النظام العام والمواريث
Inheritance and public order

شبورو نورية[1]
جامعة جيلالي اليابس–سيدي بلعباس–
Chebourou.noria@outlook.fr

تاريخ الوصول 2020/10/15 القبول 2021/01/23 النشر على الخط 2022/01/15
Received 15/10/2020 Accepted 23/01/2021 Published online 15/01/2022

ملخص:
تخضع النزاعات ذات العنصر الأجنبي والمتعلقة بالميراث، الوصية، وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت إلى قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت الموت طبقا لنص المادة 16 من القانون المدني الجزائري. إلا أن القاضي الوطني يستبعد تطبيق هذا القانون في حالة ما إذا تبين له أنه قانون أجنبي تتعارض أحكامه مع المبادئ والأسس التي يقوم عليها نظام المواريث الوطني المستمد أساسا من أحكام الشريعة الاسلامية.

الكلمات المفتاحية: ميراث، وصية، التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، القانون الأجنبي، النظام العام.

Abstract
Disputes with a foreign element relating to inheritance, will and all other post-mortem acts shall be subject to the law of the nationality of the deceased, the testator or his executor at the time of death in accordance with article 16 of the Algerian Civil Code. However, the national judge does not rule out the application of this law if it is found to be a foreign law whose provisions contradict the principles and foundations on which the system of national inheritance is based mainly on the provisions of Islamic law.
Keywords: inheritance, will, behavior added to death, foreign law, public order.

[1]– المؤلّف المراسل: شبورو نورية البريد الإلكتروني: chebourou.noria@outlook.fr

1. مقدمة:

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 العام[1].

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 آمرة، كما هو الحال في قانون الأسرة الجزائري[2] .

وللدفع بالنظام العام مقتضياته في مجال قواعد المواريث الأساسية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، والتي استقرت في ضمير المجتمعات الإسلامية، وأصبح إهدارها أو عدم الاكتراث بها أمر يتأذى منه الشعور العام للجماعة [3].

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، إذا تبين للقاضي أن أحكام الإرث أو الوصية في القانون الأجنبي مخالفة للنظام العام في دولته وتتنافى بالتالي مع المبادئ والقيم التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي[4] . وذلك استناد إلى نص المادة 01/24 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر...." .

والاشكالية المطروحة في هذا الصدد هي، متى تعتبر أحكام القانون الأجنبي المتعلقة بمسائل الإرث أو التصرفات المضافة لما بعد الموت مخالفة للنظام العام ؟ و بمعنى 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 ؟

للإجابة عن هذه الاشكالية سنقسم دراستنا هذه إلى ثلاث محاور رئيسية كالتالي:

- المحور الأول: مفهوم النظام العام.
- المحور الثاني: الارث والنظام العام.
- المحور الثالث: التصرفات المضافة إلى مابعد الموت والنظام العام.

2. المحور الأول: مفهوم النظام العام

- ليس هناك مفهوم جامع ومانع لفكرة النظام، رغم تحديد معامله التي تدور في معظمها حول كونه مجموعة من القيم التي يؤمن بها المجتمع والخاصة بنظام الحكم في الدولة أو النظام الاقتصادي أو العلاقات الفردية[5].

---

[1]- أنظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، ط.1، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، مصر، 2006، ص. 78 .

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

[3]- أنظر، محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2006، ص.592.

[4]- أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ط.1، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة نشر، ص.904.

[5]- أنظر، دنوني هجيرة، التقرير التمهيدي للملتقى الدولي موضوع النظام العام والعلاقات القانونية، دراسات قانونية، 2008، العدد 05، تلمسان، ص. 11.

وللنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص مفهوم فضفاض، واسع، غامض وغير دقيق متغير من دولة لأخرى. وقد يتغير في الدولة نفسها من زمان لآخر[1].

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"[2] .

وعليه، يتخلص دور النظام العام 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[3].

- و تتسم فكرة النظام العام بجملة من الخصائص يمكن حصرها فيما يلي:

– فكرة النظام العام هي فكرة وطنية[4]، 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 النزاع[5].

– فكرة النظام العام فكرة ذات طابع نسبي تتسم بالمرونة والتطوّر، فقد تختلف من دولة لأخرى، بل وقد تتغير من زمان لآخر داخل نفس النظام القانوني[6]. وهذه الخاصية الأخيرة هي التي توجب مراعاة مفهوم النظام العام وقت رفع الدعوى أو تنفيذ الحكم[7].

– فكرة النظام العام فكرة ذات طابع قضائي[8]، لأن القاضي هو من يتولى تقدير مدى تعارض القانون الأجنبي المختص مع النظام العام في دولته، ولو كانت هذه السلطة مقيدة غير مطلقة[9].

– النظام العام هو نظام عام وقائي، كونه يقوم على مجموعة من الركائز الاجتماعية و الاقتصادية والسياسية والدينية[10].

- 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 اتفاقية[11].

---

[1]– أنظر، عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج.1، ط.1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص. 161 .

[2]– أنظر، نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص. 112 .

[3]– أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج.2، دار النهضة العربية، مصر، 1974، ص. 182 .

[4]– أنظر، يوسف فتيحة، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، دراسات قانونية، 2008، العدد05، تلمسان، ص. 216 .

[5]– أنظر، دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله ، مذكرة ماجستير ، جامعة تلمسان، 2007–2008، ص.93.

[4]– أنظر، سنينات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، تلمسان، 2009/008، ص. 28.

[7]– أنظر، يوسف فتيحة، النظام العام ...، المرجع السابق، ص. 216 .

[8]– أنظر، سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط.1، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1994، ص. 788.

[9]– أنظر، سنينات عبد الله، المرجع السابق، ص. 34 .

[10]– أنظر، عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ط.2، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009، ص. 135 .

[11]– 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[1]. أي أن يتعارض في حكمه مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي[2].

- ويجب على القاضي أن يتقيد بتقدير مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام في دولته بوقت رفع الدعوى، وليس بالوقت الذي نشأ فيه المركز القانوني محل النزاع[3] .

3.المحور الثاني: الإرث و النظام 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 النزاع[4]. 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 القاضي[5]

.

ويستبعد تطبيق قانون جنسية المورث وقت الوفاة لمخالفته النظام العام إذا كان يجيز الميراث لقاتل المورث، أو يسمح بالتوارث مع اختلاف الدين كونه يجيز الميراث بين المسلم وغيره المسلم[6]. أو كان يورث الابن الطبيعي أو غير الشرعي من أبيه المسلم، أو يجيز التصرف في تركة

---

[1]- أنظر، عبده جميل غصوب، محاضرات ...، المرجع السابق، ص. 134 .

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

[3]- أنظر، حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص. 265 .

[4]- وهذا ما جسدته 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 المغايرة لأحكام الشريعة الإسلامية أو القوانين المصرية الأخرى مخالفة للنظام العام في مصر، والقول بغير ذلك يجعل يجعل قاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة 14 مدني لغوا" . أنظر، محكمة النقض المصرية، قرار صادر بتاريخ 1952/04/29 مقتبس عن، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، ج.1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998، ص. 112 .

وجاء في قرار آخر بتاريخ 1967 " وفقا 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، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ص. 507-508 .

[5]- أنظر، فؤاد عبد المنعم، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج.2، دار النهضة العربية، مصر، ص. 320 .

[6]- وبخصوص عدم التوارث بين المسلم وغير المسلم قضت محكمة النقض المصرية في قراراها الصادر بتاريخ 1979/06/20: "إذا كان الثابت من الأوراق أن المطعون عليها مسيحية الديانة ومن ثم تختلف ديانتها عن المتوفى، وكان المقرّر وفقا لنص المادة السادسة من قانون المواريث رقم 77 لسنة 1943 أن اختلاف الدين مانع من موانع الميراث، و هي بدورها من القواعد الأساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية و بالتالي تدخل في نطاق النظام العام و يمتنع معها تطبيق أحكام قانون آخر يأبى بحكم مخالف لها فإنه لا يكون للمطعون عليها مصلحة في طلب إلغاء إشهاد الوفاة والوارثة موضوع الدعوى وإذ قضى الحكم رغم ذلك بإلغائه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يستوجب نقضه". أنظر، محكمة النقض المصرية، قرار صادر بتاريخ 1979/06/20.مقتبس

إنسان على قيد الحياة[1]. 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 كلها[2]. 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 المسلمين[3] .

ويجب أن يستبعد القانون الأجنبي إذا كان المورث مسلما والوارث غير ذلك، لأن تركة المسلم لا ينبغي أن تخضع إلا لأحكام الشريعة الإسلامية[4].

عن، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، ط.1، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، مصر، 2006، 416.. كما انتهت محكمة النقض السورية في قرارها الصادر بتاريخ 02/21/ 1978 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، قرار صادر بتاريخ 1978/02/21، مقتبس عن الموقع التالي : http://sarab.cz.cc/t6242-topi وجاء أيضا في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1995/07/25 "من المقرر قانونا أن يرجع القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة و من الثابت شرعا أن "لا يرث الكافر المسلم و لا المسلم الكافر" و "لا يتوارث أهل الملتين شتى" . و لما يتبين من قضية الحال أن الطاعن لم يعتنق 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، قرار صادر بتاريخ 1995/07/25.مقتبس عن، عليوش قربوع 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..

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

[4]- أنظر، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، ج.1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، 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 للآداب 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 المواريث رقم 77 سنة 1943 المستمدة منها تعتبرها من أصحاب الفروض، والعصبات، وكانت أحكام المواريث 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 و تغليب قانون أجنبي عليها بما لا يسع القاضي الوطني معه أن يتخلى عنها و يطبق غيرها في الخصومات التي ترفع إليه، متى كان المورث فيها من المسلمين إذ كان ذلك و كان الثابت في الدعوى أن المتوفاة مسلمة، و أن الخصوم الذين يتنازعون تركتها مسلمون و كان الحكم المضمون فيه قد أقام قضاءه في الدعوى على أن : "النظام العام المصري في دائرة الأحوال الشخصية يقوم على فكرة من الإسلام و لذلك فإنه يتعين في هذه الحالة الامتناع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي متى اختلفت مع أحكام الشريعة الإسلامية و قانون الميراث المستقاة من القرآن الكريم فإنه لا يكون قد خالفها القانون أو خطأ في تطبيقه". أنظر، محكمة النقض المصرية، قرار صادر بتاريخ 1964/025/27. مقتبس عن، إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دون دار النشر، 1997، ص. 529؛ صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص. 420.

كما يستبعد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان يفرض إجراءات معينة على اعتناق غير المسلم للإسلام، لأنه يكفي لإسلام غير المسلم أن يتلفظ بالشهادتين دون حاجة لاتخاذ أي إجراء آخر[1] .

وقد اختلفت الآراء حول حكم الاختلاف بين القانون الأجنبي الواجب التطبيق وبين أحكام قانون القاضي حول بيان مراتب الورثة وأنصبتهم وحالات الحجب[2]، فهل يرقى هذا الخلاف إلى حد التعارض مع النظام العام؟ فرق الفقهاء في هذا الصدد بين فرضين:

1.3 الفرض الأوّل:

إذا كان أطراف التركة- المورث و الورثة- أجانب من غير المسلمين، فهنا لا يرقى الخلاف إلى حد تعارض القانون الأجنبي المختص مع النظام العام وذلك راجع إلى ارتباط نظم التركات والمواريث بين الأجانب الغير مسلمين بالتنظيم الاجتماعي للدولة التي ينتمون إليها. وهذا التنظيم يختلف بالضرورة من دولة إلى أخرى[3] .

2.3 الفرض الثاني :

إذا كان أطراف التركة –المورث والورثة- مسلمين، انقسم الرأي في هذه الحالة إلى قسمين مختلفين:

القسم الأول:

اعتبر أن مخالفة القانون الأجنبي للشريعة الإسلامية من حيث بيان الورثة وأنصبتهم لا يحقق تعارضا مع النظام العام في دولة القاضي[4]. وقد نادى أنصار هذا الرأي [5] بوجوب التحفظ في التوسع في فكرة النظام العام بالنسبة لأنصبة الميراث، لأن المشرع الأجنبي يحدد نصيب الوارث وفقا لسياسة اقتصادية واجتماعية معينة. ولا يجوز فرض تقدير المشرع الوطني للأنصبة كنموذج للعدالة، وإلا انتهى الأمر إلى هدم قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث[6].

---

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

وقد هذا ما جسدته 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. و كان القانون البناني لا يعتدّ بإسلام غير المسلم إلا إذا تم وفقا للأوضاع المحددة به، ولذا لم تعتد 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 و تغليب قانون أجنبي التي ترفع إليه، فإنه لا مجال لتطبيق أحكام القانون اللبناني في هذا الخصوص" . أنظر، محكمة النقض المصرية، قرار صادر بتاريخ 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 .

[4]- أنظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص. 415.

[5]- أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 320 .

[6]- أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 328 .

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"[1] .

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 التركي والقانون المصري لا يجعل الأول مخالفا 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 إيثار بعض الورثة على بعض بتصرفات مشروعة كالهبة والوصية"[2].

أما القسم 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 العام[3]. وبالتالي يتعين الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي متى اختلفت أحكامه مع أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، وقانون المواريث المستقاة من القرآن أو تلك المستقاة من مصادر أخرى، وذلك لأن أحكام المواريث الواردة في القرآن يتقيد بها المسلمون حتما، وعلى الأخص في دولة دينها الإسلام[4].

وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا القول في قرارها الصادر بتاريخ 1964/05/27، بحيث استبعدت من خلاله تطبيق القانون الفرنسي في شأن توزيع الأنصبة وطبقت أحكام الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث المستمدة من القرآن الكريم[5].

ونذهب مع البعض[1] 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 الكريم[2]، كالنص على عدم التسوية بين الذكر و الأنثى في الميراث، وإعمال قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين استنادا لقوله تعالى : **{يُوصِيكُمُ اللّهُ فِي أَوْلاَدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ }**[3].

---

[1]– أنظر، إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 293، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 320.

[2]– أنظر، محكمة مصر الابتدائية، حكم صادر بتاريخ 04/ 1954/11. 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؛ ابراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 239–و294 .

[3]– أنظر، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص. 192 .

[4]– أنظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص. 420، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 320.

[6]– أنظر، محكمة النقض المصرية، قرار صادر بتاريخ1964/05/27. 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 وفقا للدستور المصري ، والمقصود بالنظام العام في خصوص المواريث هو الأحكام الثابتة بدليل قطعي لقوله تعالى:" يُوصِيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين". أنظر، محكمة النقض المصرية، قرار صادر بتاريخ1974/12/18. مقتبس عن،
http://ar.jurispedia.org/index.php

4. المحور الثالث: 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 استبعاده[4].

ويمكن تصور تعارض أحكام القانون الأجنبي الخاصة بأحد التصرفات النافذة بعد الوفاة مع النظام العام، إذا كان يجيز مثلا الوصية لقاتل الموصي، أو لشاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصي ونفذ فيه الحكم بالاستفادة من الوصية[5]، أو كان يجيز الإيصاء بآثار تاريخية أو أموال عامة لا يجوز التعامل بها[6].

كما يستبعد القانون الأجنبي إذا كان يجيز الوصية لوارث دون إجازة الورثة[7]، أو كان يمنع الوصية لمجرد اختلاف الجنس، أو اللون أو المعتقدات السياسية[8]، أو كان يمنع الوصية لاختلاف الدين[9] .

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 من النظام العام بالنسبة للمسلمين بغض النظر عن الجنسيات التي يحملونها[10]. وإذا أرفقت الوصية بشروط لا تقتضيها كأن يترك زوجا وصية لزوجته بشرط أن لا تتزوج من بعده، فيتمكن القول في هذه الحالة ببطلان الشرط وصحة الوصية لأن الشرط يعد مؤثر على الحالة الشخصية والحق الطبيعي.

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 :

1.4 الفرض الأول: إذا تعلق النزاع بوصية بين غير المسلمين

---

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

[2]- أنظر، مصطفى السباعي، عبد الرحمان الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات، ط.5، المطبعة الجديدة دمشق، 1977-1978، ص. 291-292.

[3]- أنظر، سورة النساء، الآية 11.

[4]- أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 910 .

[5]- أنظر، زيروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج.1، ط.2، مطبعة الفسيلة الدويرة، الجزائر، 2002، ص. 201 .

[6]- أنظر، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص. 105 .

[7]- أنظر، زيروتي الطيب، القانون الدولي...، المرجع السابق، ص. 200 .

[8]- أنظر، عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج.2،ط.9، الهضبة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986، ص. 367.

[1]- 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 ميراثا، وأجيزت لتعويض الميراث خاصة في حالة الزواج المختلط الذي تكون فيه الزوجة من أهل الكتاب وتحرم بالتالي من الميراث شرعا. أنظر، بن شويخ رشيد، الوصية والميراث في الفقه والقانون والقضاء، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008 ، ص. 28.

[10]- أنظر، ممدوح حافظ عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص 106 .

من المتفق عليه أن الاختلاف في القدر الجائز الإيصاء به لا يتنافى مع النظام العام بالنسبة لغير المسلمين[1]. 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"[2].

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 زوجته[3].

2.4 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 الإيصاء 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 المسلمين[4].

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

وبالتالي يمكن القول أنه كلما تعلق الأمر بالمسلمين، يتم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يتعارض مع حكم الشريعة الإسلامية بخصوص القدر الجائز الإيصاء به[5].

وهذا الرأي الأخير هو الرأي الراجح، وبالتالي لا يجوز الإيصاء إلا في حدود الثلث وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة بالنسبة لغير وارث[6]، أما الوارث فلا وصية له إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي[7].

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 .

---

[3]- أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 367؛ صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص. 425.

[2]- أنظر، محكمة النقض المصرية، قرار صادر بتاريخ 1967/05/26. مقتبس عن، محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشورات الجامعة المفتوحة، 1994،ص. 160 .

[3]- أنظر، محكمة النقض المصرية، قرار صادر بتاريخ 1978/01/19. مقتبس عن، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 910 .

[4]- أنظر، صلاح جمال الدين، المرجع السابق، ص. 427 .

[2]- أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 339.

[3]- المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري.

[4]- المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري.

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 الدين[1]. أو كان يتبنى قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين في الميراث لأنها تعتبر ذلك مساسا بالحق في الميراث بسبب الجنس[2]. أو كان يقيد حرية الموصي في الإيصاء، بعدم نفاد الوصية إلا في حدود ثلث التركة. فالاجتهاد الفرنسي مثلا اعتبر مخالفا للنظام العام الفرنسي موانع الإرث التي ينص عليها القانون الشخصي استناد إلى أسباب عرقية أو دينية (اختلاف الدين مثلا)[3] أو تحديد الحصة الإرثية بمقدار تافه يقارب الحرمان[4]، وكذلك أسباب الإرث التي تستند إلى مفاهيم غير مألوفة مقارنة مع المفاهيم الأساسية الفرنسية[5]. كما قد يستبعد القانون القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام الفرنسي إذا كان يرفض توريث الولد الطبيعي أو ابن الزنا[6].

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 الجزائري[7] يحل قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد في حكم العلاقة محل النزاع –الأثر الأثر الإيجابي للنظام العام– .

5. خاتمة:

في الأخير، يمكن القول أن النظام العام هو وسيلة لحماية المبادئ والأسس التي يقوم عليها المجتمع في دولة القاضي. وعليه، إذا تبين أن القانون الواجب التطبيق على الميراث أو الوصية أو أحد التصرفات النافذة بعد الموت؛ هو قانون أجنبي تخالف أحكامه القواعد التي تحكم المواريث في قانونه يستبعد القاضي الوطني تطبيقه إعمالا للدفع بالنظام العام ويستبدله بالقانون الوطني تطبيقا لنص المادة 24 من القانون المدني.

فإذا ما طرح نزاع أمام القاضي الجزائري يتعلق بالإرث مثلا، واتضح له أن أحكام القانون الأجنبي تتعارض مع النظام العام الجزائري، كأن يجيز التسوية بين البنت والابن المسلمين في الميراث، أو يجيز التوارث بين المسلم وغير المسلم، أو بين القاتل والمقتول، استبعد القاضي

---

[5] – أنظر، إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 295-296

[6]- أنظر، إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 295-296 .

[3]- أنظر، محكمة النقض الفرنسية، قرار صادر بتاريخ 1964/11/17. مقتبس عن، عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط.1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص.293.

[4]– أنظر، محكمة استئناف باريس، قرار صادر بتاريخ 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 » ، حكم صادر بتاريخ 1925/04/30. مقتبس عن، عبده جميل غصوب، دروس...، المرجع السابق، ص.293.

[6]– أنظر، عبده جميل غصوب، دروس...، المرجع السابق، ص.293.

[7]– الذي جاء فيه: "يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام و الآداب العامة".

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 المقتول .

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 .

6. قائمة المراجع

1.6–الكتب:

- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، ط.1، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، مصر، 2006.
- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2006.
- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ط.1، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة نشر.
- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج.1، ط.1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
- نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج.2، دار النهضة العربية، مصر، 1974.
- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط.1، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1994.
- عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ط.2، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009.
- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.

2.6- مذكرات الماجستير:

- بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 1986.
- دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، مذكرة ماجستير ، جامعة تلمسان، 2007-2008 .
- سنينات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، تلمسان، 2009/008.

3.6– المقالات:

- دنوني هجيرة، التقرير التمهيدي للملتقى الدولي موضوع النظام العام والعلاقات القانونية، دراسات قانونية، 2008،العدد 05، تلمسان.
- يوسف فتيحة، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، دراسات قانونية، 2008، العدد05، تلمسان.