جامعة محمد الصديق بن يحيى-جيجل-

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

عنوان المذكرة

تنازع القوانين في موضوع الوصية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص

تخصص: قانون أسرة

إعداد:

الطالبة: زراولية بشرى

الطالبة: زعيك أميرة

إشراف:

د/ موكة عبد الكريم

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
الهاشمي احسن	أستاذ محاضر "أ"	جامعة محمد الصديق بن يحي-جيجل-	رئيسا
موكة عبد الكريم	أستاذ محاضر "أ"	جامعة محمد الصديق بن يحي-جيجل-	مشرفا ومقررا
كامل فؤاد	أستاذ محاضر"ب"	جامعة محمد الصديق بن يحي-جيجل-	ممتحنا

السنة الجامعية: 2018/ 2019

إهداء

إلى من رآني قلبها قبل عينيها، وتمنّت أن تراني في أعلى المراتب، والتي قال عنها الرسول صلّى الله عليه وسلّم "الجنة تحت أقدام الأمهات" ...إليك أمي رحمك الله وأدخلك فسيح جناته.

إلى من سهر على تلبية حاجاتي ولم يحرمني يوما من متطلباتي ... إليك أبي حفظك الله ورعاك ومنحك طول العمر.

إلى من كانوا سند ظهري ونقطة قوتي ونعم الإخوة ... إليكما أخواي.

إلى من كانت لي أمًّا ثانية... إليك أختي.

إلى أغلى ما أملك... إليكما إسحاق، نورسين.

إلى اللواتي تطمئن نفسي وأنا بجانبهن وتنطبق عليهن كلمة نعم الصديقة... إليكن ياسمين، آسيا، نور الهدى، نور الهدى، أميرة، سارة، ابتسام، خديجة، نوال.

وتحية خاصة... إليكن زينب، إلهام.

إلى كل من كان سببا في وصولي إلى هذا المقام ولو بدعاء.

بشرى

إهداء

أهدي هذا العمل للوالدين الكريمين حفظهما الله وأطال في عمرهما

إلى كل إخوتي وأخواتي

إلى كل صديقاتي العزيزات رانيا، سارة، بشرى، سهيلة، سماح، هدى، وابتسام صديقتي الغالية التي كانت نعم الصديقة الوفية والمخلصة

إلى عمي الغالي فريد الذي طالما ساندني وكان واقفا بجانبي

إلى خالتي العزيزة فتيحة

إلى كل أحبتي

أميرة

شكر وتقدير

بداية نحمد الله عزّ وجلّ على نعمة العلم التي أنعمها علينا، ونشكره على إعانتنا لإنجاز هذا العمل المتواضع.

مهما تقدمنا وفُتِحت أمامنا طرق النجاح، ووصلنا لكل ما نحلم به، علينا أن نتذكر من كان سبباً في نجاحنا ومن ساندنا وأمسك بيدنا للاستمرار في طريقنا للنجاح والتقدم، هم الذين من وجودهم خُلِق النجاح والإبداع، فمهما عبرنا لهم فالكلمات قليلة بحقهم فمن واجبنا أن نقدم لهم التقدير والشكر والاحترام.

نتقدم بالشكر الجزيل للدكتور "موكة عبد الكريم" الذي أشرف على هذه المذكرة وعلى تصحيحها وإنجازها، كما نشكره على كل النصائح والمعلومات التي أنارت لنا طريق إعداد هذه المذكرة، كما نتقدم بالشكر والتقدير والاحترام لأعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذه المذكرة وإفادتنا بكل ما يزيدها قيمة.

ونشكر كل الأساتذة الذين ساعدونا في إنجاز هذا العمل

شكرا جزيلا

أميرة وبشرى

قائمــة المختصــرات

أولا: باللغة العربية

- ✓ **ج ر:** جريدة رسمية.
- ✓ **ج:** جزء.
- ✓ **ص:** صفحة.
- ✓ **ط:** طبعة.
- ✓ **ق. م. ج:** القانون المدني الجزائري.
- ✓ **ق. أ. ج:** قانون الأسرة الجزائري.
- ✓ **ق. ج. ج:** قانون الجنسية الجزائري.
- ✓ **ق.ح. م.ج:** قانون الحالة المدنية الجزائري.
- ✓ **ق. س:** القانون السويسري.
- ✓ **ق. م. س:** القانون المدني السويسري.
- ✓ **ق. م. م:** القانون المدني المصري.
- ✓ **ق. م.ع:** القانون المدني العراقي.
- ✓ **ق. م. أ:** القانون المدني الأردني.
- ✓ **ص- ص:** من صفحة إلى صفحة.
- ✓ **ص ص:** صفحتين متتاليتين.

ثانيا: باللغة الأجنبية

- ✓ **Ed** : édition.
- ✓ **Lex rei sitae** : Loi de situation de la chose.
- ✓ Op cit : opere citato.
- ✓ **P**: page.
- ✓ **RIDC** : Revue Internationale de Droit Comparé.

مقـدمـــــة

كان أوّل ظهور لتنازع القوانين في المجتمعات القديمة نتيجة المعاملة التي كانت تمارس على الأجنبي، بحيث لم يكن يتمتع بأيّ حق في الدخول في علاقات قانونية وقد ظلّ زمنا طويلا مجردا ومحروما من أبسط الحقوق اللاصقة بوجوده وإنسانيته، كحق الكرامة، حق التملك والوصية، وكلّ هذا كان نتيجة جهل هذه المجتمعات وقلّة اتصالاتها بمجتمعات أخرى وانغلاقها على ذاتها.

غير أنّ تطور العلاقات التجارية هو الذي أدى إلى ضرورة منح بعض الحقوق القانونية للتاجر، إضافة إلى تخلي هذه المجتمعات عن نزعتها العصبية وحاجة المجتمعات إلى بعضها البعض من أجل السعي إلى تطور أحسن أبت أن يستمر هذا الوضع الشاذ طويلا وعليه قامت بخلق واقعا جديدا ألزم على المجتمعات فتح أبوابها أمام الأشخاص والأموال حتى يتم فيما بينهم سدّ الحاجيات التي يستحقونها لحياة أفضل.

بناءًا على هذا الواقع الجديد مُنح للأجنبي مركز قانوني جعله يتمتع ببعض الحقوق التي يستحقها إلاّ التي حرم منها بمقتضى نص قانوني خاص، ومن أبرز الحقوق التي مُنحت للأجنبي هي الاعتراف له بالشخصية القانونية وحق الزواج، حق الطلاق، حق الإرث حق الإيصاء وحق إبرام العقود إلى غير ذلك من الحقوق.

نتيجة تعايش واختلاط المجتمعات ببعضها البعض هو الذي أدّى إلى ظهور نزاعات دولية خاصة مشتملة على عنصر أجنبي، وعليه أصبحت هذه النزاعات الدولية الخاصة تخضع لمجموعة من القوانين وليس لقانون واحد فقط، وهذا كان نتيجة اشتمال هذا النوع من العلاقات على عنصر أجنبي مهما اختلف نوعه سواء كان متمثل في أطراف العلاقة أو محل العلاقة أو مكان تنفيذ العلاقة.

إنّ الاختلاف في أحكام القوانين التي تحكم النزاعات الدولية الخاصة وهو السبب الذي أدّى إلى بروز فكرة "تنازع القوانين" بكونها صراع بين القوانين نتيجة ادعاء كلّ منها بحقها في حكم العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي لعلاقتها بها عن طريق أحد عناصـرها

وباعتبارها مجرد مفاضلة بين القوانين المتعلقة بالعلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي لاختيار الأنسب منها.

تثير مشكلة تنازع القوانين عدّة إشكالات قانونية في مجال الأحوال الشخصية نتيجة تفرع مواضيعها وتعلّقها بالنظام العام، وهذا ما أدّى إلى اختلافها عن باقي المجالات حيث يعتبر المجال الديني هو مصدرها في معظم التشريعات، كما تعتبر مسألة تنازع القوانين المتعلقة بمختلف مواضيع الأحوال الشخصية من بين المواضيع التي أضحت لها مكانة في القانون المدني، ومن أهم مسائل الأحوال الشخصية التي أثارت مشكلة تنازع القوانين هي الوصية المشتملة على عنصر أجنبي باعتبارها من الأعمال التي يتقرب بها الإنسان إلى ربّه والتي تؤدي إلى كسب الثواب والأجر ونشر الخير وسدّ أبواب الشر والفساد، كما تعتبر رمز من رموز التكافل والتضامن الاجتماعي، وقد حثّ عليها الله تعالى بقوله ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾.[1]

إنّ الوصية المشتملة على عنصر أجنبي من أبرز المسائل التي أدّت إلى ظهور إشكالات قانونية متعلقة بتنازع القوانين إذا ما تعلق الأمر بنزاع حول الوصية وأردنا معرفة القانون الواجب التطبيق عليها إذا كان أحد طرفيها وطني والآخر أجنبي، وهذا نتيجة فسح المجال للأشخاص رغم اختلاف جنسيتهم بإنشاء وصايا، ولهذا وجب دراسة المسائل المتعلقة بالوصية من الجانب الدولي وتنظيم قواعد إسناد خاصة بها للوصول إلى معرفة القانون الذي يحكمها.

لقد نتج خلاف بين التشريعات حول طبيعة الوصية، فهناك من أدرجها في مجال الأحوال الشخصية مثلما قام به المشرع الجزائري وهذا بالنسبة للدول الإسلامية،أمّا فيما يخص الدول التي لا تدين بالإسلام فقد أدخلتها ضمن مجال الأحوال العينية كما هو

[1] الآية 180، سورة البقرة.

معمول به في فرنسا، وهناك من أخرج الوصية نظم لها أحكام موضوعية وشرعية خاصة بها، ولهذا ظهر اختلاف في تنظيم أحكامها من دولة إلى أخرى مما أدّى إلى صعوبة توحيد أحكامها بسبب خصوصية هذا الموضوع لتعلقه بمبادئ وحضارة كل مجتمع، وتظهر الخصوصية والصعوبة أكثر في مجال العلاقات الخاصة الدولية ذات العنصر الأجنبي.

يتم طرح مسألة تنازع القوانين في الوصية في حالة اشتمالها على عنصر أجنبي سواء تمثل هذا العنصر الأجنبي في الموصي أو الموصى له أو موقع تواجد الموصى به محل الوصية، وقد تتمثل الصفة الأجنبية في عنصر الواقعة المنشئة للعلاقة كأن يوصي جزائري بوصية إلى فرنسي في تونس وكان الموصى به متمثل في عقار متواجد في المغرب.

لقد كانت هناك أسباب عديدة دفعتنا لدراسة هذا الموضوع من بينها أنّ المواضيع المتعلقة بالقانون الدولي الخاص هي من أكثر المواضيع صعوبة وتعقيدًا وإثارةً للإشكالات على الصعيدين الوطني والدولي، كون الوصية من الأنظمة المنتشرة في الدول الإسلامية ما يؤدي وجود العنصر الأجنبي فيها إلى صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، وجود رغبة في معرفة موقف المشرع الجزائري من موضوع الوصية في ظل اشتمالها على عنصر أجنبي وكيفية معالجته لها من الجانب الدولي، بالإضافة إلى محاولة معرفة مدى كفاية ونجاعة المادة 16 ق.م.ج في تغطية موضوع الوصية ومعالجة كافة جوانبها.

نظرا للمكانة التي حازت عليها الوصية في مجال القانون الدولي الخاص، فقد كانت هناك أهمية بالغة لدراسة هذا الموضوع، وقد تمثلت هذه الأهمية في كون موضوع الوصية من أكثر الأنظمة التي أثارت مشكلة تنازع القوانين في حالة اشتمالها على عنصر أجنبي كما تبرز أهمية هذا الموضوع في كون القانون الدولي الخاص هو القانون الوحيد الذي عالج التصرفات النافذة بعد الموت ذات العنصر الأجنبي، إضافة إلى كون الوصية هي من أهم المواضيع في القانون الجزائري والقوانين العربية المقارنة باعتبارها ذات أحكام منصوص عليها في الشريعة الإسلامية، محاولة معرفة القانون الواجب التطبيق على كل من موضوع

وشكل الوصية في القانون الدولي الخاص، وتسليط الضوء على مختلف ضوابط الإسناد المعتمد عليها لمعرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع الوصية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة.

إنّ دراسة هذا الموضوع بشكل تام وشامل وتحقيق الهدف المراد الوصول إليه كان محاطا بجملة من الصعوبات نذكر من بينها نقص المراجع الجزائرية المتعلقة بتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص وخاصة في مجال التصرفات النافذة بعد الموت، وجود مشكلة تكرار المعلومات في أغلب المراجع المتحصل عليها مما أدّى إلى صعوبة الاعتماد عليها كلّها، وجود معلومات تتحدث عن تنازع القوانين بشكل عام الأمر الذي أدّى إلى صعوبة إسقاطها على الوصية، الوقوع في مشكلة الاختلاف في تحديد طبيعة الوصية بين الدول التي تدرجها في مجال الأحوال الشخصية والدول التي تدرجها في مجال الأحوال العينية ما أدّى إلى اختلاف القانون الواجب التطبيق عليها، إضافة إلى وجود مشكلة اختلاف ضابط الإسناد المعتمد في معرفة القانون الواجب التطبيق على الوصية بين الدول التي تأخذ بمعيار الجنسية والدول التي تأخذ بمعيار الموطن.

بناءًا على ما سبق ذكره نطرح الإشكالية التالية: **فيما تتمثل الأحكام القانونية التي تخضع لها الوصية في حالة تنازع القوانين؟**

لقد تمّ الاعتماد في دراستنا لتنازع القوانين في موضوع الوصية على المناهج التالية:

المنهج الوصفي ويظهر من خلال وصف مختلف العناصر المكونة للموضوع، المنهج التحليلي ويظهر من خلال تحليل النصوص القانونية التي جاء بها المشرع وتقديم الآراء الشخصية حول الموضوع، المنهج المقارن ويظهر من خلال المقارنة بين ضابط الإسناد المتبع في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة، إضافة إلى بعض النقاط الأخرى التي قمنا بالمقارنة فيما بينها في القانون الجزائري والقوانين الأخرى، إضافة إلى المنهج التاريخي ويظهر من خلال دراستنا لتاريخ قاعدة لوكيس.

من أجل تحليل الموضوع والإجابة على الإشكالية التي تمّ طرحها أعلاه استلزم تقسيم الموضوع إلى شقين "في تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للوصية" (فصل أوّل)، بحيث تمّ التطرق فيه إلى "خضوع شكل الوصية لقانون محل الإبرام" (مبحث أوّل)، "خضوع شكل للوصية لقانون الموصي وقت الإيصاء" (مبحث ثان)، و"في تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للوصية" (فصل ثان) بحيث تمّ التطرق فيه إلى "خضوع الشروط الموضوعية للوصية للقانون الشخصي للموصي" (مبحث أوّل)، "خضوع الشروط الموضوعية للوصية لقانون إرادة الموصي" (مبحث ثان).

الفصل الأول

القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية

المقصود بشكل الوصية هو المظهر الخارجي للتعبير عن إرادة الموصي في إنشاء وصيته، إذ أنّ الشكل يثير عدّة إشكالات قانونية حول مدى صحة الوصية من جانبها الشكلي، لذلك وجب التدخل من أجل وضع قانون يتم من خلاله معرفة صحة شكل الوصية من عدمه، وعليه تمّ إخضاع شكل الوصية لقاعدة لوكيس والتي يقصد بها خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه.

لكن ما تجدر الإشارة إليه أنّ تطبيق قاعدة لوكيس ليس أمرًا سهلا نظرا لوجود صعوبات واستثناءات قد تعترض ذلك، أمّا فيما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق على الوصية فقد تمّ الاعتماد على المعيار الشخصي والمعيار الزمني للقيام بذلك.

ما يلاحظ أنّ هناك اختلاف بين التشريعات في مسألة الشكلية في الوصية بين من يوجب الرسمية أي المحررة من قبل الأشخاص المخول لهم قانونا القيام بذلك، ومن يكتفي بالوصية العرفية أي المحررة بخط اليد من قبل الموصي.

بناءًا على ما سبق قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين:

- المبحث الأوّل: خضوع شكل الوصية لقانون محل الإبرام
- المبحث الثاني: خضوع شكل الوصية لقانون الموصي وقت الايصاء

المبحث الأول

خضوع شكل الوصية لقانون محل الإبرام

عند البحث عن القانون الذي يحكم شكل الوصية قد يتبين للباحث في بادئ الأمر سهولة قيامه بهذا التحديد أي تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية، وهذا باعتبار أنّ المبدأ المتفق عليه في كافة النظم القانونية يقضي بخضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل الإبرام، غير أنّ الشروع في هذا التحديد هو الذي يوضح للباحث الصعوبات والعوائق التي قد تعترض طريقه عند دراسته لهذا المبدأ لاسيما إذا قام بالبحث عن أصل المبدأ والأسس التي يقوم عليها وطبيعته.

سنتطرق بالدراسة في هذا المبحث إلى العناصر السابقة بتفصيل يسهل فهمها من خلاله، بحيث سندرس أصل قاعدة قانون المحل يحكم شكل الوصية (مطلب أول)، طبيعة قاعدة قانون المحل يحكم الشكل (مطلب ثان)، مجال تطبيق قانون المحل على شكل الوصية (مطلب ثالث).

المطلب الأول

أصل قاعدة قانون المحل يحكم شكل الوصية

سنتطرق بالدراسة في هذا المطلب إلى نشأة قاعدة قانون المحل يحكم شكل الوصية (فرع أول)، أساس قاعدة قانون المحل يحكم شكل الوصية (فرع ثان).

الفرع الأوّل

نشأة قاعدة قانون المحل يحكم شكل الوصية

في القديم في حوالي القرن الثاني عشر والثالث عشر تمّ وضع عدّة مبادئ للتصدي لمشكلة تنازع القوانين ومن هذه المبادئ التي تمّ وضعها ومن أهمها كان مبدأ خضوع التصرف لقانون بلد إبرامه، لذلك فقه المدرسة الإيطالية للأحوال لم يفرق بين شكل وموضوع التصرف، فقد قام بإخضاع كلاهما لقانون واحد وهو قانون بلد الإبرام.[1]

أوّل مسألة ظهرت في قاعدة خضوع شكل التصرف لمحل إبرامه وشدّت انتباه رجال الفقه والقضاء في منتصف القرن الثالث عشر هي مسألة البحث عن القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية حين يتّم إبرامها خارج الدولة التي ينتمي إليها المتصرف[2]، وقد كانت الوصية هي أولى التصرفات القانونية التي أثيرت بشأنها هذه المسألة لدى القضاء الفرنسي فيما يعرف عند فقهاء القانون الدولي الخاص بوصية "فنيس" والتي تتعلق بوصية أجريت من طرف شخص من مدينة مودين، وذلك وفقا للشكل المقرر في قانون مدينة فنيس باعتبار أنّ الموصي كان متواجدا في مدينة فنيس، وكان يتطلّب شكل الوصية وفقا لقانون هذه المدينة حضور ثلاثة شهود مخالفا بذلك قانون موطنه في مدينة مودين حيث كان يشترط حضور سبعة شهود حتى يكون انعقاد الوصية صحيحا، ومراعاةً

(1) علي عبد الرحمن علي قطيط، تنازع القوانين في الوصية: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2011، ص318.

(2) **CORNELOUP Sabine**, « L'application de la loi étrangère », RIDC, n° 2, paris, 2004, p 365.

للاعتبارات العملية من تسهيل المعاملات الخارجية واعتبارات العدالة فقد حكم قضاء مدينة فنيس بصحة الوصية.[1]

من بين الفقهاء القدامى الذين أقروا بهذا الحكم وأخذوا به هو فقيه القانون الدولي الخاص في القرن الرابع عشر الأستاذ بارتول، بحيث رأى هذا الأخير أنّه من حق الأجانب في فنيس أن يختاروا إبرام وصاياهم وفقا للشكل الذي يقرره قانون مدينة فنيس.

كما سبق القول نتيجة تيسير وتسهيل المعاملات الخارجية فقد أقّر الفقه امتداد الحل السابق وهذا حتى يكون شاملا لكافة التصرفات الإرادية.

بالرغم من كل هذا إلاّ أنّ الأمر لم يكن واضحا كما ينبغي نتيجة خضوع كل من شكل وموضوع التصرف لقانون واحد في ذلك الوقت وهو قانون محل الإبرام وبقي الأمر كذلك إلى أن جاء الفقيه الإيطالي كورتيس في نهاية القرن الخامس عشر، ووضح أنّ خضوع موضوع التصرف لقانون بلد الإبرام لا يكون إلّا بناءا على إرادة الأطراف التي اتجهت ضمنيا إلى اختيار هذا القانون، وبدت بذلك ملامح التطور نحو فصل شكل العقد عن موضوعه وإخضاع هذا الأخير لقانون إرادة المتعاقدين.[2]

لكن كان هناك اتجاه آخر من الفقه رأى بأنّ حكم قضاء فنيس بصحة انعقاد تلك الوصية لم يكن مستندا على مراعاة الاعتبارات العملية وإنّما اعتبر أنّ الوصية صحيحة لأنّها تمّت وفقا للشكل الذي تطلبه قانون دولة القاضي، وبهذا يكون الحكم متماشيا مع النزعة الوطنية لدى القضاء باعتبار أنّ التصرفات تنعقد صحيحة إذا تمّ إبرامها تماشيا مع الشكل المقرر في قانون دولة القاضي.

---

[1] علي عبد الرحمن علي قطيط، المرجع السابق، ص318.

[2] هشام صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص ص 228، 229.

بفضل الجهود التي قام بها الفقيه بارتول وفقهاء مدرسته أصبحت القاعدة هي خضوع الوصية من حيث الشكل لقانون محل إبرامها، ثم عمّت هذه القاعدة ولم تصبح مقتصرة فقط على الوصية وإنّما شملت كافة التصرفات القانونية، وقد صيغت هذه القاعدة في بادئ الأمر بلفظ "المحل يحكم التصرف" وهذا يعني أن التصرف في هذه الحالة يخضع شكلا وموضوعا لقانون محل إبرامه، ثم انفصل موضوع التصرف القانوني عن شكله بعد ظهور فكرة الإرادة الضمنية على يد الفقيه كورتيس وبعده على يد الفقيه الفرنسي ديمولان حيث أصبح إعمال قاعدة قانون المحل يحكم شكل التصرف القانوني يعني أنّ الشكل وحده الذي يخضع إلى قانون محل إبرامه.

لقد كانت هذه القاعدة في القرون السابقة قاعدة عرفية في مختلف الدول إلى أن ظهرت حركة التقنيات المدنية الحديثة في أوائل القرن التاسع عشر فأخذت مكانها بين نصوص تلك القوانين.[1]

الفرع الثاني

أساس قاعدة قانون المحل يحكم شكل الوصية

إنّ الأساس في تبرير هذه القاعدة هو التسهيل والتيسير على أطراف العلاقة ومنحهم الحق في إبرام التصرف القانوني وفق قانون بلد الإبرام الذي يكون معروفا بالنسبة لهم، أي قد يحتمل جهل المتعاقدين بأحكام قانون غير قانون الدولة التي أبرم فيها التصرف لذلك حتّمت الاعتبارات العملية ضرورة إخضاع شكل التصرف للقانون المحلي أيّ بلد إبرام التصرف القانوني.[2]

---

[1] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق، ص ص 319، 320.

[2] كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين، ج1، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر 2011، ص 369.

كما تقوم قاعدة خضوع شكل التصرف إلى قانون المحل الذي أبرم فيه على اعتبارات عملية وهي تمكين أطراف العلاقة من إجراء تصرفات قانونية صحيحة من حيث الشكل أينما كانوا، لأنّ إلزام أطراف العلاقة بشكل معين لإبرام التصرف غير الشكل الوارد في قانون المحل الذي أبرم فيه فإنّ هذا من الناحية العملية يكون صعبا نتيجة جهل أطراف التصرف بأحكام ذلك القانون، وحتى في حالة علمهم بأحكام ذلك القانون فيمكن أن ترفض الدولة التي يقيمون داخلها وقاموا بإبرام التصرف القانوني فيها تطبيق قانون دولة أجنبية أخرى.[1]

مثال عن هذا فإنّ إجبار الموصي على إبرام وصيته وفقا لشكل مختلف عن شكل الوصية المنصوص عليه في قانون الدولة التي أبرمها فيها يجعله في وضع صعب نتيجة جهله بأحكام ذلك القانون، وحتى في حالة علمه بأحكام ذلك القانون فربما الدولة التي أبرم فيها وصيته ترفض ذلك الشكل وتُعتبر وصيته في نهاية المطاف باطلة.

بالإضافة إلى المبررات العملية المستمدة من عامل تسهيل وتيسير المعاملات فإنّ أخذ الموصي بالشكل المقرر في قانون المحل الذي أنشأ فيه وصيته يبعث في نفسه راحة واطمئنان على أنّ وصيته صحيحة ومقبولة من الناحية الشكلية.[2]

ما يلاحظ أنّ تطبيق قانون محل الإبرام هو الذي يفرض نفسه على أطراف العلاقة كونهم على علم ودراية به فلا يمكن إلزامهم بإبرام تصرفاتهم القانونية وفقا لشكل غير متعارف عليه في محل الإبرام.[3]

كما يعتبر الأساس الحقيقي لظهور هذه القاعدة في الاعتبارات العملية التي تتفق مع مبادئ العدالة والمنطق القانوني، والتي تنص على مراعاة الظروف والملابسات التي قد

---

[1] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 170.

[2] المرجع نفسه، ص 171.

[3] محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 210.

تحصل للشخص المتصرف ومنحه الحق في إبرام تصرفاته وفقا للشكل المطلوب في قانون محل الإبرام إذا اضطرّه الأمر إلى إجراء هذا التصرف خارج وطنه، وما تجدر الإشارة إليه أنّ هذه الاعتبارات العملية هدفها هو رفع العنت على المتصرف، إذ أنّ إلزام الموصي بإنشاء وصيته تبعا للشكل المحدد في القانون الذي يحكم التصرف بالرغم من الظروف التي تحيط به وهو خارج دولته لا يتفق مع اعتبارات التيسير والتسهيل على الموصي مما قد يقف بينه وبين التعبير عن إرادته.[1]

فلا شك أنّ قانون محل إبرام الوصية يُسهّل نوعا ما على الموصي الاضطلاع على أحكامه والتعرف على نصوصه المتعلقة بشكل الوصية، في حين قد يصعب عليه الاضطلاع على أحكام الشكل في القانون الذي يحكم موضوع وصيته، فقلق الموصي حول إبرام وصيته بالشكل الذي يجعلها صحيحة هو الدافع إلى إتباعه الشكل المقرر في قانون محل إبرام وإنشاء وصيته.

يرى جانب آخر من الفقهاء أنّ الأساس من هذه القاعدة وكتعبير لها في آن واحد هو الأخذ بقواعد التنازع التي يتضمنها قانون الدولة التي أبرم فيها التصرف، وقبول الأخذ بالإحالة منها إلى قانون آخر يكون فيه تفويت للاعتبارات والحكمة التي جاءت بها هذه القاعدة، ويكون في هذا تضييع للهدف الذي أراد المشرع تحقيقه من وراء تقريره لهذه القاعدة.[2]

---

[1] علي عبد الرحمن علي قطيط، المرجع السابق، ص 320.

[2] سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، معاهدات التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص172.

بالرغم من أنّ الاعتبارات العملية السابقة كانت كافية لتأسيس هذه القاعدة إلا أنّ فقهاء نظرية الأحوال الإيطالية ويليهم فقهاء القانون الدولي الخاص لم يكتفوا بهذه الاعتبارات وقاموا بالبحث عن أسس نظرية أخرى تدعمها.[1]

هناك من الفقهاء من بينهم الفقيه سافيني، من بنى هذه القاعدة على أساس منطقي تلزمه طبيعة الأشياء وعبّروا عن هذا الأساس بالطفل الذي يخرج إلى الحياة في بلد ما، فلا بدّ من ارتدائه للباس أهل ذلك البلد حتى يكون مقبولا بينهم من الناحية الشكلية.

ثمّة فريق آخر من الفقهاء من ضمنهم الفقيه نيبوابيه، من قام بإضافة أساس سياسي لدعم هذه القاعدة يتمثل في أنّ القوانين المرتبطة بالشكل إنّما يكمن هدفها في تأكيد إعلان الإرادة وتحقيق أمن المعلومات، وأضاف البعض منهم أساس اجتماعي يتمثل في أنّ الأوضاع الشكلية ما هي إلا مرآة عاكسة للأخلاق والقيم في الدولة، فالدولة التي تعرف التقدم تقلّ فيها المستلزمات الشكلية بينما الدول المتخلفة والتي تفتقد للأمان والثقة تكون فيها الإجراءات الشكلية لازمة بكثرة، وهو ما يفرض خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه.[2]

بالرغم من تعدّد الأسس النظرية التي جاء بها مختلف الفقهاء من أجل تطوير قاعدة قانون المحل يحكم الشكل، إلاّ أنّ الاعتبارات العملية تبقى هي الأساس الحقيقي لهذه القاعدة بل هي الأشدّ دعما والأقوى تأثيرا من الأسس النظرية مما يجعلها كافية وحدها لدعم هذه القاعدة.[3]

---

[1] سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 172.

[2] علي عبد الرحمن علي قطيط، المرجع السابق، ص 322.

[3] المرجع نفسه، ص323.

المطلب الثاني

طبيعة قاعدة قانون المحل يحكم شكل الوصية

سنتطرق بالدراسة في هذا المطلب إلى الطبيعة الإلزامية لقاعدة قانون المحل يحكم شكل الوصية (فرع أول)، الطبيعة الاختيارية لقاعدة قانون المحل يحكم شكل الوصية (فرع ثان).

الفرع الأول

الطبيعة الإلزامية لقاعدة قانون المحل يحكم شكل الوصية

أوّل ما نشأت قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه كانت بخصوص الوصية، وكانت بداية مبنية على أساس الواقع الذي تتطلبه الاعتبارات العملية التي تسعى إلى مراعاة الظروف والملابسات التي تحيط بشخص الموصي، فإجبار الموصي وهو خارج بلده بتحرير الوصية تبعا للشكل المقرّر في قانونه الشخصي أو في قانون موقع الأموال الموصى بها يؤدي بالموصي للوقوع في حرج قد يتعذر معه التعبير عن إرادته الأخيرة وبالتالي كان من الأجدر السماح للموصي عند تعذّر إتبّاع الشكل المقرر في قانونه الشخصي أو في قانون موقع المال أن يقوم بتحرير وصيته تبعا للشكل المقرّر في قانون محل الإبرام.[1]

إنّ ظهور مبدأ إقليمية القوانين أدّى بالفقه المناصر له إلى إدخال القاعدة ضمن الأحوال العينية، فخضوع العقد لولاية القانون الإقليمي يستلزم بالضرورة عند هذا الفقه إخضاع شكل العقد لسلطان هذا القانون، مما يترتب على هذا التأصيل النظري للقاعدة المتقدمة جعلها قاعدة آمرة بحيث لا يمكن للمتعاقدين إخضاع شكل العقد إلى قانون آخر غير القانون المحلي.

[1] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق، ص 325.

كما توصلّ جانب من الفقه الحديث إلى نفس النتيجة ولكن بأساس مختلف، ومفاد هذا الرأي الأخير أنّ ضرورة صحة التصرفات القانونية من حيث الشكل يقتضي الأخذ بالقاعدة المتقدمة، وهذا ما يؤكد صفتها الآمرة لارتباطها بالنظام العام.[1]

من النتائج التي توصل إليها الفقه قيام القضاء بالفصل في عدّة نزاعات عرضت أمامه باعتبار أنّ قاعدة خضوع الشكل لقانون المحل تنص على حكم إلزامي واجب الأخذ به وبالتالي أضحت القاعدة مبدأ قانوني لاُ يقبل النقاش فيه.[2]

إنّ الغاية التي ترغب في تحقيقها قاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام هي التيسير والتسهيل على الأطراف، فالطبيعة الإلزامية للقاعدة تهدف إلى ضمان حسن سير العدالة ومن هنا تظهر الطبيعة الإلزامية للقاعدة، فالقيام بتطبيق القانون الوطني للقاضي في هذا الصدد يتّم باعتباره تطبيقا للقانون الداخلي على المنازعات المتضمنة عنصرا أجنبيا.[3]

يرى نفر آخر من الفقه الحديث ومن بينهم الفقيه بوزاتي الذي نادى بالطابع الإلزامي لقاعدة لوكيس أنّ قوانين الشكل مرتبطة بالنظام العام، لأنّها وثيقة الصلة باعتبارات دينية وأخرى معنوية ومصالح سياسية واقتصادية في البلد الذي تتّم فيه، لهذا لو نفترض أنّ الموصي قام بإبرام وصيته في إقليم دولة ما، هنا لا يجوز أن تكتسي هذه الوصية بأيّ شكل كان غير الشكل الذي نص عليه قانون هذه الدولة، وهذا ما يؤدي في أغلب الأحيان إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي وذلك لأنه يتعارض مع النظام العام الإقليمي، كما أنّه ليس هناك أي دولة تقبل أن يُطبق على إقليمها قانون مخالف للنظام العام فيها هذا من جهة ومن جهة أخرى لا يجب أن تقوم هذه الفكرة بعرقلة العلاقات الدولية بحيث تصبح شبه

---

[1] هشام صادق، المرجع السابق، ص 232.

[2] علي عبد الرحمن علي قطيط، المرجع السابق، ص326.

[3] حفيظة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الدولي: الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص227.

مستحيلة الأمر الذي يؤدي إلى هدم القانون الدولي بأكمله إذا رفضت كل الدول الأخذ بالتصرفات المبرمة في الخارج مما يؤدي إلى استحالة تكوين العلاقات الدولية.[1]

لهذا وجب على المشرع في كل دولة الاعتراف بالتصرفات المبرمة في الخارج والتي تمّت وفقا للشكل الذي يتطلبه قانون البلد الذي أبرمت فيه، فعلى كل دولة تقبُّل قاعدة لوكيس وهذا ما يعتبر تنازل من طرف مشرع كل دولة إذ أنّ هذا الأخير يكون قد ضحّى بأحد أحكام النظام العام، وهذا من أجل ضمان مبدأ راقي من مبادئ القانون الدولي والمتمثل في حق كل دولة في تكوين علاقات دولية مع الشعوب الأخرى، وكذلك من شأنه أن يتفادى عرقلة هذه العلاقات أو انتهائها، فلو أنّ كل مشرع لدولة ما يرفض إتبّاع الإجراءات الشكلية غير تلك التي نصّ عليها سوف يؤدي هذا إلى تجبُّر النظام العام بسلطانه وبالتالي تختفي قاعدة لوكيس.

إضافة إلى الفقهاء المعاصرين الذين أخذوا بالطابع الآمر لقاعدة لوكيس نجد الفقيه أرمنجون الذي رأى أنّ القوانين الفرنسية والأجنبية تُخضع شكل التصرفات القانونية إلى قانون محل إنشائها، وهذا ما يعرف بقاعدة لوكيس فضرورة احترامها متفق عليه وذلك راجع لأسباب لم تتقبلها الضرورة العملية، بالإضافة إلى أنّ الأطراف كثيرا ما يصعب عليهم احترام قانون آخر غير قانون المحل لأنّ القوانين المحلية عادة ما تكون أكثر ملائمة لهم لأنها صيغت حسب العادات والأفكار المنتشرة في تلك الدولة.[2]

ما يستوجب القول أنّ قاعدة لوكيس لابدّ من الأخذ بها في مجال أشكال الإثبات والأشكال الرسمية وكذلك الأشكال الخاصة ويمنع تطبيقها على الأحكام المرتبطة بقانون القاضي، لأنّ قانون محل التصرف الذي يعتبر في نفس الوقت قانون القاضي لا بدّ من أن

---

[1] نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص93.

[2] المرجع نفسه، ص ص 94، 95.

يطبّق على تصرّف الأطراف بصفة إلزامية دون الأخذ بقانونهم الوطني، بل لابدّ من الأخذ بقانون محل الإبرام الذي ينتج فيه أثر التصرف.[1]

الفرع الثاني

الطبيعة الاختيارية لقاعدة قانون المحل يحكم شكل الوصية

يرجع استقرار القاعدة في فقه الأحوال القديم إلى اعتبارات التيسير على الأطراف وهي نفس الاعتبارات التي يعتمد عليها معظم الفقه المعاصر، وعليه فإنه يترتب على هذه الاعتبارات وجوب الاعتراف بالطابع الاختياري لقاعدة لوكيس، فإجازة الأخذ بالشكل المنصوص عليه في بلد الإبرام يسعى إلى التيسير والتسهيل على الأطراف الذين قد يتعذّر عليهم معرفة أحكام قانون آخر، وهو بذلك يعتبر منحى وغاية تلك القاعدة وبالتالي ليس هناك ما يستدعي إجبار أطراف التصرف على الأخذ بالشكل المقرّر في قانون بلد الإبرام مادام بإمكانهم العلم بأحكام قانون آخر أكثر صلة بالتصرف، ومن ذلك القانون الذي اختارته الإرادة والذي يسري على التصرف القانوني والعمل بعكس ذلك يؤدي إلى تضييع الغاية التي شُرعت من أجلها القاعدة والمتمثلة في التيسير على الأطراف.[2]

لقد اتفق فقهاء القانون الدولي الخاص على الأخذ بالطابع الاختياري لقاعدة لوكيس وقد اعتمدوا على مجموعة من الحجج نذكر من بينها:

* كون القاعدة مبنية على أساس الاعتبارات العملية والتي تمثل الأساس الحقيقي والمقبول إضافة إلى أنها قادرة لوحدها على تبرير الأخذ بقانون المحل من غير احتياجها إلى أسس نظرية تدعمها، وبناءًا على ذلك الأساس لا يمكن الطعن في الطبيعة الاختيارية للقاعدة.

* إنّ القانون الذي يحكم الوصية من الناحية الموضوعية والشكلية قد كان ثابتا أصلا لقانون بلد الموصي، فالاعتبارات العملية للتيسير والتسهيل دفعت من يريد إبرام وصيته وهو

---

[1] نادية فضيل، المرجع السابق، ص 95.

[2] هشام صادق، المرجع السابق، ص 232.

خارج بلده إلى القيام بذلك، وقد وصف الفقه هذا الطابع الاختياري بأنه تيسير للموصي ومنحه حرية اختيار القانون الذي يحكم وصيته، وليس من المنطقي أن يصبح في هذا التيسير إجبار بحيث يُكرهان الموصي في اللجوء إلى الشكل المحلي دون الشكل المقرر في قانونه الشخصي.[1]

* أخذنا بالطابع الإلزامي للقاعدة يؤدي إلى انعكاس التيسير والتسهيل الذي تهدف إليه القاعدة، وهذا ما يؤكد أنّ القاعدة اختيارية وليست إلزامية.

يرى جانب من الفقه الذي يأخذ بقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه على أنّ مبدأ الخضوع الإرادي يدل على الطابع الاختياري للقاعدة.[2]

تجدر الإشارة إلى أنّ قاعدة الإسناد المتعلقة بشكل العقود تدخل ضمن القواعد غير المحايدة التي لا تهدف إلى إدراك عدالة شكلية فحسب عن طريق اختيار القانون الأكثر ارتباط بالعلاقة العقدية، وإنما تسعى للوصول إلى حلّ موضوعي معين وذلك عن طريق الاعتماد على قانون يجعل من العقد صحيحا.[3]

باعتبار أنّ قاعدة لوكيس كانت الغاية من وضعها هي التسهيل والتيسير على أطراف التصرفات القانونية، فهي إذا ذات طابع اختياري ويتبين ذلك جليا من خلال جملة من النتائج،من بينها أنّ أطراف التصرف القانوني من حقهم إبرام تصرفاتهم تبعا لقانون محل الإبرام، بما أنّ ذلك القانون معروف عندهم وعالمين بأحكامه خاصة إذا كان هذا القانون يلزم شكليات خاصة به ليست مذكورة في القانون الشخصي لأطراف التصرف وهذا ما أخذت

---

[1] علي عبد الرحمن علي قطيط، المرجع السابق، ص 328.

[2] المرجع نفسه، ص329.

[3] هشام صادق، المرجع السابق، ص 233.

به محكمة النقض الفرنسية التي أقرّت بصحة وصية نظمها انجليزي في فرنسا تبعا للشكل المقرر في القانون الانجليزي.[1]

فقد رسخت في العديد من قراراتها على حق أطراف العلاقة في انتقاء إمّا قانون محل الإبرام وإمّا القانون الشخصي أو القانون الذي يحكم موضوع العلاقة ، ومنح الأطراف الحرية في اختيار قانونهم يعني في ذلك أمرين هامين هما:

– **الأمر الأول:** أنّ التصرف يعتبر صحيحا إذا تمّ وفقا لإحدى القوانين، قانون محل الإبرام أو القانون الذي يحكم الموضوع أو قانون موطن الأطراف المشترك أو القانون الشخصي لهما، فكل هذه القوانين تعتبر صحيحة إذا تمّ تطبيقها بنفس الدرجة ولا تخرج عما اعتاد عليه الأطراف فهم عالمين بالشكل المقرر في كل منهم.

إلاّ أنّ محكمة النقض الفرنسية أكدّت في العديد من قراراتها أنّ للأطراف الحق في أن يختاروا قانونا آخر في حالة عدم اختيارهم لقانون محل الإبرام، فإذا لم يعتبر التصرف صحيحا تبعا لقانون محل الإبرام واعتبر صحيحا تبعا للقانون الشخصي لأطراف التصرف أو القانون الذي يحكم الموضوع، فهنا لا يمكننا القول بأنّ التصرف يعتبر صحيحا في حالة عدم اتجاه إرادة الأطراف لاختيار إحدى هذين القانونين.

– **الأمر الثاني:** هو عدم الأخذ بنظرية الإحالة وذلك حتى لا يُصدم أطراف العلاقة بأنّ هذا القانون منح الاختصاص إلى قانون آخر لا يُقر بصحة التصرف أو يُلزم شروط شكلية أخرى مختلفة.[2]

فإذا كانت قاعدة خضوع شكل التصرف إلى مكان إبرامه قائمة من الأساس على مبدأ التيسير والتسهيل، فليس هناك داعي للأخذ بها بصورة إجبارية لأنّ اكتسائها بصفة الإلزام

[1] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 210.

[2] المرجع نفسه، ص ص 210، 211.

يفقدها نوعا ما أساسها ولا يتفق بذلك مع الغاية التي تسعى إليها، ومن ذلك يستوجب عدم إجبار الأطراف على الأخذ بالشكل المقرر في قانون محل الإبرام.[1]

ما تجدر الإشارة إليه أنّ محكمة النقض الفرنسية أكدّت على الطبيعة الإلزامية للقاعدة في قرار لها صدر في سنة 1953، بعدها تراجعت في أوائل القرن العشرين معترفة بالطابع الاختياري للقاعدة فيما يخص الوصية.[2]

كما قامت أيضا محكمة النقض الفرنسية في قرارين لها بإعطاء الحدود القانونية للطابع الاختياري للقاعدة بحيث أقرّت في قرار لها صادر في 28 أيار 1963 بحق الاختيار الممنوح للمتعاقدين في إبرام العقد ويكون ذلك إمّا وفقا لقاعدة لوكيس أي قانون محل إبرام العقد، وإمّا وفقا للقانون الشخصي وهو قانون الجنسية، وقد دلّ الطابع الاختياري في القاعدة على الغاية التي جاءت بها وهي تسهيل التعامل بين الأطراف.[3]

إنّ لجوء المتعاقدين إلى الأخذ بالطابع الاختياري للقاعدة، حسب هذه الطبيعة يدلّ على عدم قبولهم نظرية الإحالة، لذلك يستوجب عدم إسقاط الرغبة في تسهيل التعاقد واستطاعة إبرام التصرفات القانونية ذات الطابع الدولي الخاص التي تبينها الصفة الاختيارية لقاعدة الشكل[4].

كما وضعت اتفاقية واشنطن المنعقدة بتاريخ 1973/10/26 شكلا للوصية كنموذج صالح في كل الدول التي كانت عضوا في هذه الاتفاقية ومن بينها فرنسا والتي بدأت بتطبيقها منذ 1994/12/1[5] ومن بين البيانات الواردة في النموذج حضور شاهدين وكاتب

---

[1] حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 171.

[2] كمال عليوش قربوع، المرجع السابق، ص 369.

[3] عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان 2008 ص ص 327، 328.

[4] المرجع نفسه، ص329.

[5] Françoise Monéger , droit international privé, 5eme Ed, Lexis Nexis Litec, Paris, 2009 p146.

عدل وضرورة التوقيع من قبل الموصي نفسه ومن قبل الشهود والشخص المخول له قانونا بالإضافة إلى كتابة التاريخ بالرغم من أنه غير ضروري وتُسلّم شهادة بذلك من الشخص الذي خولّ له القانون القيام بذلك.[1]

كما يمكن الإشارة أيضا إلى أنّ المادة 1 من اتفاقية لاهاي المنعقدة في 5 أكتوبر 1961 المتعلقة بتنازع القوانين في مادة أشكال الأحكام الإيصائية قامت بوضع عدّة أشكال يمكن للموصي أن يقوم بإتباعها من أجل إبرام وصيته، وهذا يشير إلى أنّ هذه الاتفاقية كان هدفها هو التسهيل والتيسير على الموصي بالإضافة إلى التقليل من حالات بطلان الوصية وعدم قبولها من حيث الشكل وقد تمّ الاتفاق بين الدول التي كانت طرف في هذه الاتفاقية على اعتبار أنّ الوصية صحيحة إذا كان شكلها موافقا للقانون الداخلي:

أ- لقانون محل الإبرام.

ب- لقانون الجنسية التي حاز عليها الموصي وقت التحرير أو وقت الوفاة.

ج- لقانون موطن الموصي (تاريخ التصرف أو وقت الوفاة).

د- لقانون محل الإقامة المعتاد للموصي عند التصرف أو عند الوفاة.

هـ- لقانون موقع العقار إذا كانت الوصية واردة على عقار [2]

---

[1] دليلة تريكي، "القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث المالية المضافة إلى لما بعد الموت في القانون الجزائري" الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 23 و24 أفريل 2014، ص ص 267، 268.

[2] Article 1 de la convention de la Hay dispose: «une disposition testamentaire est valable quant à la forme si celle-ci répond à la loi interne :

a- Du lieu ou le testateur a dispose, ou

b- D'une nationalité possédée par le testateur, soit au moment ou il a disposé, soit au moment de son décès, ou

c- Du lieu dans lequel le testateur avait son domicile, soit au moment ou il a disposé, soit au moment de son décès, ou

d- Du lieu dans lequel le testateur avait sa résidence habituelle, soit au moment ou il a disposé soit au moment de son décès, ou

e- Pour les immeubles, du lieu de leur situation».

تمّ تطبيق هذه الاتفاقية في فرنسا منذ سنة 1967، وما يلاحظ من هذه المادة أنّ الاتفاقية قامت بمنح أطراف العلاقة حق الاختيار بين الأشكال المنصوص عليها في قانون الجنسية أو قانون الموطن أو قانون محل الإقامة أو قانون محل الإبرام أو قانون موقع العقار.[1]

الفرع الثالث

موقف المشرع الجزائري من قاعدة قانون المحل يحكم شكل الوصية

لقد تطرق المشرع الجزائري لقاعدة لوكيس وطابعها المفسر صراحة في نص المادة 2/16 ق.م.ج "غير أنه يسري على شكل الوصية، قانون الموصي وقت الإيصاء، أو قانون البلد الذي تمّت فيه الوصية وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت".[2]

من خلال هذه المادة يستخلص وجود حالتين:

الحالة الأولى: فيما يخص الفئات الذين يدرجون الوصية في مجال الأحوال الشخصية من بينهم الجزائر لهم الحق في اختيار القانون الشخصي للموصي وقت الإيصاء أو محل الإبرام لتطبيقه على وصاياهم، أمّا فيما يخص الأجانب غير المسلمين الذين يدرجون الوصية ضمن الأحوال العينية أو في نظام خاص بها فتخضع وصيتهم لقانون البلد الذي تمت فيه.

وبالتالي يجدر القول أنّ الطابع الاختياري لقاعدة لوكيس أضحى هو الطابع المهيمن والمنتشر في مجال الفقه والقضاء وكذلك التشريع المعاصر، فالبرغم من ابتعاد الطابع الآمر

---

(1) Jean Dérruppé-Jean Pierre Laborde, Droit International Privé, 17eme Ed, DALLOZ, Paris 2011, p178.

(2) المادة 16 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 صادر في 30 سبتمبر سنة 1975، معدل ومتمم بالأمر رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي سنة 2007، ج ر عدد 31 صادر في 13 ماي سنة 2007.

عن هذه القاعدة لفترة من الزمن إلاّ أنّ الطابع الأصلي الذي نشأت وتكونت فيه القاعدة قد عاد مرة ثانية للوجود.[1]

سنفصل أكثر في موقف المشرع الجزائري باعتباره أخذ بقانون جنسية الموصي وقت الإيصاء في المبحث الثاني.

المطلب الثالث

تطبيق قانون المحل على شكل الوصية

نتناول بالدراسة في هذا المطلب الصعوبات التي تعترض تطبيق قانون المحل على شكل الوصية (فرع أول)، حدود تطبيق قانون المحل على شكل الوصية (فرع ثان)

الفرع الأول

الصعوبات التي تعترض تطبيق قانون المحل على شكل الوصية

قد يعترض تطبيق قانون المحل على شكل الوصية بعض الصعوبات نذكر من بينها:

أولا: وقوع محل الوصية في مكان تعتريه الاستحالة الطبيعية

يقصد بهذه الصعوبة وقوع التصرف القانوني في مكان غير خاضع لسيادة أيّة دولة مما يجعل من القانون المحلي لا وجود له، ومعنى ذلك أن يقع التصرف القانوني في عرض البحر أو في الفضاء الخارجي الذي يعلوه.

فإذا كان التصرف القانوني قد وقع على ظهر السفينة أو على متن الطائرة، فإنّ قانون جنسية السفينة أو الطائرة هو الذي يسري على ذلك التصرف القانوني.[2]

---

[1] نادية فضيل، المرجع السابق، ص 159.

[2] بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين، ج1، ط12، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2011، ص 332.

ما يلاحظ هنا أنه يصعب تطبيق قانون المحل على شكل التصرف القانوني ولذلك يتّم تطبيق قانون جنسية السفينة أو الطائرة.

وعليه إذا اعتبرنا أنّ هناك شخص جزائري قام بإنشاء وصيته على متن طائرة أو سفينة وأردنا معرفة القانون المختص الذي يحكم شكل الوصية من أجل تطبيق أحكامه حتى تنشأ صحيحة وفقا للشكل المقرّر في ذلك القانون ولا تقع باطلة في النهاية، الأصل أن نطبق قانون المحل على شكلها لكن باعتبار أنّ الوصية أُبرمت في فضاء لا يخضع لسيادة أي دولة، فإنّ قانون جنسية تلك السفينة أو الطائرة حيث أُنشئت الوصية هو الذي يحكم شكل الوصية، وهذا نتيجة صعوبة تطبيق قانون المحل.

ثانيا: توزع عناصر محل الوصية في أكثر من دولة وفقا للقانون الجزائري

من بين الصعوبات كذلك التي قد تعترض تطبيق قانون المحل يحك الشكل تبعا لقاعدة لوكيس هي أن تكون العناصر المُشّكلة لمحل الوصية موزعة في أكثر من دولة، وعليه فلو افترضنا أن جزائريا قام بالإيصاء إلى جزائري آخر بعقار له في تونس و منقول متمثل في سيارة في المغرب وقد قام بإنشاء وصيته في الجزائر هنا يثار التساؤل عن القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية حتى تنشأ صحيحة لأنّه من الصعب إعمالنا لقاعدة قانون المحل يحكم الشكل في هذه القضية.[1]

وعليه قبل معرفة القانون الواجب التطبيق على الأموال العقارية والمنقول المتحرك يستلزم في بادئ الأمر معرفة ما المقصود بكل منهما حسب القانون الجزائري؟

من أجل إعطاء إجابة شافية على هذا السؤال تمّ الاعتماد على نص المادة 1/683 من ق.م.ج والتي من خلالها استخلصنا مفهوم العقارات والمنقولات بحيث تنص على:

[1] بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 333.

"كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله من دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".[1]

من خلال استقراء نص المادة يستخلص أنّ العقار هو كل شيء مستقر بحيزه وثابت ولا يمكن نقله منه لأنّ في نقله إتلاف ودمار له، أمّا المنقول فهو عكس العقار فعرّفته نفس المادة بأنّه كل شيء قابل للنقل من مكانه دون أن يتلف وله كيان خارجي[2].

بعد التطرق إلى مقصود العقار والمنقول نتجه إلى البحث عن القانون الذي يخضعان له، والمشرع الجزائري قد وضع في ذلك نص المادة 17 ق.م.ج التي تنص على:

"يخضع تكييف المال سواء كان عقارًا أو منقولاً إلى قانون الدولة التي يوجد فيها.

ويسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار...".[3]

أمّا بالنسبة للقانون الذي يحكم العقار فقد تمّ إخضاعه في القانون الجزائري إلى قانون موقعه، وعليه يستخلص من المادة أعلاه أنّ المشرع قد أخذ بالقاعدة اللاتينية **Lex rei sitae** بالرغم من سهولة هذه القاعدة إلا أنّها في الحالة التي يكون فيها العقار متمركز على حدود دولتين، جزء منه في دولة والجزء الآخر في دولة أخرى فإنه يخضع إلى صعوبات، وهنا ذهب الفقه إلى وجوب تجزئة العقار وإخضاع كل جزء منه لقانون الدولة التي يتمركز على إقليمها.[4]

ترجع العلّة من ذلك إلى ما توجبه سلامة المعاملات، كما بُنيت قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه على أساس اقتصادي وسياسي مفاده أن العقار هو جزء من أراضي الدولة مما

---

[1] المادة 683 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[2] سعيد بوعلي-نسرين شريقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص 70.

[3] المادة 17 من الأمر رقم 07-05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر.

[4] سعيد بوعلي-نسرين شريقي، المرجع السابق، ص 70.

يستلزم خضوعه لقانون دولته[1]، من جانب آخر فإنّ تطبيق قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه هو الذي يمنح حماية للغير باعتباره القانون الذي يتم من خلاله شهر الحقوق العينية العقارية.[2]

لكن ما يمكن أن يثير إشكالا هو المال المنقول وقابليته للتحرك، فما هو الوقت الذي يعتد به لتحديد القانون الواجب التطبيق عليه؟

في حالة ما إذا تمّ نقل منقول من دولة لأخرى فهنا يثار ما يطلق عليه بالتنازع المتحرك فالمنقول قد يوجد بدولة معينة ويتقرر بشأنه حقوق ثم يتم نقله لدولة أخرى، هنا يحتاج الأمر لتحديد مصير الحقوق التي تكون قد تعلقت به.[3]

بالرجوع لنص المادة 17 ق.م.ج يلاحظ أنّها أعطت حلاً لهذه المشكلة حيث نصت على أنّ القانون الواجب التطبيق هو: "... قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها".[4]

الفرع الثاني

حدود تطبيق قانون المحل على شكل الوصية

هناك عوامل قد تحول دون تطبيق قاعدة لوكيس على الوصية وسنتطرق بدراستها في هذا الفرع كالتالي، الغش نحو القانون (أولا)، الدفع بالنظام العام (ثانيا)، الإحالة (ثالثا).

---

[1] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 162.

[2] هشام صادق، المرجع السابق، ص 468.

[3] محمد حبار، المرجع السابق، ص177.

[4] المادة 17 من الأمر رقم 07-05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر.

أولا: الغش نحو القانون

المقصود بالغش نحو القانون "هو قيام الشخص الغاش بتغيير ضابط الإسناد ليتوصل لتطبيق قانون لم يكن ليطبق أصلا على العلاقة القانونية المعروضة".[1]

كنموذج تطبيقي أن يقوم موصي جزائري بتحرير وصية عرفية في تونس يوصي فيها بجزء من أمواله لجزائري آخر، بعدها ثار نزاع حول صحة شكل الوصية على أساس أنّ القانون الجزائري لا يسمح بالوصية العرفية وإنّما يوجب تحرير الوصية بشكل رسمي طبقا لنص المادة 191 ق.أ.ج التي نصّت على: "تثبت الوصية: بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.

وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية".[2]

في هذه الحالة لا يمكن الاحتجاج على الشكل الذي اتخذه الموصي لتحرير وصيته لأنّه تمّ وفقا لقانون محل الإبرام.

هنا يستوجب التساؤل عن مدى صحة تطبيق قاعدة قانون محل الإبرام على شكل الوصية في حالة ما إذا أسند الاختصاص لهذا القانون نتيجة تحايل وغش الموصي نحو القانون.

فالقوانين القديمة كانت تأخذ بالقاعدة التقليدية التي تنص على أنّ إتباع الغش في إبرام أي تصرف يجعله فاسدا تماما وقد قال في هذا الصدد الفقيه جان فويت: "يتوقف تطبيق قاعدة لوكيس إذا كان هناك شخص يريد التهرب من بعض الشكليات التي تضايقه أو كانت شكليات باهظة يتطلبها قانون موطنه في التصرفات التي تترتب عليها الضرائب فصاحب هذا التصرف لا يستحق أي امتياز".

---

[1] محمد حبار، المرجع السابق، ص 105.

[2] المادة 191 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، السالف الذكر.

أمّا في الفقه الحديث فإنّ الرأي الغالب يرى أنّ التصرفات القانونية التي يتم إبرامها في الخارج وكان يعتريها غش نحو القانون فلا يمكن لها أن تنتج أي أثر قانوني.[1]

كما أنّه يحق للقاضي في هذه المسالة أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي الناتج عن غش نحو القانون وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 1/24 ق.م.ج [2]، لأنّ الدفع بالغش نحو القانون يعدّ بمثابة الوسيلة التي تستخدمها الدولة من أجل حماية قوانينها الوطنية من تحايل الأفراد.[3]

مثال عما سبق هو في حالة ما إذا قام شخص جزائري بالإيصاء لشخص آخر بنصف تركته وأنشأ وصيته في فرنسا ثم تخلى عن الجنسية الجزائرية على اعتبار أنّ القانون الجزائري لا يسمح بالإيصاء إلاّ في حدود ثلث التركة وما زاد عنه يكون متوقف على إجازة الورثة. [4]

في هذه الحالة إذا تمّ تطبيق القانون الفرنسي باعتباره هو قانون محل إبرام الوصية فإنها تكون صحيحة شكلا باعتبار أنّ هذا القانون يسمح للموصي بأن يوصي بأي مقدار شاء لكن بالنسبة للقانون الجزائري فإن الوصية لا تنفذ إلاّ في حدود الثلث وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة.

---

[1] نادية فضيل، المرجع السابق، ص268.

[2] المادة 24 من الأمر رقم 07-05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر تنص على: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون...".

[3] نادية فضيل، الغش نحو القانون، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 52.

[4] المادة 185 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة،ج ر عدد 24 صادر في 12 جويلية 1984 معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر عدد 15 صادر في 27 فيفري سنة 2005 تنص على: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة".

بما أنّ الموصي قد تحايل من أجل أن يجعل القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق على وصيته باعتباره قانون محل إنشاءها بدل القانون الجزائري فلا يطبق القانون الفرنسي أي لا يأخذ بقاعدة خضوع الشكل لقانون بلد إبرامه لأنّ الغش نحو القانون هو مانع من موانع تطبيق قاعدة لوكيس.

ثانيا: الدفع بالنظام العام

يؤكد غالبية الفقهاء على أهمية الدفع بالنظام العام باعتباره وسيلة لاستبعاد تطبيق قاعدة قانون المحل يحكم الشكل، وهذا في حالة ما إذا تعارض القانون الأجنبي الواجب التطبيق مع المبادئ والأسس الجوهرية في مجتمع دولة القاضي، وتعتبر فكرة النظام العام فكرة متغيرة ومتطورة ويكمن سبب تغيرها في تغير الزمان والمكان أي أنها فكرة مرنة.[1]

ما يمكن بيانه حول دور النظام العام هو كونه أداة أو وسيلة دفاعية تهدف إلى عدم تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي تمّ تعيينه من خلال قاعدة تنازع قاضي الدعوى، فهو بهذه الحالة يتدخل بصفة استثنائية من أجل إبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على شكل الوصية إذا كان تطبيقه غير قانوني أو غير مقبول.[2]

بعبارة أخرى فإنّه لا يمكن تطبيق القانون الأجنبي على شكل الوصية أيّ القانون الذي حددته قاعدة لوكيس، إذا كان هذا القانون مخالفا للأسس والمبادئ الرئيسية التي يقوم عليها نظام مجتمع دولة القاضي المختص بحل النزاع المتعلق بالوصية، لأنّ ذلك القانون لا يتوافق مع قانون القاضي وفي هذه الحالة يتدخل النظام العام تلقائيا.[3]

---

[1] أحلام غوالة–حنان لعرابة، تنازع القوانين حول موضوع الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2017، ص5.

[2] موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص: قواعد التنازع، ترجمة فائز أنجق، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1989، ص 243.

[3] الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 290.

وعليه يمكن إعطاء تعريف للنظام العام كالآتي:

"هو الوسيلة أو الأداة التي يمكن من خلالها استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص لحكم التصرف القانوني الذي اختارته قاعدة التنازع في حالة ما إذا كان يتعارض مع المفاهيم الأساسية لمجتمع دولة القاضي".

كما يمكن تعريفه بأنه:" الوسيلة التي يستبعد بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، وإحلال القانون الوطني محله بسبب اختلافه مع هذا الأخير اختلافا جوهريا، بحيث يتنافى مع المصالح الحيوية للدولة ".[1]

كنموذج تطبيقي في الوصية نفترض أنّ هناك شخص جزائري قام بالإيصاء في بلد أجنبي، وحرر وصيته وفقا للشكل الذي يمليه قانون ذلك البلد، ثم ثار نزاع حول صحة شكل هذه الوصية أمام القاضي الجزائري وبعد قيام هذا الأخير بعملية التكييف حسب نص المادة 9 من ق.م.ج والتي تنص على:"يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق"[2] أحالته هذه المادة إلى نص المادة 19 ق م ج التي تنص على:"تخضع التصرفات في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه...."[3] أي إلى قاعدة لوكيس وبعد رجوعه إلى القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية لمعرفة صحتها أو بطلانها شكلا، وجد أنّ ذلك القانون مخالف للنظام العام والآداب العامة للقانون الجزائري.

في هذه الحالة لا يطبق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام على شكل الوصية وإن كان هو الذي من المفروض أن يطبق وإنّما نطبق القانون الجزائري، وهذا ما أكدته المادة

---

[1] نادية فضيل، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص 38.

[2] المادة 9 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[3] المادة 19 من الأمر رقم 07-05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر.

2/24 ق.م.ج حيث نصّت على:" يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة".[1]

من خلال ما سبق يتبين أنّ مسألة تطبيق قاعدة قانون المحل يحكم الشكل بناءا على فكرة النظام العام، أمر يتحكم فيه آراء القضاة من خلال إعطائهم مفهوم للنظام العام والذي يختلف باختلاف القضية المعروضة أمامهم خصوصا وأنّ لهم السلطة والحرية في تغيير مضمون القوانين الأجنبية دون أن يخضعوا في ذلك لرقابة المحكمة[2].

ثالثا: الإحالة

تعرّف الإحالة بأنّها:"نظرية تقول بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص في القانون الأجنبي الواجب التطبيق"[3]، وقد يحدث أنّ تغير الإحالة قانون محل الإبرام إلى ضابط آخر كضابط الجنسية أو الموطن أو قانون موقع تواجد المال.

كنموذج تطبيقي في الوصية، إذا افترضنا أنّ موصي جزائري قام بإنشاء وصيته في بلد أجنبي ثم ثار نزاع حول صحتها شكلا أمام القاضي الوطني، وبعد قيام هذا الأخير بتكييف النزاع أحالته قواعد الإسناد إلى أنّ القانون الواجب التطبيق يتمثل في قانون محل إنشاء الوصية على أساس قاعدة لوكيس، بعد عودته إلى هذا القانون من أجل إيجاد حل للنزاع المعروض عليه وجد أنّ قواعد إسناد ذلك القانون الأجنبي تحيل إلى تطبيق قانون أجنبي آخر (سواء كان قانون دولة القاضي على أساس الإحالة من الدرجة الأولى أو قانون أجنبي آخر غير قانون محل الإبرام أو قانون القاضي على أساس الإحالة من الدرجة الثانية).

---

[1] المادة 24 من الأمر رقم 07-05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر.

[2] أحلام غوالة، حنان لعرابة، المرجع السابق، ص 58.

[3] علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008 ص49.

المبحث الثاني

خضوع شكل الوصية لقانون الموصي وقت الإيصاء

لقد أخضع المشرع الجزائري شكل الوصية لقانون الموصي وقت الإيصاء على اعتبار أنّ هذه القاعدة بصفة عامة متعلقة بالجزائريين المتواجدين في الخارج، بحيث منح لهم القانون الحق في تحرير وصاياهم بالشكل المقرر في القانون الجزائري، إضافة إلى ذلك يمكن للأجانب المتواجدين في الجزائر تحرير وصاياهم وفقا للشكل المقرر في قانونهم الشخصي وقت الإيصاء، وبما أنّنا عرفنا أنّ القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية يمكن أن يكون قانون الموصي وقت الإيصاء بدلا عن قانون محل الإبرام، نتجه بدراستنا لمعرفة المعايير المعتمدة لتحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية (مطلب أول) الشروط الشكلية لصحة الوصية في القانون الجزائري (مطلب ثان)، بالإضافة إلى دراسة أشكال الوصايا (مطلب ثالث).

المطلب الأول

معايير تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية

نتطرق بالدراسة في هذا المطلب إلى المعيار الشخصي المعتمد في تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية (فرع أول)، المعيار الزمني المعتمد في تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية (فرع ثان).

الفرع الأول

المعيار الشخصي المعتمد في تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية

المعيار هو الوسيلة القانونية التي يهتدي بها المشرع عندما يقوم بصياغة ووضع القاعدة القانونية وللمعيار القانوني أنواع نذكر منه المعيار الشخصي أو ما يسمى أيضا بالذاتي وهناك المعيار الموضوعي والزمني، وما سنتطرق إلى دراسته بالتفصيل في هذا الفرع هو المعيار الشخصي.

يمكن تعريف المعيار الشخصي على أنه:"المعيار الذي يرتبط بالشخص سواء بجنسيته أو موطنه".

باعتبار أنّ الأحوال الشخصية من المسائل الخاصة بالشخص في ذاته وفي علاقاته الأسرية وذات بعد ديني، فهي إذن تدخل ضمن مسائل النظام العام لذلك أخصّها المشرع الجزائري بطابع حمائي أي أضفى عليها نوعا من الحماية من خلال إخضاعها لضابط الجنسية لأنه رأى بأنه القانون الأفضل الذي يكرس حماية للجزائريين والنظام العام.[1]

كما أنّ المشرع الجزائري لم يعتمد على معيار الموطن إلاّ في حالات استثنائية ومثال ذلك في حالة ما إذا كان الشخص عديم الجنسية وهذا ما نصّت عليه المادة 3/22 ق.م.ج: " وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة ".[2]

من بين الأسباب التي جعلت المشرع الجزائري يأخذ بضابط الجنسية كمعيار شخصي لمعرفة القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية، هي كون أنّ قانون الجنسية هو القانون الذي يتعلق ويرتبط به الشخص أكثر من قوانين أخرى، لأن ذلك القانون يعتبر كمرآة

---

[1] كمال آيت منصور، " وضعية الأحوال الشخصية في قواعد الإسناد الجزائرية "، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 23 و24 أفريل، 2014، ص8.

[2] المادة 22 من الأمر رقم 07-05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر.

عاكسة لتقاليد وأعراف أسرته ومجتمعه بالإضافة إلى كونه القانون الذي يجعل من الأحوال الشخصية مستقرة.[1]

أمّا عن الحجج التي قدمها الفقهاء عن تفضيلهم لقانون الجنسية عن قانون الموطن كانت عديدة نذكر منها مايلي:

* قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، هو القانون الذي تعطى له الأولوية والأفضلية لحكم مسائل الأحوال الشخصية.

* بما أنّ الدولة تضع القوانين لرعاياها دون سواهم، فيجب أن تتبع تلك القوانين رعاياها أينما كانوا وهذه القوانين لا تتبعهم إلاّ إذا كانت مرتبطة بجنسيتهم.

* كل دولة تعتني وتهتم برعاياها في الخارج وتحمي حقوقهم عن طريق سفاراتها وقنصلياتها ولهذا فمن حق الرعايا الذين ينتمون إلى دولة ما أن يرجعوا إلى سفارات وقنصليات تلك الدول من أجل أن تحمي حقوقهم وتدافع عنها.[2]

* بما أنّ تغيير الجنسية ليس بالأمر اليسير كما هو شأن تغيير الموطن، فاعتماد ضابط الجنسية يكون أحسن باعتباره أكثر استقرارا.

* الأخذ بقانون الجنسية يبعث في نفوس رعايا الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم نوعا من القومية والثقة والاطمئنان.[1]

---

[1] نورية شبورو، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر تخصص قانون دولي خاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2011 ص 34.

[2] سفيان موري، "إشكالية الإسناد في الأحوال الشخصية وإمكانية تحقيق التوفيق "، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 23 و24 أفريل، 2014، ص22.

يرتكز المعيار الشخصي على رابطة الجنسية بوصفها: "التبعية القانونية لشخص ما إلى سكان دولة معينة.[2]

هذا المفهوم القانوني للجنسية يجب أن يختلف عن المفهوم الاجتماعي لها، لكن هذا طبعا لا يمنع من الأخذ بعين الاعتبار العناصر الاجتماعية للوصول إلى تحديد الجنسية.[3]

لقد تبين لنا أخذ المشرع الجزائري بضابط الجنسية كمعيار شخصي لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية في العديد من المواد القانونية نذكر من بينها ما يلي:

* الأهلية والتي تعدّ من أهم مسائل الأحوال الشخصية، لذلك فقد أقرّ المشرع الجزائري إخضاعها لقانون الجنسية.[4]

* تطبيق قانون جنسية كل من الزوجين على الشروط الموضوعية التي تخص صحة الزواج.

* تطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي تترتب عن عقد الزواج، بالإضافة إلى تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني.

---

(1) هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي: نشأته، مباحثه، مصادره، طبيعته، دار الفكر الجامعي، مصر 2008، ص ص 89، 90.

(2) Françoise Monéger, op cit , p227.

(3) Daniel Gutmann, droit international privé, 6eme Ed, DALLOZ, Paris, 2009, p 315.

(4) السعيد رزان، إلزامية قواعد الإسناد في القانون الجزائري، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون دولي خاص، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2016، ص 14.

* يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، وفي حالة ما إذا توفي الأب قبل ميلاد الطفل يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الأب وقت الوفاة.

* تخضع الكفالة من حيث إجرائها إلى قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول ومن حيث آثارها تخضع إلى قانون جنسية الكفيل، وتطبق نفس الأحكام على التبني.

* بالعودة إلى الميراث والوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت نجد أنّ المشرع أدخلهم في فئة الأحوال الشخصية وبالتالي أخذ بضابط الجنسية لمعرفة القانون الواجب التطبيق عليهم وأقرّ بخضوعهم إلى قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف.[1]

ما يمكن أن يضاف أنّ ضابط الإسناد الخاص بالأحوال الشخصية والمتمثل في الجنسية يعتبر من ضوابط الإسناد الممتدة وذلك لأنّ وجوده يستغرق مدّة زمنية طويلة فالإنسان يمكن أن يبقى حاملاً لجنسيته مدة طويلة يمكن أن تستغرق حياته كاملة.[2]

بالنسبة للمعيار الشخصي يمكن أن يكون معيار بسيط، أيّ أنه يشير إلى حل وحيد من أجل إيجاد القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية وهذا ما يلاحظ من خلال المادة 1/12 ق.م.ج التي نصّت على: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج ".[3]

كما يمكن أن يكون معيار مركب، أيّ أنّه يعطي حلين من أجل إيجاد القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية وهذا ما يلاحظ من خلال المادة 11 ق.م.ج التي نصّت

---

[1] سفيان موري، المرجع السابق، ص ص 24، 25.

[2] هشام خالد، المرجع السابق، ص 258.

[3] المادة 12 من الأمر رقم 07-05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر.

على:"يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".[1]

بالرجوع إلى الوصية يستخلص أنّ المعيار الشخصي فيها هو معيار بسيط متمثل في قانون جنسية الموصي، وهذا ما أكدته المادة 16 ق.م.ج حيث نصّت على: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته ".[2]

صحيح أنّ المشرع الجزائري أورد استثناءات على خضوع بعض مسائل الأحوال الشخصية لقانون الجنسية، وهي الحالات التي تخضع فيها هذه المسائل لقانون القاضي وذلك إذا استدعت الضرورة والمتمثلة في المصلحة الوطنية لذلك، ومن بين هذه الحالات المادة 13 ق.م.ج التي نصّت على:" يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلاّ فيما يخص الزواج"[3]، إلاّ أنّ هذه الاستثناءات لا تؤدي إلى الإنقاص من قيمة ضابط الجنسية.[4]

بالنظر إلى المعيار الشخصي نجده عبارة عن أداة مهمة وحاسمة من أجل معرفة القانون الواجب التطبيق، كما أنّ دوره يتمثل في أنّ المشرع يسعى من وراءه إلى توجيه القاضي إلى القانون الذي يطبق على النزاع، لكن بالرغم من الدور المهم والأساسي الذي

---

[1] المادة 11 من الأمر رقم 07-05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر.

[2] المادة 16 من الأمر رقم 07-05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر.

[3] المادة 13 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[4] فاطيمة موشعال ، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون دولي خاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2012، ص 89.

يحظى به المعيار الشخصي في إسناد الشروط الموضوعية للوصية، إلاّ أنّ دوره يصبح اختياريا في إسناد الشروط الشكلية.[1]

الفرع الثاني

المعيار الزمني المعتمد في تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية

ما يعرف عن ضابط الإسناد أنه يتكون من مجموعة من الأفكار القانونية مثل الموطن والجنسية ومكان تواجد المال(منقول أو عقار)، ويمكن لأطراف العلاقة التغيير في هذه الأفكار القانونية وذلك عن طريق اكتسابهم لجنسية جديدة أو تغييرها أو التخلي عنها تماما أو فقدانها بحيث يصبحوا عديمو الجنسية، كما يمكنهم تغيير الموطن أو تغيير مكان وجود المال، وكل هذه التغييرات هي التي تؤدي إلى تغيير ضابط الإسناد المعتمد عليه لمعرفة القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية.[2]

المشكلة التي يمكن أن يقع فيها القاضي هي مسألة التغيير المستمر لضابط الإسناد المتعلق بالنزاع المشتمل على عنصر أجنبي المعروض أمامه، لذلك وجب على المشرع عند صياغته لأيّ نص قانوني يعطي فيه الحل الواجب إتباعه لمعرفة القانون الواجب التطبيق عن طريق إعطاء ضابط الإسناد المناسب الذي يعتمد عليه القاضي، أن يقيده بمعيار زمني

---

[1] آمنة رحاوي، دور الضابط الشخصي في القانون الدولي الخاص، أُطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2017، ص 100.

[2] صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط2، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007 ص50.

محدّد يبين الوقت الذي يعتد فيه بضابط الإسناد الذي تتضمنه قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق.[1]

ما يلاحظ أنّ السبب الحقيقي والرئيسي من اعتماد المشرع المعيار الزمني في النصوص القانونية المتعلقة بتنازع القوانين هو تجنب الإشكالات التي قد يطرحها التنازع المتغير في مادة الأحوال الشخصية، ويقصد بهذا التنازع هو أن تنشأ مراكز قانونية في ظل قانون جنسية ما على اعتبار أنه القانون الواجب التطبيق بعد ذلك تطرح مسألة تغيير الجنسية[2]، هذا يعني أنّ دور المعيار الزمني هو تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع في حالة ما إذا تزاحمت قوانين عدّة لحكمه، وعليه يعرف المعيار الزمني كالتالي: "هو المعيار الذي يقوم بتحديد الوقت الذي يهتدي به القاضي لمعرفة ضابط الإسناد الذي يُعتد به في حالة تغيره للوصول إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع ".

بالرجوع إلى موضوعنا ومعرفة القانون الواجب التطبيق على الوصية نجد المادة 16 ق.م.ج التي تنص على: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".[3]

من خلال قراءة نص المادة نجد أنّ المشرع الجزائري كما سبق القول أخذ بضابط الجنسية(جنسية الموصي) كمعيار شخصي لمعرفة القانون الواجب التطبيق على الوصية لكن يمكن للموصي أن يغير جنسيته أو يفقدها أو يكتسب جنسية أخرى بحيث يصبح متعدد الجنسية لذلك فقد أعطى المشرع حل لهذه المسألة وقيّد ضابط الإسناد بمعيار زمني، الهدف والغاية منه هو العمل على استقرار ومراعاة التوقعات المشروعة لأطراف النزاع، فحق الشخص في اكتساب وتغيير الجنسية متى شاء هو ما أدى إلى الحاجة للمعيار الزمني

---

[1] صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص: الجنسية وتنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007 ص269.

[2] كمال آيت منصور، المرجع السابق، ص10.

[3] المادة 16 من الأمر رقم 07-05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر.

فقيام الموصي بتغيير جنسيته بعد أن قام بإنشاء وصيته هو الذي يثير التساؤل حول القانون الواجب التطبيق على الوصية باعتبار أنّ الموصي خلق نزاع بين قانون الجنسية التي كان بها والتي أصبح عليها، هل هو قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء أم قانون الجنسية التي توفي عليها؟

بالرجوع إلى المادة السابقة الذكر نجد أنّ المشرع الجزائري ضبط عنصر الإسناد والمتمثل في قانون جنسية الموصي وقيّده بوقت محدد وهو وقت الوفاة، أيّ قانون جنسية الموصي التي توفي عليها، وقد سار على نهجه المشرع المصري حيث أخذ هو الآخر بتطبيق قانون جنسية الموصي وقت الوفاة على الوصية وهذا ما أكدته المادة 1/17 ق.م.م التي نصّت على: " يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته ".[1]

العبرة من جعل المشرع الجزائري المعيار الزمني محدد بوقت الوفاة، كون الوصية هي عبارة عن تصرف إرادي غير لازم في حق الموصي والموصى له طالما الموصي لا يزال على قيد الحياة، فهي من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ولا ترتب آثارها إلاّ بعد ذلك لهذا وجب القول أنّ اللحظة الحاسمة هي وقت وفاة الموصي.

كل ما سبق كان متعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع الوصية وماهو الوقت الذي يعتد به للأخذ بضابط الجنسية، أما إذا بحثنا على المعيار الزمني الذي يعتد به لمعرفة القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية فعلينا التوجه إلى المادة 2/16 ق.م.ج. قبل التعديل حيث نصّت على:"غير أنه يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيصاء..."[2] ، وبهذا يتضح أنّ المشرع الجزائري أخذ بقانون جنسية الموصي وقيّده بوقت الإيصاء لتطبيقه على شكل الوصية.

---

[1] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق، ص100.

[2] المادة 16 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

المطلب الثاني

الشروط الشكلية لصحة الوصية في القانون الجزائري

سنتطرق بالدراسة في هذا المطلب إلى موضوع الأهلية (فرع أول)، التعرف على مقدار الوصية الجائز الإيصاء به (فرع ثان).

الفرع الأول

صحة الأهلية

تُعرّف الأهلية بأنّها:" صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له مثل هذه الحقوق أو تحمله مثل هذه الالتزامات ".[1]

من خلال هذا التعريف نستخلص أنّ هناك نوعين من الأهلية: أهلية الوجوب وأهلية الأداء وقد أُعطيت عدّة تعريفات لهما نذكر من بينها:

أهلية الوجوب هي:" الأهلية التي تثبت لكل شخص قانوني منذ قيامه أو وجوده بل إنها تثبت للجنين ".[2]

كما عرفت كذلك بأنها:" قدرة الشخص على التمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات وهي تنشأ للفرد منذ لحظة تكونه وبث الروح فيه وهو في بطن أمه حتى لحظة وفاته ".[3]

نخلص من التعاريف السابقة أنّ أهلية الوجوب هي:" صلاحية الإنسان للإلزام والالتزام، بمعنى أنّ الإنسان له القدرة على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات".

---

[1] محمد حبار، المرجع السابق، ص 116.

[2] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 777.

[3] عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص177.

أمّا أهلية الأداء فقد عرفت كمايلي:" هي صلاحية الشخص لتلقي الحقوق وتحمل الالتزامات".[1]

بعد معرفة مفهوم وأنواع الأهلية، نمر بالدراسة لمعرفة القانون الواجب التطبيق عليها.

أولا: خضوع الأهلية لقانون الجنسية

يجب التفريق في هذه الحالة بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، فالأُولى كما سبق القول هي التي تثبت للشخص من وقت ولادته حيا إلى غاية وفاته، بل إنها تثبت له وهو جنين في بطن أمه لكونها تدور وجودا وعدما مع هذه الشخصية[2]، لذلك لا يخول الاختصاص فيها لقانون الجنسية في كل الأحوال وإنما يختلف القانون الواجب التطبيق عليها باختلاف الحق الذي يراد معرفة ما إذا كان الشخص يتمتع أو لا يتمتع به، أي أنّ القانون الواجب التطبيق يختلف بحسب طبيعة العلاقة التي يكون الشخص طرفا فيها.[3]

أهلية الوارث مثلا تخضع لقانون المورث وقت موته، وأهلية الموصى له تخضع لقانون الموصي وأهلية الشخص في تملُّك العقار تخضع لقانون موقع العقار...الخ، وما يلاحظ هنا أنّ القانون الذي تخضع له أهلية الوجوب يختلف باختلاف طبيعة العلاقة القانونية[4] ويعرف هذا القانون بالقانون الإقليمي ويقصد به قانون الدولة التي يريد الشخص التمتع بالحق على إقليمها[5]، كما يعرف عن القانون الواجب التطبيق على أهلية الوجوب بأنّه قانون يسري مباشرة بأثر فوري وذلك يكون وقت التصرف أو وقت وجوب الحق.[6]

---

(1) سعيد بوعلي–نسرين شريقي، المرجع السابق، ص 54.

(2) سارة زرزي، القانون الواجب التطبيق على الحالة والأهلية، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون دولي خاص، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2016، ص 460.

(3) غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، ط5، دار وائل للنشر، الأردن، 2010، ص 151.

(4) عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص 79.

(5) عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 178.

(6) عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص 79.

بعد معرفة المقصود بأهلية الأداء، نجد أنّها الأهلية التي خصّها المشرع الجزائري في نص المادة 10 ق.م.ج التي نصّت على:" يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم...".[1]

من خلال المادة يستشف أنّ أهلية الأداء تدخل ضمن الحالة الشخصية للفرد وبالتالي يتوجب إخضاعها إلى القانون الشخصي والذي يعني قانون جنسية الشخص، أي قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، والمغزى من ذلك أنّ قواعد الأهلية ما وضعت إلاّ من أجل ضمان حماية للشخص وهذه الأخيرة لا تتحقق إلاّ بإخضاعها لقانونه الوطني المتولد عن حاجاته وأحواله وظروفه الشخصية.[2]

إضافة إلى ذلك فإنّ قانون الجنسية هو الذي يتكفل بتحديد سّن الأهلية وما إذا كان الشخص راشد أم ناقص أم عديم الأهلية، كما يقوم هذا القانون كذلك بتحديد بعض التصرفات القانونية التي يمكن لناقص الأهلية إبرامها دون تلك التي لا يمكنه إجرائها إلاّ بوصي أو قيم، ويبين كذلك الشروط التي من خلالها ينتهي نقص الأهلية والجزاءات المترتبة على نقص الأهلية، وما إذا كان من الممكن الطعن في تصرفات ناقص الأهلية أم إجازتها ويقوم أيضا بتبيان الأشخاص الذين لهم الحق في هذا الطعن ويحدد المواعيد التي تحكم هذا الطعن، كما يبين الحالات التي لا تبطل فيها تصرفات ناقص الأهلية وإنّما يجوز تصحيحها مع تبيان إجراءات هذا التصحيح، وفي الأخير فإنه يُرجع إلى قانون الجنسية من أجل معرفة عوارض وموانع الأهلية وماهي الإجراءات المترتبة عنهما.[3]

الأجدر بالذكر أنّ أهلية الأداء تتأثر بالسن القانوني للشخص بحيث يجب أن يكون بالغا لسن الرشد ومكتمل العقل، أمّا في حالة ما إذا كان بالغا وغير عاقل فيصنف على

---

[1] المادة 10 من الأمر رقم 07-05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر.

[2] غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 150.

[3] جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص ص 360، 361.

أنه عديم الأهلية، أمّا في الحالة العكسية أي كان عاقلا لكنه صغير مميز(سنه 13 عاما فما فوق و لم يبلغ سن الرشد) يصنف على أنّه ناقص الأهلية.

ما يجب أن يُوضّح أنه كان هناك اختلاف بين القوانين حول تحديد سن الرشد، لكن المشرع الجزائري قام بتحديده في القانون المدني ب 19 سنة كاملة وهذا ما أكدته المادة 40 التي نصّت على: "... وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة "[1]، مما يعني أنّ مجرد بلوغ الشخص هذا السن تعتبر تصرفاته صحيحة سواء كانت نافعة له نفعا محضا أو ضارة به ضررا محضا أو دائرة بين النفع والضرر، هذا ما لم تكن إرادته مشوبة بعيب من عيوب الرضا(الغش، التدليس، الإكراه، الاستغلال).[2]

بناءًا على ما تقدّم نخلص إلى التأكيد على أنّ أهلية الأداء تخضع وفقا للقانون الجزائري إلى أصل عام وهو خضوعها لقانون جنسية الشخص، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ برأي الاتجاه اللاتيني ويكون قد تماشى في اتجاه العديد من الدول العربية ومثال ذلك القانون المدني المصري الذي نصّ في المادة 1/11 ق.م.م على أنّ :" الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم"[3] والقانون المدني الأردني الذي نصّ في المادة 1/12 ق.م.أ على:" يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم "، إضافة إلى أنّ كل من العراق وليبيا وسويسرا وتركيا وفرنسا وإيطاليا وألمانيا والبرازيل قاموا بإخضاع الأهلية في قوانينهم المدنية إلى قانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها.[4]

---

[1] المادة 40 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[2] سارة زرزي، المرجع السابق، ص 48.

[3] هشام صادق، المرجع السابق، ص 297.

[4] غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 215.

ثانيا: الاستثناءات الواردة على خضوع الأهلية لقانون الجنسية

لقد استثنى المشرع الجزائري خضوع الأهلية لقانون الجنسية، وهذا الاستثناء يطبق في الحالة التي يجهل فيها المتعاقد مع أجنبي أنه ناقص الأهلية وفقا لقانونه ويرجع جهله بنقص الأهلية إلى سبب فيه خفاء لا يسهل العلم به.[1]

هذا ما نصّ عليه في المادة 2/10 ق.م.ج "ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإنّ هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحّة المعاملة ".[2]

المبدأ إذا هو تطبيق قانون جنسية الشخص على كافة المسائل التي تتعلق بالأهلية ولقد تواصل العمل بهذا المبدأ إلى أن ظهر أمام القضاء الفرنسي في أواخر القرن قبل الماضي نزاع يتعلق بمكسيكي يُدعى "ليزا ردي" وهو شاب في الثالثة والعشرين من عمره قام بشراء بعض المجوهرات من تاجر فرنسي وحرر بقيمتها سندات تجارية عليه، وعندما طالبه التاجر الفرنسي بقيمة هذه السندات امتنع عن دفع قيمتها بحجة أنه ناقص الأهلية وذلك وفقا للقانون المكسيكي الذي من المفروض أن يُطبق عليه باعتباره قانونه الشخصي والذي يحدد سن الرشد بخمس وعشرين سنة إلاّ أنّ محكمة الدرجة الأُولى الفرنسية لم تبطل هذا التصرف القانوني وإنّما أبطلت الحجة التي أخذ بها ليزا ردي، وأيدت صحة مطالبة التاجر الفرنسي بقيمة هذه السندات وألزمت ليزا ردي بدفع قيمتها.[3]

لقد اختلف الفقهاء في إعطاء أساس لهذا الاستثناء، فمنهم من بناه على أساس المصلحة الوطنية ومنهم من بناه على أساس النظام العام والبعض الآخر بناه على أساس

---

[1] بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 218.

[2] المادة 10 من الأمر رقم 75-58 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر.

[3] عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص ص 179، 180.

الإثراء بلا سبب، وكل هذه الأسس انتقدت ورفضت إلاّ أساس واحد أيّده غالبية الفقه وأخذوا به وهو القائل بأنّ المتعاقد الوطني يُعدّ معذورا في جهله بالقانون الأجنبي.[1]

ما يلاحظ أنه لإعمال هذا الاستثناء والأخذ به يجب توافر عدّة شروط والتي حددها المشرع الجزائري فيما يلي:

الشرط الأول: يجب أن يكون التصرف القانوني الذي أقدم عليه الأجنبي من التصرفات المالية، ممّا يعني أنّ التصرفات القانونية التي تتعلق بالأحوال الشخصية تخرج عن مجال إعمال هذا الاستثناء.[2]

الشرط الثاني: يجب أن تعقد هذه التصرفات في الجزائر وتنتج آثارها فيها أي لابدّ من تلازم الأمرين[3]، هذا يعني أنّه يخرج من مجال هذا الاستثناء التصرفات التي تبرم في الجزائر وتنتج آثارها في الخارج أو العكس بحيث تبرم في الخارج وتنتج آثارها في الجزائر[4]، وهو ما يعلله البعض بقولهم أنّ "المقصود في الواقع هو حماية المعاملات التي تتم في الإطار الوطني من حيث انعقادها وآثارها ".[5]

الشرط الثالث: يشترط أن يكون المتعاقد الأجنبي ناقص الأهلية وفقا لقانونه الوطني أمّا بالنسبة للقانون الجزائري فيجب أن يكون كامل الأهلية[6]، بالعودة إلى نص المادة 2/10 ق.م.ج نجدها لم تنص صراحة على هذا الشرط لكن باستقراء مضمونها والذي ينص على:" ...إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص أهليته يرجع إلى

---

(1) بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص ص 219، 220.

(2) هشام صادق، المرجع السابق، ص 306.

(3) الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010، ص16.

(4) بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص ص 221، 222.

(5) هشام صادق، المرجع السابق، ص 306.

(6) غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 154.

سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، ... "[1]، نستخلص أنّ نقص أهلية الأجنبي يكون وفقا لقانونه الوطني وهذا ما جعل الأمر صعب على الجزائري معرفته.

الشرط الرابع: أن يكون نقصان أهلية المتعاقد الأجنبي راجع إلى سبب فيه خفاء ويصعب على المتعاقد الجزائري العلم به، وعليه إذا كان سبب نقصان الأهلية ظاهرا لا خفاء فيه كأن يكون المتعاقد معتوه أو طفل صغير فلا يُأخذ بهذا الاستثناء.[2]

قد يتعارض هذا الشرط مع قاعدة " لا عذر بجهل القانون" أي كيف يمكن أن يُعذر من يتعاقد مع أجنبي بجهله بأحكام قانون ذلك الأجنبي؟ وما يمكن قوله كإجابة على هذا التساؤل أنّ هذه القاعدة تخص الجهل بالقانون الوطني الذي من المفروض أن يكون كل مواطن عالما به أمّا الجهل بالقانون الأجنبي فهو جهل معذور.[3]

ما يمكن استخلاصه من خلال اجتماع كل الشروط السابقة أنّ المتعاقد مع طرف أجنبي يعدّ معذورًا لعدم اكتشافه بنقص أهلية الأجنبي، وعليه يحق له التمسك بإعمال هذا الاستثناء ويعدّ التصرف القانوني الذي قام بإبرامه مع الأجنبي صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية.[4]

لقد تمّ طرح تساؤل حول جنسية المتعاقد مع أجنبي هل يشترط فيه أن يكون ذو جنسية جزائرية أم لا؟ المادة لم تشترط صراحة أن يكون المتعاقد مع أجنبي جزائريا، غير أنّه يمكن من خلال عبارة النص " إذا كان أحد الطرفين أجنبيا " أن يفهم منها بمفهوم مخالف أنّ

---

[1] المادة 10 من الأمر رقم 07-05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر

[2] بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 223.

[3] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 66.

[4] بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 223.

المتعاقد الآخر يجب أن يكون وطنيا[1]، وقد تمّ تأييد هذا الرأي من قبل كل من المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري والفقه والقضاء الفرنسي.[2]

نضيف استثناء آخر يقضي بعدم تطبيق قانون الجنسية على الأهلية وهو في حالة وجود نص في قانون خاص أو معاهدة دولية ينص على عدم إخضاع الأهلية لقانون الجنسية، ففي هذه الحالة تطبق أحكام هذا النص نتيجة سمو أحكامه على أحكام القانون الداخلي[3]، وهذا ما نصّ عليه المشرع الجزائري في المادة 21 ق.م.ج والتي نصّت على: " لا تسري أحكام المواد السابقة إلاّ حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك، في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر".[4]

بناءًا على ما تم تحليله حول القانون الواجب التطبيق على الأهلية والاستثناءات الواردة على خضوعها لقانون الجنسية، نستخلص أنّ المشرع الجزائري أخضع الأهلية في القانون المدني كأصل عام لقانون جنسية الشخص، والاستثناء الذي أخذ به من بين الاستثناءات السابقة الذكر هو الاستثناء الخاص بالجهل المغتفر للقانون الأجنبي، وهو نفس النهج الذي سار عليه المشرع المصري حيث نصّ في المادة 11 ق.م.م على:" ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في مصر وتنتج آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه فإنّ هذا السبب لا يؤثر في أهليته "[5]، إضافة إلى المشرع الأردني الذي نصّ في المادة 12 ق.م.أُ على:" ... ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في المملكة الأردنية الهاشمية وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية

---

[1] بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 222.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 47.

[3] آمنة رحاوي، المرجع السابق، ص 47.

[4] المادة 21 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[5] هشام صادق، المرجع السابق، ص 297.

يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإنّ هذا السبب لا يؤثر في أهليته ".[1]

الفرع الثاني

صحة مقدار الوصية

حتى تكون الوصية صحيحة يجب أن تحدد بمقدار معين وهذا المقدار قامت بتحديده الشريعة الإسلامية والقانون، ففي الشريعة الإسلامية حديث سعد ابن أبي الوقّاص عن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال سعد رضي الله عنه:" جاءني رسول الله صلّى الله عليه وسلّم يعودني من وجع اشتدّ بي فقلت يا رسول الله أني قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلاّ ابنة لي واحدة أفأتصدق بثلثي مالي، قال: كلاّ، فقلت فالشطر، قال: كلاّ، فقلت الثلث يا رسول الله، قال: الثلث والثلث كثير، إنّك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس".[2]

أمّا بالنسبة للقانون الجزائري فقد حدد مقدار الوصية في المادة 185 ق.أ.ج حيث نصّت على: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة "[3]، ومن هذه المادة يستشف عدم جواز زيادة مقدار الوصية عن ثلث التركة، وفي حالة تجاوزه هذا المقدار يجب إجازة الورثة لتلك الزيادة، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الفرع بالتفصيل.

---

[1] غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 153.

[2] حديث رقم 1628، حديث صحيح، وارد في كتاب صحيح مسلم، ج1، ص 1453، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط1، 1422 هجري، نقلا عن أحمد محمد المومني، أحكام التركات والمواريث، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2009، ص 26.

[3] المادة 185 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، السالف الذكر.

أولا: عدم جواز زيادة مقدار الوصية ثلث التركة

يُقصد في هذه الحالة أنّ الوصية لا تُنفّذ فيما زاد عن الثلث إلاّ إذا أجازها الورثة وهذا هو أهم شروط النفّاذ، وتحديد مقدار الوصية بالثلث لا يكون إلاّ في حالة وجود ورثة للموصي، أمّا في حالة العكس أي أنه لم يكن للموصي ورثة فيجوز الإيصاء بأكثر من الثلث.

مثال ذلك إذا قام شخص بالإيصاء بثلث ماله فإنّ وصيته تعتبر صحيحة ونافذة سواء في وجود ورثة أو انعدامهم، أمّا إذا أوصى بأكثر من ذلك فنكون أمام حالتين إذا كان لديه ورثة فوصيته تبقى موقوفة على إجازتهم لتلك الزيادة، وإن لم يكن لديه ورثة فإنّ وصيته تعتبر صحيحة ونافذة.[1]

لقد اتفق أغلب الفقهاء على أنّ الحدود الشرعية التي لا يجب أن تتجاوزها الوصية هي الثلث، وما زاد عن ذلك المقدار فإنّ تلك الزيادة تعتبر باطلة، فمتى أوصى شخص بوصية يفوق مقدارها ثلث التركة دون أن يجيزها الورثة عُدّت الوصية نافذة في حدود الثلث وما زاد عن الثلث يعتبر باطلا.[2]

هذا ما ذهب إليه المالكية بحيث يرون أنّ الوصية بأكثر من الثلث غير جائزة وحكمها البطلان سواء كان أو لم يكن للموصي ورثة، وسواء أجاز الورثة زيادة مقدار الوصية عن الثلث أم لم يُجيزوه[3] وحجتهم في ذلك أنّ الشارع قد حدّد مقدار الوصية بالثلث وأبطلها فيما

---

[1] محمد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 79.

[2] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري: الميراث والوصية، ج2، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2007، ص 296.

[3] إسلام زيد المال، القانون الواجب التطبيق على الميراث والتصرفات القانونية النافذة بعد الموت، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون دولي خاص، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق 2018، ص 28.

زاد عن ذلك[1]، لكن هذا الرأي خالفه الحنفية والحنابلة بحيث يرون أنّ الوصية الزائدة عن الثلث لأجنبي تكون صحيحة وموقوفة على إجازة الورثة بعد موت الموصي[2]، فإن أجازوها نُفذّت وإن لم يجيزوها كانت صحيحة في حدود الثلث وبطل المقدار الزائد عن الثلث، وإن أجازها البعض دون البعض الآخر نُفذّت في حصة من أجازها وبطلت في حصة من لم يجزها، وحجتهم في ذلك أنّ أمر تنفيذ الوصية متروك إليهم فإن شاءوا أجازوها أو رفضوها غير أنّ إجازتهم تكون تنفيذًا لإرادة الموصي.[3]

هذا من جهة ومن جهة أخرى ففي الحالة التي لا يكون للموصي ورثة، ذهب المالكية والشافعية في قولهم أنّ الزيادة عن الثلث تكون باطلة لأنّها في نظرهم لابدّ من أن تؤول إلى بيت مال المسلمين.[4]

كل ما سبق كان تحديد مقدار الوصية من الناحية الشرعية أمّا من الناحية القانونية فقد جاءت المادة 185 ق.أ.ج[5] صريحة بحيث اعتمدت على الثلث كحدّ أقصى لمقدار الوصية حيث يشترط لنفاذ الوصية في الموصى به أن يكون في حدود ثلث التركة فإذا أوصى الموصي بأكثر من الثلث توقف نفاذ الوصية على إجازة الورثة.[6]

وعليه يتضح جليا من خلال هذه الأدلّة القانونية والشرعية أنّ الوصية لا تجوز إلاّ إذا كانت في حدود ثلث التركة، والأَولَى أن ينقص الموصى به ولا يزيد عن هذا المقدار.

---

[1] هاني الطعيمات، فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية، دار الشروق للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص 245.

[2] أحمد محمد المومني، المرجع السابق ص 26.

[3] هاني الطعيمات، المرجع السابق، ص 245.

[4] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 297.

[5] المادة 185 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري تنص على:" تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة ".

[6] نسيمة شيخ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري: الهبة، الوصية، الوقف، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 216.

ثانيا: وجوب إجازة الورثة في حالة زيادة مقدار الوصية عن ثلث التركة

لقد أجمع الفقهاء على أنّ المقدار الذي تصح فيه الوصية ولا تكون متوقفة على إجازة الورثة هو في حالة عدم تجاوزه الثلث[1]، وسبب المنع عن زيادة المقدار عن الثلث كان من أجل حماية مصلحة الورثة لذلك فإنّ إجازتهم للوصية الزائدة عن الثلث شرط لنفاذها[2] وعليه فإنّ إجازة الورثة لا تصح إلاّ إذا توافرت على مجموعة من الشروط وهي كالتالي:

1- يجب أن يكون المجيز من أهل التبرع: ومعنى ذلك يجب أن يكون المجيز عاقلا وبالغا لسن الرشد أي ذو أهلية كاملة ولابدّ أن يكون خاليا من الموانع التي تجعله غير مؤهلا للتبرع.[3]

فلا تصح إجازة الصغير أو المجنون أو المعتوه، كما لا تصح إجازة من لم يبلغ سن الرشد القانوني.[4]

بالرجوع إلى القانون الجزائري نجد المادة 42 ق.م.ج تنص على:" لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون.

يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة ".[5]

كما تنص المادة 40 ق.م.ج على:" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

---

[1] محمد علي محمود يحي، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، تخصص فقه وتشريع جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، كلية الدراسات العليا، 2010، ص 126.

[2] المرجع نفسه، ص 127.

[3] خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات: دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2013، ص 80.

[4] أحمد محمود الشافعي، أحكام المواريث والوصايا والوقف في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر 2009، ص262.

[5] المادة 42 من الأمر رقم 07-05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر.

وسن الرشد تسعة عشر سنة (19) كاملة ".[1]

إذن ما يستخلص من خلال هذه المادة أنّ سن الرشد القانوني هو 19 عاما كاملا

كما لا تصح إجازة المحجور عليه بسبب الغفلة أو السفه لأنه عديم الإرادة[2]، وهذا ما نصّت عليه المادة 43 ق.م.ج "كل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية...".[3]

كما أنّ إجازة الأولياء لا تصح لأنّ تصرفاتهم منوطة بالمصلحة، وهنا لا مصلحة لمن في ولايتهم في التبرع بمالهم صداقة أو وصية، وفي حالة ما إذا كان المجيز مريض مرض الموت ثمّ مات فلا تنفذ إجازته إلاّ إذا كانت في حدود ثلث تركته.[4]

2- يجب أن يكون المجيز عالما بما أوصى به الموصي: يقصد بهذا الشرط أنه في حالة ما إذا كان للموصي عدّة وصايا ووارثه لا يعلم بمقدار هذه الوصايا وقام بإجازتها، وهذا ما قد يكون في بعض الأحيان نتيجة طيش منه، وربما قد يقرر الرجوع في إجازته بعد أن يتمّ إعلامه بالمقدار خاصة إذا كان هذا الأخير قد يلحق ضررا بمصلحته، لذلك فقد اعتبرت إجازته للوصايا مع جهله بمقدارها غير ملزمة وله أن يرجع عنها بعد صدور العلم إليه، لأنّ الإجازة تكون تنفيذا لإرادة الموصي وإسقاط لحق المجيز في تملّك المال الذي أجازه للموصى له ، والإسقاط في هذه الحالة لا يصّح إلاّ لشيء معلوم.[5]

3- يجب أن تكون الإجازة بعد موت الموصي: ويقصد بهذه الحالة أنّ إجازة أو ردّ الورثة للوصية قبل وفاة الموصي لا يعتدّ بهما، وهذا على اعتبار أنّ الوصية لا تكون نافذة إلاّ بعد موت الموصي لأنها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، وعلى هذا لو نفترض أنّ

---

[1] المادة 40 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[2] خالد سماحي، المرجع السابق، ص 82.

[3] المادة 43 من الأمر رقم 07-05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر.

[4] محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 90.

[5] هاني الطعيمات، المرجع السابق، ص 246.

أحد الورثة أجاز وصية مورثه وهو على قيد الحياة فله أن يردها بعد وفاته لأنّ العبرة بوفاة الموصي، بالإضافة إلى أنّ حقوق الورثة في مال مورثهم لا تثبت إلاّ بعد وفاته، وعدم الأخذ بقبول أو ردّ الوصية من قبل الورثة إلاّ بعد موت مورثهم أعتبر الرأي الراجح للحنفية.[1]

بالإضافة إلى أنّ إجازة الورثة للوصية التي يزيد مقدارها عن الثلث يجب أن تكون صريحة ولا تعتمد على الاستنتاج وهذا ما أخذ به قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 2011/03/14 فصلا في الطعن رقم 241885 والمنشور بمجلة المحكمة العليا في عددها رقم 1/2002 الصفحة 133 وقد جاء فيه:"المبدأ: إنّ القرار المطعون فيه لمّا قرر عدم وجود ما يثبت اعتراض الوارث على الوصية أثناء حياته، وبالتالي فإنّ إجازته للوصية تصبح نافذة، يكون قد بنى هذه الإجازة على وجود الافتراض والظن، مخالفا بذلك أحكام المادة 135 من قانون الأسرة التي تجعل من الوصية التي توصي بأكثر من الثلث متوقفة على إجازة الورثة للابتعاد عن أدنى شك".[2]

[1] أحمد محمود الشافعي، المرجع السابق، ص 362.

[2] قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 2011/03/14 فصلا في الطعن رقم 241885 والمنشور بمجلة المحكمة العليا في عددها رقم 1/2002، الجزائر، ص 133، نقلاً عن جمال نجيمي، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2017، ص 335.

المطلب الثالث

أشكال الوصايا

سنقوم بدراسة هذا المطلب بالتطرق إلى الوصية الرسمية (فرع أوّل)، الوصية العرفية (فرع ثان)، موقف المشرع الجزائري من شكل الوصية (فرع ثالث).

الفرع الأول

الوصية الرسمية

قد يرغب أحد الأشخاص في الإيصاء ببعض أمواله للمحتاجين بذلك، وعند قيامه بتحرير وصيته يقع أمام عدّة أشكال من الوصايا من بينها الوصية الرسمية والتي يرغب بإتباعها أغلب الموصون لأنها الوصية التي تحرر بشكل قانوني يبعث الثقة سواء في نفس الموصي أو الموصى له بحدّ ذاته، وسبب ذلك الاطمئنان يكمن في أنّ الوصية الرسمية تكون أقل عرضة للتزوير أو الضياع لأنها تكون محررة من طرف الموثق، وعليه سنتطرق بالدراسة في هذا الفرع إلى تعريف الوصية الرسمية(أولا)، شروط الوصية الرسمية (ثانيا).

أولا: تعريف الوصية الرسمية

تُعرّف الوصية الرسمية بأنّها الوصية التي يتم إبرامها أمام اثنين من مسجلي العقود ويكون ذلك بحضور شاهدين، أو أمام موثق واحد ويشترط هنا حضور أربعة شهود وذلك طيلة فترة تحريرها[1]، ويستوجب على الموثق أن يراعي في تحريره للوصية جميع الإجراءات الواجب توافرها في العقود، وعليه يتم تحرير الوصية مع الحضور المستمر لشاهدي عدل

[1] ذهبي رحماني، القانون الواجب التطبيق على التصرفات المادية بعد الموت: الوصية والميراث في القانون الدولي الخاص، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون دولي خاص، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2016، ص 20.

إضافة إلى حضور شاهدي تعريف عند الاقتضاء فضلا عن حضور الموصي[1]، وما أجمع عليه أغلب الفقهاء أنّ الشكل الرسمي للوصية يكون تبعا لما قرره قانون محل الإبرام حتى لو اختلفت الأحكام الشكلية عن أحكام القانون الوطني للموصي لأنّ الموظف العام ملزم بمراعاة شروط القانون الذي منح لهم حق تحرير الوصايا وإلاّ اعتبرت باطلة.[2]

ثانيا: شروط الوصية الرسمية

تتلخص شروط الوصية الرسمية فيما يلي:

- ❖ يجب على الموثق عند تحرير الوصية الإشارة إلى صفة الموصي والموصى له والموصى به وذلك من أجل إزالة اللبس عن كل ما يؤدي إلى بطلان الوصية.[3]
- ❖ يجب أن يكون الموصي قادرا على إملاء وصيته بحيث يكون مدرك لما يتلفظ به.
- ❖ يجب على الموثق أن يكتب الوصية كما أمليت علية بدون زيادة أو نقصان.
- ❖ يجب على الموثق أن يقوم بقراءة الوصية من واقع كتابتها.
- ❖ يجب توقيع الوصية من قبل الموصي والشهود والموثق إضافة إلى ذكر مكان تحريرها.[4]

---

[1] فطيمة مساهلي، نوال مولوجي، حماية التركة بين قانون الأسرة وقانون العقوبات، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2017 ص17.

[2] نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، المرجع السابق، ص ص 208، 209.

[3] فطيمة مساهلي، نوال مولوجي، المرجع السابق، ص 17.

[4] ذهبي رحماني، المرجع السابق، ص 20.

من خلال المقارنة بما هو معمول به في قوانين بعض الدول الأخرى لا تجوز الوصية ما لم تكن رسمية، بحيث يمتنع على الأشخاص القيام بتحرير وصاياهم عرفيا سواء داخل أو خارج دولتهم وإلاّ اعتبرت باطلة ومثال ذلك القانون اللبناني، التركي...[1]

الفرع الثاني

الوصية العرفية

قد يتعذر على بعض الأشخاص تحرير وصاياهم أمام الموثق في شكل رسمي، لذلك شرعت أشكال أخرى للوصايا من بينها الوصية العرفية والسبب في ذلك هو عدم حرمان الإنسان من التصدق وكسب الثواب الذي من شأنه تعويضه عمّا فاته من أعمال الخير، لأنّ حصر الوصية في القالب الرسمي من شأنه التقليل من هذا النوع من الصدقات إذا لم يتمكن الشخص من إتباع الرسمية نتيجة الظروف المحاطة به، لذلك سنتطرق إلى تعريف الوصية العرفية (أولا) وشروطها (ثانيا).

أولا: تعريف الوصية العرفية

تعرّف الوصية العرفية بأنها الوصية التي يتم تحريرها من قبل الموصي أو يقوم بإملائها إلى شخص آخر غير الموثق دون حضور أي موظف عام، وتسلم مختومة ومطوية للموثق من أجل حفظها[2]، كما أنها لا ترتبط بأي إقليم لأنّ قوتها مستمدة من شخصية الموصي وتتبعه في كل مكان.[3]

ثانيا: شروط الوصية العرفية

تحتوي الوصية العرفية على مجموعة من الشروط تتمثل فيما يلي:

---

[1] غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين(تنازع الاختصاص القضائي الدولي)، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2013، ص 197.

[2] ذهبي رحماني، المرجع السابق، ص 21.

[3] نادية فضيل، المرجع السابق، ص 213.

- ❖ يجب كتابة الوصية العرفية إمّا بخط يد الموصي أو بخط من طلب منه تحريرها.
- ❖ يجب أن تكون الوصية العرفية مؤرخة لأنّ التاريخ هو الذي يساعدنا على معرفة مدى صحة أهلية الموصي في الإيصاء من خلاله تتضح حقوق ذوي الشأن.
- ❖ يجب توقيع الوصية العرفية وإلاّ اعتبرت مجردة من قيمتها ولا يمكن للموصى له الاحتجاج بها. [1]

في قوانين بعض الدول تجوز الوصية العرفية إذا كانت مكتوبة بخط يد الموصي وموقعا عليها من طرفه دون الحاجة إلى توثيقها إذا كان الموصى به عقار أو منقول كما هو الأمر في القانون الفرنسي.[2]

الفرع الثالث

موقف المشرع الجزائري من شكل الوصية

بالعودة إلى المادة 191 ق.أ.ج التي نصّت على:

"تثبت الوصية: بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.

وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية".[3]

نجد أنّ المشرع الجزائري اشترط في إثبات الوصية أن يكون بموجب عقد توثيقي محرر من قبل الموثق بحيث يجب أن يراعي في ذلك العقد جميع الإجراءات والترتيبات التي من المفروض أن تتوافر في العقد الإحتفائي مع الحضور المستمر للشهود[4]، وهذا ما يؤدي بنا

---

[1] ذهبي رحماني، المرجع السابق، ص 20.

[2] غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 197.

[3] المادة 191 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، السالف الذكر.

[4] حمدي باشا عمر، عقود التبرعات: الهبة، الوصية ، الوقف، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 59 .

إلى القول بأنّ المشرع أخذ بطريقة غير مباشرة بالوصية الرسمية أي أوجب التصريح بها أمام الموثق من قبل الموصي وتحرير عقد بذلك.

لكن قد تطرأ بعض الظروف للموصي بحيث يصبح تحريره للوصية بشكل رسمي غير ممكن وباعتبارنا دولة إسلامية تسعى إلى الحث على ما أمرنا به الله عزّ وجلّ من أجل كسب الأجر والثواب، بالإضافة إلى أنّ الوصية تصرف يمنح الغير حقا مشروعا وذلك برًا بذوي القربى والمحتاجين[1] خاصة وأنّ الشريعة الإسلامية لم تشترط خضوع الوصية لأيّ صيغة أو إجراءات شكلية بل كانت تثبتها بأي وسيلة من وسائل الإثبات، كما لم تشترط على الموصي القيام بأي تصريح أمام أي جهة رسمية.[2]

هذا ما أدّى بالمشرع إلى النص في المادة السابقة على أنّه في حالة ما إذا كانت هناك قوة قاهرة اعترضت الموصي لم تمكنه من تحرير وصيته أمام الموثق، كأن يموت في حادث سير وهو في طريقه إلى الموثق في هذه الحالة يقع على عاتق الموصى له أن يلتمس من المحكمة إثبات الوصية بحكم قضائي[3]، وهذا ما أخذت به المحكمة في القرار رقم 1603550 الصادر في1997/12/23 حيث نصّ على:"من المقرر قانونا أنه تثبت الوصية بتصريح الموصى أمام الموثق وتحرير عقد بذلك في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية، ومن ثمّ فإنّ قضاة المجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية بسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون.[4]

---

[1] نورية شبورو ،"**تنازع القوانين في مسائل الميراث، الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت**"، مجلة صوت القانون عدد2، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2018، ص 199.

[2] العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004 ص 269.

[3] حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 60.

[4] قرار رقم 1633550 صادر عن المحكمة العليا في 1997/12/23، نقلا عن يوسف دلاندة، قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم:02/05، ط3، الجزائر، 2009، ص 158.

وعليه نستنتج أنّ المشرع الجزائري وُفق عندما أخذه بالوصية الرسمية كمبدأ لكن مراعاة لما قد يحدث للموصي ويمنعه من تحرير وصيته أمام الموثق وحتى لا تقع باطلة، جعل استثناءً وهو إمكانية إثبات الوصية بموجب حكم قضائي الذي من شأنه أن يُمكّن الموصى له بمطالبة ورثة الموصي بحقه في مقدار الوصية بالإضافة إلى مواجهة الغير خاصة في حالة تعدد الوصايا.

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق على موضوع الوصية

المقصود بالشروط الموضوعية للوصية هي الشروط اللازمة لإبرامها صحيحة والمتمثلة في الأهلية وعوارضها، والقدر المحفوظ للورثة في التركة، إضافة إلى المقدار الجائز الإيصاء به، والأهلية المطلوبة سواء لقبول أو رفض الوصية من جهة الموصى له من ناحية وإجازة أو رفض المقدار الزائد عن الثلث من قبل الورثة من ناحية أخرى.

باعتبار أنّ الوصية هي تصرف إرادي مقتضاه التمليك بلا عوض مضافا إلى ما بعد الموت، فقد كان هناك اختلاف بين الفقهاء حول القانون الواجب التطبيق على شروطها الموضوعية.

هناك نفر من الفقهاء وهو الغالب قام بإخضاع الشروط الموضوعية للوصية للقانون الشخصي للموصي، إلاّ أنّه ظهر خلاف بينهم حول المعيار الزمني الذي يُأخذ به، هل هو قانون الموصي وقت الوفاة أم قانون الموصي وقت الإيصاء؟ بعدها تمّ الإتفاق على أنّ الشروط المتعلقة بالوصية على أنّها تصرف إرادي غير لازم تخضع لقانون الموصي وقت الإيصاء والشروط المتعلقة بالوصية على أنها شبيهة بالميراث تخضع لقانون الموصي وقت الوفاة.

هناك نفر آخر قال بتطبيق قانون الإرادة وقد أخذ بهذا الرأي الأقلية من الفقهاء، بهدف فسح المجال لإرادة الموصي في اختيار القانون الواجب التطبيق على وصيته، لكن اشترط أن لا يكون السبب من وراء القانون المختار هو الإضرار بالورثة والدائنين.

بناءًا على ما سبق قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين:

- المبحث الأوّل: خضوع موضوع الوصية للقانون الشخصي للموصي
- المبحث الثاني:خضوع موضوع الوصية لقانون إرادة الموصي

المبحث الأول

خضوع موضوع الوصية للقانون الشخصي للموصي

تتجه أغلب القوانين المقارنة إلى إخضاع الشروط الموضوعية للوصية للقانون الشخصي للموصي دون إبداء أيّ اهتمام بالموصى له وأيًّا كان محل وقوع المال الموصى به، والسبب في ذلك كون أنّ أغلب تلك القوانين أخذت بالمفهوم الواسع للأحوال الشخصية ومادام الوصية قد تمّ إدخالها ضمن مفهوم الأحوال الشخصية فإنّ ذلك ما يؤدي إلى ضرورة إخضاع شروطها الموضوعية للقانون الشخصي للموصي، وقد أكدّ بعض الفقهاء أنّ السبب في أخذ تلك القوانين بذلك الاتجاه هو تأثرها بفقه مانشيني وكما سبق ووضحنا أنّ القانون الشخصي للموصي يتمثل في قانون جنسيته أي قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، لكن بما أنّ الشخص له حق اكتساب جنسية أيّ دولة شاء والتخلي عن أيّ جنسية كان يحملها فإنّ التساؤل يكمن في كيفية معالجة المشرع والقاضي لمختلف النزاعات المتعلقة بالشروط الموضوعية للوصية في حالة تغيير الجنسية أو تعددها أو انعدامها، وهذا ما سيتم دراسته في هذا المبحث بحيث سنتطرق إلى مجال إعمال القانون الشخصي للموصي (مطلب أول) تقدير الأخذ بالقانون الشخصي للموصي (مطلب ثان)، صعوبات تحديد القانون المختص لحكم موضوع الوصية (مطلب ثالث).

المطلب الأول

مجال إعمال القانون الشخصي للموصي

سنتطرق بالدراسة في هذا المطلب إلى خضوع الشروط الموضوعية للوصية لقانون الموصي وقت الايصاء (فرع أول)، خضوع الشروط الموضوعية للوصية لقانون الموصي وقت الوفاة (فرع ثان)، موقف المشرع الجزائري (فرع ثالث).

الفرع الأول

خضوع موضوع الوصية لقانون الموصي وقت الايصاء

تنص المادة 184 ق.أ.ج على:" الوصية هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"[1] من خلال نص المادة يلاحظ أنّ الوصية كالميراث في كونها لا تُستحق إلاّ بعد موت الموصي، كما تعتبر تصرف إرادي غير ملزم للموصي وإنّما يقوم به تبرعا في سبيل مرضاة الله تعالى وكسب الأجر والثواب، وقد نصّ المشرع في المادة 16 ق.م.ج على: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته"[2] فصياغة النص بهذه الطريقة هي التي أثارت جدل وخلاف بين الفقهاء، والخلاف تمثل فيما هو القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للوصية في حالة اعتبارها تصرف إرادي غير ملزم للموصي؟ لأنّ نص المادة يقضي بخضوع الوصية والميراث لقانون واحد وهو قانون الموصي وقت الوفاة[3] وعليه انقسم الفقهاء إلى فريقين :

الفريق الأوّل: استند على المادة 16 ق.م.ج وما يقابلها من نصوص في التشريعات العربية المقارنة ورأى أنها جاءت عامة ولم تميز بين الوصية باعتبارها تصرف شبيه

---

[1] المادة 184 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، السالف الذكر.

[2] المادة 16 من الأمر رقم 07-05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر.

[3] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق، ص 102.

بالميراث وباعتبارها تصرف إرادي لذلك أقرّ بإخضاع سائر الشروط الموضوعية للوصية لقانون واحد وشامل وهو قانون جنسية الموصي وقت الوفاة.

الفريق الثاني: استند على ما جاء في المذكرة الإيضاحية وهو أنّ:" الوصية وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت يسري عليها قانون الموصي وقت الإيصاء..."[1] وعليه أقرّ بوجوب إخضاع الشروط الموضوعية المتعلقة بالوصية باعتبارها تصرف إرادي غير ملزم للموصي وله حق الرجوع فيه بموجب المادة 192 ق.أ.ج التي نصّت على: "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها"[2] إلى قانون الموصي وقت الإيصاء.[3]

بناءً على ما سبق فإنّ الوصية تعدّ تصرف قريب جدًا من الميراث، ومع ذلك فهناك فرق أساسي بينهما وهو أنّ الوصية لا تنشأ إلاّ بإرادة الموصي لذلك وحتى بعد إنشائها يمكنه الرجوع فيها كاملة أو في جزء منها مادام على قيد الحياة[4]، وبكونها تصرف إرادي فيجب أن يكون الموصي أهلا للتبرع أي بالغا عاقلا وهذا ما أكدته المادة 186 ق.أ.ج بنصها: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسع عشرة سنة على الأقل".[5]

بما أنّ الشروط الموضوعية للوصية على اعتبارها تصرف إرادي هي الأهلية وخلو رضا الموصي من أي عيب من عيوب الإرادة فقد ساد القول على وجوب خضوعهما لقانون الموصي وقت الإيصاء[6]، يلاحظ أنّ الأساس القانوني الأهم للأخذ بقانون جنسية الموصي

---

[1] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق، ص-ص 101-103.

[2] المادة 192 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، السالف الذكر.

[3] هشام صادق، المرجع السابق، ص 320.

[4] المرجع نفسه، ص 318.

[5] المادة 186 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة ، السالف الذكر.

[6] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 81.

وقت الإيصاء فيما يتعلق بأهلية الإيصاء هو كون الوصية تصرف إرادي وجب لتمامها وإبرامها صحيحة أن يكون الموصي كامل الأهلية وقت إبداء رغبته في الإيصاء.[1]

بالنظر من جهة المنطق فإنّ القول بخضوع كل من أهلية الإيصاء وعدم تعرض رضا الموصي لأيّ عيب من عيوب الإرادة لقانون جنسية الموصي وقت الإيصاء هو قول سليم ومنطقي، وعلى هذا فإنّ البحث عن بلوغ الموصي سن الرشد وخلوه من عوارض الأهلية والعيوب التي قد تشوب رضاه يطبق عليها قانون جنسيته وقت إبرامه للوصية لا وقت وفاته ونحن نتوافق مع هذا الرأي لأنّ المشرع قام بصياغة نص خاص بالأهلية وهو نص ساري على كافة التصرفات القانونية، ومن ثمّة علينا الرجوع إليه لمعرفة كل الأحكام الخاصة بالأهلية فلا يجوز الابتعاد عنه إلاّ إذا وضع المشرع نص قانوني آخر يستثني تطبيقه[2] لذلك وجب على الموصي عند إبرام وصيته أن يكون كامل الأهلية لا ناقصها أو فاقدها وهذا ما نصت عليه المادة 78 ق.م.ج" كل شخص أهلا للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون"[3] والأهلية القانونية المطلوبة هي أهلية الأداء[4]، وكمال أهليته يكون وفقا لقانونه الشخصي إضافة إلى عدم تعرض رضاه لأيّ عيب من عيوب الإرادة والتي تتمثل فيما يلي: الإكراه، الغلط، التدليس والاستغلال.

وعليه يجب على من يتولى تحرير وصية سواء كان موثق أو موظف عمومي أو أيّ شخص مخول له قانونا القيام بذلك، أن يقوم بما في وسعه من أجل التحقق من أنّ الموصي بصدد الإيصاء وهو مدرك لما يُقبل عليه أيّ أنّه بالغ لسن الرشد القانوني المتطلب في قانونه الشخصي إضافة إلى كونه بكامل قواه العقلية، مما يعني أنّ هذان الأمران متلازمان

---

[1] هشام صادق، المرجع السابق، ص 320.

[2] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص 127.

[3] المادة 78 من الأمر رقم 07-05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر.

[4] حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 126.

في الحدوث حتى يكون الموصي مؤهل للتبرع بجزء من أمواله إضافة إلى التحقق من أنّ رضاه غير مشوب بأيّ عيب من عيوب الإرادة، والعبرة من تأكد من يقوم بتحرير الوصية من هذه الأمور وقت الإيصاء لا وقت الوفاة هي من أجل إبرام وصية من البداية بطريقة صحيحة وقانونية تجنبا لأي نزاع قد يحدث بعد وفاة الموصي.

الفرع الثاني

خضوع موضوع الوصية لقانون الموصي وقت الوفاة

بعد التعرف على المسائل التي تندرج تحت قاعدة خضوع الشروط الموضوعية للوصية لقانون الموصي وقت الإيصاء، لاحظنا إجماع أغلبية الفقهاء والتشريعات القانونية المقارنة على تطبيق قانون الموصي وقت الإيصاء على كل من الأهلية اللازمة للإيصاء وعدم تعرض رضا الموصي لأيّ عيب من عيوب الإرادة لأنّ هذه المسائل ترتبط بالوصية لكونها تصرف إرادي غير ملزم بحيث يمكن للموصي الرجوع فيها وهذا ما أكدّه المشرع في المادة 192 التي تنص على:" يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا...".[1]

ننتقل الآن إلى دراسة المسائل التي نطبق عليها قانون الموصي وقت الوفاة، بالرغم من أنّه لا يمكن قطع أو التغاضي عن العلاقة المتينة التي تجمع الوصية بالميراث والمتمثلة في كونهما يعطيان للشخص الحق في خلافة شخص آخر في أملاكه وأمواله بعد وفاته إلاّ أنّ هذا لا يمنع من وجود اختلاف طفيف بينهما متمثل في كون الخلافة في الميراث القانوني تنشأ بحكم القانون حتى ولو لم يشأ الهالك ذلك، بينما الخلافة في الميراث الإيصائي فالموصي نفسه من ينشأها وذلك بإعطاء الحق لشخص آخر لخلافته بعد مماته.[2]

---

[1] المادة 192 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، السالف الذكر.

[2] دليلة تريكي، المرجع السابق، ص 264.

نصّ المشرع الجزائري كغيره من المشرعين في القوانين المقارنة في المادة 16 ق.م.ج على مايلي:" يسري على الميراث والوصية...قانون جنسية الهالك أو الموصي...وقت موته".[1]

الملاحظ على هذه المادة أنّها تخص الشروط الموضوعية للوصية التي يطبق عليها قانون جنسية الموصي وقت الوفاة، لأنّ المشرع الجزائري جعل الوصية مقترنة في هذه المادة بالميراث وعليه فإنّ الشروط الموضوعية للوصية التي تخضع لقانون الموصي وقت الوفاة هي التي تكون مرتبطة ارتباطا وثيقا بالميراث وذلك لتعلقها بفكرة الخلافة الناتجة عن الموت وهذا هو الأمر الذي أجمع عليه الفقهاء ولم يختلفوا بشأنه وإنّما أقرّوا بوجوب الأخذ به[2] وبناءًا على ما تقدّم قوله فإنّ أي شرط موضوعي يخص صحة الوصية ويكون له علاقة بالميراث يطبق عليه قانون جنسية الموصي وقت الوفاة.[3]

بعد دراسة طبيعة الشروط الموضوعية للوصية التي يطبق عليها قانون الموصي وقت الوفاة ننتقل إلى معرفتها بنوع من التفصيل والشرح بحيث تتمثل هذه الشروط في مدى حرية الموصي في الإيصاء من ناحية ما يلي:

أولا: مقدار الوصية: نصّت المادة 185 ق.أ.ج على:" تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة "[4]، وعليه توجّب على الموصي عند إبرام وصيته أن يحددها بالثلث لأنّ زيادة المقدار عن الثلث وعدم إجازة الورثة لها فإنّ مصير تلك الزيادة هو البطلان وبذلك يرجع المقدار إلى نصيبه المحدد في الشريعة الإسلامية والقانون، لكن ليس في كل مرة يتم إبطال تلك الزيادة ففي حالة إجازة الورثة لها تعتبر صحيحة بحيث إذا أجازها الكل نُفذت الوصية وإذا أجازها البعض دون البعض الآخر

---

(1) المادة 16 من الأمر رقم 07 -05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر.

(2) هشام صادق، المرجع السابق، ص 319.

(3) حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 125.

(4) المادة 185 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، السالف الذكر.

نُفذت في حصة من أجازها وبطلت في حصة من لم يجزها، وكما تمّ دراسته سابقا أنّ إجازة الورثة لمقدار الوصية الزائد عن القدر المسموح به لا يعتد بها إلاّ بعد وفاة الموصي.[1]

بالرجوع إلى القانون الأردني نجده نصّ في المادة 18 ق.م.أ على:" يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصي أو من صدر عنه التصرف وقت موته "، فلو أخذنا بالقانون الأردني واعتبرنا أنّ هناك موصي ذو جنسية أردنية توفي تاركا وراءه منقولات في الأردن وعقارات في ألمانيا وقد قام سابقا بالإيصاء لشخص بجزء من أمواله المنقولة والعقارية، ففي هذه الحالة لا يمكن معرفة القدر الجائز للإيصاء به طبقا للقانون الأردني أو طبقا للقانون الألماني وحده بالنسبة لمجموع التركة، فالأمر يقتضي ضرورة تجزئة التركة إلى مجموعتين الأولى أردنية حيث يتم معرفة القدر الجائز للإيصاء به وفقا للقانون الأردني، والثانية ألمانية ويتم تحديد المقدار وفقا للقانون الألماني.[2]

ثانيا: الأشخاص المستفيدون من الوصية: الأشخاص الذين يجوز الإيصاء لهم[3] فقد نصّت المادة 187 ق.أ.ج في هذا الصدد على:" تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا..." كما نصّت المادة 189 ق.أ.ج على:" لا وصية لوارث إلاّ إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي ".[4]

فقد اتفّق الفقهاء على كون الوصية صحيحة إذا كانت للحمل إن كان موجودا وقت إبرام الوصية وهذا قياسا على الميراث، فبما أنّ للحمل الحق في الميراث فله أيضا الحق في أن يوصى له، لكن اشترط لصحة الوصية للحمل أن يوضع الحمل خلال مدة معينة

---

[1] حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 125.

[2] إسلام زيد المال، المرجع السابق، ص ص 42، 43.

[3] دليلة تريكي، المرجع السابق، ص 266.

[4] المادة 187 و189 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، السالف الذكر.

بالإضافة إلى وجوب وضع الحمل حيّا أما إذا وضع ميتا فهو لا يستحق الوصية، أمّا بالنسبة لقبول الوصية أو ردها فهذا الأمر متروك لوليه الشرعي.

أمّا بالنسبة للإيصاء للورثة فقد ذكر سابقا أنّ الفقهاء اتفقوا على عدم جواز الوصية للوارث والاختلاف كان في حالة إجازة الورثة، هناك فريق من الفقهاء قال أنّ الوصية لوارث صحيحة إذا أجازها بقية الورثة وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري، وهناك فريق آخر قال بأنّ الوصية لوارث باطلة حتى مع إجازة الورثة لذلك، وما تجدر الإشارة إليه أنّ العبرة بكون الموصى له وارثا هو وقت وفاة الموصي وهذا بالإجماع لأنّه يمكن أن يكون الموصى له غير وارث وقت إجراء الوصية ووارثا بعد وفاة الموصي.

مثال ذلك أن يكون الموصى له أخ للموصي مع وجود ابن بعدها توفي الموصي مع ابنه في حادث فهنا تحول الموصى له من غير وارث إلى وارث، وعليه فهو يحتاج إلى إجازة باقي الورثة حتى تنفذ وصيته، كما قد يكون الموصى له وارثا وبعدها يصبح غير وارث بحيث لا يحتاج إلى إجازة الورثة حتى تنفذ وصيته ومثالنا هو كالسابق بحيث يكون الموصى له أخ للموصي دون أن يكون لهذا الأخير ابن يرثه وعند وفاته اتضح أنّ زوجته كانت حامل في هذه الحالة أصبح الأخ غير وارث للموصي بحكم وجود وريث.

ثالثا: الأشخاص الذين لا يجوز الإيصاء لهم[1]: لقد نصّت المادة 188 ق.أ.ج على: "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدًا "[2] وعليه فإنّ قتل الموصي من قبل الموصى له عمدا يعتبر سبب أساسي وكافي لحرمانه من الوصية، لأنّه عادة ما يكون السبب من وراء قتل الموصي من قبل الموصى له هو تنفيذ الوصية بأسرع وقت ممكن مما يعني أنّ حرمان الموصى له من المال الذي كان من المفروض أن يتملكه من الموصي نتيجة قتله له هو عقاب له على جريمته من جهة وطمعه من جهة ثانية.

---

[1] دليلة تريكي، المرجع السابق، ص 266.

[2] المادة 188 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، السالف الذكر.

إضافة لما سبق فلا يجوز للموصي أن يوصي لجهة من جهات المعصية كأن يوصي من أجل بناء كنيسة أو يوصي لخليلة كان يعاشرها في الحرام بقصد مواصلة هذه العلاقة المحرمة، والسبب من هذا المنع هو كون هذا النوع من الوصايا مخالف للنظام العام والآداب العامة باعتبارنا دولة إسلامية تسعى إلى تطبيق الشريعة الإسلامية، ويمكن استخلاص هذا المنع من المادة 97 ق.م.ج التي نصّت على:" إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا "[1]، فإسقاط هذه المادة على الوصية يجعلها باطلة.

كما يخضع لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة جزاءات المنع المترتبة على الإيصاء في الحالات السابقة بالإضافة إلى كافة الآثار التي قد تنتج عن الوصية.[2]

بناءًا على كل ما سبق دراسته يستخلص أنّ كل ما يخضع لقانون الموصي وقت الوفاة هي الأحكام الموضوعية للوصية التي تجعلها تصرفا شبيها بالميراث، بينما الأحكام الموضوعية التي تتعلق بالوصية بكونها تصرف إرادي غير ملزم للموصي يمكنه الرجوع فيه فتخضع لقانون الموصي وقت الإيصاء.

الفرع الثالث

موقف المشرع الجزائري

لقد كان المشرع الجزائري مثله مثل أغلب قوانين الدول العربية بحيث أخذ بتطبيق القانون الشخصي للموصي وقام بإخضاع الشروط الموضوعية للوصية لقانون الموصي وقت الوفاة، وهذا ما أكدّه في المادة 16 ق.م.ج التي نصّت على:"يسري على الميراث والوصية...قانون جنسية الهالك أو الموصي ... وقت موته "[3]، ويدل أخذ المشرع الجزائري

---

[1] المادة 97 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[2] هشام صادق، المرجع السابق، ص 319.

[3] المادة 16 من الأمر رقم 07-05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر.

بالاتجاه الشخصي على أمر أساسي وهو اعتباره الوصية مسألة تدخل ضمن المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، وعلى هذا قرر التطبيق عليها القانون الشخصي للموصي ويقصد به قانون الدولة التي ينتمي إليها الموصي بجنسيته، على اعتبار أنّ المشرع الجزائري كما تمّ بيانه سابقا أنه أخذ بمعيار الجنسية بدلا من قانون الموطن في أغلب مسائل الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص، ما تجدر الإشارة إليه أنّ اعتبار الوصية مسألة من مسائل الأحوال الشخصية هو الذي يستدعي ضرورة إخضاعها إلى القانون الشخصي للموصي، وبما أنّ القانون الشخصي للموصي كما سبق الإشارة إليه يطبق على مرحلتين:

المرحلة الأولى: هي مرحلة تطبيق القانون الشخصي للموصي وقت الإيصاء.

المرحلة الثانية: هي مرحلة تطبيق القانون الشخصي للموصي وقت الوفاة.

فيستوجب معرفة الوقت الذي يعتد به للأخذ بالقانون الشخصي

إذا ولينا وجهتنا نحو المشرع الجزائري نجده حذا حذو أغلبية التشريعات القانونية المقارنة وذلك فيما يخص إخضاعه المسائل التي ترتبط بالوصية على اعتبار أنها تصرف بإرادة منفردة غير لازم للموصي كأهلية الإيصاء ورضا الموصي فإنها تخضع لقانون الموصي وقت الإيصاء، وعلى هذا يجب على من يقوم بتحرير وصية أن يتحقق من أنّ الموصي كامل الأهلية وفقا لقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته.

لو اعتبرنا أنّ الموصي جزائري فعليه أن يكون بالغا سن 19 سنة كاملة مع عدم إصابته بعارض من عوارض الأهلية وهذا ما جاء في المادة 186 ق.أ.ج[1]، بالإضافة إلى التحقق من أنّ الموصي يرغب في الإيصاء بقدر من أمواله بكل رضاه وليس لكونه مجبر

[1] المادة 186 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، السالف الذكر التي تنص على:" يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل بالغا من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل ".

على ذلك، أيّ أنّ رضاه غير مشوب بعيب من عيوب الإرادة كأن يكون مكره أو واقع في حالة استغلال أو غلط أو تدليس.

بناءًا على ما سبق نلاحظ أنّ الشروط المتعلقة بصحة أهلية ورضا الموصي يتم التحقق منها وقت إبرام الوصية وأيّ خطأ قد يعيب هذه الأهلية أو هذا الرضا فإنّ الوصية تقع باطلة، أمّا فيما يخص الشروط الموضوعية التي تكون مرتبطة ارتباطا وثيقا بالميراث فقد أُخضعت لقانون الموصي وقت الوفاة على اعتبار أنّ الوصية يمكن الرجوع فيها أو تصحيحها من قبل الموصي مادام حيا.

المطلب الثاني

تقدير الأخذ بالقانون الشخصي للموصي

سنتطرق بالدراسة في هذا المطلب إلى محاسن الأخذ بالقانون الشخصي للموصي (فرع أول)، الانتقادات الموجهة إلى الأخذ بالقانون الشخصي للموصي (فرع ثان).

الفرع الأول

محاسن الأخذ بالقانون الشخصي للموصي

لقد كان الاتجاه القائل بتطبيق القانون الشخصي للموصي على الشروط الموضوعية للوصية هو الاتجاه الغالب والأكثر انتشارًا في معظم القوانين المقارنة، وهذا كله بسبب ما حققه من مزايا نذكر من بينها المزايا والمحاسن التالية:[1]

جعل القانون الشخصي للموصي هو القانون المطبق على الشروط الموضوعية للوصية يتوافق مع كون الوصية مسألة من مسائل الأحوال الشخصية على اعتبار أنّها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، وهذا ما أكدته المادة 184 ق.أ.ج التي

[1] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق، ص 83.

نصّت على:" الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع "[1]، كما أنّها من التصرفات الإرادية بحيث تكون إرادة الموصي هي السبب الأساسي في نشوئها.

إضافة إلى أنّها مبنية على أسباب شخصية تتعلق بالموصي ولا يمكن لأيّ شخص أن يتدخل ويفرض سلطته عليه بشأن هذا التصرف ما عدا النصوص القانونية ذات الطابع الآمر المنصوص عليها في قانونه الشخصي والتي تسعى إلى تقديم أكبر قدر من الحماية والأمان للورثة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ للموصى له اعتبار شخصي للموصي سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا بحيث يتمثل هذا الاعتبار بالنسبة للشخص الطبيعي في العلاقة التي تجمع كل من الموصي والموصى له سواء كانت قرابة أو صداقة وعادة ما تكون الوصية تعبيرًا عن المحبة والمودّة الموجودة في علاقتهما مما يجعل الوصية تقوي تلك العلاقة.

أمّا بالنسبة للشخص الاعتباري فعادة ما يكون دافع الإيصاء إليه هو دافع متعلق بعقيدة الموصي، حيث يطمح إلى كسب الأجر والثواب كأن تكون الوصية لجهة من جهات البر كالمساجد أو المستشفيات أو ديار العجزة ...إلخ كل هذه الأمور هي التي تجعل الوصية متعلقة بحالة الشخص وتدخلها في مسائل الأحوال الشخصية، وعليه فإنّها تخضع للقانون الشخصي للموصي.[2]

تطبيق القانون الشخصي للموصي هو الوحيد الذي يضمن وحدة القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للوصية وهذا في جميع حالات اختلاف المال الموصى به سواء كان عقارا أو منقولا أو كلاهما، كما أنّه يتخطى المساوئ والصعوبات التي قد تنشئ نتيجة تطبيق عدّة قوانين مختلفة على نفس الوصية والتي قد تكون في غالب الأحيان متباينة

[1] المادة 184 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، السالف الذكر.

[2] علي عبد الرحمان علي قطيط ،المرجع السابق، ص 84.

فيما بينها، ما يؤدي بالقاضي للوقوع في مشكلة عدم قدرته على الجمع بين القوانين أو اختيار القانون الأفضل من بينها.[1]

لكن المسألة تختلف عند الدول التي تدرج الوصية ضمن مسائل الأحوال العينية والتي فرقت بين الوصية التي محلها عقار والوصية التي محلها منقول، حيث أخذت بتطبيق قانون موقع المال على الوصية بعقار وتطبيق قانون موطن الموصي وقت وفاته على الوصية بمنقول، وهذه التفرقة في القانون الواجب التطبيق هي التي تكون سبب خلق مشكلة تعدد واختلاف القانون الواجب التطبيق على الوصية الواحدة.

مثالنا عن ذلك لو اعتبرنا أنّ موصي قام بالإيصاء بثلاث عقارات تقع في ثلاث دول مختلفة، هل يقوم القاضي في هذه الحالة بتطبيق ثلاث قوانين مختلفة على نفس الوصية !؟ والمشكلة الأخرى تتمثل في صعوبة تحديد موقع الأموال غير المادية ومن ثمة صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، إضافة إلى ذلك كيف يمكن للقاضي الجمع والتوفيق بين القوانين الواجبة التطبيق على الوصية الواحدة المشتملة على عقارات ومنقولات؟ وعليه فإنّ تطبيق القانون الشخصي للموصي هو الحاجز الذي يمنعنا من الوقوع في مثل هذه المشكلات ويجعل المسألة سهلة وبسيطة في حالة تطبيق القاضي قانون واحد على الوصية لا يتأثر باختلاف نوع المال أو تعدده.[2]

تطبيق القانون الشخصي للموصي يؤدي إلى تحقيق وحدة القانون الواجب التطبيق على الوصية وذلك في حالة اختلاف وتعدد الموصى لهم من حيث جنسياتهم، بحيث يصعب الجمع بين قانون الموصي والموصى له إذ أنّ الأخذ بالرأي القائل بالجمع بين قوانين

---

[1] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق، ص 84.

[2] المرجع نفسه، ص 85.

كل من الموصي والموصى له يترتب عليه في كثير من الأحيان عدم صحة الوصية، وذلك لصعوبة التوفيق بين قوانين دول مختلفة في هذا المجال.[1]

مثالنا عن ذلك هو ماذا لو منع قانون الموصى له زيادة الوصية عن مقدار معين بينما قانون الموصي أجاز ذلك المقدار؟ ففي هذه الحالة تقع الوصية باطلة لعدم اتفاق كل من قانون الموصي والموصى له في الأحكام الواجبة التطبيق على الوصية من حيث الموضوع إضافة إلى ذلك فقد نصّت المادة 200 من ق.أ.ج على:" تصح الوصية مع اختلاف الدين"[2] فماذا لو كان الموصى به محل مشروع في قانون الموصي لكنه غير مشروع في قانون الموصى له؟ هذا الاحتمال أيضا يؤدي إلى بطلان الوصية في قانون الموصى له لعدم مشروعيته، لذلك وجب القول أنّ التوفيق بين قانون كل من الموصي والموصى له أمر صعب وناذر الحدوث.

وعليه فإنّ المنطق القانوني الصائب يحثّ على تطبيق قانون الموصي وحده دون قانون الموصى له لأنّه الطرف الأساسي والمهم في الوصية باعتبارها تنشأ بإرادته المنفردة زيادة على أنّه القانون الذي يضمن حماية أكثر للورثة والدائنين حتى لا يتضرروا نتيجة تعسف الموصي في مقدار الوصية، لذلك فهو القانون الأصلح والمناسب لحكم موضوع الوصية.[3]

إضافة إلى ما تمت الإشارة إليه فإنّ الأخذ بالقانون الشخصي للموصي يؤدي إلى وحدة القانون الواجب التطبيق على الوصية، ويعتبر أيضا القانون الذي يضمن حماية للورثة والدائنين والموصى لهم وبمقتضاه يتم تقسيم التركة الواحدة بموجب قانون واحد وهو القانون الشخصي للموصي، وعليه فإنّ تسليم الوصية للموصى له وتعيين الورثة وتحديدهم وتحديد

---

[1] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق، ص 86.

[2] المادة 200 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، السالف الذكر.

[3] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق، ص 86.

الأنصبة والقيام بتصفية هذه الأموال جميعا يتم بموجب قانون واحد وهذا ما يسهل على القاضي معرفة القانون الواجب التطبيق وسهولة تنفيذه على الوصية. [1]

الفرع الثاني

الانتقادات الموجهة إلى الأخذ بالقانون الشخصي للموصي

لم يسلم هذا الاتجاه المعمول به في غالب التشريعات القانونية المقارنة رغم كل المزايا والمحاسن التي وجدت فيه من تعرضه لمجموعة من الانتقادات من طرف الفقهاء، إلاّ أنّه تمّ الرد عليها من قبل مؤيدي هذا الاتجاه، وعلى هذا سوف نقوم بعرض هذه الانتقادات والردود التي وجهت لها على النحو الآتي:

الانتقاد الأوّل الذي وجهه الفقه إلى الاتجاه القائل بتطبيق القانون الشخصي للموصي على الشروط الموضوعية للوصية هو أنّ النظام العقاري في أيّ دولة سيصبح خاضعا لأحكام قانونية أجنبية متنوعة ومختلفة وهذا ما يؤدي حتما إلى إنقاص الثقة العقارية بسبب عدم التمكن من معرفة الملاّك الحقيقيين والأصليين للعقارات الموروثة نتيجة اختلاف أحكام القوانين الأجنبية وما تشترطه من أجل صحة الوصية.

غير أنّ هذا الانتقاد تمّ الرد عليه بأنّ القيام بتطبيق القانون الشخصي للموصي لا يكون على وجه مطلق، وإنّما ورد على تطبيقه قيد هام تمثل في ضرورة احترام ومراعاة أحكام قانون موقع المال الموصى به، حتى أنّه لم ينشأ أيّ خلاف بين الفقهاء حول خضوع كافة المسائل التي تتعلق بالمركز القانوني للأموال الموصى بها لقانون موقع المال، فقد توجه الفقه إلى أنّ قانون موقع المال هو المختص والواجب التطبيق على كل ما هو متعلق بانتقال الملكية والحيازة والشهر اللازم من أجل نقل الملكية وكافة الحقوق العينية الأخرى[2] أمّا إذا كان محل الوصية عقار فيجب مراعاة نص المادة 793 ق.م.ج التي نصّت على:

---

[1] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق، ص86.

[2] المرجع نفسه، ص 87.

"لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلاّ إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".[1]

كذلك نص المادة 15 من الأمر 75-74 التي تنص على:" كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلاّ من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أنّ نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية"، إضافة إلى نص المادة 16 من نفس الأمر التي تنص على:" إنّ العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلاّ من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".[2]

وعليه فإنّ المشرع الجزائري لم يخرج عن مبدأ ضرورة التسجيل والشهر حتى ينتقل العقار ويستطيع المالك الحقيقي مواجهة الغير بحقه في ذلك العقار، هذا بالنسبة للوصية إذا كان محلها عقار، أيّ أنّه يتوجب في حالة وفاة الموصي وهو مصر على وصيته الواقعة على عقار وتمّ قبول هذه الوصية من قبل الموصى له أن يحوز هذا الأخير سند رسمي مشهر يُثبت به حقه في ملكية العقار الموصى به وهذا عملا بنص المادة 29 من القانون 90-25 التي تنص على:"يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري" ونص المادة 30 من نفس القانون التي نصّت على:"يجب على كل حائز لملك عقاري أو شاغل إيّاه أن يكون لديه سند قانوني يبرر هذه

---

[1] المادة 793 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[2] المادتين 15 و16 من الأمر رقم 75-74 مؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق ل 12 نوفمبر سنة 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر عدد 92 صادر سنة 1975.

الحيازة أو هذا الشغل"[1]، من خلال نص المادتين يستخلص أنّ حيازة الموصى له لسند ملكية عقار غير كاف لإثبات حقه في تلك الملكية إلاّ إذا كان ذلك السند الرسمي مشهر.

كما أنّ قانون موقع المال هو الذي يتكفل بتنظيم حالة الشيوع بين الورثة والموصى لهم ومدى تأثر الموصى له بالديون التي تكون متعلقة بالتركة التي خلّفها الموصي وإفراز الحصة الشائعة الموصى بها وقسمة التركة، وهذا كله نتيجة ارتباط وتعلق هذه المسائل المذكورة بقانون موقع المال أكثر من تعلقها بقانون جنسية الموصي وقت الوفاة.

إضافة إلى ذلك فإنّ تطبيق قانون موقع المال يكون فيه اعتبار اقتصادي متمثل في مراعاة مصلحة الدولة التي يتواجد فيها المال الموصى به، ومثال ذلك أن يكون محل الوصية جزء من مشروع تجاري أو صناعي في الدولة التي يقع فيها المال[2]، وقد أقرّت محكمة النقض في مصر على أنّ المبدأ في خضوع المال لقانون موقعه لا يكون فيه تعارض مع نص المادة 1/17 ق.م.م المتعلقة بإخضاع الوصية للقانون الشخصي للموصي لأنّ هذه المادة متعلقة بالشروط الموضوعية للوصية والتي ترتبط بالخلافة بسبب الموت.

وعليه فإنّه لا يوجد أيّ ضرر لاحق بالثقة العقارية في ظل اختصاص قانون موقع المال لحكم كافة المسائل التي تتعلق بالمركز القانوني للمال الموصى به خاصة إذا تعلق الأمر بضرورة مراعاة إجراءات تسجيل وشهر الوصية في الدولة التي يقع فيها العقار الموصى به.[3]

الانتقاد الثاني الذي وجه لقاعدة تطبيق القانون الشخصي للموصي على الشروط الموضوعية للوصية هو أنّ تطبيق القانون الأجنبي على العقارات المتواجدة داخل دولة ما قد

---

[1] المادتين 29 و30 من القانون 90-25 مؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990 المتضمن التوجيه العقاري، ج ر عدد 49 صادر سنة 1990.

[2] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق، ص88.

[3] المرجع نفسه، ص 89.

يكون فيه مساس نوعا ما بالنظام العام لتلك الدولة[1] خاصة أنّ نص المادة 200 ق.أ.ج[2] كما سبق الإشارة إليها أجازت الوصية مع اختلاف الدين، فماذا لو كان القانون الشخصي للموصي يتعارض مع نظامنا الجزائري باعتبار أنّنا دولة تدين بالإسلام وتسعى إلى تطبيقه والأخذ به في مختلف المجالات، وعليه فإنّ تطبيق القانون الشخصي للموصي بدون إحاطته بقيود أو شروط فيه تجاوز وتعدي على الدين الإسلامي.

لقد تمّ الرد أيضا على هذا النقد بأنّ تطبيق القانون الشخصي للموصي ليس مطلق وإنّما يكون تطبيقه في دولة معينة مقيد بضرورة احترام الأحكام المتعلقة بالنظام العام في دولة القاضي، كما يلاحظ أنّ التشريعات المقارنة غالبا ما تنص في قوانينها الداخلية على ضرورة استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسألة قانونية ما إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة[3] وهذا ما قام بتأكيده المشرع الجزائري في نص المادة 24 ق.م.ج التي نصّت على:" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر...

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة".[4]

بناءًا على هذه المادة فإنّه في حالة ما إذا كان قانون أجنبي هو الواجب التطبيق وكان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر فيستوجب على القاضي استبعاده وإحلال القانون الجزائري محله، وكأمثلة عن بعض المسائل المخالفة للنظام العام والآداب العامة كأن يجيز القانون الشخصي للموصي الوصية للموصى له حتى وإن كان هذا الأخير هو

---

[1] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق، ص 90.

[2] المادة 200 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة تنص على: " تصح الوصية مع اختلاف الدين".

[3] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق، ص 90.

[4] المادة 24 من الأمر رقم 07-05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر.

من قام بقتل الموصي عمدا[1]، أو أن يجيز القانون الشخصي للموصي وصية محلها غير مشروع (كالإيصاء بمنزل للدعارة، الإيصاء بمبلغ من المال من أجل بناء كنيسة...).

زيادة على ما سبق فقد كان هناك خلاف نشب بين الفقهاء حول الأخذ بقانون جنسية الموصي أو قانون موطنه على اعتبار أنّ كل فريق كان له ما استند عليه، فالفريق القائل بالأخذ بقانون الجنسية رأى أنّ الجنسية تعتبر فكرة ثابتة لا يمكن تغييرها بسهولة، إضافة إلى أنّ الإنسان يكون أكثر انتماء إلى الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته على اعتبار أنّ الجنسية هي تبعية شخصية والموطن هو تبعية إقليمية فإنّ التبعية الشخصية هي الأقوى على التبعية الإقليمية بحيث تبقى متماشية مع الإنسان أينما ذهب.[2]

بينما الفريق القائل بالأخذ بقانون الموطن رأى أنّ العرف تعوّد واستقر على تمجيد علاقة الإنسان بأرضه، كما أنّ في تطبيق قانون الموطن تحقيق مصالح للفرد والغير والدولة[3]، إضافة لذلك فإنّ اللجوء إلى قاضي الموطن هو أمر سهل ولا يستدعي أية صعوبة.[4]

بالرغم من الخلاف القائم بينهم إلاّ أنّهم اتفقوا على مبدأ أساسي وهو الأخذ بالقانون الشخصي للموصي، وعليه نستنتج أنّه رغم الانتقادات الموجهة للرأي القائل بالأخذ بالقانون الشخصي للموصي إلاّ أنّ مزاياه هي التي كانت طاغية وهذا ما أدّى إلى الأخذ به عند غالبية التشريعات القانونية ومن بينها القانون الجزائري.

---

[1] علي عبد الرحمان علي قطيط ، المرجع السابق، ص 90.

[2] هشام خالد، المرجع السابق، ص ص 89، 90.

[3] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي القوانين، ص 70.

[4] هشام خالد، المرجع السابق، ص 89.

المطلب الثالث

صعوبات تحديد القانون المختص بحكم موضوع الوصية

سنتطرق بالدراسة في هذا المطلب إلى إشكالية تعدد الجنسية (فرع أوّل)، إشكالية انعدام الجنسية (فرع ثان)، إشكالية التعدد التشريعي أو الطائفي (فرع ثالث)، إشكالية الإحالة في موضوع الوصية (فرع رابع).

الفرع الأوّل

إشكالية تعدد الجنسيات

لقد كان هناك اختلاف كبير بين الفقهاء في تحديدهم لمفهوم الجنسية، وسبب هذا الاختلاف هو كون الجنسية فكرة دخلت في العديد من فروع القانون، فهي تقع بين القانون العام والقانون الخاص من جهة وبين القانون الدولي العام والقانون الداخلي من جهة أخرى وعلى هذا فقد قُدمت عدّة تعريفات للجنسية[1]، وعليه نستخلص مفهوم عام وشامل لها وهو أنّ: "الجنسية هي الرابطة القانونية والسياسية التي تفيد اندماج الفرد في عنصر السكان بوصفه من العناصر المكونة للدولة ذاتها".[2]

من خلال هذا التعريف يتضح أنّ للجنسية ركنين متمثلان في وجود دولة ووجود شخص، لأنّ الدولة هي الوحيدة التي تمنح الجنسية والشخص هو الطرف الذي تتعامل معه الدولة ويتلقى الجنسية الممنوحة له من طرفها.[3]

بالرغم من المبررات القوية التي اعتمد عليها الاتجاه القائل بالأخذ بضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية إلاّ أنّ هناك عدّة إشكاليات قد تواجه القاضي في ظل تطبيقه

---

[1] حفيظة السيد حداد، المدخل إلى الجنسية ومركز الأجانب، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص15.

[2] المرجع نفسه، ص 22.

[3] السيد عبد المنعم حافظ السيد، أحكام تنظيم الجنسية، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2012، ص70.

لضابط الجنسية بحدّ ذاته، ومن بين أهم هذه الإشكاليات تعدد الجنسية[1] والمقصود بهذه الأخيرة هي: "أن يثبت للشخص جنسيتان أو أكثر في نفس الوقت، وفقا لقانون كل دولة من الدول التي يتمتع هذا الشخص بجنسيتها"، وهناك عدّة أسباب لتعدد الجنسية نذكر منها ما يلي:

رابطة الإقليم: بحيث يولد الطفل على إقليم دولة معينة تمنح جنسيتها على أساس رابطة الإقليم، في هذه الحالة يصبح هذا الطفل متمتع بجنسية الدولة التي ولد على إقليمها إضافة إلى جنسية التي تثبت له عن طريق والديه.

رابطة الدم: بحيث يولد الطفل من أبوين مختلفين في الجنسية وينتمي كل منهما لدولة تمنح الجنسية لمواطنيها بناءًا على رابطة الدم دون تحديد أيّ من الأبوين يستمد منه هذا الحق.

كما يمكن أن يثبت للولد جنسيتان في حالة تغيير أبيه لجنسيته في فترة ما بين الحمل والميلاد، وهذا إذا كانت الدولة الأولى للأب تمنح جنسيتها للولد بالنظر إلى جنسية الأب وقت الحمل والأخرى تمنح جنسيتها بالنظر إلى جنسية الأب وقت الميلاد.

يتحقق أيضا التعدد في الجنسية عند اكتساب جنسية جديدة مع الاحتفاظ بالجنسية القديمة.[2]

نتيجة لهذا التعدد يمكن أن يقع الشخص في تنازع إيجابي للجنسيات، بحيث يقع تحت سيادة دولتين أو أكثر وهذا السبب الذي يعطي لكل دولة الحق في الإدعاء بالسيادة عليه واعتباره من أفرادها وقد أكدّت هذا الحكم إتفاقية لاهاي لعام 1930 في المادة 3 منها على

---

[1] نوارة حسين، "الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية"، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 23 و24 أفريل 2014 ص ص 41، 42.

[2] حفيظة السيد حداد، المدخل إلى الجنسية ومركز الأجانب، المرجع السابق، ص 62.

أنّه في حالة ما إذا كان الشخص متمتعا بجنسية دولتين أو أكثر فيمكن لكل دولة منهم أن تعتبره من أفرادها، فالشخص المتمتع بجنسيات متعددة يقع تحت سيادة عدّة دول من جهة ويتمتع بحقوق ويكلّف بالتزامات من جهة أخرى، ولعلّ أصعب ما قد يمر به متعدد الجنسية هو الالتزام بالخدمة العسكرية وكانت الدول التي يتمتع بجنسيتها في حالة حرب مما يؤدي به في حالة وقوفه في صف إحداهما إلى اعتباره خائن بالنسبة للدولة الأخرى، وهذا ما حدث للمدعو jomeye-kowokita الذي كان يحمل الجنسية الأمريكية واليابانية في نفس الوقت وقد اتهم بالخيانة من أمريكا سنة 1954 نتيجة محاربته لها مع الجيش الياباني.[1]

ما سنتطرق لدراسته هو في حالة تعدد الجنسية في نزاع ما، أيّ من الجنسيات يأخذ بها القاضي؟ وهل يختلف الأمر إذا كانت جنسية دولة القاضي المعروض أمامه النزاع من بين الجنسيات التي يتمتع بها الشخص؟ للإجابة نتطرق إلى ما يلي:

أولا: حالة تعدد الجنسيات ولم تكن من بينها جنسية دولة القاضي

إنّ تحديد الجنسية التي يعتمد عليها القاضي في حلّ النزاع بالنسبة لمتعدد الجنسية يكون صعب في حالة ما إذا كانت جنسية دولة القاضي غير موجودة ضمن الجنسيات المتزاحمة هذا ما يجعل قاضي النزاع لا يملك أي حق في الأخذ بجنسيته، وعليه توجبّ على القاضي أن يعامل كل الجنسيات معاملة متساوية بناءًا على مبدأ تساوي وتكافؤ السيادات فلا يمكنه أن يرجح أو يهمل أي منهم، وقد وُجدت عدّة حلول قانونية في شكل اتجاهات تخصّ هذه الإشكالية نذكر البعض منها:

الاتجاه الأوّل: الاعتماد على اختيار الشخص ويرى هذا الاتجاه أنّ للشخص الحق في اختيار إحدى الجنسيات التي يتمتع بها بشرط أن يكون بالغا وعاقلا، وقد تمّ تأكيد هذا التوجه

[1] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، التقليد والتجديد في أحكام الجنسية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص 158.

اتفاقية لاهاي سنة 1930 في المادة 6 منها، إلاّ أنّ هذا الاتجاه انتقد على أساس أنّ الجنسية مسألة تتعلق بالسيادة ولا يمكن أن تترك لرغبة الأفراد.

الاتجاه الثاني: الاعتماد على الحلّ بالطرق الدبلوماسية ويرى هذا الاتجاه أنّ تحديد جنسية إحدى الدول التي يحمل الشخص جنسيتها يكون عن طريق المفاوضات، وقد انتقد هذا الاتجاه لأنّه مبني على الإطالة والتعقيد ويتم استخدامه عادة في النزاعات السياسية.[1]

الاتجاه الثالث: الاعتماد على القانون الأقرب لقاضي النزاع ويرى هذا الاتجاه أنّ قاضي النزاع يملك الحق في اختيار الجنسية الأقرب لقانونه الوطني، إلاّ أنّه انتقد لأنّه يجعل من قانون القاضي هو نموذج القوانين ما يتعارض مع مبدأ تكافؤ السيادات.

الاتجاه الرابع: الاعتماد على جنسية دولة الموطن فقد اعتمد هذا الاتجاه على جنسية الدولة التي يتوطن فيها الشخص، إلاّ أنّه انتقد بأنّه للشخص أن يتوطن خارج الدول التي يتمتع بجنسيتها.

الاتجاه الخامس: الاعتماد على الجنسية الفعلية ويصطلح على هذه الجنسية بالجنسية الغالبة وهي الجنسية التي يكون لها ارتباط قوي بحاملها أكثر من غيرها[2]، وقد أخذ أغلبية الفقهاء بهذا الاتجاه.

لكن مسألة البحث عن الجنسية الفعلية ليس بالأمر السهل، ففي حالة ما إذا كان الشخص متمتعا بعدّة جنسيات أجنبية يتوجب على القاضي معرفة ماهي الجنسية الفعلية[3] وذلك باعتماده على مجموعة من المعايير نذكر من بينها: مكان الميلاد، مكان الإقامة المعتاد، اللغة المستعملة للمخاطبة...إلخ[4]، فجنسية الدولة التي تفيد هذه الدلائل هي

---

[1] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص 163.

[2] المرجع نفسه، ص-ص 164- 166.

[3] Jean Derruppé, Droit International Privé, 13eme Ed, DALLOZ , Paris, 1999, p13.

[4] Patrick Courbe, Droit International Privé, Ed HACHETTE SUPERIEUR , Paris , 2007, p 225.

الجنسية التي يكون لها الهيمنة والأحقية في التطبيق على بقية الجنسيات، لذلك يتوجب على القاضي أن يطبق قانونها نظرا للاعتبارات المذكورة سابقا.

لقد أخذت أغلبية التشريعات القانونية بهذا الاتجاه ومنها القوانين العربية وقد أكدّ ذلك القانون الجزائري في المادة 1/22 ق.م.ج التي نصّت على:"في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الفعلية"[1]، ويقابله المشرع العراقي في المادة 1/33 ق.م.ع التي نصّت على:"تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد".[2]

لقد تبنت هذا الاتجاه اتفاقية لاهاي سنة 1930 ومحكمة التحكيم الدولية بلاهاي في قضية "كانيفارو" سنة 1912 ومحكمة العدل الدولية فيما يخص قضية "نوتبهوم" سنة 1955.[3]

بناءا على ما سبق فإن كان هناك نزاع متعلق بالشروط الموضوعية للوصية وكان الموصي متعدد الجنسيات ولا توجد من بينها جنسية دولة القاضي فإنه يتوجب على هذا الأخير البحث عن الجنسية الفعلية حتى يطبق قانون جنسية تلك الدولة.

ثانيا: حالة تعدد الجنسيات بما فيها جنسية دولة القاضي

باعتبار أنّ جنسية دولة القاضي ضمن الجنسيات المتنازعة فقد كانت هناك عدّة آراء فقهية، فجانب منها رأى بإلزامية تطبيق جنسية دولة القاضي وجانب آخر قال بتطبيق الجنسية الفعلية وآخر رأى عدم تطبيق الحلين السابقين، لأنّ حل مشكلة تعدد الجنسية هي مشكلة تابعة لمسألة أصلية إمّا مركز الأجانب أو تنازع القوانين أو الاختصاص القضائي

---

[1] المادة 22 من الأمر رقم 07-05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر.

[2] نوارة حسين، المرجع السابق، ص 43.

[3] آمنة رحاوي، المرجع السابق، ص 119.

الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، وعليه توجبّ البحث على حلّ للمسألة يكون متلائم مع طبيعة المسألة الأصلية المعروضة.[1]

أمام تنوع الحلول السابقة فقد تمّ الأخذ بتطبيق جنسية دولة القاضي، وعليه إذا كان الشخص حاملا لعدّة جنسيات منها الجنسية الجزائرية التي قد تكون أصلية كأن يكون من أب أو أم جزائريين بحسب المادة 6 ق.ج.ج التي نصّت على:"يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية"، أو مولود في الجزائر وهذا ما أكدته المادة 7ق.ج.ج: "يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر:

الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين.

غير أنّ الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين يعدّ كأنّه لم يكن جزائريا قط إذا ثبت خلال قصوره انتسابه إلى أجنبي أو أجنبية وكان ينتمي إلى جنسية هذا الأجنبي أو هذه الأجنبية وفقا لقانون جنسية أحدهما.

إنّ الولد الحديث الولادة الذي عثر عليه في الجزائر يعدّ مولودا فيها ما لم يثبت خلاف ذلك..."، أو مكتسب للجنسية الجزائرية بالزواج حسب المادة 9 مكرر ق.ج.ج التي نصّت على:"يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية..."[2] أو عن طريق التجنس حسب المادة 10 ق.ج.ج التي نصّت على:"يمكن للأجنبي الذي يقدم طلبا لاكتساب الجنسية الجزائرية أن يحصل عليها..."[3] ، في هذه الحالة لا يعتدّ في الجزائر إلاّ بالجنسية

---

[1] حفيظة السيد حداد، المدخل إلى الجنسية ومركز الأجانب، المرجع السابق، ص 63.

[2] المادة 6 و7 و9 مكرر من الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فيفري سنة 2005، ج ر عدد 43 صادر في 22 جوان سنة 2005 معدل ومتمم للأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية.

[3] المادة 10 من الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970، المتضمن قانون الجنسية، ج ر عدد 15 صادر في 18 ديسمبر سنة 1970، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فيفري سنة 2005، ج ر عدد 43 صادر في 22 جوان سنة 2005.

الجزائرية[1]، بالرغم من أنّ هذا الحلّ هو الغالب في القوانين المقارنة على اعتبار أنّ الدولة تضع قوانينها لتطبق على كل شخص حامل لجنسيتها إلاّ أنّ هذا الاتجاه انتقد على أساس أنّه يمكن للشخص أن يكتسب جنسية دولة القاضي ولكنه لا يرغب في أن يكون خاضعا لقانونه[2]، وقد أيّد المشرع الفرنسي هذا الاتجاه ورأى ضرورة الأخذ بالجنسية الفرنسية إذا كان هناك نزاع بينها وبين جنسيات أخرى لأنها الجنسية التي تمتلك الأحقية في التطبيق أمام القاضي الفرنسي[3]، وقد أيّده المشرع الجزائري بحيث نصّ في المادة 22 ق.م.ج على:"... غير أنّ القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائري".[4]

ما يلاحظ أنّ الأخذ بقانون جنسية دولة القاضي إذا كانت من بين الجنسيات، أنّها مسألة متعلقة بسيادة الدولة وعليه لا يمكن لقاضي النزاع أن يختار تطبيق قانون إحدى الجنسيات ويفضله على قانونه الوطني.[5]

الإشكال هو في حالة ما إذا قام الموصي باستعمال وسائل احتيالية من أجل اكتساب جنسية أخرى أو ما يسمى بالغش نحو القانون وذلك من أجل الإضرار بورثته[6]، بحيث يرفع النزاع أمام القاضي الذي اكتسبت جنسيته بالاحتيال، هنا يتوجب على القاضي في حالة اكتشافه وجود غش نحو القانون عدم تطبيقه قانون الجنسية التي كان من المفروض أن يأخذ

---

(1) بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية، ج2، ط5، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2008، ص165.

(2) سمية كمال، "تطبيق قانون القاضي على علاقات الأحوال الشخصية"، ملتقى حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 23 و 24 أفريل 2014 ص 313.

(3) Jean Derruppé, Droit International Privé, 13emeEd…, op cit p 13.

(4) المادة 22 من الأمر 07-05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر.

(5) نوارة حسين ، المرجع السابق، ص 42.

(6) نادية فضيل، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص 50.

بها وهذا ما أكدته المادة 24 ق.م.ج:" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة... أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".[1]

الفرع الثاني

إشكالية انعدام الجنسية

المقصود بعديم الجنسية هو الشخص المجرد من التمتع بجنسية أيّ دولة، وذلك يكون إمّا منذ فترة ولادته أو في تاريخ لاحق لولادته، والسبب الرئيسي في انعدم الجنسية راجع إلى الاختلاف القائم من حيث المعايير التي تأخذ بها الدول من أجل كسب أو فقدان الجنسية[2] وعلى إثر وقوع الشخص في اللاجنسية فإنّه يخلق تنازعا سلبيا للقوانين وعليه فإنّه لا يخضع لسيادة أيّ دولة لأنّ فكرة السيادة ترتبط بفكرة الجنسية وتنعدم بانعدامها، كما أنّ عديم الجنسية لا ينشأ بخصوصه أيّ تنازع للقوانين وإنّما ما يحصل هو وجود مركز سلبي سببه هو عدم اعتباره وطنيا في قوانين كل الدول[3]، ولاشك أنّ هناك عدّة أسباب تؤدي بالشخص أن يكون عديم الجنسية نذكر من بينها مايلي:

إنّ الاختلاف في المعايير التي تمنح بها الدول جنسيتها يعتبر من أهم الأسباب التي تؤدي إلى انعدام الجنسية ومثال ذلك أن يولد الطفل من أبوين ينتميان إلى دولة تمنح الجنسية على أساس رابطة الإقليم وعلى إقليم دولة تمنح الجنسية على أساس رابطة الدم[4]

---

[1] المادة 24 من الأمر رقم 07-05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر.

[2] حفيظة السيد حدّاد، المدخل إلى الجنسية ومركز الأجانب، المرجع السابق، ص 68.

[3] غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص141.

[4] بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية، المرجع السابق، ص 173.

كما أنّ الشخص قد يكون عديم الجنسية نتيجة زوالها بإرادته أو رغما عنه، وهذا ما يطلق عليه مصطلح (التجريد من الجنسية).[1]

لقد تمّ وضع معايير مختلفة من أجل معرفة القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية، فهناك من قال بتطبيق قانون القاضي المعروض أمامه النزاع وهناك من قال بتطبيق قانون آخر جنسية كان يتمتع بها الشخص وهناك من أراد إعطاء حل آخر وهو استثناء عديمي الجنسية والتطبيق عليهم قانون الدولة التي ولدوا على إقليمها أو قانون دولة إقامتهم[2]، إلاّ أنّ كل هذه الآراء لم تسلم من النقد وقد كان هناك رأي راجح وغالب وهو القائل بالأخذ بفكرة قريبة من فكرة الجنسية الفعّالة.

مفاد هذه الفكرة هو الأخذ بقانون الدولة التي يتواجد بها في غالب الأحيان موطن الشخص أو محل إقامته، وقد أخذت عدّة اتفاقيات دولية بهذا الرأي من بينها اتفاقية جنيف لسنة 1931 و1951 المتعلقة بالحالة الدولية للاجئين السياسيين واتفاقية نيويورك لسنة 1954 بشأن الحالة الدولية لعديمي الجنسية.[3]

أمّا بالرجوع إلى التشريعات العربية فقد أخذت أغلبها بهذا الاتجاه، ومن بينها المشرع الجزائري والذي أكدّ ذلك بنص المادة 3/22 ق.م.ج التي نصّت على:" وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة".[4]

---

[1] السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 311.

[2] فاطمة موشعال، المرجع السابق، ص 101.

[3] نورية شبورو، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 44.

[4] المادة 22 من الأمر رقم 07-05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر.

الفرع الثالث

إشكالية تعدد الشرائع تعدد إقليمي أو طائفي (التفويض)

قد يقع القاضي في مشكلة تطبيق قانون الجنسية وذلك إذا أحالت قواعد الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون دولة تتعدد فيها الشرائع سواء كان هذا التعدد إقليميا أو طائفيا.[1]

التعدد الإقليمي هو التعدد الذي نراه عند الدول التي تقوم بالتطبيق على كل إقليم من أقاليمها شريعة خاصة به كما هو الحال في سويسرا والولايات المتحدة الأمريكية.

أمّا التعدد الطائفي فهو الذي نلمحه في الدول العربية التي تعرف تنوعا طائفيا مثل مصر ولبنان، وعليه فإنّ لكل طائفة شريعة خاصة بها فيما يخص الأحوال الشخصية.[2]

ما تجب الإشارة إليه أنّ التفويض يختلف عن الإحالة، فإذا كانت الإحالة تعطي الاختصاص في نزاع ما لقانون دولة ما بينما هذا القانون لا يقبل الاختصاص ويرجعه إلى قانون آخر، فإنّ التفويض معناه أنّ القانون المختص بحكم النزاع بموجب قاعدة الإسناد في قانون القاضي لا يرفض الاختصاص وإنّما حقه في الاختصاص يكون موزع بين العديد من الشرائع في نفس الدولة، وعلى هذا يستوجب الرجوع إلى القانون الداخلي للدولة التي منح لها الاختصاص في حكم النزاع من أجل معرفة الشريعة الواجبة التطبيق.[3]

على إثر آلية التفويض فقد طرح الفقه عدّة تساؤلات من بينها:

*هل يتم العمل بالتفويض سواءً في ظل التعدد الإقليمي أو الطائفي؟ وكانت الإجابة بضرورة الأخذ بالتفويض في الحالتين وهذا ما أكدّه المشرع الجزائري في المادة 23 ق.م.ج التي نصّت على:" متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أنّ القانون الواجب

---

[1] نورية شبورو، المرجع السابق، ص 48.

[2] حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص: المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 2005، ص 2017.

[3] غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص ص 138، 139.

التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها التشريعات، فإنّ القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيق.

إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن طُبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حال التعدد الإقليمي".[1]

فهذه المادة أكدّت على الأخذ بالتفويض بشكل عام ومطلق في التعدد بنوعيه.

*ما هو الحل إذا لم تكن هناك قواعد إسناد داخلية في القانون المسند له الاختصاص؟ أو كانت موجودة لكنها ترفض الاختصاص خارج محيط قانونها إلى قانون أجنبي؟ والإجابة كانت أنّه في حالة عدم وجودها يتم الاعتماد على ضوابط تكميلية، فإذا كان الإسناد تمّ عن طريق ضابط الجنسية نطبق شريعة العاصمة أو الشريعة الغالبة، أمّا إذا كان الإسناد قد تمّ عن طريق ضابط مكاني(الموطن/محل الإبرام/موقع المال) فيُعتمد على أحدهم من أجل تحديد الاختصاص ومثال ذلك في حالة ما إذا كان ضابط الإسناد هو موقع المال فإننا نطبق على النزاع قانون موقع المال...إلخ.

أمّا إذا قررت قاعدة الإسناد الداخلية عدم قبول الاختصاص المسند لقانونها لحساب قانون آخر فنكون أمام إحالة وهذا الأمر مرفوض لدى المشرع الجزائري وباقي تشريعات الدول العربية.[2]

ما يلاحظ على الدول العربية أنّ نظامها القانوني لا يوجد فيه قواعد التنازع الداخلي على اعتبار أنّها لا تعيش في حالة تعدد إقليمي أو طائفي باستثناء قلّة من الدول مثل: مصر، لبنان، الإمارات.

---

[1] المادة 23 من الأمر رقم 07-05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر.

[2] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، المرجع السابق، ص 66.

الفرع الرابع

إشكالية الإحالة في موضوع الوصية

هناك إشكاليات أخرى قد تعترض القاضي عند تطبيق قانون الجنسية على موضوع الوصية وهي إشكالية الإحالة، وتثار هذه الإشكالية في الأحوال التي تشير فيها قاعدة الإسناد المنصوص عليها في قانون القاضي إلى تطبيق القانون الأجنبي، بينما تشير قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع في الشروط الموضوعية للوصية إمّا إلى تطبيق قانون دولة القاضي المختص في النزاع، وإمّا إلى تطبيق قانون دولة أجنبية أخرى غير قانون دولة القاضي.[1]

باعتبار أنّ المشرع الجزائري كما سبق دراسته أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى ورفض الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية، هذا يعني أنّه في حالة ما إذا أشارت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الذي أشار إليه القانون الوطني إلى منح الاختصاص للقانون الوطني فإنّ القاضي يأخذ بهذه الإحالة، بينما في حالة ما إذا أشارت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الذي أشار إليه القانون الوطني إلى تطبيق قانون آخر أجنبي فإنّ القاضي يرفض هذا النوع من الإحالة.

وعليه إذا ثار نزاع أمام القاضي الوطني حول الشروط الموضوعية للوصية، فعلى القاضي معرفة القانون الواجب التطبيق عليها، فإذا أشارت قواعد الإسناد في ذلك القانون إلى تطبيق القانون الوطني في هذه الحالة يطبق القاضي القانون الوطني على أساس الإحالة من الدرجة الأولى، أمّا إذا أشارت قواعد الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي آخر فعلى القاضي رفض تطبيق ذلك القانون على أساس عدم أخذه بالإحالة من الدرجة الثانية.

[1] أحلام غوالة–حنان لعرابة، المرجع السابق، ص ص 26، 27.

المبحث الثاني

خضوع موضوع الوصية لقانون إرادة الموصي

بما أنّ الوصية هي تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت يقوم به الموصي بإرادته المنفردة، فإنّ بعض التشريعات تعطي للموصي حرية اختيار القانون الذي يحكم وصيته، ولمّا كانت الوصية تنشأ تبعا لإرادة الموصي فإنّ اختيار القانون الواجب التطبيق على الأحكام الموضوعية للوصية يقع على عاتق الموصي فله أن يختار القانون الذي يراه مناسبا، ولكن هذه الإرادة تكون ذات مجال محدود بالنسبة للموصي في اختيار القانون الواجب التطبيق على وصيته.

المقصود بقانون الإرادة هو:" تلك السلطة المعترف بها في نظام قانوني معين لواحد أو أكثر من الأشخاص لإنشاء مراكز قانونية يعترف بها هذا النظام الذي لولا تدخله ومنحه إياهم هذه السلطة ما كان لتلك المراكز من وجود أو لوجدت ولكن في صورة مختلفة".[1]

وبناءا على ما سبق سوف نتطرق بالتفصيل في هذا المبحث، إلى دراسة مجال إعمال قانون إرادة الموصي (مطلب أوّل)، تقدير الأخذ بقانون إرادة الموصي (مطلب ثان).

[1] عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2011، ص 212.

المطلب الأوّل

مجال إعمال قانون إرادة الموصي

نتناول بالدراسة من خلال هذا المطلب نطاق إعمال قانون إرادة الموصي (فرع أوّل) استثناءات إعمال قانون إرادة الموصي (فرع ثان).

الفرع الأوّل

نطاق إعمال قانون إرادة الموصي

أعطت بعض القوانين المقارنة ومن بينها القانون السويسري مجالا محدودا لإرادة الموصي في اختيار القانون الذي يحكم الوصية، وهذا ما نجده في المادة 22 من ق.م.س لسنة 1891 الملغى.

لقد أدرج القانون السويسري المواريث والوصايا ضمن مسائل الأحوال الشخصية وعلى هذا الأساس طبق قانون الموطن، وباعتبار أنّ الوصية تصرفا إراديا يمكن إخضاعه لقانون الإرادة، فقد أجاز القانون السويسري للموصي وأعطى له حق إحلال قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته محل قانون موطنه المختص بحكم الوصية، غير أنّه بالرجوع إلى الفقه فإنّ بعض الفقهاء يؤكدون على أنّ هذا الاختيار يجب أن لا يكون داخل نطاق القواعد الآمرة للقانون الواجب التطبيق على الميراث، وكل هذا من أجل أن لا يستخدم هذا الاختيار في إلحاق الضرر بالورثة والدائنين.[1]

لم يكن هناك أي تغيير بعد صدور القانون الدولي السويسري الجديد سنة 1987، هذا القانون الذي منح الموصي حق اختيار القانون الذي يحكم وصيته حيث مكنّه من اختيار قانون إحدى الدول التي يحمل جنسيتها حتى يطبق بدل القانون المختص وهو القانون السويسري على أساس أنّه آخر موطن للموصي.

[1] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق، ص 107.

باستقراء المادة 90 من ق.س التي تنص على:" يسري القانون السويسري على ميراث الشخص الذي كان آخر موطن له سويسرا.

يمكن للأجنبي مع ذلك أن يخضع تركته بالوصية أو باتفاق التوريث لقانون أي من دوله الوطنية ويكون ذلك الاختيار باطلا إذا لم يكن للمتصرف وقت موته جنسية أو اكتسب الجنسية السويسرية ".

فهذه المادة تؤكد لنا أنّ هذا القانون مكنّ الموصي الأجنبي وحده دون الموصي السويسري من اختيار قانون إحدى الدول التي يحمل جنسيتها من أجل حكم وصيته، سواء كان هذا الموصي متعدد الجنسية أو يحمل جنسية دولة واحدة مبررا ذلك أنّ الموصي المتعدد الجنسية له الحق في اختيار قانون واحد فقط من بين القوانين التي يحمل جنسيتها وبذلك لا يمكنه أن يختار أزيد من قانون واحد أو أن يجمع بينهم، وهو ما أشارت إليه المادة بقولها (يمكن للأجنبي مع ذلك أن يخضع تركته بالوصية أو باتفاق التوريث لقانون أي من دوله الوطنية...).

إذا طرح نزاع أمام القاضي السويسري متعلقا بوصية صادرة عن أجنبي فعليه في بادئ الأمر أن يتأكد من أنّ الموصي لم يقم باختيار أي قانون من القوانين التي يحمل جنسيتها ليحكم وصيته وفي هذه الحالة يتم تطبيق قانون الموطن الذي أشارت إليه المادة 1/90 من ق.س.

أمّا إذا تبين للقاضي أنّ الموصي قام باختيار قانون دولة ما ليسري على وصيته فيتوجب عليه أن يتحقق من أنّ الموصي يحمل جنسية تلك الدولة عند وفاته مما يؤدي به إلى تطبيق قانون تلك الدولة[1] على الشروط الموضوعية للوصية.

[1] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق ، ص 108.

وعليه لا يمكن للقاضي تطبيق قانون دولة أخرى حتى ولو كان الموصي حاملا لجنسيتها مادام إرادة الموصي لم تتجه إلى ذلك، كل هذا إذا لم يتبين للقاضي أنّ اختيار الموصي لقانون دولة ما حتى يحكم وصيته يعتبر باطلا لأسباب معينة.[1]

لم تكن سويسرا الدولة الوحيدة التي أعطت لإرادة الموصي مجال لاختيار القانون الواجب التطبيق على وصيته، فقد سارت على نهجها بعض الولايات الأمريكية مثل قانون ولاية نيويورك لعام 1966 الذي كان ينص كأصل عام على تطبيق قانون آخر موطن للمتوفى، إلاّ أنّه أعطى استثناء يمنح من خلاله للموصي الأجنبي في ولاية نيويورك الحق في أن يسري على أمواله المتواجدة في هذه الولاية قانون ولاية نيويورك.

ما يلاحظ على هذا القانون أنّه قام بوضع قيود على إرادة الموصي في اختيار القانون الذي يسري على الوصية وأبرز تلك القيود أن لا يكون في اختيار الموصي إضرار بحقوق الورثة.

أمّا بالنسبة للقانون الألماني الجديد الذي تمّ تعديله في عام 1986 فقد كان مستبعدا لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على التركة ومع ذلك فقد قامت بموجب المادة 2/25 بمنح الشخص الذي يملك عقارات متواجدة في ألمانيا الحق في اختيار القانون الألماني ليكون هو القانون الساري على تركته العقارية.

ضف إلى ذلك القانون الدولي الخاص الإيطالي الجديد الصادر في سنة 1995 الذي منح من خلال نص المادة 46 منه للمورث مكنة اختيار القانون الذي يسري على تركته لكن قام بحصر ذلك الاختيار بين قانون الدولة التي ينتمي إليها المورث بجنسيته وقانون دولة الإقامة وكل هذا كان مشترطا بعدم إلحاق أي ضرر بحقوق الورثة.[2]

---

[1] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق، ص 109.

[2] المرجع نفسه، ص 110.

أمّا إذا غيرنا نظرتنا عقب المؤتمرات الدولية نجد أنّ المؤتمر السابع للإتحاد الدولي للموثقين اللاتينيين الذي انعقد في بروكسيل سنة 1963 أخذ نفس الاتجاه وسمح لإرادة المتوفى في اختيار تطبيق قانون آخر موطن له على المواريث والوصايا.[1]

إضافة إلى ما سبق هناك مجمع القانون الدولي الذي قام في دورة انعقاده بالقاهرة سنة 1987 بإعطاء الموصي الحق في اختيار قانونه الوطني أو قانون موطنه، وذلك كمحاولة منه في التوفيق بين ضابطي الإسناد.

كما قامت اتفاقية لاهاي المنعقدة في 1 أغسطس سنة 1989 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على التركات بمنح الإرادة دورا مهما وأكدّت في المادة 1/5 منها على أنّه يجوز للشخص أن يختار قانون دولة معينة ليطبق على تركته.

يتعين الآن معرفة الفقهاء الذين كانوا مع فكرة خضوع الشروط الموضوعية للوصية لقانون إرادة الموصي، حيث نجد من أهمهم الفقيه دول (Dolle)، إضافة إلى ذلك الأستاذ فايس (Weiss) الذي كان من بين الذين قالوا بإخضاع الشروط الموضوعية للوصية لقانون إرادة الموصي على أساس أنّ لمبدأ سلطان الإرادة دور في القانون الواجب التطبيق.

وعليه وجب الاعتراف للأشخاص بحقهم في اختيار القانون الذي يسري على تصرفاتهم المالية المشتملة على عنصر أجنبي، وتوجب أن يكون الاختيار محصورا بالقوانين التي يحددها القانون الوطني للموصي في حالة إجازته لذلك.[2]

---

[1] علي عبد الرجمان علي قطيط، المرجع السابق ، ص 110.

[2] المرجع نفسه، ص 111.

الفرع الثاني

استثناءات إعمال قانون إرادة الموصي

بعدما تطرقنا إلى مجال إعمال قانون إرادة الموصي اتضح لنا أنّ لقانون الإرادة دور كبير وهام في اختيار القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للوصية، إلاّ أنّ هذه الإرادة ليست مطلقة بل ترد عليها استثناءات تحول دون الأخذ بها نذكر أبرز هذه الاستثناءات:

أولا: استثناءات إعمال قانون الإرادة في القانون السويسري

أخذ القانون السويسري بالعديد من الحالات التي يستبعد فيها تطبيق قانون الإرادة والتي سيتم التركيز فيها على ما يلي:

1- إذا لم يكن المتصرف حاملا لأي جنسية أثناء موته: وتنقسم هذه الحالة إلى صورتين:

أ- انعدام الجنسية لدى المتصرف نهائيا: في هذه الحالة فإنّ اختياره لأيّ قانون سيقع حتما على قانون دولة غير حامل لجنسيتها وهذا ما يجعل المتصرف عديم الجنسية أثناء موته وبالتالي يقع اختياره باطلا.

ب- فقدان المتصرف لجنسيته بعد إبرام التصرف: في هذه الحالة أيضا يقع اختياره باطلا لأنّ نص المادة 90 من ق.س السابقة الذكر اشترطت أن يكون الاختيار محصورا بقانون دولة من الدول التي يحمل المتصرف جنسيتها وبالتالي فإنّ فقده لجنسية أي دولة يؤدي إلى انقطاع علاقته بها.[1]

السؤال المطروح هو ماذا لو اتجهت إرادة المتصرف إلى اختيار قانون دولة معينة لا يحمل جنسيتها وقت إبرام التصرف ثم اكتسب جنسيتها بعد أن قام بإبرام التصرف؟

[1] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق، ص 109.

إذا تمّت الإجابة على هذا السؤال وفقا لنص المادة السابقة فإنّ هذا الاختيار يعتبر صحيحا لأنّه انحصر في قانون دولة كان المتصرف حاملا لجنسيتها أثناء موته، لأنّ العبرة هي بوقت الوفاة.

2- إذا كان المتصرف حاملا للجنسية السويسرية: هذا على اعتبار أنّ المتصرف في هذه الحالة قد أصبح وطنيا، وبالتالي من غير المنطقي إذا كان القانون الوطني من بين القوانين المتنازعة أن يقوم القاضي بتطبيق قانون آخر أجنبي واستبعاد قانونه الوطني لأنّه في هذه يصبح هناك مساس بسيادة الدولة من قبل القاضي.

زيادة على ذلك فإنّ نص المادة السابقة قد أجاز حق الاختيار بالنسبة للأجنبي فقط وهذا ما أكدّته المادة بنصها على:" يمكن للأجنبي...ويكون ذلك الاختيار باطلا إذا... اكتسب الجنسية السويسرية)."[1]

وعليه إذا اعتبرنا أنّ هناك موصي أجنبي متعدد الجنسية قام بالإيصاء بجزء من أمواله وبعدها ثار نزاع حول القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للوصية باعتبار وجود عدّة قوانين أجنبية متنازعة لحكم الوصية من الناحية الموضوعية وأردنا معرفة القانون الذي يحكم النزاع المطروح.

إذا قمنا بإعمال المادة 90 من ق.س من أجل إيجاد الحل القانون لهذه المسألة سنكون أمام حالتين:

* **انعدام الجنسية السويسرية من ضمن جنسيات الموصي:** في هذه الحالة له الحق في اختيار قانون إحدى الدول التي ينتمي إليها بجنسيته، وما على القاضي سوى الأخذ بالقانون الذي اتجهت إليه إرادة الموصي ولا يجوز له تجنب ذلك القانون وتطبيق قانون دولة أخرى حتى ولو كان الموصي حاملا لجنسيتها مادام إرادته لم تتجه إلى اختيار ذلك القانون.

[1] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق، ص 109.

* **تزاحم الجنسية السويسرية مع باقي جنسيات الموصي:** في هذه الحالة لا يمكن الأخذ بإرادة الموصي في حالة اتجاهها إلى اختيار قانون أجنبي غير القانون السويسري، ولا يجوز للقاضي الأخذ بهذا النوع من الاختيار وعدم تطبيق قانونه الوطني، باعتبار أنّ الموصي يعدّ وطنيا بالنسبة للقاضي المعروض أمامه النزاع.

السبب في ذلك هو استحالة تفضيل وتقديم قانون آخر أجنبي على القانون الوطني لما في ذلك مساس بسيادة الدولة والتقليل من قيمة قانونها الداخلي في حالة تطبيق قانون أجنبي على رعاياها.

الملاحظ من هذا الاستثناء الذي أخذ به القانون السويسري في مسألة الأخذ بقانون الإرادة أنّه شبيه بالاستثناء الوارد في المادة 2/22 ق.م.ج التي تنص على:" غير أنّ القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدّة دول أجنبية جنسية تلك الدول ".[1]

مفاد هذه المادة أنّه في حالة تزاحم عدّة جنسيات أجنبية من أجل حكم نزاع ما وكانت من بينهم الجنسية الجزائرية، فما على القاضي الوطني سوى إزاحة كل تلك الجنسيات الأجنبية وتطبيق قانون جنسيته.

ثانيا: الاستثناءات الأخرى الواردة على إعمال قانون الإرادة

بعدما تطرقنا إلى الاستثناءات التي أخذ بها القانون السويسري فيما يخص تطبيق قانون الإرادة، نتجه الآن لمعرفة الاستثناءات الأخرى الواردة على إعمال إرادة الموصي في اختيار القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للوصية.

[1] المادة 22 من الأمر رقم 07-05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر.

1- خروج اختيار الموصي عن مجال القواعد الآمرة: فقد توجه فريق من الفقهاء إلى القول بوجوب أن يكون الاختيار الذي اتجهت إليه إرادة الموصي خارج مجال القواعد الآمرة للقانون الذي يسري على الميراث، والسبب في ذلك حتى لا يتم استغلال الحق في الاختيار من أجل إلحاق الضرر بالورثة والدائنين[1]، هذا يعني أنّه حتى في حالة إجازة قانون الموصي إخضاع الوصية لقانون الإرادة فإنّ هذه الإجازة لا يعتد بها إذا تسببت بإلحاق الضرر للورثة والدائنين.

المقصود بالقواعد الآمرة هي تلك القواعد التي تلزم الأفراد بإتباعها واحترامها ولا يمكن للأفراد أن يتفقوا على ما يخالف حكمها وأيّ اتفاق بين الأفراد على مخالفتها يترتب عليه جزاء وهو اعتباره اتفاقا باطلا لا يعتد به.[2]

ما يعرف عن القواعد الآمرة أنها قواعد تضمن الأمن والسلام والاستقرار في المجتمع إضافة إلى أنّها قواعد لازمة من أجل استقامة شؤون وأحوال المجتمع بحيث تسعى إلى تلبية حاجات ومتطلبات أفراده التي لا تستمر الحياة بشكل مستقيم بدونها.[3]

ما تتميز به القواعد الآمرة أنها لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وجزاء هذه الأخيرة هو الحكم ببطلانها بطلانا مطلقا، كما أنّ القاضي يجوز له من تلقاء نفسه الحكم ببطلان التصرفات إذا كانت مخالفة لما جاء في القاعدة الآمرة، كما أنها من القواعد المرتبطة

---

[1] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق، ص 112.

[2] محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية: نظرية القانون، نظرية الحق، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر 2006، ص 19.

[3] عصام أنور سليم، المدخل للعلوم القانونية: نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011، ص 65.

بالنظام العام والآداب العامة[1]، إضافة إلى أنها قواعد تنظم من قبل المشرع دون الأخذ بعين الاعتبار اختيار وإرادة الفرد لارتباط هذا النوع من القواعد بالكيان الأساسي للمجتمع.[2]

ما يلاحظ أنّ الفقه اعتاد على تسمية هذه القواعد بالقواعد الآمرة وأحيانا بالقواعد الناهية على أساس أنّها قواعد مفروضة ولا تقد خيار للأشخاص في إتباعها أو عدم إتباعها بل هم مجبرون على العمل بها واحترام أحكامها كما هي.

مما تقدم نستخلص أنّ القاعدة الآمرة هي قاعدة تعبر عن الإرادة العليا في المجتمع في تنظيم نشاط أو موضوع أو علاقات قانونية بطريقة تتوافق مع مصلحة المجتمع ونتيجة لقوتها وأهميتها فإنّه يمنع مخالفتها ويتوجب على الأفراد والأخذ بها.[3]

كما اتجه فريق من الفقهاء من بينهم باتيفول وفايس إلى وضع استثناء آخر مكمل للاستثناء الأول، ألا وهو ضرورة إجازة القانون الوطني للموصي إعمال قانون الإرادة، مما يعني أنّ الموصي لا يمكنه أن يخضع وصيته على أساس أنها تصرف بإرادة منفردة غير ملزم له إلى قانون أجنبي ما اتجهت إليه إرادته، بل عليه احترام القواعد الآمرة المنصوص عليها في قانونه الوطني وإلاّ اعتبرت تصرفاته القانونية باطلة.

مثال عمّا سبق أنّ هناك أحد الرعايا الإيطاليين متوطن في روسيا، قام بالإيصاء بأمواله لأسرته المتمثلة في زوجته وأولاده الذكور لكن قام بحرمان ابنته من أن ترثه، وأقرّ في وصيته عن إرادته الصريحة في تطبيق أحكام القانون الروسي على وصيته باعتبار أنّ هذا القانون هو قانون الدولة التي اتخذها كموطن له.[4]

---

[1] محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص ص ، 20، 21.

[2] محمد حسين منصور، نظرية القانون: مفهوم وفلسفة وجوهر القانون، طبيعة وخصائص القاعدة القانونية، مصادر القانون وتطبيقه، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص 188.

[3] المرجع نفسه، ص 182.

[4] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق، ص 112.

ما كان على القضاء الإيطالي عندما تمّ عرض هذه الوصية عليه سوى رفض تنفيذ إرادة ورغبة الموصي التي اتجهت إلى اختيار القانون الواجب التطبيق على الوصية، وفي نهاية المطاف قرر القضاء الإيطالي إخضاع الوصية للقانون الإيطالي باعتباره قانون التوريث، وبعد إخضاعها للقانون الإيطالي تمّ إبطالها بسبب مخالفتها وعدم احترامها للقواعد القانونية الآمرة المنصوص عليها في القانون الإيطالي، وذلك بموجب حكم محكمة ميلانو الإستئنافية بتاريخ 1904/04/16 المنشور في مجلة كلونيه عام 1905.

بالرجوع إلى الولايات المتحدة الأمريكية نجد أنّها في حالة ما إذا قام أحد الزوجين بالإيصاء وتوفي فإنّها تقدم للزوج الذي لازال على قيد الحياة حماية موضوعية ضد الاختيار الذي قام به الزوج المتوفي، ومفاد تلك الحماية هو إعطاء الزوج الذي بقي على قيد الحياة الحق في الاختيار بين قبول الوصية أو التمسك بنصيبه الذي يرجع إليه بموجب القانون وعلى هذا فله مكنة الاختيار بين الاقتراحين بالنظر إلى ما هو أفضل وأنسب إليه.

لقد كانت هناك قضية في هذا الصدد، بحيث نظرت محكمة استئناف نيويورك في قضية " In Re Estat of Clark "[1] وتتلخص وقائع القضية في أنّه كان هناك موصي متوطن في ولاية فيرجينيا قام بإنشاء وصية واختار أن يكون قانون ولاية نيويورك هو القانون الواجب التطبيق عليها باعتبارها موقع وجود أمواله المنقولة الطائلة.

بالرغم من أنّ الوصية أنشئت صحيحة وفقا لما نصّ عليه قانون ولاية نيويورك، إلاّ أنّ الغبن الفاحش الذي وقعت فيه أرملة الموصي نتيجة اختياره القانون الذي يسري على وصيته هو السبب الذي أدّى إلى عدم قبول الوصية، بعدها قامت أرملة الموصي بالمطالبة بحقها الشرعي من التركة بمقتضى قانون ولاية فرجينيا، وعليه قضت محكمة استئناف نيويورك[2]

[1] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق، ص 112.

[2] المرجع نفسه، ص 113.

بقبول طلبها وعدم الأخذ بإرادة الموصي التي ألحقت ضرر بحقوق الأرملة.

2- حصر اختيار الموصي في القوانين المحددة في قاعدة الإسناد: الاستثناء الآخر الذي ورد على مسألة تطبيق قانون إرادة الموصي هو وجوب أن يكون القانون المختار من قبل الموصي مندرج ضمن القوانين التي حددتها قاعدة الإسناد في قانونه الوطني.[1] المقصود بقاعدة الإسناد هي: " تلك القاعدة القانونية التي تقوم بإرشاد وتوجيه القاضي إلى معرفة القانون الواجب التطبيق على المسائل القانونية المشتملة على العنصر الأجنبي".[2]

بناءا على هذا التعريف نستخلص أنّ قواعد الإسناد هي القواعد التي يتكفل بصياغتها ووضعها المشرع الوطني من أجل مساعدة القاضي على معرفة أيّ قانون هو الأكثر ملائمة من بين القوانين الأجنبية المتنازعة والمتزاحمة على حكم المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي، إذن قواعد الإسناد غايتها هي تقديم الحلول الأكثر ملائمة لحل النزاعات الدولية.[3]

هنالك خصائص تتميز بها قاعدة الإسناد تتلخص فيما يلي:

قاعدة وطنية: أيّ أنّ انتمائها يعود إلى دولة المحكمة التي تتولى النظر في النزاع.[4]

قاعدة غير مباشرة: أيّ أنّها لا تقدم الحل مباشرة وإنّما دورها يقتصر على إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي.[5]

---

[1] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق، ص 113.

[2] دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص: النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 60.

[3] هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2003، ص 5.

[4] إيناس محمد البهجي- يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، المركز القومي للإصدارات القانونية مصر، 2013.

[5] دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 60.

قاعدة مرشدة: أي أنّها ترشد القاضي إلى القانون الذي يسري على المسألة القانونية محل النزاع.[1]

بناءا على هذه الخاصية قام الفقه الفرنسي بتشبيه قواعد الإسناد بمكتب الاستعلامات المتواجد على مستوى محطة السكك الحديدية باعتبار أنّ مهمته تقتصر على إرشاد وتوجيه السائل إلى رصيف القطار الذي يرغب في ركوبه.

قاعدة مزدوجة: أيّ أنّها يمكن أن تعطي الاختصاص في الحكم والحسم للقانون الوطني أيّ قانون القاضي الذي ينظر في النزاع أو يمكن أن يكون الاختصاص لحساب القانون الأجنبي.[2]

قاعدة محايدة: أيّ أنّها قاعدة تقود إلى تطبيق القانون الأكثر تناسبا والأكثر ملائمة ما يعني أنّه لا يهمها الحل مهما كان، كما أنّها تسعى إلى تحقيق العدالة.

بالنسبة للدول التي حصرت وقيدت إرادة الموصي في اختيار قانون من بين القوانين المحددة والمشار إليها في قاعدة الإسناد نجد القانون السويسري الذي قام بحصر إرادة الموصي الأجنبي دون الموصي السويسري في اختيار قانون إحدى الدول التي يحمل جنسيتها وهذا بموجب المادة 90 من ق.س.

أمّا بالعودة إلى القانون الدولي الخاص الإيطالي الجديد نجده حصر اختيار الموصي بين قانون الدولة المنتمي إليها بجنسيته وقانون دولة إقامته، بالنسبة للقانون الألماني نجده يشترط على الموصي الذي يرغب في تطبيق القانون الألماني على وصيته ضرورة وجود جزء من أمواله في ألمانيا حتى يحق لهذا القانون في أن يكون هو الواجب التطبيق.

---

[1] إيناس محمد البهجي– يوسف المصري، المرجع السابق، ص 14.

[2] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 60.

أمّا إذا أدرنا وجهتنا نحو المؤتمر السابع للإتحاد الدولي للموثقين اللاتينيين نجده قد مكنّ الموصي من اختيار قانون آخر موطن له بدلا من قانون جنسيته ليكون هو القانون الواجب التطبيق على وصيته.

ما يستخلص من هذا الاستثناء أنّ الموصي مجبر على الأخذ بإحدى القوانين المشار إليها في قاعدة إسناد قانونه الوطني، واختياره لأيّ قانون خارج عن الخيارات الممنوحة في قاعدة الإسناد يجعل تصرفه باطلا لعدم أحقية القانون الذي قام باختياره لحكم وصيته.

3- السماح باختيار الموصي في قاعدة إسناد قانون القاضي: المقصود بهذا الاستثناء أنّ الموصي ليس بمجرد اختياره تطبيق إحدى القوانين المنصوص عليها في قواعد إسناد قانونه الوطني يعتبر خياره صحيحا ويأخذ به، بل يجب كذلك أن تسمح قاعدة إسناد قانون القاضي بذلك حتى يتم الأخذ بالقانون المختار.

لعلّ السبب من وراء وضع هذا الاستثناء هو عدم مساس القانون الذي توجهت إرادة الموصي إلى الأخذ به كقانون واجب التطبيق على الشروط الموضوعية للوصية بسيادة دولة القاضي من جهة، وعدم مخالفته النظام العام والآداب العامة من جهة أخرى.

قواعد الإسناد كما سبق الإشارة إليها أنّها قواعد آمرة لا يجوز مخالفتها، لهذا وجب على القاضي أن يراعي عند الحكم في نزاع ما خاص بالشروط الموضوعية للوصية أن يكون القانون الذي تمّ اختياره من قبل الموصي والذي يفترض أن يكون هو الواجب التطبيق مسموح به في قاعدة إسناد قانونه الوطني، لأنّ أيّ تناقض أو اختلاف بين ما هو منصوص عليه في قانونه الوطني وبين ما حكم به في النزاع يجعل الحكم باطلا ومخالفا لما جاء في قانون القاضي. [1]

[1] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق، ص 113.

كمثال عمّا أشرنا إليه سابقا، نتوجه إلى القانون السويسري الذي أعطى للموصي الأجنبي الحق في اختيار أيّ قانون من قوانين الدول التي ينتمي إليها بجنسيته حتى يكون هو القانون الواجب التطبيق على وصيته وهنا نكون أمام حالتين:

الحالة الأولى: إذا اختار الموصي الأجنبي إحدى القوانين المنصوص عليها في القانون السويسري بموجب المادة 90 منه وسمحت قاعدة إسناد قانون القاضي بالأخذ بذلك القانون، في هذه الحالة يُأخذ بإرادة الموصي لعدم مخالفتها لما جاء في قانون القاضي.

الحالة الثانية: إذا توجهت إرادة الموصي الأجنبي إلى اختيار قانون من إحدى القوانين المسموح بها في القانون السويسري ولم تسمح قاعدة إسناد قانون القاضي الذي رفع أمامه النزاع تطبيق ذلك القانون، في هذه الحالة يرفض القانون الذي قام الموصي باختياره.

بالنسبة إلى الدول التي لا تأخذ بالقانون الذي اتجهت إليه إرادة الموصي، نجد الدول التي تأخذ بالقانون الشخصي للموصي أيّ الدول التي تعتمد في حلّ النزاعات المشتملة على عنصر أجنبي في مجال الأحوال الشخصية، إمّا على قانون الجنسية كما هو الحال بالنسبة للقانون الجزائري فيما يخص الوصية، حيث نصّ في المادة 16 ق.م.ج على:" يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".[1]

إمّا على قانون الموطن باعتباره القانون الذي يسري على المسائل المتعلقة بالأشخاص كما هو الحال بالنسبة للقانون الانجليزي والأمريكي والقانون الكندي والأسترالي نظرا لأهمية الأخذ بقانون محل الإقامة أو الموطن.[2]

إمّا على قانون موقع المال على أساس أنّ هذا الاتجاه يعتبر الوصية من ضمن مسائل

---

[1] المادة 16 من الأمر رقم 07-05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر.

[2] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 655.

الأحوال العينية، فيخضع الوصية بالعقار إلى قانون موقع العقار والوصية بمنقول تخضع إلى قانون موطن الموصي وقت وفاته، ومن بين القوانين التي أخذت بهذا الاتجاه هنالك القانون الإنجليزي والقانون العام للولايات المتحدة الأمريكية والقانون الدولي الخاص الفرنسي لعام 1967 والقانون الكندي والقانون الأسترالي إضافة إلى القانون الهولندي والقانون البلجيكي.[1]

وعليه فإنّ القوانين السابقة الذكر والتي لا تجيز للموصي اختيار قانون يطبق على وصيته باستثناء القوانين التي تسمح بها، فإنّها تقوم بتطبيق القانون المشار إليه في قاعدة التنازع دون الأخذ بعين الاعتبار القانون الذي اتجهت إليه إرادة الموصي، إلاّ في بعض من الدول التي أخذت بتطبيق الإحالة.

حيث يتوجب على القاضي في الدول التي تأخذ بالإحالة عدم تطبيق القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للوصية مباشرة بعد التوصل إليه، وإنّما عليه أولاّ أن يضطلع على قاعدة إسناد هذا القانون، فإذا أشارت هذه القواعد إلى تطبيق قانون القاضي الناظر في النزاع فعليه تطبيق قانونه الوطني على النزاع، أمّا إذا أشارت إلى إعطاء الموصي وتمكينه من اختيار قانون ما لحكم وصيته فيتوجب على القاضي في هذه الحالة أن يطبق القانون الذي اختاره الموصي لحكم وصيته.[2]

ما تجب الإشارة إليه أنّه في حالة ما إذا قام القاضي بتطبيق قانون إرادة الموصي، فما عليه سوى تطبيق الأحكام الموضوعية لهذا القانون فقط دون الأخذ بالإحالة إذا أشار إليها قانون الإرادة وهذا تطبيقا لما جاء في القاعدة التي اتفق الفقهاء على الأخذ بها والتي تنص على أنّه:" لا إحالة إذا كان مناط الإسناد هو قانون الإرادة " وقد برر الفقهاء هذه القاعدة بأنّ قاعدة الإرادة هي من جهة قاعدة إسناد لها جانب موضوعي باعتبارها تسعى بطريقة

---

[1] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق، ص–ص 117– 119.

[2] المرجع نفسه، ص 114.

غير مباشرة إلى تطبيق الأحكام الموضوعية للقانون الذي اختارته إرادة الموصي، ومن جهة أخرى أنّ الموصي لو كانت غايته هي اختيار القانون الذي أحالت إليه قواعد الإسناد في القانون المختار من قبله الاختصاص لقام باختيار هذا القانون مباشرة بموجب قانون الإرادة لأنّ الأخذ بالإحالة في قانون الإرادة يخالف ويناقض الهدف الذي تسعى إليه قاعدة قانون الإرادة، وذلك لعدم تطبيق القانون الذي أراده الموصي.[1]

المطلب الثاني

تقدير الأخذ بقانون إرادة الموصي

نتناول بالدراسة في هذا المطلب مبررات الأخذ بقانون إرادة الموصي (فرع أوّل)، حدود الأخذ بقانون إرادة الموصي (فرع ثان)

الفرع الأول

مبررات الأخذ بقانون إرادة الموصي

بعد أن تمّت دراسة قاعدة تطبيق قانون الإرادة على الشروط الموضوعية للوصية والاستثناءات الواردة عليها والتي تحول دون تطبيق القانون الذي اتجهت إليه إرادة الموصي على وصيته، نتجه الآن إلى معرفة المبررات التي أدّت إلى السماح بالأخذ بقانون الإرادة والمزايا الناتجة عن الأخذ بهذا القانون بالنسبة للموصي وبالنسبة للوصية.

تعتبر قاعدة قانون الإرادة وسيلة من الوسائل الفعّالة والقوية في مجال القانون الدولي الخاص، باعتبارها تقضي على مشكلة جهل أحكام القانون الواجب التطبيق على التصرفات القانونية، وعليه فإنّ الأخذ بالقانون الذي وقع عليه اختيار الموصي لديه عدّة مبررات للأخذ به كما أنّه يعود بعدّة مزايا على الموصي نذكر منها:

[1] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق، ص115.

أخذ قانون الموصي بقاعدة قانون الإرادة يبرر اعتراف المشرع للموصي بحقه في اختيار القانون الواجب التطبيق على وصيته، ومنح الموصي حق اختيار القانون الذي تسري أحكامه على وصيته يمنحه فرصة اختيار قانون عالما بأحكامه التي تخضع لها الشروط

الموضوعية لوصيته، إضافة إلى أنّ إعطاء الموصي فرصة من أجل اختيار إحدى القوانين المسموح له الأخذ بها وتطبيقها على وصيته يمكنه من اختيار القانون الأفضل والمناسب لظروفه وأحواله المحاطة به.

لكن ما تجدر الإشارة إليه أنّ هذا المبرر له جانبين:

الجانب الايجابي: كونه يجعل الموصي على دراية وعلم بالقانون الذي سيطبق على الشروط الموضوعية للوصية.

الجانب السلبي: كون أنّ هذا المبرر قد يكون فيه إضرار بالورثة والدائنين، وهذا في حالة ما إذا اختار الموصي قانون يسري على وصيته بسوء نية.

مثال ذلك كأن يقوم الموصي بإنشاء وصية ويختار تطبيق قانون من بين القوانين المسموح له الاختيار من ضمنها، ويكون القانون المختار كقانون واجب التطبيق يسمح للموصي بأن يوصي بكل أمواله مما يسبب إضرار للورثة وحرمانهم من حقهم الشرعي والقانوني في الميراث، وقد يستغل حقه في الاختيار من أجل الإضرار بالدائنين، وذلك في حالة ما إذا اتجهت إرادته إلى اختيار قانون قد تكون أحكامه لا تضمن أيّ حماية لحقوق الدائنين، وهذا ما قد يجعل اختياره يضيع حقوقهم ويسبب لهم أضرارا وخيمة.

كما يمكن أن يُلحق اختيار الموصي أضرار بالورثة دون علمه، وذلك ظنا منه أنّ القانون الذي قام باختياره لحكم وصيته يضمن مصلحة للورثة ويحافظ على حقوقهم الشرعية

والقانونية التي يستحقونها من مورثهم، وبعد تطبيق ذلك القانون يتضح أنّه مناقض لتوقعات الموصي.[1]

ما يمكن أن يقال في هذه الحالة أنّه يتوجب على الموصي عند اختياره للقانون الواجب التطبيق على وصيته أن يكون عالما كل العلم بأحكامه ونصوصه حتى تكون نتيجة اختياره الإرادي إيجابية لا سلبية، ولا يكون الموصي متعسفا في استعمال حقه في اختيار قانون بمحض إرادته.

إعطاء الموصي الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على وصيته يجعله نوعا ما ملزما بالتعرف على التشريعات القانونية المسموح له الاختيار من ضمنها، وهذا ما يؤدي به إلى التعرف على العديد من التشريعات وملئ مخزونه الثقافي والعلمي من هذه الناحية حتى يتمكن من اختيار القانون الأنسب والملائم له.

قد يكون في إلزام الموصي بتطبيق قانون معين دون غيره على وصيته كما هو الشأن بالنسبة للدول التي تطبق قانون الجنسية أو الموطن أو قانون موقع المال إلحاق الضرر به أو قد يكون لا يرغب في تطبيق ذلك القانون أو الأخذ به خاصة إذا ألزم بتطبيق قانون كان قد تخلى عنه، لذلك نلاحظ أنّ قاعدة قانون الإرادة تتميز بنوع من الأريحية وعدم الإجبار من خلال منح الموصي الحق في اختيار إحدى القوانين المنصوص عليها في قاعدة إسناد قانونه الوطني.

ما يلاحظ أنّ التصرفات القانونية التي يمكن أن يكون القانون الواجب التطبيق عليها هو قانون الإرادة عادة ما تكون هي التصرفات المنتشرة والتي يميل الشخص إلى القيام بها لأنّ الإلزام في التصرفات يمكن أن يكون هو سبب امتناع الأشخاص عنها، أمّا تقديم الخيارات هو الذي يوسع من دائرة القيام بها.

[1] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق، ص 115.

أمّا بالرجوع إلى الوصية ذاتها نجد أنّ الاختيار الإرادي للقانون الواجب التطبيق على شروطها الموضوعية يقلل نوعا ما من حالات بطلانها من حيث الموضوع، نظرا لكون الموصي عالما بأحكام القانون الذي يريد تطبيقه، وهذا ما يؤدي به إلى تطبيق أحكامه بشكل صحيح على الجانب الموضوعي للوصية.

ما يمكن استخلاصه من كل ما تقدم أنّ قاعدة قانون الإرادة هي قاعدة لها مزايا متوقفة على نية الموصي، فإذا كان ينوي من ورائها الإضرار فيمكن القول أنّها قاعدة ليست في مصلحة ورثته ودائنيه الذين يمتلكون حقا أولى من حق الموصى له، أمّا إذا كان اختياره بنية حسنة غير مضرة لا بورثته ولا بدائنيه في هذه الحالة يمكن ملاحظة المزايا والمحاسن التي جاءت بها هذه القاعدة.

الفرع الثاني

حدود الأخذ بقانون إرادة الموصي

بالرغم من أنّ للموصي حق اختيار القانون الواجب التطبيق على وصيته، إلاّ أنّ هذا الاختيار مقيد عند الدول التي تمنح هذا الحق إمّا باختيار قانون الجنسية أو قانون الموطن وإذا دققنا نوعا ما في الخيارات الممنوحة للموصي نجد أنّ الأمر في نهاية المطاف يدعو إلى تطبيق القانون الشخصي له، والمتمثل إمّا في قانون جنسيته أو قانون موطنه، كما يتوجب قبل إعمال القانون الذي اختاره الموصي أن يجيز قانونه الوطني ذلك الاختيار.

أمّا بالرجوع إلى فقهاء القانون الدولي الخاص فنجدهم يؤيدون إمّا الأخذ بتطبيق القانون الشخصي للموصي أو الأخذ بتطبيق قانون موقع الأموال الموصى بها، وهذا هو الرأي الغالب بينهم، مع وجود قلة من الفقهاء الذين ينادون بتطبيق قانون الإرادة على الوصية. [1]

[1] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق، ص 115.

ينادي أغلب فقهاء العرب بتطبيق القانون الشخصي للموصي والمتمثل في قانون الجنسية بدلا عن تطبيق قانون إرادته، وقد برروا موقفهم هذا باعتبار أنّ الوصية والميراث وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت لا تدخل في مجال قواعد الإسناد المتعلقة بالتصرفات القانونية شكلا وموضوعا.

بناءًا على هذا يتوجب على القاضي في حالة ما إذا عرض عليه نزاع يخصّ تصرف قانوني ما أن يقوم أولا بتحديد نوع هذا التصرف، فإذا وجده تصرفا عاديا كان عليه إخضاعه لقاعدة الإسناد المتعلقة بالتصرفات القانونية، أمّا إذا كان ذلك النزاع متعلق بتصرف يدخل ضمن الوصايا ما كان عليه سوى إخضاعه لقاعدة الإسناد المتعلقة بالوصية، ومن هنا يتضح لنا أنّ الفقه فرق بين التصرفات القانونية العادية والتصرفات القانونية الإيصائية. [1]

بالرغم من أنّ قواعد الإسناد هي تلك القواعد القانونية التي تمنح الحق للموصي في اختيار القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لوصيته، إلاّ أنّ هناك بعض الحالات التي يستبعد فيها تطبيق قانون الإرادة والسبب في ذلك راجع إلى الصعوبات التي قد يطرحها نظام الإسناد، لهذا نستخلص أنّ قواعد الإسناد هي وحدها التي تمنح للموصي الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على وصيته وهي كذلك التي تحرمه من هذا الحق.

قد يكون للإرادة المنفردة دور هام وكبير في مجال القانون الدولي الخاص إلاّ أنّ هذه الإرادة قد تتخطى الحدود التي وضعها لها القانون فتتجاوزها، وذلك بسبب وجود حدود رئيسية تحدّ من حرية هذه الإرادة ولعلّ أهمها هو القيد المتعلق بالدفع بالغش نحو القانون أو ما يعرف بالتحايل نحو القانون وذلك باستعمال طرق احتيالية.

كأن يقوم الموصي عمدا بتغيير ظروف الإسناد في قاعدة التنازع من أجل التهرب من القانون الواجب التطبيق في الأصل، وجعل الشروط الموضوعية للوصية تخضع لقانون آخر

[1] علي عبد الرحمان علي قطيط، المرجع السابق، ص116.

يحقق ما يسعى إليه، وهناك عدّة طرق يقوم بها من أجل ذلك من بينها تغيير جنسيته أو موطنه أو تغيير موقع المال المنقول من أجل تغيير القانون الواجب التطبيق وإن صحّ القول من أجل التهرب من القواعد الآمرة المنصوص عليها في القانون الذي كان من المفروض أن يحكم الوصية.

خاصة وأنّه قيل سابقا أنّ مجال الأحوال الشخصية هو مجال يسهل فيه استعمال الغش نحو القانون مقارنة بالمجالات القانونية الأخرى، وعليه في مثل هذا النوع من الحالات ما يتوجب القيام به هو استبعاد تطبيق القانون الذي نتج عن الغش الذي قام به صاحب الشأن والأخذ بالقانون الذي كان من المفروض هو الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد.[1]

هذا ما أخذ به المشرع الجزائري بحيث استبعد تطبيق القانون الذي نتج عن تحايل وغش نحو القانون وذلك في نص المادة 1/24 ق.م.ج التي نصّت على:" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".[2]

لكن ما تجدر الإشارة إليه أنه ليس كل تغيير إرادي يتم من طرف الموصي يخص ظروف الإسناد نقول عنه أنّه غش نحو القانون، بل يتوجب توفر مجموعة من الشروط حتى يطلق على ذلك التغيير إسم الغش أو التحايل، وهذه الشروط تتمثل في:

الشرط الأول: يجب أن يكون التغيير المتعلق بظروف الإسناد إرادي أيّ يجب توفر الإرادة.

---

[1] هند مهند عبد، "**التغيير الإرادي لظروف الإسناد واختيار القانون الواجب التطبيق**"، مجلة رسالة الحقوق، العدد 3، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2011، ص 209.

[2] المادة 24 من الأمر رقم 07-05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر.

الشرط الثاني: يجب أن يتوفر القصد في الابتعاد والتهرب من تطبيق القانون الذي كان من المفروض هو الواجب التطبيق.[1]

بناءًا على ما سبق نستخلص أنّ حرية الموصي وحقه في اختيار القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للوصية أساسها هو الإرادة، وعليه فالإرادة هي التي تحدد حدود وقيود تلك الحرية ضمن القوانين الآمرة والنظام العام والآداب العامة فهي التي تقوم بإعطاء الحل مباشرة، كما أنّ القانون الذي يتم اختياره بناءا على إرادة الموصي لا يكون له أيّ قوة إلزامية إلاّ في الحدود التي تعينها له تلك الإرادة.

الفرع الثالث

موقف المشرع الجزائري من قانون الإرادة

بالرجوع إلى أحكام القانون الجزائري يلاحظ أنّ المشرع الجزائري كغيره من المشرعين العرب تناسى طابع التصرف القانوني الإرادي للوصية وهو بصدد صياغة قاعدة الإسناد المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للوصية، حيث أنّه لم يمنح لإرادة الموصي أيّ حق في اختيار القانون الذي يسري على وصيته.

لقد اتبع المشرع الجزائري الرأي الراجح المعمول به في التشريعات القانونية المقارنة والقائل بوجوب تطبيق القانون الشخصي للموصي والمتمثل في قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، متجاهلا بذلك قانون الإرادة تماما في هذا التصرف القانوني.

لكن هذا لا يعني أنّ المشرع الجزائري لم يعط أيّ مجال لتطبيق مبدأ سلطان الإرادة بالكامل في القانون الجزائري عامة، بل أخذ بهذا المبدأ كمصدر للالتزام في القانون المدني

[1] هند مهند عبد، المرجع السابق، ص 210.

في حالات محددة ليس باعتبارها مصدرا عاما للالتزام، وإنّما بكونها مصدرا استثنائيا في الأحوال التي ينص عليها القانون.[1]

ما يلاحظ على الإرادة المنفردة في القانون الجزائري أنّها لا تستطيع أن تنشئ التزاما إلاّ بوجود نص قانوني خاص يسمح بذلك، أيّ أنّها لا يمكن أن تلزم صاحبها إلاّ في حالات خاصة واستثنائية، وعليه لا يمكن للمتصرف أن يُخضع تصرفه القانوني لقانون الإرادة إلاّ إذا سمح له المشرع بذلك بموجب نص قانوني خاص.[2]

ما تجب الإشارة إليه أنهّ هناك شروط لا بدّ من توافرها في التصرفات القانونية الناشئة عن الإرادة المنفردة حتى تعتبر صحيحة، من بين هذه الشروط أن ينشأ هذا التصرف عن إرادة جدية وتامة ترمي إلى إنشاء الالتزام، وأن يكون لهذا الالتزام سببا من وراء إنشائه إضافة إلى كون هذا الدافع مشروع وقانوني ووجود محلا للعقد المراد إبرامه.[3]

بالرجوع إلى نص المادة 18 ق.م.ج نجدها تنص على:"يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنّه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".[4]

يتضح من خلال هذه المادة أنّ المشرع الجزائري قد قام بصياغة قاعدة الإسناد المتعلقة بالعقود الدولية بناءًا على ثلاثة ضوابط، حيث يتمثل الضابط الأول في قانون إرادة المتعاقدين، وهذا دليل على عدم إهمال المشرع الجزائري لقانون الإرادة بشكل مطلق

[1] العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 331.

[2] خليل قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1991، ص 187.

[3] أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، الجامعة الأردنية، الأردن، 1987، ص 291.

[4] المادة 18 من الأمر 07-05 المعدل والمتمم للقانون المدني، السالف الذكر.

والضوابط الأخرى هي عبارة عن ضوابط احتياطية والمتمثلة في قانون الموطن المشترك والجنسية المشتركة وقانون محل إبرام العقد، أما بالنسبة للعقار فيحكمه قانون موقعه.

كما يلاحظ من خلال هذه المادة أنّ المشرع الجزائري اعترف لأطراف العلاقة بحقهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، لكن حقهم هذا لم يكن مطلقا وإنّما قيد بضرورة أن يكون القانون المختار لكي يكون هو الواجب التطبيق له علاقة بأطراف العقد أو العقد المبرم ذاته.

في حالة عدم التزام أطراف العقد بهذا القيد وقاموا باختيار قانون لا تربطه أيّ صلة بهم أو بالعقد، فيتوجب على القاضي هنا استبعاد القانون المختار باعتبار أنّ المشرع منح للقاضي قدر واسع من السلطات في قبول أو رفض القانون الذي تمّ اختياره من قبل أطراف العقد، وذلك عن طريق البحث في مسألة تركيز العقد الذي قام الأطراف بإبرامه.

بعد أن يقوم القاضي بهذه الخطوة يكون أمام حالتين:

الحالة الأولى: إذا توصلّ القاضي من خلال بحثه أنّ الأطراف قاموا بتركيز عقدهم وفقا لقانون مختار له علاقة بهم أو بالعقد في هذه الحالة يأخذ بالقانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين.

الحالة الثانية: إذا توصلّ القاضي من خلال بحثه أنّ الأطراف قاموا بتركيز عقدهم وفقا لقانون ليس له أي صلة بالمتعاقدين أو بالعقد ذاته فيتوجب عليه رفض ذلك القانون وعدم الأخذ به.

وعليه فإنّ إرادة المتعاقدين لا يأخذ بها إلاّ في حالة تأكد القاضي من أنّ القانون الذي تمّ اختياره هو نفسه القانون الذي تمّ تركيزه، فإن هم قاموا بتركيز العقد يمكننا القول بأنّ المتعاقدين ساعدوا القاضي في معرفة القانون الواجب التطبيق على عقدهم.[1]

السبب من وراء عدم إجازة المشرع الجزائري الأخذ بقانون الإرادة وتطبيقه على الشروط الموضوعية للوصية هو أخذه بقانون جنسية الموصي، إضافة إلى إمكانية تعسف الموصي في استعمال حقه هذا، لذلك لم يترك له المجال في اختيار القانون الواجب التطبيق على وصيته خاصة إذا كان السبب وراء القانون المختار هو إلحاق الضرر بالورثة والدائنين.

[1] عبد الكريم بوخالفة، نطاق تطبيق قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص علاقات خاصة دولية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015، ص 42.

الخـــاتـــمـــــــة

من خلال الدراسة التحليلية والنقدية لموضوع "تنازع القوانين في موضوع الوصية" يظهر جليًّا أنّها من أهم وأبرز مواضيع القانون الدولي الخاص، بحيث أعطى لها مكانة في مختلف أحكامه لكونه القانون المختص في إيجاد الحلول القانونية للإشكالات التي تطرحها الوصية المشتملة على عنصر أجنبي.

من أكثر المسائل صعوبة وتعقيدًا هي المسائل المتعلقة بتنازع القوانين في حكم الوصية المشتملة على عنصر أجنبي، وللوصول إلى حلّ هذه المسألة القانونية يتعين الاختيار والمفاضلة بين مختلف القوانين المتزاحمة لحكمها واختيار القانون الأنسب ثم إسقاط الأحكام التي جاء بها على النزاع المطروح، ومن ثمّ نستخلص أنّ حلّ المسائل القانونية المتعلقة بنزاع حول الوصية يمرّ عبر خطوتين، الخطوة الأولى هي تحديد القانون الذي يحكم النزاع المتعلق بالوصية، والخطوة الثانية هي التطبيق الفعلي لهذا القانون.

عند قيام القاضي بالبحث عن القانون الواجب التطبيق على النزاع المتعلق بالوصية المشتملة على عنصر أجنبي عليه أولاً اجتياز مرحلة التكييف وفقا لقانونه الوطني إعمالا بنص المادة 9 ق.م.ج التي نصّت على:"يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه"، وذلك من أجل تصنيف المسألة القانونية محلّ النزاع وفقا لقانونه الوطني، حيث يختلف القانون الواجب التطبيق باختلاف تصنيفه وهذا ما يؤدي بالضرورة إلى اختلاف الحلول المأخوذ بها في تنازع القوانين.

بناءًا على ما سبق يلاحظ أنّ المشرع الجزائري حذا حذو بقية المشرعين العرب بحيث أدخل الوصية ضمن مجال الأحوال الشخصية وأخضعها لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة وذلك بمقتضى نص المادة 16 ق.م.ج التي نصّت على:"يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه

التصرف وقت موته"، لهذا يتوجب معرفة ما مدى اعتبار هذا القانون هو الحلّ الأنسب لتنازع القوانين في موضوع الوصية.

ما يلاحظ أنّ هناك حالات تستدعي تدخل قوانين أخرى لحكم بعض المسائل المتعلقة بالوصية مثل قانون موقع المال، قانون القاضي...إلخ، واعتبار الوصية من التصرفات القانونية التي تسري عليها أحكام خاصة بطبيعتها يستدعي ضرورة إبعاد قانون جنسية الموصي وقت الوفاة وفتح المجال لقانون جنسيته وقت الإيصاء وقانون محل تحرير الوصية.

ما يلاحظ من هذه الدراسة أنّ هذا القانون يثير عدّة إشكالات من بينها أن يقع تطبيقه مخالفا للنظام العام والآداب العامة وذلك في حالة مساسه بمبادئ دولة القاضي، على اعتبار أنّ المسائل المتعلقة بالوصية هي من أهّم المسائل التي يُمنع المساس بها لكونها مستمدة من الشريعة الإسلامية وهذا تطبيقا لنص المادة 1/24 ق.م.ج التي نصّت على:"لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر".

كما قد يُمنح الاختصاص لقانون جنسية الموصي نتيجة غش هذا الأخير على قاعدة الإسناد الخاصة بالوصية بتغيير ضابط الإسناد لمنع تطبيق القانون المختص، كما أنّ القاضي عند تطبيقه لقانون جنسية الموصي الأجنبي ستعترض طريقه صعوبة إعماله والقيام بإثباته وتحديد وتفسير ما جاء به من أحكام.

وبناءًا على ما تمّ ذكره يستخلص أنّ قانون جنسية الموصي ليس دائما الحلّ الأنسب لحل تنازع القوانين في موضوع الوصية، فهو لا يأتي في كلّ مرة بالنتائج المرجوة ليسهل على القاضي الأخذ بالقانون الواجب التطبيق على الوصية والوصول إلى الحل المناسب كما أننا توصلنا إلى استنباط العديد من النتائج أهمها:

حفاظ المشرع الجزائري على وحدة القانون الساري على النزاعات المتعلقة بالوصية ذات العنصر الأجنبي وذلك من خلال المادة 16 ق.م.ج التي أخضعتها لقانون جنسية الموصي كما توصلنا إلى عدم معالجة المشرع الجزائري لكافة الإشكالات المتعلقة بالوصية في القانون الدولي الخاص، إضافة إلى أنّ أخذ المشرع الجزائري بقانون جنسية الموصي بشكل عام أدّى إلى عدم ضبط حدود هذا القانون فيما يتعلق بالوصية، زيادة إلى كون قانون جنسية الموصي ليس دائما هو القانون الذي يرغب هذا الأخير في تطبيقه على وصيته.

من خلال كلّ ما تقدم دراسته وبعد محاولة إلمامنا بكل جوانب الموضوع ، توصلنا إلى مجموعة من الاقتراحات والتي يمكن تلخيصها في وجوب الأخذ بالقانون الوطني للقاضي في الوصية المشتملة على عنصر أجنبي لارتباطها بالشريعة الإسلامية ومنع المساس بالنظام العام، كما ينبغي على القاضي عند إعمال الدفع بالنظام العام أن يتوخى الحيطة والحذر من أجل المحافظة على حقوق الأجنبي المسلم.

قائمة المراجع

I باللغة العربية

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: الكتب

1- أحمد محمد المومني، أحكام التركات والمواريث، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2009.

2- أحمد محمود الشافعي، أحكام المواريث والوصايا والوقف في الشريعة الإسلامية مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 2009.

3- إيناس محمد البهجي- يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2013.

4- أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، الجامعة الأردنية الأردن، 1987.

5- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مطبعة الفسيلة الجزائر، 2010.

6- ــــــــــ، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

7- السيد عبد المنعم حافظ السيد، أحكام تنظيم الجنسية، مكتبة الوفاء القانونية مصر 2012.

8- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري: الميراث والوصية، ج2 ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

9- ــــــــــ، النظرية العامة للإلتزام، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2011.

10- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

11- بيار ماير- فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة علي محمود مقلد مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.

12- بلقاسم أعراب ، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية، ج2، ط5، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

13-ـــــــــــ، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين، ج1، ط12، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

14- جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، 2015.

15- جمال نجيمي، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2017.

16- هاني الطعيمات، فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية، دار الشروق للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.

17- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2003.

18- ـــــــــــ، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007.

19- هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي،: نشأته، مباحثه، مصادره طبيعته، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.

20- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات: الهبة، الوقف، الوصية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

21- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين(المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني)، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 1997.

22- ــــــــــــــ، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين(المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني)، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2005.

23- حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص: المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.

24- ــــــــــــــ، النظرية العامة في القانون القضائي الدولي: الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2005.

25- ــــــــــــــ، المدخل إلى الجنسية ومراكز الأجانب، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

26- يوسف دلاندة، قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم: 02/05، ط3، الجزائر، 2009.

27- كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين، ج1 ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

28- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية: نظرية القانون، نظرية الحق دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

29- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

30- محمد حبار، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

31- محمد حسين منصور، نظرية القانون: مفهوم وفلسفة وجوهر القانون، طبيعة وخصائص القاعدة القانونية، مصادر القانون وتطبيقه، دار الجامعة الجديدة مصر، 2010.

32- محمد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر 2007

33- محند إسعاد، القانون الدولي الخاص: قواعد التنازع، ترجمة فائز أنجق ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

34- نادية فضيل، الغش نحو القانون،ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2006.

35- ــــــــــــ، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

36-نسيمة شيخ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري: الهبة الوصية، الوقف، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

37- سعيد بوعلي- نسرين شريقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس الجزائر، 2013.

38- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، معاهدات التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.

39- عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2010.

40- عبد الرزاق دربال، الوافي في شرح القانون الدولي الخاص: النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر 2010.

41- عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، 2012.

42-ــــــــــــــــــــــــــ، التقليد والتجديد في أحكام الجنسية منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012.

43-عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.

44- ــــــــــــــــــــ، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ط3، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2011.

45- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2004.

46- علي عبد الرحمان علي قطيط، تنازع القوانين في الوصية: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2011.

47- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

48- عمر بلمامي ، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر: نظرية التكييف دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

49- عصام أنور سليم، المدخل للعلوم القانونية: نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011.

50- صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص: الجنسية وتنازع القوانين دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.

51- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ط2، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.

52- خليل قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1991.

53- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، ط5، دار وائل للنشر والتوزيع الأردن، 2010.

54- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، ط5، دار وائل للنشر والتوزيع الأردن، 2010.

ثالثا: الرسائل والمذكرات

1- رسائل الدكتوراه:

أ- آمنة رحاوي، دور الضابط الشخصي في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2013.

ب- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق 2011.

ج- خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات: دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2013.

2- مذكرات الماجستر:

أ- محمد علي محمود يحي، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص فقه وتشريع، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين ، كلية الدراسات العليا، 2010.

ب- نورية شبورو، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون دولي خاص جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق 2011.

ج- فاطيمة موشعال، دور الجنسية في حلّ مشاكل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون دولي خاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2012.

3- مذكرات الماستر:

أ- أحلام غوالة – حنان لعرابة، تنازع القوانين حول موضوع الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2017.

ب- السعيد رزان، إلزامية قواعد الإسناد في القانون الجزائري، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون دولي خاص، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2016.

ج- إسلام زيد المال، القانون الواجب التطبيق على الميراث والتصرفات القانونية النافذة بعد الموت، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون دولي خاص، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، 2018.

د- سارة زرزي، القانون الواجب التطبيق على الحالة والأهلية، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون دولي خاص، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2016.

هـ- عبد الكريم بوخالفة، نطاق تطبيق قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص علاقات خاصة دولية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015.

و- فطيمة مساهلي-نوال مولوجي، حماية التركة بين قانون الأسرة وقانون العقوبات، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص 2017.

ي- رحماني ذهبي، القانون الواجب التطبيق على التصرفات المادية بعد الموت: الوصية والميراث في القانون الدولي الخاص، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر تخصص قانون دولي خاص، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2016.

رابعا: المقالات والمداخلات العلمية

1- **المقالات العلمية المنشورة:**

أ- هند مهند عبد، "**التغيير الإرادي لظروف الإسناد واختيار القانون الواجب التطبيق**"، مجلة رسالة الحقوق ، عدد3، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2011 ص-ص 204-214.

ب- نورية شبورو، "**تنازع القوانين في مسائل الميراث، الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت**"، مجلة صوت القانون، عدد2، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2018، ص-ص 191-223.

2- **المداخلات العلمية في الملتقيات:**

أ- دليلة تريكي، "القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في القانون الجزائري"، الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم

الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 23 و24 أفريل 2014 ص-ص 256-271.

ب- كمال آيت منصور، "وضعية الأحوال الشخصية في قواعد الإسناد الجزائرية" الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 23 و24 أفريل 2014، ص-ص 7-19.

ج- نوارة حسين، "الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية كضابط إسناد في الأحوال الشخصية"، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 23 و24 أفريل 2014، ص-ص 34-63.

د- سمية كمال، "تطبيق قانون القاضي على علاقات الأحوال الشخصية المشتملة على عنصر أجنبي"، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 23 و24 أفريل 2014، ص-ص 307-317.

هـ- سفيان موري، "إشكالية الاختلاف حول ضابط الإسناد في الأحوال الشخصية وإمكانية تحقيق التوفيق"، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 23 و24 أفريل 2014، ص-ص 20-33.

خامسا: النصوص القانونية

1- الاتفاقيات الدولية:

أ- إتفاقية لاهاي المنعقدة في 5 أكتوبر 1961، المتعلقة بتنازع القوانين في مادة أشكال الأحكام الإيصائية.

2- النصوص التشريعية:

أ- الأمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فيفري سنة 1970، المتضمن قانون الحالة المدنية، ج ر عدد 21 صادر في 27 فيفري سنة 1970، معدل ومتمم بالقانون رقم 14-08 مؤرخ في 09 أوت سنة 2014، ج ر عدد 49 صادر في 20 أوت سنة 2014.

ب- الأمر 70-86 مؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970، المتضمن قانون الجنسية، ج ر عدد 15 صادر في 18 ديسمبر سنة 1970، معدل ومتمم بالأمر 05-01 مؤرخ في 27 فيفري سنة 2005، ج ر عدد 43 صادر في 22 جوان 2005.

ج- الأمر 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بالأمر 07-05 مؤرخ في 13 ماي سنة 2007، ج ر عدد 31 صادر في 13 ماي سنة 2007.

د- الأمر رقم 75-74 مؤرخ في 12 نوفمبر سنة 1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر عدد 92 صادر سنة 1975.

هـ- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جوان سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 24 صادر في 12 جويلية سنة 1984، معدل ومتمم بالأمر

05-02 مؤرخ في 27 فيفري سنة 2005، ج ر عدد 15 صادر في 27 فيفري سنة 2005.

و- قانون رقم 90-25 مؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990، المتضمن التوجيه العقاري، ج ر عدد 49 صادر سنة 1990.

II باللغة الاجنبية

A/ Ouvrages :

1. **Daniel Gutmann**, Droit International Privé, 6emeEd, DALLOZ, Paris, 2009.
2. **Françoise Monéger** , Droit International Privé, 5emeEd, LexisNexis Litec Paris, 2009.
3. **Jean Derruppé –Jean Pierre Laborde**, Droit International Privé , 17emeEd DALLOZ Paris, 2011.
4. **Jean Derruppé**, Droit International Privé, 13emeEd, DALLOZ, Paris, 1999.
5. **Patrick Courbe**, Droit International Privé, Ed HACHETTE SUPERIEUR Paris, 2007.

B/ Articles périodiques :

- **CORNELOUP Sabine**, « L'application de la loi étrangère », RIDC, nº 2 paris, 2004, pp 365-375.

C/ Conventions internationales :

- Convention du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires, *Entrée en vigueur: 05-01-1964, publiée in : https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=40*

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
قائمة المختصرات	1
مقدمة	4
الفصل الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية	10
المبحث الأوّل: خضوع شكل الوصية لقانون محل الابرام	12
المطلب الأوّل: أصل قاعدة قانون المحل يحكم شكل الوصية	13
الفرع الأوّل: نشأة قاعدة قانون المحل يحكم شكل الوصية	13
الفرع الثاني: أساس قاعدة قانون المحل يحكم شكل الوصية	15
المطلب الثاني: طبيعة قاعدة قانون المحل يحكم الشكل	19
الفرع الأوّل: الطبيعة الإلزامية لقاعدة قانون المحل يحكم الشكل	19
الفرع الثاني: الطبيعة الاختيارية لقاعدة قانون المحل يحكم الشكل	22
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من قاعدة قانون المحل يحكم شكل الوصية	27
المطلب الثالث: تطبيق قانون المحل على شكل الوصية	28
الفرع الأول:الصعوبات التي تعترض تطبيق قانون المحل على شكل الوصية	28
أولا: وقوع محل الوصية في مكان تعتريه الاستحالة الطبيعية	28
ثانيا: توزع عناصر محل الوصية في أكثر من دولة وفقا للقانون الجزائري	29

الفرع الثاني: حدود تطبيق قانون المحل على شكل الوصية	31
أولا: الغش نحو القانون	32
ثانيا: الدفع بالنظام العام	34
ثالثا: الإحالة	36
المبحث الثاني: خضوع شكل الوصية لقانون الموصي وقت الإيصاء	37
المطلب الأول: معايير تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية	37
الفرع الأول: المعيار الشخصي المعتمد في تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية	38
الفرع الثاني: المعيار الزمني المعتمد في تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية	43
المطلب الثاني: الشروط الشكلية لصحة الوصية في القانون الجزائري	46
الفرع الأول: صحة الأهلية	46
أولا: خضوع الأهلية لقانون الجنسية	47
ثانيا: الاستثناءات الواردة على خضوع الأهلية لقانون الجنسية	50
الفرع الثاني: صحة مقدار الوصية	54
أولا: عدم جواز زيادة مقدار الوصية ثلث التركة	55
ثانيا: وجوب إجازة الورثة في حالة زيادة مقدار الوصية عن ثلث التركة	57
المطلب الثالث: أشكال الوصايا	60

الفرع الأول: الوصية الرسمية	60
أولا: تعريف الوصية الرسمية	60
ثانيا: شروط الوصية الرسمية	61
الفرع الثاني: الوصية العرفية	62
أولا: تعريف الوصية العرفية	62
ثانيا: شروط الوصية العرفية	62
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من شكل الوصية	63
الفصل الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع لوصية	66
المبحث الأول: خضوع موضوع الوصية للقانون الشخصي للموصي	68
المطلب الأول: مجال إعمال القانون الشخصي للموصي	69
الفرع الأول: خضوع لموضوع الوصية لقانون الموصي وقت الايصاء	69
الفرع الثاني: خضوع موضوع الوصية لقانون الموصي وقت الوفاة	72
أولا: مقدار الوصية	73
ثانيا: الأشخاص المستفيدون من الوصية	74
ثالثا: الأشخاص الذين لا يجوز الإيصاء لهم	75
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري	76
المطلب الثاني: تقدير الأخذ بالقانون الشخصي للموصي	78

الفرع الأول: محاسن الأخذ بالقانون الشخصي للموصي	78
الفرع الثاني: الانتقادات الموجهة إلى الأخذ بالقانون الشخصي للموصي	82
المطلب الثالث: صعوبات تحديد القانون المختص بحكم موضوع الوصية	87
الفرع الأوّل: إشكالية تعدد الجنسيات	87
أولا: حالة تعدد الجنسيات ولم تكن من بينها جنسية دولة القاضي	89
ثانيا: حالة تعدد الجنسيات بما فيها جنسية دولة القاضي	91
الفرع الثاني: إشكالية انعدام الجنسية	94
الفرع الثالث: إشكالية تعدد الشرائع تعدد إقليمي أو طائفي (التفويض)	96
الفرع الرابع: إشكالية الإحالة في موضوع الوصية	98
المبحث الثاني: خضوع موضوع الوصية لقانون إرادة الموصي	99
المطلب الأوّل: مجال إعمال قانون إرادة الموصي	100
الفرع الأوّل: نطاق إعمال قانون إرادة الموصي	100
الفرع الثاني: استثناءات إعمال قانون إرادة الموصي	104
أولا: استثناءات إعمال قانون الإرادة في القانون السويسري	104
ثانيا: الاستثناءات الأخرى الواردة على إعمال قانون الإرادة	106
المطلب الثاني: تقدير الأخذ بقانون إرادة الموصي	115
الفرع الأول: مبررات الأخذ بقانون إرادة الموصي	115

الفرع الثاني: حدود الأخذ بقانون إرادة الموصي	118
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من قانون الإرادة	121
الخاتمة	125
قائمة المراجع	129
فهرس الموضوعات	141

الملخص:

يثير موضوع تنازع القوانين في مادة الوصية العديد من الإشكالات القانونية من حيث شكلها أو موضوعها، ممّا يؤدي إلى تزاحم عدّة قوانين لحكمها عند ارتباطها بعنصر أجنبي وعليه إذا ثار نزاع حولها فلا يمكن إصدار حكم بشأنها إلاّ بالعودة إلى قواعد الإسناد الخاصة بها والتي يهتدي بها القاضي للوصول إلى القانون الواجب التطبيق على أساس وجود اختلاف بين الدول في تحديد ضابط الإسناد، وما أخذ به المشرع الجزائري هو معيار الجنسية وفقا لما تقرره المادة 16 تقنين مدني، كما حاول إعطاء الحلول للصعوبات التي تحول دون تطبيق قانون الجنسية، ونصّ على استبعاد الأخذ بالقانون الأجنبي المخالف للنظام العام، أو منح له الاختصاص نتيجة تحايل من الموصي.

Résumé

Un "testament" est un document écrit par lequel une personne dispose de la manière dont ses biens seront distribués après son décès, ce dernier et considérer l'un des sujets les plus compliqués en matière de conflits de lois, a cet égard des déférentes législations on soumit le testament à la compétence de la loi de nationalité de la personne décédée sur la même position le législateur algérien a bien déterminé sa position dans l'article 16 du Code civil, prenant en compte l'application de la loi étrangère si elle est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, ou bien suite à une fraude a la loi algérienne.