر، طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1418 هـ، ص. 297.
- ³ - أنظر، محمود محمود المغربي، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، ط. 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2007، ص. 45.
- ⁴ - أنظر، يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، أقيمت على طلبه السنة الرابعة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008. 2009، ص. 72.
- ⁵ - أنظر، سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1994، ص. 174.
- ⁶ - أنظر، محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشورات الجامعة المفتوحة، 1994، ص. 51.
- ⁷ - أنظر، أمين رجاء رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين، ط. 1، دار الشروق للنشر والتوزيع، 2001، ص. 55.
- ⁸ - أنظر، محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط. 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص. 75.
- ⁹ - أنظر، بلمامي عمر، نظرية التكيف في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1993، ص. 77.
- ¹⁰ وتتلخص وقائع هذه القضية 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 بـ "ربع الزوج الفقير". أو نصيب الزوج المحتاج على العقارات الموجودة في الجزائر.
- Cf. Daniel GUTMAN, *Droit international privé*, 3ème édition, Dalloz, 2002, p. 57.
- وهاته القضية هي التي دفعت "بارتن" للتطرق لعملية التكيف، فرأى أن التكيف يجب أن يركز على مسألة تحديد طبيعة "نصيب الزوج المحتاج" وذلك بإعطائها وصفا صحيحا.
- 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.
- الثاني- اعتبار مطلب الأرملة من نظام الأموال بين الزوجين (وفقا للقانون المالطي) ويخضع بالتالي للقانون المالطي وفقا لقاعدة الإسناد الفرنسية التي تقضي بإخضاع النظام المالي للزوجين لقانون الإرادة، والذي يمثل في هاته الحالة قانون الإرادة الضمنية، أي قانون موطن الزوجين وهو القانون المالطي. 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 فهو القانون الفرنسي أم المالطي؟ وقد اعتبرت محكمة استئناف الجزائر طلب الزوجة حقا في الميراث ويخضع بالتالي للقانون الفرنسي، على عكس إذا فرضنا أن التراجع ذاته عرض على المحاكم المالطية فإنها ستعتبره من النظام المالي للزوجين.

Concernant cette jurisprudence, cons. Daniel GUTMAN, op. cit., p. 58-11 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 علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص. 42.

ويعتبر القانون الهولندي عمل الوصية في شكل رسمي مسألة أهلية ورضى 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 لاسان *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 علي سليمان، المرجع السابق، ص. 42.

¹²- أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 74.

¹³- أنظر، طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 306.

¹⁴- أنظر، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 41.

¹⁵ أنظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص. 99

¹⁶- Cf. Daniel GUTMAN, op. cit., p. 57.

¹⁷- Cf. Daniel GUTMAN, op. cit., p. 57.

¹⁸- أمين رجا رشيد داوز، المرجع السابق، ص. 58.

¹⁹ ومن التشريعات المقارنة التي أخضعت التكييف أيضا 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 داوز، 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 التكييف إذا كان الهدف منه تحديد قاعدة التنازع التي تمكن من تعيين القانون المطبق طبقاً لأصناف القانون التونسي".
- 20- أنظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص. 423.
- 21- أنظر، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998، ص. 100
- 22- أنظر، أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2007، ص. 106.
- 23- أنظر، أحمد محمد علي دواد، المرجع السابق، ص. 106.
- 24- أنظر، علي عوض حسن، الصيغ النموذجية للعقود والتصرفات القانونية، الجزء الثاني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص. 1069.
- 25- أنظر، علي هادي العبيدي، الحقوق العينية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005، ص. 135.
- 26- أنظر، زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص. 25.
- 27- سورة البقرة، الآيات: 180-182.
- 28- أخرجه ابن ماجة 904/2، كتاب الوصايا: باب الوصية بالثلث حديث 2709.
- 29- أنظر، عبد الجليل أحمد علي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، مصر، 2001، ص. 175.
- 30- أنظر، عبد المجيد عبد الحميد الديناني، أحكام الموارث والتركات والوصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الكتب الوطنية بنغازي، طرابلس، 1990، ص. 283.
- 31- أنظر، علاوة بوتغران، المرجع السابق، ص. 16.
- 32- وتقابل هذه 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 ميروك اللافي، المرجع السابق، ص. 154.
- 33- أنظر، أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص. 560.
- 34- أنظر، زهدور محمد، المرجع السابق، ص. 131-132.
- 35- أنظر، رشاد السيد إبراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري، مقارنا بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1989، ص. 31.
- 36- أنظر، زهدور محمد، المرجع السابق، ص. 131.

- 37- 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. 149.
- وقد عرفته محكمة النقض المصرية بقولها: "المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه عرفا أو بتقرير الأطباء ويلزمه ذلك المرض حتى الموت، وإن لم يكن أمر المرض معروفا 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 بقولها: "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 بها قاضي الموضوع". أنظر بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 22.
- 38- أنظر، علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص. 149.
- 39- أنظر، أحمد نصر الجندي، المواريث في الشرع و القانون، المرجع السابق، ص. 62.
- 40- أنظر، زهدور محمد، المرجع السابق، ص. 139.
- 41- التي نصت على أنه: " إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة. أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال".
- 42- أنظر، هجيرة دنوني، تصرفات الشخص في مرض الموت وحماية الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية رقم 02، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004، ص. 19.
- 43- أنظر، زهدور محمد، المرجع السابق، ص. 139.
- 44- أنظر، بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 33.
- 45- أنظر، عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة، شركة دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص. 76.
- 46- أنظر، ابن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 23.
- 47- زهدور محمد، المرجع السابق، ص. 139.
- 48- أنظر، بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 23.
- 49- أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص. 208.
- 50- أنظر، محمد مبروك اللاف، المرجع السابق، ص. 154.
- 51- أنظر، علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص. 145.

- 52- أنظر، محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ص. 471.
- 53- أنظر، أحمد فراح حسين، أحكام الوصاية والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2003، ص. 10.
- 54- أنظر، أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي، المرجع السابق، ص. 566.
- 55- أنظر، محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، 2006، ص. 103.
- 56- أنظر، حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص. 63-64.
- 57- أنظر، علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص. 142.
- 58- أنظر، علاوة بوتغرار، المرجع السابق، ص. 17.
- 59- أنظر، موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص. 315.
- 60- أنظر، سامي بديع منصور، الدين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية، مجلة الدراسات القانونية 2003، العدد الثاني، ص. 14.
- 61- أنظر، مصطفى الجمال، قانون الأسرة لغير المسلمين، الدار الجامعية، 1987، ص. 13.
- 62- أنظر، عبد الجليل أحمد علي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، مصر، 2001، ص. 7-8.
- وقد ذهب البعض في تعريفه لاصطلاح الأحوال الشخصية إلى القول بأن هذا الأخير في مدلول القانون الداخلي خلافا لمنلوله 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 ترتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية ككونه ذكرا أو أنثى، وكونه زوجا أو أرملًا أو مطلقا أو أبا أو أو ابنا شرعيا، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سنه أو عته أو جنون، وكونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية". أنظر، مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص. 17-18.
- 63- أنظر عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص. 283؛ موحد إسعاد، المرجع السابق،

- ص. 315؛ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 599؛ زروتى الطيب، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، 2000، ص. 183.
- 64- أنظر، عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط. 1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص. 286.
- 65- هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 2008، ص. 311، هشام علي صادق، حفيظة 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، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، مصر، 1974، ص. 324.
- 66- أنظر، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 79-80.
- 67- قانون الوصية المصري الصادر بالقانون رقم 71 سنة 1946.
- 68- أنظر، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 80.
- 69- المادة 17 من القانون المدني .
- 70- المادة 18 من القانون المدني .
- 71- المادة 23 من القانون المدني .
- 72- حيث حددت المادة 160 من قانون نظام القضاء رقم 51 لعام 1976 ما يعتبر من مسائل الأحوال الشخصية وذكرت من بينها: "...المسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت". أنظر محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 150.
- 73- أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 150.
- 74- أنظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 113.
- 75- أنظر، زروتى الطيب، المرجع السابق، ص. 184؛ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 599؛ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص. 284؛ موحند إسعاد، المرجع السابق، ص. 315.
- 76- أنظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص. 412.
- 77- أنظر، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 81.
- 78- أنظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص. 313؛ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص. 284-285.
- 79- ويختلف التكييف من دولة إلى أخرى، بحسب حاجاتها وظروفها وراثتها من تاريخ القانون، أنظر محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 113.
- 80- أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج. 2، دار النهضة العربية، مصر، 1974، ص. 182.
- 81- أنظر، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 79.
- 82- أنظر، هشام علي الصادق، حفيظة السيد القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني: تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999، ص. 318؛ زيروتي الطيب، المرجع السابق، ص. 184.

- ⁸³ أنظر، غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، ط. 4، دار وائل للنشر، 2005، ص. 182.
- ⁸⁴ أنظر، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، ج. 1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص. 269.
- ⁸⁵ أنظر، إلياس ناصيف، الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص، ج. 2، دون دار النشر، 2003، ص. 447.
- ⁸⁶ 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 الداودي، المرجع السابق، ص. 182.
- ⁸⁷ Cf. Rizkalah NOUHAD, *Droit international privé*, 1ère édition, N.A.J.D., Beyrouth 1985, pp.115-118 ; Jean DERRUPPE, *Droit international privé*, 14ème édition, Dalloz, France, 2001, p. 166-167-170.
- ⁸⁸ أنظر، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص. 286.
- ⁸⁹ أنظر، زيروتي الطيب، المرجع السابق، ص. 197.
- ⁹⁰ - أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 325-324.
- ⁹¹ - أنظر، موحد إسعاد، المرجع السابق، ص. 316.
- ⁹² - أنظر، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 312، 313.
- ⁹³ هذا الاجتهاد القضائي مقتبس عن، زيروتي الطيب، المرجع السابق، ص. 196.
- ⁹⁴ أنظر، موحد إسعاد، المرجع السابق، ص. 316.
- ⁹⁵ - غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص. 118؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 446.
- ⁹⁶ - 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 "دارجنتية" في المجموعة الفرنسية لعام 1804 صراحة على تطبيق قانون الجنسية، أما "سافيني" كان على رأس مؤيدي قانون الموطن في ألمانيا، وقد جرى الأمر 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.
- ⁹⁷ - أنظر، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 313.
- ⁹⁸ - أنظر، بيار ماير، فانسان هوزية، ترجمة علي محمود مقلد، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص. 733؛

Jean Derruppé, *droit international privé*, 13^{ème} édition, DALLOZ, 1999, p : 135-136;

Jean Derruppé, *droit international privé*, 14^{ème} édition, DALLOZ, 2001, p : 167.

⁹⁹ CF. NOUHAD RIZKALLAH, *droit international privé*, 1ère édition, M.A.J.D, Beyrouth, 1985, p . 114.

¹⁰⁰ - أنظر، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 446.

¹⁰¹ - أنظر، موحد إسعاد، المرجع السابق، ص. 317.

¹⁰² 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 والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، ط. 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص. 51.

¹⁰³ - أنظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص. 411.

هذا وقد صدر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1975/02/01 قرار قضت فيه "طبقاً للمادة 55 من القانون المدني الملغى، الذي تمت الوصية في ظلّه 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 توّول لغيره بوفاته بأحد الطرفين الميراث أو الوصية وإذ تبين 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 والذتهم بطريق الوصية، الصادرة منها لا الميراث. وكان القانون الإنجليزي الذي يسري على واقعة النزاع باعتباره قانون والدة الطاعنين التي صدرت منها الوصية وذلك عملاً بقاعدة الإسناد الواردة بالمادة 17 من القانون المدني المصري والذي 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.

- ¹⁰⁴- أنظر، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص. 124.
- ¹⁰⁵- أنظر، الطيب زيروتي، المرجع السابق، ص. 196.
- ¹⁰⁶ أنظر، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 448.
- ¹⁰⁷- ولهذا يتضح أن المشرع اليمني يتجه نحو إقليمية القوانين، وتوسيع مجال تطبيق القانون الوطني، على حساب القانون الأجنبي، وحقوق الأجانب الذي يخضع إرثهم ووصاياهم لأحكام القانون اليمني الداخلية بالرغم من اتصالها الوثيق بالحالة الشخصية التي تفرض ضرورة تطبيق القانون الشخصي. وهذه القاعدة تتعارض 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 مواطنها. أنظر سهيل حسن القتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، 2002، ص. 237-238.
- ¹⁰⁸- أنظر، قتيحة يوسف، المرجع السابق، ص. 71-72.
- ¹⁰⁹- أنظر، جمال محمود الكردي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط. 1، دون دار النشر، 1995-1996، ص. 329.