المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد

المجلد: 05 العدد: 02 السنة: 2020 الصفحة: 170-180

مكانة النظام العام في القانون الواجب التطبيق على منازعات الميراث

The place of public order in the law applicable to inheritance disputes

عبد الحكيم بوجاني *

قسم الحقوق بمعهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير

المركز الجامعي بوشعيب بلحاج، عين تموشنت – الجزائر –

abdelhakim.boudjani@cuniv-aintemouchent.dz

تاريخ الإستلام: 29/ 09/ 2020 تاريخ القبول: 10/ 12/ 2020 تاريخ النشر: 27/ 12/ 2020

الملخص:

تثار العديد من المنازعات والإشكالات العملية في مسائل الميراث في القانون الداخلي الذي هو قانون الأسرة في كتابه الثالث المتضمن لأحكام الميراث، ناهيك عن منازعات القانون الدولي. وقد انتقينا الميراث أنموذجا للدراسة والبحث بالنظر لما فيه من التباين في الأحكام والآثار بين القانون الوطني والقوانين الأجنبية، باعتبار أنّ مرجعيته في قانون الأسرة وفي سائر قوانين الأحوال الشخصية العربية هي مرجعية فقهية إسلامية بحتة. في حين ترتكز مرجعيته لدى الدول الأجنبية على اعتبارات اجتماعية وسياسية مغايرة تماما، وهذا ما يترتب عليه حتما اختلاف النظام العام في هذه العلاقات، الذي قد يفضي أحيانا إلى تطبيق قانون القاضي واستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يختلف عن القانون الشخصي للأطراف من ناحية المصدر والأحكام.

الكلمات المفتاحية: منازعات الميراث، النظام العام، قانون الأسرة، القانون المدني.

Abstract:

Many disputes and practical problems arise in matters of inheritance in the domestic law, which is the family law in his third book that includes the provisions of inheritance, not to mention the disputes of international law. We have selected inheritance as a model for study and research Considering the discrepancy therein in provisions and effects between national law and foreign laws, given that its reference in family law and in all Arab personal status laws is an Islamic jurisprudential reference. While his reference to foreign countries is based on completely different social and political considerations, and this inevitably results in the difference in public order in these relations, which may

* المؤلف المرسل.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

sometimes lead to the application of the judge's law And excluding the application of foreign law that differs from the personal law of the parties in terms of source and provisions.

Key words: *Inheritance disputes, public order, family law, civil law.*

المقدمة:

تعد المسائل المتعلقة بالميراث والتصرفات القانونية النافذة بعد الموت من أبرز المسائل التي يثار بشأنها تنازع القوانين، وذلك بالنظر لما أفرزه التطور الكبير في مجال وسائل الاتصال، من صلات وتعاون بين رعايا الدول المختلفة، مما أدى إلى تنوع عناصر تلك العلاقات في أكثر من دولة والفصل فيها بأكثر من اختصاص تشريعي. كل هذه العوامل ساهمت بشكل أو بآخر في تدخل العنصر الأجنبي في هذه العلاقات.

والجدير بالملاحظة أنّ القانون الجزائري نظم المسائل المتعلقة بالميراث على أسس دينية وقد أدى ذلك إلى اختلاف أحكامها من دولة إلى أخرى وصعوبة توحيد قواعدها بالنظر لحساسية هذا الموضوع كونه يرتبط بمبادئ ومعتقدات وحضارة كل مجتمع.

وعلى هذا الأساس فإنّ أحكام المواريث المستمدة من الشريعة الإسلامية في الجزائر ومختلف التشريعات العربية، ستؤدي بالضرورة إلى استبعاد أحكام القانون الأجنبي الذي يتعارض مع الأحكام والمبادئ الأساسية والجوهرية في الدولة.

وعليه نطرح الإشكال الآتي: ما هي الآليات التي ينتهجها المشرع الجزائري في تنظيم مسألة تنازع القوانين؟ وهل لهذا التباين في النظام العام أثر في الأحكام القضائية؟

للإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا على المنهج التحليلي والنقدي، وقمنا بتقسيم هذا البحث إلى مبحثين، في المبحث الأول سنتطرق إلى القانون الواجب التطبيق على الميراث، أما في المبحث الثاني فسنبرز تطبيق قانون جنسية المتوفي في الميراث بين النطاق ومكانة النظام العام.

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على الميراث.

تتميز المسائل المتعلقة بالإرث التي تشمل عنصرا أجنبيا بأنها تتجاوز إقليم الوطن لترتبط بدول أخرى، ويتخطى الأمر بالتالي النظام القانوني الوطني ويثار التنازع في عدة أنظمة قانونية، فيستدعي الأمر ضرورة حل هذا التنازع، وأول ما يذهب إليه القاضي في هذه الحالة إدراج العلاقة محل التنازع في إحدى الفئات القانونية[1].

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، في المطلب الأول سنتطرق إلى الأصل التاريخي لميراث العقار والمنقول، أما المطلب الثاني فسنبين موقف المشرع الجزائري في القانون الواجب التطبيق على الميراث.

[1] أنظر، شبور نورية، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص.10.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول: التأصيل التاريخي لميراث العقار والمنقول.

لقد اختلف الفقهاء وحتى التشريعات ما إذا كان الميراث يدخل ضمن الأحوال الشخصية أو العينية، وذلك لتحديد القانون الذي يخضع له.

فالدول التي أخضعت الميراث للأحوال الشخصية قد أخذت أحكامه من الدين، مثلما هو الحال بالنسبة للدول التي تخضع قوانين الأسرة فيها لأحكام الشريعة الإسلامية مثل الجزائر[1].

أما إذا رجعنا إلى القانون المقارن فإنّ معظم الدول تفرق بين الميراث في العقار والمنقول، بحيث وصفت لكل منهما قاعدة إسناد كبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية[2]. وهو ما سنراه في الفروع الآتية.

الفرع الأول: قاعدة إخضاع الميراث لقانون موقعه.

ثمة اختلاف بين الفقهاء في إخضاع الميراث لقانون موقعه بين إخضاع العقار فقط وبين من يخضع الميراث كله ثابته ومنقوله.

وللعقار قيمة كبيرة ترتبط بمكانة الأرض خاصة في العهد الإقطاعي الذي يقوم على الإقطاعيات، والتي كان لها مفهوم ترابي باعتبار الأرض أكثر قيمة من أي شيء كان، وباعتبار الأرض هي عصب الحياة، كما أنّ هذه الفكرة هي تطبيق لقاعدة أهم وهي خضوع المال لقانون موقعه، والتي كانت من أولى القواعد التي ظهرت في العالم، فلقد وجدت جذورها الحقيقية في ظل إقليمية القوانين التي سادت في عصر الإقطاع، ثم أخذ بها فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة، وفي القرن السادس عشر (16) برزت قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه عند "دارجنتريه" بشكل مستقل، فلقد كانت الأحوال العينية عنده تلك المتعلقة بالعقارات وحدها تطبق تطبيقا إقليميا، وأكدها الفقهاء الفرنسيون وغيرهم، وأخذ بها الفقيه الألماني "سافيني"[3].

وهذا مؤداه أنّ الميراث في العقار يقع في دائرة نظام الأموال وقد ذهب "نيبوابيه" إلى أن الميراث كله بعقاره ومنقوله، يجب أن يخضع لقانون موقع المال لعوامل اقتصادية واجتماعية وسياسية[4].

وأن التفرقة بين العقار والمنقول توقعنا في أوضاع شاذة، واستدل كل من قال بهذا بقضية حفيدة "جورج ساند" التي أوصت بمنزله وأثاثه في نوهان بفرنسا للأكاديمية الفرنسية، وقد حدث وأن توفيت هذه الأخيرة في إيطاليا فخضع الأثاث لقانون آخر موطن لها وهو القانون الإيطالي[5]. هذا بالنسبة للعقار ولكن الأمر يختلف بالنسبة للمنقول.

---

[1] أنظر، تريكي دليلة، القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في القانون الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2015، عدد خاص، ص.264.

[2] أنظر، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومه، الجزائر، 2002، ص.268.

[3] أنظر، عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ج.2، ط.8، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986، ص.338.

[4] أنظر، زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، ج.1، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص.184.

[5] تريكي دليلة، المرجع السابق، ص.258.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: إخضاع الميراث في المنقول لقانون موطن المتوفي.

يخضع وفقا لهذه النظرية التصرف المتعلق بالمنقول لقانون موطن المالك، وتعود هذه الفكرة إلى مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة حيث كان المنقول مرتبط بذمة مالكه[1].

إذ يفترض في المنقول وجوده مع مالكه في محل إقامته المعتادة، وأساس هذه النظرية هو خضوع التصرف المتعلق بالمنقول إلى قانون موقعه المفترض، ويعد موطن المتوفي هو الموقع المفترض ذلك أن المنقول يبقى في حركية مستمرة، وللمحافظة على استقرار نظامه القانوني فإنه يفترض وجوده في موطن مالكه[2].

كما أن موطن المتوفي ما هو إلا موقع حكمي للأموال المنقولة التي يتركها المتوفي، وفي الغالب الأعم سوف يخضع العقار والمنقول لقانون موقع المال وبالتالي في نطاق نظام الأموال، وهذا بالنسبة لمن يخضع الميراث لنظام الأموال[3].

ومن جهة أخرى قد يُنظر إلى قانون موطن المتوفي باعتباره القانون الشخصي بالنسبة لمن يُخضع المسائل لنظام الأشخاص، وهناك حجة رئيسية تتلخص في أن مشكلة تنازع القوانين إنما تحل عن طريق تركيز العلاقة القانونية مكانيا، ومن عناصر التركيز في الميراث الوفاة والتي يعتبر مكانها هو موطن المتوفي، وعلى هذا الأساس فإنّ القانون الذي يحكم الميراث هو قانون موطن المتوفي[4].

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري في القانون الواجب التطبيق على الميراث.

يعتبر الإرث إحدى حالات الأحوال الشخصية نزولا للكثير من المقتضيات، لأن أساسه يتصل بحياة الشخص ووفاته، وهو النتيجة الطبيعية لتلك الوفاة، كما أن الأسباب المؤدية للميراث هي عناصر مأخوذة عن حالة الشخص، لهذا يخضع الميراث للنظام القانوني الذي يخضع له الشخص نفسه، سواء كان قانون الجنسية أو قانون الموطن.

ولم يأخذ بقانون موطن المتوفي إلا القانون النرويجي والدنماركي والأرجنتيني والاتحاد السوفياتي[5]، في حين أن التشريعات التي تعتبر الميراث من الاحوال الشخصية، ومنها التشريع الجزائري في المادة 16 من القانون المدني، وكذا التشريعات العربية، وتم إخضاع الميراث كله سواء عقارا أو منقولا لقانون جنسية

---

[1] أنظر، عبد الرسول عبد الرضا الآسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص.103.

[2] أنظر، راضي نبيه راضي علاونة، القانون الواجب التطبيق على الأموال دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2015، ص.38.

[3] تريكي دليلة، المرجع السابق، ص258.

[4] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص.340.

[5] أنظر، موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص.75.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المتوفي، بينما تدخله بعض التشريعات في الأحوال العينية وتخضعه لقانون موطن المتوفي، وتفرق بعض التشريعات بين المنقول والعقار[1].

ويعتبر الميراث متصلا بنظام الأسرة، إذ أنه ينظم انتقال مال المتوفي إلى الورثة من أقربائه، كما أن قانون الأسرة هو الذي يتولى بيان أحكامه، فقد أخضعه المشرع لقانون جنسية المتوفي في المادة 16 من ق.م بقوله: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".

المبحث الثاني: تطبيق قانون جنسية المتوفي في الميراث بين النطاق ومكانة النظام العام.

بناء على ما سبق توصلنا أن القانون الجزائري قد أخضع الميراث لقانون جنسية الهالك، وذلك لاعتبارات دينية لكون أحكام الميراث مستمدة من الشريعة الإسلامية التي تعتبر العمود الفقري الذي تقوم عليه الأسرة في العديد من موادها.

وعليه، سنتكلم بداية عن نطاق تطبيق قانون جنسية المتوفي (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى مكانة النظام العام الذي قد يؤدي إلى تعطيل العمل بالمادة 16 من القانون المدني التي تعمل بجنسية المتوفي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نطاق تطبيق قانون جنسية المتوفي في الميراث.

سنحاول بداية بيان المسائل التي يحكمها قانون الجنسية (الفرع الأول)، ثم سنبين المسائل المستثناة من تطبيق قانون الجنسية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المسائل التي يحكمها قانون الجنسية.

ينص المشرع في المادة 127 من قانون الأسرة على أنّ الإرث يستحق بموت المورث حقيقة أو نتيجة حكم قضائي، أي أن المشرع يأخذ بالموت الحكمي إلى جانب الموت الحقيقي كسبب من أسباب استحقاق الميراث.

ومن المعروف أن القوانين تختلف بشأن تعيين الورثة، فبالرغم من أنها كلها تجعل القرابة هي التي تسمح بذلك، ومن حيث الاعتراف بذلك الحق لفئات معينة، والاعتراف بها لفئات أخرى كحالات التوارث بين الزوجين، وتوارث بين الابن الشرعي وابيه وأقارب أبيه[2].

فمثلا الدول المسلمة بما فيها الجزائر لا تعترف بالميراث للابن غير الشرعي إلا من جهة أمه وأقاربها، في حين تعترف له الدول الأوروبية بذلك، حتى بالنسبة لأبيه وأقارب أبيه، وكذلك التوارث في حالة

[1] أنظر، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص.79.

[2] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.78.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التبني فهو ممنوع في الدول الإسلامية ما عدا النظام التونسي والتركي، في حين هو جائز في الدول الأوروبية[1].

أما شروط استحقاق الإرث وهي تدور جميعا حول تحقق من موت المورث وحياة الوارث، وعلى سبيل المثال حكم الموت الحكمي الذي يخص المفقود ومتى يعتبر في حكم الميت، وبالنسبة للوارث حكم الحمل المستكن وهل يعتبر وارثا، وهل يكفي أن يولد الجنين حيا أو قابلا للحياة أم يلزم استمرار حياته فترة معينة وهل يجوز توريث المفقود وإلى متى يعتبر حيا، ومثال ذلك أيضا حالة وفاة المورث والوارث وعدم التأكد من معرفة ايهما توفي قبل الآخر وما حكم هذه الحالة.

كما يحكم قانون الجنسية كذلك مسألة حكم موت مجموعة من الأشخاص في حادث واحد، وهل لهم الحق في ميراث بعضهم البعض أم لا، وإذا كان لهم ذلك فما هي شروطه وما هي المعايير التي تعتمد على تعيين من حدثت وفاته قبل الآخرين والقرائن في ذلك.

أما موانع الميراث فقد نصت عليها المادة 135 من قانون الأسرة والتي تنص على ما يلي: " يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:

– قاتل المورث عمدا أو عدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا.

– شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه.

– العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية".

هذا بالنسبة للمسائل التي تدخل ضمن الجنسية وهي مسائل متفق على أنها تنظم قواعد الميراث، لكن هناك قضايا أخرى محل خلاف فقهي، وهو ما سنذكره في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: المسائل المستثناة من تطبيق قانون الجنسية.

من بين المسائل المستثناة تطبيق قانون الجنسية تلك المتمثلة في التركة الشاغرة، ومن المعروف قانونا أن التركة التي لا وارث لها تؤول إلى الدولة، لكن الغموض يكمن في معرفة أية دولة تؤول إليها التركة هل هي الدولة التي يقع بها المال أم الدولة التي يحددها القانون الواجب التطبيق على الميراث.

ومن ثم يطرح إشكال كيفية إلحاق التركة إلى الدولة على أساس أنها وارث لمن لا وارث له، فانتقال التركة لها ينظمه قانون الميراث التابع لجنسية المتوفي، أما إذا كان الانتقال على أساس سيادة الدولة على إقليمها فإن التركة تؤول إليها باعتبارها مالا لا مالك له[2].

ونفس الأمر تأخذ به مختلف الأنظمة التشريعية مع الاختلاف بينها في طبيعة استيلاء الدولة على هذه الأموال، ومن الدول التي ترى أن أملاك رعاياها تؤول إليها على أساس أنها وارثة لهم هي كل من ألمانيا وسويسرا[3].

---

[1] أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج.2، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999، ص.318.

[2] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.271.

[3] تريكي دليلة، المرجع السابق، ص.262.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

وتعتبره دولا أخرى مالا شاغراً تستولي عليه بموجب سيادتها على إقليمها وباسم النظام العام، ومنها فرنسا والأنظمة العربية والجزائر[1]، وهو ما نجده في المادة 180 من قانون الأسرة[2] والمادة 773 من القانون المدني الجزائري[3].

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ الدولة لا تعتبر وارثة وإنما ترجع إليها التركة من باب رعاية المصلحة[4].

واستنادا إلى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري فالقاضي يأخذ بهذا التفسير لأنّ المواد المذكورة سابقا لم تبين طبيعة انتقال التركة إلى الدولة، رغم أن المرسوم رقم 91/454 المؤرخ في 23 نوفمبر 1991 المتضمن شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة للدولة نص في المادة 98 منه على أنه: "عملا بالقانون يطالب والي الولاية التي توجد فيها أملاك التركة الشاغرة باسم الدولة أمام الجهة القضائية المختصة بحق الدولة في وراثة تلك الأموال"[5].

أما بالنسبة لحقوق دائني التركة، ففي البداية يظهر بأن تصفية التركة من الديون أمر يتعلق بالتركة وبالقانون الذي تخضع له التركة، لكن الفقه الغالب يرى عدم إخضاع هذه الحقوق لقانون الميراث، لأن المسالة لا تتعلق بنظام الأشخاص وإنما بنظام الأموال وسلامة المعاملات[6].

وبالتالي فإذا كان النيراث يخضع للقانون الشخصي للمتوفي فإن التصرفات التي تتعلق بالتركة ستخضع لقانون موقع المال[7].

ومن يرى عكس ذلك يُرد عليه بأن التركة غلا بعد سداد الديون، أي أن قانون الميراث يرجع إليه فقط بعد الفراغ من مسألة الديون[8]، والحديث عن تطبيق قانون موقع المال لا يخص فقط حقوق الدائنين وإنما التصرفات الخاصة بنقل الملكية أموال التركة والحيازة وكل ما يتعلق بالتصرفات الواردة على أموال

---

[1] الزروتي الطيب، المرجع السابق، ص.185.

[2] تنص المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

1-مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع.

2-الديون الثابتة في ذمة المتوفي.

3-الوصية.

فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصبة آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة ".

[3] تنص المادة 773 من القانون المدني على ما يلي: "تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث أو الذين تهمل تركتهم ".

[4] أنظر، محمد محي الدين عبد الحميد، أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية على مذاهب الأئمة الأربعة، دار الكتاب العربي، لبنان، 1984، ص.32 إلى 35.

[5] المرسوم رقم 91-954 المؤرخ في 1991/11/23، المتضمن شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة للدولة، الجريدة الرسمية العدد رقم 60، المؤرخة في 24 /1991/11.

[6] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.272.

[7] أنظر، عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج.1، ط.2، تنازع القوانين، دار هومه، 2007، ص.264.

[8] تركي دليلة، المرجع السابق، ص.263.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

التركة، وهذا لا يتنافى مع تطبيق قانون جنسية المورث لأن هذا الأخير يبين ما سبق ذكره من أسباب وموانع وشروط الميراث والأنصبة وحقوق الورثة ولا يتعلق بطرق وإجراءات انتقال الملكية[1].

المطلب الثاني: مكانة النظام العام في تطبيق قانون جنسية المتوفي في الميراث.

من المسلمات التي كرست في القانون الدولي الخاص حديثا، هو وجوب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص إذا كان في تطبيقه تصادم مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، غير أن الأمر لا يخلو من الصعوبات التي تعترض القاضي عند فحصه القانون الأجنبي المختص، لعل أهمها انعدام وجود مفهوم موحد ومتفق عليه لفكرة النظام العام[2].

وقد تطرقت المادة 24 الفقرة الأولى من القانون المدني على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب نصوص سابقة إذا كان مخالفا للنظام والآداب العامة في الجزائري".

للعمل بهذه المادة لابد من تحديد شروط العمل بالدفع بالنظام العام (الفرع الأول)، ثم سنتكلم عن علاقة الميراث بالنظام العام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط العمل بالدفع بالنظام العام.

لإعمال الدفع بالنظام العام يجب أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق مختصا بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، حيث يرى الفقيه "نيبوابيه": " إن الهدف من الدفع بالنظام العام، هو حماية الدولة من أخطار بعض الحالات التي تطبق فيها القوانين الأجنبية، فإذا لم تكن هناك قوانين أجنبية واجبة، فلا يثار الدفع بالنظام العام ضد القانون الأجنبي "[3].

أما الشرط الثاني فيتمثل في توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام، مما يستدعي الامتناع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي المختص، فالمشرع الوطني حيثما أشار في قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي لم يقصد أن يطبق هذا القانون على إطلاقه، خاصة إذا كان هذا القانون يتعارض مع الأسس الإجتماعية والسياسية في الدولة[4].

أما الشرط الثالث فيتمثل في أن يكون القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام حاليا، خاصة ونحن نعلم أن فكرة النظام العام هي فكرة متغيرة من حيث الزمان، ومن هنا يثور التساؤل حول اللحظة التي يجب أن يعتد بها القاضي ليقرر مدى تعارض أو إتفاق القانون الأجنبي الواجب التطبيق مع مقتضيات النظام العام في دولته، ذلك أن هذا القانون قد يكون مخالفا للنظام العام وقت نشوء العلاقة القانونية، ولكنه قد يكون غير ذلك وقت رفع النزاع أو الفصل فيه، على إثر تشريع لاحق، فهل يستبعد القاضي تطبيقه ؟

---

[1] المرجع نفسه.

[2] أنظر، بوخروبة حمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، 2013-2014، ص.14.

[3] أنظر، زيدون بختة، التطبيق الإستثنائي للقانون الجزائريفي العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة ماجستيير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص.141

[4] بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص.50.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

في الحقيقة هذا الأمر مستبعد في الميراث لكون أحكامه ثابتة غير قابلة للنقاش أو التغيير، لكن مع ذلك استقر الرأي على أن الأخذ بمبدأ حالية النظام ومضمونه في تقدير مقتضيات النظام العام، في وقت الفصل في الدعوى[1].

هذا بالنسبة لشروط النظام العام بصفة عامة، لكن كيف يتم تطبيق النظام العام في القواعد الخاصة بالميراث.

الفرع الثاني: الميراث والنظام العام.

بالإضافة إلى مشكل تنازع القوانين الذي يثار في قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث، هناك مشكل النظام العام خاصة بين الدول العربية والدول الغربية، نتيجة لقيام أحكام المواريث في الدول العربية على أسس دينية، حيث تُستمد هذه الأحكام مباشرة من الشريعة الإسلامية، مما يؤدي إلى تعطيل قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث، حيث خالف القانون الأجنبي المختص أحكام الشريعة الإسلامية وذلك متى كان أحد الأطراف مسلما بغض النظر عن جنسيته.

فمثلا يستبعد باسم النظام العام القانون الأجنبي الذي يجيز الميراث للوارث الذي قتل مورثه عمدا، كما يستبعد القانون الذي يورث الإبن الطبيعي من أبيه المسلم[2]، ويستبعد القانون الذي يجيز التوارث بين المسلم وغير المسلم، وقد أكد القضاء المصري في قضية رفعتها زوجة لبنانية مسيحية الديانة ضد ورثة زوجها اللبناني المسلم إذ قررت محكمة النقض المصرية:" و لإن مسائل المواريث والوصايا وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت تخضع طبقا لنص المادة 17 مدني لقانون المورث وقت موته إلا أنه متى كان القانون الواجب التطبيق أجنبيا فإن تطبيقه يكون مشروطا بعدم مخالفة أحكام النظام العام في مصر وفقا لما تقتضي به المادة 28 من القانون المدني المصري".

الخاتمة:

وفي الأخير نقول بأنّ تطبيق قانون جنسية المورث ليس مطلقا وإنما قد يستبعد باسم النظام العام، وهذا الأمر وارد جدا بين الدول التي تستمد قانونها الأسري من أحكام الشريعة الإسلامية خاصة فيما يتعلق بالميراث ومنها الجزائر والتي خصصت كتابا كاملا لأحكام الميراث في قانون الأسرة.

وصفوة القول، أنّ المشرع الجزائري أولى عناية خاصة لحماية الشخص وحقوقه المعنوية والمادية، ومنها **الميراث** باعتباره واحدا من آثار انحلال الزواج وسببا من أسباب الملكية ضمن أحكام القانون الدولي الخاص.

[1] زيدون بختة، المرجع السابق، ص.143.

[2] أنظر، زاير فاطمة، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص.23.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وتقنين وتنظيم قواعد التنازع الدولي الخاص من الأهمية بمكان إذ من شأنها أن تضع الحدود الفاصلة بين القانون الأجنبي والقانون الوطني مع الاحتياط للمصلحة الوطنية والنظام العام داخل الإقليم الوطني.

إلا أنّ هذه الخطوة الإيجابية من المشرع الجزائري تحتاج إلى تنقيح وتدقيق، على أمل تخصيص قانون يُلم شتات مسائل التنازع الدولي في مختلف الفروع عامة، ومنها مسائل التركات والمواريث، تكون مرجعا تسير العمل القضائي وتتسم بشيء من التفصيل والدقة لدفع الغموض على النصوص الحالية، ومثالها قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم 05 لسنة 1961 المؤرخ في 14 فيفري 1961، ومجلة القانون الدولي الخاص التونسية الصادرة بتاريخ 27 نوفمبر 1998.

- قائمة المصادر والمراجع:

أ-الكتب:

1-أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومه، الجزائر، 2002.

2-زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، ج.1، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.

3-عبد الرسول عبد الرضا الآسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012.

4-عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ج.2، ط.8، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986.

5-علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.

6-عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج.1، ط.2، تنازع القوانين، دار هومه، 2007.

هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج.2، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999.

7-محمد محي الدين عبد الحميد، أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية على مذاهب الأئمة الأربعة، دار الكتاب العربي، لبنان، 1984.

ب-أطروحات الدكتوراه ومذكرات الماجستير:

1-بوخروبة حمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، 2013-2014.

2-راضي نبيه راضي علاونة، القانون الواجب التطبيق على الأموال دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2015.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

3-زاير فاطمة، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.

4-زيدون بختة، التطبيق الإستثنائي للقانون الجزائريفي العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.

5-شبور نورية، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.

6-موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.

ج-المقالات:

1-تريكي دليلة، القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في القانون الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2015، عدد خاص.

د-النصوص القانونية:

- القوانين الوطنية الجزائرية:

1-القانون رقم 84-11 الصادر في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر ع.24 الصادرة في 12 يونيو 1984 م. المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005. ج.ر، ع.15.

2-القانون رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 هـ الموافق لـ 13 مايو 2007، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر، ع.31، الصادرة في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق لـ 13 ماي 2007.

- المراسيم الوطنية الجزائرية:

1-المرسوم رقم 91-954 المؤرخ في 1991/11/23، المتضمن شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة للدولة، الجريدة الرسمية العدد رقم 60، المؤرخة في 24 /1991/11.

- القوانين الأجنبية:

1-قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم 05 لسنة 1961 المؤرخ في 14 فيفري 1961.

2-مجلة القانون الدولي الخاص التونسية الصادرة بتاريخ 27 نوفمبر 1998، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، الصادرة في 01 ديسمبر 1998، في العدد 96.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com