



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



جامعة مولود معمري - تيزي وزو -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

()

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في القانون

تخصص: القانون الخاص الداخلي

إشراف الأستاذ:

من إعداد الطالبة:

أ.د/ بويزري سعيد

- لعطر فتيحة

لجنة المناقشة:

- أ.د/ كتو محمد الشريف، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....رئيسا
- أ. د/ بويزري سعيد، أستاذ ، جامعة مولود معمري، تيزي وزومشرفا و مقرا
- د/ آيت قاسي حورية، أستاذة محاضرة أ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....ممتحنة
- أ. د/ بن شويخ رشيد، أستاذ، جامعة البليدة.....ممتحنا
- د/ العشي نورة، أستاذة محاضرة أ، جامعة الجزائر.....ممتحنة

تاريخ المناقشة: 2018/05/23

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"... قَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ

عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ

وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ"

:

" تَعَلَّمُوا الْقُرْآنَ وَعَلَّمُوهُ النَّاسَ، وَتَعَلَّمُوا الْفَرَائِضَ، وَعَلَّمُوهَا النَّاسَ، فَإِنِّي
أَمْرٌ مَقْبُوضٌ وَالْعِلْمُ مَرْفُوعٌ، وَ يُوشِكُ أَنْ يَخْتَلِفَ اثْنَانِ فِي الْفَرِيضَةِ، فَلَا
يَجْدَانِ أَحَدًا يُخْبِرُهُمَا "

أخرجه الدارقطني (81/4) و أحمد (428،444/3) بدون ذكر العلم والفرائض،
والنسائي.

إهداء

- -

"i

"

.

.

.

.

.

.



شکر و عرفان

« : »

7 /

“ ”



: :

ج : جزء.

ج ر : الجريدة الرسمية (للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية).

د س ن : دون سنة النشر.

د.ب.ن: دون بلد النشر.

د.د.ن: دون دار النشر

ص ص : من الصفحة إلى الصفحة.

ط: طبعة.

ق أ ج : قانون الأسرة الجزائري.

ق م ج : القانون المدني الجزائري.

: :

éd : Edition

Cass: Cour de cassation.

CIV : Chambre civile.

JCP : Juris- classeur périodique.

OP.CIT : Oper Citato.

PP De page en page.

N°: Numéro.

L .G.D.J : Librairie Générale de Droit et de jurisprudence.

مقدمة

يعتبر المال عصب الحياة وزينتها، وقد قال الله تعالى بشأنه "الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا..."¹، فيظل كذلك ما دام الفرد حيا، حتى إذا وافته المنية انتقل من بعده إلى من يخلفونه فيه عن طريق الميراث، هذا الأخير الذي يعد من بين أسباب كسب الملكية، وما يميزه عن طرق الكسب الأخرى، أن محله هو مجموع الذمة المالية، في حين تقع طرق كسب الملكية الأخرى على مال معين.

يعتبر الميراث نظاماً قديماً قدم الإنسانية، فقد عرفه اليونان والرومان والآشوريون وقدماء المصريين، كما عرفه اليهود و العرب في الجاهلية، ومن أبرز ملامح تلك النظم عدم اعتبار الزوجية من أسباب الميراث عند اليونان والرومان، وعند العرب في الجاهلية، وهذا على خلاف ما كان عليه الأمر لدى قدماء المصريين الذين جعلوا الزوج يرث من زوجته كما ترث الزوجة من زوجها، أما اليهود فقد جعلوا الزوجية سببا للميراث من جانب واحد، و هو: الزوج².

لما جاء الإسلام، أبطل حكم الهوى، ومنع الظلم، ووضع نظاما حكيما للميراث، معطيا كل ذي حق حقه، دون ظلم لأحد، أو محاباة لأحد على حساب أحد³، ومن مميزاته أنه جعل الزوجية الصحيحة من أسباب الإرث⁴، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري في نص المادة 126 ق.أ.ج⁽⁵⁾، مُلماً بذلك بالحكم التي من أجلها أقر الشارع الحكيم بميراث الزوجين، والتي

1- سورة الكهف/ من الآية 46.

2- هاني الطعيمات، فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية، دار الشروق، عمان، الأردن، 2007، ص ص 29-30.

3- العربي بلحاج، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي و قانون الأسرة الجديد، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ب.ن، 2010، ص 40.

4- المرجع نفسه، ص 49.

5- تنص المادة 126 من القانون رقم: 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر، العدد 24، الصادر في 12 يونيو 1984، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في

من بينها: أن الزوج هو المكلف بالنفقة على زوجته أثناء قيام الرابطة الزوجية بينهما، فكان من العدل تخصيص نصيب له من تركتها بعد وفاتها، على قدر تحمله لأعبائها في حياتها. أما الزوجة، فإن لها دورًا في تجميع مال زوجها، والحفاظ عليه، أو المساهمة في أعباء المنزل بعملها داخله أو خارجه، فكان من البديهي أن يكون لها نصيب من تركة زوجها.

أولت تشريعات مختلف الدول أهمية كبيرة للميراث، وخصّته بأحكام منعا لقيام النزاعات بين الورثة، غير أن هذه الأحكام تختلف من دولة إلى أخرى، سواء فيما يتعلق بأسباب الميراث أو تحديد الورثة أو موانع الميراث...إلخ.

إذا كان توزيع الميراث بين أفراد الأسرة المتحدين في الجنسية و الديانة عادة ما يحدث خلافات بينهم، فإن الأمر هو من الصعوبة و التعقيد بما كان، إذا تعلق الأمر بزواج مختلط، فإذا ما اختلف الزوجان في الجنسية أو الديانة أو في كليهما، وتوفي أحدهما، فإن قسمة التركة على مستحقيها تثير نزاعات، لاعتبارات لا نجد لها أثرًا في حال اتحاد جنسية وديانة الزوجين، وهي الاعتبارات التي من شأنها أن تثير صعوبات عند تقسيم التركة في حالة الزواج المختلط، كأن يبيح القانون الوطني للزوجة ميراث أولاد الزنا أو أن يمنع قانون الزوج الميراث عند اختلاف الديانة...إلخ، وهي الأوضاع التي تكفل الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري على غرار تشريعات الدول الأخرى ببيان أحكامها.

ومن هنا تبرز أهمية توضيح خصوصية الأحكام المتعلقة بالميراث في الزواج المختلط، مقارنة بالميراث في الزوجات الغير مختلطة. وبيان الإشكالات العديدة التي يطرحها الموضوع، والتي من شأنها أن تصعب حل مسائل الميراث في الروابط الزوجية المختلطة.

لقد كان لتقشي ظاهرة الزواج المختلط الأثر في إفراز عديد القضايا المتعلقة بالميراث وبالتالي، الحديث عن القانون الدولي الخاص، الذي سعت تشريعات مختلف الدول إلى حل تنازع القوانين¹ فيه عن طريق وضع قواعد إسناد² تحدد القانون الواجب التطبيق. ويعود انتشار الزواج المختلط لعدة أسباب أهمها:

- تحسن وضعية الأجنبي: إذ تطورت قواعد مركز الأجانب تطورا كبيرا، فأصبح الاعتراف بالشخصية القانونية للأجنبي مبدأ تسلم به سائر الأنظمة القانونية للدول الحديثة، وهو ما خول له التمتع بحقوق معينة كالحق في الزواج، البنوة والحق في الإرث... إلخ
- تطور وسائل الاتصال وظهور مواقع التواصل الاجتماعي وتنوعها، مما جعل العالم كأنه قرية، وهو ما أتاح فرص التعارف بين الناس من مختلف الجنسيات والديانات.
- تطور وتنوع وسائل المواصلات.

- تغييب الولي، الذي لم تعد له سلطة على أبنائه لدى أكثر مجتمعات العالم.

¹ - يعد تنازع القوانين المبحث الأصيل للقانون الدولي الخاص، وتثور مشكلته إزاء كل علاقة قانونية تتضمن عنصرا أجنبيا، وبالتالي تقبل الخضوع لقانون أكثر من دولة، فالثابت أن أي علاقة قانونية إنما تقوم على ثلاثة عناصر: أشخاص العلاقة، موضوع العلاقة وسبب العلاقة. فإذا كانت جميع هذه العناصر ذات صبغة وطنية فإن العلاقة المتقدمة تعتبر وطنية، وبهذه المثابة لا تثير تنازعا بين القوانين حيث تخضع بصفة مباشرة للأحكام الموضوعية في القانون الوطني. ووجود تنازع القوانين منوط بتوفر الشروط الآتية: علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي، تزامم قوانين صادرة عن دول مختلفة لحكمها، علاقة قانون خاص. أنظر: هشام خالد، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014، ص ص 495 - 497.

2- قواعد الإسناد *règles de rattachement* أو قواعد تنازع القوانين *règles de conflit*: هي التي تتولى عادة حل مشكلة تنازع القوانين، وهي قواعد يضعها المشرع الوطني لاختيار أكثر القوانين المتزاحمة ملائمة لحكم العلاقة الخاصة المتضمنة عنصرا أجنبيا مؤثرا، وأكثرها إيفاء بمقتضيات العدالة من وجهة نظره، فقواعد الإسناد تهدف إذن إلى وضع أكثر الحلول مناسبة من وجهة نظر المشرع الوطني لحكم العلاقات الخاصة الدولية، وقد عُرِّفت بأنها: "القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز والعلاقات الداخلة فيما يسمى بالحياة الخاصة الدولية". أنظر: هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، ج 1، المجلد الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص ص 37-38.

- انتشار الجمعيات التي تنادي بتحرير المرأة، وضرورة مساواتها مع الرجل.
- انقسام العالم إلى دول نامية، وأخرى سائرة في طريق النمو، مما خلق الأطماع لدى شعوب الدول المتأخرة للهجرة إلى البلدان المتطورة، وإنشاء مراكز قانونية واجتماعية لهم هناك، من خلال الزواج بالأجانب.
- وجود بعض الدول التي تنادي باندماج المجتمعات و حوار الحضارات، ودعوتها بالتالي إلى الزواج المختلط.

إن انتشار الزواج المختلط من جهة وانعدام الدراسات الأكاديمية المتخصصة في موضوع البحث في الجزائر¹، والتي تجمع بين شقيه الفقهي والقانوني من جهة أخرى كانت دوافع رئيسية لدراسة هذا الموضوع والبحث في ثنياه فهو يتصل بجهة بالقانون الدولي الخاص وهو من بين المقاييس التي تحتل مكانة هامة في القانون بصفة عامة، إضافة إلى ارتباطه من جهة أخرى بالمواريث التي تعتبر نصف العلم.

إن تناول موضوع الزواج المختلط بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري (دراسة مقارنة) على هذا النحو، كان القصد منه الإلمام بمختلف الأحكام التشريعية المتعلقة بموضوع الميراث في الزواج المختلط، والتي تجسدها قواعد الإسناد سواء الجزائرية أو العربية أو الأوربية ... إلخ، خاصة في ظل التغير الجذري الذي عرفته قواعد الإسناد المتعلقة بالميراث في معظم الدول الأوربية التابعة للاتحاد الأوربي بسبب إصدار هذا الأخير للائحة رقم 2012/650 لـ 04 جويلية 2012 المتعلقة بالميراث، والتي دخلت حيز التطبيق في 17 أوت 2015، إضافة إلى بيان الأحكام الشرعية المتعلقة بالميراث في حال اختلاف ديانة الزوجين.

¹ - في حين يوجد في المغرب بحث مشابه، للباحث جمال الخمار تحت عنوان: أحكام الميراث في الزواج المختلط، مقارنة تشريعية قضائية، فقهية، وهو أطروحة لنيل دبلوم الدكتوراه في القانون الخاص، تم مناقشته في كلية وجدة بالمغرب، سنة 2012.

والإشكالية المطروحة بصدد هذا الموضوع هي كالاتي: **إلى أي مدى يؤثر اختلاف جنسية الزوجين و(أو) ديانتيهما في الميراث قانونا و شرعا؟**

إذا اختلفت جنسية الزوجين ثم توفي أحدهما، وثارَت مسألة ميراث المتوفى منهما، فإن الاحتكام آنذاك يكون لقواعد الإسناد في دولة القاضي المعروض عليه النزاع، والتي تختص ببيان القانون الواجب التطبيق على قضية الميراث، إلا أن هذا لن يتأتى إلا بعد المرور بمرحلة سابقة وضرورية ألا وهي التكييف. لهذا فقد تكفل المشرع الجزائري - على غرار جل التشريعات - بوضع قواعد إسناد تحدد القانون الذي يتم بمقتضاه التكييف، و تبين القانون الواجب تطبيقه في حال اختلاف جنسية الزوجين.

قد يختلف كذلك الزوجان من حيث الديانة، فتطرح كذلك مسألة ميراث المتوفى منهما، وهو ما تكفل ببيان أحكامه الفقه الإسلامي، نظرا لما للدين من أهمية في الدول التي تدين بالإسلام. كما بين الفقه الإسلامي الأحكام المتعلقة بالميراث عند اختلاف الدار (الباب الأول).

يطرح موضوع الميراث في الزواج المختلط إشكالات عديدة خاصة في الوضع الذي يختلف فيه الزوجان في الجنسية والديانة في آن واحد ويكون أحد الطرفين مسلما، ولعل أهم إشكال يُطرح في هذا الصدد هو ذلك المتعلق بالنظام العام، الذي يحتل مكانة هامة في مثل هذه المسائل مقارنة بالإشكال الآخر والمتمثل في الغش نحو القانون.

من الإشكالات الأخرى التي قد تثور في قضايا الميراث في الزواج المختلط مشكلة الإحالة والتي من شأنها أن تصعب على القاضي حلها، إضافة إلى صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط باعتباره مسألة أولية للميراث الذي يعد مسألة أصلية (الباب الثاني).

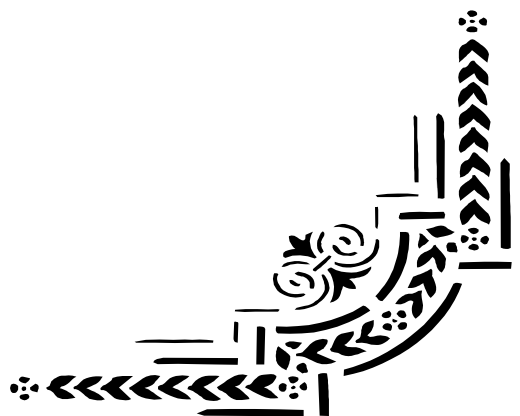
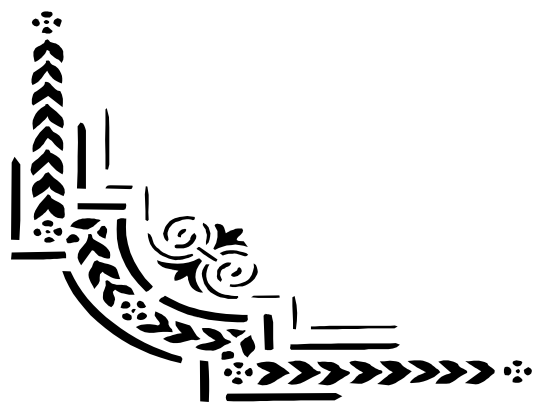
إن دراسة هذا الموضوع تستوجب منا اتباع المنهج الوصفي التحليلي والمقارن، حيث يظهر المنهج الوصفي من خلال بيان قواعد الإسناد الخاصة بالميراث في الزواج المختلط والأحكام الشرعية المتعلقة به كذلك، إضافة إلى تناول مسائل النظام العام والغش نحو القانون والإحالة والمسألة الأولية باعتبارها إشكالات تعيق حل مسائل الميراث في الروابط الزوجية المختلطة.

أما المنهج التحليلي فيظهر من خلال تحليل النصوص القانونية التي تعبر عن موقف المشرع الجزائري حول العناصر المتعلقة بالموضوع.

أما المنهج المقارن فيتضح من خلال بحث كيفية تعامل الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري من خلال قواعد إسناده مع قضايا الميراث في الزواج المختلط، إضافة إلى إجراء مقارنة بتشريعات دول عربية وأخرى أجنبية قصد الإحاطة بالموضوع ، ولقد ارتأينا التركيز على إجراء المقارنة خاصة مع القانون المصري بالاستعانة ببعض أحكام قوانين الدول العربية الأخرى التي تتضمن بعض الأحكام التي تختلف عن تلك المقررة في الجزائر كالقانون اليمني، التونسي والأردني هذا من جهة، ومن جهة أخرى مع بعض قوانين دول الاتحاد الأوربي التي صادقت على اللائحة رقم 2012/650 المتعلقة بالميراث، لتوضيح كيفية تعاملها مع قضايا الميراث في الزواج المختلط قبل وبعد مصادقتها على اللائحة، مع الاستشهاد ببعض الأحكام القضائية دون الخوض في الجانب الإجرائي.

إن تناول أي موضوع من مواضيع القانون الدولي الخاص ليس بالأمر الهين، خاصة نظرا لتشعب قواعد الإسناد واختلافها بين الدول، واتصال الموضوع بالجانبين: القانوني والديني، لاسيما لدى الدول التي تعتبر الأحكام الدينية جزء من قانونها، وما زاد الأمر صعوبة قلة المراجع والوثائق القانونية في هذا الموضوع، والتي غالبا ما تكون مختصرة جدا ولا تفي بالغرض المرجو منها.

تجدر الإشارة إلى أننا ركزنا من خلال هذا البحث على قضايا الميراث في الزواج المختلط، مع الاستشهاد في بعض المواضع بقضايا الميراث في تنازع القوانين التي ليس بها زواج مختلط، وذلك بقصد إثراء موضوع البحث.



يحتل نظام الإرث مكانة مرموقة لتناوله النصف الثاني من حياة الإنسان. غير أن دراسة هذا الحق على مستوى الروابط الدولية الخاصة، خاصة إذا تعلق الأمر بالزواج المختلط يطرح مشاكل وصعوبات جمة نتيجة الاختلاف الشديد بين جل التشريعات العربية المبنية على مبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء، والتشريعات الغربية العلمانية اللاتينية التي لا تقيم للدين أي اعتبار¹.

ليس شأن نظام الخلافة بسبب الموت واحدا في قوانين مختلف الدول، سواء من حيث القواعد الموضوعية أو من حيث قواعد الإسناد. ويحسن التنبه قبل بسط هذه القواعد الأخيرة إلى أن تشريعات بعض الدول تطلق اصطلاح "الميراث" على الخلافة بسبب الموت، سواء أكان مرجعها نص القانون، وهذا هو "الميراث القانوني"، أم كان مرجعها تصرفا إراديا من المتوفى، وهو "الميراث الإيصائي"²، هذا الأخير الذي يمثل بالنسبة لهم الأصل، فلا يلجأ عندهم إلى "الميراث القانوني" إلا في حالة عدم وجود وصية، وعلى اعتبار أن قواعد التوريث القانونية ما هي إلا وصية ضمنية نظمها القانون حسب إرادة المتوفى المفترضة، وهذا ما هو عليه الحال في القانون الإيطالي وقوانين البلاد الأنجلوأمريكية، فعلى النقيض من ذلك، نرى تشريعات البعض الآخر من الدول يعتبر "الميراث القانوني" هو الأصل، بينما "الميراث الإيصائي" هو مخالفة لقواعد التوريث القانوني مسموح به ضمن الحدود التي يعينها القانون، فلا يحق للموصي تجاوز هذه الحدود، وهذا ما هو عليه الحال في القانون الفرنسي والجزائري و البلاد العربية³.

1- خالد بوعروس، الزواج المختلط، الإشكالات القانونية والانعكاسات الاجتماعية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، شعبة القانون الخاص، وحدة التكوين و البحث في قانون الأسرة المغربي و المقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، 2006-2007، ص ص 32-33.

2- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج 2، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986، ص 336.

3- نعوم سيوفي، الحقوق الدولية الخاصة، أمالي ومحاضرات، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، 1966-1967، ص ص 740-741.

تتعدد الجوانب التي ينبغي الإلمام بها لحل قضايا الميراث في الزواج المختلط، خاصة مع تزايدها على مستوى الجهات القضائية في مختلف الدول. فقد تختلف جنسية وديانة كلا الزوجين في آن واحد، كما قد يقتصر الاختلاف على الجنسية دون الديانة أو العكس.

إن حل مسائل الميراث التي تختلف فيها جنسية الزوجين يفترض تحديد القانون الواجب التطبيق عليه نظرا لأهميته ، وهو ما تناولته مختلف التشريعات من خلال قواعد الإسناد، (الفصل الأول)، أضاف إلى ذلك أن الشريعة الإسلامية والتي تعد مصدرا من مصادر التشريع في القانون الجزائري خاصة، و التشريعات العربية عامة قد تناولت الأحكام الشرعية المتعلقة بالميراث، والتي يُستخلص منها تلك المتعلقة باختلاف ديانة أو دار(وطن) الزوجين(الفصل الثاني).

الفصل الأول

القانون الواجب التطبيق على الميراث في الزواج المختلط

يعتبر تحديد القانون الواجب التطبيق على أية قضية من قضايا العلاقات الخاصة الدولية - والتي من بينها الميراث في الزواج المختلط- أمراً حتمياً ينبغي على القاضي القيام به في حال ما إذا عرض عليه نزاع يتضمن عنصراً أجنبياً. غير أنه بطبيعة الحال، لا يتسنى للقاضي اختيار قاعدة الإسناد الملائمة إلا بعد إجرائه لعملية إلزامية سابقة تتمثل في التكييف¹، وتعد الموارد من المسائل التي عرفت جدلاً واختلافاً كبيرين من حيث تكييفها في مجال القانون الدولي الخاص (المبحث الأول).

بعدما يكيف القاضي المسألة ذات العنصر الأجنبي ويعطيها الوصف القانوني الصحيح، يلجأ إلى تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، وهو ما يعد أمراً صعباً ومعقداً خاصة في مسائل الميراث في الزواج المختلط نظراً لاختلاف جنسية الزوجين وكذا إمكانية اختلاف مكان وجود التركة... إلخ وارتباط العلاقة القانونية تبعاً لذلك بأكثر من قانون دولة واحدة (المبحث الثاني)

1- عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، د.ب.ن، د.س.ن، ص 41، أنظر كذلك: سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة، مصر، 2002، ص 209.

المبحث الأول

تكيف الميراث كمرحلة سابقة لتحديد القانون الذي يحكمه في الزواج

المختلط

عرف الفقهاء التكيف بأنه: "تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نظام من النظم القانونية لكي يسند حكمها إلى قانون معين"¹. فإذا عُرض على القاضي نزاع، فهو يبحث فيما إذا كان هذا النزاع مثلا شكليا، أي ينصب على شكل التصرف، فيخضعه لقانون الشكل، أم هو نزاع ينصب على الموضوع، فيخضعه لقانون الموضوع... إلخ².

تكتسي عملية التكيف في مضمار تنازع القوانين أهمية قصوى تتطلب من القاضي بذل مجهود كبير، على اعتبار أنه قد يجد نفسه في مواجهة بعض الأوضاع التي لا عهد له بها في قانونه الوطني، تماما مثل ما حدث للقضاء الفرنسي، خصوصا في نهاية القرن 19، ومن أشهر القضايا التي تعرضت لمسألة التكيف آنذاك، والتي تتعلق بالتركات نجد قضية ميراث الزوج المالطي التي تم التأكيد فيها على أهمية التكيف كخطوة عملية أولية لتحديد

1- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 41.

كما عرف الدكتور عز الدين عبد الله التكيف بأنه: "تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من المسائل القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد". عز الدين عبد الله، القانون الدولي...، مرجع سابق، ص 114. كما عرفه الدكتور محمد كمال فهمي بأنه: "تشخيص حالة قانونية معينة بقصد تصنيفها بين مختلف الفكر المسندة". محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، د.س.ن، ص 397.

2- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 41.

القانون المطبق¹، الهدف منها إسناد المسألة للنظام القانوني المختص. وقد يختلف التكيف من دولة إلى أخرى، وبالتالي من قانون إلى آخر، وهو ما يعرف بتنازع التكييفات.

اختلفت النظريات حول القانون الذي بموجبه يتم تكيف موضوع النزاع وإسناده إلى إحدى الفئات، غير أن نظرية التكيف وفقا لقانون القاضي تعد النظرية الأرجح، وقد تم تبنيها من طرف غالبية التشريعات على غرار المشرع الجزائري².

لقد كان لانتشار الروابط الزوجية المختلطة الأثر الكبير في طرح العديد من قضايا الميراث في حال وفاة أحد الزوجين، وإذا كان الميراث من بين المسائل التي عُرِفَت وحظيت

1- أحمد زوكاغي، أحكام التنازع بين القوانين في التشريع المغربي، ط 2، مطبعة الكرامة، الرباط، المغرب، 2002، ص 36.

- قضية ميراث الزوج المالطي: تتلخص وقائعها في أن زوجان مالطيان تزوجا في مالطا و أقاما فيها بعد الزواج، ثم هاجرا إلى الجزائر -التي كانت تابعة لفرنسا في ذلك الوقت- حيث يملك الزوج بعض العقارات، و على إثر وفاة الزوج في فرنسا، ادعت الزوجة أمام محكمة الجزائر بأن لها حقا على عقارات زوجها الكائنة في فرنسا بموجب القانون المالطي الذي ينص على حق يسمى "تصيب الزوج المحتاج" و يكون هذا النصيب من حق الزوج الباقي على قيد الحياة. عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي....، مرجع سابق، ص 43.

في هذه القضية يوجد احتمالان: فإذا اعتبرت محكمة الاستئناف الجزائرية طلب الزوجة المالطية من الميراث فإن القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق في هذه الحالة - وفقا لقواعد الإسناد الفرنسية- بوصفه قانون موقع العقار، و هذا يترتب عليه فض ادعاء الزوجة لأن القانون الفرنسي يجهل الحق المسمى "بنصيب الزوج المحتاج". أما إذا كيفت المحكمة الموضوع على أنه يتعلق بالنظام المالي للزوجين، فإن القانون المالطي هو الواجب التطبيق و ذلك وفقا لقواعد الإسناد الفرنسية، بوصفه قانون الموطن الأول للزوجية، و هنا يتعين الحكم بأحقية الزوجة في دعواها. محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة و الحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، د.ب.ن، د.س.ن، ص56.

2- تنص المادة 17 من الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري ج ر ، العدد 78 الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدلة بالمادة 09 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1926 الموافق 20 يونيو سنة 2005، ج. ر، العدد 44 الصادر بتاريخ 26 يونيو 2005 المعدل و المتمم للقانون المدني، على أنه: "يخضع تكيف المال سواء عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها".

شكري الدريالي، الميراث في ظل تنازع القوانين، مجلة الفقه والقانون، عدد 57، جويلية 2017، ص ص 111-112.

باهتمام كبير منذ القدم، إلا أن الزواج المختلط لم يظهر الاهتمام به وبتعريفه إلا منذ تحسن وضعية الأجانب إلى أن عرف انتشارا واسعا في السنوات الأخيرة (المطلب الأول).

عرف موضوع الميراث خلافا شديدا بين الدول في العديد من المسائل المرتبطة به، ولعل الاختلاف الأبرز ظهر بخصوص تحديد الطبيعة القانونية للميراث (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف الميراث و الزواج المختلط

إذا كان تعريف الميراث قد عرف خلافا فقهيًا وتشريعيا خاصة بين الدول الإسلامية و العلمانية (الفرع الأول)، فإن الزواج المختلط بدوره لم يتم الإجماع على تعريف موحد له نظرا لعدة اعتبارات (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الميراث

يوجد إلى جانب التعريف اللغوي للميراث (أولا) عدة تعريفات له من الناحية الاصطلاحية (ثانيا)، وإذا كان المشرع الجزائري على غرار أغلبية التشريعات الأخرى لم يورد تعريفا له (ثالثا)، فإن القضاء قد تكفل بذلك (رابعا).

أولا- التعريف اللغوي:

الميراث: مفرد، جمعه موارِيث، وأصله (مِوْرَاث)، فقلبت واوه ياءً لسكونها، وانكسار ما قبلها.

وكلمة الميراث هي من قبيل الألفاظ المشتركة، لتعدد استعمالاتها، فهي تستعمل:

1 - كمصدر للفعل ورث، فيقال: ورث فلان أخاه، يرثه إرثاً ووراثه وميراثاً، وهو بهذا الاستعمال يطلق على أحد معنيين¹:

المعنى الأول: الانتقال: وهو نوعان:

أ - مادي: وهو انتقال تركة مالية، أو عقارية إلى الوارث.

ب - معنوي: بمعنى انتقال أمر معنوي من شخص إلى آخر، كانتقال العلم من الشيخ إلى المرید، أو انتقال النبوة من نبي إلى نبي، وهذا هو المقصود من قوله تعالى: "وَوَرِثَ سُلَيْمَانُ دَاوُودَ"²، وقوله عز و جل: "يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنْ آلِ يَعْقُوبَ وَاجْعَلْهُ رَبِّ رَضِيًّا"³، فالمراد بالميراث في كلتا الآيتين: ميراث النبوة.

وقد أجاب الصديق - رضي الله عنه - فاطمة بنت الرسول - صلى الله عليه و سلم - عندما جاءت تطلب شيئاً من ميراث أبيها - عليه السلام - بقوله: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: لَا نُورِثُ مَا تَرَكَنَاهُ مِنْ صَدَقَةٍ"⁴.

المعنى الثاني: البقاء: قال الله تعالى: "وَإِنَّا لَنَحْنُ نُحْيِي وَنُمِيتُ وَنَحْنُ الْوَارِثُونَ"⁵، أي

الباقون، والباقي من أسماء الله الحسنى، أي الباقي بعد فناء الخلق، وهو بقاء لا يلحقه فناء أبداً، و الجمع في الآية للتعظيم.

وقال عليه السلام: "اثْبُتُوا عَلَيَّ مَشَاعِرِكُمْ فَإِنكُمْ عَلَيَّ إِرْثٌ مِنْ إِرْثِ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ"¹ أي على بقايا شريعة الخليل عليه السلام، وقد أشار القرآن الكريم إلى ذلك في قول الله تعالى: "... وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مَلَّةً أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ..."².

1- هاني الطعيمات، فقه الأحوال الشخصية...، مرجع سابق، ص 23.

2- سورة النمل/ الآية 16.

3 - سورة مريم / الآية 06.

4- أخرجه البخاري (3092)، و أخرجه مسلم (1759)، و أبو داود (2970) من طريق يعقوب بن ابراهيم، و البيهقي (6/300) من طريق عبد العزيز الأويسي.

5- سورة الحجر/ الآية 23.

2 - كاسم مفعول، بمعنى الشيء الموروث، وتكون مرادفة للإرث، فيقال: المال ميراث وإرث أي موروث. ويأتي مصطلح الميراث في اللغة بهذا الاستعمال بمعنى: الأصل والبقية، فيقال: اثبتوا على رأيكم، فإنكم على أصل أبيكم، أي على أصله وبقية منه.

3 - كعلم مخصوص من علوم الشريعة، و هو علم الميراث، ويسمى بعلم الفرائض.

وسياق الكلام هو الذي يحدد الاستعمال المقصود من هذا اللفظ، فمثلا:

- إذا قيل: ميراث فلان من أبيه ألف دينار، أي أن الشيء المنتقل إليه من أبيه هو

ألف دينار، جاء الميراث كاسم للمفعول، بمعنى الانتقال.

- وإذا قيل فلان مختص في الميراث، كان المراد هنا علم الميراث، ومثل ذلك إذا قيل:

فقه المواريث، أي العلم بقسمة المواريث³.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي

عرّف الدكتور "العربي بلحاج" الميراث في الاصطلاح الشرعي بأنه: "اسم لما يستحقه

الوارث من مورثه بسبب من أسباب الإرث، سواء أكان المتروك مالا، أم عقارا، أم حقا من

الحقوق الشرعية، فهو علم يعرف بمقتضاه نوع المستحقين للتركة الصافية، ونصيب كل

وارث- واحدا أو متعددا- وكيفية تصفية التركة وتسليمها لمستحقيها"⁴.

كما عرفه الدكتور "صالح ججيك الورثلاني" بأنه: "استخلاف الإنسان لآخر في ملكيته

لمال معين، أو عقار معين، أو منقول معين، وفق أنصبة مقررة شرعا، دون أن يكون لهذا

1- أخرجه أبو داود في كتاب المناسك، باب موضع الوقوف بعرفة، الحديث رقم: 1919 (ج2/ص 189)، و الترمذي

في كتاب الحج، باب ما جاء في الوقوف بعرفة، الحديث رقم: 883: 230/3، و النسائي في كتاب مناسك الحج، باب رفع

اليدين في الدعاء بعرفة، (ج5/ص255)، و ابن ماجة في كتاب المناسك، باب الموقف بعرفات، الحديث رقم: 3011:

1001/2، و قال الترمذي: (حسن صحيح)، و ابن خزيمة (2818)، و الحاكم (462/1).

2- سورة الحج/ من الآية 78.

شحاتة عبد الغني الصباغ، دروس في الفرائض، منشورات وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، 1995، ص ص 9-10.

3- هاني الطعيمات، فقه الأحوال الشخصية ...، مرجع سابق، ص ص 23-24.

4- العربي بلحاج، أحكام التركات و المواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009، ص

المستخلف، أو المستخلف، إرادة إجازة، أو إرادة منع، وإنما التوريث والاستخلاف في الملكية يتم وفق إرادة الشرع، وبحسب نسب محددة بدقة متناهية، قررت العناية الإلهية أن تمدنا بها، حفاظا على روابط الإنسان بأصله وفرعه، وبمن حوله من زوج وأقارب"¹.

كما عرّف بأنه: "عبارة عن قواعد من الفقه والحساب يعرف بها توزيع التركة، والحقوق المتعلقة بها، وأسباب الإرث وشروطه وموانعه، ومن يستحق الميراث ومن لا يستحقه، ونصيب كل وارث من التركة"².

وعرّف الميراث كذلك بأنه: "انتقال الملكية من الميت إلى ورثته الأحياء، سواء كان المتروك عقارا أو منقولا، أو حقا من الحقوق الشرعية القابلة للانتقال بطريق الميراث"³.

يلاحظ على هذه التعريفات أنها تشترك في كون الميراث ينصب على مجموع الأموال التي يخلفها المتوفى، والتي تنتقل إلى ورثته وفقا لقواعد شرعية.

هذا، ويعرف الميراث في فرنسا بأنه: مصطلح يحدد انتقال أملاك شخص بسبب وفاته. ويحصل الورثة المحددون بواسطة القانون (*succession « ab intesta »*) أو الموصى لهم المحددون بموجب الوصية (*succession testamentaire*) على أملاك المتوفى الذي يطلق عليه -حسب عبارة قديمة-: *le de cuius*، وهي اختصار لعبارة

1 - صالح ججيك الورثاني، الميراث في القانون الجزائري، ط 2، د.د.ن، د.ب.ن، د.س.ن، ص 16.
2- محمود محمد حمودة، محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق، عمان، الأردن، 2000، ص 223.
3- محمد علي الصابوني، الموارث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب و السنة، مكتب رحاب، الجزائر، 1990، ص 34. نقلا عن الرشيد بن شويخ، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 74.

« *is de cujus successionis agitur* », ويشكل الميراث حسب هذا المعنى سببا من أسباب نقل الملكية¹.

أما تعريفنا للميراث فهو كالاتي: هو انتقال مجموع الأملاك التي يخلفها المتوفى (بعد سداد ديونه) إلى ورثته وفقا لقواعد شرعية.

ثالثا - التعريف التشريعي:

لم تتعرض أغلب التشريعات العربية - بما فيها قانون الأسرة الجزائري - لتعريف الإرث، بينما عرفه القانون الإماراتي بأنه: "انتقال حتمي لأموال وحقوق مالية بوفاة مالكة لمن استحقها"².

تناولت لائحة الإتحاد الأوربي رقم 2012/650 المتعلقة بالميراث³ تعريف هذا الأخير في الفقرة الأولى من المادة 3⁽¹⁾، باعتباره مفهوما يتضمن كل شكل من أشكال نقل الملكية والحقوق والالتزامات بسبب الوفاة، سواء بموجب عقد نقل إرادي، أو بموجب القانون.

1 - Article 711 (créé par loi 1803-04-19 promulguée le 29 avril 1803) dispose que: « *la propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession...* »

أنظر كذلك: J- Flour, H- Souleau, Les succesions, 3e éd, Armand Colin, Paris, 1991, p 03. Corinne, Renault- Brahinsky, droit des successions, 5e éd, lextenso, Paris, 2009, p 21.

2 - الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث ...، مرجع سابق، ص 74.

3 - Le règlement (UE) N° 650/2012 du parlement européen du conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des actes authentiques en matière de succession et à la création d'un certificat successoral européen.

- صادقت على هذه اللائحة الدول الأعضاء في الإتحاد الأوربي الآتية: ألمانيا، النمسا، بلجيكا، بلغاريا، قبرص، إسبانيا، إستونيا، فنلندا، فرنسا، اليونان، إيطاليا، هنغاريا، ليتوانيا، ليتوانيا، لوكسمبورغ، مالطا، هولندا، بولونيا، البرتغال، جمهورية شيكوسلوفاكيا، رومانيا، سلوفاكيا، سلوفينيا والسويد، والتي أضيفت لها سنة 2013 دولة كرواتيا، بينما لم تصادق على هذه اللائحة كل من المملكة المتحدة، الدانمارك و إيرلندا.

لتفاصيل حول أصل هذه اللائحة أنظر: =

رابعاً - التعريف القضائي

عرّفت المحكمة العليا الميراث: بأنه: ما يخلفه المورث من أموال جمعها وتملكها أثناء حياته، ومن ثم، فإن التعويض عن الأضرار ليس إرثاً، ولا يدخل ضمن عناصر التركة لشموليته واستحقاقه لكل متضرر وارثاً كان أو غير وارث، ولخضوع التقدير فيه لجسامة الضرر².

الفرع الثاني

تعريف الزواج المختلط

كان الناس منذ بداية البشرية، وما زالوا في حاجة للعيش والتعامل مع بعضهم البعض، وهذا ما دفعهم إلى الاختلاط والتزاوج خارج إطار الجماعة، فظهر ما يعرف بالزواج المختلط، الذي كثرت واختلقت التعاريف بشأنه.

فقد عرف الكاتب "ياسين شايب" الزواج المختلط بأنه: "الاتحاد الذي يعقد بين طرفين مختلفي الثقافة و الجنسية و الديانة"³.

=Giovanna Debernardi, le règlement européen sur les successions et nouvelles perspectives pour les systèmes juridiques nationaux, thèse de doctorat, université Cote d'Azur, droit, France, 2017, pp 28-31.

¹ - l'article 3/1, lettre (a) du règlement (UE) n°650/2012 , dispose que : « « succession » , la succession à cause de mort, ce terme recouvrant toute forme de transfert de biens, de droits et d'obligations à cause de mort ou d'un transfert en vertu d'une disposition à cause de mort ou d'un transfert dans le cadre d'une succession ab intestat » .

2 - المحكمة العليا، غ.م، 1982/04/14، ملف رقم 24770، م.ق، 1989، عدد 4، ص 55.

3 - Yacine Chaib, « nocés oriental, le mariage et la mort » , in la vie au quotidien, regards ethnologique sur l'immigration et l'ecole, ed centre nationale de documentation pedagogique , n° 96, mars 1994, p 176.

نقلا عن: بشرى زلاسي، الزواج المختلط إشكالية تتنازع القوانين من حيث انعقاده و آثاره، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص 6.

كما عرّفه "G.H-Borguet" بأنه: "كل اتحاد رسمي، أو غير رسمي، يكون فيه أحد طرفيه مسلما"¹.

وقد عرفه اللواء "محمد فتحي قاضي" في سياق تعريفه للزواج كما يلي: "الزواج عقد يربط أحد الزوجين بالآخر برباط قانوني واجتماعي، وإذا تم بين زوجين مختلفي الجنسية، سمي بالزواج المختلط"².

ونعرف من جهتنا الزواج المختلط بأنه: "الرابطه الزوجية التي تعقد بين رجل وامرأة، يختلفان في الجنسية أو الديانة أو في كليهما".

المطلب الثاني

تحديد الطبيعة القانونية للميراث

تعتبر المواريث إحدى المواد المثيرة للجدل تقليديا، لأنها تقع على الحدود الفاصلة بين الحالة الشخصية والحالة العينية، بل وحتى على حدود الأعمال القانونية. فهي باعتبارها تؤمن انتقال مجموع الذمة المالية للشخص بسبب الوفاة، فإنها تتبع الحالة الشخصية، وبما أن هذا الانتقال ينصب على الأموال، فإنها تتبع الحالة العينية، كما أن الانتقال يمكن أن ينجم، كليا أو جزئيا عن عمل إرادي صادر عن المتوفى قبل وفاته، وفي هذه الحالة يتدخل قانون الأعمال القانونية في مجال يتعين تحديده³.

1- Yacine Chaib, op.cit, p 176.

نقلا عن: بشرى زلاسي، الزواج المختلط إشكالية تنازع القوانين....، مرجع سابق، ص6.

² - محمد فتحي قاضي، الزواج المختلط وآثاره في جمهوريات الإتحاد، مجلة الأمن العام، عدد 62، جويلية 1973، ص

08، نقلا عن: بشرى زلاسي، الزواج المختلط إشكالية تنازع القوانين....، مرجع سابق، ص6.

3- موحند اسعد، القانون الدولي الخاص، ترجمة فائز أنجق، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص31. أنظر كذلك:

أنظر كذلك، Jean Derruppé, droit international privé, 14^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2001, p 162, Daniel Gutman, droit international privé, 4^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2004, p 119, n° 213.

اختلفت النظم القانونية في تكييفها لطبيعة أيلولة التركة من المورث إلى الورثة بسبب الموت، حيث اعتبرت في معظمها من مسائل الأحوال الشخصية، تأثرا بنظريات الفقهاء "مانشيني" و"سافيني" (الفرع الأول). وعلى العكس، ذهبت بعض النظم القانونية إلى اعتبار الميراث من مسائل الأحوال العينية، تأثرا بنظرية الفقيه "دارجنتريه" (الفرع الثاني). وعلى عكس الاتجاهين السابقين، ذهب بعض الفقهاء إلى تكييف الإرث تكييفاً آخرًا يخرج من دائرة الأحوال الشخصية و الأحوال العينية على حد سواء (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تصنيف الميراث ضمن الأحوال الشخصية

يعتبر الميراث وفقا لهذا المذهب، من قبيل مسائل الأحوال الشخصية، قبل أن يكون وسيلة للتملك، ولقد كان للخلاف حول دلالة مصطلح "الأحوال الشخصية" أثر كبير في إدراج الميراث من عدمه ضمنه (أولا) واستند - بطبيعة الحال - الفريق الذي اختار تكييف الميراث ضمن الأحوال الشخصية على دوافع واعتبارات لتبرير موقفهم (ثانيا)، ولقد لعب كل من الفقيهين "مانشيني" و "سافيني" دورا كبيرا في التأسيس لهذا الرأي (ثالثا) ، كما أن مشرعي العديد من الدول تبنا هذا النهج فيما يتعلق بتكييف الميراث (رابعا).

أولا - المقصود بمصطلح الأحوال الشخصية :

يعد مصطلح الأحوال الشخصية من المصطلحات ذات الصبغة القانونية التي ابتدعها الفقه الإيطالي في القرن 12 م .

لم يستعمل الفقه الإسلامي مصطلح "الأحوال الشخصية" في كتبهم التي درجوا فيها على البحث في المسائل التي تدخل في هذا الباب ضمن كتب: النكاح، الطلاق، النفقة، السنة... و غيرها¹.

وإن كان هناك من يعزو أول ظهور لهذا المصطلح (من الناحية التاريخية) إلى الخليفة الإسلامي: عمر بن الخطاب رضي الله عنه، لما ترك للسكان المسيحيين (في مدينة القدس) حرية تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في المسائل المتعلقة بأمورهم العائلية²، فإن بعض المعاصرين، يرون أن أول من أطلق هذا المصطلح على الأحكام المتعلقة بالأسرة هو الأستاذ "محمد قدري باشا" بمصر³.

إن مصطلح الأحوال الشخصية متضمن في القانون الداخلي، إلا أن دوره يعد أكثر تميزاً في نطاق القانون الدولي الخاص⁴، وعلى قدر الأهمية التي يكتسبها تحديد مفهومه، على قدر الخلاف الذي اعترى ذلك الضبط على مستوى: الفقه، القضاء و التشريع، في مسألة تحديد نطاقه و مضمونه⁵، مع اتفاقهم على إطاره العام الذي يضم الأحكام المنظمة

1- فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 و تعديلاته، د.د.ن، العراق، 2004، ص 07، أنظر كذلك هاني الطعيمات، فقه الأحوال الشخصية في الميراث ...، مرجع سابق، ص 13.

2- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية و القانون الفرنسي، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009، ص 107.

3- حيث وضع في أواخر القرن 19 مدونة قانونية مستمدة من المذهب الحنفي، تشمل أحكام الزواج و الطلاق و ما يتعلق بهما، و أحكام الميراث و الوصية و الهبة و الحجر و ما يترتب عليه، و هي المدونة التي أطلق عليها اسم "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية" و قد شرح هذه المدونة محمد زيد الأبياني بكتاب عنوانه "شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية".

هاني الطعيمات، فقه الأحوال الشخصية في الميراث ...، مرجع سابق، ص 14. أنظر كذلك: فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح الأحوال الشخصية العراقي...، مرجع سابق، ص 07.

4 - Bernard Audit, droit international privé, 6^{ème} éd, Economica, 2010, p 126.

5- نورية شبورو، الميراث و الوصية و سائر التصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص 25.

للعلاقات الأسرية، كالزواج والطلاق والولاية، إلى جانب الأحكام المتعلقة بالإنسان¹، إلا أن هناك أحكاماً أخرى كانت محل اختلاف بين الفقهاء، بين من يرى إدخالها في نطاق الأحوال الشخصية وبين من يرى إخراجها عنها و إدخالها في نطاق الأحوال العينية، كالوصية والميراث و الهبة ... إلخ، وما يترتب هذا الخلاف من آثار، لاسيما في مجال تنازع القوانين.

هناك من عرّف الأحوال الشخصية على أنها مجموع المسائل التي يحكمها ما يسمى بالقانون الشخصي².

إلا أن البعض الآخر فضل تعريفها على أنها : "مجموع المسائل المتعلقة بالأشخاص في المجتمع المدني أو حسب الحالة مجموع القوانين المطبقة عليهم، فمما لا شك فيه أن العلاقات القانونية هدفها في آخر المطاف هو الأشخاص، بينما البعض الآخر لا يراها إلا من زاوية أعمالهم و أموالهم"³.

عمدت بعض التشريعات الوضعية إلى تعداد العناصر التي تتدرج في نطاق مفهوم الأحوال الشخصية، ومن ذلك ما قرره المشرع التونسي في المادة 02 من مرسوم 12 جويلية 1956. والتي استمدها من القانون المصري رقم 147 لسنة 1949 المتعلق بنظام القضاء والتي جاء فيها : " تشمل الأحوال الشخصية ... و المواريث...."⁴.

1 - د/ موحند اسعد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 267.

2- نورية شيبورو، الميراث و الوصية و سائر ...، مرجع سابق، ص 25.

3 - Bernard Audit, op.cit, p 126.

Pierre Maye, Vincent Heuzé, droit international privé , 8^{ème} éd, Montchrestien, 2004, p 374.

4- فقد سبق لمحكمة النقض في جمهورية مصر العربية أن أعلنت في قرار مشهور بتاريخ 21 يونيو 1934 عما يلي الأحوال الشخصية هي مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية، ككون الإنسان نكرا أو أنثى، و كونه زوجا أو أرملًا أو مطلقا أو ابنا شرعيا أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيد بها بسبب من أسبابها القانونية، أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية ، إذن فالوقف و الهبة والوصية و النفقات على اختلاف أنواعها و مناقشها من الأحوال العينية، غير أن المشرع المصري وجد أن الوقف و الهبة و الوصية - و كلها من عقود=

أما بالنسبة للقضاء المغربي فمن الملاحظ أن الأحكام التي حاول فيها تحديد مفهوم الأحوال الشخصية كانت قليلة جداً، لا تتعدى ثلاثة أحكام تنطلق كلها من بيان المفهوم المذكور من منطلق وظيفي، أو حسب زاوية معينة لا يستقيم معها جعل ذلك البيان عاماً وشاملاً. و مهما يكن، فإن القضاء المغربي، وعلى مسار غيره من القضاء السائد في الدول العربية الإسلامية، قد قرر أن فكرة الأحوال الشخصية يتعين أن تفهم وأن تستخدم بنفس المعنى المعمول به في نطاق القانون الداخلي، وبعبارة أخرى، فإن مفهوم الأحوال الشخصية بوصفه من الفكر المسندة المعتمدة في مجال تنازع القوانين، يجب أن تشمل كل الميادين التي يعتبرها قانون القاضي داخلة في دائرة الأحوال الشخصية¹.

و خلاصة القول أن مصطلح الأحوال الشخصية يشمل المسائل المتعلقة بالأشخاص ويحكمها القانون الشخصي للفرد، وأن للمصطلح قيمته وأهميته في بعض التشريعات وفي نطاق القانون الدولي الخاص².

ثانياً - دور الفقيه "مانشيني" في إدراج الميراث ضمن الأحوال الشخصية¹ :

=التبرعات - تقوم غالباً على فكرة التصديق المندوب إليه ديانة . فألجأ هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية ...". غير أن المشرع المصري أدرك أن عدم تفصيل مسائل الأحوال الشخصية من جانبه قد أثار اضطراباً و خلافاً، و لذلك سد هذا النقص في المادة 28 من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة، الصادر بالقانون رقم: 49، لسنة 1937 و التي نص فيها على ما يلي: تمثل الأحوال الشخصية المنازعات و المسائل المتعلقة ... بالهيئات و الموارث وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ..."، و هو نفس ما ذهب إليه القانون المدني المصري رقم: 147 بتاريخ: 1949م، و ذلك بعد إلغاء القانون السالف الذكر. إلا أن هذا القانون ألغي بدوره بالقانون رقم: 43 لعام 1965، ولأنه لم يتضمن رسماً لنطاق الأحوال الشخصية، استمر العمل بالتعريف السابق رغم إلغاءه.

أنظر: أحمد سلامة، الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين و للأجانب، الكتاب الأول، المكتبة العالمية، القاهرة، مصر، 1960، ص ص 36-41.

- 1- أحمد زوكاغي، أحكام التنازع بين القوانين ...، مرجع سابق، ص ص 123-125.
- 2- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص ص 239-240.

يعد "مانشيني" (Manchini) زعيم المدرسة الإيطالية الجديدة²، وقد اعتنق مبدأ شخصية القوانين إلى حد المغالاة، ورأى أن القوانين توضع للأشخاص لا للإقليم، وهي لا تصلح لغير الأشخاص الذين وضعت لهم، وقال أن كل أمة يجب أن تكون لها دولة، وليست الدولة إلا الأمة، وقد كان مذهبه وليد الظروف السياسية التي كانت إيطاليا تمر بها وقتئذ إذ كانت تسعى إلى وحدتها و استقلالها عن الإمبراطورية النمساوية، فأخذ "مانشيني" (Manchini) ينادي بالدولة الإيطالية التي تتكون منها الأمة الإيطالية وحدها. ورأى أن مبدأ شخصية القوانين يجب أن يكون هو الأصل³ في القانون الدولي الخاص لكنه قبل إقليمية القوانين على سبيل الاستثناء.

أكثر "مانشيني" (Manchini) من الاستثناءات التي أدخلها على مبدأ شخصية القوانين حتى قيل أن هذه الاستثناءات فاقت الأصل و أصبحت أكثر منه، ولم يبق في نطاق الأصل إلا القواعد الخاصة بالأحوال الشخصية التي عرفت اتساعا في مذهبه حتى شملت المواريث إلى جانب النظم المالية المقترنة بعقد الزواج، ونظام المنقولات⁴.

وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهت لفقهِ "مانشيني" (Manchini) والمرتكزة أساسا على: أساسه و العيب في صياغته في صورة قاعدة و استثناءات، إلا أن هذا الفقه كان له

1- إن اقتصرنا على ذكر دور هذين الفقيهِين فقط لا يعد تجاهلا منا لدور المدارس الفقهية الأخرى، إلا أن دراستنا التطور التاريخي لتنازع القوانين هي التي كشفت لنا الأثر الكبير لهذين الفقيهِين فيما يخص إحقاق المواريث ضمن الأحوال الشخصية.

2- سميت بالمدرسة الإيطالية الجديدة (الحديثة) تمييزا لها عن المدرسة الإيطالية القديمة، و هي تقوم على الأخذ بشخصية القوانين، فالقانون الواجب التطبيق على جميع العلاقات القانونية هو قانون الدولة التي ينتسب إليها الأشخاص أطراف العلاقة، و شخصية القوانين بالنسبة لهذه النظرية هو الأصل، و لا يؤخذ بقانون غير القانون الشخصي إلا في حالات استثنائية، و بهذا يمكن القول بأنها تأخذ بشخصية القوانين النسبية.

أنظر: حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني (دراسة مقارنة)، مكتبة دار الثقافة، عمان الأردن، 1995، ص 42.

3- مخالفا بذلك النظريات السابقة التي جعلت إقليمية القوانين هي القاعدة.

4- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص ص 33-34.

سيطه لدى رجال الفقه في النصف الثاني من القرن التاسع عشر. لاسيما بما أحدث من تأثير في ميدان تنازع القوانين: من خلال أول هجوم مؤسس من الوجهة النظرية لصالح قانون الجنسية ضد قانون الموطن من جهة. ومن خلال اتساع مجال تطبيق مبدأ شخصية القوانين من جهة أخرى، وقانون الجنسية بوصفه القانون الشخصي، ليشمل إلى جانب الحالة والأهلية: الميراث في العقار وفي المنقول والنظام المالي للزوجين و كذلك المنقولات.

لاقت هذه النظرية انتشارا واسعا لدى الدول الأوربية وفي البلاد العربية، لا سيما من خلال تطبيق قانون الجنسية في بعض المسائل بدلا من قانون الموطن كما سنرى ذلك لاحقا¹.

ثالثا - دوافع تصنيف الميراث ضمن الأحوال الشخصية:

يستند أنصار الاتجاه المنادي بتصنيف الميراث ضمن الأحوال الشخصية على عدة أسباب منها كونه يتصل أساسا بواقعة حياة الشخص ووفاته، و كونه النتيجة الطبيعية لتلك الوفاة، كما أن الأسباب المؤدية للميراث هي عناصر مأخوذة من حالة الشخص، كروابط النسب و القرابة واعتبارات المحافظة على أموال المتوفى ضمن نطاق العائلة، وفي إطار درجة القرابة، فكلما زادت درجة النسب والقربى ازدادت الحصة الإرثية.

فالمصلحة العائلية وتنظيم الأسرة وكفالة التضامن بين أفرادها هو الذي يهيمن على أيلولة التركة، أي أن الأمر يتعلق بخلافة أسرية أكثر منها ملكية مجردة للأموال ولهذا يخضع الميراث للنظام القانوني الذي يخضع له الشخص نفسه سواء كان قانون الجنسية أو قانون الموطن².

1- محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي، مرجع سابق، ص 28.
2- موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص 75، أنظر كذلك: ابن=

رابعاً- التشريعات التي أدرجت الميراث ضمن الأحوال الشخصية:

فضلت العديد من التشريعات العربية منها والغربية إلحاق التركات بالأحوال الشخصية. على غرار التشريع المصري الذي فرق بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية منذ عهد الإصلاح القضائي، حيث كان نطاق الأحوال الشخصية آنذاك في مصر أوسع منه في الكثير من البلاد الأوربية وبخاصة فرنسا، فبالرغم من أن المشرع المصري استقى التقنين المدني المختلط عن التقنين المدني الفرنسي، إلا أنه هجر ما عليه الحال في هذا الأخير من قصر الأحوال الشخصية على الحالة والأهلية العامة، متأثراً في بيان نطاق الأحوال بمصدر آخر هو التقنين المدني الإيطالي القديم المتأثر بفقه "مانشيني" والموسع لهذا النطاق، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى كون مصر في ذلك الوقت خاضعة لنظام الامتيازات الأجنبية، وهو نظام يقوم على مبدأ شخصية القوانين (بمعنى امتدادها)، وكان صعباً على المشرع وهو مغلول اليد بهذا النظام، أن يضع قانوناً إقليمياً يتمتع بنطاق واسع يعمل فيه، ويضيق معه نطاق الأحوال الشخصية، وهو ما أدى إلى تضيق سلطان القوانين الإقليمية التي يصدرها (وهي القوانين المختلطة ثم القوانين الأهلية) عن بعض المسائل لتبقى تحت سلطان القانون الشخصي، سالكا لهذه الغاية نهج المشرع الإيطالي فصار بذلك نطاق الأحوال الشخصية في القانون المصري (في ميدان التنازع الدولي للقوانين) يشمل الميراث كذلك¹.

=عومر محمد الصالح، "الميراث في القانون الدولي الخاص"، دراسات قانونية، عدد 11، مركز البصيرة، 2011، أنظر كذلك: الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري (في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005)، ج 1، ط 2، د.د.ن، د.ب.ن، 2008، ص 196، موحد إسعد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 315، د/ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص "الأردني و المقارن"، ج 1، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 1998، ص 107. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 283-284. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 599.

1- المادتان 04 و 07 مدني مختلط و المادة 54 مدني أهلي.

نقلا عن: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 172-173.

وقد أبقى المشرع المصري على هذا المفهوم الموسع للأحوال الشخصية الذي يضم، ليس فقط الحالة و الأهلية، ولكن المواريث أيضا، رغم استرداد سيادته كاملة وهذا عند تقنين القانون المدني لما قدره من أن تطبيق قانون الجنسية على مجموع هذه المسائل هو الأقرب إلى تحقيق العدالة من وجهة نظره¹.

ساير المشرع الجزائري الاتجاه الذي اعتبر التركات من الأحوال الشخصية إذ أن قانون الأسرة هو المختص ببيان أحكامها² ، سالكا منحى تشريعات الدول الإسلامية كمصر، ليبيا³، وهو التكيف الذي أخذ به القانون الألماني، اليوناني، الإيطالي والبولوني واتفاقية لاهاي لسنة 1928⁴.

الفرع الثاني

تصنيف الميراث ضمن الأحوال العينية

فضلت بعض التشريعات إدراج الميراث ضمن الأحوال العينية، هذه الأخيرة التي لم يتفق كذلك على تحديد المقصود منها (أولا)، و يرجع هذا التصنيف إلى أسباب تاريخية كان للفقهاء الفرنسي الدور الكبير فيها (ثانيا). وقد أدت الدوافع العديدة لاعتبار الإرث من الأحوال العينية (ثالثا) إلى تأثر بعض التشريعات بهذا المذهب (رابعا).

1- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 174-179.

2- أدرج المشرع الجزائري أحكام الميراث ضمن الكتاب الثالث من قانون الأسرة، حيث تنص المادة 74 منه: " تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة و تحديد أنصبتهم في الميراث و على انتقال أموال التركة".

- ابن عומר محمد الصالح، الميراث في ظل القانون، مرجع سابق، ص 91، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 79، أنظر كذلك:

Albert Bastenier et autres, le statut personnel des musulmans, droit comparé et droit international privé, Etablissement Emile Bruylant, Bruxelles, Belgique, 1992, p 230.

3- يعتبر الميراث في ليبيا رغم صياغته المالية الظاهرة، من مواد الأحوال الشخصية طبقا للمادة 160 من نظام القضاء الجديد رقم 51 لعام 1976 إذ ذكرت من بين هذه المواد المسائل المتعلقة بالمواريث.

محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي...، مرجع سابق، ص 150.

4- المرجع نفسه ، ص 150.

أولاً- تحديد المقصود بمصطلح الأحوال العينية:

لم تول المحاكم اهتماما كبيرا لضبط أسس مفهوم الأحوال العينية، واهتم الفقهاء فقط بمحاولة حل النقاط المتنازع فيها¹. إلا أنه يمكن تعريفها حسب طبيعة المسائل المجتمعة فيها، والتي تخص مباشرة الأموال، هذه الأخيرة التي يمكن أن تشكل - فردية كانت أو في عموميتها - الثروة أو الذمة المالية²، وبذلك، فإن اصطلاح الأحوال العينية يشير - مقابلة لاصطلاح الأحوال الشخصية- إلى المركز القانوني للأموال³.

ثانيا - دور الفقه الفرنسي في إدراج الميراث ضمن الأحوال العينية:

تعتبر نظرية الفقيه الفرنسي " دارجنتره " (D'Argentré) التي تقوم على أساس فكرة الإقليمية من أهم النظريات التي أسهمت في تغيير الأفكار السابقة والمترتبة عن نظام الإقطاع. إذ أن فرنسا كانت مقسمة إلى إقطاعات، وكان لكل إقطاعية منها قواعد العرفية الخاصة بها، وكانت هذه القواعد عينية " بمعنى إقليمية، وكانت هذه العينية لازمة من لزامات النظام الإقطاعي، ذلك أن هذا النظام يقوم على تقدير الأرض، فكانت هي محور النظام السياسي، و عليها تتوقف حالة الشخص، فعلى أساسها تتحدد الوطنية والأجنبية، والتبعية والحرية⁴.

كان "دارجنتره " (D'Argentré) مواطنا من مقاطعة "برتوريا" التي كانت مستقلة، ثم ضُمت إلى المملكة الفرنسية في عصر "فرانسوا الأول". وقد كان سكانها منطوين على أنفسهم، ولا يستطيعون أن ينسجموا مع باقي السكان الفرنسيين للمملكة، وظلوا محتفظين بمقوماتهم، ونظرا لكون "دارجنتره" من المتعصبين لاستقلال موطنه، فقد أقام مذهبه على

1- Henri Batiffol, Paul Lagarde, droit international privé, Tome1, 7^{ème} éd, L.G.D.J, Paris, 1981, p 330, n°283.

2 - Pierre Mayer, Heuzé Vincent ,op.cit, p 467.

3- محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي...، مرجع سابق، ص 113.

4 - المرجع نفسه، ص 21.

مبدأ إقليمية القوانين والتعصب لعرف مقاطعته فنأدى بوجوب تطبيقه وحده في إقليم مقاطعته¹، لذلك، فإن مجموع أعمال " دارجنترية " قد استهدفت الدفاع عن الخصوصية القانونية للعرف البروتوني ضد محاولات التوحيد الصادرة عن رجال القانون الملكيين، ولم يكن نظام إقليمية الأعراف ابتكاراً من قبل " دارجنترية " وإنما كان يشكل تركة من مخلفات الإقطاعية، غير أنه عكف على تطويره بصورة منهجية وجعل منه أساساً لتنازع القوانين². فقد انطلق من التمييز بين الأحوال العينية والأحوال الشخصية، فبالنسبة له، كل الأعراف، إما عينية أو شخصية، وهي تتبع الشخص حتى خارج إقامته، فهي تتعدى الإقليم³، خلافاً للنظام الإقطاعي الذي كان ينفي كل إمكانية لتطبيق العرف الأجنبي، أي ينكر كل إمكانية لتنازع القوانين، فإن " دارجنترية " كان ينادي بنظام يفسح المجال للأعراف والقوانين الأجنبية⁴.

يظهر مما تقدم أن قسم الأحوال العينية قد اتسع، وفي المقابل ضاق قسم الأحوال الشخصية، بحيث يمكن القول أن نظرية " دارجنترية " تركز على قاعدة وهي: إقليمية الأحوال، و استثناء مفاده أن الأحوال قد تمتد خارج الإقليم .

ويرى بعض الشراح أن علة إيراد هذا الاستثناء هي فكرة العدالة، إذ مما يتفق مع طبيعة الأشياء، أنه إذا توطن الشخص في إقليم، وتحددت حالته وأهليته وفقاً لأحوال هذا الإقليم، وجب أن لا تتغير بمجرد أنه غادر الإقليم إلى آخر. كما أنه من المعقول أن تسند المنقولات إلى مقر ثابت، وأنسب مقر لها هو موطن مالكها. هذا ولم يسلم شراح آخرون بالتعليل السابق ويرون أن هذا الاستثناء يركز بدوره على مبدأ إقليمية الأحوال⁵.

1- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 29.

2- موحند اسعد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 67.

3- Patrik Courbe, droit international privé, 2^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2003, p 24, n° 37.

4- موحند اسعد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 68.

5- محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين و تنازع... مرجع سابق، ص 22.

ساد فقه "دارجنترية" في فرنسا حتى قيام الثورة الفرنسية، واتبعه القضاء الفرنسي حتى هذا التاريخ ، ثم جاء فقهاء القرن الـ 19م، فتناولوه بمعاول الهدم¹، ومن أهم ما عابوه عليه أن تقسيمه للأحوال لا يستوعب كافة الأحوال، وأن ما يؤخذ على " دارجنترية " هو أنه استعمل مصطلحات غير منضبطة².

وعلى الرغم من أن فقه "دارجنترية" لم يحظ في فرنسا بما يستحقه من نجاح، فقد نجح في هولندا التي كانت مرتعا خصبا لمذهبه، حيث تناوله الفقهاء الهولنديون بالشرح و التوسع، و اعتنقوا تقسيمه للأحوال العينية والشخصية ومذهبه في إقليمية القوانين³.

لم يحظ فقه القانون الدولي الخاص في فرنسا خلال النصف الأول من القرن التاسع عشر بفتية مبتدع، بل سار الفقهاء إبان هذه الفترة على مذهب من سبقهم، وخصوصا على مذهب " دارجنترية "، كما ظل القضاء الفرنسي يسير على المذاهب التقليدية.

ظهر في فرنسا في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن الحالي العديد من الفقهاء الذين أسهموا بقسط وافر في تطوير قواعد التنازع، من أشهرهم الفقيه " ديفاري سومبير " (de Vareille-Sommière) الذي كان من أشد المعارضين لمبدأ امتداد القوانين، واعتنق مبدأ إقليمية القوانين بحماس، و كان يقول أن القوانين تعمل للإقليم الذي تصدر فيه، وكل مشروع يشرع لبلده وحده لا لبلد آخر، ومعنى الإقليمية عنده أن كل واقعة تقع في بلد يجب أن تخضع لقانون هذا البلد، ويجب أن يطبق عليها قانون هذا البلد ولو أمام محكمة بلد آخر، وإذا كان الأصل عنده هو إقليمية القوانين، فإن هذا لم يمنع من وجود بعض الاستثناءات على غرار المنقولات التي يتركها المورث، والتي تخضع لقانون موطنه الأخير.

1- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 30.

2- محمد المبروك الافي، تنازع القوانين و تنازع ...، مرجع سابق ، ص 22.

3- من أشهر هؤلاء الفقهاء: بول فويت (1619-1677) و ابنه جان فويت (1647 - 1694) و اولريك هوير (1636 - 1694) . أنظر: علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ، ص 30.

لقد تأثر الفقه الفرنسي الحديث بأراء "ديفاري سومبير"، بل و تأثر به الرأي الرسمي الفرنسي، فنقضت فرنسا اتفاقيات لاهاي المتعلقة بالأحوال الشخصية، ورفضت الانضمام إلى اتفاقية لاهاي الخاصة بالميراث، وساد في فرنسا مبدأ إقليمية القوانين خصوصا بعد الحربين العالميتين، أمام كثرة هجرة الأجانب إلى فرنسا وندرة هجرة الفرنسيين¹.

ثالثا- دوافع تصنيف الميراث ضمن الأحوال العينية:

لقد اتجه البعض في الفقه والقضاء إلى القول بأن الإرث ليس من مسائل الأحوال الشخصية، إنما حالة من الأحوال العينية، بحجة أن الميراث هو أسلوب من أساليب انتقال المال الذي لا يختلف بشكل جوهري عن سائر طرق انتقال الملكية، إذ الفرق ينحصر بالواقعة المادية التي سببت نقل الملكية عن طريق الوراثة (الوفاة)، ولكن الموضوع هو نفسه على الدوام، وهو الذي تخضع له الأموال عموما، فالنظام القانوني للأموال يجب أن يبقى كما هو مهما كانت طريقة الانتقال².

ويتعين وفقا لهذا الاتجاه أولا إسباغ وصف المال على الشيء محل الرابطة القانونية، فإذا انطبق عليها وصف المال، تعين بعدها تحديد نوع المال أهو عقار أم منقول، لأن قاعدة التنازع الخاصة بكل منهما تختلف عن الأخرى³.

رابعا . التشريعات التي أدرجت الميراث ضمن الأحوال العينية :

لقد اختار القانون الفرنسي منذ العصور الوسطى إدراج المواريث ضمن الأحوال العينية⁴، وقد أخذ بهذا الرأي كذلك القانون البلجيكي و كذا القوانين الأنجلوسكسونية¹.

1- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق ، ص ص 31-40.

2- مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، المكتب الجامعي للنشر، د.ب.ن، 2007، ص ص 551-552. أنظر كذلك بن عומר محمد الصالح، الميراث في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 90. موحند اسعد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 315، محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 599.

3- أشرف وفا محمد، آثار التوارث بين الدول على أعمال قواعد القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، عدد 61 لعام 2005، مصر، ص ص 306-307.

4 - Patrick Courb ,op.cit, p 19.

الفرع الثالث

تصنيف الميراث ضمن فئة قانونية مستقلة

خلافا لما ذهب إليه الاتجاهان السابقان، رأى الفقه و القضاء الحديث بأنه لا يمكن إدراج الإرث في فئة الأحوال الشخصية، كما لا يمكن إدراجه ضمن الأحوال العينية. ذلك أنه يدخل ضمن فئة قانونية مستقلة، فالإرث نتيجة لانتهاء الحالة الشخصية، بينما الأحوال الشخصية هي نتيجة لوجود الشخص و ارتباط العلاقات التي تدخل في نطاقها مباشرة. إن الحالة وانتهائها تشكلان واقعيتين متناقضتين، وتطرحان مسائل مختلفة. فليست رابطة النسب و القرابة هي السبب الوحيد للإرث، فالولد المتبنى يرث في بعض القوانين و الأنظمة بمعزل عن صلة النسب و القرابة. إضافة إلى أن الزوجة ليست من الأنساب بمعنى رابطة الدم مع المورث ومع ذلك ترث. ولا يمكن بالمقابل إدراج الإرث في فئة الأحوال العينية، لأن مضمونه يختلف تماما عن مضمون فكرة مركز الأموال.

إن اعتبار الإرث حالة عينية فيه تجاهل لواقع أساسي مفاده أن موضوع الإرث هو التركة التي خلفها المتوفى منظورا إليها كمجموعة شائعة، وليس المال في التركة منظورا إليها منفردا، ومن ثم يرى هذا التوجه إدخال الإرث في فئة قانونية مستقلة هي فئة التركات².

يمكن القول أخيرا أنه إذا عرض على القاضي نزاع مشتمل على عنصر أجنبي بشأن الميراث، فيتعين أولا تبيان معنى الميراث لتحديد الوصف القانوني المناسب للمسألة محل

1- الطيب زروتي، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتها في الزواج المختلط (تعليق على فتوى شرعية للمجلس الإسلامي الأعلى)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، العدد 4، 1993، ص 911.

2 - عبده جميل غصوب ، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ، ص ص 284-285.

النزاع، وهذا التحديد يعد مسألة تكييف لازمة لإسناد المسألة الإرثية للقانون المختص بحكمها¹.

المبحث الثاني

قاعدة الإسناد المتعلقة بميراث الأزواج المختلفي الجنسية ونطاقها

سبق القول أن للتكييف دورا هاما في العلاقات الخاصة الدولية، وبالأخص في قضايا الميراث، إذ يسمح بتحديد القانون المختص بحكمه، والذي يعد من أكثر المسائل تعقيدا في تنازع القوانين نظرا لاختلاف الدول حول تكييف الميراث -كما سبق وأن رأينا-، هذا من جهة، ومن جهة أخرى نظرا لاختلاف جنسية الزوجين وكون الأموال التي يتركها المتوفى منهما قد تكون متعددة من منقولات وعقارات، وقد تكون موزعة في عدد من الدول، أضف إلى ذلك أن المسائل التي يثيرها الميراث متشعبة جدا، وأن تنازع القوانين بشأنها يثير عدة إشكالات منها ما يتعلق بفتح التركة، تحديد الورثة، حالة الشيوخ، التركة الشاغرة... إلخ².

وأمام تعدد هذه المسائل و تنوعها، وبغية إعطاء كل وارث نصيبه في الميراث مهما كانت جنسيته، وأيضا كانت تركته، خصصت تشريعات الدول - بما فيها التشريع الجزائري- ضابط إسناد خاص بالميراث يحدد القانون الواجب التطبيق عليه، لتقسيم التركة بين الورثة وفقه (المطلب الأول)، إلا أن هذا القانون لا يحكم جميع المسائل المتعلقة بالميراث إنما يتحدد نطاقه بمسائل معينة فقط (المطلب الثاني).

1- نورية شيبورو، الميراث و الوصية و.....، مرجع سابق، ص ص 28-29.

2 -François Lyn, "L'unité successorale en droit international privé", recueil DALLOZ, 1er cahier, 09/10/2003, N35/7132, p2391.

المطلب الأول

ضابط الإسناد المتعلق بميراث الأزواج المختلفي الجنسية

قد يتوفى أحد الزوجين تاركا زوجا أجنبيا وأولادا وأقارب آخرين، إضافة إلى تركة مشكلة من منقولات وعقارات، منها ما يكون متواجدا بموطنه، ومنها ما يكون متواجدا بالبلد الذي ينتمي إليه بجنسيته، لتبدأ بعد ذلك رحلة البحث عن القانون الواجب التطبيق، وفي هذا الصدد ينبغي التنويه بأن الخلاف حول الطبيعة القانونية للميراث قد أثر في تشريعات مختلف الدول في ما يخص ضابط الإسناد الخاص بها، حيث ذهب فريق منها إلى تطبيق قانونين على الميراث، حيث يفرق هذا الاتجاه بين الميراث في المنقول و الميراث في العقار (الفرع الأول) في حين ذهب الفريق الآخر من الدول إلى تطبيق قانون واحد على الميراث من غير تفرقة بين المنقول والعقار (الفرع الثاني). وهو ما أخذ به المشرع الجزائري (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تطبيق قانونين مختلفين على ميراث المنقول والعقار

اتجهت بعض الدول إلى التفرقة بين الميراث في المنقول والميراث في العقار، وبذلك فقد خصصت لكل منهما قاعدة إسناد تختلف عن الأخرى، وذلك لأسباب تاريخية (أولا)، رغم الانتقادات العديدة التي وجهت لهذا الموقف (ثانيا). وتعد فرنسا من بين الدول التي سارت على هذا النهج قبل صدور لائحة الاتحاد الاوربي رقم 2012/650 لـ 04 جويلية 2012 المتعلقة بالمواريث، والتي بدأ العمل بها في فرنسا والدول الأعضاء الأخرى فيها بتاريخ 17 أوت 2015 (ثالثا).

أولاً- الأصل التاريخي للترفة بين القانون الواجب التطبيق على ميراث المنقول

والعقار

تقصى رجال الفقه مختلف القواعد السابق ذكرها، وبحثوا عن أصول الكثير منها في طيات تاريخ القانون، وخاصة فقه أصحاب نظرية الأحوال، وكشفوا عن الظروف التي نشأت فيها هذه القواعد¹. فقد كان هذا الاتجاه الذي نادى بالتمييز بين الميراث في المنقول والميراث في العقار هو السائد في قوانين الدول بصفة عامة إلى القرن التاسع عشر، والسبب في هذا راجع إلى أحوال الجماعة في ذلك الوقت وملابساتها الاقتصادية والسياسية، إذ كانت تحتم سلوك هذا السبيل². إذ يعد العقار عنصراً مرتبطاً بالإقليم لأسباب متعلقة بسيادة الدولة، حيث أن مصلحة هذه الأخيرة تكمن في أن تطبق قوانينها على العقارات المتواجدة فوق إقليمها. وتعتبر هذه الفكرة مستوحاة من الإقليمية المرتبطة بالقرون الوسطى، أي سابقة للمفهوم الحديث للدولة³. فقد كانت ملكية العقارات في النظام الإقطاعي تكتسي أهمية كبيرة، فعلى حيازة الأراضي كانت تتوقف السلطة السياسية، فكان السيد ينفذ على نقلها حق الرقابة، والاستيلاء شخصياً على تركة الأجانب⁴. أما المنقول فعنصر ضعيف من عناصر الثروة، يسير النقل، سريع التحول من مالك إلى آخر، لذلك كان من الأمور الطبيعية أن ينظر علماء مدرسة الأحوال إلى العقار - باعتباره الركن المالي الأساسي للإقليم - نظرة التفضيل، وأن يعتبر الميراث فيه من الأحوال العينية التي يؤثر فيها دائماً قانون الإقليم على ما عداه⁵.

1- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 337-338.

2- مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، حق الأجانب في التملك ...، مرجع سابق، ص 552.

3 - Bernard Audit, op.cit, n° 154.

4 - Yvon Loussouarn et autres, droit international privé, 8^{ème} éd, Dalloz, 2004, p569, n° 428.

5- و هي في الحقيقة تطبيق لقاعدة أخرى أعم منها، ألا و هي قاعدة خضوع المال لقانون موقعه، بمعنى أن الميراث في العقار يقع في دائرة نظام الأموال. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 339، أنظر كذلك:

Henri Batiffol, Paul Lagarde, op.cit, p 327, n° 280.

ثانيا- الانتقادات الموجهة للتفرقة بين القانون الواجب التطبيق على ميراث المنقول

وميراث العقار

انتقد بعض الفقه التفرقة بين ميراث المنقول و ميراث العقار، لكونها تؤدي من الناحية العملية إلى ترتيب أوضاع شاذة. فنجد المنزل مثلا خاضعا لقانون بينما أثاثه يخضع لقانون آخر¹.

وتؤدي هذه التفرقة أيضا إلى التصادم مع الكثير من الصعوبات الفنية، ذلك أن اختلاف القواعد الموضوعية للميراث في مختلف الدول من شأنه أن يؤدي إلى اعتبار الشخص وارثا في قانون، وغير وارث في قانون آخر، ضف إلى ذلك صعوبة تحديد نطاق تطبيق القوانين التي أشارت إليها قاعدة الإسناد، دون أن ننسى صعوبة التكييف لتحديد ما هي الأموال المنقولة وما هي الأموال العقارية المشكلة لمجمل التركة، فالتكييف أمر إلزامي ويفرض نفسه كما سبق وأن رأينا، لأنه محقق لحاجيات تنفيذ قواعد الإسناد في الدول التي تأخذ بهذا الاتجاه². إضافة إلى كل هذه المساوئ السالفة الذكر، فإن التفرقة بين الميراث في المنقول و الميراث في العقار تؤدي إلى تجزئة التركة إلى كتل من الأموال على قدر ما توجد قوانين مختصة مختلفة، حيث أن كل كتلة تعتبر و كأنها مستقلة، إذ يتم تصنيفها دون الأخذ بعين الاعتبار مصير الكتل الأخرى بحسب القانون الذي يحكمها، كما أن نفس الفرد يمكن أن يكون قابلا لكتلة معينة ورافضا لأخرى³، مما يؤدي إلى كثير من التعقيدات والتعارض

1- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2001، ص 269. أنظر

كذلك علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 79.

2 - C'est la solution magistralement affirmée par un jugement du tribunal de grande instance de la Seine dans la célèbre affaire *stroganoff-schebatoff* : « c'est à la loi française qu'il y a lieu de recourir pour déterminer si les objets sont des immeubles ou des meubles et en déduire la loi qui régit leur dévolution ; il n'est en effet pas possible de qualifier des biens successoraux selon la loi de leur situation, sous peine de donner compétence a cette loi alors qu'il s'agit précisément de dire laquelle est compétente ». Sandrine Clavel, droit international privé, 2^{ème} éd, Dalloz, Paris, p 408 , n° 779.

3 - Pierre Mayer, Vincent Heuzé , op.cit, p587, n° 804 .

عند تطبيق القوانين المختلفة على تركة واحدة¹. فلو فرضنا أن ألمانيا توفى سنة 2010 متوطنا بإيطاليا، تاركا أموالا منقولة وأخرى ثابتة في فرنسا، فستخضع الأموال المنقولة للقانون الإيطالي، الذي هو قانون موطن المورث، بينما تخضع العقارات للقانون الفرنسي، أي قانون المكان الذي توجد فيه، مع مراعاة التغيير الذي قد ينجم عن تطبيق نظرية الإحالة.

ثالثا - القانون الفرنسي كأنموذج للتشريعات التي أخذت بالترقية بين المنقول والعقار من حيث القانون الواجب التطبيق عليهما

تعتبر فرنسا نموذجا للدول التي اختارت فيما سبق الترقية بين الميراث في المنقول والميراث في العقار ودام هذا إلى غاية صدور لائحة الاتحاد الأوربي رقم 650 / 2012 المتعلقة بالميراث، والسبب في ذلك يرجع إلى أن المشرع الفرنسي نظر إلى التركة بكونها ذات صفة مزدوجة، فهي من جهة تمس الروابط الأسرية، وعليه تدخل ضمن طائفة الأحوال الشخصية، وهي من جهة أخرى تتعلق بالمال، لذا تصنف أيضا ضمن طائفة الأموال والتصرفات القانونية التي تقع عليها².

من جهة أخرى نجد أن الفقه الفرنسي القديم تأثر بالمدرسة الإيطالية القديمة التي قضت بإخضاع الميراث لقانون موقع المال *la lex rei sitae* أما المنقول فقد أخضعه لقانون موطن المتوفى *la lex ultimi domicilii*.

1 - إخضاع التركة المتعلقة بالأموال العقارية لقانون موقع المال

1- هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص ص 313-312.

2- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون ...، مرجع سابق، ص 155. أنظر كذلك:

Pierre Mayer, Vincent Heuzé, op.cit, p 408, n 778.

قضت الفقرة الثانية من المادة 3 من القانون المدني الفرنسي¹ بإسناد العقارات الكائنة في الإقليم الفرنسي للقانون الفرنسي، غير أنه لم يكن هناك ميل لتطبيق هذه القاعدة على المسائل الميراثية، إلا أن محكمة النقض الفرنسية سارعت إلى إزالة الغموض الذي كان يشوب هذا النص في قرار *Stewart* الصادر سنة 1837². و الذي أكدت فيه منذ بداية القرن الـ 19 على اختصاص قانون مكان تواجد العقار لحكم ميراث هذا الأخير³.

إن هذه القاعدة لها العديد من المساوئ، أهمها أن تنفيذ قانون موقع العقار يدفع إلى تجزئة قواعد الإسناد الميراثية لما يترك المتوفى عقارات كثيرة في دول مختلفة، وبذلك فإن عدة قوانين تكون مختصة بحكم الميراث، مما يؤدي إلى الطعن في عمومية الذمة المالية، و جزئياً على المساواة بين الورثة. وذلك هو الحال في المثال الذي يعطي فيه قانون الدولة (أ) لفرد من العائلة صفة الوارث في حين يرفض قانون الدولة (ب) منح فرد آخر من العائلة هذه الصفة، رغم أنه تربطه مع المتوفى نفس رابطة القرابة السابقة⁴.

على الرغم من الانتقادات التي وجهت إلى هذه القاعدة، وعلى الرغم من أن العقار لم يعد المصدر الوحيد للثروة - كما كان الشأن في عهود الإقطاع حينما سادت قاعدة خضوع الميراث في العقار لقانون موقعه - ، إلا أن جانبا من الفقه الفرنسي الحديث رأى ضرورة بقاء هذه القاعدة، وأنه لا مفر من تأسيسها على اعتبارات ترجع إلى الطبيعة الخاصة بالعقار وأهميته الاقتصادية والاجتماعية في الدولة التي يقع فيها. ضف إلى ذلك أن إخضاع الميراث في العقار لقانون موقعه يكفل وحدة القانون المطبق في شأن ملكية العقار، والتي تخضع بدورها لنفس هذا القانون، وذلك نظرا للارتباط الواضح بين هاتين المسألتين. لذلك، فإن الاعتبار التي يقوم عليها إخضاع انتقال الملكية في كل عقار على حدة لقانون موقعه

1 - Article 03/2 du code civil Français (créé par loi 1803-03-05 promulguée le 15 mars 1803) : « les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française »

2 - Cass.civ, 14 mars 1837, *Stewart* . cité par :

Daniel Gutmann, op.cit, p 198, n° 212.

3 - Sandrine Clavel, op.cit, p 408, n° 778.

4- Daniel Gutmann, op.cit, p 198, n° 212.

على هذا النحو تبدو -حسبهم- أولى بالاعتبار في هذه الحالة من الرغبة في توحيد القانون الواجب التطبيق على التركة¹.

2 - إخضاع التركة المتعلقة بالأموال المنقولة لقانون موطن المتوفى

إن قاعدة خضوع التركة المتعلقة بالأموال المنقولة إلى قانون الدولة التي كان للمتوفى آخر موطن له فيها، كانت موجودة سابقا في القانون القديم بتطبيق *Mobilia sequuntur personam* (المنقولات تتبع الأشخاص). وقد كان أساسها مع ذلك غامضا، غير أنه بالإمكان ملاحظة وجود رابط شخصي بين المتوفى ومنقولاته، كما يمكن كذلك تبريرها بافتراض تموضع مجمل المنقولات في موطن المتوفى². لكن هذا لا يمنع أن يترك المتوفى أموالا في مكان آخر غير المكان الذي أقام فيه قبل الوفاة³.

إن القاعدة التي تسند ميراث المنقولات لقانون موطن المتوفى (المكان المفترض لها)، تم تكريسها بصعوبات أكثر من طرف المحاكم. ففي القانون القديم، كان هناك خلاف بين المؤلفين حول موضوع تكييفها، إذ كان البعض يرى بأنها من مسائل الأحوال الشخصية، بينما كانت الأغلبية منهم تأخذ بمفهوم الأحوال العينية المتصف بافتراض التمركز الوحيد للمنقولات في موطن المتوفى. وفيما بين هذين المفهومين كان مفسروا القانون المدني الفرنسي مترددين، إلا أن تصنيف ميراث المنقولات ضمن الأحوال الشخصية، بصفته من العلاقات العائلية هو ما دفع بهم إلى إسنادها إلى القانون الوطني للمتوفى.

ابتداء من 1865، كان على محكمة النقض النطق بوضوح لصالح اختصاص قانون الموطن باعتباره المكان المفترض للأموال، في الوقت الذي أيد فيه الفقه المتأثر بالنظريات الشخصية تعديل القانون العرفي الفرنسي من أجل إسناد أيلولة كل الأموال الموروثة للقانون

1- مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، حق الأجانب في التملك....، مرجع سابق، ص 553-554.

2 - Daniel Gutmann, op.cit, n° 213, p 199.

3- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون...، مرجع سابق، ص156.

الوطني، فقام بالضغط على القضاء لإحلال القانون الوطني محل قانون الموطن، على الأقل بالنسبة لميراث المنقولات.

دام هذا الغموض إلى غاية إلغاء المادة 13 من ق.م بواسطة قانون 1927/08/10 المتعلق بالجنسية، خلال هذه المدة، تغير هذا الاتجاه، و نشأ الرأي السائد الذي يعترف بالنقاط الضعيفة للفقهاء الشخصي، ومساوئ الإسناد إلى القانون الوطني. المؤلفون الذين كان يزيد عددهم مع الوقت، انضموا إلى نظرية الموطن الفعلي بصفته من الأحوال العينية.

كان على محكمة النقض التأكيد من جديد على اختصاص قانون آخر موطن، للمتوفى بدافع أنه: " من المعروف أن المنقولات الموروثة تعد موجودة في مكان افتتاح التركة والذي يحدد صلاحيات الاختصاص القضائي...". منذ ذلك الحين، نطقت الجهات القضائية، بصفة - تقريبا - ثابتة، لصالح المحافظة على القاعدة التي تسند الموارث في المنقولات لقانون موطن المتوفى¹.

غير أن تجزئة قاعدة الإسناد المتعلقة بالميراث في القانون الفرنسي قد أغوت العديد من المؤلفين الذين رأى البعض منهم أن هذا الحل يتصف بالواقعية، بينما رأى البعض الآخر أنه "وسيلة فعالة مناسبة لأعمال المتمرسين"، بيد أن هذه التجزئة بعيدة كل البعد لكي تكون حلا مثاليا، كما يعتقد البعض، و لإقناعهم يكفي، حسب البعض الآخر، التفكير في محاسن تطبيق قانون واحد على الميراث. ففي الواقع، وعلاوة على احترام عمومية الذمة المالية، فإن تطبيق قانون واحد يمكن من ضمان المساواة الميراثية للورثة الفرنسيين المشتركين في ميراث

1 - Yvon Loussouarn, et autres, op.cit, n° 430, p p 452-453.

أنظر: قرار *Lebdan* الصادر، 19 juin 1939، Civ، والذي جاء فيه:

« D'après l'ancienne règle, toujours subsistante, les meubles héréditaires sont réputés exister au lieu d'ouverture de la succession et qu'en conséquence leur dévolution est régie par la loi du dernier domicile du défunt ». Sandine Clavel, op.cit, p 408 n° 778.

واحد، دون حاجة إلى اللجوء لتقنية الاقتطاع¹ التي يبدو أنها قديمة و مناقضة للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. والأكثر أن وحدة الميراث عرفت اهتماما متجددا منذ بدأ التوقيع على اتفاقية لاهاي حول القانون الواجب التطبيق على الميراث بسبب الموت لـ 1989/08/01 ولو أن هذه الاتفاقية لم تدخل حيز التطبيق في فرنسا². فقد اعتمدت هذه الاتفاقية رابطا موحدا للمنقولات و العقارات، وهو المقام المعتاد للمتوفى إن هو بقي على الأقل خمس (05) سنوات قبل الوفاة، وإلا فجنسيته، ويستطيع المورث قبل وفاته أن يختار أيا من هذه القوانين (خاصة عند تحرير وصية) يخضع لها توزيع تركته³.

رغم الإنتقادات التي وجهت لقاعدة الإسناد الخاصة بالميراث في فرنسا نظرا للإشكالات التي أثارته إزدواجيتها، إلا أنها طبقت لأمد طويل إلى غاية 17 أوت 2015، وهو تاريخ دخول لائحة الإتحاد الأوربي رقم 2012/650 الصادرة عن البرلمان الأوربي في 04 جويلية 2012، والمتعلقة بالميراث حيز التنفيذ، والتي أقرت بقاء العمل بقاعدة الإسناد التي كان معمولا بها على كل التركات التي توفي أصحابها قبل 17 أوت 2015 ، بينما سنت

1- تقنية الإقتطاع: يتدخل المشرع الفرنسي لحماية حقوق الورثة الفرنسيين في كل مرة يؤدي تطبيق القانون الأجنبي على الميراث إلى حرمان الورث الفرنسي من حقه في الإرث، أو عندما يقرر هذا القانون الأجنبي نصيبا للورث الفرنسي أقل من نصيب الورث الأجنبي، و هذا ما نصت عليه المادة 02 من القانون رقم 1819. إذ تقرر هذه المادة اقتطاع نصيب الفرنسي من الأموال المنقولة الموجودة في فرنسا في كل مرة يكرس القانون الواجب التطبيق، وفق قاعدة التنازع الفرنسية تمييزا " عنصريا " في مواجهة الفرنسي، أو عندما يقرر له نصيبا أقل من نصيب الورث الأجنبي، أو لأن النصيب المقرر في القانون الأجنبي أقل من ذلك الذي يمنحه القانون الفرنسي.

يستفيد من هذا النص الورث المتمتع بالجنسية الفرنسية وقت الوفاة في مواجهة بقية الورثة، سواء أكانوا أجنبيا أم فرنسيين، و يتم الاقتطاع من الأموال الموجودة في فرنسا سواء أكانت منقولة أم غير منقولة.

أنظر: محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 155-156.

2- François Lyn, op.cit, p 2391.

3- بيار ماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي محمود مقلد، القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، بيروت، 2008، ص733.

قاعدة إسناد موحدة تطبق على العقارات والمنقولات على حد سواء - كما سنرى لاحقاً-
تطبق على الشركات التي توفي أصحابها بعد 17 أوت 2015.

الفرع الثاني

تطبيق قانون واحد على ميراث العقار والمنقول

فضل جانب آخر من التشريعات عدم الأخذ بالتفرقة المتقدمة ما بين الميراث في العقار والميراث في المنقول، وجرت على صوغ قاعدة إسناد واحدة، سواء تعلق الأمر بعقار أو بمنقول، وإن كانت قد اختلفت حولها. فبينما يعتبر اتجاه أول الإرث إحدى حالات الأحوال الشخصية، ولهذا يخضع للنظام القانوني الذي يخضع له الشخص نفسه، سواء كان قانون الجنسية أو قانون الموطن. فإن اتجاهها آخر يعتبره من الأحوال العينية، ولهذا ينبغي أن يخضع حسبهم للقانون الذي يخضع له المال نفسه، وهو قانون موقع المال¹.

أولاً - إخضاع الميراث لقانون جنسية المتوفى:

أخضعت تشريعات بعض الدول الميراث لقانون جنسية المتوفى، وإن كان هذا الضابط الذي اعتمده من شأنه أن يثير صعوبات عديدة.

1- التشريعات التي أخضعت الميراث لقانون جنسية المتوفى:

إن جل التشريعات التي تعتبر الميراث من الأحوال الشخصية تسنده لقانون الجنسية، و بالضبط لقانون جنسية المورث، لأنه حجر الزاوية في الميراث، إذ لا تركة بدون².

1- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 338، أنظر كذلك: بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 269.

سامي بديع منصور، عبده جميل غصوب، نصري أنطوان ديب، القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان، ص ص 687-688.

2- فاطيمة موشعال، دور الجنسية في حل مشاكل....، مرجع سابق، ص 75.

وقد أخذت بهذا الاتجاه، كل من ألمانيا¹ قبل دخول لائحة الإتحاد الأوربي رقم 2012/650 المتعلقة بالميراث حيز التنفيذ بتاريخ 17 أوت 2015 و جل القوانين العربية.

وإذا كانت معظم الدول العربية² بما فيها القانون المدني المصري في مادته 17، قد اختارت إسناد الميراث لقانون جنسية المورث وقت وفاته، إلا أن البعض منها أورد استثناءات على هذه القاعدة، بينما فضل البعض الآخر وضع قاعدة إسناد ذات ضوابط إسناد متعددة، وهو ما يتجلى لنا من خلال الأمثلة الآتية:

1- عرض على محكمة ستراسبورج، منازعة تتلخص وقائعها في الآتي: جبرائيل جوكمان، مواطن من أصل أزرسي، غادر بلدته نتال عام 1890 بغرض الاستقرار في مدينة بيونس ايرس، عاصمة الأرجنتين، و على إثر ذلك، فقد الأخير الجنسية الألمانية، و لكن كان يحمل مع ذلك بطاقة إقامة هناك. لم يكتسب المعني الجنسية الأرجنتينية و قد توفي في جنيف عام 1915. و لم يتفق الورثة على الطريقة التي يتم بها توزيع تركة المعني، و مقدار نصيب كل واحد منهم فيها. إزاء ذلك تم طرح الأمر على محكمة ستراسبورج . مما أثار التساؤل التالي: ما هي قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق في هذا الصدد، هل هي قاعدة الإسناد الألمانية السائدة في إقليم الأزرس وقت وفاة المعني، أم هي قاعدة الإسناد الفرنسية وقت طرح النزاع على محكمة ستراسبورج؟

إن إعمال قاعدة الإسناد الفرنسية يعقد الاختصاص للقانون الأرجنتيني بوصفه قانون آخر موطن للمتوفى، في حين أن إعمال قاعدة الإسناد الألمانية، يعقد الاختصاص للقانون الألماني بوصفه قانون آخر دولة كان المتوفى يحمل جنسيتها. بجلسة 1925/11/23 حكمت محكمة ستراسبورج في النزاع السابق مطبقة قاعدة الإسناد الألمانية، المقررة في المادة 29 من قانون إصدار القانون المدني الألماني لعام 1900. تم الطعن في الحكم السابق أمام محكمة كولمار. بجلسة 1929/11/14 حكمت المحكمة المتقدمة برفض الطعن المرفوع أمامها عن الحكم السابق و بتأييد الحكم المستأنف. و قد ذهبت هذه الأخيرة إلى أنه من غير الجائز تطبيق القانون الفرنسي الصادر في 1921/07/24 بأثر رجعي، وفقا لأحكام القانون الانتقالي الفرنسي. فبمقتضى المبادئ السائدة في القانون المتقدم، فإن النظر في التركة في يوم وفاة المورث. و من هذا المنطلق، طبقت المحكمة قاعدة الإسناد الألمانية، و التي كانت سائدة لحظة وفاة المعني.

أنظر هشام خالد، التنزع الانتقالي في تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص ص 105 إلى 107.
2- المادة 1/18 مدني سوري، المادة 1/17 مدني لبيبي، المادة 22 مدني عراقي مع اختلاف في التفاصيل، المادة 47 من القانون الكويتي رقم 05 لسنة 1961، المادة 1/17 من القانون الاتحادي رقم 05 لسنة 1985 بدولة الإمارات العربية المتحدة،

- نقلا عن الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص....، مرجع سابق، ص196، انظر كذلك حسن الهداوي، تنازع القوانين و أحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني، دار عدلاوي، الأردن، 1993، ص127.

تنص المادة 1/18 مدني أردني على أنه: "يسري على الميراث... قانون المورث وقت موته". يلاحظ أن هذا النص جاء مطلقاً، بحيث أنه يشمل المورث الأردني والأجنبي على حد سواء، ويشمل التركة التي تركها المورث سواء كانت عقارات أم منقولات، وسواء كانت في الأردن أم في الخارج. ولا يقيد هذا النص إلا ما ورد في المادة 24 من القانون المدني الذي ينص على أنه: "لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في المملكة الأردنية الهاشمية يتعارض معها".

وفي الحقيقة يوجد هناك نص في قانون خاص يتعارض معها، وهو قانون التركات للأجانب وغير المسلمين رقم 8 لسنة 1941، حيث أخضع نص المادة التاسعة (9) من هذا القانون حقوق الميراث في غير المنقول الواقع في الأردن للقانون الأردني المطبق على المسلمين. أما فيما يتعلق بالأموال المنقولة في التركة، فإنها تخضع لقانون جنسية المتوفى وقت وفاته ولا تخضع للقانون الأردني ولو كانت موجودة في الأردن¹.

يلاحظ أن المشرع الأردني قد استثنى ميراث العقارات الكائنة داخل المملكة الأردنية من إمكانية تطبيق قانون أجنبي عليها، ونص على ضرورة إخضاعها للقانون الأردني المقتبسة أحكامه من الشريعة الإسلامية، فتبعاً لذلك فإنه إذا كان الزواج مختلطاً يربط على سبيل المثال بين أردني وفرنسية، ووقع خلاف بعد وفاة الزوج حول ميراث عقار واقع في الأردن، فإن القانون الأردني وحده هو الذي يطبق دون النظر إلى اعتبارات أخرى.

أما القانون التونسي، فقد أسند الميراث لقانون جنسية المتوفى عند الوفاة، أو لقانون دولة آخر مقر له، أو لقانون الدولة التي ترك فيها أملاكاً².

1- أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، دار قنديل، عمان، الأردن، 2010، ص ص 121-122.
2- الفصل 54 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998: "يخضع الميراث للقانون الداخلي للدولة التي يحمل المتوفى جنسيتها عند وفاته أو لقانون دولة آخر مقر له أو لقانون الدولة التي ترك فيها أملاكاً." =

يلاحظ أن المشرع التونسي قد انفرد بوضع قاعدة إسناد خاصة بالميراث تختلف عن تلك المقررة في بقية الدول العربية، فقد أضاف إلى جانب ضابط جنسية المتوفى وقت وفاته ضابطين آخرين هما قانون دولة آخر مقر للمتوفى، و قانون الدولة التي ترك فيها أملاكاً. إلا أن الإشكال الذي يثور بصدها يتمثل في الكيفية التي يطبق بها هذا النص. فإذا تزوج تونسي بفرنسية وتوفيت هذه الأخيرة، فيطرح التساؤل حول أي ضابط من الضوابط المذكورة سابقاً سيطبق لحكم مسألة ميراث الزوج، وعلى أي أساس سيختار؟ فهل تطبق تلك الضوابط بالأولوية حسب التسلسل الوارد في نص المادة، أم أن للقاضي سلطة اختيار الضابط المناسب بينها؟

يذهب فقه القضاء الغالب إلى اعتبارها قاعدة إسناد ترتيبية يطبقها القاضي حسب ترتيب عناصر الإسناد الوارد بالنص، وإن ذهب بعضه في مقارنة ذرائعية تقوم على اختيار القاضي الإسناد الأنجع والأكثر ملائمة لوضع التركة¹.

= و إذا لم يسند القانون المنطبق على التركة أملاكاً كائنة بالبلاد التونسية لوارث من الأشخاص الطبيعيين، فإن هذه الممتلكات تؤول للدولة التونسية".

قبل صدور مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998 ، كانت الفقرة 8 من المادة 4 من المرسوم الصادر بتاريخ 12 جويلية 1956 المحدد لأحوال الشخصية للتونسيين غير المسلمين و غير الإسرائيليين تقضي بأن: الموارث يحكمها القانون الشخصي للمتوفى.

وقد أقرت محكمة الاستئناف التونسية بأن الصفة الأجنبية للموارث ليس لها أثر في تحديد القانون الواجب التطبيق إذا كان الورثة تونسيين.

أعدت محكمة النقض تفسير النقطة المتنازع حولها في المادة 4 الذي يربط الاختصاص التشريعي بمسائل إجرائية و ردت الطعن ، فقضت بأنه: على عكس ما هو مؤكد، المراسيم لا تطبق إلا على الأجانب، بينما الورثة الأطراف في الدعوى هم من جنسية تونسية فيطبق عليهم قانون جنسيتهم، و يكون في هذه الحالة قانون الأحوال الشخصية.

أخذ هذا الحل بعين الاعتبار من طرف المحكمة الابتدائية التونسية، بحيث وضعوا قاعدة إسناد جديدة: الموارث يحكمها قانون الورثة إذا كانوا كلهم من جنسية واحدة. أنظر :

Albert Bastenier et autres, op.cit, p 299.

1 - فاطمة الزهراء بن محمود. الحسين السالمي، منظومة القانون الدولي الخاص التونسي، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2016، ص 405.

غير أن القضاء في تونس أقر في سنة 2005 بتطبيق القانون التونسي باعتبار تونس هي آخر مقر للهالك ومكان تواجد جزء من أملاكه، لكون المتوفى كان يحمل عدة جنسيات قبل وفاته ولم يثبت بالملف ما يفيد تخليه عن إحداها وأنه ترك أملاكاً بعدة دول لم يقع حصرها حتى تاريخ القيام بالدعوى وذلك بصرف النظر عن اختلاف قيمتها من دولة إلى أخرى¹.

وينبغي الإشارة في هذا الصدد أن لائحة الاتحاد الأوربي الصادرة تحت رقم 650/2012 المتعلقة بالميراث، قد منحت الحق لكل مواطن من مواطنيه أن يختار قانون الدولة التي يحمل جنسيتها لتحكم ميراثه بعد وفاته، وهذا القانون المختار قد يكون قانون دولة من الدول التي صادقت على اللائحة أو قانون دولة أخرى².

إن تطبيق قانون جنسية المورث من شأنه أن يحقق وحدة القانون المطبق على التركة، و بذلك تجنبت التشريعات التي أخذت بهذا المبدأ تعدد القوانين التي تحكم التركة إذا ما كانت الأموال موزعة في عدة دول، أو كان الورثة منتمين إلى عدة جنسيات، وذلك بالأخذ بقانون جنسية المورث دون غيره من القوانين كقانون موقع المال أو قانون جنسية الورثة، كما أن القوانين المؤيدة لهذه النظرية قد ساوت بين المنقولات و العقارات و لم تخضع كلا منهما لقانون كما فعلت بعض التشريعات.

1 - محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 12260، مؤرخ في 28 أبريل 2005 (غير منشور). نقلا عن: فاطمة الزهراء بن محمود. الحسين السالمي، منظومة القانون الدولي الخاص التونسي، مرجع سابق، ص 412.

2 - Article 22 (choix de loi) règlement (UE) n° 650/2012 dispose que :

1-« Une personne peut choisir comme loi régissant l'ensemble de sa succession la loi de l'Etat dont elle possède la nationalité au moment ou elle fait ce choix ou au moment de son décès.

2- Une personne ayant plusieurs nationalités peut choisir la loi de tout Etat dont elle possède la nationalité au moment ou elle fait ce choix ou au moment de son décès.

3- Le choix est formulé de manière expresse dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort ou résulte des termes d'une telle disposition.

4- La validité au fond de l'acte en vertu duquel le choix de loi est effectué est régie par la loi choisie.

5- La modification ou la révocation du choix de loi satisfait aux exigences de forme applicables à la modification ou à la révocation d'une disposition à cause de mort ».

2 - الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية في مسائل الإرث في الزواج المختلط:

بالرغم من إيجابيات هذا الاتجاه المنادي بإخضاع الإرث لقانون الجنسية، إلا أنه تعرض لانتقادات كونه يتجاهل أحكام قانون موقع المال، كما أن أعمال ضابط الجنسية لحل النزاعات الإرثية يثير عدة صعوبات من الناحية العملية¹، أهمها:

أ - تعدد الجنسيات:

فقد يحدث أن يجمع الشخص الواحد أكثر من جنسية وهو ما يطلق عليه "التنازع الإيجابي"، إذ يتعين اختيار قانون جنسية واحد لمتعدد الجنسيات وذلك لاستحالة تطبيق كل الجنسيات التي ينتمي إليها المورث²، وهنا ينبغي التمييز بين فرضيتين: الفرضية الأولى تتمثل في: تعدد الجنسيات مع عدم وجود جنسية دولة القاضي من بينها، وقد اتجه الفقه الغالب بصدها إلى تطبيق الجنسية الفعلية³، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 1/22 من ق.م.ج⁴. ويقابل هذا الاتجاه اتجاه آخر، ذهب فيه بعض القوانين إلى منح القاضي صلاحية تحديد القانون الواجب تطبيقه في حال تعدد الجنسيات الأجنبية، ومن بين هذه القوانين نجد القانون المصري في المادة 1/25 من القانون المدني⁵.

1 - نورية شبرو، الميراث و التصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار ...، مرجع سابق، ص ص 36-37.

2 - شكري الدريالي، الميراث في ظل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 116.

3 - ذهب محكمة العدل الدولية، في الحكم الصادر عنها بجلسة 1955/4/6 إلى أن ضابط التفضيل عند تعدد الجنسيات هو الجنسية الفعلية أو الفعالة، أي "الجنسية التي تتفق مع الواقع وتقوم على رابطة فعلية بين الفرد وإحدى الدول التي تتنازع جنسياتها" ويمكن الوقوف على هذه الجنسية عن طريق البحث عن موطن الفرد المعني والدولة التي توجد فيها مصالحه وروابطه العائلية، كذا تلك التي يشارك في الحياة العامة فيها، وفي النهاية يمكن التعويل في هذا الصدد أيضا - بالإضافة إلى كل ما تقدم ذكره - على رغبة الفرد المعني في الانتماء إلى دولة معينة.

نقلا عن: هشام خالد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 751.

4 - تنص المادة 1/22 من الأمر رقم 75-58، السالف الذكر، المعدلة بالمادة 14 من القانون رقم 05-10 السالف الذكر، على أنه: "في حالة تعدد الجنسيات، يطبق القاضي الجنسية الحقيقية "

5 - تنص المادة 1/25 من القانون المدني المصري على أنه: "يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه ...أو الذين لهم جنسيات متعددة في وقت واحد".

شكري الدريالي، الميراث في ظل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 117.

أما الفرضية الثانية فتتحقق إذا لم تكن جنسية قاضي النزاع من بين الجنسيات المتعددة، وقد استقر الرأي الراجح على أن الجنسية الوطنية هي التي يؤخذ بها ويتم تطبيق قانون القاضي على المسألة المتنازع فيها بغض النظر عن الجنسيات الأخرى¹، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 2/22 من ق.م.ج² و المشرع المصري في المادة 2/25 من القانون المدني³.

نصت الفقرة 1 من المادة 22 من لائحة الإتحاد الأوربي رقم 650-2012 المتعلقة بالميراث، أنه في حالة ما إذا اختار الشخص قانون جنسيته ليحكم ميراثه بعد وفاته، وكان له عدة جنسيات، فله أن يختار قانون أي دولة من الدول التي يحمل جنسيته وقت قيامه بالاختيار أو وقت وفاته⁴.

ب- **انعدام الجنسية:** فبالإضافة إلى الإشكال القانوني الذي يثيره تعدد جنسيات المورث، فقد يطرح إشكال آخر يتمثل في انعدام الجنسية، التي تشكل وضعا قانونيا لشخص لا يتمتع بجنسية أية دولة على الإطلاق. فانعدام الجنسية يجعل الشخص من غير المواطنين، فهذا يعني أنه أصبح أجنبيا ليس فقط في مواجهة دولة بعينها، إنما في مواجهة سائر الدول بلا

¹ - حسين نواره، الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية كضابط إسناد في الأحوال الشخصية، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 23 و24 أبريل 2014، ص 36.

² - تنص المادة 2/22 من الأمر رقم 75-58، السالف الذكر، المعدلة بالمادة 14 من القانون رقم 05-10 السالف الذكر، على أنه: "غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر، الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى الدولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول".

³ - تنص المادة 2/25 من القانون المدني المصري على أنه: "على أن الأشخاص الذين نثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية، وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول، فالقانون المصري هو الذي يجب تطبيقه".

⁴ - أنظر المادة 1/22 من لائحة الإتحاد الأوربي رقم 650/2012 المتعلقة بالميراث، والتي سبق ذكرها في هامش ص 48 من هذه الرسالة.

استثناء¹، ويصطلح على هذه الحالة "التنازع السلبي"، ويتم حل هذا الإشكال بتطبيق قانون جنسية الدولة المفترضة التي تأخذ ثلاث صيغ: إما قانون جنسية دولة الموطن، أو دولة محل الإقامة أو دولة قاضي النزاع. وهذه القوانين تطبق - كقاعدة عامة - على سبيل التدرج لا الاختيار، فإذا وجد الموطن فلا يُلجأ إلى محل الإقامة، وإذا وُجد هذا الأخير فلا يُلجأ آنذاك لجنسية دولة قاضي النزاع، وقد اعتمدت هذا الحل جميع التشريعات العربية ومنها التشريع الجزائري، الذي وقبل تعديل القانون المدني ترك الحرية للقاضي في المادة 3/22 منه، لكن بعد التعديل عاد وأخذ بالرأي الراجح، فنص على أنه في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة².

وقد انتهجت بعض القوانين العربية طريقاً آخر للوصول إلى القانون الواجب تطبيقه في حال انعدام الجنسية، حيث أوكلت مهمة تحديد ذلك إلى القاضي³، وقد أخذ المشرع المصري بهذا المنحى في المادة 1/25 من القانون المدني⁴.

ج- تحديد قانون جنسية دولة تتعدد فيها التشريعات:

قد تعترض القاضي الوطني صعوبة في تطبيق قانون الجنسية في حالة ما إذا أُحيل الحكم إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، فقد يتبين بعد إعمال قاعدة الإسناد الوطنية أن القانون الواجب تطبيقه على المسائل المتعلقة بالإرث في الزواج المختلط هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع تعدداً داخلياً، سواء كان تعدداً إقليمياً وهو الذي نلمحه في الدول التي تطبق على كل إقليم من أقاليمها شريعة خاصة، كما هو الشأن بالنسبة للدول المركبة مثل الولايات المتحدة

¹ - شكري الدريالي، الميراث في ظل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ص 117-118.

² - تنص المادة 3/22 من الأمر 58-75 السالف الذكر، المعدلة بالمادة 14 من القانون رقم 10/05 السالف الذكر، على أنه: "وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة".

³ - شكري الدريالي، الميراث في ظل تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 118.

⁴ - تنص المادة 1/25 من القانون المدني المصري على أنه: "يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية".

الأمريكية، حيث يوجد في كل ولاية أو مقاطعة قانون ينظم الأحوال الشخصية. أو كان تعددا طائفا أو شخصا وهو الذي نلحظه في الدول البسيطة التي تطبق على كل طائفة من الأشخاص قانونا خاصا بأحوالها الشخصية، والذي يستمد من ديانتها كما هو عليه الحال في مصر. فيتعين على القاضي معرفة أي قانون أو أي شريعة يتبع لحل النزاع.

يقضي الرأي الراجح فقها، تشريعا وقضاء بوجوب الأخذ بالقانون الداخلي الذي تشير بتطبيقه قاعدة الإسناد الداخلية في البلد الذي عُين قانونه باعتباره واجب التطبيق من قبل قاعدة الإسناد في قانون القاضي¹. وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الحل في نص المادة 23 من ق.م.ج.²

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 36 من لائحة الاتحاد الأوروبي بأنه في حالة ما إذا كان القانون المعين بموجب اللائحة باعتباره واجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها الأقاليم، و كان لكل إقليم قواعده الخاصة بالميراث، فإن قواعد الإسناد في هذه الدولة هي التي تتكفل بتحديد الإقليم الذي تطبق قواعد الميراث فيه³.

ثانيا - إخضاع الميراث لقانون موطن المتوفى

¹ - نورية شبورو، الميراث والتصرفات ...، مرجع سابق، ص 48.

² - تنص المادة 1/23 الأمر رقم 75-58 السالف الذكر، المعدلة بالمادة 15 من القانون رقم 05-10 السالف الذكر، على أنه: "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق، هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه...".

³ - L'article 36/1 du règlement (UE) n° 650/2012 dispose que : « lorsque la loi désignée par le présent règlement est celle d'un Etat qui comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles de droit en matière de succession, ce sont les règles interne de conflits de loi de cet Etat qui détermine l'unité territoriale concernée dont les règles de droit doivent s'appliquer ».

- يطبق حكم هذه الفقرة سواء كان القانون الواجب تطبيقه على الميراث هو قانون جنسية المتوفى، أو قانون الوحدة الإقليمية التي كان للمتوفى روابط وثيقة معها (على النحو الذي سنراه لاحقا بالنسبة لإخضاع الميراث لقانون موطن المتوفى) وهذا وفقا للفقرة 2 بند (ب) من المادة 36 من اللائحة.

اتجه فريق آخر من الدول إلى إخضاع الميراث لقانون موطن المتوفى، والملاحظ أن هذا المذهب التشريعي قد تأثر بفقهاء دارجنترية الذي يدعو إلى إخضاع الميراث لقانون الموطن، وكذلك أيد هذا المسلك التشريعي بعض الفقهاء، مستندا في ذلك على عدة حجج من بينها أن¹:

- مشكلة تنازع القوانين إنما تحل عن طريق تركيز العلاقة القانونية تركيزا مكانيا على أساس ما يكفل من عناصرها تيسير هذا التركيز، وأفضل عناصر التركيز في الميراث هو الوفاة، والتي يعتبر مكانها هو موطن المتوفى، ومن ثم فقانون هذا المكان، وبعبارة أخرى قانون موطن المتوفى هو الذي يحكم الميراث².

إن الأخذ بقانون موطن المتوفى يعتبر أكثر الحلول توفيقا، حيث يحقق التوازن بين وجهات النظر المتعارضة، إذ يؤدي إلى وحدة النظام القانوني للتركة، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، سيكون غالبا هو قانون موقع المال، سواء أكان عقارا أو منقولا، وذلك على أساس، في الأغلب من الحالات، هو وجود أموال الشخص في الدولة التي يتوطن فيها والتي تعتبر عادة مركزا لأعماله.

- إن قانون موطن المتوفى لن يتجرد كليا من الاعتبارات العائلية، وذلك على أساس أن موطن المتوفى ثبت له في دولة معينة منذ أمد بعيد سيصبح أيضا موطنا لأسرته في الوقت ذاته³.

1- مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، حق الأجانب في التملك في القانون ...، مرجع سابق، ص 557.

2- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 338-340.

3- مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، حق الأجانب في التملك في القانون ...، مرجع سابق، ص 557.

" إن الاستجابة لمقتضيات الواقع الذي كان عليه المتوفى وقت وفاته بافتراض استقراره، يجب الاعتداد به في شأن القانون واجب التطبيق، حيث أن استقرار هذا الوضع قبل الوفاة يبنى بكونه خيارا مدروسا ومرغوبا للمتوفى، لا يجب الالتفات عنه، وهو يملئ الالتزام بقانون موطن المتوفى، على أنه إذا كان موطن المتوفى وقت وفاته، كانت تغلب عليه صفة الوقتية، كأن

اختارت العديد من الدول الأوروبية الأخذ بهذا الإتجاه، ومن بينها القانون النرويجي، الدانماركي¹، و القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987، والذي نص في المادة 1/90 بأن: " يطبق القانون السويسري على ميراث الشخص الذي كان آخر موطن له سويسرا". يلاحظ أن هذا النص ينطوي على قاعدة تتنازع مفردة الجانب، إذ لا يحدد إلا حالة تطبيق القانون السويسري وهي عندما يكون المورث متوطنا في سويسرا. لكن المادة 1/91 تفتح الباب للإحالة، وما تؤدي إليه من تطبيق قانون الموطن أو الجنسية بالنسبة لتركة المتوفى الأجنبي في الخارج، حيث نصت على أن: " يسري القانون الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص للدولة التي كان المتوفى متوطنا بها على ميراث الشخص الذي كان متوطنا في الخارج"².

سار الإتحاد الأوربي على نهج تشريعات الدول التي اختارت إخضاع الميراث لقانون موطن المتوفى عند إصداره للائحة رقم 2012/650 المتعلقة بالميراث، حيث نصت المادة 21³ منه على أن القانون الواجب التطبيق على مجمل التركة هو قانون الدولة التي كان

يموت الشخص في دولة أخرى أقام فيها بغرض الاستشفاء من سقم ألم به. فمات بها قبل أن يشفى أو يعود إلى وطنه الأصلي، هنا يتعين عدم الاعتماد بهذا البلد وعدم تطبيق قانونه على التركة، حيث أن ارتباط قانون هذا البلد بالتركة هو ارتباط عارض لا تقرره أوامر عملية أو ارتباطات منطقية بين التركة ودولة الوفاة، وهنا يتعين تطبيق قانون جنسية المتوفى وقت الوفاة، فهو الأقرب إلى الواقع و الأكثر ارتباطا بالتركة وليس من قانون آخر أكثر التصاقا بالتركة منه " نقلا عن ابراهيم حسن محمد عمر الغزاوي، المركز القانوني للطفل في مجال القانون الدولي الخاص، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 461.

1- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 338.

2 - مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، حق الأجانب في التملك في القانون ...، مرجع سابق، ص 556.

3 - Article 21 (règle générale) du règlement (UP) dispose que :

1- « Sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à l'ensemble d'une succession est celle de l'Etat dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès.

2- Lorsque, à titre exceptionnel, il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que, au moment de son décès, le défunt présentait des liens manifestement plus étroits avec un Etat autre que celui dans lequel la loi serait applicable en vertu du paragraphe 1, la loi applicable à la succession est celle de cet autre Etat »

فيها للمتوفى إقامة معتادة لحظة وفاته. وتعتبر هذه المادة قاعدة عامة أما الإستثناء فيتمثل في حال اختيار المواطن قانون الدولة التي يحمل جنسيتها ليحكم ميراثه على النحو الذي بيناه سابقا. ولتوضيح هذه الفكرة نضرب المثال الآتي: إذا تزوجت فرنسية بألماني و كانت تقيم بألمانيا، فإن ميراثها سيكون خاضعا للقانون الألماني بالنسبة لمجمل تركتها إذ لم تكن قبل وفاتها قد حددت القانون الفرنسي ليحكم ميراثها.

غير أنه، إذا اتضح من ظروف الحال بأن المتوفى وقت وفاته كانت تربطه روابط أشد وضوحا مع دولة أخرى غير الدولة التي كان للمتوفى فيها إقامة معتادة لحظة وفاته، فإنه سيتم تطبيق قانون تلك الدولة آنذاك (أي قانون الدولة التي تربطه بها روابط أقوى).

تنص المادة 83 من لائحة الإتحاد الأوربي رقم 2012/650 على أنه ينبغي التمييز بين ثلاث فترات:

- بالنسبة للأشخاص الذين توفوا قبل 16 أوت 2012: وهو تاريخ بدء سريان اللائحة، يخضع الميراث لقواعد الإسناد في القوانين الداخلية الأصلية، وهو ما يؤدي في فرنسا مثلا إلى التمييز بين القانون الذي يحكم ميراث المنقولات والقانون الذي يخضع له ميراث العقارات.

- بالنسبة للأشخاص الذين توفوا في الفترة الممتدة بين 16 أوت 2012 و 17 أوت 2015 وهو تاريخ بدء التطبيق الفعلي لللائحة: يخضع الميراث لقواعد الإسناد في القوانين الداخلية الأصلية، غير أن اللائحة تكون سارية المفعول ولو لو يبدأ تطبيقها، وتكون عقود الميراث المسبقة¹ المحررة خلال هذه الفترة منتجة لأثرها بشروط معينة ، لكن بالنسبة للوفيات التي تحصل في 17 أوت 2015 وما بعدها.

¹ - فإذا كان المتوفى مثلا قد اختار قبل 17 أوت 2015 القانون الواجب تطبيقه على الميراث، فإن هذا الإختيار يكون منتجا لآثاره إذا تم تحريره وفقا للشروط المبينة في الفصل الثالث، أو إذا كانت صحيحة عند تطبيق قواعد القانون الدولي =

- بالنسبة للأشخاص الذين توفوا ابتداء من 17 أوت 2015: يخضع الميراث للائحة الاتحاد الأوروبي رقم 650/2012، وينبغي أن تكون عقود الميراث المسبقة المحررة بدءاً من هذا التاريخ موافقة لأحكام هذه اللائحة¹.

أحدثت لائحة الاتحاد الأوروبي تغييراً جذرياً في قواعد الإسناد المتعلقة بالميراث في جل الدول الأوروبية، والتي من بينها فرنسا التي ساد فيها لزمان طويل ازدواجية قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث كما سبق أن رأينا.

ثالثاً - تطبيق قانون موقع المال

اختارت بعض الدول إسناد الميراث في المنقول والعقار، على حد السواء، إلى قانون موقع المال باعتباره (الميراث) سبباً لاكتساب الحق العيني. وكما أن المال موضوع الحق يخضع لقانون موقعه، فكذلك يتعين إخضاع سبب كسب الحق لهذا القانون، والواجب أن تكون قوانين الميراث الإقليمية، لأنها تستند إلى اعتبارات سياسية واقتصادية واجتماعية يركز عليها في جملتها "النظام الإقليمي للدولة". وقد أخذ بهذا الرأي المتعصبون لمبدأ إقليمية القوانين، وهم يلقون بالميراث في نطاق الأحوال العينية².

=الخاص الذي كان ساري المفعول - في الوقت الذي تم فيه الإختيار- في الدولة التي كان للمتوفى إقامة معتادة أو في الدولة التي كان يحمل جنسيتها وهذا طبقاً للمادة 83/2 من اللائحة.

¹ - Circulaire du 25 Janvier 2016 de présentation des dispositions du règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, BULLETIN OFFICIEL DU MINISTRE DE LA JUSTICE n° 2016-02 du février 2016 , JUSC1601018C, p 4.

² - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 339. موحد اسعد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 315. سامي بديع منصور، عبده جميل غصوب، نصري أنطوان ديب، القانون الدولي ...، مرجع سابق، ص 688.

من بين الدول التي سارت على هذا النهج نجد بعض دول أمريكا اللاتينية، مثل بنما، وقد أخذ بهذا الاتجاه اتفاق مونتيبيديو.

وقد أيد جانب من الفقه الفرنسي هذا الاتجاه، حيث قرر وجوب أن يخضع الميراث كله لقانون موقع المال لعوامل اقتصادية واجتماعية وسياسية¹.

يترتب على إخضاع الإرث لقانون موقع المال أنه إذا ما كانت أموال التركة موجودة في عدة دول، فإن كل دولة تطبق قانونها على الجزء من التركة الواقع في إقليمها، وهذا يؤدي لا محالة إلى تجاهل مبدأ وحدة الذمة المالية، وإخضاع التركة الواحدة لعدة قوانين، بينما يميل الاتجاه الحديث إلى إخضاع التركة لقانون واحد².

رابعا- إخضاع الميراث لقانون القاضي

خلافًا للدول العربية السابق ذكرها، نجد أن القانون اليمني قد انحاز لمبدأ الإقليمية المطلقة للقوانين، و ليس لقانون جنسية المتوفى في تحديده للقانون الواجب التطبيق على الميراث. إذ أن المادة 27 من القانون اليمني لسنة 1979³ قد أسندته إلى القانون اليمني وحده بوصفه قانون القاضي. وتبرير ذلك كما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني أن المشرع راعى إخضاع الموارث لأحكام الشريعة الإسلامية لأنها حدود الله ولو تشابكت فيها العلاقات الدولية.

وبناء على ذلك، إذا كانت العلاقة الزوجية تربط بين زوجين من جنسيتين مختلفتين، وتوفي أحدهما فثار نزاع حول تركته، ورُفع أمام المحاكم اليمنية، فإن القاضي اليمني من الواجب عليه الحكم طبقاً لأحكام القانون اليمني المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية، كونه

1- مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، حق الأجانب في التملك...، مرجع سابق، ص 551.

2- نورية شبرو، الميراث و التصرفات النافذة...، مرجع سابق، ص ص 30-31.

3- تنص المادة 27 من القانون المدني اليمني على أنه: "يرجع في الميراث و الوصية وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت إلى قانون الأحوال الشخصية اليمني".

يعد من القوانين المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز العدول عنها، وتطبيق قانون غيرها. والحكمة التي يقصدها المشرع اليمني من ذلك كله هي كفالة تطبيق أحكام الشريعة الغراء كونها تتضمن أحكاماً تفصيلية، وأن الله سبحانه و تعالى إذ فضل القول في شأن تنظيم هذا الجانب من حياة البشر إنما فعل وهو الأعلم بمصالح عباده جميعاً، المسلم وغير المسلم، والوطني والأجنبي. قصد أن تكون أحكامه المقررة في هذا النطاق هي الأحكام التي ينبغي أن تحكم جميع الناس في كل زمان¹.

يلاحظ على قاعدة الإسناد اليمنية المتعلقة بالميراث ما يلي:

- أن التبرير الذي جاء به المشرع اليمني فيما يخص إسناده المواريث لقانون القاضي منطقي وصحيح، إلا أنه صعب التطبيق في آن واحد في نظرنا، فإذا افترضنا أن الزواج كان يربط بين فرنسية وإنجليزي فتوفيت الزوجة فرفع الزوج دعواه أمام المحاكم اليمنية بصدد ميراث عقار كانت تمتلكه زوجته موجود في اليمن، فكيف يتصور في هذه الحالة تطبيق القانون اليمني المستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية على غير المسلمين؟

- أن المشرع اليمني بهذا التوجه يكون قد قضى على عدة إشكالات من شأنها أن تعترض حل مسائل الميراث في الزواج المختلط والتي سنتعرض لها لاحقاً، خاصة تلك المتعلقة بالإحالة.

1- مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، حق الأجانب في التملك في، مرجع سابق، ص ص 557-558. للاطلاع على المبررات التي استند إليها المشرع اليمني في نهجه الفريد في مادة تنازع القوانين في الأحوال الشخصية أنظر: أحمد بن ناجي الصلاحي، "بعض أوجه التعارض بين قواعد تنازع القوانين و قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي في بعض مسائل الأحوال الشخصية ذات الطابع الدولي في التشريع اليمني"، حوليات كلية الحقوق، جامعة وهران، عدد 3، 2011، ص ص 128 إلى 149.

الفرع الثالث

قاعدة الإسناد الجزائرية المطبقة على الميراث عند اختلاف جنسية الزوجين

سار المشرع الجزائري على نهج الاتجاه القائل بتطبيق قانون واحد على الميراث دون تفرقة بين الميراث في العقار والميراث في المنقول، وهو الاتجاه الذي سلكته معظم الدول العربية¹. إذ تنص المادة 16 من ق.م.ج² أنه: "يسري على الميراث و الوصية و سائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".

تتبع هذه القاعدة من المفاهيم الإسلامية المتبناة من طرف القانون الوضعي، أين جعل المذهب المالكي من العائلة الوريث الحصري للتركة³. والواقع أن المبدأ الإسلامي هو مبدأ شخصي، يُخضع لقانون الشخص كافة العلاقات القانونية التي تخصه، سواء كانت هذه العلاقات تعود للحالة العينية أم الحالة الشخصية.

تندرج إذن هذه القاعدة ضمن المنهج الإسلامي الذي يخضع الشخص لقانون طائفته، سواء تعلق الأمر بعلاقاته الشخصية أم بحقوقه العينية⁴. فالميراث إذن بالتأكيد متصل

1- بن عومر محمد الصالح، الميراث في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 98، فتحة يوسف العماري، "قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، الجزء 37، رقم 02، 1999، ص 118.

2- عدلت المادة 16 من الأمر رقم 75-58، السالف الذكر، بموجب المادة 09 من القانون رقم 05-10 السالف الذكر.
3 - Albert Bastenier et autres, op.cit, p 230.

4- موحند اسعد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 317.

بقانون الأسرة¹، هذا الأخير الذي يتكفل بتنظيم انتقال مال المتوفى إلى ورثته من أقربائه وكذا بيان أحكامه².

يتميز هذا الحل بالبساطة، بل وحتى بالمنطق، إذ تعتبر الذمة المالية للمتوفى كلا واحدا يخضع لقانون وحيد، دون أن يتوقف القانون الواجب التطبيق على مكان تواجد المال، أو على طبيعته المنقولة أو العقارية. وعلى هذا الأساس فإن الموارث لا تمثل انتقال سلسلة الملكيات الخاصة، وإنما انتقال الذمة المالية: دائنة و مدينة³.

ولقد طرحت عدة قضايا تضمنت في فحواها البحث عن القانون الواجب التطبيق على الميراث في الزواج المختلط، من بينها:

- القضية التي عرضت على المجلس الأعلى تتعلق بميراث السيد (ك.م)، جزائري الجنسية من زوجته الفرنسية المتوفاة، وتدعى (ف.ش)، أصلها من مدينة ليون بفرنسا، وقد كانت تعيش معه في وسط عائلته متصفة بالأخلاق الإسلامية، وملتزمة بها (تصوم رمضان، تنطق بالشهادة بنطقه...) لكنها لم تعلن إسلامها أمام المحكمة لكون ذلك يضرها دون أن ينفعها، أي حتى لا تواجه مشاكل مع الاستعمار الفرنسي آنذاك باعتبارها فرنسية، وبعد استقلال الجزائر، لم تر في ذلك فائدة ما دامت تعيش في كنف زوجها عيشة هادئة، وبقيت على هذه الحال إلى أن توفيت سنة 1983، ولقد لقي زوجها صعوبة في استخراج أموالها المودعة بالمؤسسات المالية⁴، فطبقا للمادة 16 من ق.م.ج فإن قانون جنسية الهالكة (أي القانون الفرنسي) هو الذي يطبق على الميراث باعتبار أن الزوجة بقيت محتفظة

1 - Albert Bastenier et autres, op.cit, p230.

2- محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 125.

3- موحند اسعد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 317.

4 - الطيب زروتي، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتيها ...، مرجع سابق، ص 950.

بجنسيتها إلى غاية وفاتها بالجزائر، هذا هو المهم، دون اعتبار لجنسية الورثة أو مكان وجود المال الموروث¹.

- قضية الجزائري "علي" الذي هاجر إلى إيطاليا وتزوج من إيطالية مسيحية أنجب منها ولدا، ثم تجنس بالجنسية الإيطالية دون استئذان الحكومة الجزائرية، وإثر خلاف بينهما قررا الفراق دون طلاق، ليعود إلى الجزائر و يتزوج بجزائرية في 2004 وأنجبت له ولدا. بعد وفاة "علي" جاءت زوجته الإيطالية إلى الجزائر تطالب بحصتها بالميراث المتمثل في عقار زراعي وعشرة ملايين دينار كان أودعها في البنك لها ولولدها لوحدهما، مدعية أن الزواج الثاني باطل طبقا للقانون الإيطالي ومن ثم فولده من الزوجة الثانية غير شرعي وليس له الحق في الميراث².

بالنظر إلى وقائع هذه القضية يمكن استخلاص ما يلي:

- باعتبار أن الزوجة الإيطالية قدمت إلى الجزائر، ورفعت فيها دعوى للمطالبة بحقها في الميراث، فإن القضاء الجزائري يكون هو المختص على أساس أن موطن المدعى عليهم، والموطن الأخير للمتوفى موجود في الجزائر³.

1- فتوى صادرة عن رئيس المجلس الاسلامي الأعلى سابقا: أحمد حماني، وهي مؤيدة بتعليمه من السيد وزير العدل، صادرة بتاريخ 23 سبتمبر 1987، ذات الرقم 711 / 87 / م.ف.أ.ق.أ.ت، أمضاها عن السيد وزير العدل السيد مدير الشؤون الدينية.

نقلا عن: الطيب زروتي، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتها...، مرجع سابق، ص ص 910-911.

2- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما و عملا، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010، ص 45. أنظر كذلك: جلال بوعاتي، آلاف الجزائريات ضحايا الاقتران مع الأجانب (علاقة ظاهرها الزواج و باطنها الجوسسة)، 2011/07/09 على الموقع الإلكتروني: <http://www.elkhabar.com/ar/autres/dossiers/258631.html>.

3- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري...، مرجع سابق، ص 46.

. لتحديد القانون الواجب التطبيق على الميراث في هذه القضية ينبغي الاحتكام إلى المادة 16 من ق.م.ج السالفة الذكر، وبذلك فإن اختصاص النظر في هذه القضية يعود للقانون الجزائري باعتباره قانون جنسية علي وقت وفاته (إذ كانت له جنسية جزائرية أصلية).

- بالرجوع إلى القواعد الموضوعية في القانون الجزائري، يكون زواج "علي" الثاني صحيحا، ونسب ابنه من زوجته الثانية صحيحا، ولا يكون لزوجته الإيطالية الحق في الميراث باعتبارها مسيحية، إذ أنه في مثل هذه الحالة نأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية (طبقا للمادة 222 من ق.أ.ج)¹، التي تقضي بعدم جواز التوارث بين المسلم وغير المسلم كما سنرى لاحقا. بينما ابن الزوجة الإيطالية فيكون له الحق في الميراث إلى جانب زوجة "علي" الجزائرية وابنهما.

إذا كانت القاعدة الواردة في المادة 1/16 من ق.م.ج تبدو بسيطة من حيث المبدأ، فإن تطبيقها يمكن أن ينطوي على صعوبات. فآثار الزواج تخضع بموجب أحكام المادة 1/12 من ق.م.ج لقانون الزوج في لحظة إبرامه². ومما لا شك فيه أن الفترة الممتدة بين الزواج وبين وفاة أحد الزوجين سوف تتمخض لا محالة عن وجود علاقات بين الزوجين تختلف طبيعتها وبالأخص قد يضيف عليها مظهر تعاقدية ذو صفة مالية.

من الممكن تصور عدة أنواع من العلاقات بين الزوجين: الميراث التعاقدية، الوصية، الهبة، وبالأخص العقود بين الأزواج. فمثلا حالة تنصيب وريث بموجب العقد، حيث ينصب كل من الزوجين على وجه التبادل شريكه الآخر بمثابة وريث، وتتمثل القضية حينئذ لدى

1- تنص المادة 222 من القانون رقم 84-11، السالف الذكر، على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

2 - تنص المادة 1/12 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر، المعدلة بالمادة 7 من القانون رقم 05/10 السالف الذكر، على أنه: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية و المالية التي يرتبها عقد الزواج".

حدوث الوفاة في معرفة ما إذا كان قانون الزوج سيستمر في إحداث آثاره، أم أنه سيفتح المجال لقانون الزوج المتوفى¹.

المطلب الثاني

نطاق تطبيق القانون المختص والاستثناءات الواردة عليه

تقضي قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث في القانون الجزائري - كما سبق القول - بخضوعه لقانون جنسية المتوفى وقت وفاته، إلا أن هذا القانون غير مختص بحكم كل المسائل المتعلقة بالميراث في مجال تنازع القوانين بما فيه الزواج المختلط إنما يقتصر اختصاصه على نطاق معين (المطلب الأول)، وبذلك تخضع المسائل الخارجة عن حكمه لقانون آخر (المطلب الثاني).

الفرع الأول

نطاق تطبيق القانون المختص

إن مجال إعمال القانون الواجب التطبيق يقتصر أساساً على المسائل الموضوعية للميراث، أما إجراءات الميراث فلا تدخل في مضمون فكرة هذا الأخير، بل تدخل في

1 - موحد اسعد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ص 317-318.

« M^r Issad a raison de dénoncer l'impraticabilité du système algérien des conflits de lois, issu de la coexistence des articles 12 et 16, alinéa 1 du code civil. Le rapprochement des deux règles de conflit ne permet pas de rattacher avec certitude les relations patrimoniales contractées entre les époux pendant le mariage aux effets de celui-ci et particulièrement à la loi nationale du mari ou, au contraire, à la question des successions qui relève de la survenance d'un conflit mobile ou un changement de législation interne. Manifestement, le législateur algérien n'a pas songé à la coordination de ses propres règles de conflit dans un domaine qui requiert pourtant une unité de solution ». Albert Bastenier et autres, op.cit, pp 231-232.

مضمون فكرة الإجراءات التي تخضع لقانون القاضي¹. أما المسائل التي تدخل ضمن نطاق قانون جنسية المتوفى وقت الوفاة باعتباره القانون الذي يحكم الميراث فتتمثل في: الأحكام العامة لاستحقاق الإرث (أولاً) و أصول انتقال الإرث (ثانياً).

أولاً - الأحكام العامة لاستحقاق الإرث: تتمثل فيما يلي:

1- بيان الورثة و مراتبهم و نصيب كل واحد منهم في التركة:

من المعروف أن القوانين تختلف بشأن تعيين الورثة، فبالرغم من أنها كلها تجعل القرابة أساس التوارث، إلا أنها تختلف فيما بينها من حيث درجة القرابة التي تسمح بذلك، ومن حيث الاعتراف بذلك الحق لفئات معينة، وعدم الاعتراف به لفئات أخرى، كحالات التوارث بين الزوجين، والتوارث بين الابن الشرعي وأبيه وأقارب أبيه، فمثلا الدول الإسلامية، بما فيها الجزائر، لا تعترف بالميراث للابن غير الشرعي إلا من جهة أمه وأقاربها، في حين تعترف له الدول الأوروبية بذلك، حتى بالنسبة لأبيه وأقارب أبيه، وكذلك التوارث في حالة التبني، فهو ممنوع في الدول الإسلامية، ما عدا النظام التونسي والتركي، في حين أنه جائز في الدول الأوروبية². ضف إلى ذلك التوارث في حالة نظام تعدد الزوجات، هذا الأخير المعروف في الدول الإسلامية والذي لا تجيزه الدول الأوروبية³.

إن القانون الوطني للمورث هو الذي يحدد مستحقي الإرث، وبعبارة أخرى هو الذي يحدد الصلة القانونية التي تفتح المجال أمام الاستحقاق الوراثي: القرابة الشرعية، غير

1- مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، حق الأجانب في التملك....، مرجع سابق، ص560، أنظر كذلك: عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010، ص 184.

2 - موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل ...، مرجع سابق، ص 78.

3 - « En effet, les juridictions françaises ont admis des effets découlant de la polygamie pour la.....pour les actions successorales » cour d'appel de paris du 08/11/1983, affaire Kaci et C.MAHMOUDI. Voir : Bouchra jdaini, problèmes du couple mixte face au droit interne et droit international privé (cas franco-marocain), jurismat , portimao, n° especial, 2014, p 65.

الشرعية أم التبوية، كما أنه يطبق على تسلسل الاستحقاق الوراثي ودرجته، وعلى الإنابة، وحصص المستحقين..الخ.

وترتبط بهذه القضايا، تلك المتعلقة بتحديد الفريضة الإرثية، كما يحدد القانون الميراثي الورثة الفرضيين والأعمال التي يجب حمايتهم منها، وطرق احتساب النصاب الإرثي¹.

1 - موحد اسعد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 320.

حصر المشرع الجزائري في المادة 126 من ق.أ.ج، أسباب الإرث في سببين هما الزوجية و القرابة.

أ - الزوجية، هي علاقة الرجل و المرأة، نشأت نتيجة عقد زواج صحيح قائم بينهما سواء صحبه دخول بالزوجة أو لا. فإذا مات أحد الزوجين قبل الدخول أو الخلوة بالزوجة ورثه الآخر. عارف خليل أبو عيد، الوجيز في الميراث، ط5، دار النفائس، الأردن، 2006، ص 62.

و يشترط في إرث الزوج من زوجته، و في إرث الزوجة من زوجها شرطان:

أولاً- أن يكون العقد صحيحا (المادة 130 من ق.أ.ج)، أما إذا كان العقد باطلا فلا توارث بين الزوجين (المادة 131 من ق.أ.ج)، و يتحقق عيب البطلان إذا كان الزواج مشتملا على مانع شرعي (و هو الزواج بالمحرمات سواء كان ذلك على وجه التأييد أو التأييت)، أو شرط يتعارض مع مقتضيات العقد (كاشتراط عدم الإنجاب أو النفقة)، أو اختل ركن الرضا فيه (المادة 1/33 من ق.أ.ج)

ثانيا- أن تكون الرابطة الزوجية قائمة عند موت المورث. ويستوي في ذلك قيامها فعلا أو حكما. اعمر يحيوي، نظام المواريث الإسلامي في تقنين الأسرة الجزائري، نموذج من الإعجاز التشريعي مقارنة بالمساواة بين الجنسين المقررة في القانون الدولي لحقوق الإنسان، دار الأمل، تيزي وزو، 2011، ص ص 18-20.

ب - النسب: وهو الصلة الناشئة عن الولادة بين الوارث و المورث، وهو صلة القرابة الحقيقية، وهو نوع من الخلافة عن الهالك في أمواله، وقد راعى المشرع فيها درجة القرب من الهالك، إذ تخضع لقاعدة "كل من كان أقرب إلى الهالك كان أولى بالميراث من غيره" وخاصة في مجال التعصيب. بلحاج العربي، أحكام التركات و المواريث ...، مرجع سابق، ص95.

وتشمل هذه القرابة، الأصول وإن علوا والفروع وإن نزلوا، والحواشي، وهم الإخوة و أبناءهم والأعمام وأبنائهم. أنظر: عبد الله الجبوري، عبد الحق حميش، أحكام الميراث والوصايا في الشريعة الإسلامية، د.د.ن، الإمارات العربية المتحدة، 2007، ص 25.

نصت كذلك لائحة الإتحاد الأوربي رقم 2012/650 المتعلقة بالميراث في الفقرة 2 المادة 23¹ على أن القانون الواجب التطبيق على الميراث وفقا للمادتين 20 و 21 من اللائحة يحكم أسباب الميراث.

2 - وقت استحقاق الإرث:

يعبر عنه الشراح الفرنسيون بـ "وقت افتتاح التركة"، والمقصود به كذلك معرفة ما يلي: هل يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أم أنه يستحقه كذلك بالموت الحكمي، وإذا كان القانون الوطني الجزائري هو المختص²، فالمادة 127 من ق.أ.ج³ تنص على أنه "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي".

عموما لا يطرح إشكال بالنسبة للموت الحقيقي⁴، لأن إثبات وفاة الشخص آنذاك يكون عن طريق سجلات الحالة المدنية، وفي غياب ذلك، فإن إثباتها يكون بكل الطرق المنصوص عليها في الحالة المدنية⁵.

غير أنه يطرح الإشكال في الحالة التي تتوفى فيها مجموعة من الأشخاص في حادث واحد، ولا يعرف من منهم توفي قبل الآخر ليرثه¹، كأن يتوفا الزوجان في حادث واحد. وقد

¹ - تضمنت المادة 23 من لائحة الإتحاد الأوربي رقم 2012/650 المتعلقة بالميراث، نطاق تطبيق القانون الواجب تطبيقه على الميراث وفقا للمادتين 21 و 22 من اللائحة.

² - تريكي دليلا المولودة آيت شاوش، القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في القانون الجزائري، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 23 و 24 أبريل 2014، ص 250.

³ - قانون رقم 84-11 السالف الذكر.

⁴ - الموت الحقيقي هو توقف القلب والدورة الدموية عن العمل و الرئتين عن التنفس توقفا تاما لا رجعة فيه، مما سيؤدي حتما إلى توقف جميع وظائف الدماغ. فهو انتقال المورث إلى جوار ربه بخروج روحه من جسده واستقبال الآخرة. العربي بلحاج، أحكام التركات و المواريث على ضوء....، مرجع سابق، ص 100.

⁵ - تنص المادة 26 من ق.م.ج على أنه " تثبت الولادة و الوفاة بالسجلات المعدة لذلك".

درجت التشريعات بصورة عامة على وضع قرائن البقاء. وكان الفقه قد نادى في البداية بتطبيق القانون الشخصي، نظرا لأن تثبيت الموت يشكل أمرا سابقا لافتتاح التركة. غير أن هذا الحل يبدو غير قابل للتطبيق في حالة انتماء المتوفين إلى جنسيات مختلفة. ولتلافي هذه المحاذير يجرى تكيف هذه القرائن بمثابة قواعد إثبات و يتم إخضاعها لقانون قاضي الدعوى². وذلك نظرا لتعذر تطبيق قانون جنسيات جميع هؤلاء المتوفين وعدم مشروعية اختيار قانون جنسية واحدة وتفضيلها على القوانين الأخرى. بينما إذا اتحدت جنسية المتوفين، فيطبق آنذاك قانون الجنسية لتحديد ما إذا كان لهم الحق في ميراث بعضهم البعض أم لا، وإذا كان لهم ذلك، فما هي شروطه، وما هي المعايير التي تعتمد في تعيين من حدثت وفاته قبل الآخرين، والقرائن في ذلك³.

هذا بالنسبة للموت الحقيقي، أما الموت الحكمي، فيتمثل في المفقود الذي انقطعت أخباره ولا يعرف مكانه ولا حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم (المادة 109 من ق.أ.ج⁴).

1 - تم حل الإشكال في القانون الجزائري عن طريق المادة 129 من ق.أ.ج التي نصت على أنه: إذا توفي إثنان أو أكثر ولم يعلم أيهم هلك أولا فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر سواء كان موتهم في حادث واحد أم لا" و تنص القاعدة في الشريعة الإسلامية أنه إذا كان هناك شك فليس هناك توارث، و هذا بالرجوع إلى حديث شريف مفاده ليس هناك توارث في حالة الشك". عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج 1، دار هومة، الجزائر، 2006، ص ص 252-253.

إن اختلاف التشريعات في تحديد تاريخ افتتاح التركة، وخاصة في حالة الموت الجماعي، لا يطرح فقط على صعيد تنازع القوانين بين الدول، بل أيضا على صعيد تنازع القوانين داخل الدولة الواحدة، كلبان التي تعتبر بلدا تتعدد فيه الشرائع تعددا طائفيًا. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 291.

2- موحد اسعد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 320.

3 - فاطيمة موشعال، دور الجنسية في حل مشاكل....، مرجع سابق، ص 78. للتفصيل أكثر في هذه النقطة راجع:

العربي بلحاج، أحكام التركات و الموارث ...، مرجع سابق، ص ص 107-109.

4- القانون رقم 84-11 السالف الذكر. =

يلاحظ حسب المادة 127 من ق.أ.ج السالفة الذكر أن المشرع الجزائري يأخذ بالموت الحكمي كسبب من أسباب استحقاق الميراث، و إجازة فتح التركة¹.

نصت لائحة الإتحاد الأوربي رقم 2012/650 المتعلقة بالميراث في الفقرة 2 من المادة 23 على أن وقت ومكان افتتاح التركة، يحكمهما القانون الواجب التطبيق على الميراث وفقا للمادتين 20 و 21 من اللائحة. غير أنه فيما يخص المسائل المتعلقة بالفقد والغياب أو الوفاة الحكمية فقد أخرجها من دائرة هذا القانون، وجعلها تخضع لقواعد التنزع الوطنية للدول الأعضاء، وهذا طبقا للمادة 1 من اللائحة في فقرتها 2.

= بينما الغائب هو الشخص الذي لا يعرف إذا كان حيا أو ميتا، وتعتبره المادة 110 من نفس القانون كالمفقود لظروف معينة، لأنه في نهاية الأمر لا يعرف فيما إذا كان حيا أو ميتا. عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص ...، مرجع سابق، ص253.

ينبغي كذلك التمييز بين الموت الحكمي والموت التقديري، هذا الأخير صورته أن تكون المرأة حاملا، ويقع عليها اعتداء بالضرب وينتج عن هذا التعدي سقوط الجنين ميتا، فإنه يحكم بحياته تقديرا حتى تورث عنه غرته (و هي دية جنائية). العربي بلحاج، أحكام التركات و المواريث...، مرجع سابق، ص103.

1 - تنص المادة 133 من القانون رقم 84-11 السالف الذكر، على أنه: إذا كان الوارث مفقودا و لم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون"

توضح المادة 113 من نفس القانون: "و يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب و الحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري و في الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقرير المدة المناسبة، بعد مضي أربع سنوات"

وتنص المادة 115 من نفس القانون أنه: " لا يورث المفقود و لا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، و في حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منه" فإذا طالمت مدة غياب المفقود، و رفع الأمر إلى القاضي، فإن هذا الأخير يحدد مدة معينة (4 سنوات) بعد البحث و التحري عنه بالوسائل الممكنة كافة. فإذا انقضت المدة حكم القاضي بموته، و تقسم أمواله بين ورثته الأحياء وقت صدور الحكم بموته. العربي بلحاج، المرجع نفسه ، ص 102.

صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1995/05/02 ملف رقم 118621، المجلة القضائية، عدد02، 1995، جاء في إحدى حيثياته: "عن الوجه الثاني: حيث أن قضاة الموضوع فعلا أخطأوا في تطبيق القانون، المادتين 109 و 113 من قانون الأسرة لأنه لا يمكن إصدار حكم بالموت في مثل قضية الحال إلا إذا صدر قبله حكم بالفقد، ولا يجوز بأية صفة من الصفات الحكم بالفقد و الموت في آن واحد، وذلك لوجوب احترام فترة الأربع سنوات المنصوص عليها في قانون الأسرة الأمر الذي يجعل الإجراءات التي تمت في القضية الحالية بمقتضى حكم أولى درجة و القرار المنتقد يعد باطلا".
نقلا عن: كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص254.

3 . شروط استحقاق الإرث:

يشترط لاستحقاق الإرث التحقق من حياة الوارث بعد وفاة مورثه، إضافة إلى عدم وجود مانع من موانع الإرث طبقاً للمادة 128 من ق.أ.ج.¹.

فبالنسبة لحياة الوارث فإنها ممكن أن تكون حقيقية أو تقديرية.

تثبت الحياة الحقيقية بالمشاهدة أو البينة. أما الحياة الحكمية (التقديرية) فهي حياة الجنين في بطن أمه².

يبين قانون جنسية المورث وقت وفاته، حكم الحمل وهل يستحق الميراث أم لا، وإذا كان يرث ، فما هي شروط ذلك، أيكفي أن يولد الجنين حيا أو قابلاً للحياة، أم يلزم استمرار حياته فترة معينة³... الخ وغيرها من المسائل التي يضبطها هذا القانون.

1- إذ تنص المادة 128 من القانون رقم 84-11 السالف الذكر، على أنه: "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث و عدم وجود مانع من الإرث".

2 - اعمر يحيوي، نظام الموارث الإسلامي...، مرجع سابق، ص 21.

أجمع الفقه الإسلامي على أن الجنين الموجود وقت وفاة مورثه له الحق في نصيبه من الميراث إن ولد حيا حياة مستقرة، ودليل الحياة المستقرة أن يعطس الجنين أو يصرخ أو يمتص الثدي، أما إن ولد حيا وتحرك حركة أعقبها سكن دائم فهو وارث عند أبي حنيفة وأصحابه، وغير وارث عند غيرهم، وكذلك الأمر لو خرج أكثره حيا ثم مات بعد ذلك. أما إن ولد ميتا أو خرج أقله حيا وباقيه ميت فلا ميراث له بالإجماع. لكن لو نزل ميتا بجنانية جان توجب الغرة، فإنه وارث عند أبي حنيفة وأصحابه و غير وارث عند جمهور الفقهاء.

مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، حق الأجنبي في التملك...، مرجع سابق، ص 561.

3 - فاطيمة موشعال، دور الجنسية في حل مشاكل...، مرجع سابق، ص 78.

تؤكد المادة 134 من القانون رقم 84-11 السالف الذكر، على أنه: "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، و يعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة".

تؤكد المادة 173 من نفس القانون على أنه: "يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل و لا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها".

جدير بالذكر هنا أنه ثار خلاف في الفقه حول القانون المختص ببيان شروط استحقاق الحمل المستكن للإرث والتي يطلق عليها أهلية الإرث، حيث ذهب رأي إلى وجوب الرجوع إلى جنسية الجنين الوارث، وذلك لأن الأمر متعلق بأهليته للإرث. وذهب رأي آخر إلى القول بتطبيق قانوني المورث و الوارث. وذهب رأي ثالث إلى القول بتطبيق قانون القاضي. والراجح هو تطبيق القانون الواجب على الميراث¹.

نصت المادة 25 من ق.م.ج² على أن الولد المحمول يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون شريطة أن يولد حيا. غير أن عددا من المسائل ما زالت تتطلب الحل، و خاصة فيما يتعلق بزمن الحمل والولادة. هل يكفي أن تتم الولادة أثناء الزواج أم ينبغي كذلك أن يكون الولد محمولا في الفترة التي تقع بين الزواج وافتتاح التركة. وقد درجت التشريعات المختلفة بصورة عامة على تحديد مهلة قصوى ومهلة دنيا للحمل، وفي الجزائر تخضع الموارث وفقا لأحكام المادة 774 من ق.م.ج³ لقانون الأسرة الصادر في جوان 1984 المعدل والمتمم⁴.

1 - مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، حق الأجانب في التملك... مرجع سابق، ص 561.

2 - تنص المادة 25 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر، المعدلة بالمادة 18 من القانون رقم 10/05 السالف الذكر، على أنه: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته.

على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا"

إن جميع الحقوق التي يكتسبها الجنين تبقى معلقة على شرط ولادته حيا، فإذا ولد الجنين حيا استقرت له منها الحقوق التي اكتسبها و هو جنين، ولكن ليس من تاريخ ميلاده، بل من تاريخ ثبوتها له وهو جنين في بطن أمه، فمثلا حقه في الإرث يكون من يوم وفاة مورثه. أما إذا ولد الجنين ميتا فإن الحقوق التي كانت قد تقررت تزول بأثر رجعي، ويعتبر الجنين كأنه لم يكتسب شيئا منها على الإطلاق. فيرد المال الموقوف له من الميراث ... إلى تركة المورث لتوزيعها على باقي الورثة.

أبو النجا إبراهيم، "وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، المجلد 25، عدد 4، ديسمبر 1987، ص 961-962.

3- تنص المادة 774 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر، على أنه: تُسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة و تحديد أنصبتهم في الميراث و على انتقال أموال التركة".

4- قانون رقم 84-11 السالف الذكر.

نصت الفقرة 2 من المادة 23 على أن أهلية الميراث تخضع للقانون الواجب التطبيق على الميراث وفقا للمادتين 21 و 22 من اللائحة.

يشترط لاستحقاق الإرث كذلك عدم وجود مانع من موانع الإرث كما سبق القول، إذ يتكفل قانون جنسية المورث وقت وفاته بتحديد موانع الإرث والحجب¹.

أخضعت لائحة الإتحاد الأوربي رقم 2012/650 موانع الميراث طبقا للفقرة 2 من المادة 23 للقانون الواجب التطبيق على الميراث وفقا للمادتين 21 و22.

ثانيا - أصول انتقال الإرث:

يختص قانون الميراث ببيان ما إذا كانت الخلافة بسبب الموت بحكم القانون إجبارية أم اختيارية، وبعبارة أخرى ما إذا كان الوارث حرا في قبول الإرث أو التنازل عنه من عدمه، وما الميعاد الذي يتعين عليه فيه إبداء القبول أو التنازل، وما شروط القبول وآثاره. وكذلك بيان ما إذا كان للوارث قبول التركة بشرط الجرد من عدمه، وما ميعاد القبول وشروطه وآثاره². ومن المعلوم أن الخلافة بسبب الموت بحكم القانون هي في الشريعة

1- "المانع من الإرث هو ما تفوت به أهلية الإرث بعد قيام سببه كالقتل. و الممنوع من الإرث لفوات الأهلية يسمى محروما، وأما الحجب فهو منع شخص من ميراثه كله أو بعضه لوجود شخص آخر، ويسمى الممنوع في هذه الحالة محجوبا، والفارق بينهما أن المحروم لا يؤثر على غيره من الورثة بخلاف المحجوب فإنه يؤثر على غيره".
نقلا عن: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 343.

تنص المادة 135 من القانون رقم 84-11 السالف الذكر، على ما يلي: "يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:

1- قاتل المورث عمدا و عدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا.

2- شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام و تنفيذه.

3- العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية."

تنص المادة 138 من نفس القانون: "يمنع من الإرث اللعان و الردة"

تنص المادة 136 من نفس القانون: "الممنوع من الإرث للأسباب المذكورة أعلاه لا يحجب غيره"

2- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 343.

الإسلامية الغراء خلافة إجبارية ليس للوارث أن يرفضها، أي لا محل لخيار الوارث في قبول الميراث أو التنازل عنه أو قبوله بشرط الجرد حيث تنتقل أموال الشركة إلى الوارث بقوة القانون وفور موت المورث، فالميراث يدخل في ملك الوارث رغما عنه¹.

يشمل الإرث مجموع الحقوق المالية أما الالتزامات المالية فلا تكون محلا للإرث، بالتالي لا يجوز التنفيذ على أموال الوارث الشخصية لأداء ديون تتعلق بالشركة ذاتها. غير أن الإرث في بعض الشرائع الأجنبية يشمل جميع الحقوق والالتزامات التي كانت في ذمة المورث، وبالتالي فإن دين الشركة ينتقل إلى الوارث، وللدائنين حق التنفيذ على أموال الوارث الشخصية حتى ولو لم يكن مصدرها الإرث، وهذه التشريعات تعتبر الإرث حقا اختياريا بمعنى أنه يجوز للوارث رفض الإرث كله أو قبوله بشرط الجرد².

وجدير بالذكر أن هناك بعض التشريعات التي ترتب على قبول الوارث للشركة تحمله لديون المورث بصفة مطلقة كما هو الحال في فرنسا، بينما تتجه بعض التشريعات الأخرى إلى تحمل الوارث بديون المورث في حدود ما آل إليه من أموال كما هو الشأن في إنجلترا³. ساير المشرع الجزائري حكم الشريعة الإسلامية، حيث يتم نقل الإرث بقوة القانون لمستحقه بمجرد موت المورث⁴.

نصت المادة 23 في فقرتها 2 من لائحة الاتحاد الأوروبي على أن شروط وآثار قبول الشركة تخضع للقانون الواجب التطبيق على الميراث وفقا للمادتين 21 و22 من اللائحة¹.

1- مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي ...، مرجع سابق، ص562. راجع كذلك في هذا الشأن محمود عبدالله بخيت، محمد عقلة العلي، الوسيط في فقه الموارث، ط 3، دار الثقافة، عمان، 2010، ص 19.

2- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن، ص ص 259-260. أنظر كذلك: إبراهيم حسن محمد عمر الغزاوي، المركز القانوني للطفل في مجال القانون ...، مرجع سابق، ص462.

3- مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي ...، مرجع سابق، ص562.

4- بن عומר محمد الصالح، الميراث في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 101.

الفرع الثاني

الاستثناءات الواردة على القانون المختص بحكم الميراث²

إن المشرع الجزائري، وعلى غرار أغلبية التشريعات اعتبر المواريث من مسائل الأحوال الشخصية، فأسندها حسب المادة 16 ق.م.ج لقانون جنسية المورث وقت وفاته، لكن ما دام الميراث من المسائل التي ترتبط بالشخص من جهة و بالأموال محل الإرث من جهة أخرى، فإنه من البديهي أن تكون هناك مسائل مستبعدة من مجال أعمال ضابط الجنسية، ويمنح اختصاص الحكم فيها لقوانين أخرى أكثر ملاءمة، على غرار المسائل التي تدخل ضمن نطاق تطبيق قانون موقع المال (أولا)، وكذا التركة الشاغرة (ثانيا).

أولا - نطاق تطبيق قانون موقع المال

إن خضوع الميراث لقانون جنسية المتوفى يرد عليه قيد هام ناتج عن طبيعة الميراث، فهذا الأخير و إن كان يقوم على فكرة الرابطة العائلية، إلا أنه في الوقت ذاته يعد سببا من أسباب انتقال الحق العيني، ومن ثم، يجب أن يخضع للقانون الذي يحكم الأموال كلما اتصل الأمر بنظام هذه الأموال بشكل مباشر³. وعلى ذلك فإن قانون موقع المال هو الذي يتكفل بتحديد المسائل الآتية:

1- تعلق حقوق دائني المتوفى بأموال التركة:

¹ - L'article 23/ 2 lettre (e) dispose que : « cette loi régit notamment : ...

e- ... y compris les conditions et les effets de l'acceptation de la succession ou du legs ou de la renonciation à ceux-ci ».

² - ذُكرت الاستثناءات الواردة على القانون المختص بحكم الميراث في لائحة الإتحاد الأوربي رقم 2012/650 في المادة 1 منه، وقد تضمنت على العموم أن اللائحة تطبق على الخلافة بسبب الوفاة و لا تطبق على المسائل الضريبية، الجمركية والإدارية، وكذا حالة الأشخاص الطبيعيين... إلخ.

³ - فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي....، مرجع سابق، ص 260. أنظر كذلك: موحد اسعد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 324.

من بين المسائل الداخلة في فكرة مركز الأموال، مدى تعلق حقوق دائني المتوفى بأموال التركة، وما يترتب على ذلك من أثر في حقوق الورثة، فالأمر هنا لا يتصل بنظام الأشخاص، بل بنظام الأموال و بسلامة المعاملات¹، وبالتالي، فإن المسائل المتعلقة بسداد الديون، وقاعدة "لا تركة إلا بعد سداد الديون" والتي نصت عليها المادة 2/180 من ق.أ.ج²، تخضع لقانون موقع المال، ما دامت أموال التركة موجودة في الجزائر، ولو كان المورث أجنبيا³. فهذه القاعدة ليست من الأحوال الشخصية، بل من الأحوال العينية، لأنها تقضي بتعلق حقوق الدائنين بأموال التركة قبل حقوق الورثة⁴. ومعلوم أن الشريعة الإسلامية لا ترتب للورثة حقا على تركة مورثهم إلا بعد سداد الديون، وتنفيذ الوصايا.

ينتقد الأستاذ "فؤاد ديب" هذا الاتجاه، ويرى أنه يترتب عنه تجزئة أموال التركة من حيث القانون الواجب التطبيق عليها: أي تعدد القوانين التي تحكمها بتعدد الدول التي تتواجد فيها أموال التركة، مما يؤدي إلى نتائج غير مقبولة على الصعيد العملي، ولذلك فهو يرى وجوب إخضاع مسألة حقوق دائني التركة وأثرها على حقوق الورثة لقانون جنسية المورث وقت الوفاة على غرار المسائل الأخرى التي ترتبط بالميراث⁵.

يرى الدكتور "أعراب بلقاسم" أن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به على أساس أنه لا يتقرر في الشريعة الإسلامية حق لأي وارث على التركة إلا بعد سداد الديون، وتنفيذ الوصايا. فالقانون الذي يحكم الميراث يرجع إليه فقط بعد الفراغ من مسألة الديون لا قبله. ويقول فقهاء

1 - هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2007، ص ص 315-316. أنظر كذلك: هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص....، مرجع سابق، ص ص 315-316. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 350.

2 - تنص المادة 180 من القانون رقم 84-11 السالف الذكر، على ما يلي: "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي: 2.....- الديون الثابتة في نمة المتوفى".

3- كمال عليوش قريوع، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 265.

4- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 598.

5- بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص ص 272-273.

الشريعة الإسلامية أن حق الورثة في الخلافة يكون بعد الديون في الرتبة، وهو يتعلق بثثي
التركة بعد الدين لا بالتركة كلها¹.

ونحن من جهتنا نؤيد رأي الدكتور "أعراب بلقاسم" باعتباره رأيا منطقيا في نظرنا، لأن
رأي الأستاذ فؤاد ديب لا يأخذ في الحسبان أحكام الشريعة الإسلامية، أضف إلى ذلك أن
التركة وما ينجر عنها من تطبيق قانون جنسية المتوفى وقت وفاته لا يكون لها أثر إلا بعد
سداد الديون.

أخضعت المادة 23 في فقرتها 2 من لائحة الإتحاد الأوربي رقم 2012/650 المتعلقة
بالميراث، المسؤولية اتجاه ديون التركة للقانون الواجب تطبيقه على الميراث وفقا للمادتين
21 و 22 من اللائحة².

2- نقل ملكية حق الإرث و الحقوق العينية الأخرى المتعلقة به:

إن المسائل الخاصة بانتقال ملكية أموال التركة غير المنقولة وحيازتها، والحقوق العينية
الأخرى المتعلقة بها تخرج عن اختصاص قانون المتوفى، وتخضع لقانون موقع المال غير
المنقول، وبالنسبة لانتقال ملكية أموال التركة المنقولة، فيسري عليها قانون الدولة التي يوجد
فيها المنقول وقت الوفاة³. وفي المقابل يحق للوريث أن يستفيد من كافة الحقوق العينية،
ولو كانت مجهولة من قبل قانونه الشخصي⁴.

1- بلقاسم أعراب ، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 273.

2 - L'article 23/2 lettre (g) dispose que : « cette loi régit notamment

... g – la responsabilité à l'égard des dettes de la succession... ».

3- حسن الهداوي، تنازع القوانين و أحكامه في القانون الدولي ...، مرجع سابق، ص 128، أنظر كذلك مؤلفه: القانون
الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة و الحلول الوضعية ...، مرجع سابق، ص 123.

4- موحند اسعد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 325. أنظر كذلك: كمال عليوش قريوع، القانون الدولي
الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 265. =

وبذلك يحكم قانون موقع المال الإجراءات اللازمة لسلامة المعاملات وحقوق الآخرين، كإدارة أموال التركة والمحافظة على حقوق الدائنين¹، فهو يسري على إجراءات شهر حق الإرث بالنسبة للعقارات، ويحكم الأثر المترتب على إغفال الشهر وما يترتب على ذلك من عدم نفاذ التصرفات الصادرة من الوارث بشأن عقارات التركة². كذلك يبدو من الأولى تطبيق القانون المحلي حين تكون الأموال الموروثة من فئة قانونية مجهولة من قبل القانون الميراثي الأجنبي، كالأموال الوقفية المعروفة في القانون الجزائري، والمجهولة في الدول الأوربية³.

نصت المادة 23 في فقرتها 2 من لائحة الاتحاد الأوربي المتعلقة بالميراث على أن نقل الملكية والحقوق الالتزامات المشكلة للتركة إلى الورثة، هي مسائل تخضع للقانون الواجب التطبيق على الميراث وفقا للمادتين 21 و 22 من اللائحة⁴.

3- حالة الشيوخ بين الورثة:

= اعتبر المجلس الأعلى أن الحق الناجم عن الشفعة هو حق عيني يتمتع بالحجية و يمكن حتى للوريث الأجنبي على الشيوخ أن يواجه به المشتري. و قد نقض لهذا السبب القرار الصادر عن المجلس القضائي لعنابة، بتاريخ 14 فيفري 1974، و يتعلق الأمر بحق الشفعة الذي يمارسه وريث على الشيوخ من الجنسية الفرنسية بالنسبة إلى ملكية نصف بيت شائع، باعته اخته إلى مشتر جزائري. المجلس الأعلى، 27 نوفمبر 1974، رقم 11569 من السجل (غير منشور).
نقلا عن: موحد اسعد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 325.

1 - حسن الهداوي، تنازع القوانين و أحكامه في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين و أحكامه في القانون الدولي ...، مرجع سابق، ص 128. أنظر كذلك مؤلفه القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة و الحلول الوضعية ...، مرجع سابق، ص 123.

2 - هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص....، مرجع سابق، ص 82. فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي....، مرجع سابق، ص 260.

3- د/موحد اسعد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 325. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 295.

⁴ - L'article 23/ 2 lettre (e) du règlement (UE) dispose que : « cette loi régit notamment : ...

e- Le transfert des biens, des droits et des obligations composant la succession aux héritiers ... ».

من المسائل التي تخرج عن إطار الفكرة المسندة للميراث وتدخل ضمن الفكرة المسندة لفكرة الأموال ويطبق عليها بالتالي قانون موقعها أيضا مسألة الشيوخ بين الورثة وتنظيمها¹.

وبذلك فإذا كان المال الموروث متواجدا بالجزائر فإن القانون الجزائري هو الذي يطبق آنذاك فيما يتعلق بحق كل شريك في التصرف، وكيفية إدارة الأموال الشائعة وتنظيمها وانقضائها، سواء بالتقاضي أو بالتراضي، وذلك بصرف النظر عن ما إذا كان المورث جزائريا أم أجنبيا².

هذا ويطبق قانون موقع المال فيما يخص قسمة التركة، وهذا من حيث طلب الحق في القسمة ومدى الالتزام بالبقاء على الشيوخ، ومن حيث آثار القسمة أهي مقررة أو منشئة³.

ثانيا - التركة الشاغرة:

تعتبر التركة الشاغرة من بين المواضيع التي عرفت جدلا في مجال القانون الدولي الخاص، فمفهومها مخالف للتركة الشاغرة التي لا تتضمن على الإطلاق عنصرا أجنبيا. كما أن إختلاف تكييفها من دولة إلى أخرى، أثر في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، ولقد بين الفقه الإسلامي - الذي أطلق عليها بيت المال - موقفه منها، كما أن القوانين الوضعية لم تجمع على تطبيق قانون واحد عليها.

1- تعريف التركة الشاغرة:

التركة الشاغرة اصطلاح أطلقه فقهاء القانون الدولي الخاص على الفرض الذي يترك فيه المتوفى أموالا وأملاكا لا وارث لها، فلا يعرف مآلها، أو يكون له وارث لكنه يتنازل عن

1- محمد عامر الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص ...، مرجع سابق، ص 187.

2- كمال عليوش قريوع، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 265-266، عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 295.

3- ابن عومر محمد الصالح، "الميراث في ظل القانون الدولي الخاص"، مرجع سابق، ص 104.

حقه في الميراث¹. وقد عرفها بعض الفقه على أنها: "كل ما خلفه المتوفى من أموال أو حقوق بدون مستحق لها"².

ولتوضيح هذا المعنى، نضرب المثال الآتي: جزائرية تزوجت بمصري، وتوفيت بعد ذلك تاركة عقارات بالجزائر، لكن، وقبل افتتاح التركة توفي زوجها الأجنبي دون أن يترك وريثة، فتكون بذلك التركة التي خلفها شاغرة.

2- تكييف التركة الشاغرة:

يرى الفقه الغالب في فرنسا ومصر أن تحديد الأساس الذي بموجبه يتم تقرير أيلولة التركة الخالية من الورثة إلى الدولة هو مسألة تكييف أولي، يرجع في شأنها إلى قانون القاضي، فإذا كيف القاضي حق الدولة على التركة الشاغرة بأنه حق إرث باعتبار أن الدولة وارثة لمن لا وارث له، اعتبرت المسألة من الميراث وخضعت لقانون جنسية المورث، وحينئذ فإن التركة تؤول إلى الدولة التي ينتمي إليها المورث بجنسيته وقت وفاته³.

أما إذا قضى قانون القاضي بأن أيلولة التركة إلى الدولة حق مبني على سيادتها، لما كان هناك مجال لتطبيق القانون الذي يحكم الميراث، ولانتقلت ملكية التركة إلى الدولة الواقع بها المال بطريق استيلائها على مال لا مالك له، وبعبارة أخرى تخضع التركة التي لا وارث لها لقانون موقع المال⁴.

3- موقف الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية من التركة الشاغرة:

أ- موقف الفقه الإسلامي من التركة الشاغرة:

- 1- عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون ...، مرجع سابق، 2010، ص 187.
- 2- مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، حق الأجانب في التملك ...، مرجع سابق، ص 569.
- 3- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 263-264.
- 4- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 354.

عبر الفقه الإسلامي على مصطلح "التركة الشاغرة" بـ "التركة التي لا وارث لها" أو "متخلف بدون وارث"، حيث كان يقضي بأيلولتها إلى بيت المال (الخزينة العامة) ، إلا أنهم اختلفوا حول طبيعة استحقاق بيت المال لهذه التركة إلى مذهبين:

- المذهب الأول:

ذهب المتقدمون من فقهاء المالكية إلى القول بأن بيت المال وارث من لا وارث له، سواء أكان بيت المال منتظماً أم غير منتظم، ووافقهم في ذلك بعض فقهاء الشافعية. غير أن المتأخرين من فقهاء المالكية ذهبوا إلى القول بأن بيت المال يكون وارثاً، شرط أن يكون منتظماً، ووافقهم على ذلك بعض فقهاء الشافعية¹.

وقد استدل القائلون بتوريث بيت المال بحديث المقدم بن معد يكرب قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من ترك كلاً فالْي، ومن ترك مالا فلورثته، وأنا وارث من لا وارث له، أعقل عنه وأرثه"².

- المذهب الثاني

ذهب الأحناف والحنابلة إلى القول أن بيت المال ليس وارثاً، وإنما تؤول إليه التركة، أو ما يبقى منها، باعتباره مالا لا مستحق له، فيأخذه بيت المال كما يأخذ كل مال ضائع لا ملك فيه لأحد كاللقطة، ويصرفه في المصلحة العامة، ووافقهم في ذلك المزني و ابن سريج من الشافعية³.

تتمثل أدلة أصحاب هذا المذهب فيما يلي:

1- مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، حق الأجانب في التملك في القانون....، مرجع سابق، ص ص 576-577.
2- أخرجه أبو داود في سننه: 123/3، كتاب الفرائض، باب ميراث ذوي الأرحام، الحديث رقم: 2901، و ابن ماجة في الفرائض، باب ميراث ذوي الأرحام: 2738، النسائي: 1487، و ابن حبان في صحيحه. انظر: نصب الرأية: 17/5.
نقلا عن: سليم محمودي، اختلاف الدين...، مرجع سابق، ص 128.
3- مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، حق الأجانب في التملك في...، مرجع سابق، ص 576.

- حديث أسامة بن زيد أن رسول الله صلى الله عليه و سلم، قال: " لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم"¹. فقد دل الحديث على أنه لا ميراث للمسلمين على الكفار، وعليه، فأموال أهل الذمة وغيرهم توضع في بيت المال على أنها وديعة.

-الأصل في المواريث أن للذكر مثل حظ الأنثيين، و هناك فرق بين القريب والبعيد، والأصل والفرع، بينما نجده يسوي في العطية بين المسلمين من ذلك المال، وعلى هذا، فلو كان هذا الأخير وارثا لما تقررت هذه المساواة².

الراجع:

الراجع هو ما ذهب إليه الأحناف و الحنابلة باعتبار أن بيت المال هو المكان الذي يوضع فيه المال تحت يد أمين ليصرف في مصارفه الشرعية، أي أنه إذا لم يوجد أحد من الورثة، وضعت التركة في بيت المال على أنها مال ضائع، وصارت لجميع المسلمين، ووضعت تحت يد الأمين ليصرفها في مصارفها الشرعية، وليس ذلك بطريق الإرث، بناء على أن الكل إخوة (إنما المؤمنون إخوة). بدليل أن الذمي إذا لم يكن له وارث يوضع ماله في بيت المال مع أنه لا ميراث للمسلم من غيره. ويشهد له أيضا أنه يسوي بين الذكر والأنثى من المسلمين في العطية من ذلك المال، ولا تسوية بينهما في الميراث، ويشهد له أيضا أنه يعطى من ذلك المال من ولد بعد موت صاحبه وللولد مع والده، ولو أنه كان وارثا لما صح كل ذلك³.

1- أخرجه البخاري، كتاب الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر و لا الكافر المسلم، رقم 6764، و مسلم كتاب الفرائض، باب ميراث أهل الإسلام، رقم 2731.

2- سليم محمودي، اختلاف الدين و أثره في.....، مرجع سابق، ص ص 129-130.

3- محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج3، مطبعة الشعب، مصر، 1903، ص26. أنظر كذلك : د/مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، حق الأجانب في التملك في.....، مرجع سابق، ص 577.

و يشير الأستاذ أبو زهرة إلى: "أن جمهور الفقهاء يقررون أن بيت المال لا يستحق باعتباره وارثا، بل يلقى فيه المال باعتباره لا مالك له، و لو ظهر للميت ورثة أعطوا التركة، و قد قال بعض الفقهاء أنه يذهب إلى بيت المال باعتباره وارث من لا وارث له. و لقد اختار القانون أن بيت المال لا يستحق باعتباره وارثا، بل يأخذ المال على أنه لا مالك له".
نقلا عن: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، هامش ص 356.

أضف إلى ذلك، أن اعتبار بيت المال وارثاً هو رأي بالاجتهاد فقط لم يدل عليه نص صريح.

كما أن متأخري المالكية و الشافعية قالوا بعدم توريث بيت المال بعد القرن الثالث الهجري، لما اختل نظامه، ولذلك قال العلامة سبط المارديني رحمه الله: "وقد أيسنا من انتظامه إلى أن ينزل السيد المسيح، و على سائر النبيين"¹.

ب- موقف التشريعات من التركة الشاغرة:

أخضعت بعض التشريعات التركة الشاغرة لقانون الدولة التي ينتمي إليها المورث بجنسيته وقت وفاته، على اعتبار أن هذا الحق هو حق إرث، والدولة وارثة لمن لا وارث له. فتعلق المسألة بالميراث يعني خضوعها للقانون الذي يحكمه، وهو قانون جنسية المورث²، وهو ما نص عليه القانون المدني الألماني³ (م 1936)، التقنين المدني السويسري⁴ (م466)، واستقر عليه أيضاً الاجتهاد القضائي الإنجليزي والاجتهاد القضائي البلجيكي⁵. على نقيض تشريعات الدول السابقة، أخذت دول أخرى بإخضاع التركة التي لا وارث لها لقانون موقع المال، و انتقالها بما تشمله من عقار و منقول إلى دولة الموقع، بناء على

1- سليم محمودي، اختلاف الدين و أثره....، مرجع سابق، ص130.

2- فاطيمة موشعال، دور الجنسية في حل مشاكل ...، مرجع سابق، ص83.

3- القانون المدني الألماني المؤرخ في 18 أوت 1896، و الذي دخل حيز التنفيذ سنة في 01 جانفي 1900.

4- القانون المدني السويسري المؤرخ في 10 ديسمبر 1907، و الذي دخل حيز التنفيذ سنة 1912.

5- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص ...، مرجع سابق، ص 198.

ولقد حكمت محكمة النقض في بلجيكا في 1952/03/28 باستحقاق دولة السويد لتركة مورث توفي في بلجيكا دون وارث، على أساس أن القانون السويدي الواجب التطبيق وفق قواعد الإسناد البلجيكية، يكيف حق الدولة في هذه الحالة على أساس كونه وارثاً. د/ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي ...، مرجع سابق، ص111. و لتفاصيل أكثر حول هذه القضية أنظر كتاب الدكتور: مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، حق الأجانب في التملك في....، مرجع سابق، ص ص 571-572.

سيادة هذه الأخيرة الإقليمية، و باعتباره استيلاء على مال لا مالك له¹. من بينها: القانون الدولي الخاص التركي²، القانون الدولي الخاص الإيطالي³، القانون الإنجليزي . كما قد نص صراحة على ذلك القانون المدني النمساوي في المادة 407⁴ ، القانون السويدي الصادر في 05 مارس 1937 الخاص بالمواريث في المادة 511⁵، و القانون المدني الفرنسي⁶.

كما سارت على نهج هذا الاتجاه جل الدول العربية⁷ بما فيها قانون المواريث المصري¹.

- 1- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 354-355.
- 2- تنص المادة 3/20 من القانون الدولي الخاص الصادر بتاريخ 27 نوفمبر 2007 على أنه: « une succession en déshérence qui se situe en Turquie, revient à l'Etat ».
- 3- تنص المادة 1/49 من القانون الإيطالي المؤرخ في 31 ماي 1995، رقم 218، المعدل للنظام الإيطالي للقانون الدولي الخاص:
- « Lorsque la loi applicable à la succession, à défaut de successibles, n'attribue pas la succession à l'Etat, les biens successoraux existant en Italie sont dévolus à l'Etat Italien »
- 4- د/عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ، ص ص 354-355.
- 5 - مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، حق الأجانب في التملك في....، مرجع سابق، ص 574.
- 6 - نصت المادة 809 من القانون المدني الفرنسي على أنه:

« La succession est vacante :

- 1- Lorsqu'il ne se présente personne pour réclamer la succession et qu'il n'y a pas d'héritier connu.
- 2- Lorsque tous les héritiers connus ont renoncé à la succession.
- 3- Lorsque, après l'expiration d'un délai de six mois depuis l'ouverture de la succession, les héritiers connus n'ont pas opté, de manière tacite ou expresse ».

إن حق الدولة على التركة الشاغرة كرسه الفقه الغالب و القضاء الفرنسي على أنه حق سيادة تمارسه عليها في حدود إقليمها فالدولة لست وارثة حقيقية. من هنا نستخلص بأن التكليف الميراثي ينبغي أن يستبعد، وأن الأملاك المنقولة تؤول إلى الدولة التي تتواجد فيها، و ليس إلى دولة آخر موطن للمتوفى.

Pierre Mayer, Vincent Heuzé, op.cit, p p 600-601.

- 7 - مثل القانون المدني العراقي (المادة 22/ب مدني عراقي)، قانون الأحوال الشخصية الأردني (المادة 181/ج). و قد انفرد قانون الإمارات العربية المتحدة بوضع قاعدة إسناد خاصة بأيلولة التركة التي يتركها أجنبي بدولة الإمارات العربية المتحدة دون وارث له إلى الدولة (المادة 2/17 من قانون رقم 05 لسنة 1985) مع الإشارة إلى أن هذا الحكم =

تضمنت لائحة الإتحاد الأوربي رقم 2012/650 المتعلقة بالميراث في المادة 33² فرضية عدم وجود ورثة وفقا للقانون الواجب تطبيقه على الميراث، وقد سمحت للدولة العضو التي توجد فوق إقليمها الأملاك بالإستيلاء عليها وفقا لقانونها، شرط أن يتمكن الدائنون من الحصول على ديونهم. وبذلك يسمح مثلا هذا الحكم للدولة الفرنسية بالمطالبة بالأملاك الموجودة فوق التراب الفرنسي في حالة عدم وجود وريث لها وفقا للمواد 811 وما يليها من القانون المدني الفرنسي³.

اعتبر المشرع الجزائري التركة التي لا وارث لها مالا شاغرا تستولي عليه الدولة بموجب سيادتها الإقليمية، و باسم النظام العام، و الدليل على ذلك ما نصت عليه المادة

=قاصر على تركة الأجنبي الموجودة بالدولة دون تركة الوطني الموجودة خارج الدولة. كما أن القانون التونسي (الفصل 2/54) أسند أيلولة التركة التي لا وارث لها في الأملاك العامة للدولة.

نقلا عن: الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 198.

بينما لم يوضح المشرع اليمني بأي صفة تؤول الأموال التي لا وارث لها الموجودة في اليمن إلى الخزنة العامة - كما فعلت تشريعات الدول السالفة الذكر - إلا أنه قرر في المادة 349 من قانون الأحوال الشخصية على أن: "كل ما لم يرد به نص في هذا القانون يعمل فيه بأقوى الأدلة في الشريعة الإسلامية".

مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، حق الأجانب في التملك في...، مرجع سابق، ص 576.

1- تنص المادة 04 من قانون الموارث المصري رقم 77 لسنة 1943 على أنه: "إذا لم يوجد أحد من هؤلاء (أي الورثة و من في حكمهم) آلت التركة أو ما بقي منها إلى الخزنة العامة"

² - L'article 33 du règlement (UE) n° 650/2012 dispose que : « Dans la mesure ou, en vertu de la loi applicable à la succession au titre du présent règlement, il n'y a pour aucun bien d'héritier ou de légataire institué par une disposition à cause de mort, ou de personne physique venant au degré successible, l'application de la loi ainsi déterminée ne fait pas obstacle au droit d'un Etat membre ou d'une institution désignée à cet effet par ledit Etat membre d'appréhender, en vertu de sa propre loi, les biens successoraux situés sur son territoire, pour autant que les créancier soient habilités à faire valoir leur créances sur l'ensemble des biens successoraux ».

³ - Circulaire du 25 Janvier 2016 de présentation des dispositions du règlement (UE) n° 650/2012, op.cit, p 10.

773 من ق.م.ج¹، أضيف إلى ذلك أن المادة 180 الفقرة الأخيرة من ق.أ.ج استعملت عبارة "أيلولة التركة التي لا وارث لها إلى الخزينة العامة" بدلا من عبارة "ميراثها لمن لا وارث له"، و بذلك فإن التركة التي لا وارث لها في الجزائر (و إن كانت أجنبية) تؤول إلى الدولة الجزائرية وفقا للقانون الإقليمي الجزائري، أو السيادة الإقليمية²، و لا يمكن لدولة أجنبية أن ترث من لا وارث له في الجزائر.

1- تنص المادة 773 من الأمر رقم 58-75 السالف الذكر، على أنه: تُعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، و كذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم".
2- العربي بلحاج، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي ...، مرجع سابق، ص 55.

الفصل الثاني

الأحكام الشرعية المتعلقة بالميراث في الزواج المختلط

تتعدد وتتنوع الديانات المنتشرة عبر العالم، والتي كفلت القوانين الداخلية على غرار القانون الجزائري¹، وكذا الاتفاقات الدولية²، الحرية للأفراد في اعتناق أي منها بما يوافق أو يرضي قناعاتهم الشخصية، بل وهو ما كان للفقهاء الإسلامي السابق في كفالتها وحمايتها³، الأمر الذي نجم عنه إمكانية اختلاف الديانة بين الأفراد ولو كانوا حاملين لجنسية دولة واحدة، فمثلا، وإن كان الإسلام في الجزائر يمثل دين الدولة حسب المادة 02

1- تنص المادة 42 من القانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق لـ 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر عدد 14 صادر بتاريخ 07 مارس 2016 على أنه: " لا مساس بحرية المعتقد... حرية ممارسة العبادة مضمونة في ظل احترام القانون".

تنص المادة 02 من الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 28 فيفري 2006 المحدد لشروط و قواعد ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين، ج.ر عدد 12 صادر بتاريخ أول مارس 2006 على أنه: " تضمن الدولة الجزائرية التي تدين بالإسلام حرية ممارسة الشعائر الدينية في إطار احترام أحكام الدستور و أحكام هذا الأمر و القوانين و التنظيمات السارية المفعول، و احترام النظام العام و الآداب العامة و حقوق الآخرين و حرياتهم الأساسية، كما تضمن الدولة التسامح و الاحترام بين مختلف الديانات".

2- تنص مثلا المادة 1/18 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة 2200 (ألف) المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، تاريخ البدء في النفاذ 23 مارس 1976 (طبقا للمادة 49)، انضمت إليه الجزائر بموجب: المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1989، منشور في ج.ر عدد 20 صادر بتاريخ 17 ماي 1989، وبملحق المرسوم الرئاسي، والنص الكامل نشر في ج.ر عدد 11 صادر بتاريخ 26 فيفري 1997، ص 16 على أنه: لكل إنسان حق في حرية الفكر و الوجدان و الدين، و يشمل ذلك حريته في أن يدين بدين ما، وحرية في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره، و حرية في إظهار دينه أو معتقده بالتعبد و إقامة الشعائر و الممارسة و التعليم، بمفرده أو مع جماعة، أو أمام المأ أو على حدة".

3- يقول المفكر الإسلامي "محمد الغزالي": "إن الحرية الدينية التي كفلها الإسلام لأهل الأرض لم يعرف لها نظير في القارات الخمس، و لم يحدث أن انفرد دين بالسلطة، و منح مخالفه في الاعتقاد كل أسباب البقاء و الازدهار مثل ما صنع الإسلام". نقلا عن: مصطفى أوقاشة، الحرية الدينية، الواقع و المستجدات القانونية و الفقهية، د.د.ن، 2009، ص 15.

من الدستور¹ فإن ذلك لا يمنع من أن نجد فئة معينة من المواطنين يعتقدون الديانة المسيحية.

إن اختلاف الديانة بين الأفراد لا يعتبر على الإطلاق مانعا من إنشاء المعاملات بينهم كالتجارة مثلا، كما أنه لا يعد بمانع من النكاح بينهم، فالزواج، كما سبق لنا القول، قد يكون مختلطا كذلك إذا ربط بين رجل وامرأة يختلفان في الديانة، وذلك حسب الضوابط والقيود التي وضعتها الشريعة الإسلامية²، كما قد يحدث أن يرتد الطرف المسلم منهما، فإذا انحلت هذه الرابطة بوفاة أحد هذين الزوجين، فتطرح حينئذ مسألة ميراث المتوفى منهما، وهي ما عني ببيان أحكامها الفقه الإسلامي نظرا لأهمية الميراث في حياة الأفراد، وما ينجم عن إساءة تقسيمه من مشاكل وعواقب وخيمة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى نظرا لاختلاف مضمون الدين لدى الغربيين عن مضمونه لدى الفقهاء المسلمين³ (المبحث الأول).

1- تنص المادة 02 من دستور 2016 على أنه: "الإسلام دين الدولة".

2- اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للمسلمة أن تتزوج غير المسلم سواء أكان مشركا أم كتابيا، و قد ثبت التحريم بنص القرآن و السنة و الإجماع. أما الكتاب فقولته تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَاْمْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ" سورة الممتحنة/ من الآية 10. و أما السنة، فقد وردت الآثار الصحاح عن السلف الصالح أنهم كانوا يفرقون بين النصراني و زوجه إذا أسلمت، فقد فرق عمر بين رجل من بني ثعلب، و بين زوجته التي أسلمت، و قال ابن عباس: "إذا أسلمت النصرانية قبل زوجها فهي أمك لنفسها"، و الأخبار استفاضت عن الصحابة على ذلك، و هذا أمر لا مجال فيه للرأي، فليس إلا أنه مسموع من الرسول عليه الصلاة و السلام.

و فضلا عما تقدم، فإن الإجماع انعقد على عدم جواز تزوج المسلمة بغير المسلم.

أنظر محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي، د.ب.ن، د.س.ن، ص 102. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء "الزواج"، دار الفكر العربي، د.ب.ن، 1984، ص 77. لتفاصيل أكثر حول زواج المسلمة بغير المسلم أنظر: أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، ج 2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1992. ص ص 15 إلى 20.

3 - فالدين عند الغرب مجرد حالة نفسية و عقلية و وجدانية يتسم بها شخص معين، أو هو مجموعة المبادئ و القيم التي تدين بها أمة أو جماعة اعتقادا أو عملا، و تتمثل في عادات خارجية و آثار اجتماعية، بينما يحظى الدين الإسلامي بمكانة مرموقة نظرا لكونه يمثل وضعاً إلهياً يرشد إلى الحق في الاعتقاد و إلى الخير في السلوك و المعاملات. أنظر: مصطفى أوقاشة، الحرية الدينية، الواقع و المستجدات ...، مرجع سابق، ص 13.

وكما قد تختلف الديانة بين الزوجين، فإنه يمكن أن يكون الاختلاف بينهما في مسألة الدار (الوطن)، أو كما يصطلح على تسميتها حديثا بالدولة، وهو ما من شأنه التأثير في ميراث المتوفى منهما (المبحث الثاني).

المبحث الأول

حكم التوارث عند اختلاف ديانة الزوجين أو ارتداد أحدهما

تعتبر العلمانية النظام السائد في جل الدول الغربية، فمبدؤها قائم على الفصل بين الدين والدولة، كما أن الديانات فيها تتساوى في الاعتبار، وبذلك فإن اختلاف الدين عندهم لا يرتب أثرا إلا في حدود النظام العام سواء تعلق الأمر بالزواج أو الميراث، وهذا على خلاف الفقه الإسلامي الذي رتب أثرا في الميراث في حال اختلاف ديانة الزوجين أي لما يكون أحد طرفي العلاقة الزوجية غير مسلم في الأصل (المطلب الأول) كما رتب على ميراث الزوج الذي كان مسلما ثم ارتد عن دين الإسلام أثرا آخر (المطلب الثاني)

المطلب الأول

اختلاف الديانة وأثره في الميراث

قد يحدث أن يُبرم زواج مختلط من حيث الديانة، كأن يتزوج جزائري مسلم بجزائرية مسيحية ، أو فرنسي مسيحي بفرنسية يهودية، فيترتب عن ذلك آثار من بينها الميراث. إذا كان الفقه الإسلامي قد أجاز الزواج عند اختلاف الديانة ضمن الحدود التي أقرها، فإن الأمر على خلاف ذلك فيما يتعلق بالميراث عند اختلاف الديانة ، وهو ما يتضح من الأحكام التي أقرها الفقه الإسلامي والمتعلقة بالتوارث بين المسلم والكافر الأصلي (الفرع الأول) و التوارث بين غير المسلمين (الفرع الثاني)، وقد كان للتشريع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى موقف من ذلك (الفرع الثالث).

الفرع الأول

توارث المسلم مع الكافر الأصلي

يعتبر اختلاف الدين من موانع الميراث المتفق عليها¹، سواء تعلق الأمر بميراث الكافر من المسلم بسبب الزوجية (أولاً) أو ميراث المسلم من الكافر بسبب الزوجية أو القرابة (ثانياً).

أولاً- حكم ميراث الكافر من المسلم بسبب الزوجية:

أجمع العلماء سلفاً وخلفاً على أن الكافر لا يرث المسلم لا بقرابة ولا بنكاح.

أ- عدم جواز ميراث الكافر من المسلم بسبب الزوجية

انعقد الإجماع على أن الكافر لا يرث المسلم إذا كان السبب المقضي للإرث هو الزوجية، وكان الكافر قد بقي على كفره حتى قسمت التركة وأخذ كل وارث نصيبه منها، وذلك كما لو تزوج مسلم كتابية ومات عنها زوجها، فلا ميراث لها، وذلك للأدلة الآتية:

- قوله تعالى: " ... وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا"². وذلك لانعدام النصرة وانقطاع الولاية بينهما³، ووجه الاستدلال بها أن الله سبحانه وتعالى نفى أن يكون

¹- لقد أثير التساؤل عن الوقت الذي ينظر فيه إلى اختلاف الدين بين الوارث والمورث فيما إذا كان هو وفاة المورث، أم وقت تقسيم التركة.

يرى جمهور الفقهاء في هذا الصدد أن العبرة في اختلاف الدين هي بوقت وفاة المورث، لأنه هو الوقت الحقيقي لاستحقاق المال الموروث، أما القسمة فهي عملية توزيع للأنصبة المستحقة للورثة والكشف عنها. فإذا أسلمت الزوجة الكتابية بعد وفاة زوجها ولو بلحظة وقبل قسمة التركة فإنها لا ترث من زوجها المسلم، وتعتبر محرومة من الميراث. وذهب الإمام أحمد في رواية عنه، إلى أن النظر إلى اختلاف الدين يكون وقت قسمة التركة باعتباره الوقت الذي تثبت للوارث فيه حقيقة الملك، وبذلك فأعلانه الإسلام قبل قسمة التركة لا يمنعه من الميراث.

عبد الوهاب حواس، فتح المغيب في علم الموارث، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د.س.ن، ص ص 92-93.

2- سورة النساء/ من الآية 141.

3- سليم محمودي، اختلاف الدين و أثره في الميراث، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص فقه مقارن، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الجزائر، 2008، ص 36.

للكافرين على المؤمنين سبيل، ولو ورث الكافر من المؤمن كان ذلك له عليه سبيل وهو منفي.

- الدليل الآخر من القرآن أن: نوحا عليه السلام قال لربه عز وجل: "رَبِّ إِنَّ ابْنِي مِن أَهْلِي"¹، فنفى الله تعالى أن يكون من أهله لأنه مخالف له في الدين، فإن نوحا عليه السلام أحد الرسل الكرام، وابنه كافر².

- ما رواه البخاري ومسلم وغيرهما بسندهم عن أسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم"³ لأن الإرث فيه معنى الولاية، ولا تثبت الولاية هنا لأحدهما على الآخر⁴.

ب - إسلام الكافر بعد موت المورث و قبل القسمة

أقوال العلماء في هذه المسألة:

القول الأول: وهو توريث من أسلم على ميراث قبل قسمته

- ذهب الإمام أحمد رحمه الله إلى أن الزوجة الكتابية ترث من تركه زوجها المسلم إذا أسلمت قبل أن تقسم التركة على مستحقيها⁵. وبهذا القول قال عمر وعثمان وعلي والحسين وابن مسعود رضي الله عنهم أجمعين، وبه قال عكرمة وحמיד والحسن وجابر بن زيد ومكحول وقتادة⁶.

1- سورة هود/ من الآية 45.

2- محمد بن صالح العثيمين، شرح منظومة القلائد البرهانية في علم الفرائض، دار الوطن، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2008، ص 75.

3- حديث أسامة بن زيد رضي الله عنه، أخرجه البخاري في كتاب الفرائض باب لا يرث المسلم الكافر، الحديث رقم 6764، (50/12)، صحيح مسلم بشرح النووي في كتاب الفرائض، الباب الأول، الحديث رقم 1614، (52/11).

4- سليم محمودي، اختلاف الدين و أثره....، مرجع سابق، ص 37.

5- المرجع نفسه، ص 43.

6- علي بن ناشب بن يحي الحلوي الشراحي، سنا البرق العارض في شرح النور الفاضل، المجلد الأول، د.س.ن، ص 256.

وما استدل به لهذا القول القاضي بتوريث من أسلم قبل قسمة التركة ما يلي:

- ما رواه أبو داود رحمه الله تعالى بإسناده عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "كل قسم قسم في الجاهلية فهو على ما قسم، وكل قسم أدركه الإسلام فهو على قسم الإسلام"¹.

- وما رواه زيد بن قتادة الشيباني أنه شهد عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه ورث رجلاً أسلم على ميراث قبل أن يقسم.

قال الشيخ منصور البهوتي رحمه الله تعالى في المفردات:

وقيل قسم الإرث من قد أسلم ويستحق ما بكفر حرماً².

- قوله صلى الله عليه و سلم: "من أسلم على شيء فهو له"³.

قال الخلال في "الجامع" (باب من أسلم على ميراث قبل أن يقسم):

أخبرني الميموني أنه سأل أبا عبد الله: من أسلم على ميراث؟ قال: مسألة مشتبهة، من يحتج فيها يقول: الكفن من جميع المال، ثم الوصية، ثم الميراث، ويُحتج فيها بقول من قال: الحامل المتوفى عنها زوجها نفقتها من جميع المال، هذه حجة لمن ورثه يحتج بعد الموت بهذه الأشياء، يقول: أليس إنما وجبت الوصية والكفن بعد الموت؟ فإسلام هذا أكبر إذا أسلم قبل أن يقسم.

قال سعيد بن منصور: حدثنا عبدالله بن المبارك عن حيوة بن شريح عن محمد بن عبد الرحمان بن نوفل عن عروة بن الزبير قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: "من أسلم على شيء فهو له". وهذا قد أسلم على ميراث قبل أن يقسم، فيكون له، قالوا: وهذا اتفاق من

1- أخرجه أبو داود، كتاب الفرائض، باب فيمن أسلم على ميراث برقم 2914، وسعيد بن منصور في سننه، كتاب الفرائض، باب من أسلم على ميراث قبل أن يقسم برقم 193، وصححه الألباني في إرواء الغليل (157/6)

2- علي بن ناشب بن يحيى الحلوي الشراحي، سنا البرق العارض...، مرجع سابق، ص 256 إلى 258.

3- أخرجه سعيد بن منصور في سننه، كتاب الفرائض: باب من أسلم على ميراث قبل أن يقسم، برقم 190 وحسنه الألباني في إرواء الغليل.

الصحابه، فذكر النجاد أن (يزيد) بن قتادة ماتت أمه فأسلم بعض أولادها، فرفع ذلك إلى عثمان فسأل عن ذلك أصحاب النبي صلى الله عليه و سلم فقالوا: يرثون ما لم يقسم¹.

- وأيضا فإن توريث المسلم قبل القسمة مما يرغب في الإسلام ويزيد فيه ويدعو إليه، فلو لم يكن فيه إلا مجرد الاستحسان لكان ذلك من محاسن الشريعة وكمالها، ألا يحرم ولد رجل ميراثه بمانع قد زال فعل المقتضي عمله، فإن النسب هو مقتضي للميراث، ولكن عاقبه الشارع بالحرمان على كفره، فإذا أسلم لم يبق محلا للعقوبة بل صار بالثواب أولى منه بالعقاب.

يوضحه أن زوال المانع قبل القسمة يجعله في حكم ما لم يكن أصلا، فالتائب من الذنب كمن لا ذنب له، والنازع عن الكفر كمن لم يكفر، فلا معنى لحرمانه وقد أكرمه الله بالإسلام، ومال موروثه لم يتعين بعد لغيره، بل هو في حكم الباقي على ملكه من وجه، وفي حكم الزائل من وجه.

يوضحه أنه - إذا أسلم قبل القسمة وقبل حيازة بيت المال التركية - ساوى المسلمين في الإسلام، وامتاز عنهم بقرابة الميت، فكان أحق بماله.

و هذه المسألة مما برز به الإمام أحمد ومن قال بقوله، وهي من محاسن الشريعة².

القول الثاني: هو عدم توريث من أسلم على ميراث قبل قسمته.

ذهب إلى القول به الإمام أبو حنيفة ومالك والشافعي رحمهم الله، وبه قال كذلك علي رضي الله عنه وسعيد بن المسيب وعطاء وطاوس و الزهري وسليمان بن يسار وإبراهيم

1- أبو بكر الخلال، أحكام أهل الملل والردة من الجامع لمسائل الإمام أحمد بن حنبل، ج 1، ص 336، رقم 943.
2- شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، أحكام أهل الذمة، المجلد 2، رمادي للنشر، المملكة العربية السعودية، 1997، ص 849.

النخعي¹، إلى أن الكافر لا يرث من تركة المسلم شيئاً، بأي سبب من أسباب الميراث بما فيها الزوجية، وأنه لا فرق في ذلك بين أن يسلم الكافر قبل أن تقسم تركة المسلم أو أن يستمر على كفره حتى تقسم².

- الأدلة:

استدل الجمهور لما ذهبوا إليه من أن من يسلم بعد موت مورثه قبل قسمة التركة لا يشارك الورثة في الإرث، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم"³. وقول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا يتوارث أهل ملتين شتى"⁴.

وجه الدلالة من هذين الحديثين أنهما يمنعان الإرث بين المسلم والكافر، وهذا المانع قد وجد في حين الموت، وذلك كالرق، بيانه أنه إذا أعتق الرقيق بعد موت مورثه قبل قسمة التركة لا يرث منه شيئاً، وكذلك الكافر الذي يسلم بعد موت مورثه لأن الملك ينتقل إلى الورثة بالموت لا بالقسمة.

ولأن تأخير القسمة لا يوجب توريث من ليس بوارث، كما أن تقديمها لا يوجب سقوط من هو وارث⁵.

1- وليد ميرة، أثر اختلاف الدين على مسائل الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل درجة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص: شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2004-2005، ص 102.

2- سليم محمودي، اختلاف الدين و أثره...، مرجع سابق، ص 43.

3- سبق تخريجه.

4- أخرجه أحمد 178/2، والنسائي في الكبرى، كتاب الفرائض، باب سقوط الوارثة بين الملتين، الحديث رقم 6384 (82/4)، وابن ماجه في كتاب الفرائض، باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك، الحديث رقم 2731 (912/2)، والبيهقي 218/6.

5- جاسم زاهد قرانفيل، أسباب الإرث و موانعه...، مرجع سابق، ص 187-188.

رغم تعدد الحجج السابق بيانها و اختلافها، إلا أن الصحيح هو أنه لا يرث للكافر ولو أسلم قبل قسمة التركة، لعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم"¹.

وقولهم أن توريثه يكون بغية ترغيبه في الإسلام أمر غير صحيح، لأنه يمكن القيام بذلك بوسيلة أخرى كإعطائه الزكاة مثلا، مصداقا لقوله تعالى: "... وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ..."²، هذا من جهة، ثم إن القول بإعطاء الميراث له ترغيبا له في الإسلام من شأنه إلحاق الضرر بالورثة الآخرين، باعتبار أن ذلك يعد اقتطاعا من حقهم لصالح الفرد الذي يبتغى ترغيبه في الإسلام، باستثناء الحالة التي يكون فيها هذا الشخص الذي أسلم هو الوارث الوحيد، فآنذاك يتوجه القول إلى إعطائه الإرث لأنه في هذه الحالة لم يظلم أحداً.

ثم لو فتح هذا الباب لأفضى إلى أن بعض الورثة يماطل في القسم رجاء أن يسلم هذا القريب³.

ثانيا - حكم ميراث المسلم من الكافر بسبب الزوجية⁴:

1- أقوال العلماء في توريث المسلم من الكافر بسبب الزوجية:

اختلفت آراء الفقهاء في حكم ميراث المسلم من الكافر على رأيين:

الرأي الأول: لقد اتفق الأئمة الأربعة على أن المسلم لا يرث من الكافر شيئا سواء

بسبب الزوجية أو القرابة.

1- سبق تخريجه.

2- سورة التوبة / من الآية 60.

3- محمد صالح العثيمين، شرح منظومة القلائد...، مرجع سابق، ص ص 78-79.

4 - وهو نفس حكم ميراث المسلم من الكافر بسبب القرابة.

قال صاحب المغني: "ويروى هذا عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وأسامة بن زيد وجابر بن عبد الله رضي الله عنهم، وبه قال عمرو بن عثمان، وعروة والزهري وعطاء وطاوس وعمر بن عبد العزيز وعمرو بن دينار والثوري وعامة الفقهاء وعليه العمل".

الرأي الثاني: قالت طائفة أخرى من العلماء: بل يرث المسلم الكافر دون العكس، وهو قول معاذ ومعاوية وعبد الله بن مغفل رضي الله عنهم، وحكي ذلك عن محمد بن الحنفية وعلي بن الحسين وسعيد بن المسيب ومسروق بن الأجدع ويحي بن يعمر واسحاق بن راهوية¹.

2- أدلة العلماء في حكم توريث المسلم من الكافر بسبب الزوجية أو القرابة:

أ - أدلة القائلين بعدم توريث المسلم من الكافر:

- قوله تعالى: "وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ..."²، فقد دلت الآية الكريمة على أن الولاية منفية بين الكفار والمسلمين، فإذا كان المراد بتلك الولاية الإرث كان ذلك إشارة إلى منع التوارث بينهما فلا يرث المسلم من الكافر، وإن كان المراد مطلق الولاية، فقد عرف أن في الإرث معنى الولاية لأن الوارث يخلف المورث في ماله مع اختلاف الدين لا يثبت هذه الولاية لأحدهما على الآخر³.

- واستدلوا كذلك فيما ذهبوا إليه بما رواه أسامة بن زيد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم"⁴. وقالوا أن هذا الحديث يدل دلالة

1- ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج 6، مكتبة القاهرة، 1968م، ص 367، رقم 4946.

2- سورة الأنفال/ من الآية 73.

3- بدران أبو العينين بدران، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين في الشريعة الإسلامية و اليهودية والمسيحية و القانون، دار النهضة العربية، لبنان، د.ت.ن، ص 234.

4- سبق تخريجه.

صريحة على امتناع توريث المسلم من غير المسلم، وهو حديث عام لا يخص سببا دون سبب، ولا حالة دون حالة و لا دليلا يدل على التخصيص بسبب أو بحالة¹.

- الحديث المتفق عليه عن أسامة قال: "يا رسول الله أتتزل غدا في دارك بمكة، قال: وهل ترك لنا عقيل من رباغ أو دور؟" وكان عقيل ورث أبا طالب هو وطالب لأنهما كانا كافرين، ولم يرث علي وجعفر لأنهما كانا مسلمين" فلو كان المسلم يرث الكافر لورثا².

قال الخطابي: "موضع الاستدلال من هذا الحديث على أن المسلم لا يرث من الكافر: أن عقيل لم يكن أسلم يوم وفاة أبي طالب فورثه، وكان علي وجعفر مسلمين فلم يرثا، ولما ملك عقيل رباغ عبد المطلب باعها، فذلك معنى قوله صلى الله عليه وسلم.

- ما روى أبو داود بسنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يتوارث أهل ملتين شتى"³.

ب - أدلة القائلين بتوريث المسلم من الكافر

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول أن المسلم يرث الكافر، وشبهوا ذلك بنكاح نسائهم، فقالوا كما يجوز للمسلم أن ينكح نساءهم ولا يجوز للمسلمين أن ينكحهم من المسلمات، فكذلك الإرث⁴.

- ما رواه عبد الله بن بريدة أن أخوين اختصما إلى يحيى بن يعمر، يهودي و مسلم، فورث المسلم منهما، و قال حدثني أبو الأسود أن رجلا حدثه أن معاذًا قال: سمعت رسول

1- عبد اللطيف فايز دريان، فقه الموارث في المذاهب الإسلامية والقوانين العربية، المجلد الأول، دار النهضة العربية، بيروت، 2006، ص ص 352-352.

2- أخرجه البخاري، كتاب الحج، باب توريث دور مكة، سنن أبي داود، فرائض، ج 2، ص 113.

3- أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الفرائض، 2/ 113.

4- أحمد محمد المومني، أحكام التركات و الموارث، دار الميسرة، الأردن، 2009، ص 45.

الله صلى الله عليه و سلم يقول: "الإسلام يزيد و لا ينقص"، فورث المسلم، قالوا: ومن زيادته أن نحكم بتوريث المسلم من غير المسلم وبعدهم توريث غير المسلم من المسلم¹.

بمعنى أنه يزيد في حقوق من أسلم ولا ينقص شيئاً من حقه، ولأنه إذا لم يرث وكان قبل أن يسلم مستحقاً للإرث من قريبه الكافر كان إسلامه سبباً في إنقاص حقه وحرمانه من الميراث، وذلك مخالف لمضمون الحديث، فالكفر سبب للنقصان، وهو لا يتساوى مع الإسلام الذي هو سبب للزيادة².

- قوله صلى الله عليه و سلم: "الإسلام يعلو ولا يعلى"³، ومن العلو أن يرث المسلم الكافر، ولا يرث الكافر المسلم.

- ويستدل لذلك أيضاً أنه لو مات كافر عن زوجة حامل ووقف ميراث الجنين، ثم أسلمت المرأة بعد وفاة زوجها قبل أن تلد فإن الولد عند ميلاده يرث من ميراث أبيه، مع أنه محكوم بإسلامه تبعاً لأمه، فلو كان المسلم لا يرث من الكافر لما حق له الميراث⁴.

والراجح في المسألة: هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأن حديث "لا يرث المسلم الكافر" متفق على صحته وهو نص صريح حيث دل بمنطوقه على منع التوارث بين المسلم والكافر⁵.

كما ناقش الجمهور أدلة أصحاب الرأي الثاني بأن كلا من الحديثين لا يصلح للاستدلال بهما على مدعاهم⁶. فحديث معاذ لا يصلح للاحتجاج به لأن فيه راوياً مجهولاً

1- عبد اللطيف فايز دريان، فقه الموارث في المذاهب الإسلامية...، مرجع سابق، ص 353-354.

2- سليم محمودي، اختلاف الدين و أثره...، مرجع سابق، ص 52.

3- رواه البخاري في صحيحه، معلقاً في كتاب الجنائز، الحديث رقم 79، و الدارقطني: 252/3، و البيهقي: 205/6.

4- محمد سمارة، أحكام التركات و الموارث في الأموال و الأراضي، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة، عمان، الأردن، 2002، ص 87.

5- هاني الطعيمات، فقه الأحوال الشخصية...، مرجع سابق، ص 79.

6- عبد الوهاب حواس، فتح المغيبي...، مرجع سابق، ص 91.

قبل معاذ، وإنه على فرض صلاحيته للاحتجاج به، فإنه لا يدل على ما ذكره المحتجون به، لأن معنى زيادة الإسلام ليس مما ذكره، إنما المراد به أن الله سبحانه و تعالى يفتح عليه البلاد ويكثر من يعتقه، وأن معنى عدم نقصانه أنه لا يرتد عنه أحد سخطة له، ومن ارتد عنه لا يضره شيئاً¹.

كما أنه يحتمل أن يكون المراد بالعلو هنا، الحجة الناصعة والمنطق الواضح والبرهان الساطع الذي يدحض كل حجة للآخرين. أو أن المراد بالعلو القهر و الغلبة والنصر، والدليل إذا طرقة الاحتمال لا يصلح للاستدلال².

وأما القياس فلا يصح، لأنه في مقابلة نص، ثم إنه لا يلزم من صحة التزوج بنسائهم إرثنا منهم، فإن العبد يصح له أن يتزوج الحرة، ولا يصح له أن يرث منها، ثم إن التزوج مبناه على الرغبة في التوالد و قضاء الشهوة، وهي ممكنة بالتزوج منهم، وأما الإرث فمبناه على النصرة والموالاتة بين الوارث والمورث، وليس بين المسلم والكافر موالاتة ولا نصرة³.

أما ميراث الصغير من أبيه، بعد إسلام أمه و وفاة أبيه، فيكون قد تحقق منذ لحظة وفاة أبيه، وعندها كان محكوما بكفره تبعا لأمه وأبيه، وقد ثبت حقه في الميراث منذ وفاة أبيه، فلم يرثه عندما كان مسلما.

والذي تدل عليه الروايات، أن توريت المسلم من الكافر هو اجتهاد معاوية⁴. و بذلك فقد خالف ما قال به جمهور فقهاء الصحابة و التابعين برأي غريب، فأجاز وراثته غير

1- عبد اللطيف فايز دريان، فقه الموارث في المذاهب الإسلامية...، مرجع سابق، ص 354.

2- عبد الوهاب حواس، فتح المغيث ...، مرجع سابق، ص 91.

3- هاني الطعيمات، فقه الأحوال الشخصية...، مرجع سابق، ص 79. أنظر كذلك: محمد سمارة، أحكام التركات والموارث...، مرجع سابق، ص ص 87-88.

4- محمد سمارة، أحكام التركات والموارث...، مرجع سابق، ص 88.

المسلم من المسلم، وقد أمر قضاته بأن يسيروا على ذلك، وكان هذا عجبا حتى قال مسروق: ما وجدت في الإسلام أغرب من قضية قضاها معاوية و ذكرها.

ويروى أنه لما كتب إلى زياد بن أبيه و إلى العراق من قبله بذلك، وأمر بهذا شريحا التابعي وقاضي الكوفة - أطاع و لكنه كان إذا قضى بذلك لم يقل إن هذا قضاء بحكم الله ورسوله، بل كان يقول هذا قضاء أمير المؤمنين ليحمله تبعة ذلك.

ولما ولى عادل الأمويين عمر بن عبد العزيز، ألغى هذا، وأمر القضاة بأن يسيروا على ما عليه جماعة المسلمين من عهد الصحابة، وأنه لا توارث بين المسلم وغير المسلم سواء أكان المسلم هو المورث أو العكس، لتكون المعاملة بالمساواة، وعلى أساس من القسطاس المستقيم¹.

ولقد أصدر المجلس الإسلامي الأعلى فتوى في القضية السالفة الذكر²، تقضي بأن للسيد (ك.م) الحق فيما تركته زوجته المتوفاة (ف.س) على فرضين:

- فإما أن يرثها بصفتها مسلمة، فإذا أثبت الزوج أنها كانت تعيش معه في وسط عائلته الإسلامية، وأنها كانت تصوم رمضان، وتتنطق بنطقه الشهادتين...، فإنها تعامل معاملة المسلمة.

هكذا يتضح أن المجلس الإسلامي الأعلى أخذ بالرأي الراجح القائل بعدم جواز توريث المسلم من الكافر، عندما اشترط إثبات أن زوجة السيد (ك.م) كانت تدين بالإسلام حتى يحق له أن يرثها.

1- محمد أبو زهرة، أحكام التركات...، مرجع سابق، ص 93.

2- أنظر ص ص 60-61 من هذه الرسالة.

- وإما أن يرثها بصفتها كافرة، آخذاً برأي خليفة المسلمين معاوية و رأي القاضي شريح، والذي يقضي بأن المسلم يرث الكافر إن مات قبله، والكافر لا يرث المسلم، وهذا بهدف المحافظة للمواطنين المسلمين على حقوقهم المالية كاملة¹.

وبما أن الرأي القائل بجواز توريث المسلم من الكافر هو رأي ضعيف، وحجته غير قاطعة، وأن أرجح الأقوال مستقرة على عدم جواز التوارث بين المسلم وغير المسلم، فإن الدكتور الطيب زروتي يرى بأن فتوى المجلس الإسلامي الأعلى حين أجازت توريث الزوج الجزائري المسلم من زوجته الفرنسية على افتراض أنها توفيت على كفرها، قد حادت عن جادة الصواب، ولم تطبق ما هو معتمد في الشريعة الإسلامية، وما هو مستقر عليه في الفقه الإسلامي². ونحن من جهتنا نؤيد ما قاله الدكتور الطيب زروتي، باعتبار أنه من الواضح أن المجلس الأعلى قد أصدر فتواه بالشكل الذي يضمن للطرف المسلم الحصول على الميراث، وهو أمر غير مقبول، فالإسلام دين الحق، وبما أن الرأي الراجح يقضي بعدم جواز التوارث بين المسلم وغير المسلم، فإن استناد المجلس الأعلى على الرأي القائل بجواز توريث المسلم من الكافر (والذي يعد رأياً ضعيفاً) ليس له أساس.

أجاز المجلس العلمي بالجزائر كذلك في فتوى صدرت عنه بتاريخ 2013/02/04 توريث الكافر من المسلم وذلك لأسباب عديدة ذكرها³، وإن كان بإمكاننا انتقادها لأسباب الآتية:

1- زروتي الطيب، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتيهما...، مرجع سابق، ص ص 949-950.

2- المرجع نفسه، ص ص 899-901.

3- جاء في نص الفتوى ما يلي: " - لقد جاء في نص السؤال أن الأم "مانغي ايفون بنت فاستون" كانت تقوم ببعض شعائر الإسلام، فإن ثبت أنها نطقت بالشهادتين ولو مرة، فيحكم بإسلامها ديانة، ويجري ما يجري على المسلمين من الأحكام الظاهرة، وبالتالي: فيحق أن يرثوها، لكونها مسلمة، ويبقى الحكم القضائي بإثبات إسلامها، فيكفي أن يشهد شاهدان عدلان أمام هيئة قضائية بأنها غير مسلمة، فتطبق عليها أحكام الإسلام.=

- فإذا كان المجلس العلمي قد استند على كون القول المجيز لميراث الكافر من المسلم معتبر فقها لأنه قال به كبار الفقهاء من الصحابة والتابعين، فبالإمكان الرد عليه بأن القول الذي منع ميراث المسلم من الكافر قد قال به الأئمة الأربعة، فكيف يتم إذن ترجيح قول بعض العلماء على قول الأئمة الأربعة؟

- أما استنادهم على كون هذا القول يحقق مصلحة راجحة، وهو انتقال مال الهالكة إلى أقاربها المسلمين، وفيه إغناء لهم، فيمكن الرد بكون الإسلام دين الحق وأن أحكام الميراث تعد من القواعد الجوهرية في الشريعة الإسلامية ولا يجوز لأحد أن يأخذ نصيب الآخر في الميراث لأي سبب كان، و الرأي الراجح انعقد على عدم جواز ميراث المسلم من الكافر. -أما فيما يتعلق باستنادهم على كون هذا القول فيه مصلحة المحافظة على دين الورثة، لأن عدم توريثهم من أقاربهم الكفار، قد يكون سببا في ارتداد بعض المسلمين طمعا في الميراث، فبإمكاننا الرد عليهم بكون المحافظة على دين الورثة يكون كذلك باتباع أحكام الشريعة الإسلامية وبعدم إعطائهم ما ليس لهم حق فيه.

=- وإن لم يثبت أنها نطقت بالشهادتين، فحكمها أنها كتابية، فيجري في المسألة الخلاف الذي ذكرناه آنفاً، والذي يترجح لدى لجنة الفتوى هو الأخذ بالقول الثاني، الذي يجيز توريث المسلم من الكافر، وهذا للأسباب التالية:

- 1 - أن القول المجيز معتبر فقها، حيث قال به كبار الفقهاء من الصحابة والتابعين.
 - 2- أن هذا القول يحقق مصلحة راجحة، وهو انتقال مال الهالكة إلى أقاربها المسلمين، وفيه إغناء لهم.
 - 3 - أن هذا القول فيه مصلحة المحافظة على دين الورثة، لأن عدم توريثهم من أقاربهم الكفار، قد يكون سببا في ارتداد بعض المسلمين طمعا في الميراث، وقد حدث مثل هذا في عصرنا، لأن الإنسان ضعيف أمام فتنة المال.
- ... وعليه، فبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، التي جاءت لترفع الحرج والإصر عن أتباعها، تقرر لجنة الفتوى استنادا إلى ما ذكر من قبل، اختيار القول الثاني، للأسباب التي ذكرت في موضعها، ومنه فإن مال هذه الهالكة المسماة "مانغي ايفون بنت فاستون" لورثتها المسلمين، وهم ولداها (مولود ب، وعمر ب).
- الفتوى الصادرة عن المجلس العلمي بدار الأرقم -دالي براهيم- الجزائر بتاريخ 2013/02/04، رقم م.ع.د.أ/ 13.

الفرع الثاني

أثر اختلاف الدين في التوارث بين الكفار (غير المسلمين)

اختلف الفقهاء في توريث غير المسلمين بعضهم من بعض، وفيما إذا كان يعتبر اختلاف الدين بينهم مانعا من موانع الإرث أم لا، وقد اختلفت آراؤهم بالنظر إلى من اعتبر منهم الكفر ملة واحدة (أولا) وبين من اعتبره ملة شتى (ثانيا)، وبين من رأى بأن الكفر ثلاث ملل (ثالثا) وبين من اعتبره ملتان (رابعا):

أولا- مذهب القائلين بأن الكفر ملة واحدة:

يرى جمهور الفقهاء الحنفية و الشافعية وداود الظاهري ورواية عن أحمد، أن غير المسلمين يتوارث بعضهم من بعض، وأن اختلاف الدين بينهم غير مانع من موانع الإرث، لأن الكفر ملة واحدة يجمعها وصف واحد أنهم غير مسلمين¹. فالزوج المسيحي يرث زوجته اليهودية وعكسه، والمجوسي يرث النصراني أو اليهودي، والكاثوليكي يرث الأرثوذكسي².

-أدلة أصحاب هذا الرأي:

- استدلت أصحاب هذا القول بأن جميع الملل، عدا الإسلام، بمقابلتها بالإسلام يعتبرون ملة واحدة، لأن الله سبحانه وتعالى جعل الدين الإسلامي بمقابل الأديان الأخرى، فقال سبحانه وتعالى: "لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ"³. و قال تعالى: "...فَمَاذَا بَعْدَ الْحَقِّ إِلَّا الضَّلَالُ..."⁴. وقال تعالى: "وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ..."⁵. فقد أثبت سبحانه وتعالى بأن غير المسلمين بعضهم ولي بعض ونصير له، والمعلوم بأن العلة المقتضية للميراث وجود

1- عبد الوهاب حواس، فتح المغيبيث...، مرجع سابق، ص 97.

2- سليم محمودي، اختلاف الدين و أثره...، مرجع سابق، ص 71، أنظر كذلك عبد الله الجبوري، عبد الحق حميش، أحكام المواريث و الوصايا ...، مرجع سابق، ص 27.

3- سورة الكافرون الآية 06.

4- سورة يونس/ من الآية 32.

5- سورة الأنفال/ من الآية 73.

الموالاتة والمناصرة بين الوارث والمورث، وهذه العلة موجودة مع اختلاف الملل، ولم يفرق سبحانه في موالاتة الملل الأخرى بعضهم بعضا بين أن يكونوا ملة واحدة، أو بين أن يكونوا من ملل مختلفة.

- كذلك قوله عز و جل: "هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ فَمِنْكُمْ كَافِرٌ وَمِنْكُمْ مُؤْمِنٌ ..."¹، فقد بينت الآية أن الكفر ملة واحدة، وقد سمي الله تعالى الكفر ديناً، حيث قال: "وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ..."². وهذه الآية لا تتنافى مع قوله تعالى: "إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ..."³، لأن المعنى أن الدين المرضي عند الله هو الإسلام، لذا كان اختلاف الدين من الجانبين كما أن الكافر قطع ما بينه وبين الله تعالى، فقطع الله الإرث بينه وبين المسلمين⁴.

- قوله تعالى: "وَلَنْ تَرْضَىٰ عَنْكَ الْيَهُودُ وَلَا النَّصَارَىٰ حَتَّىٰ تَتَّبِعَ مِلَّتَهُمْ..."⁵. فلم يقل في آية الكافرون أربابكم فدل على أن الكفر كله ملة والإسلام ملة أخرى، و لم يقل في الآية مللهم فجعلهم على ملة واحدة⁶.

- حديث عائشة رضي الله عنها السابق، وقوله صلى الله عليه و سلم: "لا يتوارث أهل ملتين شتى"⁷. فقد ذكر الحديث أن كل الديانات مهما اختلفت تنحصر في ملتين لا ثالث لهما، فالإسلام ملة، والأديان الأخرى كلها ملة⁸.

1- سورة التغابن/ من الآية 02.

2- سورة آل عمران/ من الآية 85.

3- سورة آل عمران/ من الآية 19.

4- سليم محمودي، اختلاف الدين و أثره...، مرجع سابق، ص 72.

5- سورة البقرة/ من الآية 120.

6- علي بن ناشب بن يحيى الحلوي الشراحيلى، سنا البرق العارض...، مرجع سابق، ص 263.

7- سبق تخريجه.

8- سليم محمودي، اختلاف الدين و أثره...، مرجع سابق، ص 73.

ثانياً - مذهب القائلين بأن الكفر ملل شتى:

هذا الرأي للحنابلة وفي رواية عن المالكية، أن غير المسلمين ملل مختلفة لا يرث بعضهم بعضاً، فالنصرانية ملة بجميع فرقها، واليهودية ملة بجميع فرقها، والمجوسية ملة، والوثنية ملة، وعلى هذا لا يرث النصراني من اليهودي ولا من غيره، واليهودي لا يرث من النصراني ولا من غيره... وهكذا¹.

ولقد استدلت أصحاب الرأي الثاني بالأدلة الآتية:

- قوله تعالى: "... وَالَّذِينَ هَادُوا وَالنَّصَارَى وَالصَّابِئِينَ..."²، فقد عطف النصارى على الذين هادوا، والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه.

- قوله تعالى: "وَلَنْ تَرْضَى عَنْكَ الْيَهُودُ وَلَا النَّصَارَى حَتَّى تَتَّبِعَ مِلَّتَهُمْ..."³. واليهود لا يرضون إلا باتباع اليهودية معهم، والنصارى كذلك، وذلك دليل على أن لكل من الفريقين ملة على حدة، ولأن النصارى يقرون بنبوته عيسى عليه السلام والإنجيل، واليهود يجحدون ذلك⁴.

- كذلك قوله تعالى: "... لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا..."⁵. وكذلك قوله عز وجل: "مَا كَانَ إِبْرَاهِيمَ يَهُودِيًّا وَلَا نَصْرَانِيًّا وَلَكِنْ كَانَ حَنِيفًا مُسْلِمًا وَمَا كَانَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ"⁶.

1- عبد اللطيف فايز دريان، فقه المواريث في المذاهب...، مرجع سابق، ص 355.

2- سورة البقرة/ من الآية 62.

3- سورة البقرة/ من الآية 120.

4- نعمان مندر الشاوي، توارث مختلفي الدين في الفقه الإسلامي و التشريع العراقي، بحث تقدم به الدكتور في كلية الحقوق، ص10، جامعة النهدين، 2006، على الموقع الإلكتروني:

<http://journal.nahrainlaw.org/pdf/1/2006/1/89.pdf>

5- سورة المائدة/ من الآية 48.

6- سورة آل عمران/ الآية 67.

يظهر من مضمون الآية أنها فرقت بين الأنواع الثلاث: فاليهودية ملة، والنصرانية ملة، والمجوسية عبدة الأوثان ملة¹.

- جاء أيضا في حديث أبي هريرة رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا تجوز شهادة ملة على ملة إلا ملة محمد صلى الله عليه وسلم فإنها تجوز شهادتهم على غيرهم"².

- وروى الإمام مالك رحمه الله أن عبدا نصرانيا أعتقه عمر بن عبد العزيز فهلك، فأمر عمر أن يجعل ماله في بيت المال.

فهذه الأحاديث بمجملها تدل على عدم التوارث عند اختلاف الملل لأنه لا ولاية بينها ولهذا يمنع التوارث³.

ثالثا - مذهب القائلين بأن الكفر ثلاث ملل:

ذهب مالك وبعض الفقهاء إلى التفرقة بين الأديان السماوية من ناحية، وبين غيرها من الأديان الأخرى من ناحية ثانية. فغير المسلمين ثلاث ملل، النصرانية ملة، اليهودية ملة واحدة، وما عدا النصرانية واليهودية ملة واحدة يجمعهم أنهم ليسوا بأهل كتاب. وهو قول شريح وعطاء وعمر بن عبد العزيز والضحاك والحكم و شريك وابن أبي ليلى والحسن بن صالح ووكيع رحمهم الله تعالى.

1- محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، التركات و الموارث، "دراسة مدعمة بالقرارات و الأحكام القضائية، ج3، ط02، مطبعة عمار قرفي، باتنة، 1994، ص ص 89-90.

2- أخرجه العقيلي في الضعفاء الكبير (157/3)، والطبراني في المعجم الأوسط (5434) والبيهقي (21/27) باختلاف يسير.

3- سليم محمودي، اختلاف الدين و...، مرجع سابق، ص ص 68-69.

وعلى هذا فالمسيحي لا يرث قريبه اليهودي، وكذلك اليهودي لا يرث من قريبه المسيحي على أساس أن اليهودية و المسيحية دينان سماويان، وعلى ذلك فاختلف الدين يجب أن يكون شاملا لهما، كالمسلمين.

أما غير هاتين الديانتين من الملل والديانات المختلفة والتي لا ترجع إلى أصل سماوي، فإنها كلها تعتبر ملة واحدة، ولا يعتبر الاختلاف فيها مانعا من الإرث¹.

واستدل أهل هذا الرأي بما يتقارب مع أدلة الرأي الثاني، لتقاربهما في نفس المذهب، فهما يتفقان في أن الكفر ليس ملة واحدة، وإنما هو ملل مختلفة، ولو أن أهل المذهب الثالث حصروا الملل كلها في ثلاث، إلا أنهما يشتركان في تقسيم ملل الكفار. كما أن أسلوب القرآن في ذكر أهل الكفر غالبا ما يحصرهم في هذه الفئات الثلاث، ومنها قول الله تعالى: "إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَالَّذِينَ هَادُوا وَالنَّصَارَى وَالصَّابِئِينَ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ..."².

رابعا - مذهب القائلين بأن الكفر ملتان:

هناك قول حكاه شارح السراجية عن ابن أبي ليلى، وهو أن اليهود والنصارى يتوارثون فيما بينهم، ولا توارث بينهم و بين المجوس و الوثنيين، فإنهم ينكرون التوحيد ولا يعترفون بنبي مرسل ولا بكتاب منزل، فهم أهل ملة أخرى.

وهذا الرأي يختلف مع سابقه في اعتبار اليهود والنصارى ملة واحدة بينما الرأي السابق يعتبرهما ملتين، وقد عد ابن أبي ليلى من القائلين به، ولا يظهر لهذا الرأي الأخير (الذي

1- عبد الوهاب حواس، فتح المغيب في...، مرجع سابق، ص 98. أنظر كذلك: أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه و القانون، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2007، ص ص 287-288.

2- سورة البقرة/ من الآية 62.

سليم محمودي، اختلاف الدين و...، مرجع سابق، ص ص 70-71.

يعتبر اليهود والنصارى ملة واحدة) وجه، لأنهما وإن اتفقا في بعض الأمور، فقد اختلفا في أمور أخرى¹.

خامسا - الرأي الراجح

بعد هذا العرض لآراء الفقهاء يتبين أن الرأي القائل بأن الكفر مثل شتى هو الأولى بالترجيح، وهو قول كثير من أهل العلم و قول أهل المدينة: مالك وأصحابه، لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يتوارث أهل ملتين شتى"². فهذا الرأي - كما ذكر البعض - يتفق مع الحقيقة والواقع الذي أفرز لنا أن كل دين له أحكامه، وأنصاره وأتباعه الذين يعتبرون أنفسهم أنهم وحدهم على حق، وأن من عداهم على باطل، وعلى ذلك فلا موالاة ولا مناصرة بين أهل تلك الأديان، ومن ثم فلا توارث بين أرباب الديانات المختلفة والشأن في ذلك منع التوارث بينهم وبين المسلمين.

الفرع الثالث

موقف المشرع الجزائري و التشريعات المقارنة من التوارث عند اختلاف ديانة

الزوجين

نصت المواد 135 إلى 138 من ق.أ.ج على الممنوعين من الميراث، غير أنه باستقراءها نلاحظ أنها لا تتناول اختلاف الدين (سواء تعلق الأمر بتوارث الزوج المسلم مع الكافر، أو توارث الأزواج غير المسلمين فيما بينهم) كمانع للإرث.

1- محمد مصطفى شلبي، أحكام الموارث بين الفقه و القانون، الدار الجامعية، د.ب.ن، 1985، ص92، أنظر كذلك عبد الوهاب حواس، فتح المغيث...، مرجع سابق، ص 98.

2- شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، أحكام أهل...، مرجع سابق، 829.

ونظرا لعدم ورود النص القاطع في جواز التوارث أو عدم جوازه، يتعين الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بشأنه تطبيقا للمادة 222 من ق.أ.ج.¹، وكذا المادة 2/01 من القانون المدني². والشريعة الإسلامية كما سبق الذكر تقضي بأنه "لا يرث المسلم الكافر، ولا يرث الكافر المسلم"، وهو قول الإمام مالك³، ومذهبه هو المتبع في الجزائر. هذا بالإضافة إلى أن الأحكام القضائية الأجنبية المتعلقة بقضايا الأحوال الشخصية والموارث، لا تعطى لها الصيغة التنفيذية من طرف القاضي المختص إلا بعد التأكد من عدم مساسها بالسيادة الوطنية، والشريعة الإسلامية والآداب العامة، وعدم تعارضها مع النظام العام⁴.

يرى الدكتور "صالح ججيك الورثاني" أن عدم النص في قانون الأسرة الجزائري على هذا المانع يعد قصورا يؤدي إلى التردد والتأويل، وإلى الأخذ برأي أقلية من الفقهاء من أن المسلم يرث من قريبه الكافر، ولا يرث من قريبه المسلم على رأي من يرى ذلك. ولعل أهم آثار هذا النقص بعدم التصيير على هذا المانع في القانون نلمسه من خلال فتوى المجلس الإسلامي الأعلى السابقة الذكر⁵، وهي قد وردت محددة للشخص المفتى له بالاسم، أي أنها فتوى خاصة بحالة معينة بذاتها ومحاطة بملاحظات وخصوصيات حسب ما هو منصوص عليه في نص الفتوى، وأن الزوجة كانت تصوم بصومه رمضان مثلا، لذلك فهو (الدكتور "صالح ججيك ورثاني") يرى أنه لا يجوز تعميمها على حالات أخرى مشابهة لها، أي أن

1- تنص المادة 222 من القانون رقم 84-11، السالف الذكر، على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

2- تنص المادة 2/01 من الأمر رقم 75-58، السالف الذكر، على أنه: "... و إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية".

3- العربي بلحاج، أحكام التركات و الموارث ...، مرجع سابق، ص 121.

4- المرجع نفسه، ص 120.

5- أنظر ص ص 60-61 من هذه الرسالة.

هذه الفتوى ليست قاعدة فقهية وليست سابقة يقاس عليها، ولكنها فتوى خاصة صدرت لتطبق على ذات الحالة دون غيرها¹.

غير أن الدكتور "الطيب زروتي" يرى خلاف ذلك كما سبق وأن رأينا².

نرى من جهتنا أن رأي "صالح ججيك الورثاني" غير مقبول في شق منه و صائب في شقه الآخر، فقولُه بأن عدم النص في قانون الأسرة الجزائري على هذا مانع اختلاف الديانة يعد قصورا يؤدي إلى الأخذ برأي أقلية من الفقهاء هو رأي لا أساس له، بينما اعتباره هذه الفتوى غير عامة إنما متعلقة بقضية لها ظروف ومعطيات خاصة (أي لا يمكن تعميمها على جميع القضايا المتعلقة بالميراث عند اختلاف الدين) يعد أمرا صائبا في نظرنا.

المطلب الثاني

حكم إرث المرتد

قد يدين كلا الزوجين بالإسلام عند انعقاد الزواج، لكن قد يحدث أن يرتد أحدهما ويختار اتباع ملة أخرى غير الإسلام، كأن يغير مثلا الزوج ديانته أو الزوجة أو حتى أحد الأبناء فتطرح عند وفاة أحدهم إحدى أهم المسائل ألا وهي الميراث.

وينبغي أن نشير في هذا الصدد إلى أن الزوجة المسلمة التي تزوجت بكافر تعتبر بزواجها منه مرتدة، وتسري على ميراثها الأحكام الخاصة بالردة، لأن الشريعة الإسلامية لا تجيز زواج المسلمة بغير المسلم.

تعتبر الردة أفحش أنواع الكفر لما لها من أثر سلبي على المجتمع الإسلامي بأسره، ولقد حرّمها الفقه الإسلامي لأسباب عديدة (الفرع الأول)، كما خص مسألة التوارث بين

1- صالح ججيك الورثاني، الميراث في القانون ...، مرجع سابق، ص 21.

2- أنظر: ص 98 من هذه الرسالة.

المسلم والمرتبد بأحكام (الفرع الثاني) كان لها الأثر الكبير في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف الردة والحكمة من تحريمها

يتمتع الفرد المسلم بكافة الحقوق التي أقرها له الفقه الإسلامي منذ أن يكون جنينا في بطن أمه إلى أن تتوفاه المنية، ما لم يختار أثناء هذه الفترة الارتداد عن دين الإسلام، لما لمعنى الردة من خطر عليه، هذا من جهة (أولا)، ونظرا لأسباب وحكم عديدة من جهة أخرى (ثانيا).

أولا- تعريف الردة:

يشمل تعريف الردة، تحديد دلالاتها لغة (أولا)، ومن ثم تحديد دلالاتها اصطلاحاً (ثانيا).

أ- لغة:

الردة بالكسر: مصدر قولك رَدَّه، يَرُدُّهُ، رَدًّا وَرِدَّةً، يقال اِرْتَدَّ وَارْتَدَّ عَنْهُ: تحول، وفي التنزيل من يرتدد منكم عن دينه، والاسم الرِّدَّةُ ومنه الرِّدَّةُ عن الإسلام أي الرجوع عنه، وارتد فلان عن دينه إذا كفر بعد إسلامه، وَرَدَّ عَلَيْهِ الشَّيْءَ إذا لم يقبله، وكذلك إذا خطأه وتقول رَدَّهُ إِلَى مَنْزِلِهِ وَرَدَّ إِلَيْهِ جَوَابًا، أي رجع، والرِّدَّةُ : الاسم من الارتداد، وفي حديث القيامة والحوض فيقال: أنهم لم يزلوا مرتدين على أعقابهم، أي متخلفين عن بعض الواجبات، قال ولم يرد ردة الكفر ولهذا قيده بأعقابهم لأنه لم يرتد أحد من الصحابة بعده، إنما ارتد قوم من جفاة الأعراب¹.

ب - اصطلاحاً².

1 - جمل الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد 6، ط 3، دار صادر، بيروت، 2004، ص133.

2- في المذهب الحنفي: جاء في البدائع: أما ركنها فهو إجراء كلمة الكفر على اللسان بعد وجود الإيمان، إذ الردة عبارة عن الرجوع عن الإيمان، فالرجوع عن الإيمان يسمى ردة في عرف الشرع.=

الرّدة هي الرجوع عن دين الإسلام من عاقل طوعاً، فلا تصح من مجنون ومعتوه وموسوس وسكران ومكره وصبي لا يعقل¹. بمعنى أنها انتقال المسلم أو المسلمة إلى غير دين الإسلام، وكل منهما لا يقر على الملة التي انتقل إليها، فلا يعد نصرانياً إذا انتقل إلى النصرانية، ولا يهودياً إذا انتقل إلى اليهودية، ولا يعد ذا دين بحال. وبذلك فإنه وإن كان يصدق عليه أنه غير مسلم إلا أنه لا يطبق عليه أحكام إرث غير المسلمين لأن المراد بهم فيما سبق من لم يدخلوا في الإسلام، فهم غير مسلمين في الأصل ولهم دين وملة يقرون عليها إذا عاشوا في أمان.

ويراعى أن كل من كان مسلماً بطريق التبعية أي تبعاً لإسلام والديه - أحدهما أو كليهما - وعندما وصل إلى سن البلوغ الشرعي اختار غير الإسلام ديناً فلا يعتبر مرتداً ولا يسري في شأنه أحكام الردة لأنه لم يكن مسلماً باختياره².

=و في فتح القدير: المرتد هو الراجع عن دين الإسلام.
في المذهب المالكي: الردة: كفر المسلم بصريح من القول، أو لفظ أي قول يقتضيه، أو فعل يتضمنه، أي يقتضيه الكفر و يستلزمه استلزاماً بيّناً.
 قد جاء في القوانين الفقهية: المرتد هو المكلف الذي يرجع عن الإسلام طوعاً، إما بالتصريح بالكفر، و إما بلفظ يقتضيه، أو بفعل يتضمنه.
في المذهب الشافعي: جاء في المنهاج: الردة هي قطع الإسلام بنية أو قول كفر أو فعل، سواء قاله استهزاء أو عناداً، أو اعتقاداً.

في المذهب الحنبلي: جاء في المغني: المرتد: هو الراجع عن دين الإسلام إلى الكفر.
 و في الإقناع و كشاف القناع: المرتد الذي يكفر بعد إسلامه نطقاً أو اعتقاداً أو شكاً أو فعلاً.
 أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج3 و 4، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009، ص ص 345-346.
 1- عبد المجيد المغربي، علم الميراث، أصوله و مسأله، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006، ص 08.
 أنظر كذلك: الشيخ المشري، الميراث، المجلة القضائية، العدد الأول، 1995، ص 86.
 ويتحقق ذلك بإنكاره أمراً معلوماً من الدين بالضرورة، كالصلاة أو الزكاة، أو أن ينكر حرمة الخمر، أو غير ذلك من الأمور التي لا مجال لإنكارها. أنظر: عبد الوهاب حواس، فتح المغيبي...، مرجع سابق، ص 94.
 2- كمال صالح البناء، المشكلات العملية في دعاوى النسب و الإرث، مطبعة أبناء وهبه حسان، عالم الكتب، د.ب.ن، 2002، ص 152.

يعتبر الارتداد جريمة من الجرائم التي تحبط ما كان من عمل صالح قبل الردة، وتستوجب العذاب الشديد في الآخرة، لقوله سبحانه و تعالى: " ... وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فِيمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ =

ثانيا - الحكمة من تحريم الردة:

ضمن الإسلام الحرية الدينية لغير المسلمين، وقرر المساواة بين الذميين والمسلمين، ويتجلى ذلك من خلال كفالته عدم إكراه أحد منهم على ترك دينه وإكراهه على عقيدة معينة، لقوله تعالى: "لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ..."¹، وكذا من خلال كفالة حق أهل الكتاب في ممارسة شعائر دينهم، فلا تهدم لهم كنيسة، ولا يكسر لهم صليب، بل من

=أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ". سورة البقرة/ من الآية 217. و معنى الآية: أن من يرجع عن الإسلام إلى الكفر ويمت وهو كافر، فقد بطل كل ما عمله من خير، وحرّم ثمرته في الدنيا، إذ لا يكون له ما للمسلمين من حقوق، ضف إلى ذلك حرمانه من نعيم الآخرة حيث يظل خالدًا في العذاب الأليم.

أنظر: سيد سابق، فقه السنة، ج2 (نظام الأسرة- الحدود و الجنایات)، دار المؤيد، الرياض، 2001، ص 305.

- حكم المرتد:

والمرتد إذا خرج عن الإسلام لا عن بصيرة، بأن كانت له شبهة أزالها العلماء وبيّنوا له وجه الخطأ في رأيه ثم يستتاب ثلاثة أيام على الراجح من أقوال الفقهاء، فإن تاب وعاد إلى الإسلام قبلت توبته و أوبته. أنظر عبد الوهاب حواس، فتح المغيبي...، المرجع السابق، ص 94. أنظر كذلك: محمد مصطفى شلبي، أحكام المواريث...، مرجع سابق، ص 93. و إذا امتنع المرتد و أصر على رده ينظر:

- إن كان رجلا حرا أو عبدا كان جزاؤه القتل بإجماع أئمة المسلمين لقوله صلى الله عليه و سلم: "من بدل دينه فاقتلوه". أخرجه الإمام البخاري في كتاب استتابة المرتدين، باب حكم المرتد و المرتدة- الحديث 6922، وأخرجه أبو داود في كتاب الحدود، باب الحكم فيمن ارتد - الحديث 4351، و أخرجه الترمذي في كتاب الحدود، باب ما جاء في المرتد، الحديث 1458 - وأخرجه النسائي في كتاب التحريم، باب الحكم في المرتد - الحديث 4070 - وأخرجه ابن ماجة في كتاب الحدود، باب المرتد عن دينه - الحديث 2535 وأخرجه الإمام أحمد في مسنده - الحديث 282/1 =

= وإن كان العلماء لم يختلفوا حول وجوب قتل المرتد، إلا أنهم اختلفوا في المرأة إذا ارتدت. فقال أبو حنيفة: إن المرأة إذا ارتدت لا تقتل، لكن تحبس و تخرج كل يوم فتستتاب، ويعرض عليها الإسلام، وهكذا حتى تعود إلى الإسلام، أو تموت، لأن النبي صلى الله عليه و سلم نهى عن قتل النساء. وخالف هذا الرأي جمهور الفقهاء فقالوا: إن عقوبة المرأة المرتدة كعقوبة الرجل المرتد، سواء بسواء، لأن آثار الردة و أضرارها من المرأة كآثارها وأضرارها من الرجل، ولحديث معاذ الذي حسنه الحافظ: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له لما أرسله إلى اليمن: أئما رجل ارتد عن الإسلام فادعه، فإن عاد، وإلا فاضرب عنقه، وأئما امرأة ارتدت عن الإسلام فادعها، فإن عادت، وإلا فاضرب عنقها" وهذا نص في محل النزاع.

وأخرج البيهقي، و الدارقطني، أن أبا بكر استتاب امرأة يقال لها أم قرفة كفرت بعد إسلامها، فلم تتب، فقتلها.

أما فيما يخص حديث النهي عن قتل النساء فذلك إنما هو في حال الحرب، لأجل ضعفهن و عدم مشاركتهن في القتال. ولهذا كان سبب النهي عن قتلهن أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى امرأة مقتولة، فقال: "ما كانت هذه لتقاتل"، ثم نهى عن قتلهن. والمرأة لا تخالف الرجل في الحدود كلها دون استثناء، فكما يقام عليها حد الرجم إذا كانت محصنة، فكذلك يقام عليها حد الردة. أنظر: سيد سابق، فقه السنة (نظام الأسرة...)، مرجع سابق، ص ص 305-306.

1- سورة البقرة ، الآية 256.

حق زوجة المسلم (اليهودية و النصرانية) أن تذهب إلى الكنيسة، وليس لزوجها الحق في منعها من ذلك، كما أباح لهم ما أباحه دينهم من الطعام و غيره، وحمى كرامتهم و صان حقوقهم وأحل طعامهم وسمح بزيارتهم ومبادلتهم البيع والشراء و هو ذلك من المعاملات ... الخ¹.

لكن وفي مقابل ذلك، نجد أن الشريعة الإسلامية وضعت قيودا على الحرية الدينية، إذ أنها، وإن كانت تبيح للفرد تغيير دينه والدخول في الإسلام، إلا أنها تمنع على المسلم الارتداد عنه واعتناق دين آخر، وهو ما لا تقره الوثائق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، والتي يظهر من خلالها جليا أن جوهر الحرية الدينية يتضمن حق الشخص في الرجوع عن دينه واختيار أي دين واعتناق الديانات المعروضة على البشر سماوية كانت أم وضعية². غير أنه من بين الأسباب التي جعلت الشريعة الإسلامية تحرم الردة أن هذه الأخيرة تعد نقضا للعهد وانتهاكا لأقدس ما تملكه الأمة، فالشهادة لا تعد مجرد لفظ إذا نطق به الإنسان صار مسلما فقط، إنما هي عهد يلتزمه الفرد طوال حياته حتى يتوفى عليه، فقد قال عز وجل: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ"³، فإذا فعل وجب له عصمة الدم و المال، و صار فردا من أفراد المجتمع المسلم، لا فرق بينه و بين

1- سيد سابق، فقه السنة، ج 3 (السلم و الحرب و المعاملات)، دار المؤيد، الرياض، 2001، ص ص 9-10.
2- نصت المادة 18 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948 قرار الجمعية العامة 217 الف(د.3) المؤرخ في 10 ديسمبر 1948، صادقت عليه الجزائر بموجب المادة 11 من دستور 1963، ج.ر عدد 64، مؤرخ في 4 ديسمبر 1968، على أنه: " لكل شخص الحق في حرية التفكير والضمير والدين ويشمل هذا الحق حرية تغيير ديانتها أو عقيدته".

كما جاء في المادة 09 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية المؤرخة في 04 نوفمبر 1950، المعدلة بالبروتوكولين رقم 11 و 14 والمتممة بالبروتوكول الإضافي والبروتوكولات رقم: 04، 06، 07، 12 و 13، أن: لكل شخص الحق في حرية الفكر والضمير والدين ويستلزم هذا الحق حرية تغيير الدين أو المعتقد...".
وهو الاتجاه الذي سلكته الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان المؤرخة في 22 نوفمبر 1969 في المادة 12 منها، والتي تنص على أنه: لكل إنسان الحق في حرية الضمير و الدين، وهذا الحق يشمل حرية المرء في المحافظة على دينه أو معتقداته أو تغييرهما...". أنظر: مصطفى أوقاشة، الحرية الدينية...، مرجع سابق، ص ص 26-27.

3- سورة آل عمران/ 102.

غيره منهم إلا بما حصله كل منهم من تقوى وعمل صالح، فقد قال الرسول عليه الصلاة والسلام: **أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله، و يؤمنوا بما أرسلت به فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم و أموالهم إلا بحقها و حسابهم على الله**¹، كما قال عليه الصلاة والسلام: **من صلى صلاتنا، واستقبل قبلتنا، وأكل ذبيحتنا، فذلك المسلم الذي له ذمة الله ورسوله**².

الفرع الثاني

حكم التوارث بين المسلم و المرتد

إذا اختار الفرد المسلم تغيير دينه إلى دين آخر، فإن ذلك سيرتب لا محالة آثاراً، لا سيما في الميراث سواء تعلق الأمر بميراثه من غيره، أو ميراث الغير منه.

لقد ثار خلاف بين الفقهاء بخصوص حكم التوارث بين المسلم والمرتد، فانقسموا على إثر ذلك إلى مذاهب، سواء تعلق الأمر بميراث المرتد من غيره (أولاً)، أو ميراث الغير من المرتد (ثانياً)، أو مسألة ارتداد أحد الزوجين أو كليهما وأثره في الميراث (ثالثاً).

أولاً- ميراث المرتد من غيره:

أجمع العلماء على أن المرتد لا يرث من غيره مطلقاً، سواء أكان هذا الغير مسلماً، أو كافراً، أو مرتداً مثله:

- فهو لا يرث المسلم لاختلاف الديانة بينهما، واختلاف الدين كما سبق وأن رأينا مانع من الإرث لقوله صلى الله عليه وسلم: **"ولا يرث الكافر المسلم"**³. ولأنه ميت حكماً.

1- رواه البخاري برقم : 1771، ومسلم برقم: 1370.

2- رواه البخاري برقم: 384، و غيره.

3- سبق تخريجه.

- ولا يرث غير مسلم ولو كان غير المسلم من الدين الذي انتقل إليه، لأنه لا يقر على كفره ولا على رده، فلم يثبت له حكم أهل الدين الذي انتقل إليه، أي لو انتقل إلى دين أهل الكتاب مثلاً فإنه لا يعامل معاملتهم من حل ذبائهم، ونكاح نسائهم.

- ولا يرث مرتداً مثله، ولو ارتد متوارثان فمات أحدهما لم يرثه الآخر، لأنهما لا يقران على ردهما، ومن ثم ليس لهما دين معترف به، ولا ملة¹، بالإضافة إلى أن المرتد لا مال له حتى يرثه المرتد الآخر، لأن المرتد تزول أملاكه الثابتة له، وإذا زالت لا يثبت له بالميراث مال جديد من باب أولى².

والمرتدة في هذا كلها كالمرتد إجماعاً³.

ويلاحظ أن العبرة في الردة هي بوقت الوفاة، كما سبق القول في اختلاف الدين عموماً، فإذا ارتد عن الإسلام قبل وفاة المورث، ثم ظل على رده حتى مات المورث، وقبل قسمة التركة رجع إلى الإسلام، فإنه لا يستحق شيئاً من هذه التركة طبقاً لما انتهينا إلى ترجيحه من أقوال الفقهاء، لأنه وقت وفاة مورثه كان مرتداً، وهو الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق بطريق الميراث⁴.

1- سليمان بن عيسى باكلي، الفريضة العادلة، الوصايا و الموارث على المذهب الخمسة، المطبعة العربية، غرداية، الجزائر، 2010، ص 105.

قال ابن قدامة: لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أن المرتد لا يرث أحداً، وهذا قول مالك و الشافعي و أصحاب الرأي و لا نعلم عن غيرهم خلافهم.

المغني لابن قدامة، كتاب الفرائض، باب ذوي الأرحام، مسألة المرتد لا يرث أحداً، (370/6)، رقم 4949.

2- أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة...، مرجع سابق، ص ص 289-290. أنظر كذلك هاني الطعيمات، فقه الأحوال الشخصية...، مرجع سابق، ص 80.

3- جاسم زاهد قرانفيل، أسباب الإرث و موانعه في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الدراسات العليا الشرعية، فرع الفقه و الأصول، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1981-1982، ص 206.

4- عبد الوهاب حواس، فتح المغيبي...، مرجع سابق، ص 95. أنظر كذلك: محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة...، مرجع سابق، ص 94.

ثانياً - إرث الغير من المرتد:

اختلف الفقهاء بخصوص توريث الغير من المرتد على آراء:

الأول: وهو قول ابن عباس ومالك والشافعي وابن أبي ليلى وأبو ثور، وهو الصحيح المشهور في مذهب أحمد بن حنبل: أن المرتد لا ميراث له، وأمواله كلها تكون فيئا للمسلمين، توضع في بيت المال¹، يستوي في ذلك الأموال التي اكتسبها قبل الردة والتي اكتسبها بعدها إلى حين انتهاء حياته حقيقة بالموت أو القتل أو حكماً، بأن لحق بدار الحرب وحكم القاضي بلحاظه². وعلى هذا لا يرثه أحد من المسلمين ولا من أهل الدين الذي انتقل إليه ولا من المرتدين مثله، ومثل المرتد في ذلك المرتدة.

ولقد استثنى الإمام مالك صورة ما إذا قصد المرتد برده حرمان ورثته المسلمين فيكون الميراث لهم³.

واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

- قوله صلى الله عليه و سلم: "لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم"⁴.

- قوله صلى الله عليه و سلم: "لا يتوارث أهل ملتين شتى"⁵.

1- لأنه برده صار حرباً على المسلمين، فيكون حكم ماله كحكم مال الحربي، وأما ماله قبل موته فإنه موقوف، فإن عاد إلى الإسلام فماله له، وإن مات على رده فماله فيء.

2- وقبل الحكم لا يعتبر لحاقه موتاً لاحتمال توبته وعودته إلى دار الإسلام، فيوقف ماله حتى يتبين أمره أو يحكم الحاكم بلحاظه، فإن عاد بعد الحكم بلحاظه إلى الإسلام فله ما وجد من ماله، ولا يرجع على ورثته بما استهلكوه، وهو مذهب الحنفية خلافاً للأئمة الثلاثة.

3- محمد مصطفى شلبي، أحكام الموارث...، المرجع السابق، ص 94. أنظر كذلك: الإمام محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، مرجع سابق، ص 103.

4- سبق تخريجه.

5- سبق تخريجه.

وقال إن الحديث الأول يدل بعمومه على أن المسلم لا يرث من الكافر، وأن الكافر لا يرث من المسلم، لأن التوارث يقوم على الولاية والنصرة، ولا ولاية بين المسلم والكافر. وقالوا: إن مال المرتد لا يرثه قريبه المسلم لعدم الولاية والنصرة بينهما، ويوضع مال المرتد في بيت المال. وإن الحديث الثاني يدل على أنه لا توارث بين ملة وملة أخرى تختلف عنها في الاعتقاد والولاء، والمرتد خرج من الإسلام وانحاز إلى ملة غير ملة الإسلام، ولا تراث ملة الإسلام ملة غير الإسلام، وإن أقرباء المرتد لا يرثونه لانقطاع الولاية والنصرة بينهم وبينه، وماله يوضع في بيت المال على اعتبار أنه غنيمة لجميع المسلمين حتى لا يبقى سائبة لا مالك له، لأنه لا سائبة في الإسلام¹.

- حديث البراء بن عازب رضي الله عنه، قال: "لقيت خالي أبا بردة ومعه الراية، فقلت: "أين تريد؟"، فقال: "أرسلني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل تزوج امرأة أبيه أن أقتله وأخذ ماله"². فقد دل الحديث أن هذا الرجل صار مرتدا باستحلال ما حرمه من الشارع الحكيم، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بقتله ردّة وجعل ماله فيئا لبيت مال المسلمين³.

- لأنه لا يقر على ما انتقل إليه، فلم يشترك مع أحد في دين، ولا تؤكل له ذبيحة. قال ابن قدامة: "فإن قيل: إذا جعلتموه فيئا فقد ورثتموه للمسلمين قلنا: لا يأخذونه ميراثا بل يأخذونه فيئا"⁴.

1- عبد اللطيف فايز دريان، فقه الموارث...، مرجع سابق، ص 360-361.
 2- أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب في الرجل يزني بحريمه، (4/185)، رقم 4457، والنسائي في سننه، كتاب النكاح، باب نكاحا نكح الآباء، (6/109)، رقم 3332، رواه ابن ماجة في سننه، كتاب الحدود، باب من تزوج امرأة أبيه من بعده (2/868)، رقم 2607.
 3- سليم محمودي، اختلاف الدين و أثره...، مرجع سابق، ص 96.
 4- الفيء: هو المال الذي أخذ من أهل الحرب بغير قتال، بخلاف الغنيمة، فهي المال الذي أخذ منهم عنوة وقت الحرب و القتال.

أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة...، مرجع سابق، ص 291.

الثاني: مروى عن أبي بكر وعلي وابن مسعود، وبه قال ابن المسيب وعمر بن عبد العزيز، وأبو يوسف ومحمد صاحباً أبي حنيفة وغيرهم، أن مال المرتد كله لورثته المسلمين، لا فرق في ذلك بين ما اكتسبه في حال إسلامه، وما اكتسبه في حال رده، لأن المرتد يجبر على الرجوع إلى الإسلام، فإن أبى قتل، فيجرى عليه أحكام الإسلام فيما ينفع ورثته لا فيما ينفعه هو، وأمواله كانت مملوكة له قبل موته، فإذا زال ملكه انتقلت إلى ورثته المسلمين، وبذلك لا يكون توريثاً لمسلم من كافر، ولا فرق في ذلك بين المرتد والمرتدة. ويرثهما من كان موجوداً وقت الردة أو القتل على الردة أو وقت الحكم باللاحق إلى دار الحرب.

وقد استدلت أصحاب هذا الرأي كذلك بما روي عن زيد بن ثابت أنه قال: بعثني أبو بكر عند رجوعه إلى أهل الردة أن أقسم أموالهم بين ورثتهم المسلمين¹.

وتوريث الحنفية ومن وافقهم ورثة المرتد من أقاربه المسلمين مبني على أساس أنهم أولى من عامة المسلمين لأنهم يدلون إلى المرتد بسببين هما الإسلام والقراية وعامة المسلمين يدلون بسبب واحد وهو الإسلام².

والاحتجاج بحديث "لا يتوارث أهل ملتين" مردود في حالة المرتد، لأن الردة ليست ملة قائمة، إذ أن المرتد لو كان ارتداده إلى اليهودية و النصرانية، فغير محكوم له، بحكم الملة التي انتقل إليها (كما سبق القول). وقد قال الرازي: ظاهر قوله تعالى: "يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ"³ يقتضي توريث المسلم من المرتد، إذ لم تفرق الآية بين المسلم والمرتد. وهذا القول مروى أيضاً عن الليث بن سعد، وابن مسعود وابن المسيب وغيرهم وعن علي كرم الله

1- محمد مصطفى شلبي، أحكام الموارث...، مرجع سابق، ص 291.

2- محمد محدة، التركات و الموارث...، مرجع سابق، ص 94.

3- سورة النساء/ من الآية 11.

وجهه، إذ أتى شيخا كان نصرانيا فأسلم ثم ارتد، وأبى أن يرجع للإسلام، فضرب عنقه وورث ماله لأبنائه المسلمين¹.

الثالث: قرر الإمام أبو حنيفة أنه إذا مات المرتد أو لحق بدار الحرب وحكم القاضي بلحاقه يكون ماله الذي اكتسبه قبل الردة لورثته المسلمين، وأما ماله الذي اكتسبه بعد الردة وقبل موته أو لحاقه: فإن كان أنثى فكذاك يكون لورثتها، وإن كان ذكرا فإنه يكون لبيت المال².

ووجه التفرقة بين المرأة والرجل أنها لا تستحق القتل بإصرارها عن ردتها لأنها لا تصير بذلك حربا على المسلمين، فلا تزول عصمتها في نفسها، فلا تعتبر ميتة من وقت الردة، بل يتحقق موتها بوفاتها حقيقة أو حكما بلحاقتها بدار الحرب والحكم بلحاقتها، فيرثها ورثتها المسلمون، ولا يكون ذلك توريثا لمسلم من غير مسلم. أما المرتد فيستحق القتل بإصراره على ردتها لأنه يكون حربا على المسلمين، فتزول عصمته، فيعتبر ميتا حكما من وقت ردتها، وتؤول أمواله إلى ورثته المسلمين، ويكون توريثا لمسلم من مسلم، أما الأموال التي اكتسبها حال ردتها فقد نشأت له وهو غير مسلم، وبعد أن آلت أمواله في الإسلام إلى ورثته المسلمين، فلا تنتقل إليهم، وإنما تؤول إلى جماعة المسلمين التي يمثلها بيت المال³.

وعلى مقتضى هذا المذهب، يكون ورثة المرتد الذكر فيما يظهر: هم ورثته الذين كانوا وقت الردة، أما الذين كانوا بعد ذلك فلا يرثون، لأنهم لم يكونوا ورثة عند استحقاق الميراث، وكذلك إذا كان له ورثة وقت الردة وكانوا قد ماتوا عند الحكم باللحاق أو الموت فإن نصيبهم يؤول لورثتهم، هذا ما كان يقتضيه ذلك المذهب، ما دام سبب الميراث أو الخلافة يستند إلى

1- محمد سمارة، أحكام التركات و المواريث....، مرجع سابق، ص ص 94-95.

2- محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، مرجع سابق، ص 101.

3- عبد الوهاب حواس، فتح المغيبي...، مرجع سابق، ص 96. أنظر كذلك: أحمد محمود الشافعي، المواريث والوصايا و الوقف...، مرجع سابق، ص 61.

وقت الردة لا إلى وقت الموت، أو الحكم باللاحق بدار الحرب، وهذه إحدى الروايات وعليها
عول الكرخي¹.

وروى الحسن بن زياد اللؤلؤي رواية أخرى عن أبي حنيفة تفيد أن العبرة في الاستحقاق
تبدأ من وقت الردة إلى حين الموت أو حين الحكم باللاحق بدار الحرب. فإذا كان له وارث
ومات قبل ذلك لا يستحق ورثته شيئاً نيابة عنه، وإذا عرض الاستحقاق بعد الردة لا يكون
ميراثاً وذلك لأن استحقاق الميراث لم يكن من وقت الردة. وسند هذه الرواية وهي معقولة، أن
المال يكون موقوفاً من وقت الردة إلى وقت الموت أو الحكم باللاحق بدار الحرب، فإن تاب
المرتد ورجع إلى الإسلام ثبت ملكه لأمواله، وإن لم يتب وأصر على رده انتقل المال إلى
الورثة، فيجب أن تستمر صفة الاستحقاق طوال مدة وقف المال ليتقرر الإرث².

ولقد روى كذلك محمد بن الحسن أن ورثة المرتد عند أبي حنيفة هم ورثته يوم الموت
أو الحكم باللاحق. وقد قال صاحب المبسوط أن هذه الرواية أصح الروايات الثلاث، وعلتها
أن الردة لا تتعد سبباً إلا إذا أصر عليها بأن مات مرتداً، أو حكم بلحاقه بدار الحرب،
بدليل أنه إن تاب قبل ذلك بقي له ماله، وعلى ذلك فإن سبب الإرث لا يعتبر مجرد حدوث
الردة، بل هذا مضافاً إليه الإصرار عليها، وعلى ذلك لا يعتبر ورثته وقت حدوث الردة، لأن
ذلك جزء من السبب، بل لا يعتبر الورثة إلا بعد وجود السبب كله، وهو موته مصراً عليها
أو الحكم بلحاقه بدار الحرب³. وهذا المذهب في رأينا هو أقرب المذاهب إلى الصواب.

1- محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، مرجع سابق، ص 102.

2- عبد اللطيف فايز دريان، فقه الموارث...، مرجع سابق، ص 362.

3 - محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، مرجع سابق، ص ص 102-103.

الرابع: مذهب داود و رواية عن أحمد بن حنبل¹، وهو مروى عن علقمة وسعيد بن أبي عروة، وهو أن مال المرتد لأهل دينه الذي اختاره إن كان فيهم من يرثه، وإلا فهو فيء يوضع في بيت المال.

ووجهة هذا الرأي بأن المرتد كافر، فميراثه لأهل دينه، كالحربي و سائر الكفار².

ثالثاً- ارتداد أحد الزوجين أو كلاهما و أثره في الميراث:

إذا ارتد الزوج عن الإسلام بانته منه زوجته واعتدت عدة طلاق من وقت الردة، لأنه يعتبر ميتاً من هذا الوقت، فيكون بهذه الردة فاراً من ميراثها، فترثه إذا مات أو قتل أو لحق بدار الحرب ما دامت في العدة لأننا لا نحكم بالميراث إلا بعد موته حقيقة. ويستوي في ذلك رده في الصحة، وردته في مرضه مرض الموت لأنه يستحق القتل بكل منهما.

1 - اعتبر الإمام أبو زهرة رأي الإمام أحمد بن حنبل في هذا الصدد أمراً غريباً، هذا و لقد نوه الإمام أبو زهرة إلى أنه ينبغي ملاحظة أمرين :

أحدهما: أن المرتد إذا لحق بدار الحرب، وحكم بلحاظه صار في حكم الأموات، فتحل ديونه المؤجلة على مذهب أبي حنيفة، وتقضى الديون التي لزمته في حال الإسلام مما اكتسبه قبل الردة، وما لزمه من ديون في حال رده يقضى من كسب الردة، ووجهه أن المستحق بالسببين مختلف، وما دامت الردة وحدها سبب الورثة، فالديون قد تعلقت بالأموال التي كانت عند حدوثها، وما لزمه من ديون بعد ذلك تعلق بما اكتسب بعدها.

هذا عند أبي حنيفة على أشهر الروايات عنه، وأما عند الصحابين فإن الديون كلها، ما لزمه قبل الردة وبعدها يتعلق بالمال كله، ما كسب منه قبل الردة وما كسب بعدها، لأن تعلق الدين بالمال إنما يكون بعد اللحاق والحكم به، فكل الديون سواء في تعلقها بالمال.

ثانيهما: أنه إذا عاد المرتد إلى بلاد الإسلام مسلماً بعد الحكم بلحاظه بدار الحرب، فإن ما يجده من أمواله قائماً يبقى على ملكه، و ما هلك أو استهلك لا يضمن، لأن من استهلكه قد استولى عليه بحكم قضائي محترم، فليس معتدياً، وإذا انتفى الاعتداء فلا ضمان، ومثله في ذلك مثل المفقود إذا حكم بموته، ثم ظهر حياً، فما وجده من ماله قائماً أخذه، وما وجده هالكا أو مستهلكاً لا يضمنه الورثة، ومثل المستهلك ما تصرف فيه الوارث تصرفاً شرعياً أخرجه به عن ملكه فإنه لا يعود. أنظر: محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، مرجع سابق، ص 104.

2- أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة...، مرجع سابق، ص 292. أنظر كذلك: محمد سمارة، أحكام التركات و المواريث...، مرجع سابق، ص 95.

وما ينبغي التنبيه إليه هنا أن الزوجة التي تترث هي المدخول بها، لأنها التي يجب عليها عدة الطلاق، أما إذا ارتد قبل الدخول فإنها تبين منه لا إلى عدة ولا ترثه لأن الفرقة هنا فرقة طلاق لا فرقة موت، ولو كانت فرقة موت لوجب عليها العدة سواء أكان مدخولا بها أم لا. أما إذا كانت الردة بعد الخلوة فلا ميراث أيضا لأن العدة وجبت هنا احتياطاً، والميراث حق مالي لا يثبت إلا إذا وجد سببه بيقين ولا يثبت للاحتياط، وفي رأي بعض فقهاء الحنفية أن الميراث يثبت لوجود العدة، والراجح الأول.

أما إذا ارتدت الزوجة، فإن كانت ردتها في صحتها فلا يرث منها زوجها لأنها تبين منه بمجرد ردتها، وإذا بانَّت انقطعت الزوجية وزال سببها، وأما إذا ارتدت وهي مريضة مرض الموت فإنها تعتبر فارة فتعامل بنقيض مقصودها فيرثها زوجها إذا ماتت قبل انقضاء عدتها.

وإذا مات زوجها وهي في العدة (عدة الطلاق)، فلا ترثه في الحالتين لأن المرتد لا يرث أحداً، وكذلك إذا ارتدا معا لا يرث أحدهما الآخر.

جاء في المغني: وإذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال، ولم يرث أحدهما الآخر، وإن كانت ردة بعد الدخول ففيه روايتان: إحداهما تتعجل الفرقة، والثانية تقف الفرقة على انقضاء العدة، فأيهما مات لم يرثه أحد¹.

وجاء فيه أيضاً: وارتداد الزوجين معا كارتداد أحدهما في فسخ نكاحهما، وعدم ميراث أحدهما من الآخر، لحقا بدار الحرب أو أقاما في دار الإسلام، وبه قال مالك والشافعي².

¹ - المغني لابن قدامة، مرجع سابق، (370/6)، رقم 4951.

² - المرجع نفسه، (373/6)، رقم 4956.

الفرع الثالث

موقف التشريع الجزائري و التشريعات المقارنة من أثر الردة في الميراث

نص المشرع الجزائري كما سبق القول في المادة 138 من قانون الأسرة على أنه "يمنع من الإرث اللعان والردة". يفهم من ذلك أن ارتداد أحد الزوجين يعد مانعا من الميراث. وعلى خلاف القانون الجزائري، نجد أن القانون المغربي لم ينص على الردة كمانع للإرث إلا إذا كان يقصد من نص المادة 332 ونصها: " لا توارث بين مسلم وغير مسلم" أن تشمل كذلك هذه الحالة¹.

هذا ولم يتعرض القانون السوري من جهته كذلك إلى الردة كمانع من موانع الإرث، ولعله اكتفى بما ذكره من اختلاف الدين بين المسلم وغيره².

هذا ولم يعرض القانون المصري لحكم إرث المرتد وتوريثه بعد أن كان موجودا في مشروع القانون مأخوذا من مذهب أبي حنيفة، فكانت الفقرة الثانية من المادة 6 تنص على أن: "المرتد لا يرث من غيره و أن المسلم يرث ما تملكه المرتد قبل الردة، وأما ما تملكه بعد الردة فيكون للخزانة العامة". وعند مناقشة هذه المادة في اللجنة التشريعية بمجلس النواب اعترض بعض أعضائها على هذه الفقرة على اعتبار أنها مخالفة للمادة 21 من الدستور التي تكفل حرية الاعتقاد للجميع، فرأت اللجنة حذفها على أن تتولى القوانين التي تحدد المقصود بهذه العبارة بيان أحكام المرتد كاملة فحذفت هذه الفقرة³.

1- الرشيد بن شويخ، الوصية و الميراث ...، مرجع سابق، ص ص 86-87.

2- مصطفى السباعي، عبد الرحمان الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلية، الوصية والتركات، مطبعة خالد بن الوليد، سوريا، 1975-1976، ص 404.

3- وقالت اللجنة التشريعية في ذلك: اعترض بعض أعضاء اللجنة على الفقرة الخاصة بإرث المرتد، وتمسكوا بمخالفتها للمادة 12 من الدستور التي تكفل حرية الاعتقاد للجميع، وقالوا أنه إذا كانت الضرورة اقتضت مخالفة النص الصريح الوارد بالقرآن والذي يقضي بقتل المرتد لمخالفته لنص الدستور الصريح، فإن الضرورة أيضا تقتضي مخالفة الأحكام الشرعية=

وبما أن القانون قد صدر خاليا من الفقرة الخاصة بإرث المرتد و أحكامه، فإن العمل يجري على أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة طبقا للمادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها القانون رقم 78 لسنة 1931، واتباعا لما جاء في مقدمة المذكرة الإيضاحية لقانون المواريث وقانون الوصية و نصه: "ومن الواضح أن العمل في المنازعات المتعلقة بالمواريث والوصية سيكون طبقا لهذه الأحكام وفي الأحوال التي لا يوجد بها حكم فيها تطبق المحاكم القول الأرجح من مذهب أبي حنيفة طبقا للمادة 280 من لائحة المحاكم الشرعية"¹.

=الخاصة بإرث المرتد، لأنها وردت مشبعة بتلك الروح الدينية التي ظهر أنها تخالف الدستور، ومما هو جدير بالملاحظة أن تلك الأحكام وضعت باجتهاد الفقهاء، وبالتالي ليس لها من القوة ما لنص القرآن الكريم، وقد عنيت وزارة العدل بهذا الاعتراض، و أوضحت على لسان أحد حضرات مندوبيها أن عدم إرث المرتد من غيره متفق عليه شرعا، ولا يصح أن يكون محل مناقشة، أما إرث غيره منه فسيوضح عند نظر قانون الأحوال الشخصية".

ويرى الإمام أبو زهرة في هذا الصدد بأنه قد تم حذف النص الذي كان واردا في قانون الميراث، والذي كان يقضي بأن المرتد لا يرث، وأن ماله يكون للخزينة العامة، من غير تفرقة بين ما اكتسبه قبل الردة وما اكتسبه بعدها، مع بقاء العمل بالراجح من المذهب الحنفي إلى أن يوضح خلافه.

محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، مرجع سابق، ص 105.

1- أحمد محمود الشافعي، أحكام المواريث و الوصايا و...، مرجع سابق، ص ص 62-63.

المبحث الثاني

اختلاف الدارين و أثره في الميراث

ينقسم العالم حالياً إلى عدة دول أو بلدان، كل منها يخضع لحاكم، ويتميز بعادات وتقاليد، وقوانين خاصة، وهذا بعد أن كان العالم قديماً منقسماً إلى ديار مختلفة، باعتبار أن "الدولة" هي المصطلح الحديث الذي يعبر عن "الدار" (المطلب الأول).

وهذا التعدد في الدول لا يعتبر بمانع من قيام المعاملات بين أفراد الشعوب المختلفة، ولا حتى من التزاوج بينهم، فقد سبق لنا القول بأن الزواج قد يكون مختلطاً عند اختلاف الجنسية بين الزوجين، حتى أن الفقه الإسلامي يجيز النكاح رغم اختلاف الدارين. غير أن الزواج الذي يربط بين رجل وامرأة من دارين مختلفين قد ينحل بوفاة أحدهما، فيطرح الإشكال فيما يتعلق بميراث الطرف الحي منهما من زوجه المتوفى. وهو ما عني ببيان حكمه الفقه الإسلامي، و نصت عليه العديد من تشريعات الدول الإسلامية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المقصود باختلاف الدارين

رغم أن الدولة هي المصطلح الحديث للدار، إلا أن هذه الأخيرة لها مفهوم إسلامي خاص (الفرع الأول)، كما أن اختلاف الدارين له معنى وشروط جعلته يتميز عما يُعرف حالياً باختلاف الجنسية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الدار

يشمل تحديد مفهوم الدار، بيان تعريفها (أولاً)، وتحديد أقسامها (ثانياً).

أولاً- تعريف الدار:

عُرِّفَت الدار لغة واصطلاحاً.

1- لغة:

الدار لغة: مصدر فعل دَارَ، الشيء يَدُورُ دَوْرًا ودَوْرَانًا ودُوْرًا واسْتَدَارَ، مفرد "دور": يقال دَارَ يَدُورُ واسْتَدَارَ، يَسْتَدِيرُ بمعنى إذا طاف حول الشيء وإذا عاد إلى الموضع الذي ابتداءً منه. والدار: المحل يجمع البناء والعرصة، أنثى؛ قال ابن جنبي: هي من دَارَ يَدُورُ لكثرة حركات الناس فيها، والجمع أدور وأدور. وفي حديث زيارة القبور: سلام عليكم دار قوم مؤمنين: سمي موضع القبور داراً تشبيهاً بدار الأحياء لاجتماع الموتى فيها، وفي حديث الشفاعة: فأستأذن على ربي في داره: أي في حضرة قدسه وقيل في جنته، فإن الجنة تسمى دار سلام، والله عز و جل هو السلام. وفي حديث آخر: ما بقيت دار إلا بني فيها مسجد، أي ما بقيت قبيلة. وأما قوله عليه السلام: و هل ترك لنا عقيل من دار؟ فإنما يريد به المنزل لا القبيلة. كما أن الدار اسم لمدينة سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم، وفي التنزيل العزيز: "وَالَّذِينَ تَبَوَّؤُوا الدَّارَ وَالْإِيمَانَ"¹.

"دار الحرب" بلاد العدو. "دار القرار" الآخرة. الداران: الدنيا والآخرة².

2- اصطلاحاً

تعني كلمة الدار البلد أو البلاد التي يضمها وتدخل تحت سلطان واحد أي دولة واحدة، لها حاكمها الخاص ونظامها الخاص، ولها حدود معروفة.

1- سورة الحشر/ من الآية 9.

أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد 05، ط3، دار صادر، بيروت، لبنان، 2004، ص ص 123 إلى 124.

2- علي بن هادية، بلحسن البليش، الجيلاني بن الحاج يحيى، القاموس الجديد للطلاب، ط 04، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1983، ص 329.

ثانياً - أقسام الدار:

وبهذا المعنى، فالدار كما قسمها الفقهاء نوعان:

1- دار الإسلام: تضم ديار الإسلام، كل البلاد التي فتحت بالجهاد، أو التي أسلم عليها أهلها وحكمت بنظام الإسلام، وهذه الديار مهما تباعدت أقطارها، أو تعدد حكامها ودويلاتها خلافا للأصل هي دار واحدة لأنها تحكم بنظام واحد هو نظام الإسلام.

2- دار الكفر أو دار الحرب: هي كل بلد لا سلطان للإسلام عليها، ولا تطبق عليها أحكام الإسلام بقوته ومنعته، والغالب أن تنتظم في هذه الدار أمم الكفر¹.

والشيء الذي اضطرهم إلى هذا التقسيم إنما هو الحاجة إلى معرفة مقياس إسلامي يتبين المسلمون على أساسه الفرق بين البلاد التي يشرع إعلان الحرب عليها ومقاتلة أهلها إذا اقتضى الأمر، والبلاد التي يجب الدفاع عنها وقتال من يريد اقتحامها، وتشرع الإقامة والاستيطان فيها دون أي شرط².

وقد اتفق الفقهاء على أن دار الحرب تصير دار إسلام بإجراء أحكام الإسلام فيها كإقامة الجمعة والأعياد، وإن بقي فيها كافر أصلي، وإن لم تتصل بدار الإسلام بأن كان بينها وبين دار الإسلام دار حرب. وأما دار الإسلام فتصير دار حرب عند أبي يوسف ومحمد بشرط واحد وهو إجراء أحكام الكفر فيها، سواء اتصلت بدار الحرب أو لا، وسواء بقي فيها مسلم أو ذمي بأمان الإسلام أو لا.

وقال الإمام أبو حنيفة رحمه الله: لا تصير دار الإسلام دار حرب إلا بشروط ثلاثة:

1- محمد سمارة، أحكام التركات و المواريث...، مرجع سابق، ص ص 97-98.

2- سليم محمودي، اختلاف الدين وأثره...، مرجع سابق، ص 104.

- إجراء أحكام الكفر فيها على سبيل الغلبة، فلو أجريت أحكام الشرك وأحكام الإسلام لا على سبيل الغلبة لأحكام الكفر لا تكون دار حرب.

- أن تكون متصلة بدار حرب بأن لا يتخلل بينها بلد من بلاد الإسلام.

- أن لا يبقى فيها مسلم و لا ذمي آمننا بالأمان الأول الذي كان ثابتا للمسلم بإسلامه ولا لالذمي بعقد ذمته.

واستظهر ابن حجر الشافعي في تحفة المحتاج من كلام فقهاء الشافعية أن دار الإسلام لا تصير دار حرب أبدا وإن استولى عليها الكفار وحكموا فيها بأحكامهم، لأن استيلاء المسلمين السابق يكفي لاستمرار الحكم¹.

1- تحفة المحتاج، (269/9).

"ذهب بعض المعاصرين إلى أن تقسيم العالم إلى دارين لا أساس له من الكتاب و السنة، إنما هو اجتهاد كان لظروف خاصة عاشها الفقهاء مما جعلهم يقسمون العالم إلى دارين. و هذه بعض أقوالهم و وجهات نظرهم:

- يقول الدكتور "وهبة الزحيلي": إن هذا التقسيم تقسيم طارئ بسبب قيام حالة الحرب أو الحرب نفسها، فهو ينتهي بانتهاء الأسباب التي دعت إليه". ويقول: "والواقع أن استنباط تقسيم الدنيا إلى دارين من الدعوة إلى الهجرة غير سليم لأن ذلك نسخ بفتح مكة وقول النبي صلى الله عليه و سلم "لا هجرة بعد الفتح"، ويضيف قائلا "والخلاصة أن أساس اختلاف الدارين هو انقطاع العصمة، فالدار الأجنبية أو دار الحرب هي التي لم تكن في حالة سلم مع الدولة الإسلامية، وهذا أمر عارض يبقى بقيام حالة الحرب وينتهي بانتهاؤها، وبذلك يلتقي القانون الدولي والشريعة الإسلامية في اعتبار الدنيا واحدة. وهبة الزحيلي، آثار الحرب في الفقه الإسلامي، ط 3، دار الفكر، دمشق، 1998 م، ص ص 194-195.

- يقول "صبحي محمصاني": "...وبناء على فكرة النظام القانوني الشامل المثالي قسم الفقهاء والكتاب المسلمون العالم إلى إقليمين كبيرين، إقليم أصلي، وهو دار الإسلام أو السلام، وإقليم استثنائي هو دار الحرب، ولا شك أن هذا التقسيم لا يستند إلى نصوص شرعية، بل اجتهاد الفقهاء المبني على التعامل الواقعي".

صبحي المحمصاني، القانون والعلاقات الدولية في الإسلام، ط 2، دار الفكر للملايين، بيروت، د.س.ن، ص 77، نقلا عن: فلة زردومي، فقه السياسة الشرعية للأقليات المسلمة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الفقه والأصول، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم السياسية، قسم الشريعة، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، 2005-2006، ص 83.

- يقول "يوسف القرضاوي": "يجب إعادة النظر في أقوال قيلت ربما كانت ملائمة لتلك الأزمنة، ولكنها لم تعد ملائمة لهذا العصر بما فيها من مستجدات... والقول بها اليوم يسيء إلى الإسلام و أمته، ويشوه وجه دعوته، من ذلك تقسيم العالم إلى دار إسلام و دار حرب، واعتبار أن الأصل في علاقة المسلمين بغيرهم الحرب...".

الفرع الثاني

تعريف اختلاف الدارين و شروط تحققه

إذا كان معنى اختلاف الدارين قريبا إلى حد ما مع معنى اختلاف الدولتين أو الجنسييتين (أولا)، إلا أن أغلب الشروط اللازمة لتحقيقه تختلف عنه (ثانيا).

أولا - تعريف اختلاف الدارين

يقصد باختلاف الدارين بشكل عام: "أن يكون لكل دار أي دولة منعة أي عسكر وحاكم خاص بها، وتتقطع العصمة بينهما بأن تستحل كل دولة قتال الأخرى، أو تكون العصمة بينهما ثابتة ولكن ليس بينهما تناصر ولا ولاية"¹.

أو هو اختلاف المنعة أي العسكر واختلاف الملك كأن يكون أحد الملكين في الهند وله دار ومنعة والآخر في الروم وله دار ومنعة أخرى وانقطعت العصمة فيما بينهم حتى استحل كل منهم قتال الآخر².

أما المقصود باختلاف الدارين في الإرث، فهو أن يكون كل من المورث والوارث تابعا لدولة تخالف الأخرى في المنعة والرياسة العليا، ولرعايا كل دولة جنسية تختلف عن جنسية الأخرى، أي أن تكون كل من دولة المورث ودولة الوارث مستقلة عن الأخرى بحدودها

¹ =يوسف القرضاوي، في فقه الأولويات، دراسة جديدة في ضوء القرآن والسنة، مكتبة وهبة، القاهرة، 2000، ص 77.

نقلا عن: فلة زردومي، فقه السياسة الشرعية...، مرجع سابق، ص 83.

1 - عبد الكريم زيدان، أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1982، ص 530. نقلا عن: عبدالرحمان هياوي، موانع الميراث وتطبيقاتها في قوانين الأسرة المغاربية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص: قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2014-2015، ص 299.

2 - عبد المجيد المغربي، علم الميراث...، مرجع سابق، ص 09.

المتميزة وجيشها الذي يدافع عنها من عدوان غيرها عليها تحت سلطتها العليا ملكية كانت هذه السلطة أو رئاسية.

واختلاف الدار في عرف الفقهاء هو الذي يعبر عنه في القوانين الحديثة باختلاف الدولة، أو الجنسية أو باختلاف الرعوية أو التبعية¹.

ثانيا - شروط تحقق اختلاف الدارين:

يتحقق اختلاف الدارين بأمر ثلاثة:

- اختلاف المنعة و القوة، بحيث يكون لكل منها جيش خاص يحميها.
- اختلاف الحاكم (رئيس الدولة).
- انقطاع العصمة بينهما، بحيث تستحل كل منهما قتال الأخرى².

1 - عبد اللطيف فايز دريان، فقه المواريث...، مرجع سابق، ص 368.

فالدار أو الدولة لا يقوم وجودها إلا بتوفر هذه الأركان الثلاثة، فدار الإسلام التي حكى عنها القرآن بقوله تعالى: "وَالَّذِينَ تَبَوَّؤُوا الدَّارَ وَالْإِيمَانَ مِنْ قَبْلِهِمْ..." سورة الحشر/ من الآية 9، هي الدولة الإسلامية الأولى التي اكتملت لها عناصرها القانونية من أرض بدأت بالمدينة المنورة، رغم أنها لا ترتبط بحدود الأرض لأنها دولة عالمية، وأمة هي أمة الإسلام التي لا ترتبط بجنس أو قوم دون آخر، بل هي أمة الإسلام التي استهلت بالمهاجرين والأنصار، حيث اختلطت فيهم العربي والحبشي والرومي والفارسي، فما إن وطئت قدم الرسول عليه الصلاة والسلام أرض المدينة حتى أخذ ينظم شؤون الدولة الإسلامية، ويرسم سياستها الداخلية والخارجية بالتعاليم الإسلامية التي هي نظام الدولة الإسلامية، فأصبح للمسمين كيان خاص بهم مستقل عن غيرهم ليس تابعا لأي جماعة أخرى، بل هو مناهض لجميع القوى الموجودة في ذلك الحين. وبذلك يظهر أن الدولة الإسلامية قد سبقت في مظهرها القانوني نشوء دولة أوربا من حيث اكتمال عنصرى الإقليم والشعب وعنصر الولاية الذاتية فيها وعنصر الحاكم، إذ الإقليم لم يدخل في النظم التي سادت الدولة الأوربية في عناصر التكوين للدولة إلا في بداية العصور الوسطى عندما بدأت الدولة في صورتها الحديثة في الظهور.

أنظر: اسماعيل لطفي فطاني، اختلاف الدارين و أثره في أحكام المناكحات و المعاملات، ط 2، دار السلام، القاهرة، مصر، 1998، ص 22.

2- أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة...، مرجع سابق، ص 295.

وإن لم توجد هذه الأمور الثلاثة، ولم تنقطع العصمة ووجد بينهما تناصر على الأعداء كانت الداران في حكم دار واحدة مهما اتسعت الرقعة وتعددت الأقطار واختلفت اللغات و الديانات. وعلى هذا كانت ديار المسلمين في حكم دار واحدة، لأن العصمة لم تنقطع بل النصره و الولاية قائمة بينهما وإن اختلفت منعتها وقوتها و تعددت نظمها وحكوماتها، لأن حكم الإسلام يجمعها ويوجد بين أحاسيسها ومشاعرها، فلا توجد دولة إسلامية منها تستحل قتال الأخرى وذلك بفضل تعاليم الدين الحنيف. فقد قال صلى الله عليه و سلم: 'إذا تواجه المسلمان بسيفهما فالقاتل و المقتول في النار، قلت يا رسول الله: هذا القاتل فما بال المقتول: قال إنه كان حريصا على قتل صاحبه"¹، فهذا وعيد يمنع المسلمين من استحلال قتل بعضهم بعضا.

وإذا حدثت بين المسلمين جفوة وانقطاع صلة، حتى لو بغت إحدى الطائفتين على الأخرى، فإنه لا يحكم باختلاف الدارين، ولا يقر البغاء على بغيهم لأن هذه الجفوة أمر طارئ لا تلبث أن تزول بالتفاهم حول رأي الإسلام والدفاع عن حوزته إذا عرض للإسلام ما يهدد كيانه، مصداقا لقوله تعالى: "وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ"². وكذلك إذا كانت دار إسلامية محتلة لدولة أجنبية فإنها لا تختلف مع ديار الإسلام لأن المستعمر باغ و لا يقر على استعمارها، وعلى جميع المسلمين أن يدافعوا على هذه الدار الإسلامية المحتلة حتى ينجو من المغتصب ما استطاعوا إلى ذلك سبيلا³.

1- أخرجه مسلم في الفتن وأشرط الساعة، باب إذا تواجه المسلمان بسيفهما، رقم 2888، وأخرجه الإمام البخاري في كتاب الإيمان، باب (وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما، الحجرات، الآية90) ((51/9)، رقم 7083.

2- سورة التوبة/ من الآية 71.

3- عبد اللطيف فايز دريان، فقه المواريث...، مرجع سابق، ص 369.

المطلب الثاني

أثر اختلاف الدارين في ميراث الزوجين شرعا وموقف التشريعات من ذلك

سبق لنا القول أن اختلاف الدارين ليس من شأنه أن يؤثر في صحة النكاح، و لو أن بعض الفقه يحرم زواج المسلم بكتابية من أهل الحرب، وهو رأي ابن عباس رضي الله عنهما، والذي قال بمنع زواج المسلم بكتابية مطلقا وكذا ابن عمر رضي الله عنهما وغيره، وقد ذهب إليه النخعي وبعض الحنفية وبعض الحنابلة والزيدية¹، غير أن جمهور الفقهاء يعتبر زواج المسلم بحربية في دار الحرب أمرا مكروها، وهو رأي علي والحسن وقتادة، وقد ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية وبعض الحنابلة².

لما كان الزواج بين رجل وامرأة من دارين مختلفتين جائزا، فمن البديهي أن الفقه الإسلامي قد بين الأحكام المتعلقة بالميراث عند اختلاف الدارين سواء بين المسلمين (الفرع الأول)، أو بين غير المسلمين (الفرع الثاني)، وهو ما تأثرت به اغلب التشريعات الإسلامية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

حكم الميراث عند تعدد ديار الإسلام

يكون لاختلاف الدارين أثر في الميراث سواء بين المسلمين (أولا) أو بين المسلم في دار الإسلام و بين أقاربه المسلمين الذين لم يهاجروا إليها في دار الحرب (ثانيا)

أولا- حكم التوارث بين المسلمين عند اختلاف الدارين:

1- أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، ج 01، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1992، ص ص 173-174

2- المرجع نفسه، ص 175.

لقد سبق لنا القول بأن الفقهاء قد أجمعوا على أن ديار المسلمين مهما تباعدت حكوماتها تعتبر كلها داراً واحدة، لذلك لم يكن لاختلاف الدار أو الجنسية أثر في التوارث بين المسلمين متى وجد سبب الإرث مع توافر شروطه وانتفاء موانعه، لأن أدلة التوريث عامة لم تعرض لاختلاف الجنسية، ولكنها عرضت للملة والدين فجعلته مانعاً، فالمسلم من أي دولة إسلامية يرث قريبه المسلم أو زوجته المسلمة، سواء جمعتها داراً واحدة، أو اختلفت داريهما، بعبارة أخرى جمعتها جنسية واحدة أو اختلفت جنسيتهما¹، لأن مبادئ الإسلام تبين أن الوطن الإسلامي وطن واحد، وأن المسلمين أمة واحدة، قال تعالى: "وَإِنَّ هَذِهِ أُمَّتُكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً..."²، وقال تعالى: "وَإِنَّ هَذِهِ أُمَّتُكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً..."³. فالإسلام أَلْف بين قلوب المسلمين ووجد مشاعرهم وأوجب عليهم التعاون والتناصر مهما تتأدت الأوطان وتتنوع أشكال الحكومات واختلفت الشعوب والجنسيات، فولاء المسلم لدينه أولاً، ومن ثم لم يكن لاختلاف الدار تأثير في التوارث بين المسلمين⁴.

1- محمد مصطفى شلبي، أحكام الموارث...، مرجع سابق، ص 100.

2- سورة المؤمنون/ من الآية 52.

3- سورة الحجرات/ من الآية 10.

أنظر أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة...، مرجع سابق، ص ص 296-297.

4- عبد الوهاب حواس، فتح المغيب...، مرجع سابق، 100.

- قال "السرخسي": "بخلاف المسلمين، فإن أهل العدل مع أهل العدل، يتوارثون فيما بينهم رغم اختلاف الدار حقيقة، لأن دار الإسلام دار أحكام، فباختلاف المنعة و الملك، لا تتباين الدار فيما بين المسلمين لأن حكم الإسلام يجمعهم".

محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1414 هـ، (33/30).

- يقول الإمام "محمد أبو زهرة" أن: "اختلاف الدارين لا يمنع التوارث بين المسلمين، ولا بين رعايا الدولة الإسلامية، ولو كانوا غير مسلمين، فالمسلم يرث المسلم ولو كن أحدهما تحت سلطان دولة غير إسلامية، لأن الولاية الإسلامية تعم المسلمين جميعاً بحكم الإسلام، ولو كانوا تحت ظلال دولة أخرى، والمسلمون جميعاً، مهما اختلف دولهم و تتباين أصقاعهم يعدون دولة واحدة، وعلى ذلك لو كان مسيحي تحت سلطان دولة إسلامية ومات مسيحي آخر تحت سلطان دولة إسلامية أخرى فإنهما يتوارثان، ولا عبرة باختلاف الملك والحوزة ما دامت الدولتان من الإسلام".

نقلا عن محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، مرجع سابق، ص 86.

ثانياً-حكم التوارث بين المسلم في دار الإسلام وبين أقاربه المسلمين الذين لم يهاجروا إليها في دار الحرب:

لقد ثار خلاف بين الفقهاء عن حكم التوارث بين المسلم الذي يموت في دار الإسلام وقريبه المسلم في دار الحرب والذي لم يهاجر بعد إلى دار الإسلام، فكانت لهم في ذلك آراء مختلفة:

المذهب الأول: ذهب بعض الحنفية خلافاً لجمهور الفقهاء أن المسلم إذا لم يهاجر إلى دار الإسلام ويبقى في دار الحرب لا يرث من قريبه المسلم المقيم في دار الإسلام وكذلك العكس، وذلك لاختلاف الدار بينهما¹.

واستدلوا بما يلي:

- قوله تعالى: "... وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِّنْ وَلَايَتِهِم مِّنْ شَيْءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُوا..."². ووجه الاستدلال أنه لما كانت الولاية بين المسلم المهاجر وبين المسلم الذي لم يهاجر منتفية كان الميراث منتفياً، لأن هذا الأخير مبني على الولاية، ويفسر البعض معنى الولاية هنا بالميراث، فقال: ما لكم من ميراثهم من شيء³.

وقد ناقش الجمهور دليل المانعين بالقول بأن الهجرة كانت شرطاً للتوارث في مبدأ الإسلام ثم نسخ ذلك بحديث "لا هجرة بعد الفتح". غير أن المانعين أجابوا بأن غاية ما يفيد به الحديث أن الهجرة من مكة إلى المدينة أصبحت غير مفروضة بعد الفتح، ولا يلزم من عدم كون الهجرة مفروضة جريان التوارث بين المسلم الأصلي وبين المسلم الذي لم يهاجر من دار الحرب، لأن مكة بعد فتحها أصبحت دار إسلام فلا هجرة واجبة منها، ولا مانع من

1- سليم محمودي، اختلاف الدين...، مرجع سابق، ص 107.

2- سورة الأنفال/ من الآية 72.

3- اسماعيل لطفي فطاني، اختلاف الدارين...، مرجع سابق، ص 313.

التوارث بين من فيها وبين قريبه من أي بلد إسلامي، لأن الدار أصبحت واحدة على أن الهجرة العامة من بلاد الحرب ومن أي بلد يقع فيه الظلم لا تزال واجبة على من يستطيعها، يشير إلى ذلك قوله تعالى في سورة النساء: " وَمَنْ يُهَاجِرْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ يَجِدْ فِي الْأَرْضِ مُرَاعِمًا كَثِيرًا وَسَعَةً... " ¹.

وللرد على ذلك، قال المجيزون: أن حكم توريث المسلمين بالهجرة و النصره كان ذلك في بداية الإسلام بين المهاجرين والأنصار ممن آخى بينهم، ثم، وبنزول آية الميراث نسخ الحكم، حيث ألحق كل ذي رحم برحمه من المؤمنين سواء هاجروا أم لم يهاجروا، وتؤكد نسخ التوارث بالهجرة بقوله تعالى: "... وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله... " ².

- وقد روي عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: "وَالَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا... " ³، "...وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا... " ⁴، فكان الأعرابي لا يرث المهاجر، ولا يرثه المهاجر، فنسختها فقال: "... وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ... " ⁵. وهذا الحديث رغم أن في إسناده مقالاً، إلا أن العمل به مقبول لدى جمهور الفقهاء، وعليه يقول الإمام الشافعي رحمه الله: "نزلت، بأن الناس توارثوا بالحلف و النصره، ثم توارثوا بالإسلام و الهجرة، وكان

1- سورة النساء/ من الآية 100.

يقول "ابن العربي" في تفسير هذه الآية كما نقله القرطبي في تفسيره "الهجرة وهي الخروج من دار الحرب إلى دار الإسلام، وكانت فرضاً في أيام النبي صلى الله عليه وسلم، وهذه الهجرة باقية مفروضة إلى يوم القيامة، والتي انقطعت بالفتح هي القصد إلى النبي صلى الله عليه وسلم حيث كان، فإن بقي في دار الحرب عصى ويختلف في حاله".
نقلا عن محمد مصطفى شلبي، أحكام الموارث...، مرجع سابق، ص 101.

2- سور الأنفال/ من الآية 75.

سليم محمودي، اختلاف الدين و أثره...، مرجع سابق، ص 108.

3- سورة الأنفال/ من الآية 74.

4 - سورة الأنفال/ من الآية 72.

5- سورة الأحزاب/ من الآية 6.

أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الفرائض، باب نَسْخِ مِيرَاثِ الْعَقْدَمِيرَاثِ الرَّحِمِ، (129/3)، رقم 2924.

المهاجر يرث المهاجر، ولا يرثه من ورثته من لم يكن مهاجرا وهو أقرب إليه من ورثته، فنزلت "وأولوا الأرحام... على ما فرض لهم، "لا مطلقاً".

- ويقول ابن زيد رحمه الله في قوله تعالى " ...وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِّنْ وَلَايَتِهِمْ مِّنْ شَيْءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُوا... " إلى قوله: " وَفَسَادٌ كَبِيرٌ " ¹، قال: كان المؤمن المهاجر و المؤمن الذي ليس بمهاجر لا يتوارثان، وإن كانا أخوان مؤمنان، قال: وذلك لأن هذا الدين كان بهذا البلد قليلا، حتى كان يوم الفتح، فلما كان يوم الفتح وانقطعت الهجرة توارثوا حيثما كانوا بالأرحام، وقال النبي صلى الله عليه وسلم: " لا هجرة بعد الفتح " ²، وقرأ: قوله تعالى: " وَ أُوْلُوا الْأَرْحَامَ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ " ³.

المذهب الثاني: ويمثله جمهور الفقهاء والأئمة الأربعة، حيث قالوا أنه يرث المسلمون بعضهم بعضا حتى لو اختلفت الدار بينهم، وهو رأي عامة الصحابة والتابعين، ودليلهم كما يلي:

- قوله تعالى: وَأُولُوا الْأَرْحَامَ بَعْضُهُمْ... ⁴.

- أن العبرة في ثبوت الميراث ومعظم أحكام الدين لوصف الإسلام، ولا يوجد اعتبار آخر.

- أن المسلم هو من أهل دار الإسلام حينما يكون، لأنها دار واحدة مهما اختلفت الحكومات أو وقعت الحدود والانقسامات.

- إذا كان الميراث يثبت بين أهل البغي و أهل العدل من المسلمين فهو من باب أولى يثبت بين المسلم وأقاربه ولو اختلفت الدار بينهما ¹.

1- سورة الأنفال/ الآيات 72-73.

2- أخرجه البخاري (2783) في الجهاد، و مسلم (1353) في الحج.

3- أخرجه مسلم في كتاب الإمارة، باب المبايعة بعد فتح مكة على الإسلام والجهاد والخير، (1488/3)، رقم 1864. كما أخرجه البخاري في صحيحه، في كتاب الجهاد والخير، (15/4)، رقم 2783.

4- سورة الأحزاب/ من الآية 06.

الرأي الراجح: يظهر أن الرأي الراجح هو رأي أئمة الفقهاء وجمهورهم وهو رأي عامة الصحابة والتابعين، لأن اشتراط الهجرة في الميراث كان مطلوباً في مبدأ الإسلام، قبل فتح مكة، ثم نسخ ذلك بآية الميراث بالقرابة وبحديث فتح مكة وهو "لا هجرة بعد الفتح". وبذلك يكون اختلاف الدارين بين المسلمين لا يؤثر في حكم الميراث وفي غيره، وأن المسلم من أهل دار الإسلام حيثما يكون².

الفرع الثاني

أثر اختلاف الدارين في الميراث بين غير المسلمين

ينقسم غير المسلمين - بالنظر إلى محال إقامتهم وإلى العلاقة بينهم وبين المسلمين - إلى أصناف (أولاً)، ولقد اختلف الفقهاء حول أثر اختلاف الدارين في ميراثهم فانقسموا إلى مذاهب (ثانياً).

أولاً- أصناف غير المسلمين:

1- الذميون (أهل الذمة): هم الكفار الذين أقروا في دار الإسلام -على كفرهم- بالتزام الجزية ونفوذ أحكام الإسلام فيهم، وبتعبير آخر، هم مواطنوا دولة الإسلام من غير المسلمين، معصومة دماؤهم وأموالهم مقابل بذلهم الجزية.

2- المعاهدون (دار العهد): هم الكفار يقيمون في دارهم، ويكون بينهم وبين المسلمين عهد على أن لا يقاتلوهم، أي بينهم وبين المسلمين اتفاقية عدم الاعتداء. يعرفها الفقهاء بأنها: الدار التي لم يظهر عليها المسلمون، وعقد أهلها الصلح بينهم وبين المسلمين على شيء يؤدونه من أرضهم يسمى خراجاً دون أن تؤخذ منهم جزية رقابهم، لأنهم في غير دار الإسلام، وقد لا يشترط منهم التزام مالي.

1- سليم محمودي، اختلاف الدين...، مرجع سابق، ص 109-110.

2- اسماعيل لطفي فطاني، اختلاف الدارين...، مرجع سابق، ص 315-316.

3- المستأمنون: هم الذين ليس بين المسلمين وبينهم ذمة ولا عهد، لكن المسلمين آمنوهم في وقت محدد، كرجل حربي دخل دار الإسلام بأمان للتجارة ونحوها، أو ليفهم الإسلام، والأصل فيهم قول الله تبارك وتعالى: "وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يَعْلَمُونَ"¹.

4- الحربيون (دار الحرب): هم الكفار الذين ليس بينهم وبين المسلمين عهد، ولا حرمة لدمائهم ولا لأموالهم². وهذا النوع أمم كثيرة، ولكل أمة بلاد تقيم بها، والإسلام يرى أن بلاد كل أمة منها غير بلاد ما عداها من الأمم، إلا أن يكون بين أمتين من أممهم حلف وتعاهد، فإن كان ذلك فبلاد الأمتين أو الأمم المتحالفة تعتبر بلادا واحدة في الحكم³.

ثانيا- حكم التوارث بين غير المسلمين عند اختلاف الدارين:

رغم اتفاق الفقهاء - كما رأينا- على كون اختلاف الدارين لا يمنع التوارث بين المسلمين كون الوارث والمورث يجمعهما دار واحدة حكما، إلا أنهم اختلفوا في كونه مانعا بين غير المسلمين إلى رأيين:

الرأي الأول: قال به الحنابلة و الظاهرية والإمامية والمالكية: مفاده أن أهل الملة الواحدة يتوارثون وإن اختلفت ديارهم، كما يرث أهل الحرب بعضهم بعضا، سواء اتفقت ديارهم أو اختلفت، وهم يرثون المستأمن أيضا، فليس اختلاف الدار مانعا من الميراث، لأن المنع من الميراث عقوبة، والعقوبة يقدرها الشارع على ذنب اقترف، ولم يورد الشارع من النصوص ما يمنع التوارث لاختلاف الدارين، بل إن عموم النصوص يقتضي التوريث، ولم يرد بالتخصيص أو باستثناء الدارين نص من كتاب أو سنة أو إجماع، كما لا يصح في

1- سورة التوبة/ الآية 06.

2- دايرو يوسف صديقي الصديقي، المستجدات الفقهية في العلاقات الدولية، دراسة تأصيلية مقارنة و مسائل تطبيقية معاصرة، دار النفائس، الأردن، 2012، ص ص 200-201.

3- عبد اللطيف فايز دريان، فقه الموارث... مرجع سابق، ص ص 370-371.

مسائل المواريث القياس، لأنها أحكام لا تؤخذ إلا من النصوص، يضاف إلى كل ما سبق أن مفهوم قوله صلى الله عليه و سلم: "لا يتوارث أهل ملتين شتى"¹، يقتضي أن أهل الملة الواحدة يتوارثون، خاصة وأن مقتضى التورث و أسبابه، وهي القرابة أو الزوجية، قائمة، فيجب العمل بهذا المفهوم ما لم يكن ثمة مانع، ومقتضى هذا أن من دخل دار الإسلام بأمان وقتل فيها، فإنه يرسل بدينه إلى حاكم بلاده ليدفعها إلى ورثته².

الرأي الثاني: قال به الأحناف، ويوافقهم في بعضه الشافعية، وخلاصة هذا الرأي أن اختلاف الدار بين الكفار يمنع التوارث، غير أن الشافعية قالوا بجواز التوارث بين أهل الحرب، أي التابعين لدول الكفر، سواء اتفقت ديارهم أو اختلفت، بينما ذهب الأحناف إلى عدم جواز التوارث بينهما³، إذا كان لكل من البلدين حاكم وجيش، مع انقطاع العصمة بينهما في حالتي السلم والحرب، بحيث يستحل كل منهما قتال الآخر، وإذا ظفر أحد من جيش أحدهما برجل من جيش الآخر قتله.

فإذا لم تكن العصمة منقطعة بينهما، بأن كان بينهما تحالف على التعاون والتناصر على أعدائهما، يكون اختلاف الدارين غير مانع من التوارث، بل تكون الدار، واحدة، هذا وقد قسم فقهاء الحنفية اختلاف الدارين إلى ثلاثة أقسام⁴:

1- سبق تخريجه.

2- محمد سمارة، أحكام التركات و المواريث...، المرجع السابق، ص 100. أنظر كذلك عارف خليل أبو عيد، الوجيز في الميراث، ط5، دار النفائس، الأردن، 2006، ص 61.

يقول "ابن قدامة": "و قياس المذهب عندي أن أهل الملة الواحدة يتوارثون و إن اختلفت ديارهم، لأن عموم النصوص تقتضي تورثهم، و لم يرد بتخصيصهم نص و لا إجماع، و لا يصح فيهم قياس، فيجب العمل بعمومها".
المغني لابن قدامة، كتاب الفرائض، مسألة لا يرث مسلم كافر ولا كافر مسلماً، فصل أهل الملة الواحدة يتوارثون، (369/6)، رقم 4948.

3- محد سمارة، أحكام التركات و المواريث...، المرجع السابق، ص ص 98-99.

4- محمد مصطفى شلبي، أحكام المواريث...، مرجع سابق، ص 103.

1- اختلاف الدارين الحقيقي و الحكمي: يتحقق فيما لو اختلفت التبعية و الإقامة، بأن كان كل من الوارث و مورثه تابعا لدولة تخالف الأخرى، مع إقامة كل منهما في البلاد التابعة لدولته، كألماني له قريب فرنسي كل منهما يقيم في بلده، وكذمي في دار الإسلام له قريب حربي في دار الحرب وهما من ملة واحدة، فلا توارث بينهما لتحقق اختلاف الدارين حقيقة وحكما.

2- اختلاف الدارين الحكمي: يتحقق فيما لو اختلفت التبعية فقط، بأن كان كل من الوارث والمورث تابعا لدولة تخالف الأخرى مع إقامتهما معا في بلاد إحدى الدولتين أو في بلد أجنبية عن بلاد الدولتين، كألماني له قريب إنجليزي يقيمان معا في ألمانيا أو إنجلترا، وكذمي ومستأمن يقيمان معا في دار الإسلام بينهما قرابة، فإن داريهما مختلفان حكما مع كونهما في دار واحدة حقيقة، لأن الذمي من أهل دار الإسلام، والمستأمن من أهل دار الحرب حكما، لأنه يتمكن من العودة إليها متى أراد، وكمستأمنين أصلهما من دارين مختلفين يقيمان معا في دار الإسلام، فإن دار الإقامة وإن كانت واحدة حقيقة إلا أنها مختلفة حكما، لأن المستأمن من أهل دار الحرب حكما لتمكنه من العودة إليها متى أراد، وكل منهما تابع لدولته، وكحربيين من دارين مختلفتين يدخلان في دار واحدة بأمان لاختلاف الدار حكما، فلا توارث بين هؤلاء جميعا لتحقق اختلاف التبعية.

3- اختلاف الدارين الحقيقي: يتحقق فيما لو كان الوارث والمورث تابعين في الرعية لدولة واحدة وكان كل منهما يقيم في دولة تخالف الأخرى، كألمانيين أحدهما في فرنسا والآخر في أمريكا مع الاحتفاظ بتبعيتهما¹.

والذي يمنع من التوارث هو اختلاف الدارين حقيقة وحكما أو حكما فقط، أما الاختلاف حقيقة فقط، فإنه لا يمنع التوارث إذا عارضه اتحاد حكمي.

1- عبد اللطيف فايز دريان، فقه المواريث...، مرجع سابق، ص 371.

وعلى هذا يكون موضع الاختلاف بين الفريقين فيما إذا اختلفت الدار حقيقة وحكما أو حكما فقط وانقطعت العصمة بينهما بعدم وجود تحالف على التعاون والتناصر، فالفريق الأول لا يمنع والثاني يمنع، لأن التوارث مبني على العصمة والموالاتة، وهما منتقيان في هذه الحالة، وهذا الرأي لا يستند إلى دليل صحيح من كتاب أو سنة، بل هو مخالف لمقتضى النصوص كما بينا في توجيه الرأي الأول¹.

الفرع الثالث

موقف التشريعات من أثر اختلاف الدارين في الميراث

من خلال استقراء نصوص المواد 135 إلى 138 من ق.أ.ج، والتي تناولت موانع الميراث، نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى اختلاف الدارين كمانع للإرث، وبذلك ينبغي الرجوع إلى المادة 222 من ق.أ.ج التي تقضي بالعودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبما أن المذهب المتبع في الجزائر هو المذهب المالكي فينبغي بذلك العودة إلى رأيه في ذلك وهو ما سبق و أن تناولناه.

أما بالنسبة لقانون المواريث المصري فقد جاء فيما يتعلق بالمسلمين والدول الإسلامية مطابقا للمذهب الحنفي، إذ قرر أنه لا اعتبار لاختلاف الدار للتوارث بين المسلمين، أما بالنسبة لغير المسلمين²، فقد اتبع مذهباً خليطاً من المذهب المالكي والحنبلي ومن ذهب مذهبهم من جهة، والمذهب الحنفي والراجح عند الشافعي من جهة أخرى، فقد اعتبر اختلاف الدارين غير مانع للميراث بالنسبة لغير المسلمين، ولم يستثن إلا حالة واحدة، وهي: إن كانت الدولة الأجنبية تمنع من التوارث، فالأصل عند المشرع المصري عنده جاء موافقا للمذهب الأول، والاستثناء جاء موافقا للمذهب الثاني حسب ما ورد في المادة 6 من القانون

1- محمد مصطفى شلبي، أحكام المواريث...، مرجع سابق، ص ص 102-103. و هو كذلك رأي الدكتور محمد سمارة، أحكام التركات و المواريث ...، ص 100.

2- أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، مرجع سابق، ص 100.

المدني المصري¹، وتطبيقاً لذلك، إذا رفع أجنبي غير مسلم تابع لدولة غير إسلامية - كالدولة الروسية أو الألمانية- دعوى أمام محكمة مصرية يطلب فيها الحكم بوراثته من قريبه المصري غير المسلم، فإن كانت قوانين الدولة الروسية أو الألمانية تمنع من توريث الأجنبي عنها من رعاياها، ترفض دعواه ويمنع من أن يرث من قريبه المصري غير المسلم معاملة بالمثل².

غير أن المادة 06 ق.م.م قد تعرضت للانتقاد بالنظر إلى كون أن القانون في صورة الاستثناء قد تعدى حدود مذهب الحنفية لاعتماده على المعاملة بالمثل، ذلك أن مذهب الحنفية كما رأينا يجعل اختلاف الدارين مانعاً من التوارث بين غير المسلمين إذا كانت العصمة منقطة بين الدارين ولم يكن بينهما تحالف على التعاون والتناصر، بينما جعل القانون صورة المنع إذا كانت شريعة البلد الأجنبي تمنع من توريث الأجنبي عنها من رعاياها، وذلك في عبارة مطلقة تشمل الصورتين:

- إذا كانت العصمة منقطة بين البلدين.

- إذا كانت العصمة غير منقطة³.

أما فيما يتعلق بالقانون السوري، فلم يتعرض لاختلاف الدارين بين المسلمين بعضهم مع بعض، وإنما ذكر إرث الأجنبي، فقال: "لا يمنح الأجنبي حق الإرث إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك للسوريين"، الفقرة ج من المادة 264، والمقصود بلفظ الأجنبي هنا هو

1- تنص المادة 6 من القانون المدني المصري: 'اختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين، ولا يمنع بين غير المسلمين إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع توريث الأجنبي عنها'.

أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة...، مرجع سابق، ص 298.

ولقد كان المعمول به في مصر قبل صدور قانون الموارث هو المذهب الحنفي بالنسبة لمانع اختلاف الدارين، فلما صدر القانون عدل عنه، وأخذ بالمذهب المقابل تحقيقاً للمساواة بين المسلمين وغيرهم، واستثنى حالة واحدة كما رأينا يكون الاختلاف فيها مانعاً، أخذاً بمذهب الحنفية. أنظر محمد مصطفى شلبي، أحكام الموارث...، مرجع سابق، ص 103.

2- عبد اللطيف فايز دريان، فقه الموارث...، مرجع سابق، ص 358.

3- محمد مصطفى شلبي، أحكام الموارث...، مرجع سابق، ص 104-105.

غير المسلم وغير المسيحي المقيم في بلاد إسلامية، لأن المسلم لا يعتبر في بلده المسلم أجنبياً، كما أن غير المسلمين المقيمين في البلاد الإسلامية يرث بعضهم بعضاً¹. أما القانون الأردني فيعمل بموجبه بالراجع من المذهب الحنفي عملاً بالمادة 183 من قانون الأحوال الشخصية الأردني².

من جهته، اعتبر قانون الأحوال الشخصية الكويتي اختلاف الدارين غير مانع من الإرث بين المسلمين، وغير مانع من الإرث بين غير المسلمين، إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع ذلك وفقاً للمادة 293 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي في فقرتها "ج" و"د"³.

أما قانون الأحوال الشخصية اليمني فقد اعتبر في المادة 305 اختلاف الدارين غير مانع من الميراث، دون إيراد استثناء، ودون تمييز بين المسلمين وغير المسلمين⁴. بينما قانون الأحوال الشخصية العماني وقانون الأحوال الشخصية للمسلمين في جمهورية السودان وقانون الأحوال الشخصية الصومالي، فقدت كلها حذو المشرع الجزائري في عدم نصها على اختلاف الدارين.

1- مصطفى السباعي، عبد الرحمان الصابوني، الأحوال الشخصية في...، مرجع سابق، ص 406.

2- أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة...، مرجع سابق، ص 298.

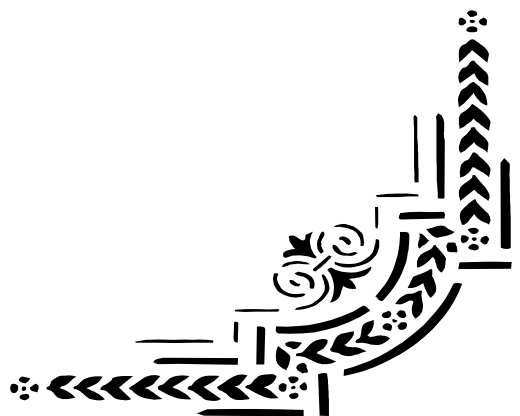
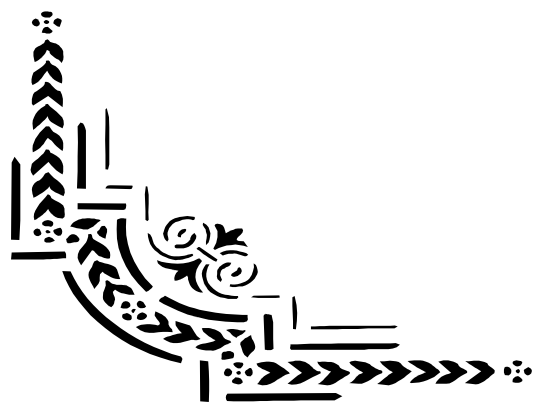
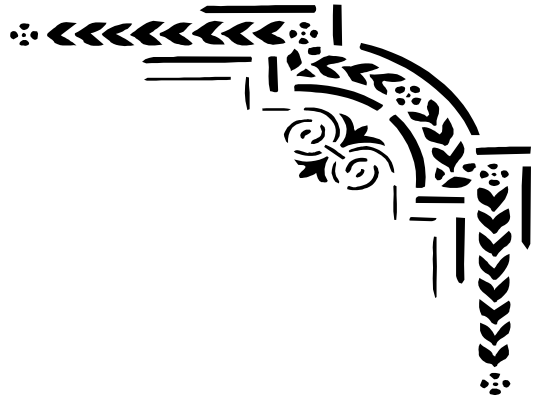
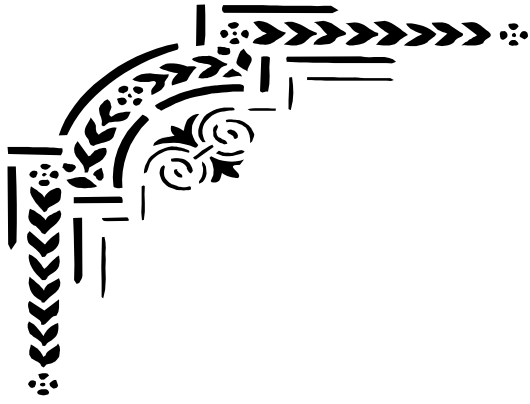
3- تنص المادة 293 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51، لسنة 1984 على أنه: "ج - اختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين."

د- لا يمنع اختلاف الدارين - بين غير المسلمين- من الإرث إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع ذلك."

4- تنص المادة 305 من قانون الأحوال الشخصية اليمني على أنه: "...اختلاف الدارين لا يمنع الإرث."

أما القانون التونسي فقد تحاشى في مجلة الأحوال الشخصية التونسية حصر موانع الإرث باستعمال لفظ "من" في المادة 88 منها¹.

1- تنص المادة 88 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه: "القتل العمد من موانع الإرث، فلا يرث القاتل فاعلا أصليا أم شريكا أو كان شاهدا زورا أو أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام و تنفيذه" عبد اللطيف فايز دريان، فقه المواريث...، مرجع سابق، ص 392.



يعتبر الميراث من بين أكثر المسائل إثارة للمشاكل والخلافات بين أفراد العائلة، ذلك أن مضمونه يتعلق بالأموال والأموال التي يتركها المتوفى، ثم، إن الأعراف ما تزال - وفي العديد من المناطق - تتحكم في آليات وأسس تقسيم الميراث، وهذا، رغم وجود أحكام تشريعية تنظمه.

ففي الجزائر مثلا، ورغم أن قانون الأسرة المستمدة أحكامه في أغلبها من الشريعة الإسلامية نجده قد فصل في كيفية تقسيم تركة المتوفى، إلا أن ما نلاحظه هو أن هذه الأحكام كثيرا ما تضرب عرض الحائط فثُهمش النساء مثلا وتسلب حقوقهن من الميراث، وهذا، خلافا لما يقضي به قانون الأسرة والشريعة الإسلامية.

إذا كانت هذه بعض الإشكالات التي من شأنها أن تعترض حل مسائل الميراث على الصعيد الداخلي، فإن الأمر لا محالة أكثر صعوبة فيما إذا تعلق الأمر بحل قضية ميراث تتضمن عنصرا أجنبيا، كما لو توفيت جزائرية تاركة زوجا فرنسيا مسلما، ومخلفة أملاكا في فرنسا، أو كما لو توفي جزائري تاركا زوجتين، إحداهما جزائرية والأخرى فرنسية. فيتعين آنذاك، وكمرحلة أولى، البحث عن القانون الواجب التطبيق، والذي تحل وفقه مسألة الميراث. إلا أن القانون الواجب التطبيق، والذي تعينه قاعدة الإسناد في قانون دولة القاضي، قد يستبعد (الفصل الأول)، و قد يُحال تطبيقه إلى قانون دولة أخرى، و ذلك عند الأخذ بما يعرف بنظرية الإحالة، كما قد تثار بشأنه مشكلة المسألة الأولية (الفصل الثاني).

وهو ما سنحاول التفصيل فيه من خلال هذا الباب، مع التنويه بأننا سنتناول موقف الشريعة الإسلامية في النقاط التي تستلزم ذلك فقط (أي في العناصر التي تتضمن أحكاما في الشريعة الإسلامية).

الفصل الأول

العقبات المتعلقة باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي

قد تشير قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانون أجنبي على مسألة تتعلق بميراث زوج من زوجته التي يختلف معها في الجنسية على سبيل المثال، فيطبق القاضي هذا القانون ويعطي كل ذي حق حقه، لكن منح اختصاص البت في مسائل الميراث في الزواج المختلط لقانون أجنبي بموجب قاعدة التنازع الوطنية، لا يعني التسليم باختصاص هذا القانون في جميع الأحوال، لأنه قد يصطدم بعقبات تؤدي إلى استبعاده، بالرغم من أن القانون الوطني يمنح له الاختصاص بصريح النص، وهذا عندما يتبين للقاضي أن القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد المتعلقة بالميراث يصطدم في جوهره بالمبادئ و الأسس التي يقوم عليها قانونه الوطني، بمعنى مخالفة القانون الوطني للنظام العام لدولته (المبحث الأول) أو عندما يكشف القاضي عن تحايل أحد طرفي النزاع على القانون الواجب التطبيق وطنيا كان أو أجنبيا للتخلص من بعض أحكامه بما يعرف بالغش أو التحايل نحو القانون وذلك سعيا منهم وراء تطبيق قانون آخر أكثر انسجاما مع مصالحهم في الدعوى (المبحث الثاني).

المبحث الأول

النظام العام

يعد النظام العام في تنازع القوانين مبدأ معترفاً به من قبل أغلبية الدول، فهو يعد مانعاً من موانع تطبيق القانون الأجنبي بالرغم من اختصاصه بموجب قاعدة الإسناد في قانون دولة القاضي، هذا الأخير الذي يحل محله في بعض الأحيان للنظر في النزاع.

يؤكد غالبية الفقه على أهمية دور النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، إذا تعارض مضمون هذا القانون مع الأسس الجوهرية في المجتمع، والتي تختلف من دولة إلى أخرى، لا سيما إذا تعلق الأمر بمجتمعات إسلامية، و أخرى غير إسلامية، فالنظام العام وإن كان من الأفكار والمفاهيم التي لها مكانة كبيرة في مجال القانون الدولي الخاص (المطلب الأول) نظراً للآثار الهامة التي يترتبها (المطلب الثاني)، إلا أن هذه المكانة لا تقل أهمية عن تلك التي يحتلها في الشريعة الإسلامية، نظراً لكون أحكام هذه الأخيرة تؤثر بشكل كبير في الدفع بالنظام العام في قضايا الميراث بصفة خاصة (المطلب الثالث).

المطلب الأول

مفهوم النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي

تعتبر مسألة تطبيق القانون الأجنبي صعوبات جمة، لا سيما عندما تشكل المبادئ التي تقوم عليها الدول عائقاً أمام هذا التطبيق، كما في الحالة التي تعطي فيها القواعد الأجنبية حلاً للنزاع يتعارض مع المفاهيم الأساسية المكرسة في قانون دولة القاضي، الأمر الذي يستلزم معه استبعادها على أساس النظام العام الدولي المعروف في تنازع القوانين، والذي شهدت فكرته تطوراً ملحوظاً (الفرع الأول)، مع العلم بأن هناك اختلافاً بينها وبين

النظام العام الداخلي (الفرع الثاني) وهو ماجعل النظام العام الدولي يستلزم توفر شروط خاصة لإمكانية الدفع به (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف النظام العام الدولي وتطور فكرته:

رغم الأهمية التي يكتسبها النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص، إلا أن الفقهاء لم يتفقوا على إعطاء تعريف موحد له نظرا لعدة أسباب (أولا)، خاصة في ظل تطور فكرته (ثانيا).

أولا - صعوبة تعريف النظام العام الدولي:

يشكل النظام العام في مجال تنازع القوانين بند استثناء عام مناسب لمختلف قواعد التنازع، وقد برزت فكرته في كل المراحل التاريخية لتنازع القوانين، إلا أنها ظهرت بوضوح عند "سافيني" (Savigny)، وقد بررها المؤلف الألماني "راب" (Raape) بكون قاعدة التنازع المزدوجة تشكل "قفزة في المجهول" في مقابل المفاجآت التي قد يحدثها القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد في حالات محددة، مما يستلزم الوقاية¹.

أجمع الباحثون في القانون الدولي الخاص أنه من الصعب جدا ضبط مفهوم ودلالة فكرة النظام العام، بل و أكثر من ذلك فإنه يستحيل وضع قائمة بالحالات التي يشملها النظام العام، وهذا نظرا لتطور وتبدل فكرته باستمرار²، الأمر الذي يستعصى معه وضع

1- Bernard Audit, op.cit, p p 273-274, n°308.

2- ويؤكد ذلك الفشل الذريع الذي مني به الحل الذي تبنته المادة 2 من اتفاقية لاهاي لسنة 1902 لتنظيم تنازع القوانين في مادة الزواج، فقد حددت مقدما الحالات التي يمكن فيها اللجوء إلى فكرة النظام العام، فكان ذلك سببا في نقضها. أنظر: بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 170.

مفهوم لها في قالب علمي واضح¹، رغم المحاولات الحثيثة - الفردية منها و الجماعية- التي سعت لهذا الأمر.

فقد عرّف النظام العام بأنه: "سلاح للدفاع ضد أي قانون أجنبي يكون تطبيقه لازماً في الأصل، إذا ما ظهر تعارض فحواه مع المفاهيم الوطنية"².

ويرى الدكتور "أحمد مسلم" بأن: "النظام العام في دولة ما، ما هو إلا الكيان السياسي و الاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة، بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية، ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون، أو احترام أفكار دينية أساسية معينة، أو عقائد مذهبية اقتصادية، كالاشرافية أو الرأسمالية أو نحوها من المذاهب والأفكار الاقتصادية، كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك"³.

أما الدكتور "عز الدين عبد الله" فقد عرّف الدفع بالنظام العام بأنه: "وسيلة قانونية يستبعد بها في النزاع المطروح أمام القاضي، الاختصاص العادي المعقود للقانون الأجنبي، متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي"⁴.

وقد حاول الفقه تحديد الحالات التي يستبعد فيها القانون الأجنبي على أساس فكرة النظام العام.

إذ ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه يجب - كقاعدة عامة- استبعاد القانون الأجنبي إذا كان يشتمل على نظم قانونية غير معروفة في قانون دولة القاضي، بينما نادى

1- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 200.

2- حسن الهداوي، تنازع القوانين و أحكامه ...، مرجع سابق، ص 189.

3- المرجع نفسه، ص ص 188-189.

4- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 537.

جانب آخر بضرورة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بناء على فكرة النظام العام إذا كان ينطوي على مساس بمبادئ العدالة الدولية، أو إذا كان يصطدم بمبادئ القانون الطبيعي.

أضاف فريق من الفقه معيارا آخر لتحديد فكرة النظام العام بتقريرهم بأن القانون الأجنبي يعتبر مخالفا للنظام العام في دولة القاضي إذا كان متعارضا مع السياسة التشريعية للدولة، ولو كان هذا القانون الأجنبي في ذاته لا ينطوي على أية مخالفة لمبادئ العدالة أو المبادئ العامة المتعارف عليها في الأمم المتحدة¹. يمكن القول إذن أن ما يمكن اعتباره غير مقبول، ليس التشريع الأجنبي في حد ذاته، ولا قواعده، وإنما النتيجة الملموسة لتنفيذ هذه القواعد في إطار صنف معين².

ونظرا لصعوبة ضبط فكرة النظام العام وكذا نطاقه، فضلت أغلب التشريعات عدم تقديم تعريف محدد لها، واكتفت بتقريب معناها إلى الأذهان، وبناء أساسها على فكرة المصلحة العامة للجماعة، سواء كانت هذه المصلحة: سياسية، متعلقة بتنظيم الأسرة، أم اقتصادية، متعلقة بتنظيم الإنتاج، وترتيب بطلان أي اتفاق خاص بين الأفراد يخالف أحكامها ويستبعد تطبيقها³.

1 - لتفاصيل أكثر حول الانتقادات الموجهة لهذه المعايير أنظر: فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص ص 139 - 140.

2 - Dominique Holleaux, et autres, op.cit, p 291, n° 589.

3- غالب علي داوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، ط 4، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2005، ص 235.

والمشرع الجزائري لم يعرف النظام العام، بل اكتفى بالنص عليه في المادة 24 ق.م.ج¹ وهو الاتجاه الذي سار عليه المشرع المصري في المادة 28 من القانون المدني المصري² ولائحة الإتحاد الأوربي رقم 2012/650 المتعلقة بالميراث في المادة 35³ منها.

بادر مشرعوا بعض الدول إلى إعطاء تعريف للنظام العام مثل المشرع الألماني الذي اعتبره مجموعة القواعد التي تتصل بالأسس الاجتماعية والسياسية والاقتصادية للبلد، وبمفاهيمها الأساسية في وقت معين ويكون من طبيعة القانون الأجنبي المراد تطبيقه في ألمانيا انتهاك لمبادئها الأساسية⁴. في حين قام مشرعوا دول عربية أخرى بتعداد المسائل التي تعتبر من صميم النظام العام، مثل المشرع الأردني⁵، العراقي والإمارتي⁶، وقد اشتركوا في إدراج الميراث ضمنها.

إن صعوبة ضبط فكرة النظام العام من جانب الفقه والتشريعات الوضعية أدت إلى ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي الناظر في النزاع، والذي يقدرها بالنظر إلى كل حالة على حدى، ليقدر ما إذا كان القانون الأجنبي المختص مخالفاً أو غير مخالف للنظام العام، غير

1- تنص المادة 24 من الأمر رقم 75-58، السالف الذكر، المعدلة بالمادة 17 من القانون رقم 10/05، السالف الذكر، على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

² - تنص المادة 28 من القانون المدني المصري بأنه: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر"

³ - L'article 35 du règlement (UE) 650/2012 dispose que : « L'application d'une disposition de la loi d'un Etat désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ».

⁴ - المادة 30 من القانون المدني الألماني.

⁵ - المادة 3/163 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

⁶ - المادة 3 من قانون المعاملات الاتحادي رقم 05 لسنة 1985.

أن ذلك لا يعني ترك الأمر لتقديره الشخصي أو لمعتقداته وقناعاته الذاتية، بل لا بد - في سبيل ذلك- من أعمال معايير عامة موضوعية¹.

فكما تقول الدكتورة حفيظة السيد الحداد: "يجب أن يكون تقدير القاضي موضوعيا يستوحي شعور الجماعة، لا شخصيا يترجم مشاعر القاضي"²، هذا الأخير الذي يُلزم بالتقيد بمفهوم النظام العام السائد في دولته في الوقت الذي يصدر فيه حكمه، باعتباره الوقت الذي يتم فيه تطبيق القانون الأجنبي، فإذا اصطدم آنذاك ذلك القانون مع المفاهيم القانونية السائدة في بلده، كان عليه أن يمتنع عن العمل به³. ولو لم يكن (هذا القانون) متعارضاً مع النظام العام وقت نشوء العلاقة موضوع النزاع⁴، دون الاعتبار لما إذا كان القانون الأجنبي معيناً

1- جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري تعليقا على فكرة النظام العام: "بيد أنه يخلق بالقاضي أن يتحرر من إحلال آرائه الخاصة في العدل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب، فالواجب يقتضي أن يطبق مذهبا عاما تدين به الجماعة بأسرها لا مذهبا فرديا خاصا" أنظر بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 171.

- يصنف بعض المؤلفين الفرنسيين هذه المعايير إلى صنفين:

- الحفاظ على المفاهيم الأصلية: و التي تتمحور حول فكرة الدفع ضد القوانين التي تصطدم مع الاعتقادات المشتركة، مثل القانون الذي يسمح بتعدد الزوجات أو الذي يبيح العبودية.

- الحفاظ على بعض التقنيات التشريعية: و تتمحور حول الدفع ضد القوانين التي تهدد السياسة التشريعية، مثل حقوق

الأبناء غير الشرعيين. أنظر:

Jean Derruppé, Jean-Pierre Laborde, droit international privé, 16^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2008, p 102.

2- نقلا عن حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 297.

3- حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه...، مرجع سابق، ص 192.

4- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص...، ص 144. لتفاصيل أكثر حول آراء بعض الفقه و القضاء في هذا الصدد أنظر: بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص ص 172-173.

من طرف قاعدة إسناد مصدرها معاهدة دولية، فالاتفاق الدولي حول الإسناد لا يحكم مسبقاً مضمون القوانين التي سيعقد لها اختصاص حل النزاع¹.

ثانياً - تطور فكرة النظام العام الدولي:

أصبح المفهوم الحديث للنظام العام أكثر تحديداً مقارنةً بذلك الذي وُضع في أواخر القرن التاسع عشر من طرف الفقه الفرنسي والألماني²، فإن كانت وظيفته الأساسية والمتمثلة في استبعاد القانون الأجنبي بقيت دون تغيير، إلا أن معايير تقييمه تطورت، إذا أصبح النظام العام اليوم يُقدم ليس فقط بمفهوم وطني وإنما أيضاً بمفهوم دولي، فشرط استبعاد القانون الأجنبي لم يعد يقتصر على تعارضه مع الأحكام الآمرة في القوانين الوطنية وإنما أصبح يتعداه ليشمل كذلك تعارضه مع المفاهيم التي تعتبر أساسية في القانون الوطني³. ومن ثم أصبح النظام العام يجد أساسه في مبادئ موجودة ليس فقط في نظام تشريعي واحد إنما في أغلب التشريعات الوطنية التابعة لمنظمات أو اتحادات إقليمية قائمة على أصول مشتركة مثل الإتحاد الأوروبي. ودليل هذا التطور يكمن في القضاء المقارن الذي أصبح شيئاً فشيئاً يستند على نصوص دولية لتبرير أو استبعاد الدفع بالنظام العام الدولي⁴.

1- Les conventions internationales elles-mêmes prévoient la mise à l'écart d'une loi désignée selon leurs règles si « son application est manifestement incompatible avec l'ordre public ». Cité par : - Bernard Audit, op.cit, p 274, n° 308.

² - الفقيه الفرنسي 'بارتان' (Bartin) والألماني 'فون بار' (Von Bar).

³ - En France , la cour de cassation affirmait en 1948 que les dispositions de la loi étrangère « ne sont pas contraires à l'ordre public (international) français par cela seul qu'elles diffèrent des dispositions impératives du droit français , mais uniquement en ce qu'elles heurtent des principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationales absolue » (Cass, civ, 25 mai 1948). Cité par :

Giovanna Debernardi, op.cit, p 118, n°210.

⁴ - Cass, civ, 1^{ère}, 31 janvier 1990.

La cour de cassation française a estimé que la loi brésilienne prohibant l'adoption plénière d'un enfant brésilien par un étranger ne s'opposait « ni à la conception française de=

إذا كانت هذه هي حقيقة التوجه الحالي، فإن الملاحظ أن هناك تناقضا قد ظهر ليس بالإمكان تجنبه:

- فمن جهة يكتسي النظام العام أهمية كبيرة في حماية القيم الأساسية الوطنية، خاصة في المواد التي تعتبر إقليمية مثل قانون المواريث.

- ومن جهة أخرى تطور العلاقات الدولية بين الدول، فضلا عن ظهور منظمات واتحادات دولية، مثل الاتحاد الأوربي والمجلس الأوربي كان له الأثر البالغ في فكرة النظام العام الدولي، من خلال تحويل المبادئ التي كانت في السابق وطنية فقط، إلى مبادئ دولية.

فعلى سبيل المثال منع التمييز بين الورثة لاختلاف الجنس أو الدين يُطبق في فرنسا كما في إيطاليا أو أية دولة أخرى من دول الاتحاد الأوربي، وكلها قد تم دمجها في أنظمتها القانونية وكذلك الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان لسنة 1950¹ و الميثاق الجديد للحقوق الأساسية للاتحاد الأوربي.

=l'ordre public international, ni aux dispositions de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni à celles du pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques ». Cité par :

Giovanna Debernardi, op.cit , p p 118-119, n°210.

¹ - وردت المادة 14 من الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية لـ 4 نوفمبر 1950 تحت عنوان حظر التمييز، (وقد عدلت هذه الاتفاقية بأحكام البروتوكول رقم: 14 الذي دخل حيز التنفيذ سنة 2010 م، وبغيرها من البروتوكولات)، وقد نصت على أنه: "يجب تأمين التمتع بالحقوق والحريات المعترف بها في هذه الاتفاقية دون أي تمييز، وتحديدًا ذلك القائم على الجنس أو العنصر أو اللون أو اللغة أو الدين أو الآراء السياسية أو الأصل الوطني أو الاجتماعي، أو الانتماء إلى أقلية وطنية، أو الثروة أو الولادة أو أي وضع آخر".

أقرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في عدة قرارات لها¹ بأن الأحكام الميراثية التي تتضمن تمييزاً بين الورثة لا تتوافق مع المبادئ الأساسية المحمية من طرف الاتفاقية، مثل التمييز بين الزوج والزوجة فيما يخص حصة الميراث وكون نصيب الابن ضعف نصيب البنت حسب ما هو معمول به في الدول الإسلامية. وبذلك أقرت المحكمة إمكانية استبعاد قانون أجنبي باسم النظام العام الدولي لما يقوم على اعتبارات دينية أو ثقافية... إلخ²

تعتبر هذه القرارات - بالنسبة للدول الأوروبية- دليلاً على الدور الفعال الذي تؤديه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في الحفاظ على المبادئ الأساسية في مواد الميراث، فهذه الأحكام ليست مقصورة على الصعيد الدولي، لكن تؤثر تأثيراً مباشراً على التشريعات الوطنية³.

الفرع الثاني

التمييز بين النظام العام الدولي و النظام العام الداخلي

تهدف فكرة النظام العام إلى صيانة المصالح الجوهرية للمجتمع، وهو هدف يُسعى إلى تحقيقه سواء في مجال القانون الدولي الخاص أو في مجال القانون الداخلي، إلا أن هذا لا يعني - في نظر الفقه- تطابق فكرة النظام العام في كل من المجالين، ففكرة النظام العام في مجال القانون الداخلي تستخدم لضمان عدم الخروج الإرادي عن أحكام القواعد القانونية

¹- CEDH, 13 juin 1979, n°6833/74, *Marckx, Belgique*. CEDH, 29 octobre 1987, n°8695/79, *Inze, Autriche*. CEDH, 1^{er} février 2000, n° 34406/97, *Mazurek, France*. Plus récemment, CEDH 28 mai 2009, n° 3545/04, *Brauer, Allemagne*. CEDH 7 février 2013, n° 16574/08, *Fabri, France*. Cité par :

Giovanna Debernardi, op.cit, p 123, n° 216.

² - Dans une décision du 17 juillet 2000 le tribunal de Milan a écarté l'application d'une loi étrangère ne prévoyant pas la possibilité du changement de sexe au nom des articles 1 et 14 de la convention européenne des droits de l'homme.

Ibid, p 119, n° 210.

³ - Ibid, op.cit, p 123, n° 216.

الآمرة¹. بينما يستعان بهذه الفكرة في نطاق القانون الدولي الخاص لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت قواعد الإسناد إلى اختصاصه، من هنا يبدو الطابع الاستثنائي لفكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص، باعتبارها أداة لاستبعاد القانون الأجنبي، و تطبيق القانون الوطني، بصفة استثنائية خروجاً عن الأصل العام الذي يقضي بوجوب تطبيق القانون الذي أشارت قاعدة الإسناد إلى اختصاصه، وطنياً كان أو أجنبياً².

وهو الطابع الذي تفتقده فكرة النظام العام في مجال القانون الداخلي، مما يترتب نتيجة هامة تتمثل في أن نطاق إعمال فكرة النظام العام يضيق في مجال التنازع عنه بالنسبة للقانون الداخلي³، بمعنى أن الحالات التي لا يجوز فيها للأفراد الاتفاق على ما يخالف القاعدة القانونية نظراً لكونها من القواعد الآمرة في القانون الداخلي أوسع بكثير من الحالات التي يُستبعد فيها تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام، وبالنتيجة فإنه ليس كل ما يعتبر من النظام العام في المجال الداخلي يعد حتماً من النظام العام في مجال العلاقات ذات الطابع الدولي، ولا يؤدي بالضرورة إلى استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وعلى العكس من ذلك، فإن كل ما يعد من النظام العام في العلاقات ذات الطابع الدولي يعد حتماً من النظام العام في المجال الداخلي، ولا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفه⁴. من ذلك مثلاً: توزيع الأنصبه في المواريث فهي مسألة متعلقة بالنظام العام في حدود الحالات القانونية الوطنية، فلا يجوز الاتفاق على خلاف تلك الأنصبه، أما في مادة التنازع، فإن

1- تنص المادة 93 من الأمر 58-75 السالف الذكر، المعدلة بالمادة 27 من القانون رقم 05-10 السالف الذكر، على أنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً".

كما تنص المادة 97 من الأمر رقم 58-75 السالف الذكر، على أنه: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً".

2- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 299-300.

3- محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين و تنازع الاختصاص...، مرجع سابق، ص 80.

4- محمد خيرى كصير، حالات تطبيق قانون القاضي...، مرجع سابق، ص 137. أنظر كذلك:

Pierre Mayer, Vincent Heuzé, op.cit, p 149, n°205. Jean Derruppé, Jean-Pierre Laborde, , op.cit, p 102.

المشرع يسمح بتطبيق القوانين الأجنبية في مسائل المواريث، وهو ما يعني عدم اعتبار توزيع الأنصبة من النظام العام في حالات التنازع (فيما عدا ميراث المسلمين كما سنرى لاحقاً)، ولكن هذا لا ينفي إمكان استبعاد القانون الأجنبي المختص بالمواريث بناء على مخالفته لقاعدة متعلقة بالنظام العام في القانون الجزائري أو المصري أو قانون دولة إسلامية أخرى، كالقاعدة التي تقضي باعتبار القتل من موانع الإرث مثلاً¹.

وهو ما دفع بالفقه الغالب إلى انتقاد التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، لكونها تؤدي - من وجهة نظرهم - إلى وهم خاطئ، فكل ما في الأمر أن دور فكرة النظام العام ونطاق أعمالها يختلف في القانون الداخلي عنه في مجال القانون الدولي الخاص². فإذا كان الفقهاء قد أطلقوا مصطلح النظام العام الدولي في مجال تنازع القوانين فذلك بهدف التمييز فقط بينه و بين النظام العام الداخلي³.

1- محمد كمال فهمي، أصول القانون....، مرجع سابق، ص ص 515- 515.

2- هشام علي صادق، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص ص 199- 200.

يرى الدكتور "عز الدين عبد الله" أن التفرقة ما بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي هي تفرقة خادعة وخاطئة، فهي خادعة لأن اصطلاح "نظام عام دولي" قد يحمله السامع على معنى نظام عام مشترك فيما بين الدول، رغم أن النظام العام في القانون الدولي الخاص يتميز بالوطنية، ولو كان بالإمكان أن تكون مسألة معينة معتبرة من النظام العام في أكثر من دولة، وهي أيضاً تفرقة خاطئة، لأن ما يسمونه نظاماً عاماً دولياً هو في الحقيقة نظام عام داخلي. أنظر عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 534- 535.

3- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 176.

الفرع الثالث

شروط الدفع بالنظام العام الدولي

يعتبر النظام العام من الناحية الإجرائية دفعا موضوعيا، مما يجيز للخصوم التمسك به في أي حالة تكون عليها الدعوى، و لو لأول مرة أمام المحكمة العليا. غير أنه يشترط لإثارة الدفع بالنظام العام في مسائل الميراث في الزواج المختلط توفر شرطين¹، يتمثلان في ضرورة وجود قانون أجنبي واجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية (أولا)، إلى جانب ضرورة توفر مقتضى من مقتضيات النظام العام في دولة القاضي المانع لتطبيق أحكام القانون الأجنبي (ثانيا):

أولا- وجود قانون أجنبي واجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية: فالنظام العام يأتي كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، فإذا كان القانون الأجنبي غير مختص بحكم مسألة الميراث في الزواج المختلط فلا محل للتمسك بالنظام العام، ولا يتصور إعمال الدفع بالنظام العام إذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني، وتستثنى من ذلك حالة الدول الفدرالية التي تشكل كل ولاية فيها وحدة تشريعية مستقلة، والتي يتصور فيها وجود اختلاف في الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني في كل وحدة، مما يبرر إعمال فكرة النظام العام بمفهومها السائد في القانون الدولي الخاص².

1- الخلاف الفقهي حول مسألة الصلة لإعمال الدفع بالنظام العام

وقد أثير تساؤل في هذا الصدد عما إذا كان من الواجب أن تكون ثمة صلة بين المنازعة المطروحة و دولة القاضي لإعمال الدفع بالنظام العام؟

1- عبد الرزاق دريال، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول (النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري و المقارن، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2010، ص 136.

2- محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين و....، مرجع سابق، ص 81.

ذهب جانب من الفقه إلى اشتراط وجود صلة بين قانون دولة القاضي والنزاع المطروح، فإذا انتفت هذه الصلة لم يعد جائزا استبعاد القانون الأجنبي بفعل إعمال الدفع بالنظام العام، لأن المسألة المطروحة في هذه الحالة لا تعني القاضي ولا تربطه بها أدنى صلة، وهو الأمر الذي رفضه جانب آخر من الفقه الذي ذهب إلى عدم اشتراط هذه الصلة¹.

2- موقف التشريعات الوضعية والقضاء المقارن في مسألة الصلة لإعمال الدفع

بالنظام العام:

رفضت بعض التشريعات ربط إعمال الدفع بالنظام العام بوجود رابطة حقيقية للنزاع بدولة القاضي، وهذا ما نصت عليه مثلا المادة 3/36 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي²، الأمر الذي يحتم على القاضي التونسي إثارة "الدفع بالنظام العام مهما كانت جنسية أطراف النزاع". في حين التزمت أغلب التشريعات العربية الصمت إزاء هذه المسألة، حيث لا تشترط أي منها صراحة لإعمال النظام العام توفر رابطة بين النزاع ودولة القاضي،

1- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 210-211.

يرى الدكتور "عبده جميل غصوب" أنه لا مكان لاشتراط هذه الصلة في لبنان، إذ يكفي لإعمال الدفع أن يكون القضاء الوطني مختصا، لأن مجرد اختصاص هذا القضاء كاف لوحده للقول بارتباط النزاع بإقليم دولة القاضي ما يبرر تحرك الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المخالف. أنظر: المرجع نفسه، ص 211. بينما يرى الدكتور "محمد وليد المصري" ضرورة وجود رابطة بين النزاع و دولة القاضي، فحسب رأيه، لا يعد مجرد اختصاص القاضي للنظر في النزاع كافيا بحد ذاته، إلا إذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع أبسط الحقوق الطبيعية للإنسان أو أنه كان ظالما للغاية، كأن يبيح الرق أو التمييز حسب لون الإنسان أو دينه، عندها لا يمكن للقاضي إلا رفضه، ولو لم يكن المجتمع الأردني معنيا مباشرة بالنزاع.

ما عدا ذلك، من الصعب القبول بتمسك القاضي بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي وتعطيل قواعد الإسناد في تشريعه بشأن قضية لا تعنيه. أنظر محمد وليد المصري، الوجيز في شرح...، مرجع سابق، ص ص 261-262.

2- تنص المادة 3/36 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي (قانون عدد 97 لسنة 1998، مؤرخ في: 1998/11/27، تتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص) على أنه: " لا يخضع الدفع بالنظام العام لمدى قوة ارتباط النزاع بالنظام القانوني التونسي".

وهو ما يتضح جليا من خلال المادتين 1/24 ق.م.ج و 28 من القانون المدني المصري السالفتي الذكر، ومن ثمّ يكفي في نظر التشريعات العربية أن يكون القضاء الوطني مختصا من أجل إثارة الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المخالف لمقتضياته، حيث تعتبر أن مجرد طرح النزاع أمام جهاتها القضائية كاف وحده للقول بارتباطه بإقليم دولة القاضي¹.

أما القضاء الفرنسي فقد اشترط وجود رابطة بين القضية المطروحة وقانون دولة القاضي ليتم إعمال الدفع بالنظام العام، ولاسيما في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالزواج والطلاق والبنوة والتبني، إذ تدخل النظام العام الفرنسي لرفض منح أي أثر للزواج الثاني المبرم خارج فرنسا بمواجهة الزوجة الفرنسية، في حين أنه اعترف بآثار هذا الزواج في فرنسا إن لم تكن الزوجة فرنسية².

قضت كذلك محكمة النقض الفرنسية بأن تجاهل أو رفض القانون الجزائري مبدأ المساواة بين الطفل الشرعي والطفل الطبيعي لا يعتبر متعارضا مع النظام العام الفرنسي باعتبار أن الطفل ليس له جنسية فرنسية ولا يقيم في فرنسا³.

قبلت بدورها محكمة همبورغ الألمانية تطبيق القانون الإيراني الذي يميز بين البنات والأبناء من حيث نصيب الميراث بسبب أن العائلة لها روابط متينة وثابتة مع إيران والقانون الإسلامي⁴.

¹ - حمزة بوخروبة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون أعمال، جامعة سطيف 2، 2013-2014، ص 53.

² - محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 262-263. أنظر كذلك: عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 212-213.

و هو ما حصل في قضية *Baaziz* التي سنتناولها لاحقا.

³ - Giovanna Debernardi, op.cit, p 133, n° 235.

⁴ - Cass, civ 1ère, 10 mai, 2006.

Ibid, p 133, n° 235

ثانيا - توفر مقتضى من مقتضيات النظام العام في دولة القاضي المانع لتطبيق أحكام القانون الأجنبي

وقد قدر بعض الفقهاء أنه بالإمكان تحديد هذه المقتضيات مقدما وتقسيم القوانين إلى متعلقة بالنظام العام وغير متعلقة به، وهذا، كي لا يترك الأمر في مجمله للقاضي، غير أن الأمر لم يلق نجاحا، وفشلت في سبيل تحقيقه جهود المؤتمرات الدولية، لا سيما مؤتمر القانون الدولي الخاص الذي انعقد بلاهاي¹، والذي حاول وضع اتفاقية خاصة بالمواريث، باعتبارها من المسائل التي تدخل في المجال الذي تعمل فيه فكرة النظام العام، وهذا لاتصالها بنظام المجتمع في الدولة، وإذا كان هناك من قدر تعذر إبرام اتفاق دولي في هذه المسائل دون التحفظ على احترام النظام العام في الدولة، فإنه ثمة من رأى أن هذا التحفظ سيفتح للدولة باب التحلل من أحكام هذا الاتفاق، ولم يوفق المؤتمر إلى حصر وتعداد ما يتعلق بالنظام العام وما لا يتعلق به².

ويعود الفشل في تحديد الحالات أو المسائل المتعلقة بالنظام العام إلى التباين في أساس هذا الأخير، والناجم عن تباين قوانين الدول المختلفة، فإذا كان بيع الشركات المستقبلية مخالفا للنظام العام في العراق و الجزائر ومصر وفرنسا مثلا، فإنه لا يعتبر كذلك في سويسرا وألمانيا، وعليه، إذا عرض اتفاق من هذا النوع على القاضي العراقي مثلا، وكان محكوما بالقانون السويسري، وجب عليه الحكم ببطلانه، في حين أنه لو أثير الموضوع نفسه أمام القاضي الألماني فإن هذا الأخير سيقضي بصحته³.

1- مؤتمر القانون الدولي الخاص، المنعقد بلاهاي، بتاريخ 31 أكتوبر 1951.

2- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 544.

3- محمد خيرى كصير، حالات تطبيق قانون القاضي....، مرجع سابق، ص 140.

المطلب الثاني: آثار الدفع بالنظام العام الدولي:

إذا تبين للقاضي بأن القانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد في قانونه الوطني تعارض النظام العام في دولته فإنه سيلجأ إلى استبعاده، وهذا ما من شأنه أن يثير فرضيات كثيرة وينتج آثارا عديدة جعلت الفقهاء يميزون بين الحالة التي يتم فيها إنشاء حق في دولة القاضي (الفرع الأول)، و بين الحالة التي يكتسب فيها الحق في الخارج، و يراد التمسك بآثاره في بلد القاضي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أثر الدفع بالنظام العام بشأن حق يراد إنشاؤه في دولة القاضي

يقوم النظام العام في القانون الدولي الخاص على الخاصية الغير مقبولة لنتيجة تطبيق القانون الأجنبي. مما يرتب آثارا تمثل- في الواقع- جانبيين غير أليفين - تقريبا-، جانب سلبي، يتعلق بالحل الذي أوجده القانون الأجنبي المعين بواسطة قاعدة الإسناد، والذي يعد مرفوضا في قانون دولة القاضي¹ (أولا)، والذي أدى إلى ظهور الجانب الإيجابي، المؤسس على تطبيق قواعد أخرى، غير تلك التي قضى بها القانون الأجنبي (ثانيا).

أولا - الأثر السلبي للنظام العام الدولي (استبعاد القانون الأجنبي كليا أو جزئيا)

يشكل النظام العام الوسيلة التي يلجأ إليها القاضي الوطني في مواجهة كل قانون أجنبي متعارض مع الأسس التي يقوم عليها نظامه القانوني، فمن الطبيعي إذن، أن يستتبع الدفع بالنظام العام استبعاد هذا القانون حماية للمفاهيم الأساسية في دولة القاضي، غير أن التساؤل الذي أثير، كان حول ما إذا كان القاضي المعروض عليه النزاع سيستبعد القانون الأجنبي برمته أم أنه سيستبعد فقط الجزء المخالف للنظام العام².

1- Dominique Holleaux et autres , Masson, Paris, 1987, p p 294-295, n° 597.

2- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 213-214.

فلو كانت القضية المعروضة على القاضي تتعلق بالميراث في الزواج المختلط، وكان القانون الأجنبي هو المختص بالفصل فيها، وكان هذا الأخير يسمح مثلا بميراث ابن الزنا، وهو ما يتعارض مع النظام العام في دولة القاضي، فهل يستبعد القانون الأجنبي برمته أم أنه يستبعد فقط الشق المتعلق بجواز ميراث الابن؟

يرى فريق من الفقه وجوب استبعاد القانون الأجنبي برمته إذا ما تعارض أي حكم من أحكامه مع النظام العام لدولة القاضي، معتبرا أن استبعاد جزء منه فقط، و تطبيق أجزائه الأخرى الغير متعارضة مع النظام العام يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي، و تطبيقه بشكل يخالف إرادة المشرع الذي وضعه، بل إن هذا التطبيق - حسبهم - ينطوي كذلك على مخالفة لقاعدة الإسناد في دولة القاضي، والتي تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي كاملا، لا بعضا من أحكامه دون البعض الآخر¹.

غير أن غالبية الفقه ترى أن النظام العام يمثل عنصرا مشوشا يجب الحد من مجاله، و ذلك عن طريق الاكتفاء بإزالة الحكم المطعون فيه لوحده دون بقية الأجزاء². فلو كان مثلا قانون جنسية المورث الأجنبي يعتبر اختلاف اللون مانعا من موانع الميراث، فمثل هذا الحكم لا يمكن تطبيقه في بلد مسلم لتعارضه مع النظام العام فيه، و تُطبق بدلا عنه الأحكام الموضوعية لقانون البلد المسلم المتعلقة بموانع الميراث، والتي تجيز التوارث بين مختلفي اللون، فتعتبره وارثا، ثم يُقدر نصيبه من الميراث بما هو مقدر له باعتبار درجته، حسب قانون جنسيته، لا بمقتضى قانون البلد المسلم³.

1- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في القانون...، مرجع سابق، ص 145. أنظر كذلك: بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص ص 176-177.

2- موحند إسعد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 250. أنظر كذلك: عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 214-215. أنظر كذلك:

Dominique Holleaux et autres, op.cit, p p 295-296, n° 600.

3- حسن الهداوي، تنازع القوانين و أحكامه في القانون الدولي...، مرجع سابق، ص 196.

وهذا الحل الأخير، هو أكثر اتفاقاً - في الواقع - مع مفهوم الدفع بالنظام العام، ومع الغرض من إعماله، و الذي لا يهدف إلى إصدار حكم على القانون الأجنبي في ذاته، وإنما منع النتيجة المنافية للنظام العام، والتي يؤدي إليها تطبيق بعض أحكام القانون الأجنبي. فإذا أمكن تلافي هذه النتيجة باستبعاد جزء من القانون الأجنبي فقط، فليس ثمة داع لعدم تطبيق أحكام القانون الأجنبي الأخرى التي لا تتعارض مع النظام العام، إذ أن هذا الحل يهدف إلى الاحتفاظ للقانون الأجنبي ولقاعدة الإسناد التي قررت تطبيقه بأكبر قسط من الفاعلية¹.

ونشير إلى أن محكمة النقض الفرنسية قد أخذت في بعض أحكامها بهذا الحل، فاستبعدت من القانون الأجنبي الجزء المخالف للنظام العام فقط وأبقت على الأجزاء الأخرى غير المخالفة له².

ومثال ذلك قرار محكمة النقض المؤرخ في: 17 نوفمبر 1964³، والذي قضى بأن أحكام الشريعة الإسلامية المختصة، والتي تقضي بعدم التوارث بين المسلم وغير المسلم، تصدم النظام العام الفرنسي، لكن مقتضياته تستوجب فقط استبعاد الأحكام الشرعية القاضية بعدم أهلية غير المسلم في أن يرث المسلم، دون أن يقتضي بإحلال القانون الفرنسي مكان

=وهذا ما دفع بعضاً من الفقه الفرنسي إلى تشبيهه عمل آلية الدفع بالنظام العام بحالة توقف محرك السيارة عن العمل، فهل يتم استبداله بالكامل أو يتم استبدال الجزء التالف فقط؟ فكما يتم استبدال الجزء التالف فقط من المحرك، يتم استبعاد الجزء المخالف فقط من القانون الأجنبي.

صالح رياض شلبي، موانع تطبيق القانون الأجنبي، مجلة كلية الحقوق بجامعة عين الشمس، عدد 2، جويلية 2017، مصر، ص 24.

1- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في...، مرجع سابق، ص 145.

2- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 177.

3 - Cass 1^{er} civ, 17 nov 1964 :Bull. Civ 1, n° 505.

الشريعة الإسلامية في مواضيع تعيين الورثة ومراتبهم وتحديد أنصبتهم الإرثية، والتي تبقى خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية¹.

وهو الحل الذي أخذ به المشرع التونسي في المجلة في الفصل 4/36 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية².

أما المشرع الجزائري، فلم يبين موقفه فيما إذا كان الاستبعاد كلياً أو جزئياً، لكن يرى البعض أن هذا الحكم (الاستبعاد الجزئي) ينطبق كذلك على نص هذه المادة، لأن الحكمة التي أرادها المشرع منها هي استبعاد النصوص التي تتعارض مع النظام العام أو الآداب، وليس استبعاد القانون الأجنبي في حد ذاته إلا إذا كان هذا القانون يتعارض في مجموعه مع النظام العام، أو كان الجزء المتبقى منه ليست له أهمية مقارنة بالجزء المستبعد³.

ومع ذلك، فقد يحدث أن يكون نص القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بمجموع النصوص الأخرى في هذا القانون، بحيث يتعذر آنذاك على القاضي أن يكتفي بالاستبعاد الجزئي لهذا النص وحده، وتطبيق النصوص الأخرى التي لا تتعارض مع النظام العام في دولته، وفي هذه الحالة يؤكد البعض أنه لا مناص من الاستبعاد الكلي لأحكام القانون الأجنبي، وتطبيق قانون دولة القاضي بدلاً منه⁴.

1- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 215. أنظر كذلك: موحند اسعد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 250-251.

2- نص الفصل 4/36 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية على أنه: "و لا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي".

3 - حمزة بوخروبة، موانع تطبيق القانون الأجنبي...، مرجع سابق، ص 65.

4- هشام علي صادق، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 202. أنظر كذلك عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 138-139.

ولتوضيح هذه الحالة ضرب بعض المؤلفين الفرنسيين مثالا مفاده أنه إذا كان القانون الأجنبي يستبعد في آن واحد الأولاد الطبيعيين (من أبوين غير متزوجين قانونا) وأولاد الزنا من تركة مورثهم، فإن القانون الفرنسي يحل محل القانون الأجنبي، ليس فقط فيما يتعلق بمبدأ التوريث، بل وأيضا، فيما يخص مقدار (تحديد الحصص) الحقوق¹.

ثانيا - الأثر الإيجابي للنظام العام الدولي:

رأى فريق من الفقه أنه بالإمكان -أحيانا- الاكتفاء بالأثر السلبي و فقط (أي دون أن يكون للنظام العام الدولي أثر إيجابي)، بمعنى استبعاد القانون الأجنبي دون حاجة لإعمال قانون آخر²، ومثال ذلك، أن يستبعد القاضي الجزائري المعروض عليه النزاع القانون الأجنبي الواجب التطبيق والقاضي بالسماح بالإرث بين المسلم وغير المسلم، لأن في ذلك تعارضا مع النظام العام الجزائري، فليس ثمة آنذاك حاجة لتطبيق قانون آخر، لأن الغاية المقصودة، وهي عدم السماح بالميراث، قد تحققت باستبعاد القانون الأجنبي.

انتقد هذا الرأي على أساس أن الاكتفاء بالأثر السلبي من شأنه أن يؤدي إلى عدم فض النزاع وفق القانون المختص، كما أن عدم تعيين قانون آخر يحل محله يعتبر إنكارا للعدالة، ولتحاشي هذه النتيجة يلزم فض النزاع وفق قانون يحل محل القانون المستبعد.

يلاحظ أن الاتجاه القائل بالاكتفاء بالأثر السلبي يرى الأمور بصفة سطحية، لأنه في الحقيقة، لو تمعنا جيدا في المثال السابق المتعلق بالميراث بين المسلم وغير المسلم، لوجدنا أن القاضي قد طبق قانونه بعد أن استبعد القانون الأجنبي، بمعنى أن قانون القاضي قد

=يشبه البعض الحالة التي يتم فيها استبعاد القانون الأجنبي استبعادا كليا عند ارتباط أجزائه ارتباطا لا يقبل التجزئة بدون تفريق بين جزء مخالف للنظام العام الوطني وآخر غير مخالف له، بحالة العقد الذي يتضمن بندا باطلا يكون بمثابة الدافع الحامل على التعاقد، ويؤدي إبطاله إلى إبطال العقد بجممله. أنظر: عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 216-217.

1 - Pierre Mayer, Vincent Heuzé, op.cit, p156, n° 213.

2- Dominique Holleaux et autres, op.cit, p 295, n° 598.

تدخل فعلا لحكم العلاقة، وإن كان تدخله قد تم بشكل ضمني، إذ أنه تدخل لمنع الميراث (لمنع نشوء العلاقة)¹.

استقر القضاء الفرنسي - مؤيدا من الفقه- على إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته للنظام العام، وهو ذات الحل الذي استقر عليه القضاء المصري، وأيده غالبية الفقه هناك².

يستند هذا الحل إلى مبررات تبدو منطقية، فهي تقوم على الصفة الاستثنائية للدفع بالنظام العام، والحرص على وظيفة قاعدة الإسناد، وعدم إهدارها بإحلال القانون الوطني بمجرد ظهور تعارض بين القانون الأجنبي الذي عينته والنظام العام لدولة القاضي³.

إلا أن القضاء الألماني قد ذهب إلى ضرورة البقاء في دائرة القانون الأجنبي، لأنه صاحب الاختصاص الأصيل الذي أشارت إليه قاعدة التنازع، فإذا كان هذا القانون معارضا للنظام العام لدولة القاضي، وجب على هذا الأخير البحث عن نص بديل في القانون الأجنبي نفسه، يكون متوافقا مع النظام العام، و فقط في حال عدم وجود هذا النص يمكن تطبيق قانون القاضي⁴.

- 1- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في القانون...، مرجع سابق، ص 147.
- 2- بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 197. أنظر كذلك: محمد خيرى كصير، حالات تطبيق قانون القاضي...، مرجع سابق، ص 142.
- 3- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 267. لأكثر التفاصيل حول مبررات القضاء الألماني في هذا الصدد، أنظر عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 218-219.
- 4- ويستند هذا الرأي على حكم للمحكمة العليا بألمانيا استبعدت فيه نص القانون السويسري الذي يمنع تقادم الدين محل النزاع لمخالفته للنظام العام في ألمانيا، و أخضعت الدين لأطول مدة للتقادم ينص عليها القانون السويسري نفسه. أنظر: حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 306.

لم يجد هذا الحل تأييدا في القانون المقارن، فالبحت عن نص بديل في القانون المستبعد يؤدي إلى إخضاع المسألة لحكم نص غير موضوع لها أصلا، فمن الأفضل الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي بدلا من تطبيق نصوص فيه لم توضع أصلا لمعالجة مثل هذه الحالات، ويكون من الأنسب تطبيق النصوص الخاصة بالحالة موضوع النزاع، والتي يتضمنها قانون القاضي¹.

لم يقف الأمر عند هذا الحد، بل نادى فريق آخر من الفقهاء بحل آخر يتلافى عيوب الرأي السابق، فإذا كان إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد قد يخل بتوقعات الأفراد، ويسبب ضررا للطرف الضعيف في العلاقات القانونية بإخضاعه لقانون لم يكن يتوقعه، فإنه من الواجب البحث عن أصلح القوانين بالنسبة للطرف الضعيف في العلاقة وإحلاله محل القانون المستبعد.

انتقد هذا الرأي على أساس أن تحديد الطرف الضعيف متوقف على ما تقضي به القاعدة القانونية التي ستحكم العلاقة، وليس بالإمكان تحديده طالما لم نهتد إلى القانون الواجب التطبيق².

بعد استعراض وجهات النظر المختلفة³، والتي قيلت بخصوص الأثر الإيجابي للنظام العام في دولة القاضي، نرى من جهتنا أن تطبيق قانون القاضي بعد استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولة القاضي هو أحسن الحلول، إذ من شأنه أن يمكن من تفادي الانتقادات الموجهة للأراء السابقة، كما أنه يعد الطريق الذي يسهل ويسرع في حل

1- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 219. أنظر كذلك: حسن الهداوي، تنازع القوانين و أحكامه في القانون ...، مرجع سابق، ص ص 195-196.

2- محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين و تنازع...، مرجع سابق، ص 85.

3 - لتفاصيل أكثر حول الاتجاهات التي ظهرت بخصوص الأثر الإيجابي للنظام العام أنظر: حمزة بوخروبة، موانع تطبيق ...، مرجع سابق، ص ص 67 - 73.

المنازعة، باعتبار أن القاضي هو الأكثر دراية بأحكام قانونه، مقارنة بأحكام قوانين الدول الأجنبية.

لم يقتصر المشرع الجزائري في المادة 24 من القانون المدني على بيان الأثر السلبي للنظام العام، بوصفه أداة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي يتعارض مفهومه مع النظام العام في الجزائر، بل قضى في الفقرة الثانية من نفس المادة بتطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة، وهو ما يفهم منه أخذه بالأثر الإيجابي أيضا.

الفرع الثاني

أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة لحق اكتسب في الخارج و أريد التمسك بآثاره في دولة القاضي (الأثر المخفف للنظام العام)¹:

يعتبر القضاء الفرنسي أول من تحدث عن الأثر المخفف للنظام العام، حيث ذهب - منذ أواخر القرن 18- إلى إقامة التفرقة بين وضعين، الأول: وهو الذي يتم فيه نشوء الحق المخالف للنظام العام في الخارج نشوء صحيحا وفقا لقانون دولة تفره، ثم يراد بعد ذلك الاعتراف بآثار هذا الحق، أو الاحتجاج به في دولة القاضي، أما الوضع الثاني، فهو الذي يراد فيه إنشاء نفس الحق في دولة القاضي ، فالأمر في الحالتين ليس على سواء، إذ قد يكون إنشاء الحق في دولة القاضي مخالفا للنظام العام، بينما لو نشأ هذا الحق ذاته في الخارج، وأريد الاحتجاج بآثاره كلها، أو بعضها، في بلد القاضي، لأمكن الاعتراف بها، والتمسك بآثارها، إذا لم تكن متعارضة مع مقتضيات النظام العام²، وهو ما يميل إليه الاتجاه الحديث¹.

1- عبر عنه الدكتور "حسن الهداوي" بعبارة: "تطيف مفعول النظام العام عند التمسك بحق اكتسب في الخارج". أنظر:

حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 192.

2- عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 140.

تجدر الإشارة إلى أن الفقه قد عبر عن أثر النظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة في الخارج بالأثر المخفف للنظام العام، لأن النظام العام لا يسمح بنشئها في دولة القاضي، لكن يمكن قبول الاحتجاج بها فيه فيما لو أن نشئها تم في الخارج².

وقد تمكن القضاء الفرنسي، بفضل الأثر المخفف، من الاعتراف ببعض المؤسسات المكرسة في الشريعة الإسلامية، كتعدد الزوجات، على الرغم من مخالفتها للنظام العام الدولي الفرنسي، فعلى الرغم من رفض النظام العام الفرنسي لأي زواج متعدد في فرنسا، إلا أن هذا لم يمنع القضاء الفرنسي من الاعتراف بآثار الزواج الثاني إذا تم صحيحاً في الخارج، فمثلاً يحق للزوجة الثانية أن تطالب بحقها في الميراث، فليس في هذا الأمر ما يؤدي المبادئ الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع الفرنسي³.

في المقابل، رفض الاجتهاد الفرنسي الاعتراف ببعض آثار الزواج المتعدد المبرم في الخارج في الأحوال التي تكون ثمة صلة بين المنازعة و القانون الفرنسي (جنسية أحد الفرقاء أو إقامته)⁴.

=و يتحقق ذلك عندما يكون التعارض بين القانون الأجنبي والنظام العام في بلد القاضي في مرحلة إنشاء الحق مبناه أن الإجراءات أو الظروف الواجب توفرها لإنشاء الحق هي التي تتعارض مع النظام العام، فإذا تمت هذه الإجراءات و توفرت هذه الظروف في الخارج ونشأ الحق هناك وأريد التمسك به في بلد القاضي، لما وجد مقتضى يحرك الدفع بالنظام العام.

أنظر عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 552.

1- حسن الهداوي، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 198.

2- بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 181.

صرحت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد بما يلي:

« La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger (...) ». Bernard Audit, op.cit, p282. Voir aussi : Dominique Holleaux et autres, op.cit, p 297, n° 604.

3- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 270.

Jean Derruppé, Jean-pierre Laborde, op.cit, p 103.

4- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 226. =

على أن الاعتراف - في بلد القاضي- بآثار الحق الذي اكتسب في الخارج ليس معناه استبعاد الدفع بالنظام العام كلية في هذا المجال، بل واقع الحال هو أن أثر هذا الدفع يكون مخففا في بعض الحالات التي لا يتعارض فيها نفاذ الحق مع مقتضيات النظام العام، وحتى إذا ما تحقق هذا التعارض تحرك الدفع، ومُنِع التمسك بآثار الحق، بمعنى أن جزاء مخالفة النظام العام في هذه الحالة لا يكون بطلان العلاقة، وإنما هو سريان آثارها في بلد القاضي¹.

ولا بد من الإشارة في الختام إلى عدم جواز اعتماد نظرية الأثر المخفف للنظام العام في البلدان التي تعتمد الشريعة الإسلامية كمصدر عام في مسائل الأحوال الشخصية، إذ أن تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية يبدو واجبا على القاضي بدون تمييز بين الحق الذي نشأ في الخارج أو في دولته².

الفرع الثالث

الأثر الانعكاسي للنظام العام الدولي:

إذا سمح القاضي المعروض عليه النزاع بنشوء حق وفقا لقانون دولته، وذلك بعد استبعاده تطبيق القانون الأجنبي الذي يمنع نشوء هذا الحق لمخالفته مقتضيات النظام العام

=« La cour de cassation a-t-elle clairement laissé entendre que tous les effets d'un mariage polygamique célébré a l'étranger ne sont pas forcément admissible en France (Civ. 1, 17 févr. 1982 , Baaziz ; v. n° 1155). Cité par : Dominique holleaux et autres, op.cit, p 298, n° 606.

1- وتطبيقا لذلك قضت المحاكم الفرنسية بأنه لا يجوز الاحتجاج في فرنسا بحق الملكية في منقول ولو اكتسب في الخارج وفقا لقانون الموقع الذي يجيز نزع الملكية دون تعويض عنه.أنظر: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 552-553. أنظر كذلك: سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 756.

2- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 229. أنظر كذلك محمد خيرى كصير، حالات تطبيق قانون القاضي...، مرجع سابق، ص 145.

في دولته (دولة القاضي)، يثار التساؤل عما إذا كان من الجائز الاعتراف بآثار هذا الحق خارج حدود الدولة التي اكتسب فيها¹.

مثلا تزوج بولونيان في بلجيكا وفقا للقانون البلجيكي الذي حل محل قانونهما المختص، والذي استبعد لمخالفته للنظام العام، لأنه لا يسمح بالزواج بين مختلفي الديانة، فهل يجوز التمسك بهذا الزواج مثلا في فرنسا للفصل في قضية ميراث تخصهما؟

اختلفت الآراء في هذا الصدد: فبينما يرى الأستاذ بارتان (Bartın) بأنه من غير الجائز الاعتراف بذلك الحق في تلك الدولة، لأنه إنما نشأ - حسب رأيه - صحيحا بمقتضى النظام العام في الدولة التي اكتسب فيها، وللنظام العام طابع إقليمي، فلا يمكن أن تتعدى آثار الحق إقليم الدولة التي اكتسب فيها.

ويعترض الأستاذ نيبوييه (Niboyet) على وجهة الرأي هذه، باعتبار أن الحق قد يكون من الممكن الاحتجاج به في تلك الدولة الثالثة، إذا كانت فكرة النظام العام فيها مطابقة لما هي عليه في الدولة التي اكتسب فيها هذا الحق، فلا معنى حينئذ لئلا يعترف للحق بآثاره إذا كان قد أنشئ في الخارج، فمناط الاعتراف بالحق إذن في الدولة الثالثة هو اتحاد فكرة النظام العام في هذه الدولة و في الدولة التي اكتسب فيها الحق، وإذا اتحدت فكرة النظام العام في الدولتين بشأن الحق المدعى به نفذ الحق في الدولة الثالثة بمقتضى ما سماه الأستاذ بالآثر الانعكاسي للنظام العام².

1- نعوم سيوفي، الحقوق الدولية الخاصة...، مرجع سابق، ص 880.

2- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 521.

ويرى الفقه الحديث، في تبريره لهذا الرأي، أن اتفاق مفهوم النظام العام في كل من دولة القاضي والدولة الأجنبية يترتب عليه وصول القاضي الوطني إلى نفس النتيجة لو كان النزاع قد طرح عليه ابتداء¹.

ومن ثمة فإنه من غير المستساغ رفض الحل الذي توصلت إليه الدولة الأجنبية لمجرد أن هذا الحل قد تم التوصل إليه أخذاً بمقتضيات النظام العام فيها إذا كانت هذه المقتضيات تتفق مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي².

المطلب الثالث

النظام العام في الشريعة الإسلامية

إذا كان الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص بصفة عامة، وتنازع القوانين بصفة خاصة له دور كبير في حماية المقومات والمبادئ الأساسية للدول، عندما يشكل تطبيق القانون الأجنبي انتهاكا لها، فإن الدفع بالنظام العام في الشريعة الإسلامية هو الآخر من شأنه الحفاظ على المبادئ الجوهرية للشريعة الإسلامية، لهذا فإن دراسة النظام العام في القانون الدولي الخاص وأثره في قضايا الميراث في الزواج المختلط وإن كانت تكتسي أهمية كبيرة، إلا أنها ستظل قاصرة ما لم تتم في إطار الشريعة الإسلامية -التي تعد المصدر الوحيد لأحكام الميراث في جل الدول الإسلامية- (الفرع الأول)، خاصة في ظل الآثار الهامة التي ترتبها في قضايا الميراث (الفرع الثاني).

1- بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 185.

2- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في...، مرجع سابق، ص 152-153.

الفرع الأول

مضمون فكرة النظام العام في الدول الإسلامية

تكتسي فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية أهمية كبيرة، خاصة في موضوع الميراث، فرغم أنها تتفق في جوهرها مع فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص، إلا أنها تختلف عنه من حيث مفهومها (أولاً)، خصائصها (ثانياً)، معيار الدفع بها (ثالثاً)، وكذا آثارها (رابعاً).

أولاً - مفهوم فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية

انفردت الشريعة الإسلامية عن جميع الشرائع الوضعية بوضع نظام شامل ومتكامل، فنظمت المعاملات الدنيوية والأخروية على حد سواء، كما نظمت العلاقة بين العبد وربّه، عن طريق العبادات¹.

ويميز الفقهاء المسلمون بين نوعين من هذه القواعد:

1 - القواعد الأساسية أو الجوهرية للشريعة الإسلامية: لها وصف الثبات والديمومة، لا تقبل التغيير، لا يلحقها التبديل، ولا تختلف باختلاف الزمان والمكان، فهي بمثابة التشريع العام لكل الناس غايتها تحصيل المصالح ودفع المفساد.

هذه القواعد هي التي جاء بها نص صريح قطعي الثبوت وقطعي الدلالة، يكون مصدرها نص القرآن أو سنة متواترة أو إجماع الأمة، هي التي يمكن أن تتعت بأنها من النظام العام في الشريعة الإسلامية.

1- عمر بلمامي، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، بحث لنيل دبلوم الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1986، ص 55.

2 - الأحكام الاختيارية: وهي على النقيض من الأولى، تتسم بكونها مرنة، فهي من النوع "المتحرك" الذي يلبي متغيرات الزمان و المكان، بل والأشخاص، بحسب أنها لا تتعلق بأحكام أساسية جوهرية في الشريعة الغراء، كما يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، ومثل هذه القواعد ليست من النظام العام¹.

لقد ثار التساؤل عما إذا كانت الشريعة الإسلامية قد عرفت ضمن نظامها القانوني ما يطلق عليه الآن بالدفع بالنظام العام؟

وبما أنه لا معنى للكلام عن وجود مخالفة للنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية إلا إذا أمكن تطبيق قانون أجنبي على إقليم الدولة، أي إذا تضمن القانون الوطني قواعد إسناد لحل مشكلة تنازع القوانين، فهذا ما يدفعنا إلى التساؤل عما إذا كانت الشريعة الإسلامية قد عرفت نظام تنازع القوانين².

ثار جدل واسع بين الفقهاء المعاصرين حول مدى معرفة الفقه الإسلامي لفكرة تنازع القوانين، ويمكن رد هذا الاختلاف إلى اتجاهين، أحدهما ينكر ذلك، والآخر يؤيد فكرة معرفة الفقه الإسلامي "لتنازع القوانين"، وكان بطبيعة الحال لكل اتجاه دوافع يستند إليها لتبرير موقفه³.

ويرى الاتجاه الراجح في هذا الصدد بأن الفقه الإسلامي قد عرف بالفعل تنازع القوانين، وكذلك أسس مادة القانون الدولي الخاص، وإن كان الفقهاء المسلمون القدامى لم

1- محمد عبد العال عكاشة، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 563،

أنظر كذلك: بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام...، مرجع سابق، ص 57.

2- صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2004، ص 13.

3- لتفاصيل أكثر حول هذه الاتجاهات المؤيدة والمنكرة، أنظر: رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، د.ب.ن، 2004، ص ص 312-315.

يطلقوا على العلاقات التي تثير تنازعاً في القوانين مسمياتها المعروفة بها في التشريعات الحديثة¹.

فإذا كان تنازع القوانين في تلك التشريعات يعني به "تزام قانونين أو أكثر بشأن علاقة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي"، ويراد فض هذا التزام عن طريق تحديد أنسب هذه القوانين المتزاممة وأكثرها ملاءمة لحكم هذا النزاع، فإن هذه العلاقات قد عرفها الفقه الإسلامي ونظم أحكامها بقواعد شرعية لا تختلف كثيراً عن مثيلاتها في التشريعات الوضعية المعاصرة، فقد وجدت العلاقات المشتملة على المسلم أو الذمي (مواطني الدولة الإسلامية) وعلى المستأمن (الأجنبي)، وتزام بصدها القانون الإسلامي وقانون الدولة التابع لها ذلك الأجنبي².

فإذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقضي بأن يخضع غير المسلمين المقيمين في دار الإسلام، من ذميين و مستأمنين، لأحكام الإسلام في المعاملات، تطبيقاً لمبدأ إقليمية القوانين (أي سريانها على كل من يقيم في الإقليم)، إلا أن هذا المبدأ لا يطبق على إطلاقه في الشريعة الإسلامية، إذ تخرج من تطبيقه، طبقاً للرأي الراجح، المعاملات الخاصة بالذميين، والتي لا يتعدى ضررها أو شرها إلى المسلمين، كالأنكحة وشرب الخمر، إذ يعامل فيها أهل الذمة - والأجانب - بأحكام دينهم، هذا فضلاً عن أن مبدأ إقليمية القوانين، أي

1- "تنازع القوانين... له ما يقابله في الفقه الإسلامي، وإنما تختلف الصياغة التشريعية... فبينما هي إسنادية أصلاً في القوانين الحديثة، فإنها موضوعية (دائماً) في الفقه الإسلامي، و لم يثر إتباع الصياغة (الموضوعية) صعوبات، نظراً لقلّة المعاملات ذات العنصر الأجنبي في ذلك". أنظر: عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، د.س.ن، ص 231. أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص، ج 1، د.د.ن، د.ب.ن، 1956، فقرة 60، ص 55.

2- رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين....، مرجع سابق، ص 316.

تطبيق الشريعة الإسلامية، لا يمتد إلى العقائد و العبادات، إذ ترك لغير المسلمين أن يتبعوا عقائدهم فيها، شريطة أن لا تتعارض مع النظام العام في الدولة الإسلامية¹.

فإذا كان من الطبيعي إعمال الدفع بالنظام العام عندما يتعارض القانون الأجنبي مع الأحكام الجوهرية الثابتة في العقيدة الإسلامية بدليل قاطع في القرآن الكريم أو السنة النبوية المتواترة، إلا أنه يجب التمييز بين نوعين من هذه الأحكام، حسب الأشخاص الذين تخاطبهم:

- فهناك القواعد التي تطبق على المسلمين فحسب، كإباحة تعدد الزوجات، فهي تطبق على المسلم ولو كان أجنبيا، ولا تطبق على الأجنبي غير المسلم، فعلى سبيل المثال، يستبعد القانون الشخصي للفرنسي المسلم الذي يمنع تعدد الزوجات لمخالفته النظام العام الإسلامي الجزائري، على الرغم من أن قاعدة التنازع الجزائرية قد أشارت إلى تطبيقه، بينما لا يعد هذا القانون مخالفا للنظام العام إذا تعلق الأمر بفرنسي غير مسلم، كما ويستبعد القانون الفرنسي لمخالفته النظام العام، لأنه يمنع الطلاق بإرادته المنفردة بالنسبة لفرنسي مسلم.

- وهناك أحكام إسلامية تطبق على الجميع في دار الإسلام، مسلمين وغير مسلمين، من هذه الأحكام منع التوارث بين المسلم وغير المسلم².

إن فقد عرف الفقه الإسلامي الدفع بالنظام العام كأداة فنية لاستبعاد القانون أو الشرائع غير الإسلامية، و ذلك إذا ما ترتب عليها المساس بالأسس الاجتماعية و الروحية

1- صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام...، مرجع سابق، ص ص 12-13. أنظر كذلك: عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص ص 231-232.

2- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 258. أنظر كذلك: عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص ص 569-570.

والاقتصادية لدولة القاضي المسلم. و الشرائع المذكورة يقتصر العمل بها في خصوص الأحكام التي تحتل التبديل أو التغيير¹.

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الدين، و إن كان له أثر في الدفع بالنظام العام، فإن تغييره يكون له أثر أيضا في ذلك، فإذا غير الشخص - وطنياً كان أو أجنبياً - ديانتها، فإن أثر ذلك يجب أن لا يمس الحقوق المكتسبة قبل التغيير، إلا إذا أصبحت الحالة الجديدة مخالفة للنظام العام المقرر وفق أحكام الشرع الإسلامي. فمثلا تتحل عقدة الزواج إذا أسلمت امرأة مسيحية وطنية أو أجنبية متزوجة بمسيحي - وطنياً كان أو أجنبياً - ولم يتحول زوجها عن دينه، وذلك لأنه لا يحل في بلاد الإسلام أن يتزوج مسيحي من مسلمة².

ثانيا - خصائص فكرة الدفع بالنظام العام في الشريعة الإسلامية:

يتصف النظام العام في الشريعة الإسلامية بالخصائص التالية:

1 - تتكون فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية وفق ما يسود المجتمع الإسلامي من أفكار و مبادئ ومثل عليا أساسها الشرع الإسلامي³.

2 - الأساس الذي يبنى عليه اعتبار الحكم من النظام العام الإسلامي هو " الدليل الذي دل على الحكم، فكل حكم دل عليه نص صريح قطعي الثبوت والدلالة فهو من النظام

1- وهي كل حكم كان أصليا قبل ورود الخطاب على وجه لو لم يرد الخطاب لبقى مشروعا في حق المسلم، مثال ذلك الحكم الخاص بالخمير، حيث كانت مباحة قبل تحريمها، و أضحي بيعها غير جائز بين المسلمين، مع أنه كان جائزا قبل الخطاب بالتحريم، أما الحكم الذي لا يحتل التبديل و التغيير فمثاله تحريم الزنا، وزواج المحارم، فهو ثابت في حق الجميع بلا استثناء، أنظر: رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي...، مرجع سابق، ص ص 316-320.

2- صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة...، مرجع سابق، ص 21، أنظر كذلك: عمر بلمامي، الدفع بالنظام العام في...، مرجع سابق، ص 60.

3- صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2006، ص 223.

العام ولا تجوز مخالفته، ولا يباح للأفراد و الجماعات أن يتفقوا على خلافه بأي صورة من الصور، مثله الحكم الثابت بسنة متواترة قطعية.

مفاد ذلك أن الحكم الشرعي يعد من النظام العام بحسب دليله الذي دل عليه، لا بحسب موضوعه، وينساب من ذلك أنه لما كان أساس النظام العام الوضعي هو مضمون الحكم، بينما أساس النظام العام الديني هو مصدر الحكم و دليله القطعي، فإن الأول تكون له صفة النسبية، حيث يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة، بينما الثاني تكون له صفة الإطلاق، لأنه يتسم بالثبات و الدوام.

3 - يتم تحديد القواعد المتعلقة بالنظام العام الديني - بما لها من ثبات وديمومة- بطريقة مسبقة، فهذه القواعد بدليها القطعي محددة قبلا، ثابتة و دائمة، إذ الفرض في المكاف أنه عالم بها، ملزم بتطبيقها كما دل عليها دليلها.

إذن فقواعد النظام العام في الشريعة الإسلامية كما يقول الأستاذ أحمد سلامة، هي تلك التي يعلم من تشريعها أن الشأن فيها هو الدوام و الاستمرار، فتكون بالتالي من الفقه الثابت الذي ليس من شأنه الاختلاف والتبدل على حسب الأحوال و المقتضيات¹.

ثالثا - معيار الدفع بالنظام العام في الشريعة الإسلامية:

أجازت الشريعة الإسلامية تطبيق شرائع غير المسلمين والأجانب فيما أقروا عليه في البلاد الإسلامية، شرط عدم إهمال الأحكام الإسلامية التي لا تقبل التغيير، ولا يباح الخروج عنها مطلقا، وهذا أمر طبيعي²، فبينما - من جهة- لا يمكن اعتبار كل قواعد الشريعة

1- أحمد سلامة، الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين، د.د.ن، د.ب.ن، 1965، ص 131. نقلا عن عمر بلمامي، الدفع بالنظام العام...، مرجع سابق، ص 59.

2- صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية...، مرجع سابق، ص 240.

الإسلامية من النظام العام الإسلامي، بحيث يستبعد كل حكم أجنبي يخالفها¹، فإنه لا يمكن - من جهة أخرى- إطلاق الأخذ بأحكام الشرائع الدينية أو الوضعية الأخرى، لكون ذلك يؤدي إلى تفويض دعائم المجتمع الإسلامي في بلاده، والاستهتار بتعاليمه الثابتة في حق جميع المقيمين في دار الإسلام²، وبذلك فإن تطبيق الشرائع الأجنبية في دار الإسلام معياره أن لا يكون في تطبيقها إضرار بالمسلمين أو إهدار للقواعد الأساسية التي لا تقبل التبديل في الشرع الإسلامي³.

رابعا - آثار تطبيق الدفع بالنظام العام في الشريعة الإسلامية:

تختلف الآثار التي يترتبها الدفع بالنظام العام في القوانين الوضعية عن تلك التي يترتبها تطبيق الدفع بالنظام العام في الشريعة الإسلامية، فلا مجال للأخذ بفكرة الاستبعاد الجزئي التي رأيناها سابقا، إذ أنه ينبغي استبعاد تطبيق أي قانون أو تشريع أجنبي يخالف حكما من أحكام الشريعة الإسلامية الذي لا يقبل التغيير، استبعادا كليا، سواء تعلق الأمر في القاعدة الواجب استبعادها بالجانب الموضوعي أم بالجانب الشكلي، وسواء عُرض النزاع بشأن مرحلة نشوء الحق أو مرحلة نفاذه⁴.

1- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 569.

2- فمفهوم النظام العام في الشريعة الإسلامية ينصرف فقط إلى المسلمين، ولا يعد كذلك بالنسبة إلى غير المسلمين، وهذا يعني كما يقول توفيق حسن فرج، أنه حتى بالنسبة إلى القواعد التي تعتبر من النظام العام في الشريعة الإسلامية، فإنها لا تعتبر كذلك بالنسبة إلى غير المسلمين، متى كانت شرائعهم تقرها، لأن الإسلام يأمر بتركهم و ما يدينون به مصداقا لقوله تعالى: "لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ..."، سورة البقرة / من الآية 256. نقلا عن عمر بلامي، الدفع بالنظام العام...، ص 59.

3- صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات...، مرجع سابق، ص 240-241.

4- المرجع نفسه، ص 244.

الفرع الثاني

أثر الشريعة الإسلامية في الدفع بالنظام العام في قضايا الميراث

تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر القانون في التشريع الجزائري وجل الدول الإسلامية، كما أن أغلب أحكام الميراث مستمدة من الشريعة الإسلامية وتعد من النظام العام، بحيث يستبعد كل قانون يخالفها، وهذا على نقيض الدول الغربية التي ليس للدين فيها أهمية كتلك التي تحظى بها الشريعة الإسلامية في الدول التي تدين بها، أضف إلى ذلك أن ما يعتبر من النظام العام في قضايا الميراث مختلف في الدول الإسلامية عما هو عليه الحال في الدول الغربية، وهو ما كان له الأثر البالغ في حالتي طرح النزاع المتعلق بالميراث أمام قضاء دولة إسلامية (أولا) أو قضاء دولة غير إسلامية (ثانيا).

أولا - حالة طرح النزاع المتعلق بالميراث أمام قضاء دولة إسلامية

قد يتوفى زوج مسلم تاركا زوجة مسيحية فرنسية مثلا، فتطرح المسألة المتعلقة بميراثه على قاضي دولة مسلمة، فأول ما يتبادر إلى الذهن آنذاك هو الكيفية التي يتعامل فيها القاضي مع قضية كهذه، خاصة وأن أحكام الميراث الإسلامية ترتبط إلى حد ما مع النظام العام، مما جعلها تحتل مكانة خاصة بين قواعد الإسناد المتعلقة بالإرث.

1- مدى ارتباط أحكام الميراث الإسلامية بالنظام العام:

إن مجرد الاختلاف بين أحكام القانون الأجنبي و أحكام قانون دولة إسلامية كالجزائر لا يترتب عليه بالضرورة، وفي جميع الفروض، استبعاد القانون الأجنبي بوصفه مخالفا للنظام العام، غير أن إخضاع المشرع الجزائري الميراث لقانون جنسية المورث وقت وفاته، مع إمكانية استبعاد القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للشريعة الإسلامية أو للنظام العام في الدولة، كان القصد منه -كما رأينا- هو وصول الاختلاف بينهما (القانون الجزائري والقانون

الأجنبي) إلى الدرجة التي يمس فيها هذا القانون الأخير الأسس التي يقوم عليها المجتمع الجزائري، ومن هذا المنظور، فإنه يتعين على الباحث النظر في كل حالة يختلف فيها القانون الأجنبي عن القانون الوطني، للوقوف على مدى مساسها بالأسس التي تقوم عليها أحكام الميراث في القانون الجزائري¹.

أ- أحكام الميراث الإسلامية المتفق على ارتباطها بالنظام العام (الثابتة التي لا تتغير بتغير الزمان)

إذا تضمن القانون الأجنبي أحكاما تعسفية، كمنع الإرث بسبب اختلاف اللون أو الجنسية وحرمان الإناث من الإرث، فإن هذه الأحكام تعد مخالفة للنظام العام في الجزائر خاصة، والدول الإسلامية عامة².

إضافة إلى ذلك، يعد مخالفا للنظام العام في الدول العربية التي تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية القانون الأجنبي الذي يورث ابن الزنا من أبيه المسلم، فابن الزنا هو ابن غير شرعي يحرم من الميراث من جهة الأب لأنه لا ينتسب إليه³.

كما يعد القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام إذا أجاز الميراث للوارث الذي قتل المورث عمدا، أو إذا ورث الابن الطبيعي من أبيه المسلم أو من أقارب الأب، أو كان يجيز التوارث بين المسلم وغير المسلم، أو كان يجيز تمييز الابن أو إيثاره بالتركة كلها⁴.

وقد صدرت عدة أحكام قضائية في هذا الصدد تبين الارتباط الوثيق بين أحكام الشريعة القطعية، والتي لا تقبل التغيير (الثابتة)، و النظام العام، من بينها:

- 1- عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص ...، مرجع سابق، ص 255.
- 2- صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية...، مرجع سابق، ص 384.
- 3- فاطمة الزهراء زاير، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011 ص 128.
- 4- صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية...، مرجع سابق، ص 384 إلى ص 386، أنظر كذلك: عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص ص 255-256.

- جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى أنه: "من المقرر قانوناً أن يرجع القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص من قانون الأسرة، ومن الثابت شرعاً أن: "لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر ولا يتوارث أهل ملتين شيئاً". ولما يتبين - من قضية الحال - أن الطاعن لم يعتنق الإسلام ما دام لم يتلفظ بالشهادتين أمام الجهة المؤهلة لذلك إلا بعد وفاة أمه المسلمة، فإنه لا توارث بينهما، مثلما ذهب إليه قضاة الموضوع في قرارهم، فيتعين بذلك رفض الطعن"¹.

- كذلك أصدرت المحكمة الشرعية العليا في مصر، (وقبل إلغاء المحاكم الدينية على أنواعها بالقانون رقم 362 لسنة 1955)، قراراً امتنعت فيه عن تطبيق القانون التركي الذي نص على توريث ذوي الأرحام مع العصابات، لمخالفة ذلك القانون للنظام العام، دونما تحديد لطبيعة هذا النظام العام، وهو داخلي، دولي، أو نظام عام إسلامي². ولا يحول دون استبعاد

1- أنظر المحكمة العليا، ملف رقم 123051، قرار بتاريخ 1995/07/25، قضية (لا.ص) ضد (لام و من معه)، المجلة القضائية، 1996، العدد الأول، ص ص 113-116. يتعلق الأمر هنا بالجزائري الجنسية غير المسلم، ويحامل الجنسية الأجنبية غير المسلم. إن مسألة الموانع الخاصة بالإرث لا ترتبط أساساً بالجنسية وإنما بالدين. نقلاً عن: عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 171.

2- جاء في القرار: "مصر، ودينها الإسلام بنص الدستور، وغالب الأمة من المسلمين، لا يمكن أن يتفق مع النظام العام فيها، انتهاك حرمة الدين والخروج على قواعده ومخالفة أحكامه الثابتة بدليل قطعي وانعقد الإجماع عليها، ولم يخالف فيها أحد من أئمة المسلمين، فليس من اليسير أن يطلب من محكمة شرعية في مصر الخروج عن قواعد الدين، والحكم بما يخالف الإجماع، و لا شك أن ذلك مما يمس شعور المسلم، و يكون له أثره البالغ في نفسه. بل ليس مما يرضى به التركي المسلم في تركيا التي رفعت لواء الإسلام زماناً طويلاً. ومما يؤيد ما ذهبنا، إليه ما اتبعته المحاكم الفرنسية، وهي مصدر كثير من التشريع، فقد امتنعت عن توريث السيد لمعتقده، وإن كان القانون الشخصي يجيز ذلك، لأنه مخالف للنظام العام في فرنسا، ولم تسمح بتطبيق القانون الشخصي في تفضيل الذكر على الأنثى، أو في اختصاص الإبن الأكبر بالتركة، أو في حرمان الوارث بسبب التحاقه بأحد الأديرة، أو توريث ولد الزنا، مراعية في ذلك كله النظام العام في فرنسا".

القانون الأجنبي وجود معاهدة دولية بين مصر و تركيا (وهي الدولة التي ينتمي إليها المتقاضون)¹.

- من جهتها اعتبرت المحكمة المغربية العليا في قرارها الصادر بتاريخ 05 تموز 1974 بأن الشريعة الإسلامية هي التي تطبق، حتى في الحالة التي يغير فيها أحد المتنازعين دينه إلى الإسلام، وبالتالي، فإن النتائج التي تترتب على ذلك هي عدم توريث غير المسلم من المورث المسلم ولو كان من أقربائه².

والتعارض بين أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام القانون الأجنبي الذي ترشد إلى تطبيقه قواعد التنازع، لا يكون وحسب عند التعارض الموضوعي بين هذه الأحكام، وإنما أيضاً، عندما يتعلق الأمر بالإجراءات والأوضاع التي يقتضيها الدخول إلى الإسلام، مما يفرض اعتبار الشخص الذي أوفى هذه الأوضاع على أنه مسلم، وبالتالي ترتيب كامل النتائج الملازمة لإشهار إسلامه، من ذلك، عدم جواز إرثه ممن ليس بمسلم عملاً بقاعدة عدم جواز الإرث لاختلاف الدين³.

ولما لم يكن الدفع بالنظام العام إلا دفعاً استثنائياً، لا يثار إلا عند المساس الصارخ بالمبادئ الجوهرية التي يقوم عليها النظام القانوني في بلد القاضي، فإنه إذا كان القانون الأجنبي يساوي بين الذكر والأنثى في الميراث، كما هو الشأن في القوانين الغربية، وكان أطراف النزاع أجنبياً غير مسلمين، فإنه لا مجال للدفع بالنظام العام في مواجهة القانون الأجنبي، فالنظام القانوني في الدول التي لا تدين بالإسلام لا يمكن أن يتأثر إذا حصلت

1- المحكمة الشرعية العليا تاريخ 1946/12/23. نقلا عن سامي بديع منصور، الدين و تنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، العدد 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص ص 50-51.

2- سامي بديع منصور، الدين و تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 62.

3 - المرجع نفسه، ص 57.

الأنثى على نفس نصيب الذكر بل ومن غير المعقول تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على أطراف لا يمتون لها بأي صلة، كما أن إعمال النظام العام كلما اختلف القانون الأجنبي مع أحكام القوانين الداخلية سيؤدي إلى هدر قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث، لأن أحكام الشريعة الإسلامية هي التي ستطبق في كل الأحوال¹.

ب - أحكام الميراث الإسلامية المختلف بشأن ارتباطها بالنظام العام (بيان الورثة وأنصبتهم)

لقد نثار تساؤل عن الحالة التي يفرض فيها قانون جنسية المورث أحكاما مغايرة لتلك المقررة في الشريعة الإسلامية، من حيث بيان الورثة و أنصبتهم، فهل يعد ذلك مخالفا للنظام العام في دولة إسلامية كالجزائر أم لا؟

ميز الفقهاء في هذا الصدد بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان أطراف التركة (المورث و الورثة) أجنب، من غير المسلمين

يرى البعض أنه لا يعد القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام بحسبان ارتباط نظم التركات و الموارث بين الأجنب غير المسلمين بالتنظيم الاجتماعي و الاقتصادي للدولة التي ينتمون إليها، و هو تنظيم يختلف بالضرورة من دولة إلى أخرى².

ويرى الدكتور عكاشة محمد عبد العال، أن المسألة المتعلقة بحماية حقوق المسلم غير مطروحة في هذا الفرض، و من هنا يجب عدم الإسراف في فهم فكرة النظام العام الوطني بالنسبة لأنصبة الميراث و بيان مراتب الورثة، فالاعتبارات التي بنى عليها الشارع الحكيم في الإسلام فكرة اختلاف الأنصبة بين الوارثين مثلا من حيث تفضيل الابن على البنت على

1- فاطمة الزهراء زاير، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة...، مرجع سابق، ص 127.

2- صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة...، مرجع سابق، ص 386.

غرار إقرار قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين عادة ما تكون منتفية في التشريع الأجنبي¹، الذي يحدد نصيب الوارث وفقا لسياسة اقتصادية واجتماعية معينة، وتتفني مصلحة الجماعة في الإمارات (ومثلها الجزائر) في أن تفرض النموذج المعمول به عندها من حيث تحديد الأنصبة كنموذج للعدالة، والقول بغير ذلك يعني هدم قاعدة الإسناد الواردة في المادة 17 من قانون المعاملات المدنية، ولو كان المشرع يريد غير ذلك لقضى بإخضاع الميراث للقانون الإماراتي، كما فعل في مواطن متعددة، كما هو الحال في الوصية التي ترد على العقارات الكائنة في دولة الإمارات²، ونحن نؤيد رأي الدكتور عكاشة، باعتبار أنه لا يعقل أن نطبق أنصبة الميراث الواردة في القرآن الكريم على أشخاص لا يدينون بالإسلام.

- محكمة دبي الابتدائية الشرعية: وفي حكم لها رقم 79، لسنة 1994، تاريخ تشرين الثاني، لسنة 1994، وفي قضية موضوعها إرث أجنبي غير مسلم، وكان ممن يتنازعون التركة أجنب غير مسلمين أيضا، طبقت أحكام الشريعة الإسلامية المقررة بشأن الموارث، ومن غير أن تأتي المحكمة على ذكر القانون الواجب التطبيق في هذا الشأن وهو قانون جنسية المورث، عملا بأحكام الاتجاه: من ذلك حكمها الصادر في 13 تشرين الثاني سنة 1994 في مادة إرثية بين هنود و مسيحيين، وحكمها الصادر في 17 تشرين الثاني سنة 1993، بين هندوسيين. وقد بررت المحكمة قضاءها بأن القانون الواجب التطبيق (و هو في القضايا المشار إليها قانون المورث عملا بأحكام المادة 1/17 من قانون المعاملات

1- إذا كان الإسلام قد جعل المرأة ترث نصف ما يرثه الرجل، فليس في ذلك تفضيلا لجنس على حساب جنس آخر، إنما الأمر يتعلق بالتوازن بين أعباء الذكر وأعباء الأنثى في النظام الاجتماعي، فالرجل يتزوج امرأة ويكلف بإعالتها وإعالة أبنائها منه في كل حالة سواء كانت معه أو مطلقة منه... وحتى ولو كانت غنية وكان فقيرا. أما هي، فإما أن تقوم بنفسها فقط، أو يقوم بها رجل قبل الزواج وبعده سواء، ولا تكلف نفقة للزوج ولا للأبناء في أي حال، بل قد يلزم الرجل شرعا بالإنفاق على آخرين من ذوي قرابته، فالرجل مكلف على الأقل بضعف أعباء المرأة في التكوين العائلي، ومن ثم يبدو العدل، كما يبدو التناقص بين الغنم والغرم في هذا التوزيع الحكيم. أنظر: عبد الوهاب حواس، فتح المغيث في... مرجع سابق، ص 19.

2- عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص ص 257-258.

المدنية) تخالف أحكامه أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالنسب والحصص وأصحاب الحقوق¹.

الفرض الثاني: إذا كان أطراف التركة (المورث و الورثة) مسلمين: و هنا تباينت الآراء إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: مخالفة القانون الأجنبي للشريعة الإسلامية من حيث بيان الورثة وأنصبتهم لا يعد مخالفاً للنظام العام

يرى فريق من الفقه المصري أن مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي مع أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الموارث في شأن بيان الورثة ومراتبهم ودرجاتهم وأنصبتهم

1- "فإذا أعطى القانون زوجة المتوفى سهما واحدا، دون أن يميز فيما إذا كان للمتوفى فرعاً وارثاً أو توفي بدون فرع، فإنه في حالة وجود الفرع الوارث جعلها ترث الربع، أضف إلى ذلك أن القانون قد ساوى في الحصص بين الذكور والإناث من الأولاد وهذا يخالف التوزيع في الشريعة الإسلامية التي جعلت للذكر مثل حظ الأنثيين. وأنه بمقتضى المادة 27 من قانون المعاملات المدنية لا يعمل بالنصوص السابقة إذا خالفت أحكامها أحكام الشريعة الإسلامية، وعليه، ولوجود المخالفة، فإنه، وعملاً بالمادة 28 من قانون المعاملات المدنية، تطبق أحكام الشريعة الإسلامية". سامي بديع منصور، الدين و تنازع القوانين في مادة الإرث...، مرجع سابق، ص ص 65-66.

- محكمة تمييز دبي أصدرت بتاريخ 23 أيار سنة 1998 قراراً نقضت وصححت قرار محكمة استئناف دبي تاريخ 23 أبريل 1994 الذي صدق حكم محكمة بداية دبي تاريخ 28 أوت الذي انتهى إلى تطبيق أحكام الشريعة عملاً بالاتجاه المشار إليه، حيث جاء في حيثيات القرار التمييزي ما يأتي: "إن نص المادة 27 من قانون المعاملات المدنية يدل على أن المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة ألزم القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إلى تطبيقه قواعد الإسناد الوطنية، أيا كان مصدر هذا القانون، إذا كان لا يخالف النظام العام أو الآداب... ولا يجوز للقاضي الوطني استبعاد أحكامه (القانون الأجنبي) إلا أن تكون مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية أو مخالفة للنظام العام أو الآداب في دولة القاضي، وكانت أحكام الموارث الأساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية تعتبر في حق المسلمين- وطنيين أو أجانب - في دولة الإمارات العربية، بحيث لا يجوز للقاضي الوطني تغليب قانون أجنبي عليها، متى كان مخالفاً لأحكامها، ويتعين عليه أن يتخلى عن تطبيقه، ويطبق قانونه على الخصومات التي ترفع إليه - ولو كانت من غير الوطنيين - متى كان المورث أو ورثته من المسلمين".

أنظر: المرجع نفسه، ص 65 إلى ص 67.

وحالات الحجب، لا يتوافر معه التعارض مع النظام العام المصري، ومن ثم، فإن المحاكم المصرية تطبق أحكام القانون الأجنبي رغم ذلك الاختلاف، وسندهم في ذلك:

1- أن الأمر لا يتعلق بقواعد دينية قطعية، فالشريعة الإسلامية تجيز حرمان بعض الورثة، أو إنقاص أنصبتهم.

2- أن النظام الاجتماعي المصري لا يمكن أن يتأثر، لأن بنت المتوفى حصلت على نصيب مواز لابنه.

3- أنه ليس ثمة مصلحة للجماعة المصرية في أن تفرض على البنت نصف الولد، لا سيما وأن الدفع بالنظام العام وسيلة استثنائية يجب التحفظ في التوسع في تطبيقها، حيث لا يجوز أن يفرض تقدير المشرع المصري للأنصبة كأنموذج للعدالة، وإلا انتهى إلى هدم قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث، وإخضاع أنصبة التركة للقانون المصري في كل الأحوال¹.

الاتجاه الثاني: مخالفة القانون الأجنبي للشريعة الإسلامية من حيث بيان الورثة

وأنصبتهم مخالف للنظام العام

اتجه فريق آخر من الفقهاء إلى القول بأنه يتعين الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي متى اختلفت أحكامه مع أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية وقانون الموارث المستقاة من القرآن الكريم دون تلك المستقاة من مصادر أخرى، ذلك أن أحكام الموارث الواردة في القرآن الكريم، يتقيد بها المسلمون حتماً، وعلى الأخص في دولة دينها الإسلام، ولا يستطيع المشرع الوطني في هذه الدولة التحلل منها بقانون وضعي، لأن النظام العام المصري في دائرة الأحوال الشخصية يقوم على فكرة من الإسلام.

1- صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية...، مرجع سابق، ص 387.

يميل الدكتور "صلاح الدين جمال الدين" إلى ترجيح هذا الاتجاه، لاسيما وأن عدم التسوية بين الذكر والأنثى في الميراث ثابت بالدليل القطعي في القرآن الكريم. واستند أيضا إلى ما انتهت إليه محكمة النقض المصرية في 27 ماي 1964 من أن أحكام المواريث الأساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية تعتبر في حق المسلمين من النظام العام في مصر...¹، ونحن نساند هذا الرأي لأن أنصبة الميراث المذكورة في القرآن لا يقبل تطبيق ما يخالفها فيما بين المسلمين.

2- تقدير مكانة أحكام الميراث الإسلامية بين قواعد الإسناد الخاصة بالميراث في

حالة كون المورث مسلما:

يتضح مما تقدم أن المواقف القضائية المشار إليها، وعلى تنوع القرارات التي صدرت فيها، يبقى أن الجامع بينها هو إعمال أحكام الشريعة الإسلامية، التي تظل القانون الذي تلتزم به قوانين النزاع في مسألة الإرث والأحوال الشخصية، وذلك على حساب القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة التنازع الوطنية للتطبيق على النزاع، والذي يستبعد في الحالة التي يكون فيها المورث مسلما، ولو كان أجنبيا.

إن التبرير الذي أعطته تلك المحاكم في استبعادها للقانون الأجنبي هو تعارض هذا الأخير مع النظام العام في دولة قاضي النزاع²، إلا أن هذا يعد مجرد سبب ظاهر، في حين أن السبب الحقيقي - حسب الدكتور سامي بديع منصور - هو غير ذلك تماما، فبالرجوع إلى

1- صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية...، مرجع سابق، ص ص 389-390.

2- "فأحكام المواريث الأساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية تعتبر في حق المسلمين من النظام العام في مصر (و غيرها من الدول العربية) إذ هي وثيقة الصلة بالنظام القانوني والاجتماعي الذي استقر في ضمير الجماعة، بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتراف بها، وتغليب قانون أجنبي عليها، بما لا يسع القاضي الوطني معه أن يتخلى عنها ويطبق غيرها في الخصومات التي ترفع إليه، متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين".

نقلا عن سامي بديع منصور، الدين و تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 68.

القرارات التي تطرقنا إليها سابقاً¹، يتبين ما يأتي: أن التركيز الأساسي في تلك القرارات هو على معطيات أساسية تحمل على طرح تصور آخر، هو أن ليس في الأمر استبعاداً لقانون أجنبي، وإنما تطبيقاً حتمياً و ضرورياً لأحكام الشريعة الإسلامية، نظراً لوجود "حق المسلمين"، وكون أحكام الموارث تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة، وأن "النظام العام"، في دائرة الأحوال الشخصية في الدول الإسلامية، يقوم على فكرة من الإسلام"، وأنه "لا يمكن إلا تطبيق أحكام هذه الشريعة كلما كان المورث فيها من المسلمين" وهذا بمعزل عما إذا كان يحمل الجنسية الوطنية أو لا يحملها.

فلو طُرح التساؤل حول ما إذا كانت الشريعة الإسلامية هي قانون تطبيق مباشر، أي يحتم إعمالها في كل مرة يكون فيها ظرف الإطلاق، وهو وجود حق للمسلمين، في مسائل تدخل في جوهر العقيدة الدينية، كما في مادة الإرث، فالمسألة لا تضحى آنذاك مسألة استبعاد لقانون أجنبي وإنما حذف مسبقاً لذلك القانون، لأمكن القول بأن الشريعة الإسلامية تكون قانوناً حتمياً التطبيق، في الحالات المذكورة، بمعزل عن المرور بقواعد الإسناد التي تستتبع تطبيق القانون الأجنبي، كقانون المورث مثلاً، واستبعاده عند وجود اختلاف بين أحكام ذلك القانون، والأحكام الأساسية في الشريعة الإسلامية، فالتطبيق هو مباشر لأحكام تلك الشريعة في الحالات المشار إليها².

ثانياً - حالة طرح النزاع أمام قضاء دولة غير إسلامية

إذا كان قاضي الدول الإسلامية الذي يعرض أمامه النزاع المتعلق بالميراث يلجأ -كما رأينا- في كل مرة إلى استبعاد القانون الأجنبي الذي تشير بتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية، وهذا لتعارضه مع أحكام الشريعة الإسلامية، خاصة إذا كان أطراف التركة أو أحدهم مسلماً، فإن الأمر على خلاف ذلك فيما لو عرض نفس النزاع أمام قضاء دولة غير إسلامية، والذي

¹ - أنظر ص ص 182-185 من هذه الرسالة.

² - سامي بديع منصور، الدين و تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص ص 68-70.

له بدوره معايير أخرى يتخذها لاستبعاد القانون الأجنبي المتعلق بالميراث، والمخالف للنظام العام في دولته. فمن البديهي مثلا أن لا يرضى القاضي الفرنسي الذي يسوي قانونه في الميراث بين الذكر والأنثى أن يقبل تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية التي تجعل للذكر من الأولاد مثل حظ الأنثيين. ونلمس هذا الخلاف خاصة من خلال القضايا التي طرحت في هذا الشأن، والتي من خلالها يتضح - بطبيعة الحال - الكيفية التي يتعامل فيها القاضي الأجنبي مع قضايا كهذه.

فقد يحدث أن يكون قانون الميراث لدولة معينة مخالفا للنظام العام في دولة غير إسلامية، وهو الحال إذا ما استبعد وارث من التركة لأسباب دينية مثلا أو عرقية¹. فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن "موانع الميراث المؤسسة على عدم الانتماء لدين معين، معارض مباشرة للمبادئ الفرنسية إضافة لتلك المتعلقة بحرية المعتقد"². وفي نفس السياق، استبعد، باسم النظام العام، وقضي بعدم أحقية طفل مسلم للميراث، ولد من أم مشرقة³.

يبدو على كل حال أن استبعاد قانون الميراث الإسلامي كان يجب أن يحدد بأحكام هذا الأخير المخالفة للنظام العام الدولي الفرنسي، وفيما عدا ذلك، يظل قانون الميراث الإسلامي مطبقا⁴.

ينبغي التذكير بأن الحل هو نفسه، سواء كان القانون الميراثي هو القانون الفرنسي أو قانون دولة مسلمة، فالنزاع حول الحقوق الميراثية بين زوجتين لأجنبي معدد⁵ لا تتعارض مع النظام العام الفرنسي إذا ما عقدت هذه الرابطة بصفة شرعية في الخارج، ولم تكن الزوجة الأولى من جنسية فرنسية⁶.

1- Patrick Courbe, op.cit, p 265.

2- Cass, 1^{er} civ, 17 Novembre 1964. Cité par : Paul Lagarde, successions, op.cit, p 10, n°64.

3- Cass, req, 10 févr 1913. Cité par ,Ibid, p 10, n° 64.

4 - Ibid, p 10 n° 66.

5 - Cass, 1^{er} civ, 3 janv 1980.

6 - Cass , 1^{er} civ, 6 juillet 1988. Cité par : Ibid , p 10, n° 67.

سبق القول أنه أصبح بالإمكان الدفع بالنظام العام في الدول الأوروبية إذا شكل تطبيق القانون الأجنبي المعين بواسطة قاعدة الإسناد الأجنبية تعدّ على المبادئ الأساسية المكرسة من طرف الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، ومن ثم ينبغي أن يكون للدفع بالنظام العام ما يبرره تماما في النظام الجديد للمواريث الدولية المتبنى من طرف اللائحة رقم 2012/650، إذ بهذا المعنى جاءت المادة 58 من ديباجة هذه اللائحة¹ في آخر جزء منها لتبين بأن هذا الاستثناء لا يمكن الاحتجاج به لاستبعاد تطبيق قانون يتفق مع ميثاق الحقوق الأساسية للإتحاد الأوروبي لاسيما المادة 21 منه التي تمنع كل أشكال التمييز، هذا الحكم يؤكد - حسب أعضاء الإتحاد الأوروبي - الدور الأساسي الذي سعى المشرع الأوروبي حتى في ظل النظام الدولي الجديد للمواريث إلى الاعتراف من خلاله بدور هذه التقنية في الحفاظ على الحقوق الإنسانية الأساسية².

يلاحظ أن المادة 35 من لائحة الإتحاد الأوروبي السالفة الذكر لا يمكن أن تتدخل في إطار حماية الحقوق الأساسية إلا في الفرضيات التي يكون فيها القانون واجب التطبيق سواء بموجب المادة 21 من نفس اللائحة عند غياب اختيار القانون الميراثي، أو بموجب المادة 22 في حال كون هذا القانون هو قانون دولة أخرى غير عضو في اللائحة، والأنظمة

¹ - Le considérant 58 du règlement 650/2012 : « Dans les circonstances exceptionnelles, des considérations d'intérêt public devraient donner aux juridictions et aux autres autorités compétentes des Etats membres chargées du règlement des successions la possibilité d'écarter certaines dispositions d'une loi étrangère lorsque, dans un cas précis, l'application de ces dispositions serait manifestement incompatible avec l'ordre public de l'Etat membre concerné. Néanmoins, les juridictions ou autres autorités compétentes ne devraient pas pouvoir appliquer l'exception d'ordre public en vue d'écarter la loi d'un autre Etat membre ou refuser de reconnaître –ou, le cas échéant, d'accepter–, ou d'exécuter une décision rendue, un acte authentique ou transaction judiciaire d'un autre Etat membre, lorsque ce refus serait contraire à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier à son article 21 qui interdit toute forme de discrimination »

² Giovanna Debernardi, op.cit, p p 124–125, n° 218.

الإسلامية هي المقصودة في هذا الصدد، لأن قواعدها - حسبهم - تقيم تمييزاً بين الورثة على أساس الجنس والدين.

ثارت نقاشات حادة بين الأنظمة القانونية للدول الأطراف في اللائحة انتهى إلى التقرير بأن القانون الميراثي الأجنبي الذي يرفض كل حق ميراثي أو الاعتراف بحقوق ميراثية غير مساوية للزوج أو الرفيق المثلي الجنس (الشواذ) ينبغي أن يثير النظام العام، باعتبار أن أحكاماً كهذه - بالنسبة لهم - تؤدي إلى تمييز حقيقي بين الورثة قائم على الجنس، وهو ما يعد غير مقبول في الدول الأوروبية التي - حسبهم - تمجد حماية الحقوق الأساسية للإنسان¹.

المبحث الثاني

الغش نحو القانون

رأينا أن القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات الطابع الدولي بصفة عامة، والميراث في الزواج المختلط بصفة خاصة قد يستبعد من قبل القانون الوطني إذا تعارض مضمونه مع النظام العام في دولة القاضي، إلا أنه بالإمكان استبعاد تطبيق القانون الأجنبي حتى ولو لم يتعارض مضمونه مع الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني في دولة القاضي، و ذلك إذا لجأ الأفراد، بقصد تطبيق القانون الأجنبي، إلى الغش نحو القانون.

بالرغم من ندرة القضايا المتعلقة بالميراث في الزواج المختلط، والتي أثير بشأنها الدفع بالغش نحو القانون، إلا أن تناوله أمر ضروري، لما له من أهمية في القانون بصفة عامة، والقانون الدولي الخاص بصفة خاصة، سواء من حيث مفهومه (المطلب الأول) ، نطاق الدفع به وكذا و الجزاء المترتب على الغاش (المطلب الثاني).

¹ - Giovanna Debernardi, op.cit, p 135, n° 238.

المطلب الأول

مفهوم الغش نحو القانون

يعتبر الغش نحو القانون تطبيقاً خاصاً لقاعدة *Fraus omnia corrumpit*¹ ومعناها أن الغش يفسد كل شيء، والذي يُعد مبدأً من المبادئ العامة في القانون². إلا أن مفهوم الغش نحو القانون له ما يميزه في القانون الدولي الخاص، وهو ما يظهر من خلال تعريفه و أصله التاريخي (الفرع الأول) شروط الدفع به (الفرع الثاني)، و موقف الفقه والقضاء والتشريعات منه (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف الغش نحو القانون وظهوره

لا يقتصر الغش نحو القانون على قواعد القانون الدولي، بل هو عام يمكن أن يظهر في جميع فروع القانون كنتيجة حتمية للصراع بين حرية الأفراد في ترتيب علاقاتهم، والأحكام القانونية الأمرة التي تخالف مصالحهم الخاصة³.

1-François Mélin, droit international privé, 3^{ème} éd, Lextenso, Paris, 2008, p 140. كذلك : Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, op.cit, p 285, n° 264.

2- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 178-179. عرف القانون الداخلي الفرنسي مثلاً لذلك في الطبيب الذي من المفروض أنه غير مؤهل لأخذ هبة من طرف مريضته التي هي على وشك الموت (المادة 909 مدني فرنسي)، فيلجأ للزواج منها ليستفيد من استثناء الاجتهاد القضائي الذي يسمح بسرمان الهبة لما المتصرف (ناقل الملكية) و الموهوب له يكونان في إطار رابطة زوجية، لذلك ينبغي للتغلب على الاحتيال، الدفع باستثناء الغش نحو القانون.

Voir : Bernad Audit, op.cit, p 212, n° 236.

3- حسن الهداوي، تنازع القوانين و أحكامه...، مرجع سابق، ص 201.

ففي العلاقات الداخلية، يكون التحايل باستبعاد الوصف الداخلي الذي ينطبق على العلاقة وذلك بإعطائها وصفاً آخر، أو بمداورة القانون تهرباً من أحكامه الإلزامية¹، كما لو منع القانون بيع مال معين، فيلجأ الأفراد إلى وصف عقدهم المنصب على المال بالإيجار الطويل، في حين يبقى وصف العلاقة ذاته في القانون الدولي الخاص، ويتم الغش نحو القانون بتغيير بعض عناصر العلاقة القانونية على وجه يتغير معه القانون الواجب التطبيق²، وهو ما سنأتي على بيانه لاحقاً.

يعد القانون الدولي الخاص المجال الخصب للغش نحو القانون، نظراً لاختلاف تشريعات الدول بخصوصه، مما يمنح الفرصة للفرد بأن يضع نفسه بشكل مصطنع تحت سلطة قانون آخر يتوافق مع مصالحه بصورة أفضل³، كأن يلجأ المورث مثلاً قبل وفاته إلى تغيير جنسيته للاستفادة من أحكام قانون الدولة التي أصبح ينتمي إليها بجنسيته، والتي تسمح لابنه من الزنا بالميراث، وبالمثل قد يعمد الشخص إلى تغيير موقع المنقول تهرباً من أحكام قانون الموقع، وسعياً وراء تطبيق قانون آخر أكثر تحقيقاً لمآربه.

وغني عن البيان أنه قد يكون القانون الذي قصد الأفراد التهرب من أحكامه هو قانون القاضي، وقد يكون قانوناً أجنبياً.

والملاحظ في شأن الأمثلة المتقدمة أن التغيير الذي يقوم به الأفراد في ضابط الإسناد لم يقصد بذاته، إنما قصد به أساساً الإفلات من أحكام قانون معين⁴.

1- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية و حلول النزاعات الدولية الخاصة، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، 1994، ص 798.

2- حسن الهداوي، تنازع القوانين و أحكامه في القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 202.

3- Patrick Courbe, op.cit, p 102. n° 209.

4- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 213.

وتجدر الإشارة إلى أن الوسيلة المستعملة في حالة الدفع بالغش نحو القانون هي وسيلة مشروعة، فتغيير الشخص لجنسيته يعتبر عملا مشروعاً، بل حقا من حقوق الإنسان، حسب الفصل 15 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان¹، إنما، وكل ما في الأمر، هو أن استخدام هذه الوسيلة المشروعة قد قصد بها التوصل إلى هدف غير مشروع، وهو التحايل على أحكام قانون معين².

إن القضاء، ورغم محاربتة لفكرة الغش في كل أشكاله، إلا أنه لم يقدم أي تعريف له، الأمر الذي تكفل به الفقه والذين قدموا تعاريف مختلفة، نذكر منها ما يلي³:

عرف "ارمنجون" (Arminigon) التحايل على القانون بأنه: "المحاولة للإفلات من أحكام قانونية معيقة بأعمال حقيقية تمت بالفعل"⁴.

ودون أن يعرف التحايل على القانون، يقارن "ليريبور بيجونيير" (Lerebours-pigeonnière) بين التعسف في استعمال الحقوق، وبين التحايل على القانون، فيقول بأن: التحايل على القانون ليس التعسف في استعمال "مركز فردي"، بل التعسف في الاستفادة من "قابلية" أو "إمكانية" كسب جنسية أجنبية، وموطن في الخارج، للإفلات من قانون الجنسية السابقة، أو قانون الموطن السابق، والتعسف يكون أيضا في الاستفادة من شكل عقد الزواج في بلد أجنبي بقصد التهرب من إجراء الشهر في فرنسا ... الخ

1- محمد تكمنت، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، طبع بمساهمة مؤسسة هانس سايرل الألمانية، د.ب.ن، د.س.ن، ص 120.

2- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 314. أنظر كذلك هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 212.

3- نادية فوضيل، الغش نحو القانون، بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود و المسؤولية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1984، ص 36.

4- نقلا عن نعوم سيوفي، الحقوق الدولية ...، مرجع سابق، ص 882.

ويضيف "ليريبور بيجونيير" أن هذه الأعمال يجب أن تتم بنية الإفلات من القانون الواجب التطبيق، فلا تحايل دون هذه النية¹.

وقد عرف بعض الفقهاء الغش نحو القانون بما يلي: هو عبارة عن اتخاذ تدابير إرادية حقيقية، ولو عن غير عمد لإيجاد مركز يتفق وحرفية القانون ولكن يهدر الغرض منه².

ويعرف الدكتور "عز الدين عبد الله" الغش نحو القانون بأنه: "عبارة عن التدبير الإرادي لوسائل مشروعة في ذاتها للوصول بها إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيه"³.

ويعرفه الدكتور "عبد جميل غصوب" بأنه: "التغيير الإرادي والمقصود لضابط الإسناد الذي يتم بهدف التهرب من تطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة القانونية، وإحلال قانون آخر بدلا منه، من شأنه تحقيق الغاية التي حصل التغيير بسببها"⁴.

كما يعرفه الدكتوران "فؤاد عبد المنعم رياض" و"سامية راشد" بأنه: قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط التي يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد، وذلك بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة⁵.

وعرفه الدكتور "الطيب زروتي" بأنه "مناقضة قصد الشارع، باتخاذ تدابير إرادية مشروعة، ولو عن غير عمد، للوصول إلى نتائج غير مشروعة"⁶.

1- نقلا عن نعموم سيوفي، الحقوق الدولية...، مرجع سابق، ص ص 882-883.

2- نقلا عن علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 289.

3- نقلا عن عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 557.

4- نقلا عن عبد جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 178.

5- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 197.

6- نقلا عن الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري...، مرجع سابق، ص 289.

للإطلاع على تعاريف أخرى للغش نحو القانون، أنظر: نادية فوضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 35 إلى ص 39.

هذا وقد عرف الغش نحو القانون في القانون الكنسي، وفي الشريعة الإسلامية، قال الرسول صلى الله عليه و سلم: "من غشنا فليس منا"¹، وكما عُرِف في القانون الفرنسي القديم، خلال القرون الوسطى، وفي الوقت الذي كان مبدأ إقليمية القانون هو السائد، كان الأفراد ينتقلون إلى مقاطعات أخرى لإبرام تصرفات حسب العرف المحلي، مع أن أعراف مقاطعاتهم الأصلية تحظرها، كما عرفت أيضا المدرسة الهولندية الغش نحو القانون².

كما عرف الغش في القانون في القرن الثامن عشر، غير أنه لم يتبلور في قالب نظرية منظمة إلا بعد منتصف القرن 19، عندما تناوله الفقه بالبحث والتمحيص بصدد قضية شهيرة عرضت على القضاء الفرنسي، وهي قضية الأميرة "دي بوفرمون"³ De Bauffermont.

¹ - أخرجه أحمد بن حنبل، تحت رقم 15833، باب حديث أبي بردة بن نيار.

² - الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 288.

³ - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص ص 159-160.

- الأميرة "دي بوفرمون"، فرنسية الجنسية، انفصلت عن زوجها جسمانيا منذ 1 أوت 1874، الأمير دي بوفرمون فرنسي الجنسية كذلك، كانت ترغب في الطلاق منه، إلا أن القانون الفرنسي آنذاك (قبل 1884) كان يحظر الطلاق، فأقامت موطنها في إمارة ألمانية Saxe-Altenbourg يعتبر قانونها أن الانفصال الجسماني مساو للطلاق، وبالتالي اعتبار الأميرة مطلقة لمجرد انفصالها جسمانيا عن زوجها، فذهبت إلى برلين للزواج من الأمير Bibesco ذو الجنسية الرومانية. استدعى الأمير دي بوفرمون زوجته أمام محكمة Seine لمقاضاتها بدعوى أن تجنسها، زواجها و طلاقها، ليس لهم أثر في فرنسا.

حكمت محكمة النقض بأن الأميرة "دي بوفرمون" ليس بإمكانها التمسك بجنسيتها الألمانية التي كان لها أن تؤدي بواسطتها إلى تطبيق القانون الألماني الذي يسمح بالاعتراف بالطلاق، لأن هذه الجنسية الجديدة تم الحصول عليها بنية الغش، أي إرادة التملص من القانون الفرنسي الذي كان واجب التطبيق في الأصل.

- civ, 18 mars, 1878, *De Bauffermont*. Voir: Patrick Courbe, op.cit, p 103, n°210.

وقائع هذه القضية ذكرتها أغلب كتب القانون الدولي الخاص، العربية منها و الفرنسية.

La cour de cassation finit par déclarer qu'il y avait fraude à la loi « lorsque les parties ont volontairement modifié un rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente ». voir : Bernard Audit, op.cit, p 214, n° 238 .

الفرع الثاني:

شروط الدفع بالغش نحو القانون

يتطلب الدفع بالغش نحو القانون توافر عنصرين اثنين، هما: العنصر المادي (أولاً)،
والعنصر المعنوي (ثانياً).

أولاً- العنصر المادي:

يشترط لإمكان التمسك بالدفع بالغش نحو القانون أن يتوافر العنصر المادي في الغش،
والذي يتمثل في قيام الأفراد بتغيير ضابط الإسناد الذي يتحدد بموجبه القانون الواجب
التطبيق، وذلك في الحالات التي يتسنى لهم فيها التدخل بإرادتهم لتغيير هذا الضابط،
ويمكن تسمية هذا الشرط بالعنصر المادي للغش، لأنه يقوم على إجراء ظاهر من قبل
الأفراد، سواء أكان الإجراء مادياً، كتغيير مكان إبرام العقد، أم إجراء قانونياً، كتغيير
الجنسية¹.

ويشترط لتوفر الركن المادي في الغش ما يلي:

1- يجب أن يكون التغيير إرادياً، بمعنى أن يكون للإرادة دور في هذا التغيير، كما لو
اكتسب الفرد جنسية جديدة عن طريق التجنس، أما إذا حصل التغيير في الجنسية بشكل لا
يد للفرد فيه، كما لو جاء نتيجة لتبدل السيادة على الإقليم مثلاً، فلا يعد هذا التغيير إرادياً،
ولا يسمح بالتالي بقيام الدفع بالغش نحو القانون². كذلك، لا مجال للحديث عن التحايل على
القانون في الحالات التي لا يكون فيها للإرادة دور في تحديد ضابط لإسناد، كما هو الحال

1- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في القانون...، مرجع سابق، ص 160 أنظر كذلك هشام علي صادق،
تنازع القوانين. مرجع سابق، ص 214.

2- سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، 2009، ص 683. أنظر كذلك:
Patrick Courbe, op.cit, p 104, n°212.

مثلا بشأن موقع العقار، لأن هذا الأخير، كما نعلم، مال لا يقبل النقل من مكان إلى آخر دون تلف¹.

2- يجب أن يكون التغيير فعليا، إذ لو كان تغيير ضابط الإسناد سوريا، لما كانت هناك حاجة إلى إعمال الدفع بالغش نحو القانون، إذ يكفي في هذا الفرض التمسك بأحكام الصورية لإهدار كل أثر لهذا التغيير، فإذا غير الشخص موطنه تغييرا سوريا، فإن العبرة في هذه الحالة بالموطن الحقيقي²، لذلك يوصف الدفع بالغش نحو القانون بأن له دورا احتياطيا، حيث لا يتم اللجوء إليه إلا كعلاج أخير، عندما يتعذر إبطال التصرف تطبيقا لأي قاعدة أخرى³.

3- يجب أن يتم تغيير ضابط الإسناد بطريقة مشروعة، فإذا كانت الوسيلة المستعملة في التغيير غير مشروعة قانونا، كأن يلجأ الفرد إلى تغيير الجنسية عن طريق تزوير المستندات أو الوثائق المطلوبة، فهنا لا يعتد بالجنسية التي اكتسبت بشكل لاحق، لأن الحصول عليها كان عن طريق التزوير، وبذلك، لا حاجة لاستعمال الدفع بالغش نحو القانون⁴، على أساس أنه يكفي لتفادي النتيجة التي يهدف إليها الشخص، أن يثبت لنا أن الوسيلة المستخدمة غير مشروعة في ذاتها، أما لو كانت الوسيلة المستخدمة مشروعة، فهنا تكمن الخطورة، إذ يهدف الشخص من وراء استخدام هذه الوسيلة المشروعة إلى التوصل إلى

1- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 181. أنظر كذلك: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 190. أنظر كذلك:

Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, op.cit, p 287, n° 266.

2- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 316. أنظر كذلك محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص مرجع سابق، ص 279.

3- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في القانون...، مرجع سابق، ص 160.

4- محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين و...، مرجع سابق، ص 89.

نتيجة غير مشروعة، وفي هذا لفرض وحده تبدو أهمية الدفع بالغش لتلافي تحقيق هذه النتيجة¹.

ويعد ميدان تنازع القوانين، كما سبق وأن ذكرنا، حقلًا خصبا لنظرية الغش نحو القانون، لأنه يعود لأطراف النزاع استخدام قواعد التنازع لاستبعاد القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة القانونية، فالكثير من ضوابط الإسناد تتأثر في اختيارها بإرادة الأطراف، والأمثلة على ذلك كثيرة².

فتغيير الجنسية مثلا، ينجم عنه تغيير القانون الشخصي في الدول التي تسند الأحوال الشخصية لقانون الجنسية، فإذا كان قانون الجنسية السابقة يمنع ولد الزنا (الغير شرعي) من الميراث، فآنذاك يلجأ أصحاب المصلحة إلى تغيير جنسيتهم من أجل تحقيق مآربهم³. وهو ما حصل في قضية الكونت "De cibiens" الذي كان له، مع أنسة فرنسية، ولد غير شرعي وغير معترف به من قبلهما، فذهبا سرا إلى إنجلترا، وتزوجا في لندن في 10 حزيران 1871، أمام كاهن كاثوليكي، دون أن يقوما بأي تسجيل في فرنسا، ولم يتم تسجيل العقد لدى عودتهما في سجلات الزواج الكائنة في محل إقامتهما، كما تشترط ذلك المادة 171 من التقنين المدني الفرنسي.

بعد سنتين، وفي 3 نيسان 1973، احتفل الزوجان مجددا بزواجهما في فرنسا بعد الاعتراف بولدهما، وبهدف أن يصبح ولدا شرعيا. عند موت السيد "De cibiens" طلب ورثته إبطال هذا الزواج بغية تخفيض حصة الولد - المعترف به - من الميراث، مستنديين في ذلك إلى الزواج السابق الحاصل عام 1871، متذرعين بأن زواج 1873 غير ذي

1- هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 535.

2- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 181. أنظر كذلك:

Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, op.cit, p 287, n° 266.

3- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص ...، مرجع سابق، ص 291.

مفعول، وكان هدفه الوحيد التحايل على القانون بإضفاء مشروعية لم تكن ممكنة، لأن الزوجان كانا متزوجان أساساً منذ عامين.

رد الابن الشرعي مدلياً ببطلان الزواج المعقود من قبل والديه في لندن عام 1871، فأجابته محكمة استئناف Orléans إلى طلبه في قرار لها بتاريخ 14 أبريل 1886 معللة: "أن نشر الزواج وتسجيله لم ينشأ فقط للمصلحة الخاصة، بل شرع أيضاً لمصلحة اجتماعية، وأن مخالفة القانون يجب أن تقدر استناداً لنية المخالفين، والظروف التي تمت فيها. وفي الحقيقة، ووفق تطبيق حكيم للقاعدة أقره الاجتهاد فإن عدم التسجيل ليس سبباً مطلقاً لبطلان الزواج ولا يمكن الاحتجاج به إذا كان الإغفال يتأتى عن غلط أو إهمال أو أي سبب آخر عرضي. إلا أن الأمر يكون على خلاف ما تقدم، إذ تبين أن عدم التسجيل كان متعمداً ويهدف التحايل على القانون. ونية التحايل هذه يمكن أن تستنتج خاصة من كون الفرقاء أرادوا بوضوح - بهذا الإغفال - إبقاء زواجهم خفياً، وإخفاؤه عن نظر المجتمع الفرنسي، ونظر محيطهم وأقرب أقاربهم، ويستنتج من جميع أوراق ومستندات القضية أن هذه، كانت في جوان 1871، النية الحقيقية للفرقاء المتعاقدين".

تقدم ورثة "*De cibernis*" بطلب نقض القرار الاستئنافي، إلا أن محكمة التمييز الفرنسية ردت طلب النقض¹.

كذلك في الأنظمة التي تسند الأحوال الشخصية فيها للموطن، يكون الغش فيها سهلاً، باعتبار أن تغيير الموطن أيسر من تغيير الجنسية². وبذلك يتسنى للفرد آنذاك الهروب من أحكام قانون الموطن الأول إذا كانت أحكامه غير متفقة مع مصالحه.

1 - Orléans, 14 avril 1886, et sur pourvoi : Cass. Civ, 15 juin 1887.

نقلاً عن: بيار إميل طوبيا، التحايل على القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2009، ص 316-317.

2 - Henri Batiffol, Paul Lagarde, op.cit, p 428, n° 371. Voir aussi : Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, op.cit, p 287, n° 266.

وإذا كان المجال الرئيسي لإعمال فكرة الغش نحو القانون هو في العادة مسائل الأحوال الشخصية، فإنه من الممكن، مع ذلك، أن يتحقق الدفع به في مجالات أخرى كالحقوق العينية، ذلك أنه بإمكان الأفراد التحايل على القانون فيما يتعلق بالأموال المنقولة، وذلك عن طريق تغيير ضابط الإسناد، بتغيير المكان الذي يوجد به المنقول، فهذا الأخير يخضع كقاعدة عامة لقانون موقعه، وبالتالي يمكن للأفراد التهرب من أحكام قانون الموقع الأصلي، والخضوع لأحكام قانون الموقع الجديد الذي يتلاءم ومصالحهم¹.

قد يتحقق كذلك التحايل على القانون في فرنسا على سبيل المثال بتغيير طبيعة المال غير المنقول، كما لو أدخل كمقدمة في شركة للحصول مكانه على حصة أو أسهم في شركة، وذلك بهدف الخضوع إلى قانون محل الإقامة الأخير للمتوفى، بدلا من قانون موقع المال طبقا لقواعد التنازع الفرنسية في مادة التركات (وفقا لما كان معمولا به قبل صدور لائحة الاتحاد الأوروبي رقم 2012/650 لـ 04 جويلية 2012 والمتضمنة في فحواها القانون الواجب التطبيق على الموارث والتي دخلت حيز التنفيذ في 17 أوت 2015)، فقد اعتبرت محكمة التمييز الفرنسية بأن تغيير طبيعة المال من مال غير منقول إلى حصص في شركة - وهي تعد في النظام القانوني الفرنسي مالا منقولاً - بهدف تغيير الفئة القانونية التي ينتمي إليها المال بطبيعته، تمهيدا لإخضاع الشركة إلى قانون محل إقامة المتوفى، بدلا من إخضاعها إلى قانون موقع العقار، يستتبع عدم الأخذ بما تم من تغيير مصطنع و احتيالي².

في وقائع قضية "Caron" التي فصل فيها القضاء الفرنسي³، أن مورثا كان يملك في فرنسا عقارا، فقام - في حياته - ببيع العقار لشركة أمريكية يملك فيها أسهما، وحصل نظير هذه الحصة العينية على أسهم في الشركة، هذه الأسهم، وبوصفها منقولا، يحكمها

1 - فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في...، مرجع سابق، ص 161. أنظر كذلك:

Patrick Courbe, op.cit, p 104, n° 213.

2 - صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة...، مرجع سابق، ص ص 801-802.

3 - Cass, 1^{re}, civ, 20 mars 1985, Caron.

القانون الأمريكي، قانون آخر موطن للمتوفى، بعد أن كانت تخضع بوصفها عقارات للقانون الفرنسي، باعتباره قانون موقع العقار، وقد أجرى المورث هذا التصرف قاصدا التهرب من بعض الأحكام التي يقرها القانون الفرنسي بالنسبة للحصة المحفوظة، وهي عبارة عن جزء من التركة لا يجوز التصرف فيها بالهبة أو التبرع، وإخضاع هذا المال للقانون الأمريكي الذي يجهل فكرة النصيب المحجوز، فيتمكن بذلك من حرمان أبنائه من الميراث¹.

وقد أيدت محكمة النقض محكمة الاستئناف في قولها بوجود غش في التأثير المتضمن - من خلال مجموعة من العمليات المنسجمة-، تغيير عامل الإسناد المشكل في الأصل من الطبيعة العقارية للمال الموجود في فرنسا، ليصبح بعد ذلك مالا منقولاً، وهذا بهدف استبعاد تطبيق القانون الميراثي الفرنسي الذي يقضي بالتحفظ².

وكما يؤدي تغيير القانون الشخصي - بتغيير الجنسية أو الموطن- إلى تغيير قواعد الإسناد الدولية التي تحكم المركز القانوني، وهو ما يفسح المجال للتحايل والغش نحو القانون، فإن تغيير الديانة يؤدي أيضا إلى النتيجة ذاتها³، ففي الدول التي تعتمد الدين مناطا للإسناد، وخاصة في التنازع الداخلي⁴، قد يحدث أن يغير الشخص دينه أو مذهبه الديني،

1 - بيار إميل طويبا، التحايل على القانون...، مرجع سابق، ص 330. بشأن هذه القضية أنظر كذلك:

François Mélin, op.cit, p p 140-141, . أنظر كذلك: Patrick Courbe, op.cit, pp 104-105, n° 213.

2 - Paul Lagarde, op.cit, p 10, n° 69.

3- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري...، مرجع سابق، ص ص 293-294. أنظر كذلك:

Henri Batiffol, op.cit, p 429.

4- تلعب الطائفة في لبنان ومصر وروسيا والعديد من الدول العربية، دورا كبيرا في تحديد الشريعة الطائفية الواجبة التطبيق وبصفة خاصة في مسائل الأحوال الشخصية، حيث تلعب الطائفة في التنازع الشخصي الداخلي نفس الدور الذي تلعبه الجنسية في نطاق التنازع الدولي بين القوانين.

بقصد التخلص من أحكام شديدة فيه إلى أحكام أيسر في الدين أو المذهب الجديد، وكثيرا ما تستخدم حجة التحايل على القانون في هذا المقام¹.

فإذا أخذنا على سبيل المثال حالة تغيير الشخص لمذهبه للتحايل على القانون الذي يحكمه، نجد أنه قد طرحت في هذا الشأن مسألة تتعلق بإرث زوج مسيحي توفي على دين الإسلام، فوقع الإشكال بصدد تحديد العائلة المستفيدة من الإرث، وأي قانون يحكم ميراث الزوج أهو قانون الإرث لغير المحمديين (تاريخ 23 جوان 1959)، وبالتالي إعطاء الحق في الميراث كاملا للعائلة الأولى، أم أحكام الشريعة الإسلامية، باعتبار أن المتوفى مسلم فتكون المحكمة الشرعية هي المختصة لحصر إرثه الذي يعود كاملا للعائلة الثانية، وهل ثمة إمكانية قانونية لتوريث العائلتين معا، وبالاستناد إلى أي أساس قانوني؟

استقرت محكمة التمييز بهيئتها العامة على اعتبار الحق بالإرث يبقى - استنادا للمادة 23 من القرار 60 ل.ر الصادر بتاريخ 13/03/1936-²، محفوظا للعائلة القديمة، فقد وضعت هذه المادة جملة من المبادئ القانونية الهامة، على الصعيدين العملي والنظري، في حال إقدام أحد الزوجين - منفردا - على تغيير مذهبه، حيث أوضحت المحكمة العليا أنه يشترط (بمقتضى المبادئ القانونية) أن لا تكون الغاية من تغيير المذهب إفساد قواعد النظام العام، والتحايل على القانون، وقد سار الاجتهاد على اعتبار أن مثل هذا العمل يعتبر تحايلا على القانون، من شأنه إفساد القواعد القانونية التي لا يمكن بموجبها منع الشخص من التقاضي أمام قضاة الطبيعيين.

1- أحمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص المقارن (مصر، لبنان)، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1966، ص 202.

2- تقضي المادة 23 من القرار 60 ل.ر المتضمن نظام الطوائف الدينية في الجمهورية العربية السورية، الصادر بتاريخ 13/03/1936 بما يلي: إذا ترك أحد الزوجين طائفته بقي الزواج و الصكوك المتعلقة بنظام الأحوال الشخصية خاضعة للقانون الذي احتفل بموجبه بالزواج أو تمت أو عقدت وفقا له هذه الصكوك" نقلا عن بيبير إميل طوبيا، التحايل على القانون، مرجع سابق، ص 312.

من جهتها، أكدت المحكمة العليا - بهيئتها العامة- حديثا الموقف الذي سارت عليه محكمة التمييز، والذي سبق ذكره، إلا أن الغرفة الخامسة لدى محكمة التمييز المدنية كان لها من المسألة موقف مختلف حيث اعتمدت مبدأ توريث العائلتين¹.

ثانيا: العنصر المعنوي

لا يكفي للدفع بالغش نحو القانون أن يقوم الفرد بتغيير إرادي لضابط الإسناد، إنما يتعين بدها أن يهدف من وراء هذا التغيير إلى الإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا، وهذا هو العنصر المعنوي في الغش، أي نية التحايل أو الغش نحو القانون². فإذا

1- ففي قرار لها بتاريخ 2001/03/13 اعتبرت محكمة التمييز المدنية أنه: "من من مفاعيل الزواج المسيحي غير المنفصم في القضية الراهنة أن تصبح الزوجة وريثة لزوجها بنسبة معينة حددها القانون تتأثر بدرجة القرابة بين المتوفى وياقي المشتركين، و هذا الحق الإرثي يعود حق تقديره للمحاكم المدنية طالما أنها من غير المحمديين و ذلك انطلاقا من الاستثناء التي نصت عليه المادة 23 المذكورة و الذي يؤدي إلى إخراج الورثة الذين نشأت حقوقهم عن عقد الزواج دون غيرهم من دائرة اختصاص المحكمة الشرعية التي توفي المورث على قانونها ليدفع عنهم المانع الإرثي الذي يسببه اختلاف الدين.

وحيث أن حرية المعتقد ليس من شأنها أن تبيح حرية التخلص من نتائج ثابتة اكتسبها الوريث بفعل الزواج من خلال مؤسسة قانونية ملزمة للطرفين في مفاعيلها ونظام يخرج عن دائرة الحرية التعاقدية في آثاره و أبعاده، إلا أنها تبقى على المبدأ بحيث أن الإرث يبقى خاضعا فيما خلا هذه الحالة وبالنسبة لباقي الورثة من أصحاب الحقوق، خارج الزواج، إلى القانون الذي توفي عليه المورث"

نقلا عن: ببيير إميل طوبيا، التحايل على القانون، مرجع سابق، ص ص417-419.

2- هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 535. أنظر كذلك حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 316. أنظر كذلك:

François Mélin, op.cit, p 140.

Ainsi, la cour de cassation va-t-elle condamner la naturalisation « dans le seul but d'échapper aux prohibitions de la loi française » (*De Bauffremont*), ou la volonté d'écarter « l'application de la loi successorale française prévoyant une réserve » (*Caron*). Voir Patrick Courbe, op.cit, p 105, n° 214.

قام صاحب المصلحة بنقل الاختصاص من قانون إلى آخر دون أن تكون له هذه النية فلا مجال آنذاك للأخذ بفكرة الغش نحو القانون¹.

يرى الأستاذان "Batiffol" و" Lagarde " بأن هناك غشا نحو القانون عندما يكون تغيير القانون، بدلا من أن يكون مجرد نتيجة لتغيير ضابط الإسناد، يصبح هو الهدف المقصود من هذا التغيير².

ويعد توافر نية الغش العنصر الوحيد عمليا الذي يتكون بموجبه الاحتيال على القانون، على أساس أن التغيير الإرادي لضابط الإسناد يتم بصورة مشروعة، و لا يكشف عن التحايل بمفرده³، ضف إلى ذلك أنه هو العنصر الذي يميز نظرية الغش نحو القانون عن فكرة النظام العام التي سبقت دراستها⁴.

ولقد كان هذا الشرط المعنوي هو الداعي إلى ما وجه إلى هذه النظرية من انتقاد، خصوصا من أنصار المذهب الفردي، مثل "كانت"، وحثهم في ذلك أن البحث عن النية من شأنه أن يفسح المجال أمام القضاء للتدخل في طوايا النفس الإنسانية، والتغلغل في خفايا الضمير، مما يترتب عليه أن يكون هناك محلا لاستبداد القضاء والخطأ في الأحكام، مع أن القضاء يجب أن يظل بمنأى عن البحث عن النيات الخفية التي هي من نطاق الأخلاق، لا من نطاق القانون⁵.

ولكن، تم الرد على هذا الانتقاد، على أساس أن الحكم حسب النوايا ليس قاصرا على هذا الميدان فحسب، بل أصبح شيئا معروفا، بعد أن ولجه القضاء، وحنكته التجارب في ميادين أخرى، كمنظية التعسف في استعمال الحق، والسبب غير المشروع، والغش في

1- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص....، مرجع سابق، ص 256.

2- Henri Batiffol, Paul Lagarde, op.cit, p 430, 372.

3- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 278.

4- Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, op.cit, p 288, n° 267.

5- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 162.

الدعوى البوليصية في القانون المدني، والانحراف في استعمال السلطة في القانون الإداري، والتمييز بين الخطأ العمد وغير العمد في دعوى المسؤولية¹.

يثير العنصر المعنوي، الذي يعد شرطاً للدفع بالغش نحو القانون بعض الصعوبات فيما يتعلق بإقامة الدليل على وجوده، باعتبار أنه من غير الممنوع تغيير الجنسية، أو نقل منقول من بلد إلى آخر، الأمر الذي يتعين معه إذن إثبات نية الغش هذه بواسطة مجموعة من الأدلة المادية (الملموسة)، إلا أنه توجد قرائن من شأنها أن تكشف عن هذه النية، كأن يغير مثلاً الفرد جنسيته دون أن يمارس فعلاً الحقوق والواجبات المرتبطة بحالته الجديدة، إنما يختار من بينها أمراً فقط أصلح له².

ومن القرائن التي يمكن أن تشير إلى تحقق نية الغش، حالة التلازم الزمني بين الإجراء المادي المتمثل في تغيير ضابط الإسناد، وبين القيام بالتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد³،

كذلك، ومن أهم القرائن التي تفيد قيام نية التحايل، أن يكون القانون الذي يؤدي تغيير ضابط الإسناد إلى تطبيقه، من القوانين التي تعطي تسهيلات استثنائية للأفراد بقصد اجتذابهم إليها لأغراض اقتصادية⁴. وتعرف هذه التشريعات بتشريعات المجاملة، فإذا ما قام

1- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 295.

2- Patrick Courbe, op.cit, p 105, n° 214.

3- نادية فوضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق ص 58.

ففي قضية الأميرة "دي بوفرمون"، كان من السهل استظهار نية الغش، فقد تتابعت الأحداث بصورة تكشف عن حقيقة نواياها، فبمجرد اكتسابها الجنسية الألمانية سارعت إلى الحصول على الطلاق من القضاء الألماني، ثم تزوجت بآخر، وهي أمور تكشف عن مقصدها من تغيير جنسيتها، وذلك بالتهرب من أحكام القانون المختص أصلاً بحكم العلاقة. أنظر: محمد خيرى كصير، حالات تطبيق قانون القاضي مرجع سابق، ص ص 158-159. أنظر كذلك:

Henri Batiffol, Paul Lagarde, op.cit, p 430, n° 372.

4- كتشريع ولاية نيفادا بالولايات المتحدة الأمريكية، والتشريع المكسيكي، واللذان يسمحان بالتطبيق لأي سبب من الأسباب، حتى ولو كان قانون جنسية الأفراد، أو قانون موطنهم الأصلي لا يسمح بذلك، وبغض النظر عن كون طالب التطبيق مقيماً بإقليم هذه الدولة أم حضر إليها خصيصاً للحصول على التطبيق. أنظر: فؤاد عبد المنعم رياض، سامية=

الأفراد بتغيير ضابط الإسناد، كما لو غيروا موطنهم، للتوصل إلى تطبيق مثل هذه القوانين، فإنه يستفاد من ذلك توفر قصد الغش دون حاجة للبحث في النوايا.

تجدر الإشارة إلى أن استخلاص الباعث الدافع إلى تغيير القانون الواجب التطبيق من ظروف الدعوى هو من مسائل الواقع التي يختص بها قاضي الموضوع، دون معقب على تقديره من محكمة النقض.

يرى بعض رجال الفقه الفرنسي بأنه لا يكفي لإعمال الدفع بالغش نحو القانون توفر قصد الغش، بل يجب فوق ذلك أن تتحقق النتيجة غير المشروعة التي استهدفها مرتكب الغش¹.

وإذا أخذنا على سبيل المثال حالة تغيير الديانة كسبب للغش نحو القانون، والذي سبق لنا وأن ذكرناه، نجد بأن بعض الفقهاء قد ذهبوا إلى ضرورة الاعتداد بالغش نحو القانون كلما بدأ من سوء النية التحايل على ضوابط الإسناد العادية، فلا يجوز السماح بآثار الغش لما في ذلك من تشجيع عليه، ومعاونة للأشخاص على التهرب من قانونهم الطبيعي، الذي كان من المفروض أن يحكم تصرفاتهم في الأصل، وذهب البعض الآخر إلى القول بأن فقهاء الشريعة الإسلامية قد ذهبوا إلى أن الإقرار بالشهادتين، مع الاعتقاد الخبيث، لا يصح به الإسلام، لأن الإخلاص شرط لصحة الإسلام، والإخلاص و الصورية نقيضان لا يلتقيان.

أما في حالة تغيير الديانة إلى غير الإسلام، فيميز الفقه - من حيث الآثار - بين ما إذا كان التغيير حاصلًا أثناء علاقة الزوجية، وقبل النزاع بين الطرفين، أو بعد رفع الأمر

=راشد، الوجيز في الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 163. أنظر كذلك: سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 804.

1- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 564-565.

إلى القضاء، ففي الحالة الأولى لا يجوز الاعتداد بالغش، بينما يعتد به في الحالة الثانية، و ينتج آثاره إذا توافرت شروطه¹.

هذا، ويلاحظ بأن المشرع المصري، وإن كان يعتمد الجنسية كضابط للإسناد في مواد الأحوال الشخصية، إلا أن القضاء قد جعل الديانة تقوم مقام الجنسية في الحالة التي يتم فيها التغيير إلى الإسلام، فالأجنبي الذي يتحول إلى الإسلام يتمتع في مصر بالمزايا كافة التي تمنحها الشريعة الإسلامية لأي مسلم، و بغض النظر عن دوافعه في التحول إلى الإسلام، فلا مجال لإعمال الدفع بالتحايل على القانون في هذه الحالات، و لو كانت ظروف القضية تكشف بجلاء على أن المتحول إلى الإسلام لم يقصد سوى الإضرار بورثته مثلاً.

وبررت محكمة النقض المصرية موقفها بقولها بأن من أصول الإسلام عدم جواز الشك في نية من أعلن نفسه مسلماً، بل عدم جواز البحث عن باعث إسلامه، خصوصاً، وأن في الفقه الإسلامي قاعدة شهيرة تقرر أن للشرع الظاهر، والله يتولى السرائر، ودلت على استشهادها المتقدم بقوله تعالى: "ولا تقولوا لمن ألقى إليكم السلام لست مؤمناً"²، وبالحدِيث الشريف الذي أنب شخصاً تشكك في صدق عقيدة آخر، بقوله "هل شققت قلبه؟"³

1- الطيب زروتي، أثر اختلاف ديانة الزوجين و جنسيتهم...، مرجع سابق، ص 917.

2- سورة النساء/ من الآية 94.

3- أخرجه مسلم حديث (96)، وأخرجه البخاري في كتاب (المغازي) باب "بعث النبي عليه الصلاة والسلام أسامة بن زيد إلى الحرقات من جهينة) حديث (4021)، وأخرجه أبو داود في كتاب "الجهاد" باب "على ما يقاتل المشركون" حديث (2643).

أحمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص المقارن (في مصر و لبنان)...، مرجع سابق، ص 202. للاطلاع على الانتقادات الموجهة لموقف المشرع والقضاء المصريين، أنظر: هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، هامش ص ص: 531 - 534.

الفرع الثالث

موقف الفقه و القضاء و التشريعات من الغش نحو القانون

لاقت نظرية الغش نحو القانون قبولا و ترحيبا من بعض الشراح، و كانت موضع اهتمام و درس منذ زمن المدرسة الهولندية في القرن 17، و ناصرها بعد ذلك عدد غير قليل، و لكن الذين ناصروها و تحمسوا للأخذ بها، لم يتفقوا فيما بينهم على نطاق تطبيقها، فمنهم من دعا إلى تعميمها، و منهم من ذهب إلى قصر مجال العمل بها على بعض التصرفات.

وفي المقابل لاقت هذه النظرية مقاومة شديدة، إذ ظهر من يعارض الأخذ بها ويدعو إلى وجوب تطبيق القانون الذي أصبح مختصا على إثر تغيير ظروف الإسناد، دون النظر في الباعث الذي دفع الأفراد إلى تغييره، وقد اعتمد كل من الفريقين على أدلة خاصة به¹.

عُرفت نظرية الغش نحو القانون في جل الأنظمة القانونية المعاصرة، فقد استقر عليها القضاء الفرنسي منذ حكم محكمة النقض في قضية الأميرة بوفورمون، كما أخذ بها القضاء في بلجيكا وإيطاليا، أما في ألمانيا فلا يزال الفقه و القضاء مترددان، وأكثر تضيقا للأخذ بها.

أما فيما يتعلق بالدول العربية، فبالرغم من عدم نص قوانينها على الغش نحو القانون، باستثناء القانونين التونسي والجزائري، فإن القضاء و الفقه مستقران على استبعاد القانون

1- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص ص 198-199. لتفاصيل أكثر عن هذه الحجج، أنظر: ص ص 199 - 202 من نفس المرجع.

المختص بواسطة الغش، ولعل الأساس القانوني لذلك هو أحكام القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية، بوصفها مصدرا لمعظم القوانين العربية¹.

من جهتها أخذت بالغش نحو القانون لائحة الاتحاد الأوربي رقم 2012/650 المتعلقة بالمواريث في المادة 26 من ديباجتها²، وكذا اتفاقية لاهاي المنعقدة في 7 جوان 1930³.

المطلب الثاني

نطاق الدفع بالغش نحو القانون والجزاء المقرر للغاش

أولى الفقه أهمية بالغة لفكرة الغش نحو القانون في إطار تنازع القوانين، ومن بين المسائل التي انصب عليها اهتمامهم، البحث عن نطاق الدفع بالغش نحو القانون نظرا لما يثيره هذا العنصر من تساؤلات وإشكالات يرجع البعض منها إلى تعدد القوانين التي ترتبط بالواقعة أو القضية التي استعمل فيها الغش نحو القانون في إطار الروابط الدولية الخاصة، أما البعض الآخر منها فينتج من اختلاف طبيعة القواعد القانونية التي قد تكون أمرة أو مكملة (الفرع الأول)، إلى جانب هذا، ونظرا لكون الغش نحو القانون يعد عملا غير أخلاقي إلى جانب كونه غير قانوني، اعتنى الفقه بالبحث عن الجزاء الذي ينبغي ترتيبه على الغاش في إطار تنازع القوانين (الفرع الثاني).

1- نصت المادة 24 من الأمر 75-58، المعدلة بالمادة 17 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المتضمن القانون المدني على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا... أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون". كذلك نص الفصل 30 من الفقرة 2 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998 على أنه: "وإذا توافرت شروط التحايل على القانون فلا عبرة لتغيير عنصر الإسناد". الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 289-290.

2 - Le considérant 26 : « Aucune disposition du présent règlement ne devrait empêcher une juridiction d'appliquer les mécanismes destinés à lutter contre la fraude à la loi, par exemple dans le cadre du droit international privé ».

3- علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 160.

الفرع الأول

نطاق الدفع بالغش نحو القانون

إن تحديد نطاق الدفع بالغش نحو القانون من شأنه أن يثير مسألتين هامتين، ذلك أن الغاش يمكن أن يستهدف بغشه قانون القاضي، ويتحقق ذلك لما يحاول التهرب من أحكام هذا القانون، كما يمكن أن يرغب في التهرب من القانون الأجنبي الذي كان يجب تطبيقه، لذا فقد ثار خلاف فقهي حول ما إذا كان الدفع بالغش نحو القانون يعمل لحماية أحكام هذين القانونين على السواء أم لا (أولاً) كما ثار خلاف فقهي بخصوص صفة القواعد التي ينوي الغاش التهرب منها لإمكانية إعمال الدفع بالغش نحو القانون (ثانياً).

أولاً - الخلاف الفقهي حول جواز الدفع بالغش نحو القانون المختص، وطنياً كان

أو أجنبياً

أُعدت نظرية الغش نحو القانون في الأصل لردع الاستبعاد الاحتياالي لقانون قاضي الدعوى فحسب¹، حتى أن القضاء الفرنسي القديم كان، و لوقت طويل، يعتبر كرافض لعقاب الغش إلا إذا كان نحو القانون الفرنسي²، أضف إلى ذلك، أنه قديماً كان يشترط، إلى جانب الشرطين المذكورين سابقاً للدفع بالغش نحو القانون، شرط ثالث يتمثل في ضرورة أن يمارس الغش نحو القانون الفرنسي، فالغش نحو القانون الأجنبي كان غير مُبالاً به³، وحتجهم في

1- موحد اسعد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 261.

2- Henri Batiffol, Paule Lagarde, op.cit, p 431, n° 373.

فقد عابت محكمة النقض الفرنسية في قضية مانثيني سنة 1929 على قضاة الموضوع على أنه ليس من صلاحيتهم انتقاد الأعمال الإدارية للسلطات الفرنسية التي منحتة الجنسية الفرنسية بالتجنس، قصد الحصول على التظليق في الوقت الذي كان القانون الإيطالي لا يبيحه (قبل سنة 1974)، وقبل ذلك كانت المحكمة نفسها قد أقرت سنة 1922 صحة طلاق السيدة فيراري طبقاً للقانون الفرنسي، مع أنها استرجعت جنسيتها بهدف التحايل على القانون الإيطالي، والحصول على حكم بالطلاق. أنظر الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري...، مرجع سابق، ص 296.

3 - Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, op.cit, p 289, n° 268.

ذلك، أن القانون الأجنبي لا سلطان له على القاضي الفرنسي، لا سيما وأن الغش نحو القانون الأجنبي كثيرا ما يكون لصالح القانون الفرنسي¹، كما أن هذا النظر يتفق مع الرأي القائل باعتبار القانون الأجنبي من مسائل الواقع، على خلاف قانون القاضي الذي يتعين على القاضي العمل على حماية سلطانه².

وقد انتقد الفقه الحديث هذا الاتجاه، مؤكدا على العكس من ذلك، ضرورة إعمال نظرية الغش، سواء كان المقصود منها هو التهرب من أحكام القانون الوطني أو من أحكام قانون أجنبي، إذ أن الغش في ذاته عمل غير خلقي، ومناف للآداب العامة المشتركة بين الأمم المتعدنة³. وإذا كان القاضي الوطني غير ملزم بالسهر على حماية القوانين الأجنبية ضد تحايل الأفراد، فإنه مع ذلك، يحق له توقيع الجزاء اللازم بالنسبة للتصرفات المخالفة للأخلاق، ولمبدأ حسن النية. ولا شك أن تحايل الأفراد للهروب من أحكام القانون الأجنبي يشكل مخالفة لقاعدة من قواعد السلوك، ولمبدأ حسن النية⁴. كما أن فكرة التعاون فيما بين الدول تفرض على كل دولة العمل على احترام القوانين الأخرى⁵.

ضف إلى ذلك أن التحايل على القانون الأجنبي يعد في الوقت نفسه تحايلا على القانون الوطني، باعتبار أن قاعدة الإسناد الوطنية هي التي تعين القانون الأجنبي الواجب

1- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 163.

2- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 565.

3- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 163.

4- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في القانون...، مرجع سابق، ص 165.

5- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 566.

التطبيق، فيجب بالتالي حماية القانون الأجنبي أيضا محافظة على الآداب وكرامة للقانون الوطني¹.

وقد اتجه القضاء الفرنسي الحديث في أحكامه الأخيرة إلى توقيع الجزاء حتى على الغش نحو القانون الأجنبي، لأن الأمر يتعلق في آخر المطاف باحتيال على قاعدة الإسناد الفرنسية². ولعل هذا الاتجاه الحديث لدليل جديد على خطأ الرأي القائل بأن القانون الفرنسي ينظر إلى القانون الأجنبي على أنه عنصر من عناصر الواقع، أو أنه يعامله على هذا الأساس³.

كما يشار إلى ظهور ذات الاتجاه في بلدان أخرى، خاصة في ألمانيا و إنجلترا والبرتغال⁴.

غير أن جانبا من الفقه الحديث قد أصر، رغم ذلك، على رفض الدفع بالغش نحو القانون في الفروض التي يهدف فيها الخصوم إلى التهرب من أحكام قانون أجنبي، بدعوى

1- نعوم سيوفي، الحقوق الدولية الخاصة، أمالي و محاضرات...، مرجع سابق، ص ص893-894، أنظر: كذلك فؤاد عبد النعم رياض، سامية راشد، الوجيز في القانون...، مرجع سابق، ص 165. أنظر كذلك: هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 539..

2- هكذا عوقب على الغش نحو القانون الأجنبي في مجال العقود (com.7 mars 1961)، و بخاصة في مجال الطلاق (Civ, 1er, 11juil, 1977 Giroux). أنظر:

Parick Courbe, op.cit, p106, n° 216.

أنظر كذلك الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري...، مرجع سابق، ص 296.

كذلك ينبغي أن نشير إلى القاعدة العامة الموضوعية بموجب قرار *Munzer*، الذي يضع كشرط لإصدار الأمر بالتنفيذ "غياب كل غش نحو القانون" دون ملاحظة تمييز بين الغش نحو القانون الأجنبي أو الغش نحو القانون الفرنسي.

Cass, 1^{re} civ, 4 janvier 1964 *Munzer* .

أنظر:

Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, op.cit, p 289, n°268.

3- هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 540.

4- موحند اسعد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 262.

أن قواعد الإسناد التي هدف هؤلاء إلى التحايل على أحكامها، لا تتعلق بالنظام العام في الفروض التي تشير فيها بتطبيق قانون أجنبي¹.

أما بخصوص موقف المشرع الجزائري في هذا الصدد فيمكن، تبينه من خلال نص المادة 24 من القانون المدني، والتي يتضح أن صياغتها تحتل أعمال الدفع بالغش، سواء كان القانون المغشوش عليه هو القانون الجزائري أو الأجنبي، وقد نص المشرع التونسي صراحة على شمول الغش نحو القانون للقانونيين معا. (الفقرة الأولى من الفصل 30 من مجلة القانون الدولي الخاص لسنة 1998)².

نتفق من جهتنا مع أصحاب هذا الاتجاه لأنه يتماشى مع ما يقتضيه المنطق، وكذا مع ضرورة مكافحة الغش أينما كان، وفي جميع الميادين.

ثانيا- الخلاف الفقهي حول طبيعة القواعد التي ينوي الغاش التهرب منها³

يتجه جانب من الفقه، إلى قصر الدفع بالغش نحو القانون على حالات التهرب من القواعد الآمرة، لأن القاعدة المكملة لا يمكن تصور التهرب من أحكامها، لأن المشرع قد خول للأفراد حرية الخروج عليها⁴.

غير أن الفقه الغالب يرى أن الغش نحو القانون يتحقق في الحالات التي يريد فيها الشخص التهرب من أحكام القواعد المكملة للقانون المختص حقيقة لحكم العلاقة، ذلك أن هذه القواعد لها نفس صفة الإلزام التي للقواعد الآمرة، فهي مثلها، لا تطبق إلا إذا توافرت الشروط اللازمة لتطبيقها، ومن بينها: ألا يتفق الأفراد على مخالفتها، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق اعتبر شرط تطبيقها متوفرا، ويلزم الأفراد بالتالي بحكمها، وعليه فإذا قام الشخص

1- هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 541.

2- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري...، مرجع سابق، ص 298.

3- مدى سلامة الدفع نحو القواعد المكملة.

4- نادية فوضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 59.

بتغيير ضابط الإسناد للتهرب من حكمها، فإن ذلك لا ينفي صفة الإلزامية عنها، ولذلك، لا ينبغي أن تعامل القواعد المكتملة معاملة مغايرة لمعاملة القواعد الآمرة، فالغش يتحقق في كليهما كما أن الغش هو غش في جميع الحالات، وينبغي مطاردته أينما كان¹.

الفرع الثاني

جزاء الغش نحو القانون

ساد في القانون الداخلي مبدأ «*fraus omnia corrumpit*»، ومعناه أن الغش يفسد العمل المعاب كليا، بينما في القانون الدولي الخاص فإن الجزاء لا يمكن أن يكون كاملا بنفس الكيفية، بغض النظر عن الصرامة التي ينبغي أن تظهر.

لا يتوقف على دولة القاضي تقرير مدى شرعية العمل الذي تم في دولة أجنبية، وإنما يكون لها فقط ضمن سلطاتها، أن تعتبر هذا العمل مجردا من الأثر فيها، فيتعلق الأمر إذن بعدم حجية ذلك العمل في دولة القاضي، دون إبطاله. لكن الصعوبة تكمن في تحديد الأمور عديمة الحجية²، إذ أن الغش و كما رأينا، يتمثل في استعمال وسيلة مشروعة للوصول إلى غاية غير مشروعة.

1- بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 194، لتفاصيل أكثر حول هذا العنصر، أنظر: هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 541-543.

ففي مجال العقود الدولية مثلا، حيث يتمتع الأفراد بحرية واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق، لا يحق للأفراد رغم ذلك الخروج بالرخصة- التي خولهم إياها المشرع- عن هدفها، وهو تيسير المعاملات الدولية، فلا يجوز للأفراد ممارسة حرية الاختيار التي خولهم إياها المشرع في مجال العقد الدولي، للتوصل إلى إخضاع العقد لقانون لا يستجيب لطبيعة العلاقة، ولا تربطه بالعقد أية صلة، وذلك تحقيقا لمصلحة ذاتية للمتعاقد.

فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 164.

2- Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, op.cit, p 290, n° 269. كذلك : Bernard Audit, op.cit, p 219, n° 243.

وقع خلاف بين الفقه حول مجال عدم السريان، فيما إذا كان يشمل الوسيلة المستعملة والغاية المحققة معا، أم يقتصر أثره على الثانية وحدها باعتبارها النتيجة الرئيسية، والدافع الحقيقي إليه¹.

يرى فريق من الفقه، ومنهم نيبواييه، اقتصار الجزاء على عدم الاحتجاج بالأثر الذي أراد ذووا الشأن الغش من أجله². كما أن الجزاء في قضية "Caron" السالفة الذكر تضمن إبقاء (التحفظ) في الميراث على ثلثي العقار (كل وارثين اثنين ينتفعان بثالث المدخر)، إذا لم يأخذ القاضي في الاعتبار نقل المال إلى بلد أجنبي، وطبق القانون العيني الفرنسي³.

ولا يخفى ما في هذا الرأي من مجافاة للمنطق القانوني السليم، ذلك أن القول بإبطال النتيجة التي أراد الأفراد تحقيقها دون الوسيلة، أي دون الإجراء القانوني الذي ترتبت عليه هذه النتيجة، من شأنه خلق أوضاع قانونية تنتج آثارا متناقضة. فالشخص الذي تجنس بجنسية جديدة سيظل وفقا لهذا الرأي محتفظا بجنسيته الجديدة، وستترتب على ذلك آثار قانونية عديدة، وفي الوقت ذاته، سيظل الشخص خاضعا لأحكام قانون جنسيته الأولى بالنسبة للنتائج التي أراد تحقيقها بتغيير جنسيته.

1- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري...، مرجع سابق، ص 300. أنظر كذلك: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 568. موحد اسعد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 262.

2- والظاهر أن محكمة النقض الفرنسية من هذا الرأي، فقد اقتصرت في حكمها في قضية السيدة دي بوفرمون على اعتبار تطبيقها عديم الأثر في فرنسا، ولم تحكم ببطان تجنسها بالجنسية الألمانية. أنظر: علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 165. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 266. أنظر كذلك:

Henri Battifol, Paul Lagarde, op,cit, p 433, n° 375. François Mélin, op,cit, pp 141-142.

3- Patrick Courbe, op,cit, p106, n° 214.

- لتفاصيل عن حجج هذا الرأي راجع: عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 189-190.

ومن الواضح أن هذا الحل لا يحقق استقرار المراكز القانونية، كما أنه يشكل جزاء لا داعي له بالنسبة للأفراد، ذلك أن الفرد الذي يكتسب جنسية جديدة للهروب من أحكام قانون دولته الأولى بشأن تصرف معين لم تعد له أية مصلحة في الاستمرار في جنسيته الجديدة، إذ أن سبب دخوله فيها قد انتفى، و هو القيام بالتصرف الذي تم إبطاله¹.

لذلك فإن الرأي الراجح، فقها وقضاء، يرى أن أثر الغش لا يتناول عدم نفاذ النتيجة التي يهدف إليها الغاش من وراء تغيير ضابط الإسناد فقط، بل أنه يتناول أيضا الوسيلة التي لجأ إليها الشخص للتوصل إلى النتيجة غير المشروعة².

ويبرر هذا الفقه شمولية الجزاء للوسيلة والغاية معا بأنه يؤدي من جانب إلى السهولة في تطبيقه، ومن جانب آخر، إلى عدم مضاعفة - بدون وجه حق- للجزاء ليشمل آثارا أخرى لم يكن الشخص المرتكب للغش قد أراد الإفلات بشأنها من أحكام القانون المختص أصلا بحكم العلاقة³.

إن التطبيق العام للجزاء على مجمل آثار العمل الاحتيالي لا يتحقق إلا إذا تعلق الأمر بعمل قانوني، أما إذا كان الغش قد تحقق بعمل مادي، كنقل منقول من بلد إلى آخر، فإن رفض آثار هذا العمل لا تمنع تواجد هذا الأخير، مما يؤدي إلى إنتاج آثاره الأخرى⁴.

1- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في القانون...، مرجع سابق، ص 166.

2- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 323.

3- فالأميرة "بوفرمون" مثلا أرادت فقط التهرب من المانع الوارد في قانونها، والذي يجرمها من الحصول على التظليق، فلماذا نمدد الجزاء إلى آثار لم تبحث عنها، فالمنطق يقضي بقصر جزاء الغش على الأثر الذي ارتكب الغش من أجله دون غيره. أنظر: بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 197.

4- فمثلا إذا كان المنقول قد حول غشا للخارج بهدف التهرب من أحكام قانون القاضي المتعلقة بنقل الملكية، فإن هذه الأحكام تبقى مطبقة، و بالمقابل، فإذا حدث وأن تلف ذلك المنقول في الخارج من طرف ثالث فإن مسؤولية هذا الأخير ستخضع للقانون الأجنبي، لأن المال موجود فعلا في الخارج. أنظر:

Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, op,cit, p 291, n° 269.

الفصل الثاني

صعوبات تحديد القانون الواجب التطبيق على الميراث في الزواج المختلط

إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق قانون معين على مسألة تتعلق بالميراث في الزواج المختلط، فإنه سيتم التساؤل فيما إذا كان القاضي سيطبق القواعد المادية فيه والمتعلقة بالميراث أم قواعد إسناده؟ هذا الإشكال الذي من شأنه أن يعترض القاضي في حله لمسألة الميراث هذه، أطلق عليه الفقه "نظرية الإحالة". (المبحث الأول).

من المشاكل الفنية التي قد تثار كذلك أمام القاضي الوطني بعد تحديد القانون الواجب التطبيق على المسألة الأصلية محل النزاع ذو الطابع الدولي والمعروض على هذا القضاء، مشكلة تحديد قاعدة الإسناد التي يتعين على القاضي الوطني أن يستعين بها للكشف عن المسائل الأولية، أي قاعدة الإسناد في دولة هذا القاضي المطروح عليه النزاع الأصلي، أم هي قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم المسألة الأصلية؟. فإذا كان النزاع المطروح على القضاء متعلقاً بميراث زوجة جزائرية من زوجها الفرنسي (المسألة الأصلية)، فإن الفصل في هذا النزاع يتطلب أولاً التحقق من كون العلاقة الزوجية التي تربطهما صحيحة (المسألة الأولية)، (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الإحالة و أثرها في تحديد القانون الواجب التطبيق على الميراث

إن سبب ظهور نظرية الإحالة مرده اختلاف قواعد الإسناد بين الدول، فبينما يخضع الميراث مثلاً في البعض منها لقانون الجنسية، نجده يخضع في دول أخرى لقانون الموطن، فلو أن قواعد الإسناد كانت موحدة بين كافة الدول لما كان ثمة مجال لظهور هذه المشكلة، ولتَمَّ النظر إلى القانون المختص بوصفه وحدة لا تتجزأ. فلو عرض مثلاً على القاضي

الجزائري نزاع يتعلق بالتركة الخاصة بمواطن مصري، فإنه لا خلاف في شأن وجوب تطبيق القانون المصري في هذه الحالة، بوصفه القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في كل من الجزائر ومصر.

تعتبر الإحالة من النظريات التي برزت قديما في مجال القانون الدولي الخاص، وقد كان لها تأثير كبير في حل مسائل الميراث في تنازع القوانين بصفة عامة وفي الروابط الزوجية المختلطة بصفة خاصة (المطلب الأول) فحظيت باهتمام الفقه، وقد اختلفت التشريعات بشأن الأخذ بها من عدمه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الإحالة

حظيت الإحالة باهتمام كبير منذ نشأتها نظرا لتأثيرها الواضح في حل القضايا التي تثار في إطار تنازع القوانين، وقد اعتمد أغلب الفقه على تعريفها انطلاقا من مشكل التنازع السلبي، كما أن نشأتها عرفت خلافا بين الفقهاء (الفرع الأول)، و هي على نوعين (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الإحالة و أصولها التاريخية

تعتبر الإحالة من النظريات التي تعددت التعاريف التي قيلت بشأنها (أولا) حتى أن نشأتها عرفت خلافا فقها ولو أن أغلبهم أرجع أصلها التاريخي لقضية "فورغو" المتعلقة بالميراث (ثانيا)

أولا - تعريف الإحالة:

أ- تعريف الإحالة كنظرية في القانون الدولي الخاص

يعرف البعض الإحالة بأنها: " تلك الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية، متى اختلفت مع هذه الأخيرة، و كان التنازع بينهما سلبيا"¹.

بينما يعرفها البعض الآخر بأنها: " تلك الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية، متى اختلفت مع هذه الأخيرة، و كان التنازع بينهما سلبيا"².

في حين يعرفها البعض الآخر بأنها: 'إحالة القانون المختص بحل النزاع المشوب بعنصر أجنبي إلى قانون آخر لعدم قبوله الاختصاص فيه لنفسه"³.

كما عرفت الإحالة على أنها: " تلك النظرية القائلة بوجود تطبيق قاعدة الإسناد في القانون الواجب التطبيق طبقا لقاعدة الإسناد الوطنية"⁴.

تعرف كذلك بأنها: "النظرية التي تلزم بتطبيق قواعد الإسناد الأجنبية أولا في القانون الذي تقرر تطبيقه بموجب قواعد إسناد دولة المحكمة التي تنظر في النزاع، على شرط أن يكون هناك اختلاف في الحكم ما بين قواعد الإسناد الوطنية و قواعد الإسناد الأجنبية"⁵.

يلاحظ على هذه التعريفات بأنها تتمحور كلها حول فكرة واحدة مفادها أن الإحالة هي حل لمشكل التنازع السلبي، و أنها تؤدي إلى تطبيق قواعد الإسناد في القانون المعين وفقا لقانون القاضي و ليس القواعد الموضوعية فيه.

- 1- نقلا عن: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 143-144.
- 2- صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة...، مرجع سابق، ص 189.
- 3- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 123.
- 4- محمد تكمنت، الوجيز في القانون الدولي...، مرجع سابق، ص 39.
- 5- نقلا عن ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 56.

من جهتنا يمكن أن نعرف الإحالة بأنها: " تطبيق لقواعد الإسناد في القانون المعين بواسطة قاعدة التنازع في دولة القاضي (قاعدة الإسناد الوطنية) في حالة وجود تنازع سلبي بينهما".

والواقع أنه لا تكفي استشارة قاعدة الإسناد في قانون القاضي، وتطبيق القانون الأجنبي الذي تعينه، بل ينبغي أيضا استشارة هذا القانون الأجنبي لمعرفة ما إذا كان يقبل الاختصاص أم لا، وتستهدف الإحالة محاولة إيجاد حل للإشكال الذي يسببه كل من التنازع الإيجابي و السلبي¹. ولو أن الخلاف يبدو أقل بالنسبة للتنازع الإيجابي لأنه في هذا النوع من التنازع يطبق القاضي قاعدته الخاصة وليس قاعدة دولة أجنبية، فإذا كان كل مشروع يسن بواسطة سلطته الخاصة قواعد إسناد دون الاهتمام باختلاف وتشعب قواعد الإسناد فهذا على ما يبدو رغبة منهم في أن يطبق قضائهم نظامهم وليس نظام الآخرين. لا يمكن مع ذلك استبعاد تطبيق قواعد الإسناد لدولة أجنبية بصفة كلية، لوجود الفرضية الخاصة بالتنازع السلبي، والتي فسحت المجال للإحالة، هذه الأخيرة التي تحظى بأهمية كبيرة في القانون الدولي الخاص، نظرا لتأثيرها في عديد المواضيع المتعلقة به والتي من بينها الميراث في الزواج المختلط².

ب - أمثلة عن الإحالة باعتبارها إشكالا في حل مسائل الميراث في الزواج المختلط

إن اختلاف قواعد الإسناد من دولة إلى أخرى من شأنه أن يؤدي إلى نوعين من التنازع، أحدهما إيجابي، و الآخر سلبي. ففي الأول تعطي كل واحدة من قاعدتي الإسناد المتنازعتين الاختصاص لقانونها الداخلي³، و لإيضاح هذه الحالة في مجال الميراث في

1- موحند اسعد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 195. أنظر كذلك: محمد براسي، الإحالة على ضوء القانون الدولي الخاص الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، العدد 9، 2012، ص ص 12-13.

2 - Henri Batiffol, Paul Lagarde, op.cit, p 351-352, n° 299.

3 -Ibid, p 351, n° 299.

أنظر أيضا:

Françoi Melin, op.cit, p 116.

الزواج المختلط، نفترض أن جزائريا متزوج بفرنسية، توفي مقيما في فرنسا (قبل 17 اوت 2015) تاركا بها تركة منقولة و عقارية، فإذا رفعت الدعوى أمام محكمة فرنسية، فإنها ستطبق القانون الفرنسي الذي تقضي قاعدة إسناده بإخضاع التركات المنقولة إلى قانون آخر موطن، و التركات العقارية لقانون مكان الموقع. أما إذ رفعت الدعوى ذاتها أمام محكمة جزائرية، فإن هذه الأخيرة ستطبق القانون الجزائري، وفقا للمادة 16 ق.م.ج السالفة الذكر، وبذلك نجد أن كلا القانونين المتدخلين (الفرنسي والجزائري) يعلنان اختصاصهما، و هذه هي حالة التنازع الإيجابي¹.

أما التنازع السلبي، فيتحقق حينما تمنح كل قاعدة إسناد الاختصاص للقانون الآخر². فلو فرضنا أن فرنسا مقيما في الجزائر قد توفي (قبل 17 اوت 2015) تاركا بها تركة منقولة و عقارية، و رفعت الدعوى المتعلقة بتركته أمام المحكمة الفرنسية، فإن هذه الأخيرة ستطبق القانون الجزائري، باعتباره قانون آخر موطن للمتوفى فيما يخص المنقولات، وقانون الموقع بالنسبة للعقارات. أما في حالة ما إذا رفعت ذات الدعوى أمام المحكمة الجزائرية فإنها ستطبق المادة 16 ق.م.ج التي تشير إلى تطبيق القانون الوطني للمورث، ألا وهو القانون الفرنسي.

ولنفترض كذلك أن جزائريا تزوج بفرنسية وكانا يقيمان بالجزائر، توفيت الزوجة الفرنسية في الجزائر سنة 2016، مخلفة تركة، فإذا رفعت القضية أمام القضاء الجزائري فإنه سيطبق القانون الفرنسي طبقا للمادة 16 ق.م.ج، أما إذا رفعت القضية أمام القضاء الفرنسي فإنه سيطبق القانون الجزائري طبقا للمادة 21 من اللائحة.

1- موحد اسعد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 194.

2- Henri Batiffol, Paul Lagarde, op.cit, p 351, n° 299. أنظر أيضا: François Melin, op.cit, p 116.

ويبرز الإشكال في هذه الحالة من خلال كون القانون الفرنسي المعين من طرف قاعدة الإسناد الجزائرية، يرفض الاختصاص الممنوح له، كما يرفض القانون الجزائري المعين من قبل قاعدة الإسناد الفرنسية الاختصاص الممنوح له، والسبب في ذلك يرجع لاختلاف قواعد الإسناد، وهذه هي حالة التنازع السلبي.

ثانيا - ربط الأصل التاريخي للإحالة بقضية "فورغو" *Forgo* المتعلقة بالميراث:

اختلف الفقه حول تاريخ ظهور الإحالة، فبينما يرى البعض بأنها ظهرت أول مرة أمام المحاكم الإنجليزية، ثم انتقلت عام 1875 إلى فرنسا، حيث اعتقدتها محكمة النقض الفرنسية في قضية "فورغو" *Forgo* عام 1887⁽¹⁾، فإنه، وعلى خلاف ذلك، يذهب البعض الآخر إلى القول بأنها قد ظهرت في فرنسا ابتداءً عندما قامت محكمة النقض الفرنسية بإعمالها في قضية "فورغو" *Forgo*، فأصحاب هذا الاتجاه ينكرون النشأة الأولى للنظرية في إنجلترا، بينما يذهب اتجاه ثالث إلى أن نظرية الإحالة كانت مطبقة في محاكم دول مختلفة منذ زمن بعيد².

أمام هذا الاختلاف في الاتجاهات، ينوه فقهاء العديد من الدول الأوربية إلى قدم تاريخ الإحالة، مبررين ذلك بصدور أحكام تتعلق بها من محاكم دولهم دون الإفصاح عنها، إلا أن هذه الفكرة لم تتبلور تماما وتجذب نظر رجال الفقه، وتحظى بالمزيد من عنايتهم إلا في الربع الأخير من القرن التاسع عشر، منذ القضية الشهيرة التي عرضت على القضاء الفرنسي، وتردد ذكرها في كتب الفقه في البلاد الأوربية والبلاد الأنجلو أمريكية، والمعروفة باسم "قضية فورغو"، و التي تتلخص وقائعها فيما يلي:

كان فورغو ابنا طبيعيا "بافاري" الجنسية، انتقل للعيش بفرنسا في سن الخامسة، إلا أن توطنه فيها كان فعليا لا قانونيا، إذ لم يكن مسموحا له بالتوطن قانونا فيها طبقا للأحكام

1 - cass.civ, 24 juin 1878, *forgo*.

2- هشام خالد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 469.

الفرنسية، و بذلك كان يعتبر و كأنه مازال متوطنا قانونا في بافاريا. توفي فورغو في سن الثامنة والستين (68) بفرنسا عن ثروة منقولة تركها بها، وأثير النزاع أمام القضاء الفرنسي حول تركته بين الدولة الفرنسية وحواشي المتوفى.

قاعدة الإسناد الفرنسية التي تخضع ميراث المنقولات لقانون الموطن الأخير القانوني للمتوفى، عينت بذلك القانون البافاري باعتباره الواجب التطبيق، من جهتها قضت قاعدة الإسناد البافارية بتطبيق الموطن الأخير للمتوفى، وقد كان فورغو من وجهة النظر البافارية، متوطنا في فرنسا¹.

وبناءً عليه طالبت إدارة الدومين العام في فرنسا بتطبيق القانون الفرنسي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد البافارية، سعياً منها إلى الاستفادة من أحكامه (أحكام القانون الفرنسي) التي تعتبر التركة في هذا الفرض شاغرة، على أساس أن المطالبين بها من الحواشي الذين لا يحق لهم الميراث، وبذلك تؤول ملكية التركة إلى الدولة - ممثلة في إدارة الدومين العام - باعتبارها مالكا للأموال التي لا مالك لها، بمقتضى المادة 317 من القانون المدني الفرنسي²، فقبلت محكمة النقض الفرنسية إذن الإحالة للقانون المادي الفرنسي بواسطة قاعدة الإسناد البافارية.

الفرع الثاني

أنواع الإحالة

يوجد نوعان من الإحالة: إحالة من الدرجة الأولى (أولاً)، وإحالة من الدرجة الثانية

(ثانياً).

1 - Henri Batiffol, Paul Lagarde, op.cit, p 352, n° 299. أنظر أيضا :

Dominique Holleaux et autres, op.cit, p 241-242, n° 474.

2- هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 92.

أولاً - الإحالة من الدرجة الأولى (الإحالة على قانون القاضي)¹.

نكون أمام إحالة من الدرجة الأولى عندما تتخلى قاعدة التنازع في قانون الدولة الأجنبية التي انعقد لها الاختصاص، عن اختصاصها لقانون القاضي الناظر في النزاع². وبذلك فإن الاختصاص التشريعي الذي منح للقانون الأجنبي، أحيل مرة أخرى إلى القانون الوطني، فإذا كانت هذه الإحالة مقبولة، فإن القاضي المعروض عليه النزاع يطبق قانونه الوطني³.

ومثالها أن يرفع أمام القاضي الجزائري نزاع متعلق بتركة بريطاني توفي متوطنا قانونا في الجزائر، فقواعد الإسناد الجزائرية تمنح اختصاص الفصل في النزاع للقانون البريطاني بصفته قانون جنسية المتوفى وقت الوفاة، غير أن قواعد إسناد القانون البريطاني ترجع الاختصاص للفصل في النزاع إلى قانون القاضي الجزائري⁴.

وعلى ذلك، فإن هذه الصورة تتحقق إذا ما توفرت الشروط الآتية:

- أن يشير قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي معين على المسألة المطروحة.
- عندما يطبق القاضي القانون الأجنبي المختص، عليه أن يبادر أولاً إلى استشارة قواعد إسناد هذا الأخير، و ليس قواعد الموضوعية، ذلك أن المقصود بالإحالة هو النظر إلى القانون الأجنبي المختص في جملته.

1- يسميها كذلك الفرنسيون الإحالة ذات الدرجة الواحدة، و يسميها الأستاذ أرمنجون الإحالة الحقيقية، كما يطلق عليها الأستاذ أبو هيف " الرجوع". أنظر: عز الدين عبد الله، القانون الدولي...، مرجع سابق، ص 144. بينما سماها الدكتور محمد كمال فهمي "الإحالة القريبة". أنظر محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 419.

2- عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 70، أنظر كذلك: بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 98. محمد تكمنت، الوجيز في القانون الدولي...، مرجع سابق، ص 40.

3- Dominique Holleaux et autres, op.cit, p 241, n° 471.

4- محمد براسي، الإحالة على ضوء القانون الدولي...، مرجع سابق، ص 14.

- أن يتضح للقاضي أن قاعدة الإسناد الأجنبية تتخلى عن اختصاصها لصالح قانونه الوطني¹.

تعتبر الإحالة من الدرجة الأولى الأكثر شيوعاً في التطبيق العملي من غيرها²، وتمثل قضية فورغو السابق ذكرها أنموذجاً لها، فالقاعدة الفرنسية عينت القانون البافاري، الذي أحال بدوره القضية للقانون الفرنسي، فقبل هذا الأخير الاختصاص، فتم تطبيقه³. من الأمثلة العملية كذلك، والمتعلقة بالميراث، والتي أثرت فيها الإحالة من الدرجة الأولى، نجد تلك المنازعة التي طرحت حول تركة عقار كائن في لبنان، لمتوفى يحمل الجنسية الفرنسية، فقواعد الإسناد اللبنانية قضت بتطبيق قانون جنسية المتوفى، أي القانون الفرنسي، غير أن قواعد إسناد هذا الأخير تنص على تطبيق قانون موقع العقار (إذا كانت التركة منسوبة على عقار) أي القانون اللبناني في هذه القضية، أي أن القانون الفرنسي أعطى الاختصاص مجدداً إلى قانون القاضي الناظر في النزاع⁴.

ثانياً - الإحالة من الدرجة الثانية (الإحالة على قانون أجنبي آخر)⁵:

تتخلى (بمقتضى هذه الصورة) قاعدة الإسناد الأجنبية التي عينت بموجب قانون القاضي عن اختصاصها كما في الصورة الأولى، إلا أنها في هذه الحالة لا تعيد

1- عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي...، مرجع سابق، ص 8.

2- غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 126.

3- موحد اسعد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 196.

4- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 87.

5- يسميها الفرنسيون الإحالة ذات الدرجة الثانية، و يسميها الأستاذ "أرمنجون" الإحالة المطلقة، أنظر: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 145. تسمى كذلك بالرجوع المضاعف أو الإحالة المركبة.

محمد خيرى كصير، حالات تطبيق قانون...، مرجع سابق، ص 186، كما يسميها الدكتور "محمد كمال فهمي" الإحالة البعيدة، أنظر: محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 419.

الاختصاص لقانون القاضي الناظر في النزاع، إنما لقانون دولة أجنبية¹، فقبول الإحالة بهذا الشكل يقود القاضي إلى تطبيق قانون هذه الدولة الأجنبية، هذا و يمكن تصور إحالة إلى قانون رابع و خامس إلى غاية أقصى درجة، كما يمكن تصور حدوث إحالة دائرية ترجع بنا في الأخير إلى قانون القاضي².

يتضح من خلال هذا التعريف أن هذا النوع من الإحالة يشبه الإحالة من الدرجة الأولى من حيث الشرط الأول السالف الذكر، إلا أنها تختلف عنها في الشرط المتمثل في كون قاعدة الإسناد الأجنبية المعقود لها الاختصاص بموجب قانون القاضي، تحيل اختصاصها إلى قانون ثالث و ليس إلى قانون القاضي³.

و من الأمثلة التي يمكن أن نعطيها لتوضيح مدى تأثير الإحالة من الدرجة الثانية في الميراث في الزواج المختلط، هي أن يثور أمام القاضي في الجزائر نزاع يتعلق بميراث منقولات خاصة بإنجليزي متزوج بجزائرية و توفي متوطنا في فرنسا، فالقانون الواجب التطبيق أمام القاضي الجزائري هو القانون الإنجليزي بوصفه قانون جنسية المتوفى، غير أنه، بالرجوع إلى قاعدة الإسناد الإنجليزية، نجد أنها تعقد الاختصاص للقانون الفرنسي باعتباره قانون موطن المتوفى، وبذلك يكون القانون الإنجليزي قد تخطى عن اختصاصه ليس لصالح قانون القاضي (القانون الجزائري)، إنما لصالح قانون دولة⁴ (القانون الفرنسي).

ومن بين القضايا العملية المتعلقة بالميراث، والتي أثرت فيها الإحالة من الدرجة الثانية نجد النزاع الذي رفع أمام المحكمة الألمانية، والمتعلق بتركة أحد البلجيكيين الكائنة في

1- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 86. أنظر كذلك: موحد اسعد، القانون

الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 197. بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 101.

2- Dominique Holleaux, Jacques Foyer, op.cit, p 241, n° 471.

3- محمد براسي، الإحالة على ضوء القانون...، مرجع سابق، ص ص 15-16. أنظر كذلك: محمد خيربي كصير، حالات تطبيق...، مرجع سابق، ص 187.

4- عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 9.

روسيا، حيث أشارت قاعدة الإسناد الألمانية إلى تطبيق القانون الوطني للمتوفى، ألا وهو القانون البلجيكي، غير أن قواعد إسناد هذا الأخير أحالت الاختصاص الذي عقد لها إلى القانون الروسي، باعتباره قانون موقع الأموال، فطبق القضاء الألماني هذا القانون، وأخذت بذلك بإحالة القانون البلجيكي إلى القانون الروسي¹.

المطلب الثاني

الموقف الفقهي والقضائي والتشريعي من نظرية الإحالة

تعتبر الإحالة من بين أهم مواضيع القانون الدولي الخاص إثارة للجدل فقها (الفرع الأول) وقضاء وتشريعا (الفرع الثاني).

الفرع الأول

موقف الفقه من نظرية الإحالة

اختلف الفقه بخصوص نظرية الإحالة وارتكزت أوجه التعارض بينهم ليس فقط حول الأخذ بها أو رفضها (أولا)، بل وحول نطاقها كذلك (ثانيا).

ورغم هذا الخلاف القائم بين خصوم الإحالة و مؤيديها، إلا أن بعض أنصار الإحالة، خاصة الإحالة البسيطة، يفضلون عدم الأخذ بها بصورة مطلقة، وتقييد تطبيقها بحالات معينة، ويتجه جانب كبير من هؤلاء إلى استثناء حالتين لا يجوز فيهما قبول الإحالة أيا كان نوعها².

1 - Henri Batiffol, Paul Lagarde, op.cit, p 359, n° 307.

أنظر كذلك: سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 643-644.

2- المرجع نفسه، ص 654.

تخص هاتان الحالتان:

- قاعدة خضوع التصرفات القانونية لقانون إرادة المتعاقدين.

- قاعدة خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون بلد إبرامهما.

وينبغي التنبيه إلى أن خلافا قام بين الفقهاء فيما يخص مسائل الأحوال الشخصية، إذ رأى فريق منهم ضرورة حصر الإحالة في هذه المسائل، بينما رفض جانب آخر الأخذ بها في هذا المجال (ثالثا).

أولا - الخلاف الفقهي حول الأخذ بفكرة الإحالة من عدمه:

عرفت الإحالة خلافا بين الفقه، ففي الوقت الذي برز فيه فقهاء أنصار يدافعون على فكرة الإحالة و يطلبون تعميمها على كافة المسائل القانونية، مبررين رأيهم بحجج وبراهين، برزت جماعة أخرى ترفضها، وتدحض آراء أنصارها، معتمدة هي الأخرى على أدلة¹.

1- حجج أنصار الإحالة²

- يرى أنصار الإحالة بأن قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية في أي قانون تعتبر كلا لا يتجزأ، إذ يكمل بعضها بعضا، وهما مرتبطان كارتباط الإنسان بظله ، هذا ما يفرض على القاضي البدء بتطبيق قواعد التنازع في القانون الأجنبي المعين بموجب قاعدة إسناده، أما القواعد الموضوعية فيه فإنه لا يعمد إلى تطبيقها إلا إذا أشارت إليها قواعد التنازع فيه (أي في القانون الأجنبي).

إن الخروج عن هذا الترتيب، والبدء باستشارة القواعد الموضوعية، يعتبر إهدارا لإرادة المشرع الأجنبي، بالإضافة إلى أنه يشكل تطبيقا لهذا القانون الأجنبي في غير الحالات التي أرادها له مشرعه³، ذلك أن كل دولة بما لها من سيادة تتكفل بتحديد الأحوال التي تخضع

1- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 130.

2- من أشهر أنصار الإحالة في إنجلترا: "دايسي" Dicey، "ويست ليك" West Lak . و في فرنسا "فايس" Weiss "باتيفول" Batiffol. و في ألمانيا "مكجر" Melchior، "نسباوم" Nussbaum ، "فرانشتاين" Frankeshtein، "فون بار" Bar Von و "كيدل" Kidel. و في إيطاليا "فيوري" Fiore ، و "ولف" Wolff. و في أمريكا "Cowan" ، "Griswald" . أنظر: المرجع نفسه ، ص 130.

3- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 93.

لقانونها، وتلك التي لا تخضع له، فإذا ما أشار قانون القاضي إلى اختصاص قانون أجنبي لا يقره هذا الأخير لنفسه، فإن هذا يعتبر اعتداء على سيادة تلك الدولة الأجنبية¹.

- تهدف الإحالة إلى تحقيق التناسق بين النظم القانونية، وتوحيد الحلول فيها بين الدول التي تكون على اتصال بالعلاقة، فإذا قبل القاضي الوطني الإحالة فإنه سيحل محل القاضي الأجنبي (في الدولة الأجنبية التي تشير إليها قاعدة الإسناد) فيما لو عرض عليه النزاع، حينئذٍ سيبدأ بطبيعة الحال باستشارة قواعد إسناد ذلك القانون الأجنبي، و يترتب على هذا الانسجام نتيجة ذات أهمية بالغة تكمن في كون الحكم الذي سيصدره القاضي الوطني سيكون قابلاً للاعتراف به و تنفيذه في الدولة الأجنبية التي أشار قانون القاضي بتطبيق قانونها، سيما في الفرض الذي تتطلب فيه دولة التنفيذ أن يكون الحكم الأجنبي (المراد تنفيذه) قد احترم أحكام القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد عندها².

- إذا أشار قانون القاضي بتطبيق قاعدة إسناد دولة تتعدد فيها الشرائع تعددًا إقليمياً، مثل الولايات المتحدة الأمريكية، أو تعددًا شخصياً، مثل: دول الشرق الأوسط كلبنان، فإن تطبيق القواعد الموضوعية التي تتضمنها يعتبر أمراً بالغ الصعوبة بالنسبة للقاضي الوطني، في حين أنه، لو أن قواعد إسناد هذه الدول المتعددة الشرائع تحيل اختصاصها إلى قانون القاضي، ويقبل القاضي بهذه الإحالة، فإن الأمر سيسهل عليه لا محالة لأن قانونه هو الذي سيصبح مختصاً آنذاك³.

1- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 422.

2- هشام خالد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 576-577. أنظر كذلك: محمد عكاشة عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 7، عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 152.

3- بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 104.

2 - حجج رافضي الإحالة¹:

لم يكتف ناقدا الإحالة بالرد على حجج مؤيدي الإحالة، بل أقاموا بدورهم حججا لهدم الفكرة من أساسها، نلخص أهمها².

1- رد رافضوا الإحالة على حجج مناصري الإحالة كما يلي:

- ليس من الصحيح النظر إلى القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة التنازع الوطنية، باعتباره كلا لا يتجزأ، ذلك أنه ينبغي التفريق بين قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، والقواعد الموضوعية فيه، فبينما تعنى الأولى ببيان الحالات التي يطبق فيها القانون الأجنبي وتلك التي يطبق فيها القانون الوطني، تعنى الثانية بالفصل في المسألة المتنازع حولها و إعطاء حل لها بطريقة مباشرة³.

ثم، ومن جهة أخرى، لو فرضنا أنه إذا تم التسليم بهذه الحجة، والنظر إلى القانون الأجنبي ككل لا يتجزأ ، وكانت قواعد الإسناد في هذا الأخير تحيل اختصاصها إلى قانون القاضي، فإنه يتعين على القاضي آنذاك تطبيق قانونه من جديد، بما فيه من قواعد إسناد، وبذلك سيرتد الاختصاص مرة أخرى إلى القانون الأجنبي نفسه... إلخ، وهكذا إلى ما لا نهاية⁴. مما سيؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة لا يمكن التخلص منها، ويبقى بذلك القاضي في حيرة، لا يستطيع تحديد قانون معين يطبقه على النزاع، ويكون بذلك شبيها بلاعب الكرة عندما يدفع بها إلى لاعب آخر وهذا الأخير يردها إليه، وهكذا تتكرر الحالة عدة مرات،

1- من أشهر خصوم الإحالة: "لابي" (Labbe)، و في مصر "عبد الحميد أبو هيف"، و في لبنان المحامي "فؤاد رزق"، وفي العراق الدكتور "مصطفى كامل ياسين"، و في سوريا الدكتوران "سامي الميداني"، و "ماجد الحلواني"، و في فرنسا "لايني" (Laini) ، "بارتان" (Bartın)، "تیبوییه" (Niboyet) . و في إنجلترا "Cheshire".

2- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 152-153.

3- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 93.

4- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 423.

و في كل مرة يتلقف اللاعبون الكرة بالتعاقب دون أن يكون هناك أي موجب لإيقاف الكرة عند قدم أحدهم، فينعدم الاستقرار في المعاملات، لاسيما عند الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية أو أكثر. لذلك سماها الفقيه الألماني "كان" (kahn) "غرفة المرايا"، وسماها الفقيه الإيطالي "بوزاتي" (Buzzati) "لعبة التنس الدولية"¹.

لا يرى خصوم الإحالة أنه ليس في تطبيق القانون الأجنبي - في حالة لا يقر فيها بالاختصاص لنفسه- أي مساس بسيادة هذا القانون، بل إنه إذا كان ثمة محل لفكرة السيادة، فإن تطبيق القاضي لقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي هو الذي ينطوي بعينه على معنى الاعتداء على سيادة القانون الوطني، إذ أن أعمال القاضي لقاعدة الإسناد التي يملئها عليه مشرعه هو الذي يتضمن انتقاصا من سيادة قانونه².

- لا يوافق خصوم الإحالة رأي أنصارها القائل بأن الإحالة تؤدي إلى تناسق الحلول، إذ يرون أن تحقيق هذا الأمر لن يتأتى إلا إذا أخذت بعض الدول بالإحالة دون الأخرى³، فلو أخذ مثلا كل من المشرع الجزائري و المشرع الفرنسي بالإحالة، و كان ثمة نزاع حول ميراث فرنسي متزوج بجزائرية توفي (قبل 17 أوت 2015) متوطنا في الجزائر تاركا ثروة منقولة بها، فلو عرض هذا النزاع على القاضي الجزائري، لطبق قانونه، لأن القانون الفرنسي المختص وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي سيحيل الاختصاص إلى هذا الأخير. ولو أن ذات النزاع عُرض على القاضي الفرنسي، لطبق هذا الأخير عليه قانونه، لأن القانون الجزائري المختص وفقا لقواعد الإسناد الفرنسية (قبل 17 أوت 2015) سيحيل الاختصاص

1- غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 132-133. أنظر كذلك: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 153. أنظر كذلك:

Henri Batiffol, Paul Lagarde, op.cit, p 354, n° 301.

2- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 423.

3- عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 18، أنظر كذلك: حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة...، مرجع سابق، ص 75.

إلى القانون الفرنسي، وبذلك يتضح بأن الأخذ بالإحالة في كلا القانونين كان من شأنه أن يجعل القانون المختص يختلف باختلاف البلد المعروض فيه النزاع، ولا يمكن تفادي ذلك إلا إذا كان أحد القانونين يأخذ بالإحالة دون الآخر¹. وإذا تم التسليم بتحقق هذا الشرط فإن هذا سيكون دليلاً على هشاشة الأساس الذي تقوم عليه الإحالة، إذ لو سلم أساسها و حسن منطقتها لأخذت بها التشريعات جميعاً.

2- أما عن الأسانيد التي أسس عليها خصوم الإحالة موقفهم، فتتمثل في قولهم بأن الأخذ بالإحالة لا يتوافق و مصالح أطراف العلاقة محل النزاع، لأن القانون الذي سيكون واجباً للتطبيق في حال أعمال الإحالة قد لا يقع في حساباتهم، كما قد يضر بمصالحهم، إذ لو كانوا يعلمون مسبقاً بأن النتيجة ستكون بهذه الكيفية لحاولوا منعها بطرق ووسائل شتى².

ثانياً - الخلاف الفقهي حول نطاق الإحالة:

إزاء مختلف الانتقادات التي جاء بها معارضوا الإحالة، ظهر فريق من الشراح ينادي بالأخذ بمذهب توفيق، وهؤلاء هم أنصار مبدأ شخصية القوانين، من بينهم "فرانكشتين" (Frankenstein) و "فون بار" (Von Bar)³.

يرى أنصار هذا الفريق حصر نطاق الأخذ بالإحالة في مواد الأحوال الشخصية دون سواها من المسائل التي يحكمها القانون الدولي الخاص، و أساس هذه النظرية هو حماية الأشخاص في المسائل المتقدمة⁴، ويرى البعض قصر قبول الإحالة على الحالة التي يتعلق

1- بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 106.

2- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 135. أنظر كذلك: هشام خالد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 579.

3- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 426.

4- وبناءً على ما تقدم، وجب على القاضي الوطني الأخذ بالإحالة لتحديد القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص، ولتحديد مفهوم مسائل الحالة، وعلى هذا النحو يخضع كل مواطن لقانونه الشخصي، حسبما يقضي به قانون دولته في المسائل المعنية (الحالة).

فيها الأمر بمواد الأحوال الشخصية للأجانب، مبررين ذلك بالقول بأن بيان القانون الواجب التطبيق في هذه المواد لا يهم المشرع الوطني بقدر ما يهم المشرع الأجنبي، فمثلاً، إذا ما نصت قاعدة الإسناد الأجنبية على إخضاع الأحوال الشخصية لأجنبي إلى قانون جنسيته، و اتضح أن هذا الأخير يحيل اختصاصه في هذه المواد إلى قانون آخر كقانون الموطن مثلاً، وجب آنذاك الأخذ بهذه الإحالة وإعمال قاعدة الإسناد الأجنبية تبعاً لذلك. أما بالنسبة للوطنيين، فإنه يتعين خضوعهم في أحوالهم الشخصية لقانون جنسيتهم، وحتهم في ذلك أن المشرع الوطني قصد بإخضاعهم لهذا القانون في هذه المواد أن يطبق عليهم (على الوطنيين) أينما وجدوا، و لا يملك أي مشرع آخر الحد من هذه الرغبة¹.

و بناء على ذلك، يرى الأستاذ "فرانكشتين" (Frankenstein) ، وجود إسناد حقيقي، أو أولي، يقضي بوجوب إخضاع الأحوال الشخصية للأجانب لقانون الجنسية، وإسناد ثانوي يتضمن خضوع أحوالهم الشخصية لقانون الموطن الذي تمثله قاعدة الإسناد في قانون جنسية الأجنبي، يعمل به في حال تعذر إعمال الإسناد الحقيقي.

وقد أخذت بهذا الاتجاه قوانين بعض الدول، مثل ألمانيا، اليابان، السويد و سويسرا في بعض مسائل الأحوال الشخصية، كما أخذت به اتفاقية جنيف الدولية لعام 1930⁽²⁾.

يميل جانب من الفقه المناصر للإحالة - على عكس الاتجاه السابق - إلى رفض الأخذ بها في مجال الأحوال الشخصية، وبصفة خاصة عند اختلاف الأسس التي يقوم عليها كل من قانون القاضي والقانون الأجنبي المختص الذي أحالت قواعد الإسناد فيه إلى

- لقد اعتنقت هذه النظرية اتفاقية لاهاي لـ 12/06/1902 الخاصة بتنازع القوانين في مادة الزواج، حيث نصت المادة 1 من الاتفاقية على أنه: "يخضع الحق في إبرام الزواج لقانون جنسية الزوجين، إلا إذا كان هذا القانون يشير إلى تطبيق قانون آخر صراحة". أنظر: هشام خالد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 580.

1- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 154.

2- سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 658.

قانون القاضي، ويثار هذا الأمر بصفة خاصة في البلاد التي ترتبط فيها الأحوال الشخصية بالعقائد الدينية، وكذلك البلاد التي تتعدد فيها الشرائع الداخلية المنظمة للأحوال الشخصية باختلاف الطوائف¹، كما هو الشأن في مصر أو لبنان، فإذا انصب النزاع مثلاً على التركة المنقولة لفرنسي توفي متوطناً في مصر أو لبنان، فإن مؤدى أعمال قواعد الإسناد في كل من البلدين هو تطبيق القانون الفرنسي بوصفه قانون الجنسية، فإذا أخذنا بفكرة الإحالة، تعين الرجوع إلى قانون القاضي (القانون المصري أو اللبناني) الذي يعينه القانون الفرنسي بصفته الواجب التطبيق، إذ تحيلنا قواعد الإسناد في هذا الأخير إلى تطبيق قانون الموطن الأخير للمتوفى، ألا وهو القانون المصري أو اللبناني، والأمر الذي سيثير الإشكال لا محالة يتمثل في الكيفية التي سيطبق بها أحد هذين القانونين على المورث الفرنسي الذي يكون على الأغلب مسيحياً.

الفرع الثاني

موقف القضاء والتشريعات من الإحالة

إلى جانب الأحكام القضائية العديدة التي تضمنت نظرية الإحالة (أولاً)، فقد نصت تشريعات جل الدول عليها (ثانياً).

أولاً - موقف القضاء من الإحالة

تعتبر فرنسا من الدول السبّاقة إلى الأخذ بنظرية الإحالة، فقد أخذ القضاء فيها في أول مرة بالإحالة من الدرجة الأولى، في قضية "فورغو" - كما سبق وأن رأينا-، ثم توالى بعدها الأحكام الآخذة بالإحالة من الدرجة الأولى في شتى المجالات، وقد كان لقضايا ميراث

1- هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 307-308.

الأموال المنقولة الحظ الأوفر من هذه الأحكام¹، كما صدرت بها أحكام قضائية أخرى أخذت بالإحالة من الدرجة الثانية في بعض القضايا².

تم الأخذ بالإحالة كذلك في قرارات قضائية فرنسية حديثة على غرار قرار *"Ballestrero"* الصادر سنة 2000 والمتعلق بميراث مواطن فرنسي توفي تاركا منقولات في إيطاليا، إذ قبل القضاة إحالة القانون الإيطالي قانون مكان تواجد العقارات للقانون الفرنسي باعتباره قانون جنسية المتوفى. وهو نفس الأمر بالنسبة لقرار *"wildenstein"* الصادر سنة 2006، الذي وضّح وضعية القانون الوضعي فيما يتعلق بالإحالة، هذه الأخيرة التي تكون مقبولة فقط في الحالات أين يسمح بإخضاع ميراث العقارات الموجودة في الخارج للقانون الذي يحكم ميراث المنقولات لضمان وحدة نظام المواريث. هذا التوجه تم تأكيده أيضا سنة 2009 في قضية *"Riley"* أين محكمة النقض قيدت استعمال الإحالة بالصيغة الآتية: "في مادة ميراث العقارات، الإحالة المستعملة من طرف قانون موقع العقار لا ينبغي أن تكون مقبولة إلا إذا ضمنت وحدة الميراث وتطبيق نفس القانون على العقارات والمنقولات"³.

لقيت الإحالة كذلك ترحيبا من المحاكم الإنجليزية، إذ أصدرت بشأنها بعض القرارات كما استنتج القضاء قبول النظرية كمبدأ عام حتى بالنسبة للدرجة الثانية⁴.

1- Req. 1^{er} mars 1910, *soulié* ; Req. 7 nov. 1933, *Ben Attar* ; Civ. 7 mars 1938, *De Marchi* ; Civ. 1, 1^{er} févr. 1972, *rougeron*. Cité par: Dominique Holleaux et autres, op.cit, p 242, n°475.

2- بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص ص 107-108.

Civ, 7 mars 1938, *De Marchi*, motifs ; Civ. 1, 15 mai 1963, *patino* ; paris 19 mars 1965, Trib. Com. Paris 3 oct. 1984, *Banque ottomane* ; civ. 1, 15 juin 1982, *Zagha*. Cité par : Dominique Holleaux et autres, op.cit, p 242, n° 476 .

³ - Giovanna Debernardi, op.cit, p 12, n° 18.

4 - Henri Batiffol, Paul Lagarde, op.cit, p p 354-355, n° 302.

ثانيا - الموقف التشريعي من الإحالة:

اختلفت مواقف الأنظمة التشريعية الداخلية للدول بخصوص الأخذ بالإحالة اختلافا شديدا، إذ أن هناك من الدول من لم تحدد موقفها بخصوصها¹، بينما استبعدتها دول أخرى بصفة عامة مثل مصر في المادة 27 من القانون المدني²، في حين ميزت دول أخرى³ بين الإحالة من الدرجة الأولى المقبولة والإحالة من الدرجة الثانية المرفوضة في الأصل⁴، وأخيرا هناك من الدول⁵ من لم تأخذ بالإحالة بعين الاعتبار إلا في نطاق محدد يشمل غالبا المواريث، إذ في هذا الميدان أو النطاق بالذات عرفت تقنية الإحالة تطبيقا واسعا من جهة، بصفتها وسيلة قادرة على إزالة العقبات الناتجة عن تنفيذ عدة قواعد إسناد لنفس الميراث عن طريق وضع روابط بين مختلف القوانين الوطنية، ومن جهة أخرى بوصفها وسيلة تسمح في بعض الحالات للوصول لنظام وحيد وموحد للمواريث⁶.

قبلت العديد من الدول الأخذ بنظرية الإحالة، ونصت عليها في تشريعاتها، وهذا على غرار فرنسا التي أخذت بالإحالة بنوعيتها وذلك قبل صدور لائحة الإتحاد الأوربي رقم 2012/650 التي دخلت حيز التطبيق في 17 أوت 2015.

¹ - مثل: لبنان، المملكة العربية السعودية، اليمن والسودان.

² - وهو الحال بالنسبة لليونان (المادة 32 من القانون المدني) وسوريا (المادة 29 من القانون المدني السوري لسنة 1949) ليبيا (المادة 27 من القانون المدني الليبي) العراق (المادة 31 من القانون المدني العراقي)، وتونس (المادة 35 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي المؤرخ في 27 نوفمبر 1998).

³ - وهو ما تم تبنيه مثلا من طرف إسبانيا (المادة 2/12 من القانون المدني)، ورومانيا (المادة 4 من قانون 22 سبتمبر 1992).

⁴ - الإحالة من الدرجة الثانية يمكن قبولها لصالح وحدة الميراث وهو ما عليه الحال في إيطاليا (المادة 1/13 ب من قانون 31 ماي 1995 المعدل للقانون الدولي الخاص).

⁵ - مثل بلجيكا (المادة 2/78 من القانون المدني، وسويسرا (المادة 1/14 من القانون الدولي الخاص).

⁶ - Giovanna Debernardi, op.cit, p p 10-11, n° 17.

أما لائحة الاتحاد الأوروبي رقم 2012/650 فإنها لا تقبل بالإحالة إلا بصفة استثنائية وفقا للمادة 1/34¹ منها، والتي جاء فيها أنه في حالة ما إذا عينت اللائحة قانون دولة غير عضو فيها باعتباره قانونا واجب التطبيق فإنها تقصد بذلك قواعد القانون السارية المفعول في هذه الدولة.

وفي كل الحالات فإن الإحالة لا يمكن أن تطبق إلا إذا أشارت قاعدة الإسناد في اللائحة بتطبيق قانون دولة غير عضو فيها، ولذلك فإن تطبيقها لا يكون ممكنا حسب الأصل إلا إذا كان قانون محل الإقامة المعتادة للمتوفى هو قانون دولة غير عضو في اللائحة:

- وأن قاعدة الإسناد في هذه الدولة تحيل إلى قانون دولة عضو في اللائحة.

- أو أن قاعدة الإسناد في الدولة الغير عضو في اللائحة تحيل إلى قانون دولة أخرى غير عضو تطبق قانونها.

تستبعد الإحالة في حالة اختيار القانون الذي يحكم الميراث من قبل المتوفى قبل وفاته، أو في حالة تطبيق الإستثناء المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 21 من اللائحة، وكذا عند تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الوصايا، وفي ما يتعلق أيضا بشكل الاختيار

¹ - l'article 34 du règlement (UE) n° 650/2012 dispose que : « Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un Etat tiers, il vise l'application des règles de droit en vigueur dans cet Etat, y compris ses règles de droit international privé, pour autant que ces règles renvoient :

A - à la loi d'un Etat membre ; ou

B - à la loi d'un autre Etat tiers qui appliquerait sa propre loi.

C - aucun renvoi n'est applicable pour les lois visées à l'article 28 point b, et à l'article 30».

الميراثي إذا كان مطابقا لقانون محل الإقامة المعتادة للمحرر، وفي إطار الأنظمة الخاصة المحددة في المادة 30 من اللائحة¹.

نصت بعض الاتفاقات الدولية على الأخذ بنظرية الإحالة²، كما يلاحظ أن اتفاقية لاهاي المنعقدة في 15 جوان 1955 بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع، قضت بقبول الإحالة فيما يتعلق بالأحوال الشخصية من قانون الجنسية إلى قانون الموطن، وبرفضها في الحالة العكسية، والسبب في ذلك أنه يترتب على الإحالة في الحالة الأولى أن يعود الفصل في النزاع إلى قانون القاضي³.

ثانيا- موقف المشرع الجزائري:

لدراسة موقف المشرع الجزائري من نظرية الإحالة، رأينا أنه من الضروري التطرق إلى مرحلتين أساسيتين هما:

1- المرحلة السابقة لتعديل القانون المدني الجزائري بموجب القانون 10/05

كان موقف المشرع الجزائري قبل تعديل القانون المدني سنة 2005، غامضا إزاء نظرية الإحالة، فلم يرفضها ولم يقبلها⁴. وإن كان التقنين المدني آنذاك قد تضمن نصا يقبل بالإحالة في مجال التنازع الداخلي، وهو نص المادة 23 ق.م.ج¹.

1 - Circulation du 25 janvier 2016 de présentation des dispositions du règlement (UE) n° 650/2012, op.cit,p 4.

2- نصت المادة 1 من اتفاقية لاهاي المنعقدة في 12 جوان 1902 لحل تنازع القوانين الحاصل بسبب الزواج، على أنه: الحق في إبرام الزواج يحكمه قانون جنسية كل من الزوجين إلا إذا كان هذا القانون يشير صراحة بتطبيق قانون آخر".
أنظر: محمد خيرى كصير، حالات تطبيق...، المرجع السابق، ص 192.

3- كأن يقوم إنجليزي متوطن بفرنسا بتصرف متعلق بأهليته، فالقاضي الفرنسي سيطبق عليه قانون جنسيته طبقا لقاعدة الإسناد الفرنسية، إلا أن قاعدة الإسناد في قانون جنسيته (أي القانون الإنجليزي) فتقضي بتطبيق قانون الموطن (القانون الفرنسي)، فتكون الإحالة في هذه الحالة، أما لو حدث العكس، فإن قاضي قانون الموطن سيطبق قانونه دون إحالة. أنظر علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 55. أنظر كذلك:

Dominique Holleaux et autres, op.cit, p 243, n° 477.

4- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 56.

إن اكتفاء المشرع الجزائري بما ورد في المادة السالفة الذكر، وعدم تحديده لموقفه صراحة من الإحالة، قد فتح الباب أمام جدل واسع بين الفقه والمؤلفين:

إذ لجأ الدكتور "موحد اسعد" إلى الاعتماد على تحليل الأستاذ باتيفول لتبرير أخذ المشرع الجزائري بالإحالة، إذ رأى أنه إذا توجب على قاضي الدعوى الجزائري، تطبيقا لنص المادة 23 ق.م.ج، أن يستشير القانون الداخلي الأجنبي، أي القانون الاتحادي، كالقانون الفدرالي الأمريكي، لتحديد ما إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون فلوريدا أم كاليفورنيا، فلماذا إذن، حسب، يختلف الأمر إذا عين ذات القانون، القانون الإنجليزي أو الإيطالي، طالما أن هذا الحل أم ذاك ينبع من ذات المحاكمة المنطقية.

كما كان يرى الدكتور "موحد اسعد" أن الإشكال يبرز خاصة في الإحالة من الدرجة الأولى، و في العلاقات مع البلدان التي تعتمد الموطن كظرف للإسناد، وعليه، وما دامت أحكام قانون الأسرة مستمدة في أغلبها من الشريعة الإسلامية، فإنه يبدو من الصعب - حسب - تطبيق القانون الجزائري على أمريكي أو إنجليزي، طالما لم يتحول قانون الأسرة الجزائري إلى قانون علماني، الأمر الذي يجعل اعتماد الإحالة في الجزائر يبدو أمرا مستحيلا².

من جهته، كان الدكتور "علي علي سليمان"، يحدو لو أن المشرع الجزائري أخذ بالإحالة في صورتها الأولى، اقتداء بالقضاء الفرنسي، شرط أن يكون ذلك في نطاق الأحوال الشخصية، مبررا ذلك بأن الجزائر دولة مستوردة للأجانب، و ليست مصدرة لأهلها، وأن أغلب هؤلاء الأجانب من أصل أنجلو أمريكي، وبلادهم تخضع الأحوال الشخصية لقانون

1 - تنص المادة 23 من الأمر رقم 75-58 (قبل تعديلها بموجب القانون 10/05 السالف الذكر) على أنه: "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الأنظمة التشريعية، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر النظام التشريعي الذي يجب تطبيقه".

2- موحد اسعد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 207، 208.

الموطن، لذلك كان الدكتور يرى بأن رفض الإحالة في الجزائر معناه أن نطبق على هؤلاء الأجانب قوانينهم الشخصية، كون الأحوال الشخصية عندنا تخضع لقانون الجنسية، وهو ما يشكل إرهاباً للقاضي الجزائري باعتبار أنها عديدة، ما يحتم عليه الرجوع إلى هذه القوانين الأجنبية، العديدة و الغريبة عنه، فضلا عن ذلك، فإنه يترتب على تطبيق هذه القوانين تضيق مجال القانون الجزائري، فلو أن المشرع الجزائري -حسبه- قبل بالإحالة في صورتها الأولى، لأدى ذلك إلى فتح مجال تطبيق القانون الجزائري على هؤلاء الأجانب، وبالتالي بذلك التخفيف على القضاء الجزائري من احتمال الإرهاب¹.

ينطلق رأي الدكتور "علي علي سليمان" من نقطة بداية خاطئة في نظرنا ، ذلك أنه اعتبر الجزائر دولة مستوردة للأجانب، وليست مصدرة لأهلها، وهو أمر خاطئ، أضف لذلك أنه اعتبر أغلب الأجانب الذين يعيشون في الجزائر من أصل أنجلو أمريكي، وهذا ليس بالصحيح. حتى أنه لما فضل أن يقبل المشرع بالإحالة في صورتها الأولى بغية تطبيق القانون الجزائري على هؤلاء الأجانب، فإنه لم يأخذ في الحسبان الإشكالات والعقبات التي ستواجه القاضي الجزائري خاصة تلك التي تتعلق بالنظام العام.

أما بخصوص موقف الدكتور "بلقاسم" أعراب من الإحالة قبل تعديل القانون المدني الجزائري، فإنه كان يرى أنه ينبغي أن تقبل الجزائر بالإحالة كقاعدة عامة، وتستبعدا في مجال الأحوال الشخصية، لأن أحكام هذه الأخيرة في غالبية الدول مستمدة من دياناتها، وأن الناس يريدون دوما الخضوع بشأنها إلى ما تمليه عليهم أحكام الديانة التي يعتنقونها².

2- المرحلة اللاحقة لتعديل القانون المدني الجزائري بموجب القانون 10/05:

1- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص ص 55-56.

2- بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص ص 109-110.

بعد تعديل القانون المدني رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، وذلك بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، اتخذ المشرع الجزائري موقفا صريحا بخصوص الإحالة، وذلك باستحداثه نص المادة 23 مكرر⁽¹⁾، حيث وضع فيها قاعدة مفادها أنه إذا عقدت قاعدة الإسناد الجزائرية الاختصاص لقانون أجنبي، فإنه لا تطبق إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان، غير أنه واستثناء من هذه القاعدة، فإنه يطبق القانون الجزائري إذا ما أحالت عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص.

إذا اكتفينا بالفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1، لأمكن القول بأن المشرع الجزائري لا يأخذ بالإحالة كقاعدة عامة، إذ يبين بأن تطبيق القانون الأجنبي الذي تعينه قاعدة الإسناد الوطنية يقصد به تطبيق القواعد الموضوعية فيه، دون الالتفات إلى قواعد إسناده، وبغض النظر عما إذا كانت هذه الأخيرة تقبل الاختصاص للتطبيق على النزاع، أم أنها تحيل على قانون القاضي أو قانون أجنبي آخر.

غير أنه يلاحظ أن المشرع الجزائري قد وضع قيودا على القاعدة العامة السالفة الذكر، وذلك في الفقرة الثانية من نفس المادة، مقررًا أنه إذا كانت قواعد التنازع في القانون الأجنبي المعين بواسطة قاعدة الإسناد الجزائرية تحيل اختصاصها إلى القانون الجزائري، فإن هذا الأخير هو الذي سيطبق آنذاك، معنى ذلك، أن مشرعنا باتخاذ هذا الموقف يكون قد قبل بالإحالة من الدرجة الأولى فقط، وبذلك وجب على القاضي الوطني عندما يبادر إلى تطبيق القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة إسناده، أن ينظر أولا في قواعد التنازع في هذا القانون (القانون الأجنبي) قبل اللجوء إلى القواعد الموضوعية فيه، فإذا أحالت قواعد إسناد القانون

1- تنص المادة 23 مكرر 1 المستحدثة بموجب المادة 16 من القانون رقم 10/05 السالف الذكر، على أنه: "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان. غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

الأجنبي اختصاصها إلى القانون الجزائري فإن القاضي الجزائري يقبل بهذه الإحالة، ويطبق بذلك القانون الجزائري على النزاع المطروح، بينما إذا تبين له بأن قواعد إسناد القانون الأجنبي تحيل إلى قانون آخر غير القانون الجزائري، فإنه يتم الرجوع إلى القاعدة العامة، أي عدم الالتفات إلى قواعد إسناد القانون الأجنبي، فتطبق عندئذ القواعد الموضوعية في هذا الأخير¹.

بعد استعراضنا لآراء الفقه و الكتاب بخصوص عدم اتخاذ المشرع الجزائري موقفا صريحا من الإحالة قبل تعديل القانون المدني سنة 2005، رأينا أن نوافق موقف الدكتور موحد اسعد الذي رأى أنه من الأحسن أن لا يأخذ المشرع الجزائري بالإحالة، خاصة في مجال الأحوال الشخصية، والمثال الذي سنقدمه في مجال الميراث لخير دليل على اتباعنا هذا الرأي.

فلو فرضنا أنه عرضت على القاضي الجزائري قضية ميراث أموال منقولة لفرنسي كان متوطنا في الجزائر، توفي سنة 2010، فالقاضي الجزائري وفقا لقاعدة الإسناد الجزائرية الخاصة بالميراث (المادة 16 ق.م.ج) سيلجأ إلى تطبيق قانون جنسية المتوفى، أي القانون الفرنسي، هذا الأخير الذي يطبق على ميراث المنقول قانون الموطن الأخير للمتوفى، أي القانون الجزائري، وبذلك فإنه وفقا للفقرة 2 من المادة 23 مكرر 1 ق.م.ج التي يأخذ فيها المشرع بالإحالة من الدرجة الأولى، فإن القاضي الجزائري سيلجأ إلى تطبيق القانون الجزائري على التركة المنقولة لهذا الفرنسي، ونحن نعلم بأن قانون الأسرة الجزائري، خاصة في شقه المتعلق بالميراث، مقتبسة أحكامه في أغلبها من الشريعة الإسلامية، وهو ما سيجعله يتعرض إلى إشكالات خاصة تلك التي تتعلق بالنظام العام.

1- محمد براسي، الإحالة في ضوء القانون الدولي الجزائري، مرجع سابق ، ص ص 20-21.

المبحث الثاني

الخلاف حول القانون الواجب التطبيق على المسألة الأولية

(الزواج المختلط)

إن الفصل في مسألة تتعلق بالميراث بهدف إعطاء كل ذي حق حقه في إطار تنازع القوانين، تستلزم تفحص القانون الميراثي للدولة المعينة من طرف قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق على الموارث، لكن يجب البدء قبل ذلك بالتأكد من أن الشخص له صفة الوارث، باعتباره مثلا: زوجا أو فرعا للمورث... إلخ. فنكون بهذا بصدد مسألتين مسألة أصلية (وهي مسألة الميراث)، ومسألة أولية (و تتعلق مثلا بصحة الزواج) هذه الأخيرة التي تعد من الأفكار الهامة في مجال تنازع القوانين (المطلب الأول)، فتطرح بذلك مسألة تحديد القانون الذي ينبغي أن يحل المسألة الأولية، أهو القانون المعين من طرف قاعدة الإسناد الوطنية؟ أو القانون المعين من طرف قاعدة إسناد البلد الذي تقرر تطبيق قانونه للفصل في المسألة الأصلية؟ وبالتالي إشكالية الاختيار بين القانون الدولي الخاص الوطني، والقانون الدولي الخاص للدولة التي يحكم قانونها المادي المسألة الأصلية¹ (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم فكرة المسائل الأولية

تتضمن نظرية تنازع القوانين - باعتبارها نظرية عامة في القانون الدولي الخاص - العديد من الاتجاهات الفقهية والإشكالات القانونية، التي أثارت جدلا فقهيا واسعا، لا سيما ما يتعلق منها بالمسائل الأولية، والتي لم تبرز كنظرية قانونية إلا في عهد قريب، وقد كان ذلك على يد فقهاء في القانون الدولي الخاص في ألمانيا، وهو ما كان منطلقا لنشأتها وتطورها (الفرع الأول)، بناء على توفر شروط محددة (الفرع الثاني).

1- daniel Gutmann, op .cit, p p 79-80.

الفرع الأول

تعريف المسألة الأولية و نشأتها

يقال لمسألة بأنها أولية، إذا كانت تتحكم في حل المسألة الأصلية المطروحة على القاضي¹، سواء في مجال القانون الداخلي، أو في إطار القانون الدولي الخاص.

فإذا كان النزاع المطروح على القضاء في مجال القانون الداخلي يتعلق بمدى ثبوت حق الزوجة المدعية في تركة زوجها المتوفى (المسألة الأصلية)، فإن الحكم للزوجة بحقها في الميراث من عدمه يتطلب التحقق أولاً من وجود علاقة زوجية صحيحة بين المدعية بهذا الحق و بين الزوج المتوفى (مسألة أولية).

إن مشكلة المسائل الأولية لا تثير صعوبة في مجال القانون الداخلي كتلك التي تصادفها في حالة تنازع القوانين، إذ يتعين مثلاً على القضاء الجزائري الذي يفصل في المسألة الأصلية المتعلقة بمدى حق الزوجة الجزائرية في ميراث زوجها الجزائري تطبيقاً للقانون الجزائري أن يرجع إلى ذات القانون للبت في المسألة الأولية المرتبطة، و هي صحة عقد الزواج². بينما، و في إطار تنازع القوانين، فإن القاضي، و بعد أن يحدد القانون الواجب التطبيق على مسألة ما بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، تثار أمامه مسألة أولية، يتوقف الفصل في المسألة الأصلية على الفصل فيها³. و هو ما يثير إشكالا حول القانون الواجب

1- Bernard Audit,op.cit, p 230, n 255.

2- هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 563.

3- حمزة قتال، فكرة المسائل الأولية في نطاق تنازع القوانين، مجلة معرف، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة ، عدد 11، السنة السادسة، الجزائر، 2011، ص 53.

انتهت الدكتورة حفيدة السيد الحداد إلى تعريف المسألة الأولية بأنها:

« En définitive, la question préalable est une question de droit, suscepible de se poser à titre autonome, dont la solution est nécessaire pour donner réponse à la question principale. Elle trouve son origine dans les dispositions de la loi étrangère applicable à cette dernière, mais ne présente pas d'intérêt pratique lorsque tant l'ordre juridique du for que l'ordre juridique étranger conduirant à des résultats identiques ».

التطبيق على هذه المسألة الأولية ، فيما إذا كان القانون المشار إليه من قبل قاعدة الإسناد بالنسبة للمسألة الأصلية أم لا؟

لقد طُوِّرت نظرية المسألة الأولية في ألمانيا من طرف الفقيهين "ملشيور" (Melchior) سنة 1932 و "ونجلر" (Wengler) ¹. واللذين أبرزتا في مؤلفاتهما المتخصصة، و التي تدور حول هذه المسألة، الجوانب الفنية المميزة لها، في حين أن جانبا من الفقه قد أشار إلى وجود إشكالية المسائل الأولية قبل الأعمال الفنية المنشورة لهذين الكاتبين الألمانين، والواقع أن هذا الاختلاف الفقهي حول نشأة هذه النظرية مرده تنوع الصور التي تظهر بها مشكلة المسألة الأولية في إطار القانون الدولي الخاص، فقد تنور في إطار تنازع جهات القضاء، وهو الإطار الذي توجهت صوبه أعمال الأستاذ الإيطالي "أنزيلوتي" (Anzilotti)، وقد تنور في إطار مادة الجنسية، وهو المجال الذي لفت إليه الأنظار الأستاذ "زيتلمان" (Zitelmann)، أما مشكلة المسائل الأولية التي تنور في إطار تنازع القوانين - والتي نحن بصدد دراستها- فإن الفضل في تطورها يرجع إلى كل من الأستاذين "ونجلر" (Wengler) و"ملشيور" (Melchior) في بعث وجود هذه المشكلة وبيان أهميتها وأسس حلها².

الفرع الثاني

شروط تحقق مشكلة المسائل الأولية

إن قيام مشكلة المسائل الأولية، بالمعنى الفني لهذا المصطلح، وفي إطار تنازع القوانين، يستلزم توفر ثلاثة شروط تتمثل في: اختصاص قانون أجنبي بحكم المسألة

1- Dominique Holleaux et autres, op.cit, p 258, n° 520.

2- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 243.

الأصلية (أولاً)، استقلال ذاتية المسألة الأولية (ثانياً)، و اختلاف مضمون قاعدتي الإسناد الوطنية و الأجنبية (ثالثاً).

أولاً - اختصاص قانون أجنبي بحكم المسألة الأصلية:

إن مشكلة المسائل الأولية في مجال العلاقات الخاصة الدولية، لا تثور أصلاً فيما لو أشارت قواعد الإسناد في دولة القاضي المطروح عليه النزاع حول المسألة الأصلية بتطبيق القانون الوطني (أي قانون القاضي) في شأن هذه المسألة، إذ يتعين في هذه الحالة الرجوع إلى قواعد التنازع في نفس هذا القانون لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسألة الأولية المرتبطة بالمسألة الأصلية.

لهذا فإن مشكلة المسائل الأولية لا تثور في مجال العلاقات الخاصة الدولية إلا إذا أشارت قواعد الإسناد في دولة القاضي المطروح عليه النزاع حول المسألة الأصلية باختصاص قانون أجنبي في شأن هذه المسألة، كما لو كان الزوج المتوفى (في المثال السابق) المتعلق بمدى حق الزوجة الجزائرية في الميراث من زوجها) أجنبياً، بحيث تخضع مسألة مدى حق زوجته في الميراث لقانون جنسية الزوج الأجنبية، ويثور التساؤل حول القانون الواجب التطبيق على المسألة الأولية المرتبطة، وهي صحة الزوجية، فيما إذا كان ينبغي الرجوع فيها إلى قواعد الإسناد في قانون القاضي المطروح عليه النزاع الأصلي (قواعد الإسناد الجزائرية)، أو لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم المسألة الأصلية (قانون جنسية المورث الأجنبي وقت الوفاة)¹.

ثانياً - استقلال ذاتية المسألة الأولية:

يستلزم هذا الشرط أن تكون المسألة الأولية قادرة بذاتها على أن تكون مسألة أصلية، في حالة ما إذا طرحت في منازعة قضائية بشكل مستقل، ذلك أن المسألة الأولية في

1- هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 565-566.

حقيقتها لا تعدو أن تكون مسألة أصلية، و لكن، آلية التقاضي هي التي جعلت منها مسألة أولية للمسألة الأصلية المطروحة على القضاء، فأصبحت مسألة أولية بالمقارنة بالمسألة الأصلية¹. فإذا طُرحت مسألة تقسيم ميراث زوجة جزائرية توفي زوجها الفرنسي عن تركة، فإن مسألة صحة زواج الفرنسي والجزائرية بإمكانها أن تكون بحد ذاتها مسألة أصلية.

ثالثاً- اختلاف مضمون قاعدتي الإسناد الوطنية و الأجنبية:

يشكل هذا الشرط حجر الزاوية بالنسبة لقيام مشكلة المسائل الأولية، فهذه الأخيرة لا تقوم إلا إذا كان تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية يؤدي إلى نتائج تختلف عن تلك التي يرتبها تطبيق قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص. لأنه إذا كانت النتائج واحدة ، فسيكون تطبيق أيّاً منهما سواء، أو بالأحرى تطبق قاعدة الإسناد الوطنية لأنها الأصل، وهذا ما يطلق عليه التنازع الكاذب، فلا تنثور آنذاك مشكلة المسائل الأولية².

المطلب الثاني

قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق على المسألة الأولية

أثارت مشكلة المسائل الأولية نقاشاً حاداً حول تحديد قواعد الإسناد الواجب إعمالها لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها (المسائل الأولية)، أهي قواعد الإسناد في دولة القاضي، أم هي قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص؟ وقد برز هذا النقاش من خلال النظريات المختلفة التي قال بها الفقهاء (الفرع الأول)، إلا أن مشكلة المسائل الأولية لم تحظ

1- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 249-250.

2- حمزة قتال، فكرة المسائل الأولية...، مرجع سابق، ص 54.

لتفاصيل أكثر حول التفرقة بين فكرة المسائل الأولية و الأفكار الفنية الأخرى المستخدمة في إطار النظرية العامة للتنازع، أنظر: حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 245-251، وهشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ، ص 572 - 579.

بالاهتمام الكافي لدى جل تشريعات الدول، مما فسح المجال واسعا أمام الاجتهادات القضائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

موقف الفقه من القانون الواجب التطبيق على المسألة الأولية

اختلف الفقهاء بهذا الشأن إلى فريقين، بين من سعى لتقديم حلول أو نظريات وصفت بالجامدة لتعيين النظام القانوني المختص بالمسائل الأولية (أولا)، وبين من اعتمد على تقديم حلول أو نظريات وصفت بالمرنة لتعيين هذا النظام (ثانيا).

أولا - النظريات التقليدية الجامدة

تتطلق هذه النظريات من مبدأ عام مجرد، من أجل إيجاد النظام القانوني الذي يحدد القانون الواجب التطبيق على المسائل الأولية، فبينما ينادي جانب من الفقه بتطبيق قانون القاضي، نجد جانبا آخر ينادي بإعمال قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص الذي أثار تطبيق قواعده الموضوعية المسألة الأولية¹.

1- إسناد المسألة الأولية إلى النظام القانوني لدولة القاضي:

ذهب جانب من الفقه² إلى القول بأن تحديد القانون الواجب التطبيق على المسألة الأولية يجب أن يتم وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي، فتعامل كأنها مسألة مستقلة عن المسألة الأصلية، فوفقا لهذا الإتجاه ينبغي أن يخضع الزواج المختلط باعتباره مسألة أولية للميراث (مسألة أصلية) لقانون القاضي. ويدعم هذا الاتجاه رأيه بعدة حجج هي:

1- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 253.

2- من بين الفقهاء الذين يأخذون بهذا الرأي: « Maury »، « Robertson »، « Wolfff »، « Graulich »،

« Francescakis »، نقلا عن: حمزة قتال، فكرة المسائل الأولية...، مرجع سابق، ص 58.

أ- احترام قاعدة الإسناد الوطنية:

لقد وضعت قواعد الإسناد الوطنية خصيصا لفض تنازع القوانين، عن طريق اختيار القانون الأنسب للمسائل ذات العنصر الأجنبي، والتي تعرض على القضاء الوطني، واختصاصها هذا يشمل كافة المسائل (بما فيها المسائل الأولية)، وهو ما من شأنه أن يحقق العدالة والأمن القانونيين للعلاقات ذات العنصر الأجنبي، وبالتالي، فإن انتزاع الاختصاص عنها في حكم المسائل الأولية يتعارض مع هذه الغاية¹. ثم إن قاعدة الإسناد الوطنية تمنح القانون الأجنبي الاختصاص للفصل في المسألة الأصلية، و فقط، دون أن يكون لهذا الأخير (القانون الأجنبي) اختصاص فيما يتعلق بالمسألة الأولية، التي يتعين إيجاد الحل لها من خلال أعمال قواعد الإسناد في قانون القاضي، صاحب الاختصاص الأصيل.

ب- رفض الإحالة:

يستند أنصار هذا الاتجاه إلى هذه الحجة، باعتبارها حاسمة في تأييد وجهة نظرهم، إذ يرون بأنه من غير المتصور أن يوافق نظام قانوني لا يقبل الإحالة، على أعمال قواعد إسناد أجنبية غير تلك الصادرة عن مشرعه الوطني².

ج- وحدة الحل على المستوى الداخلي:

تعتبر هذه أهم حجة استند إليها أنصار هذا الاتجاه، إذ يعتبرون بأن الرجوع إلى قواعد الإسناد في قانون القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الأولية هو الذي يكفل وحدة الحل و تناسقها على الصعيد الداخلي³، وهو ما يقتضي تخصص قاعدة الإسناد الوطنية بحكم المسائل الأولية، فمن غير المعقول أن تخضع ذات المسألة إلى قواعد

1- حمزة قنات، فكرة المسائل الأولية...، مرجع سابق، ص 58.

2- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الخاص، مرجع سابق، ص 254.

3- هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 585.

الإسناد الوطنية إذا عرضت كمسألة أصلية، في حين تخضع لقواعد إسناد أجنبية إذا عرضت كمسألة أولية، لا لشيء إلا لأن المسألة الأصلية أسبق من المسألة الأولية في عرضها على القضاء¹، فإذا كانت صحة الزواج مثلاً مقدرة (تعتبر) بأنها مسألة أصلية، فإنه ينبغي تعيين القانون الواجب التطبيق على أساس قاعدة الإسناد الوطنية، لكن، وفيما لو كانت صحة الزواج مسألة أولية، فإنه ينبغي حينذاك تعيين القانون الواجب التطبيق على أساس قاعدة الإسناد في الدولة المعين قانونها لحكم المسألة الأصلية المتمثلة في الميراث مثلاً².

تعرض هذا الاتجاه إلى انتقادات عديدة، رغم وجود أنصار له في الفقه، واعتماد القضاء الفرنسي عليه في قرار "Djenangi"، الصادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية، في قضية تتعلق بالميراث، و ذلك بتاريخ 22 أبريل 1986³.

- تقدير هذا الاتجاه

1- حمزة قاتل، فكرة المسائل الأولية...، مرجع سابق، ص 59.

2 - François Melin, op.cit, p 123.

3- Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, op.cit, p 198, n° 197-4.

كان يتعين البحث في هذا القرار فيما إذا كان الشخص المعني بالأمر يتمتع بصفة الزوج أم لا، و ذلك قبل الإقدام على تقسم التركة، فثارت تبعاً لذلك مسألة ما إذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق وفقاً لقواعد الإسناد الفرنسية على الميراث (المسألة الأصلية) صلاحية تحديد ما إذا كان الشخص المعني يتمتع بصفة الزوج أم لا (المسألة الأولية)، حيث رفضت محكمة النقض من خلال هذا القرار صراحة خضوع المسألة الأولية لقواعد الإسناد في القانون الواجب التطبيق على المسألة الأولية. و قد جاء في القرار ما يلي:

« s'il appartient à la loi successorale de désigner les personnes appelées à la succession et de dire notamment si le conjoint figure parmi elles et pour quelle part, il ne lui appartient pas de dire si une personne a la qualité de conjoint, ni de définir selon quelle loi doit être appréciée cette qualité ».

Cass, civ 1, du 22 Avril 1986, 85-11.666.

www.legifrance.gouv.fr

على الموقع الإلكتروني:

على الرغم من قوة ووجاهة الحجج التي استند إليها الاتجاه المناصر لإعمال قاعدة الإسناد في قانون القاضي على المسائل الأولية، إلا أن هذه الحجج لم تسلم من الانتقادات:

- تم الرد على الحجة المتعلقة باحترام قاعدة الإسناد الوطنية بالقول بأن القاضي لما يعرض عليه نزاع متضمن عنصراً أجنبياً، فإنه سيستند، بلا شك، إلى قانونه الوطني لتحديد القانون الواجب التطبيق، سواء كانت القضية المعروضة عليه بسيطة أو مركبة، وهو ما يعكس احترام قاعدة إسناده الوطنية، لكن الأمر مختلف بالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسألة الأولية التي أثارها تطبيق القانون الأجنبي المختص، لأن مشكلة المسألة الأولية تجد أساسها في ظاهرة الارتباط القائم بين القواعد القانونية المختلفة المتصلة بذات النظام القانوني، و هذا الارتباط قائم بين القواعد الأجنبية الواجبة التطبيق على المسألة الأولية. وبناء على ذلك، فإن القول بتطبيق قواعد الإسناد الوطنية في قانون القاضي على المسائل الأولية غير صحيح، لأن النظام القانوني للقاضي يكون قد أنهى مهمته بتعيين القانون الأجنبي المختص الواجب التطبيق على المسألة الأصلية، وبذلك يصبح حل التنازع في شأن ما يرتبط بها (أي بالمسألة الأصلية) من مسائل أولية موكولاً إلى قواعد الإسناد في هذا النظام الأجنبي، بل أن إخضاع المسائل الأولية على هذا النحو لقواعد الإسناد الأجنبية يشكل نوعاً من الاحترام لقواعد الإسناد في قانون القاضي التي لم يعد لها أي اختصاص في هذه المرحلة¹.

- أما بالنسبة للحجة المستندة إلى رفض الإحالة في بعض الأنظمة كمبرر لإخضاع المسائل الأولية لقاعدة الإسناد في قانون القاضي، فإن هذه الحجة لا وزن لها، لوجود اختلاف جوهري بين كل من المسائل الأولية و مشكلة الإحالة، وبالتالي، فإن الحل الذي يتخذه مشرع ما بالنسبة للثانية، لا تأثير له على الحل الواجب الاتباع بالنسبة إلى الأولى²،

1- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الخاص، مرجع سابق، ص ص 260-261.

2- المرجع نفسه، ص 259.

وليس أدل على ذلك من أن جانبا من الفقه الإيطالي القديم قد ساير الرأي القائل بإسناد المسائل الأولية للقانون الذي تشير إلى اختصاصه قواعد الإسناد في النظام القانوني الأجنبي المختص بحكم المسألة الأصلية المطروحة على القضاء الإيطالي قبل إلغاء المادة 30 من القانون المدني الإيطالي التي كانت ترفض الإحالة. بل إن كلا من القضاءين: الإيطالي واليوناني، قد أصدرتا أحكاما أكدت إمكان الرجوع إلى قواعد الإسناد الأجنبية لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الأولية رغم أن كلا من التشريعين: الإيطالي واليوناني، قد تضمنتا نصوصا مانعة لفكرة الإحالة وقت صدور هذه الأحكام¹.

- أما بالنسبة للحجة المتعلقة بوحدة الحلول على المستوى الداخلي، فقد اعتبرت غير مقنعة، لأنه، ورغم سعي كل دولة لتحقيق نوع من الوحدة في الحلول بصدد كل العلاقات القانونية التي تتم على إقليمها، وذلك من خلال نظامها القانوني، إلا أن هذا المبدأ كثيرا ما يتم المساس به من الناحية الواقعية، سواء تم ذلك في شكل نصوص تشريعية، أو بمقتضى أحكام قضائية تمس في نهاية المطاف بفكرة الطابع المطلق لمبدأ وحدة الحلول على الصعيد الداخلي².

2- إسناد المسائل الأولية إلى النظام القانوني الأجنبي:

على خلاف الاتجاه الفقهي السابق، ذهب جانب من الفقه³ إلى القول بأن تحديد القانون الواجب التطبيق على المسألة الأولية كالزواج المختلط مثلا، يجب أن يتم وفقا لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بالفصل في المسألة الأصلية كالميراث مثلا كمبدأ

1- هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 583.

2- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 261.

3- مثل "ب- لاغارد" (P- Lagarde)، "ملشيور" (Melchior)، "ج- سبيردوتي" (G- Sperduti). نقلا عن: حمزة قتال، فكرة المسائل الأولية...، مرجع سابق، ص 60.

عام، غير أنهم (أنصار هذا الاتجاه) أوردوا عدة استثناءات تخضع فيها المسائل الأولية لقانون القاضي.

أ- المبدأ

يتمثل مضمون المبدأ العام لهذا الاتجاه: أن تتولى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بالفصل في المسألة الأصلية تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الأولية، ذلك أن دور قواعد الإسناد في قانون القاضي ينتهي بمجرد تعيين القانون المختص في حكم المسألة الأصلية، وبهذا نكون قد وضعنا كلا المسألتين: الأصلية و الأولية، في كنف هذا القانون، ويدعم هذا الاتجاه رأيه بالحجج الآتية¹:

- قبول الإحالة:

يؤكد القائلون بهذا الحل أن إسناد المسائل الأولية وفقاً لقواعد التنازع في القانون الأجنبي الواجب التطبيق على المسألة الأصلية، هو الذي يتفق واتجاه التشريعات الحديثة إلى القبول بفكرة الإحالة، وهو ما من شأنه أن يحقق وحدة الحلول وتناسقها على الصعيد الدولي².

- انقطاع الصلة بين المسألة الأولية و قانون القاضي:

إن انقطاع الصلة بين المسألة الأولية و قانون القاضي - حسب أصحاب هذا الرأي- يتجلى من خلال عدة أمور، منها أن المسألة الأولية تتعلق بأوضاع قانونية تكونت في ظل قانون أجنبي، كالزواج أو النسب مثلاً، و لا اتصال (علاقة) لها بقانون القاضي، ثم إن الأطراف لم يكن بإمكانهم (آنذاك) التنبؤ بالمحكمة التي سوف تفصل فيما قد ينشأ من نزاع بشأنها، أضف إلى ذلك، أن المسألة الأولية لم توجد إلا بمناسبة وجود المسألة الأصلية،

1- حمزة قتال، فكرة المسائل الأولية...، مرجع سابق، ص 60- 61.

2- هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 586.

فهي تتعلق بها وجودا وعدما، مما يتعين معه أن تتبعها في القانون الواجب التطبيق، و لأن قانون القاضي لا يهمله إلا المسألة الأصلية، فإنه من اللازم ألا يتعدى هذا الاهتمام إلى المسألة الأولية و هي على غير صلة به¹.

- احترام القانون الأجنبي المختص

يتمسك أصحاب هذا الرأي (خاصة) بالحجة المتمثلة في "ضرورة احترام المنطق الداخلي للقانون الأجنبي المطبق على المسألة الأصلية"، فإذا كان القانون الأجنبي هو الذي ينبغي أن يحكم المسألة الأصلية، فإن احترام منطقته يحتم في الواقع أن يترك له تعيين القانون الواجب التطبيق على المسألة الأولية التي يتوقف عليها حل المسألة الأصلية²، وبالتالي ضرورة الرجوع إلى النظام الأجنبي ذاته في شأن تفسير المفاهيم و المسائل القانونية التي يثيرها أعمال قواعده الموضوعية³، وبناء على ذلك، فإذا أثار أعمال القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق على المسألة الأصلية، مسألة أولية، فإنه يتعين على القاضي أن يحل هذه المسألة الأخيرة بنفس الطريقة التي يتبعها القاضي الأجنبي فيما لو طرحت عليه المسألة الأولية منذ البداية، وهو ما كان يقود بطبيعة الحال إلى الرجوع بشأنها إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق على المسألة الأصلية.

ومن ناحية أخرى، فإن الرجوع بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على المسألة الأولية إلى قواعد التنازع الأجنبية في القانون الواجب التطبيق على المسألة الأصلية، لا

1- حمزة قنات، فكرة المسائل الأولية...، مرجع سابق، ص 61.

2-Dominique Holleaux et autre, op .cit, p 258, n° 520.

3- فعلى سبيل المثال، إذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الميراث يكتفي بالبنوة القائمة على رابطة الدم بين المتوفى و الوارث الذي يتمسك بنصيب في التركة، و كان ذلك القانون يتضمن نصوصا صريحة تنظم هذه البنوة، فإنه يتعين على القاضي، و احتراما للقانون الأجنبي و ضمانا لتناسقه الداخلي، الإشارة إلى هذه النصوص وحدها من أجل الفصل في مسألة وجود رابطة بنوة قائمة على رابطة الدم بين المتوفى والوارث. أنظر: حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 264.

يشكل انتقاصاً من قواعد الإسناد في دولة القاضي، والحال أن هذه الأخيرة قد أنهت مهمتها بتحديد القانون المختص بحكم النزاع الأصلي - على نحو ما رأيناه من قبل-، بحيث أصبحت جميع المسائل القانونية الأخرى التي يثيرها تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون خارجة عن اختصاص قواعد التنازع في قانون القاضي¹.

- تحقيق التناسق الدولي للحلول

يعتبر مبدأ وحدة الحلول على المستوى الدولي الحجة الرئيسية والأساسية التي استند إليها أنصار هذا الاتجاه²، فتطبيق قواعد الإسناد للقانون الأجنبي لا يعد -حسبهم- هدفاً في حد ذاته، وإنما هو وسيلة لتحقيق التناسق الدولي لحلول تنازع القوانين، والذي يتحقق إذا ما طبق القاضي الوطني قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص، كما لو كان هو قاضي دولة هذا القانون، فيعطي الحل ذاته الذي سيأخذ به هذا الأخير، وبهذا الشكل لن يختلف حل النزاع باختلاف المحكمة المختصة بالفصل فيه³.

أ - الإستثناءات

أورد أنصار هذا الاتجاه استثناءات تخضع فيها المسائل الأولية إلى قانون القاضي، وهي كالاتي:

- خضوع المسألة الأولية لقانون القاضي لو عرضت كمسألة أصلية:

- 1- هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 586-587.
- 2- حفيفة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 265.
- يعتبر الأستاذ الألماني "سافيني" (Savigny) أول من أشار إلى مبدأ وحدة الحلول على المستوى الدولي، والذي أثراه الأستاذ الألماني "وينجلر" (Wengler) من خلال الأبحاث العديدة التي كرسها لإبراز معالمه، و الحالات التي يجب إعماله فيها، والتي من بينها: المسائل الأولية. أنظر: المرجع نفسه، ص ص 265-266.
- 3- حمزة قتال، فكرة المسائل الأولية...، مرجع سابق، ص 61.

إذا كانت المسألة الأولية ستخضع للقواعد الموضوعية في قانون القاضي لو عرضت كمسألة أصلية في قضية أخرى، فإنها لن تخضع لغير قانون القاضي ولو بوصفها مسألة أولية، ومثال ذلك حالة بطلان زواج طبقا للقواعد الموضوعية الوطنية المختصة بموجب قواعد الإسناد الوطنية، فلا يجوز النظر في صحته كمسألة أولية طبقا لقواعد الإسناد في القانون المختص لحكم مسألة ميراث الزوج مثلا¹.

- الأثر القانوني الصحيح يستتبع أثرا آخر صحيحا

إذا وجد أثر قانوني معين وفقا لأحكام قانون القاضي، واستتبع ذلك بالضرورة أثرا آخر يعتد به هذا القانون، تعين عدم تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص وهذا، إذا اتضح بأن القانون الذي ستختاره سوف يحكم بعدم صحة الأثر الثاني، ومثال ذلك وجود زواج صحيح حسب القانون المختص بموجب قواعد الإسناد الوطنية، والذي يستتبع صحة ميراث الزوج، وعليه إذا عرضت مسألة صحة الميراث هذه، وأثيرت مسألة صحة الزواج كمسألة أولية، فينبغي استبعاد قواعد الإسناد في القانون المختص بحكم الميراث إذا أحالت بصدده إلى قانون يقضي ببطلان الزواج².

- الأثر القانوني اللازم لوجود أثر آخر

وهي الحالة التي يتولد فيها أثر قانوني معين عند تطبيق قواعد الإسناد الوطنية، ويكون ذلك الأثر شرطا ضروريا لأثر آخر عندما يكون من اللازم الاعتراف به في ذلك القانون.

ففي دعوى انحلال زواج مثلا، إذا قضى القانون الذي عينته قاعدة الإسناد الوطنية بعدم الانحلال السليم لهذا الزواج، فلا يمكن للزوجة، على إثر ذلك، إبرام زواج جديد، فإذا ما رفعت الزوجة دعوى لأجل صحة الزواج الثاني، وأثيرت مسألة أولية وهي أهليتها للزواج،

1- حمزة قتال، فكرة المسائل الأولية...، مرجع سابق، ص 62.

2- المرجع نفسه، ص 62.

فطبقتنا قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص بتنظيم انحلال الزواج، فأشارت إلى قانون آخر يرى بأن الزواج قد انحل بشكل سليم، وأن لها أهلية الزواج من جديد، فإن هذا الحل الأخير لا يعتد به، لأنه يرى بتحقق شرط قضي من قبل بعدم توفره، لذلك وجب لاستبعاد هذه النتيجة أن تطبق قواعد الإسناد الوطنية على المسألة الأولى¹.

- المسألة الأولى الأكثر ارتباطا بقانون القاضي

إذا كان غياب الصلة بين المسألة الأولى والنظام القانوني الوطني هو الذي يبرر الاختصاص المبدئي لقاعدة الإسناد الأجنبية، فإن هذا الاختصاص ينبغي أن ينعقد لقاعدة الإسناد الوطنية في كل مرة توجد فيها تلك الصلات، فإذا تعلق الأمر مثلا بتبني طفل تم في فرنسا، فإن القضاء الفرنسي يجعله ينتج كل آثاره، حتى ولو كان القانون الواجب التطبيق عليه ينتمي إلى نظام قانوني يختص بحكم المواريث، ولا يأخذ بصلاحيه هذا التبني، فالأمر يتعلق بمسألة فرنسية، و لا يهم بعد ذلك أن تكون إحدى آثار هذه المسألة خاضعة لقانون لا يعترف بهذه المسألة الأولى².

تقدير هذا الاتجاه:

وجهت انتقادات إلى بعض الحجج المقدمة من طرف هذا الاتجاه، و لو أن البعض الآخر منها لقي استحسانا و ترحيبا:

- يعيب الاستناد إلى حجة قبول الإحالة، وجود اختلاف جوهري بين فكرة الإحالة ومشكلة المسائل الأولى، فهذه الأخيرة تُثار عند إعمال القواعد المادية في القانون الأجنبي

1- حمزة قتال، فكرة المسائل الأولى...، مرجع سابق، ص ص 62-63.

2- المرجع نفسه، ص 63.

الواجب التطبيق على المسألة الأصلية، كما ينبغي مراعاة الارتباط القائم بين هذه القواعد، بغض النظر عن الموقف المتخذ في دولة القاضي من فكرة الإحالة قبولاً أو رفضاً¹.

- بالنسبة للحجة المتعلقة باحترام القانون الأجنبي، فلا شك أنها هي التي تكفل تلافي النتائج غير المقبولة التي يؤدي إليها إخضاع المسائل الأولية على العكس للقانون الواجب التطبيق بمقتضى قواعد التنازع في دولة القاضي المطروح عليه النزاع الأصلي. مثل الإعراف بالحق في التركة لشخص لا يعتبره القانون المختص بالميراث وارثاً، وهذه النتيجة الشاذة ترجع إلى تشويه هذا القانون²، ومن ناحية أخرى، فإن الرجوع في شأن تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الأولية إلى قواعد التنازع الأجنبية في القانون الواجب التطبيق على المسألة الأصلية لا يشكل انتقاصاً من قواعد الإسناد في دولة القاضي، فهذه الأخيرة تكون قد أنهت مهمتها بتحديد القانون المختص بحكم النزاع الأصلي بحيث أصبحت جميع المسائل القانونية الأخرى التي يثيرها تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون خارجة عن اختصاص قواعد التنازع في قانون القاضي³.

- بالنسبة للحجة المتعلقة بتحقيق التناسق الدولي للحلول، فالاستناد إليها يبدو منطقياً، وقد استند إليها مناصروا الإحالة لتبرير توجههم نحو القبول بهذه الفكرة، وصولاً إلى وحدة حلول التنازع على الصعيد الدولي، بوصفه هدفاً عزيزاً على فقه القانون الدولي الخاص.

1- هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 586.

2- و قد رد الأستاذ "ماير" (Mayer) على الحجة المتمثلة في خشية تحريف القانون الأجنبي المطبق على المسألة الأصلية، فيما إذا حكمت قاعدة الإسناد الوطنية المسألة الأولية، قائل بأنه دائماً، و إذا طبقنا القانون المختص بحكم المسألة الأصلية، فإن قاعدة الإسناد الوطنية لا تسأله إلا حول مضمون قاعدته لا حول موقف اختصاص و محاكمة، ولا يمكننا إثارة مسألة التماسك بين القواعد المطبقة على المسألة الأولية، لأنهما لا ينتميان إلى نفس القانون. نقلاً عن حمزة قتال، فكرة المسائل الأولية...، مرجع سابق، ص 64.

3- هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 587-588.

حقا إن مشكلة المسائل الأولية تختلف كما بينا عن فكرة الإحالة، ولكن يظل القاسم المشترك بينهما هو الاتفاق على أهمية الرجوع لقواعد التنازع الأجنبية في تحقيق وحدة الحل الدولي.

ومع ذلك، فقد لاحظ البعض بحق بأن وحدة الحل على المستوى الدولي هو هدف قد يكون صعب المنال من الوجهة العملية، لاختلاف ضوابط الإسناد المعمول بها في الدول المختلفة، و لأن المفهوم الذي قد تعطيه كل دولة لهذه الضوابط، على فرض اتحادها، قد يختلف عن المفهوم الذي تتبناه دولة أخرى، بل إن مبدأ وحدة الحل على الصعيد الدولي قد يناهض مبدأ آخر، هو: وحدة الأحكام على المستوى الداخلي، وهو المبدأ الذي استند إليه القائلون بإسناد المسائل الأولية للنظام القانوني في دولة القاضي¹.

لقد تبنى جانب من الفقه هذا الرأي القائل بإسناد المسائل الأولية للقانون الأجنبي، وأخذ به القضاء في بعض الدول، وهذا نظرا لما تضمنه من إيجابيات سبق ذكرها. لكن هذا لم يمنع من تعرض هذا الرأي لانتقادات عديدة، أهمها الصعوبات التي تعترض الأخذ به، وكذا وصف نظريته بأوصاف لا تشجع على الأخذ بها، منها أنها نظرية معقدة، وغير سهلة التطبيق، وغير حقيقية وغير مألوفة، وأن مساوئها مؤكدة، إضافة إلى أن كثرة الاستثناءات الواردة عليها، أدت إلى الاضطراب و التردد القانوني بشأنها².

يظهر من كل ما تقدم بأن كلا الاتجاهين لم يسلما من الانتقادات، الأمر الذي صعب من مسألة الأخذ بأحدهما دون وجود استثناءات، ولعل السبب في ذلك، يكمن في كونهما قد انطلقتا من حل مسبق جامد وهو: إما إخضاع المسائل الأولية لقاعدة الإسناد في قانون

1- هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 589-590. أنظر كذلك:

- Dominique Holleaux et autres, op .cit, p 258, n° 521.

2- حمزة قناتل، فكرة المسائل الأولية...، مرجع سابق، ص ص 63-64.

القاضي، أو إخضاعها لقاعدة الإسناد الأجنبية في القانون المختص، وهو ما دفع الفقه إلى البحث على نظريات أخرى من شأنها تفادي هذه العيوب¹.

ثانيا - النظريات ذات الطابع العملي التجريبي

يرفض أنصار هذه النظريات فكرة التقييد المسبق بمبدأ معد سلفا فيما يخص النظام القانوني الواجب التطبيق على المسائل الأولية، كإخضاعها مثلا لقواعد الإسناد في قانون القاضي أو لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص، وينطلقون من نقطة أساسية هي أن إيجاد حل لمشكلة المسائل الأولية ينبغي أن يتم وفقا لظروف كل حالة على حدى.

وعلى الرغم من نقطة الالتقاء الأساسية التي تجمع بين هذه النظريات ذات الطابع العملي التجريبي، فإنه يمكن تقسيمها إلى طائفتين، تسعى إحداها إلى تحقيق ما يعرف باسم عدالة القانون الدولي الخاص (أولا)، بينما تهدف الأخرى إلى الوصول إلى تحقيق العدالة المادية (ثانيا)².

1 - عدالة القانون الدولي الخاص كموجه لحل المسائل الأولية³:

تسعى قواعد الإسناد التقليدية، ذات الطابع السافيني، إلى تحديد أكثر القوانين ملاءمة لحكم العلاقة الدولية الخاصة المطروحة على القضاء الوطني، أي أوثق القوانين صلة بهذه العلاقة من وجهة نظر مشرع دولة القاضي، وقد كان الأستاذ الألماني "سافيني" (Savigny) أول من اعتنق هذا النظر، حينما أقام نظريته في التنازع على أساس تحليل الروابط الخاصة

1- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 273.

2- المرجع نفسه، ص 274.

3- أطلق عليها هشام علي صادق عبارة: "الحلول القائمة على العدالة الحسابية لقواعد التنازع السافينية"، أنظر: هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 594.

الدولية، وتركيزها مكانيا في الدولة التي يوجد بها مركز الثقل في هذه الرابطة، والتي ينطبق قانونها على المسألة المطروحة، بوصفه القانون الأوثق صلة بهذه المسألة¹.

وعلى خطى "سافيني" (Savigny) انطلق أنصار هذا الاتجاه من مقدمة بسيطة قوامها أن إيجاد حل للمسائل الأولية يتوقف على التعرف على مركز الثقل للمسألة الأولية، ومدى ارتباطها بنظام قانوني معين بشكل أوثق من نظام قانوني آخر. فإذا كانت المسألة الأولية تتركز في النظام القانوني للقاضي، ولا تتصل بأية روابط وثيقة إلا بهذا النظام، فإن مركز ثقل المسألة الأولية حينذاك سيتحدد في هذا النظام، فيكون من الملائم إعمال قواعد الإسناد عليها في قانون القاضي من تحديد القانون الذي يحكمها، وهو ما من شأنه تحقيق وحدة الأحكام على الصعيد الداخلي².

أما إذا كانت المسألة الأولية لا تتصل بأي شكل من الأشكال بالنظام القانوني للقاضي، فإن تحديد القانون الواجب التطبيق عليها سيتم من خلال إعمال قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص، وهذا الحل يحقق وحدة الأحكام على المستوى الدولي³.

غير أنه، وإذا كان للمسألة الأولية اتصال بكل من قانون القاضي والقانون الأجنبي في ذات الوقت، وينفس القوة، فإنه يتعين عندئذ ترجيح إعمال قواعد الإسناد في قانون القاضي،

1- هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 594.

2- انظر في هذا الصدد حكم المحكمة العليا الألمانية Bundesgerichtshof في 9 أبريل 1972، و الذي يعد من أبرز الأحكام التي أخذت بهذا الاتجاه، راجع: حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 276 إلى 278.

3- من بين الأحكام التي أخذت بهذا الاتجاه: الحكم الصادر عن محكمة استئناف Hamm بتاريخ 5 أكتوبر 1972، وكذا الحكم الصادر عن محكمة Stuttgart الابتدائية بتاريخ 19 جوان 1969. وردا في: المرجع نفسه، ص ص 278-281.

تحقيقاً لوحدة الأحكام على المستوى الداخلي، لأنها غاية تفوق وحدة الأحكام على المستوى الدولي¹.

- تقدير هذا الاتجاه

رغم بساطة الفكرة التي ينطلق منها أنصار هذا الاتجاه، إلا أن الصعوبة تظهر في تحديد المقصود بالرابطة الوثيقة القائمة بين المسألة الأولية ونظام قانوني معين، فتحديد هذا المفهوم، وإن كان قد لا يثير صعوبة في بعض الحالات التي تكون فيها المسألة الأولية متصلة بشكل واضح بنظام قانوني، سواء كان النظام القانوني للقاضي أو النظام القانوني الأجنبي، إلا أنه قد نكون بصدد حالات أخرى لا تتسم بهذا النوع من التبسيط، مما يتحتم معه ضرورة تحديد المقصود من فكرة الصلة الوثيقة².

2- حل المسألة الأولية في ظل العدالة المادية للقانون الدولي الخاص:

يقوم هذا الحل على فكرة مفادها أن حل المسألة الأولية يتطلب إسنادها إما إلى قواعد الإسناد في قانون القاضي، أو إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص، وذلك على ضوء النتائج المادية الملموسة التي يحققها هذا الإسناد، فيتم إخضاع المسألة الأولية إلى النظام القانوني الذي يترتب على إعماله تحقيق النتيجة الأفضل.

وقد لقي هذا الاتجاه الفقهي نجاحاً ملحوظاً على الصعيد القضائي³. لاعتماده النتائج الملموسة التي تترتب على تطبيق نظام قانوني معين على المسائل الأولية، أو لكون هذا القانون هو الأفضل.

1- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 275.

2- المرجع نفسه، ص 281.

لتوضيح هذه الفكرة، راجع حكم المحكمة الفدرالية الألمانية الصادر في 09 أبريل 1972، وكذا الحكم الصادر عن محكمة استئناف Hamm السالف الذكر، المرجع نفسه، ص ص 281-282.

3- المرجع نفسه، ص 283.

والملاحظ أن كلا الرأيين قد تعرضا للنقد ممن يدعون إلى تطبيق قاعد الإسناد الوطنية، ذلك أن القضاء لا يملك في مرحلة النظر في الدعوى إلا أن ينطلق من قاعدته الوطنية لحل النزاع، بغض النظر عن طبيعة المسألة فيما إذا كانت أصلية أو أولية، وما دام النزاع هو ذو عنصر أجنبي، فيتعين لحله تحديد القانون الواجب التطبيق، وهذا لا يمكن أن يتم إلا بتطبيق قواعد الإسناد الوطنية، فكيف يمكن للعلاقة الواحدة أن تخضع لقواعد مختلفة في النزاع بحسب ما تكون المسألة أصلية أو أولية، فالمسألة هي نفسها في الحالتين¹.

الفرع الثاني

موقف التشريع و القضاء

لم يضع المشرع الجزائري نصا صريحا يحدد القانون الواجب التطبيق على المسائل الأولية، وبهذا بقي موقفه غامضا إزاء هذه المشكلة.

لم يبين المشرع المصري - بدوره - موقفه بخصوص مشكلة التنازع في مجال المسائل الأولية، غير أن سكوته هذا - حسب الدكتور هشام علي صادق - سوف يفتح الطريق أمام الفقه والقضاء لاعتناق حلول أكثر مرونة في هذا المجال، خاصة وأن المادة 24 من القانون المدني المصري قد أفسحت سبل مواجهة التطور حينما نصت على أن تتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص، أي المبادئ العامة للتنازع كما انتهى إليها الفقه والقضاء المقارن في مختلف دول العالم².

أما فيما يتعلق بالمغرب، فإن تقرير صحة أو بطلان الرابطة الزوجية بين المورث وزوجه يكون وفق ما تقضي به قاعدة الإسناد المغربية المتعلقة بالرابطة الزوجية دون النظر إلى مقتضيات القانون الذي يحكم التركة، وبذلك تخضع الشروط الجوهرية للزواج للقانون

1- حمزة قتال، فكرة المسائل الأولية...، مرجع سابق، ص 67.

2- هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 592.

الوطني المشترك للزوجين إذا كانا من نفس الجنسية، أما إذا كانا من جنسيتين مختلفتين ،
فقانونيهما معا. اما إذا كان الزواج مختلطا وكان أحد طرفيه مسلما، فإن المادة 2 من مدونة
الأسرة تفيد أن التأكد من صحة هذه الرابطة تخضع للمقتضيات المضمنة في المدونة.

ونفس ما رأيناه بالنسبة لصحة رابطة الزواج باعتبارها أحد أسباب التوارث ينسحب على كل
الأسباب الأخرى، والتي يتم الرجوع بصددها إلى قواعد الإسناد المغربية الخاصة بها متى
افتتحت التركة بالمغرب.

بالتالي يترتب على هذا التمييز بين سبب التوارث وصحة هذا السبب إخضاع الأول للقانون
الذي يحكم التركة، أي القانون الوطني للمورث، والثاني للقانون الذي تعينه قاعدة الإسناد
المغربية المتعلقة بهذا السبب¹.

لم يحدد المشرع التونسي كذلك القانون الواجب تطبيقه على المسألة الأولية، غير أن
القضاء التونسي قد حكم بصحة زواج أبرم بين بلجيكي وتونسية في سويسرا وفقا للقانون
السويسري، وطبق القانون التونسي على ميراث الزوجة التونسية المتوفاة باعتباره قانون
جنسيتها وقت وفاتها طبقا للفصل 54 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي².

لم يرد أيضا في لائحة الإتحاد الأوربي نص صريح يحدد القانون الواجب التطبيق على
المسألة الأولية، غير أن المادة 2/23 نجدها استثنت خضوع حالة الأشخاص الطبيعيين
وعلاقاتهم العائلية للقانون الواجب التطبيق على الميراث وفقا للمادتين 21 و22، لأن إنشاء

¹ - سلمى الأزرق، حنان أبكريم، الموارث والوصايا في القانون الدولي الخاص المغربي، مجلة القانون والأعمال، على

الموقع الإلكتروني: <http://www.droitentreprise.com>

² - جاء في منطوق القرار ما يلي: لما كانت الزوجية من أسباب التوارث طبقا للفصل 90 من مجلة الأحوال الشخصية
فإن البت فيها وجودا أو عدما هي مسألة أولية وهو ما أدركته محكمة الأصل فتصدت لها محققة انبناء العلاقة الزوجية بين
المورثة وزوجها بموجب عقد زواج مبرم على معنى الفقرة 2 من الفصل 31 من قانون الحالة المدنية وموثق طبق قانون
الدولة السويسرية وقد استمرت الرابطة الزوجية بينهما إلى حين وفاة الزوجة التونسية، فيكون ميراثها خاضعا للقانون الدخلي
التونسي عملا بالفصل 54 من مجلة القانون الدولي الخاص.

نقلا عن: فاطمة الزهراء بن محمود، الحسين السالمي، منظومة القانون الدولي...، مرجع سابق، ص 411.

هذه الروابط العائلية تشكل مسألة أولية تخضع في إطار القانون الدولي الخاص لقواعد
التنازع المنصوص عليها في القانون الوطني¹.

¹ – Dan Andrei Popescu, guide de droit international privé des successions, Magic Print, 2014, p 13.

خاتمة

اهتمت تشريعات مختلف الدول بإصدار أحكام تشريعية بالإمكان تطبيقها لحل قضايا الميراث في الزواج المختلط، وهي المسائل التي حظيت كذلك باهتمام الفقه الإسلامي الذي وضع أحكاما شرعية تنظمها حتى يحظى كل وريث بنصيبه، خاصة في ظل الإشكالات العديدة التي كثيرا ما تصادف الفصل في هذا النوع من القضايا.

ومن خلال دراسة موضوع الميراث في الزواج المختلط بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري توصلنا إلى النتائج والاقتراحات الآتية:

- النتائج:

- إن توزيع الميراث بين أفراد أسرة تأسست عن طريق زواج مختلط، تسبقه مسائل لا يستدعيها تقسيم الميراث في أسرة موحدة الجنسية والديانة، ويتعلق الأمر ب: التكيف وتحديد القانون الواجب التطبيق، والذي بدوره قد يثير مسألة النظام العام والغش نحو القانون، وكذا الإحالة و المسألة الأولية.

- لقد كان للفقه دورٌ كبيرٌ في تحديد الطبيعة القانونية للميراث، وهو ما انعكس بطبيعة الحال على تشريعات مختلف الدول، والتي تباينت اتجاهاتها بين من أدرجت الميراث ضمن الأحوال الشخصية، وبين من صنفته ضمن الأحوال العينية.

- لقد أحسن المشرع الجزائري بإدراجه التركات ضمن الأحوال الشخصية، إذ وضع أحكامها ضمن قانون الأسرة، مسائرا بذلك تشريعات جل الدول الإسلامية، إلى جانب قوة الاعتبارات الداعية إلى إلحاق التركات بالأحوال الشخصية والتي تعد الأقرب إلى المنطق.

- يحكم الميراث في الزواج المختلط الذي تختلف فيه جنسية الزوجين (من الناحية القانونية) قواعد الإسناد التي تحدد القانون الواجب تطبيقه، وذلك باعتبار أن الزواج المختلط في هذه الحالة يتضمن عنصرا أجنبيا.

- إن الصعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الميراث في الزواج المختلط تبرز بداية من اختلاف الدول في تحديد قاعدة الإسناد المتعلقة به، فبعض الدول تطبق قانونا واحدا على الميراث، والذي قد يكون قانون الجنسية أو الموطن أو قانون موقع العقار، في حين تفرق دول أخرى بين العقارات و المنقولات، فتطبق بذلك على الميراث قانونين اثنين على المسألة الواحدة، وهذا الاختلاف مرده اختلاف التكيف.

- لا يثير حل مسائل الميراث في الزواج المختلط الذي يعقد بين طرف جزائري و آخر أجنبي من دولة مسلمة إشكالات كثيرة من الناحية القانونية، مقارنة بالزواج الذي يعقد بين طرف جزائري و آخر أجنبي من دولة غير مسلمة.

- لقد أحسن المشرع الجزائري بإخضاعه الميراث لقانون جنسية المتوفى وقت وفاته، وذلك في المادة 16 ق.م.ج، مسائرا في ذلك موقف أغلب الدول التي ألحقت الميراث بالأحوال الشخصية باعتباره متصلا بقانون الأسرة.

- إن مجال إعمال قانون جنسية المتوفى وقت وفاته ليس مطلقا، إنما يتحدد بالمسائل الموضوعية للميراث، ألا وهي: بيان الورثة و مراتبهم، نصيب كل واحد منهم من التركة، فتح التركة، شروط استحقاق الإرث و كذا تحديد موانع الإرث وحالات الحجب.

- إن الإجراءات المتعلقة بالميراث لا تدخل ضمن فكرة الميراث نفسها، وإنما تخضع لقانون القاضي.

- لقد راعى المشرع الجزائري اعتبار الميراث سببا من أسباب انتقال الحق العيني، لذلك جعل قانون موقع المال هو الذي يحكم مدى تعلق حقوق دائني المتوفى بأموال التركة، وكذا

تحديد محتوى وشروط ممارسة الحقوق المكتسبة على أموال التركة بالإرث، إضافة إلى حالة الشيعون بين الورثة.

- لقد اعتبر المشرع الجزائري التركة التي لا وارث لها مالا شاغرا تستولي عليه الدولة بموجب سيادتها الإقليمية، وباسم النظام العام، و ذلك تطبيقا لنص المادة 733 ق.م.ج و الفقرة الأخيرة من المادة 180 من ق.أ.ج.

- إذا كان القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على قضية ميراث معينة، فإن أحكام قانون الأسرة المستمدة من الشريعة هي التي ستطبق آنذاك عند تقسيم التركة، لا سيما منها ما يتعلق بالأحكام الخاصة بالتوارث عند اختلاف ديانة الزوجين أو ردة أحدهما.

- نعيب على المشرع الجزائري عدم إدراجه اختلاف الدين كمانع للتوارث، وإن كان قد ذكر الردة كمانع له في نص المادة 138 ق.أ.ج، مما يفهم منه أخذه باختلاف الدين، هذا، إلى جانب نص المادة 222 ق.أ.ج، التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية فيما لم يرد بشأنه نص في القانون،

- لم يحدد المشرع الجزائري موقفه بخصوص اختلاف الدارين فيما إذا كان مانعا من الإرث أم لا، مخالفا بذلك تشريعات بعض الدول الإسلامية التي بينت موقفها صراحة بشأنه، واعتبرته غير مانع من الإرث.

- لقد جعل الفقه الإسلامي لتغيير الديانة من الإسلام إلى غيره (أي الارتداد) أثارا في الميراث وذلك على خلاف الديانات الأخرى التي لا تعطي لهذا الأمر أهمية على الإطلاق، فقد أجمع العلماء على أن المرتد لا يرث من غيره مطلقا، سواء كان هذا الغير مسلما أو كافرا أو مرتدا مثله، إلا أنهم اختلفوا بشأن إرث الغير منه، هذا، وقد خصوا حالة ارتداد أحد الزوجين وأثر ذلك في الميراث بأحكام خاصة.

- تعتبر إثارة النظام العام الدولي من أكثر الإشكالات (العقبات) التي عادة ما تصادف حل مسائل الميراث في الزواج المختلط، و يظهر أثره خاصة فيما لو كان أحد الزوجين مسلما والآخر من ديانة أخرى، وتطرح مسألة ميراث أحدهما بعد وفاة الآخر، ذلك أن جل الدول الإسلامية تستمد أحكام الميراث من الشريعة الإسلامية، والتي تتنافى أحكامها إطلاقا مع أحكام الميراث في الدول غير الإسلامية.

- إن صعوبة إعطاء تعريف للنظام العام، وترك هذه المهمة للسلطة التقديرية للقاضي المعروض عليه النزاع، يقدرها بالنظر إلى كل حالة على حدى، تتيح له فرصة التعسف، فيتغير بذلك الحل المتعلق بتوزيع الميراث (مما ينعكس سلبا على الأمر).

- لا يمكن دراسة النظام العام في الميراث في تنازع القوانين منفصلا عن دراسة النظام العام في الشريعة الإسلامية، لأن أحكام الميراث في الإسلام تعد من النظام العام في جملها.

- إن القضاء في الدول الأجنبية التي لا تدين بالإسلام غالبا ما يضرب عرض الحائط الأحكام الإسلامية المتعلقة بالميراث، و التي تعد من النظام العام، مما يعد إجحافا في حق الطرف المسلم الذي كثيرا ما يفقد حقه في الميراث (كما لو عرض على القضاء الفرنسي قضية ميراث شخص له زوجتان).

- يعتبر الغش نحو القانون من بين الحالات التي تؤدي إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، إلا أن إثارته في مسائل الميراث على صعيد الروابط الدولية الخاصة بصفة عامة، والزواج المختلط بصفة خاصة، نادرا ما يكون، وما يؤكد هذا الأمر هو ندرة الأحكام القضائية في هذا الشأن.

- تعتبر الإحالة من أبرز العقبات التي من شأنها أن تصعب حل مسائل الميراث في القانون الدولي الخاص بصفة عامة، إذ من شأن الأخذ بها - من عدمه - تغيير القانون الواجب

التطبيق على الميراث، حتى أن الدول - لحد الآن - لم تتخذ بشأنها موقفاً موحداً، فمنها من تأخذ بها، ومنها من ترفض ذلك.

- نستحسن اتخاذ المشرع الجزائري موقفاً صريحاً إزاء الإحالة إذ أقر عدم الأخذ بها كقاعدة عامة غير أنه سمح بالأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى وذلك بعد تعديل القانون المدني سنة 2005، إذ كان موقفه قبل هذه المرحلة غامضاً، مما فتح المجال واسعاً أمام الفقه والمؤلفين للنقاش.

- لم يبين المشرع الجزائري موقفه إزاء القانون الواجب تطبيقه على المسألة الأولية (والتي تتمثل في بحثنا في الزواج المختلط) أسوة بتشريعات الدول الأخرى.

- الاقتراحات:

- من المستحسن أن ينص المشرع الجزائري على اختلاف الدين كمانع للإرث بنص صريح.

- نقترح إبرام اتفاقات دولية تنظم موضوع تنازع القوانين في الميراث بصفة عامة والميراث الزواج المختلط بصفة خاصة، وذلك تجنباً للإشكالات القانونية التي قد تثار في هذا الصدد، على الأقل بين الدول العربية اقتداءً بما قامت به دول الإتحاد الأوربي التي صاغت اللائحة رقم 2012/650 المتعلقة بالميراث بكيفية مفصلة تجنب مواطني الدول الأعضاء الوقوع في الإشكالات التي عادة ما تصادف حل مسائل الميراث في تنازع القوانين بصفة عامة خاصة ما يتعلق منها بالإحالة.

- نفضل لو أخذ المشرع الجزائري بالإحالة في الأصل، واستثنائها في مجال الأحوال الشخصية التي يندرج ضمنها الميراث، وهذا تفادياً لأن يطبق على قضايا الميراث قانون دولة أجنبية لا تدين بالإسلام.

إن موضوع الميراث في الزواج المختلط كما رأينا، يطرح عدة إشكالات من الناحية القانونية، وإذا كنا قد تمكنا من اقتراح حلول بالنسبة لبعضها، فإن البعض الآخر من هذه الإشكالات في نظرنا ستبقى حجر العثرة بالنسبة لحل مسائل الميراث في الزواج المختلط، والتي من أبرزها النظام العام، إذ لا يمكن لأي دولة أن تتنازل عن مبادئها وأسسها لصالح أفراد دولة أخرى، فكما لا يمكننا تقبل توريث أبناء الزنا، فإنه لن يسع الفرنسيين قبول توريث الزوجة الثانية.

:

أولاً- باللغة العربية:

I- الكتب:

- 1- ابن شويخ الرشيد ، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- 2- ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج 6، مكتبة القاهرة، 1968م
- 3- ابن قيم الجوزية شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر ، أحكام أهل الذمة، المجلد 2، رمادي للنشر، المملكة العربية السعودية، 1997.
- 4- ابن محمود فاطمة الزهراء ، السالمي الحسين ، منظومة القانون الدولي الخاص التونسي، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2016.
- 5- ابن منظور الإفريقي المصري أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ، لسان العرب، المجلد 05، ط3، دار صادر، بيروت، لبنان، 2004.
- 6- _____ ، لسان العرب، المجلد 6، ط 3، دار صادر، بيروت، 2004.
- 7- أبو بكر الخلال، أحكام أهل الملل والردة من الجامع لمسائل الإمام أحمد بن حنبل، ج1.
- 8- أبو زهرة محمد ، أحكام التركات و المواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د.س.ن.
- 9- _____ ، الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي، د.ب.ن، د.س.ن.

- 10- أبو عيد عارف خليل ، الوجيز في الميراث، ط5، دار النفائس، الأردن، 2006.
- 11- اسعد موحد ، القانون الدولي الخاص، ترجمة فائز أنجق، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.س.ن.
- 12- أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2001.
- 13- الأبياني محمد زيد ، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج3، مطبعة الشعب، مصر، 1903.
- 14- الأصبحي مصطفى ياسين محمد حيدر ، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، المكتب الجامعي للنشر، د.ب.ن، 2007.
- 15- البستاني سعيد يوسف ، الجامع في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- 16- البنا كمال صالح ، المشكلات العملية في دعاوى النسب و الإرث، مطبعة أبناء وهبه حسان، عالم الكتب، د.ب.ن، 2002.
- 17- الجبوري عبد الله ، حميش عبد الحق ، أحكام الميراث و الوصايا في الشريعة الإسلامية، د.د.ن، الإمارات العربية المتحدة، 2007.
- 18- الجصاص أبو بكر أحمد بن علي الرازي ، أحكام القرآن، ج 01، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1992.
- 19- _____ ، أحكام القرآن، ج 2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1992.

- 20- الحداد حفيظة السيد ، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
- 21- الحلوي الشراحي علي بن ناشب بن يحي ، سنا البرق العارض في شرح النور الفائض، المجلد الأول، د.د.ن، د.ب.ن، د.س.ن.
- 22- السباعي مصطفى ، الصابوني عبد الرحمان ، الأحوال الشخصية في الأهلية، الوصية والتركات، مطبعة خالد بن الوليد، سوريا، 1975-1976.
- 23- السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1414 هـ.
- 24- الصباغ شحاتة عبد الغني ، دروس في الفرائض، منشورات وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، 1995.
- 25- الطعيمات هاني ، فقه الأحوال الشخصية في الميراث و الوصية، دار الشروق، عمان، الأردن، 2007.
- 26- العثيمين محمد بن صالح ، شرح منظومة القلائد البرهانية في علم الفرائض، دار الوطن، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2008.
- 27- الغزاوي ابراهيم حسن محمد عمر ، المركز القانوني للطفل في مجال القانون الدولي الخاص، دار الفكر العربي، مصر، 2007.
- 28- الفتلاوي سهيل حسين ، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة، مصر، 2002.
- 29- الفضلي أحمد ، الموجز في القانون الدولي الخاص، دار قنديل، عمان، الأردن، 2010.

30- الكسواني عامر محمد ، موسوعة القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010.

31- اللافى محمد المبروك ، تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة و الحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، د.ب.ن، د.س.ن.

32- المصري محمد وليد ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية و القانون الفرنسي، دار الثقافة، عمان الأردن، 2009.

33- المغربي عبد المجيد ، علم الميراث، أصوله و مسائله، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006.

34- المومني أحمد محمد ، أحكام التركات و المواريث1، دار الميسرة، الأردن، 2009.

35- الهداوي حسن ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني (دراسة مقارنة)، مكتبة دار الثقافة، عمان الأردن، 1995.

36- _____، تنازع القوانين و أحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني، دار عدلاوي، الأردن، 1993.

37- أوقاشة مصطفى ، الحرية الدينية، الواقع و المستجدات القانونية و الفقهية، د.د.ن، د.ب.ن، 2009.

38- باكلي سليمان بن عيسى ، الفريضة العادلة، الوصايا و المواريث على المذهب الخمسة، المطبعة العربية، غرداية، الجزائر، 2010.

- 39- **بخيت محمود عبدالله** ، محمد عقلة العلي، الوسيط في فقه المواريث، ط 3، دار الثقافة، عمان، 2010.
- 40- **بدران أبو العينين بدران**، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين و غير المسلمين في الشريعة الإسلامية و اليهودية و المسيحية و القانون، دار النهضة العربية، لبنان، د.ت.ن.
- 41- **بلحاج العربي** ، أحكام التركات و المواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009.
- 42- _____ ، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي و قانون الأسرة الجديد، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- 43- **بن هادية علي** ، **البليش بلحسن** ، **الجيلاني بن الحاج يحي**، القاموس الجديد للطلاب، ط 04، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1983.
- 44- **تكمنت محمد** ، **الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي**، طبع بمساهمة مؤسسة هانس سايرل الألمانية. د.ب.ن، د.س.ن.
- 39- **ججيك الورثاني صالح** ، **الميراث في القانون الجزائري**، ط 2، د.د.ن، د.ب.ن، د.س.ن.
- 40- **جمال الدين صلاح الدين** ، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004.

- 41- _____ ، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية، د.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.
- 42- **حمودة محمود محمد** ، محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق، عمان ، الأردن، 2000.
- 43- **حواس عبد الوهاب** ، فتح المغيـث في علم المواريث، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د.س.ن.
- 44- **داود أحمد محمد علي** ، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه و القانون، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2007.
- 45- _____ ، الأحوال الشخصية، ج3 و 4، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009.
- 46- **داوودي غالب علي** ، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، ط 4، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2005.
- 47- **دايرو صديقي الصديقي يوسف** ، المستجدات الفقهية في العلاقات الدولية، دراسة تأصيلية مقارنة و مسائل تطبيقية معاصرة، دار النفائس، الأردن، 2012.
- 48- **دراز رمزي محمد علي** ، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، د.ب.ن، 2004.

49- **دريال عبد الرزاق** ، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول (النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري و المقارن، دار العلوم، عنابة، 2010.

50- **دريان عبد اللطيف فايز** ، فقه المواريث في المذاهب الإسلامية والقوانين العربية، المجلد1، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 2006.

51- _____ ، فقه المواريث في المذاهب الإسلامية و القوانين العربية، المجلد الثاني، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 2006.

52- **زروتي الطيب** ، القانون الدولي الخاص الجزائري علما و عملا، مطبعة الفسييلة، د.د.ن، 2010.

53 _ _____ ، القانون الدولي الخاص الجزائري (في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005)، ج 1، ط 2، ، د.ب.ن. د.س.ن.

54- **زوكاغي أحمد** ، أحكام التنازع بين القوانين في التشريع المغربي، ط 2، مطبعة الكرامة، الرباط، المغرب، 2002.

55- **سابق سيد** ، فقه السنة، ج 3 (السلم و الحرب و المعاملات)، دار المؤيد، الرياض، 2001.

56- _____ ، فقه السنة، ج 2 (نظام الأسرة- الحدود و الجنائيات)، دار المؤيد، الرياض، 2001.

57- **سعادي محمد** ، القانون الدولي الخاص و تطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

- 58- سلامة أحمد ، الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين، د.د.ن، د.ب.ن، 1965.
- 59- _____، الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين و للأجانب، الكتاب الأول، المكتبة العالمية، القاهرة، مصر، 1960.
- 60- سمارة محمد ، أحكام التركات و المواريث في الأموال و الأراضي، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2002.
- 61- سيوفي نعوم ، الحقوق الدولية الخاصة، أمالي و محاضرات، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، د.ب.ن، 1966-1967.
- 62- شلبي محمد مصطفى ، أحكام المواريث بين الفقه و القانون، الدار الجامعية، د.ب.ن، 1985.
- 63- طوبيا بيار إميل ، التحايل على القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2009.
- 64- عامر عبد العزيز ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء "الزواج"، دار الفكر العربي، د.ب.ن، 1984.
- 65- عرموش ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص "الأردني و المقارن"، ج1، مكتبة دار الثقافة، عمان ، الأردن، 1998.
- 66- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج 2، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986.
- 67 - عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، لبنان، 2004.

- 68- _____، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، د.س.ن.
- 69- **علي علي سليمان**، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 70- **غصوب عبده جميل**، محاضرات في القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، د.ب.ن، د.س.ن.
- 71- _____، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان، 2008.
- 72- **فاروق عبد الله كريم**، الوسيط في شرح الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 و تعديلاته، د.د.ن، العراق، 2004.
- 73- **فطاني اسماعيل لطفي**، اختلاف الدارين و أثره في أحكام المناكحات و المعاملات، ط 2، دار السلام، القاهرة، مصر، 1998.
- 74- **فهمي محمد كمال**، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، د.س.ن.
- 75- **فؤاد عبد المنعم رياض**، سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن.
- 76- **قربوع عليوش كمال**، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، دار هومة، الجزائر، 2006.

77- **كصير محمد خيرى** ، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.

78- **ماير بيار ، هوزيه فانسان** ، ترجمة د/ علي محمود مقلد، القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ،بيروت، 2008.

79- **محدة محمد** ، سلسلة فقه الأسرة، التركات و المواريث، "دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، ج03، ط02، مطبعة عمار قرفي، باتنة، 1994.

80- **مسلم أحمد** ، القانون الدولي الخاص، ج1، د.د.ن، د.ب.ن، 1956.

81- _____، موجز القانون الدولي الخاص المقارن (مصر، لبنان)، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1966.

82- **منصور سامي بديع** ، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية و حلول النزاعات الدولية الخاصة، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، 1994.

83- _____ ، د/ **غصوب عبده جميل** ، د/ **ديب نصري أنطوان** ، القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر والتوزيع، بيروت، لبنان، د.س.ن.

84- **هشام خالد**، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

85- _____ ، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014.

86- هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.

87- _____، المطول في القانون الدولي الخاص، ج 1، المجلد 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014.

88- _____، د/ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007.

89- وهبة الزحيلي، آثار الحرب في الفقه الإسلامي، ط 3، دار الفكر، دمشق، 1998 م.

90- يحيوي أعر، نظام المواريث الإسلامي في تقنين الأسرة الجزائري، نموذج من الإعجاز التشريعي مقارنة بالمساواة بين الجنسين المقررة في القانون الدولي لحقوق الإنسان، دار الأمل، تيزي وزو، 2011.

II- البحوث والمذكرات الجامعية:

1 - الشاوي نعمان منذر ، توارث مختلفي الدين في الفقه الإسلامي و التشريع العراقي، بحث تقدم به الدكتور في كلية الحقوق، جامعة النهريين، 2006. على الموقع الإلكتروني:

<http://journal.nahrainlaw.org/pdf/1/2006/1/89.pdf>

2- بلمامي عمر ، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، بحث لنيل دبلوم الماجستير في العقود و المسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1986.

3- بوخروبة حمزة ، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في

الحقوق، تخصص قانون أعمال، جامعة سطيف 2، 2013-
2014

4- **بوعروس خالد** ، الزواج المختلط . الإشكالات القانونية و الانعكاسات الاجتماعية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، شعبة القانون الخاص، وحدة التكوين و البحث في قانون الأسرة المغربي و المقارن، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، 2006-2007.

5- **زاير فاطمة الزهراء** ، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.

6- **زردومي فلة** ، فقه السياسة الشرعية للأقليات المسلمة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الفقه و الأصول، كلية العلوم الإجتماعية و العلوم السياسية، قسم الشريعة، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، 2005-2006.

7- **زلاسي بشري** ، الزواج المختلط إشكالية تتازع القوانين من حيث انعقاده و آثاره، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2000-2001.

8- **شيبورو نورية** ، الميراث و الوصية و سائر التصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.

9- فوضيل نادية ، الغش نحو القانون، بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1984.

10- قرانفيل جاسم زاهد ، أسباب الإرث و موانعه في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، قسم الدراسات العليا الشرعية، فرع الفقه و الأصول ، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1981-1982.

11- محمودي سليم ، اختلاف الدين و أثره في الميراث، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص فقه مقارن، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الجزائر، 2008.

12- موشعال فاطيمة ، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2011-2012.

13- ميرة وليد ، أثر اختلاف الدين على مسائل الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل درجة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص: شريعة و قانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2004-2005.

14- هيباوي عبدالرحمان ، موانع الميراث وتطبيقاتها في قوانين الأسرة المغاربية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص: قانون الأسرة،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة،
2014-2015.

III- المقالات:

- 1- **الدربالي شكري، الميراث في ظل تنازع القوانين، مجلة الفقه والقانون، عدد 57،**
جويلية 2017، ص ص (109-120)
- 2- **ابن عومر محمد الصالح ، "الميراث في القانون الدولي الخاص"، دراسات قانونية،**
عدد11، مركز البصيرة، 2011، ص ص (85-113).
- 3- **أبو النجا إبراهيم ، "وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون**
الجزائري"،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية،
المجلد 25، عدد 4، ديسمبر 1987، ص ص (930-971).
- 4- **أشرف وفا محمد، "آثار التوارث بين الدول على إعمال قواعد القانون الدولي الخاص"،**
المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي،
عدد 61 لعام 2005، مصر، ص ص (213-328).
- 5- **الأزرق سلمى ، أبكريم حنان ، المواريث والوصايا في القانون الدولي الخاص المغربي،**
مجلة القانون والأعمال، على الموقع الإلكتروني:
<http://www.droitentreprise.com>
- 6- **الدربالي شكري ، " الميراث في ظل تنازع القوانين"، مجلة الفقه والقانون، عدد 57،**
جويلية 2017، ص ص (109-120)، على الموقع الإلكتروني:
<http://majalah.e-monsite.com/medias/files/majalah-numero57.pdf>

7- الصلاحي أحمد بن ناجي ، " بعض أوجه التعارض بين قواعد تنازع القوانين و قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي في بعض مسائل الأحوال الشخصية ذات الطابع الدولي في التشريع اليمني"، حوليات كلية الحقوق، جامعة وهران، عدد 3، 2011، ص ص (103-154).

8- المشري الشيخ ، " الميراث"، المجلة القضائية، العدد الأول، 1995، ص ص (75-87).

9- براسي محمد ، الإحالة على ضوء القانون الدولي الخاص الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، العدد 9، 2012، ص ص (11-23).

10- بوعاتي جلال ، آلاف الجزائريات ضحايا الاقتران مع الأجانب (علاقة ظاهرها الزواج وباطنها الجوسسة)، 2011/07/09 على الموقع الإلكتروني:

<http://www.elkhabar.com/ar/autres/dossiers/258631.html>.

11- زروتي الطيب ، " أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتها في الزواج المختلط (تعليق على فتوى شرعية للمجلس الإسلامي الأعلى)"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 4، 1993، ص ص (897-952).

12- سامي بديع منصور، " الدين و تنازع القوانين في مادة الإرث و الأحوال الشخصية"، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، العدد 2، 2003، ص ص (07-96).

- 13- شلبي صالح رياض ، موانع تطبيق القانون الأجنبي، مجلة كلية الحقوق بجامعة عين الشمس، مصر، عدد 2، جويلية 2017، ص ص (01-42).
- 14- قتال حمزة ، " فكرة المسائل الأولية في نطاق تنازع القوانين"، مجلة معارف، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة ، عدد 11، السنة السادسة، الجزائر، 2011، ص ص (51-68).
- 15- ميكالي الهواري ، " تغير ضوابط الإسناد من خلال آلية التكيف في مسائل الزواج والطلاق"، مجلة الحجة (تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان)، عدد 1، 2007، ص ص (29-37).
- 16- يوسف العماري فتيحة ،" قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية والسياسية، الجزء 37، رقم 02، 1999، ص ص (97-123).

IV- أعمال الملتقيات:

- 1- تريكي المولودة آيت شاوش دليلة ، القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في القانون الجزائري، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 23 و 24 أبريل 2014.
- 2- حسين نورة، الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية كضابط إسناد في الأحوال الشخصية، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 23 و 24 أبريل 2014.

V - النصوص القانونية:

أ - الإتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرف

الجزائر

1 - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948 قرار الجمعية العامة 217 الف(د.3) المؤرخ في 10 ديسمبر 1948، صادقت عليه الجزائر بموجب المادة 11 من دستور 1963، ج.ر. عدد 64، مؤرخ في 4 ديسمبر 1968.

2 - العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة 2200 (ألف) المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، تاريخ البدء في النفاذ 23 مارس 1976 (طبقا للمادة 49)، انضمت إليه الجزائر بموجب: المرسوم الرئاسي رقم 67-89 المؤرخ في 16 ماي 1989، منشور في ج.ر. عدد 20 صادر بتاريخ 17 ماي 1989، وبملحق المرسوم الرئاسي، والنص الكامل نشر في ج.ر. عدد 11 صادر بتاريخ 26 فيفري 1997، ص 16.

ب- الدستور:

- قانون رقم 01-16 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1937 الموافق لـ 6 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.، عدد 14 صادر بتاريخ 7 مارس 2016، يعدل ويتمم قانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، يعدل ويتمم قانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002، يعدل ويتمم دستور 1996 مؤرخ في 1 ديسمبر 1996، مصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في ديسمبر 1996، ج.ر. عدد 76، صادر بتاريخ 28 فيفري 1996.

ج - النصوص التشريعية:

1- أمر رقم 58-75 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، معدل و متمم، ج.ر، العدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975.

2- قانون رقم 11-84 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، ج.ر، العدد 24، الصادر في 12 يونيو 1984.

3- أمر رقم 02-05 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، يعدل و يتمم القانون رقم 11-84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة ، ج.ر، العدد 15، الصادر بتاريخ 26 يونيو 2005.

4- قانون رقم 10-05 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1926 الموافق 20 يونيو سنة 2005، يعدل و يتمم الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر، العدد 44 الصادر بتاريخ 26 يونيو 2005.

5- أمر رقم 03-06 مؤرخ في 29 محرم عام 1427 الموافق 28 فبراير سنة 2006، يحدد شروط و قواعد ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين. ج.ر، العدد 12، الصادر بتاريخ أول مارس 2006.

VI- القرارات القضائية:

- المحكمة العليا، غ.م، 14/04/1982، ملف رقم 24770، م.ق، 1989، عدد 4، ص 55.

IVV- الوثائق:

أ - الاتفاقيات الدولية التي لم تصادق عليها الجزائر:

- الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية المؤرخة في 04 نوفمبر 1950، المعدلة بالبروتوكولين رقم 11 و 14 والمتممة بالبروتوكول الإضافي والبروتوكولات رقم: 04، 06، 07، 12 و 1.

ب - القوانين الأجنبية :

1- قانون رقم 131 لسنة 1984 المتعلق بالقانون المدني المصري، مؤرخ في 29 جويلية 1948.

2- قانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية (1984/51) الكويتي المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007.

3- القانون المدني السويسري المؤرخ في 10 ديسمبر 1907، دخل حيز التنفيذ بتاريخ 1 يناير 1912.

4- القانون المدني الألماني المؤرخ في 18 أوت 1896، دخل حيز التنفيذ بتاريخ 1 جانفي 1990.

5 - قانون عدد 97 لسنة 1998، مؤرخ في 27 نوفمبر 1998، يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، عدد 96 بتاريخ 01 ديسمبر 1998.

ثانيا- باللغة الفرنسية:

I- OUVRAGES

- 1- **Audit Bernard**, Droit international privé, 6^{ème} éd, Economica, 2010.
- 2- **Bastenier Albert et autres**, Le statut personnel des musulmans, Droit comparé et droit international privé, Etablissement Emile Bruylant, bruxelles, Belgique, 1992
- 3- **Batiffol Henri , Lagarde Paul**, Droit international privé, 7^{ème} éd, tome1, L.G.D.J, Paris, 1981.
- 4- **Clavel Sandrine**, Droit international privé, 2^{ème} éd, Dalloz, Paris.
- 5- **Corinne, Renault- Brahinsky**, Droit des successions, 5^{ème} éd, Lextenso, Paris, 2009
- 6- **Dan Andrei Popescu**, Guide de droit international privé des successions, Magic Print, 2014.
- 7- **Derruppé Jean**, Droit International privé, 14^{ème} éd, Paris, Dalloz, 2001.
- 8- —————, **Laborde Jean-Pierre**, Droit international privé, Dalloz, Paris.
- 9- **Flour- J, Souleau-H**, Les succesions, 3^{ème} éd, Armand Colin, Paris, 1991 .

- 10- **Gutman Daniel**, Droit International privé, 4^{ème} éd, Dalloz. Paris, 2004.
- 11- **Holleaux Dominique, Foyer Jacques, Géraud de Geouffre de La pradelle**, Droit international privé, Masson, Paris, 1987.
- 12- **Loussouarn Yvon, Bourel Pierre, De Vareilles-Sommières Pascal**, Droit international privé, 4^{ème} éd, Dalloz, Paris, 1993 .
- 13- **Mayer Pierre , Heuzé Vincent**, Droit international privé , 8^{ème} éd, Montchrestien, 2004.
- 14- **Mélin François**, Droit international privé, 3^{ème} éd, Lextenso, Paris, 2008.
- 15- **Patrik Courbed**, Droit international privé, 2^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2003.

II - THESE

- **Debernardi Giovanna**, Le règlement européen sur les successions et nouvelles perspectives pour les systèmes juridiques nationaux, thèse de doctorat, droit université Côte d'Azur, , France, 2017.

III-ARTICLES

- 1- **jdaini Bouchra**, Problèmes du couple mixte face au droit interne et droit international privé (cas franco-marocain), jurismat , portimao, n especial, 2014 .
- 2- **Lagarde Paul**, Succession, Rép.Interna, Tome 3, j.c.p, 1999-04.

- 3- **Lyn François**, "*L'unité successorale en droit international privé*", recueil DALLOZ, 1^{er} cahier, 09/10/2003, N35/7132.

IV- ARRÊTS DE LA COUR DE CASSATION :

- 1- Cass.civ, 14 mars 1837, *Stewart*.
- 2- Civ, 18 mars, 1878, De Bauffermont.
- 3- Cass.civ, 24 juin 1878, forgo.
- 4- Cass.civ, 19 juin 1939, *Lebdan*.
- 5- Cass, 1^{er} civ, 17 Novembre 1964.
- 6- Cass, 1^{er},civ, 3 janv 1980.
- 7- Cass, civ 1, du 22 Avril 1986, 85-11.666
- 8- Civ. 1, 17 févr. 1982 , *Baaziz* ; v. n° 1155.
- 9- Cass, 1^{re}, civ, 20 mars 1985, *Caron*.
- 10- Cass 1^{er} civ, 17 nov 1964 :Bull. Civ 1, n° 505.

V- DOCUMENTS :

- _ Le règlement (UE) N° 650/2012 du parlement européen du conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des actes authentiques en matière de succession et à la création d'un certificat successoral européen.

- Circulaire du 25 Janvier 2016 de présentation des dispositions du règlement (UE) n°650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, BULLETIN OFFICIEL DU MINISTERE DE LA JUSTICE n° 2016-02 du février 2016 , JUSC1601018C

ص:	:
01	مقدمة:.....
08	..
11
12	المبحث الأول: تكييف الميراث كمرحلة سابقة لتحديد القانون الذي يحكمه في الزواج المختلط.....
14	المطلب الأول: تعريف الميراث و الزواج المختلط.....
14	الفرع الأول: تعريف الميراث.....
14	أولاً- التعريف اللغوي.....
16	ثانياً- التعريف الاصطلاحي.....
18	ثالثاً - التعريف التشريعي.....
19	رابعاً- التعريف القضائي.....
19	الفرع الثاني: تعريف الزواج المختلط.....
20	المطلب الثاني: تحديد الطبيعة القانونية للميراث
21	الفرع الأول: تصنيف الميراث ضمن الأحوال الشخصية.....
21	أولاً - المقصود بمصطلح الأحوال الشخصية
24	ثانياً- دور الفقيه "مانشيني" في إدراج الميراث ضمن الأحوال الشخصية.....
26	ثالثاً- دوافع تصنيف الميراث ضمن الأحوال الشخصية.....
27	رابعاً- التشريعات التي أدرجت الميراث ضمن الأحوال الشخصية.....
28	الفرع الثاني: تصنيف الميراث ضمن الأحوال العينية.....
29	أولاً- تحديد المقصود بمصطلح الأحوال العينية
29	ثانياً- دور الفقه الفرنسي في إدراج الميراث ضمن الأحوال العينية.....

32	ثالثا- دوافع تصنيف الميراث ضمن الأحوال العينية
32	رابعا- التشريعات التي أدرجت الميراث ضمن الأحوال العينية.....
33	الفرع الثالث: تصنيف الميراث ضمن فئة قانونية مستقلة.....
34	المبحث الثاني: قاعدة الإسناد المتعلقة بميراث الأزواج المختلفي الجنسية ونطاقها
35	المطلب الأول: ضابط الإسناد المتعلق بميراث الأزواج المختلفي الجنسية .
35	الفرع الأول: تطبيق قانونين مختلفين على ميراث المنقول والعقار.....
36	أولا -الأصل التاريخي للفرقة بين القانون الواجب التطبيق على ميراث المنقول والعقار.....
37	ثانيا - الانتقادات الموجهة للفرقة بين القانون الواجب التطبيق على ميراث المنقول وميراث العقار.....
38	ثالثا - القانون الفرنسي كأنموذج للتشريعات التي أخذت بالفرقة بين المنقول والعقار من حيث القانون الواجب التطبيق عليهما.....
43	الفرع الثاني: تطبيق قانون واحد على ميراث العقار والمنقول.....
43	أولا- إخضاع الميراث لقانون جنسية المتوفى.....
51	ثانيا - إخضاع الميراث لقانون موطن المتوفى.....
55	ثالثا- تطبيق قانون موقع المال.....
56	رابعا - إخضاع الميراث لقانون القاضي.....
58	الفرع الثالث:قاعدة الإسناد الجزائرية المطبقة على الميراث عند اختلاف جنسية الزوجين.....
62	المطلب الثاني: نطاق تطبيق القانون المختص والاستثناءات الواردة عليه.....
62	الفرع الأول: نطاق تطبيق القانون المختص.....
63	أولا- الأحكام العامة لاستحقاق الإرث.....
70	ثانيا- أصول انتقال الإرث.....
72	الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على القانون المختص بحكم الميراث.....

73	أولاً: نطاق تطبيق قانون موقع المال.....
76	ثانياً: التركة الشاغرة.....
84
86	المبحث الأول: حكم التوارث عند اختلاف ديانة الزوجين أو ارتداد أحدهما.....
86	المطلب الأول: اختلاف الديانة وأثره في الميراث
87	الفرع الأول: توارث المسلم مع الكافر الأصلي.....
87	أولاً- حكم ميراث الكافر من المسلم بسبب الزوجية.....
92	ثانياً- حكم ميراث المسلم من الكافر بسبب الزوجية.....
100	الفرع الثاني: أثر اختلاف الدين في التوارث بين الكفار (غير المسلمين).....
100	أولاً- مذهب القائلين بأن الكفر ملة واحدة.....
102	ثانياً- مذهب القائلين بأن الكفر ملل شتى.....
103	ثالثاً- مذهب القائلين بأن الكفر ثلاث ملل.....
104	رابعاً- مذهب القائلين بأن الكفر ملتان.....
105	خامساً - الرأي الراجح.....
105	الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري و التشريعات المقارنة من التوارث عند اختلاف ديانة الزوجين.....
107	المطلب الثاني: حكم إرث المرتد.....
108	الفرع الأول: تعريف الردة والحكمة من تحريمها.....
108	أولاً- تعريف الردة.....
110	ثانياً- الحكمة من تحريم الردة.....
112	الفرع الثاني: حكم التوارث بين المسلم و المرتد.....
112	أولاً- ميراث المرتد من غيره.....
114	ثانياً- إرث الغير من المرتد.....
119	ثالثاً- ارتداد أحد الزوجين أو كلاهما و أثره في الميراث.....

121	الفرع الثالث: موقف التشريع الجزائري و التشريعات المقارنة من أثر الردة في الميراث.....
123	المبحث الثاني: اختلاف الدارين و أثره في الميراث.....
123	المطلب الأول: المقصود باختلاف الدارين.....
123	الفرع الأول: مفهوم الدار.....
124	أولاً- تعريف الدار.....
125	ثانياً- أقسام الدار.....
127	الفرع الثاني: تعريف اختلاف الدارين و شروط تحققه.....
127	أولاً - تعريف اختلاف الدارين.....
128	ثانياً - شروط تحقق اختلاف الدارين.....
130	المطلب الثاني: أثر اختلاف الدارين في ميراث الزوجين شرعا و موقف التشريعات من ذلك.....
130	الفرع الأول: حكم الميراث عند تعدد ديار الإسلام.....
130	أولاً- حكم التوارث بين المسلمين عند اختلاف الدارين.....
132	ثانياً- حكم التوارث بين المسلم في دار الإسلام و بين أقاربه المسلمين الذين لم يهاجروا إلينا في دار الحرب.....
135	الفرع الثاني: أثر اختلاف الدارين في الميراث بين غير المسلمين.....
135	أولاً- أصناف غير المسلمين.....
136	ثانياً- حكم التوارث بين غير المسلمين عند اختلاف الدارين.....
139	الفرع الثالث: موقف التشريعات من أثر اختلاف الدارين في الميراث.....
143
145
146	المبحث الأول : النظام العام.....

146	المطلب الأول: مفهوم النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي.....
147	الفرع الأول: تعريف النظام العام الدولي وتطور فكرته.....
147	أولاً- صعوبة تعريف النظام العام الدولي.....
152	ثانياً- تطور فكرة النظام العام الدولي.....
154	الفرع الثاني: التمييز بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي.....
157	الفرع الثالث: شروط الدفع بالنظام العام الدولي.....
157	أولاً- وجود قانون أجنبي واجب التطبيق وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية
160	ثانياً - توفر مقتضى من مقتضيات النظام العام في دولة القاضي المانع لتطبيق أحكام القانون الأجنبي.....
161	المطلب الثاني: آثار الدفع بالنظام العام الدولي.....
161	الفرع الأول: أثر الدفع بالنظام العام بشأن حق يراد إنشاؤه في دولة القاضي..
161	أولاً - الأثر السلبي (استبعاد القانون الأجنبي كلياً أو جزئياً).....
165	ثانياً - الأثر الإيجابي للنظام العام الدولي.....
168	الفرع الثاني: أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة لحق اكتسب في الخارج وأريد التمسك بآثاره في دولة القاضي (الأثر المخفف للنظام العام).....
170	الفرع الثالث : الأثر الانعكاسي للنظام العام الدولي.....
172	المطلب الثالث: النظام العام في الشريعة الإسلامية.....
173	الفرع الأول: مضمون فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية.....
173	أولاً _ مفهوم فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية
177	ثانياً- خصائص فكرة الدفع بالنظام العام في الشريعة الإسلامية.....
179	ثالثاً- معيار الدفع بالنظام العام في الشريعة الإسلامية.....
180	رابعاً- آثار تطبيق الدفع بالنظام العام في الشريعة الإسلامية.....
180	الفرع الثاني: أثر الشريعة الإسلامية في الدفع بالنظام العام في قضايا الميراث
180	أولاً: حالة طرح النزاع المتعلق بالميراث أمام قضاء دولة إسلامية.....
189	ثانياً: حالة طرح النزاع أمام قضاء دولة غير إسلامية.....

192	المبحث الثاني: الغش نحو القانون.....
193	المطلب الأول: مفهوم الغش نحو القانون.....
193	الفرع الأول: تعريف الغش نحو القانون و ظهوره.....
198	الفرع الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون.....
198	أولاً- العنصر المادي.....
205	ثانياً- العنصر المعنوي.....
210	الفرع الثالث: موقف الفقه و القضاء و التشريعات من الغش نحو القانون.....
211	المطلب الثاني: نطاق الدفع بالغش نحو القانون والجزاء المقرر للغاش.....
212	الفرع الأول: نطاق الدفع بالغش نحو القانون.....
212	أولاً- الخلاف الفقهي حول جواز الدفع بالغش نحو القانون المختص وطنيا كان أم أجنبيا.....
215	ثانياً - : الخلاف الفقهي حول صفة القواعد التي ينوي الغاش التهرب منها.....
216	الفرع الثاني: جزاء الغش نحو القانون.....
219	
219	المبحث الأول: الإحالة و أثرها في تحديد القانون الواجب التطبيق على الميراث...
220	المطلب الأول: مفهوم الإحالة.....
220	الفرع الأول: تعريف الإحالة و أصولها التاريخية.....
221	أولاً-تعريف الإحالة.....
224	ثانياً- ربط الأصل التاريخي للإحالة بقضية "Forgo" المتعلقة بالميراث.....
225	الفرع الثاني: أنواع الإحالة.....
226	أولاً- الإحالة من الدرجة الأولى (الإحالة على قانون القاضي).....
227	ثانياً- الإحالة من الدرجة الثانية (الإحالة على قانون أجنبي آخر).....

229	المطلب الثاني: الموقف الفقهي و القضائي والتشريعي من نظرية الإحالة.....
229	الفرع الأول: موقف الفقه من نظرية الإحالة.....
230	أولاً- الخلاف الفقهي حول الأخذ بفكرة الإحالة من عدمه.....
234	ثانياً- الخلاف الفقهي حول نطاق الإحالة.....
236	الفرع الثاني: موقف القضاء و التشريعات من الإحالة.....
236	أولاً- موقف القضاء من الإحالة.....
238	ثانياً- الموقف التشريعي من الإحالة.....
240	ثالثاً- موقف المشرع الجزائري.....
245	المبحث الثاني: الخلاف حول القانون الواجب التطبيق على المسألة الأولية (الزواج المختلط).....
245	المطلب الأول: مفهوم فكرة المسائل الأولية.....
246	الفرع الأول: تعريف المسألة الأولية و نشأتها.....
247	الفرع الثاني: شروط تحقق مشكلة المسائل الأولية.....
248	أولاً- اختصاص قانون أجنبي بحكم المسألة الأصلية.....
248	ثانياً- استقلال ذاتية المسألة الأولية.....
249	ثالثاً- اختلاف مضمون قاعدتي الإسناد الوطنية و الأجنبية.....
249	المطلب الثاني: قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق على المسألة الأولية.....
250	الفرع الأول: موقف الفقه من القانون الواجب التطبيق على المسألة الأولية....
250	أولاً- النظريات التقليدية الجامدة.....
262	ثانياً- النظريات ذات الطابع العملي التجريبي.....
265	الفرع الثاني: موقف التشريع و القضاء.....
268	خاتمة:.....
274	قائمة المراجع:.....
297	الفهرس:.....

ملخص:

اختلفت تشريعات الدول حول تكييف الميراث، وقد سار المشرع الجزائري على نهج الاتجاه الذي أدخله ضمن الأحوال الشخصية، وقد جعل القانون الواجب التطبيق عليه في الزواج المختلط يخضع لقانون جنسية المتوفى وقت وفاته طبقا للمادة 16 من القانون المدني الجزائري. أما في حال اختلاف ديانة الزوجين فقد تكفل الفقه الإسلامي ببيان الأحكام الشرعية الواجب إتباعها فيما يخص ميراث الزوجين سواء في حال اختلاف ديانتيهما، أو في حال ارتداد أحدهما بعد الزواج.

تعرض حل مسائل الميراث في الزواج المختلط عدة إشكالات تتمحور أهمها في مخالفة أحكام القانون الأجنبي للنظام العام في دولة القاضي المعروض عليه النزاع، خاصة في الأحوال التي يكون فيها أحد الزوجين من دولة مسلمة و الآخر من دولة لا تدين بالإسلام، إضافة إلى إمكانية استبعاد القانون الواجب التطبيق بسبب الغش نحو القانون، أضف إلى ذلك إشكالية الإحالة الناجمة عن اختلاف قواعد الإسناد بين الدول، ناهيك عن صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط باعتباره مسألة أولية للميراث (المسألة الأصلية).

Résumé:

La législation des Etats sur l'adaptation des successions différait, mais le législateur algérien a suivi l'approche qui l'a introduite dans le statut personnel, et a fait en sorte que la loi applicable aux mariages mixtes soit soumise à la loi de la nationalité du défunt au moment de son décès conformément à l'article 16 du code civil algérien. Dans le cas de différence de religion du couple, la jurisprudence islamique s'est chargée de fournir une déclaration des jugement légaux à suivre en ce qui concerne l'héritage du couple que ce soit en cas de différence de religion ou en cas d'apostasie après le mariage.

La résolution des questions de l'héritage dans le mariage mixte est confrontée à plusieurs problèmes dont les plus importants sont centrés autour de : la violation des dispositions de la loi étrangère de l'ordre public dans l'Etat du juge devant lequel le conflit est exposé surtout dans le cas où un conjoint est d'un Etat musulman et l'autre d'un Etat non musulman, plus la possibilité d'exclure la loi applicable en raison de la fraude contre la loi, ajoutant à cela le problème du renvoi causé par les différentes règles d'attribution entre les Etats, sans parler de la difficulté de déterminer la loi applicable aux mariages mixtes en tant que problème préalable d'héritage (la question principale).