تنازع القوانين في الميراث والوصية والوقف في التشريعات العربية والاجتهاد القضائي

أ. لوعيل قويدر
طالب دكتوراه الطور الثالث ل.م.د
جامعة وهران أحمد بن بلة . 1 .

المشرف: د. راجع عكاشة

الملخص:

إن النزاعات التي تضم عنصرا أجنبيا في مسائل الميراث والوصية والوقف ، والتي اعتبرها المشرع العربي مرتبطة ارتباطا وثيقا بشؤون الأسرة ، فعدها من مسائل الأحوال الشخصية ، نجد أنها وجدت لها حلولا ، وذلك عند إسنادها للقانون الأنسب لها من خلال توضيح القانون الواجب التطبيق ، دون المساس بالنظام العام ولا الآداب العامة لدولة القاضي المعروض عليه النزاع .

وقد تناولت الدراسة مفهوم كل مسألة والقانون الذي يحكمها مع تحديد نطاقه ، وكذا المسائل التي تخرج عن نطاق تطبيق قانون الجنسية ، وذلك في ظل القوانين العربية ، كما تم التطرق للاجتهادات القضائية خاصة من طرف المحكمة العليا .

وقد توصل الباحث من خلال دراسته، إلى أن المشرع العربي توحد لما اختار الجنسية كضابط إسناد، والمرجع في ذلك هو أن المصدر الرئيسي لقوانين الأحوال الشخصية العربية هو الشريعة الإسلامية.

الكلمات المفتاحية : الميراث – الوصية – الوقف – الأحوال الشخصية – النظام العام – الجنسية – ضابط الإسناد .

Abstract:

The conflicts which embrace an alien element in the cases of heritage ,legacy, waqf and which the Arabic legislature considered to be related tightly with family issue took them part of the individual affairs, found solutions and that when referring them to the most suitable law through clarifying it due to the application without touching the general order nor the general civilities of the judge's country whom the case is exposed in front of.

The study deals with the concept of every issue and the law that governs them with the specification of its gridle as well as the issues that go beyond the application of the nationality law under the Arabic laws, the judicial thought by the supreme court mainly are dealt with.

Through this study, the researcher pointed that the Arabic project united when opted the nationality as a support referring to the divine law if Islam as a chief source.

The Key Words : Heritage – Legacy – waqf – Individual Affairs – General Order – Nationality – Support Referring.

مقدمة:

الحمد لله الذي علم وألهم وهدى للتي هي أقوم ، وأشهد أن لاإله إلا الله وحده لا شريك له ، و أشهد أن سيدنا محمدا عبده ورسوله ، أما بعد :

الكثير من الناس رزقهم الله أموالا في هذه الدنيا، وبما أن الله كتب البقاء لنفسه والفناء على جميع خلقه، قال الله تعالى: (كل من عليها فان ويبقى وجه ربك ذو الجلال والإكرام .)[1] فإن هذه الأموال تنقل إلى غير مالكها إما في حياته أو بعد مماته،" والخلافة في المال نوعان خلافة إجبارية وهي الميراث ، وأخرى اختيارية وهي الوصية "[2]، وكذا مسألة الوقف التي تعد مسألة اختيارية أيضا ، حيث أن هذه المسائل يسهل التعامل معها في حالة وقوعها بين علاقات أسرية يجمعها وطن واحد وحيث الأموال موجودة بنفس الوطن ، ففي هذه الحالة فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني ، فتعد علاقات وطنية صرفة ولا تثير أي إشكال، لكن إذا تضمنت علاقة قانونية إما أشخاصا أو محلا أو سببا عنصرا أجنبيا، يكون سببه اختلاف الجنسية أو المكان الذي تنعقد فيه أو مكان وجود المال ، وثار نزاع بين قوانين أكثر من دولة فإن قاعدة الإسناد تستمد ضابطها من أحد هذه العناصر الثلاث وهو مركز ثقل العلاقة الذي يجب أن يرتبط به القانون الواجب التطبيق .

إن التطورات الواقعة في جميع المجالات والحاجة الملحة لتكامل المعاملات ،(أفرزت واقعا جديدا فرض على المجتمعات تشريع أبوابها أمام الأشخاص والأموال والأجانب حتى يتم التكامل والتعايش فيما بينها على أفضل الوجوه الممكنة)[3] ، فوجب على كل دولة ذات سيادة أن تسمح بتطبيق القوانين الأجنبية على قدر الحاجة إليها .

لذا فإن الأجنبي صار محفوظ الحقوق ،ولو في غير وطنه ، فهو يتمتع بالشخصية القانونية وبجميع الحقوق الأسرية ، كحقه في الإرث والوصية والوقف ، لكن مع مراعاة اعتبارات النظام العام ،أو ما استثناه القانون بنص خاص.

وكما هو معلوم فإن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية وضع قواعد إسناد تحكم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي والقانون الذي يحكمها ورتبها من الناحية المنهجية من بينها:

قواعد إسناد تتعلق بالعلاقات التي تندرج ضمن مفهوم الأحوال الشخصية بما فيها الميراث والوصية والوقف من المادة 10إلى 16 من القانون المدني الجزائري، وقواعد إسناد متعلقة بتنظيم العلاقات القانونية المتعلقة بالمال م. 17

وأخرى تنظم العلاقات القانونية من حيث شكلها وذلك في المادة 19من القانون نفسه.

ومن بين العلاقات التي تدخل ضمن مفهوم الأحوال الشخصية، الميراث والوصية والوقف، وهو ما سنحاول معالجته في هذه

المداخلة لمعرفة القانون الواجب التطبيق في حال تنازع وتزاحم عدة قوانين دولية أمام القاضي الوطني وذلك في التشريعات العربية والاجتهاد القضائي.

الإشكالية:

يعتبر نظام الميراث والإيصاء والوقف من المسائل التي عالجتها الشريعة الإسلامية بشكل مفصل ، وتبنتها معظم التشريعات العربية ومنها التشريع الجزائري ، بل اعتبرت أحكامها من النظام العام ، فما نطاق القانون الواجب التطبيق على هذه المسائل عند تنازع القوانين، وهل ضمنت الحماية للأجنبي في حال كونه طرفا في النزاع، مع المحافظة على النظام العام ودون المساس بمبادئ التشريع الإسلامي ؟

أهمية الدراسة :

الملاذ الوحيد لمعالجة مثل هذه الإشكالات أوجلها هو ما يقدمه القانون الدولي الخاص في مسائل الأحوال الشخصية ، ومنها هذه المواضيع التي نحن بصدد معالجتها ، فهو ، فلو كان النزاع وطنيا فسيحكمه الوطني دون غيره ، وحتى لايضيع حق الأجنبي في اكتساب حقه الإرثي أو الإيصائي أو الوقفي فلا بد من وضع قواعد وضوابط تعالج هذه الإشكالات وتمكن الأجنبي من حقه دون التأثير على الأساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والأخلاقي الذي يقوم عليه كيان الدولة .

أهداف الدراسة :

01- معرفة القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقات الأسرية ذات الطابع المالي وهي من مسائل الأحوال الشخصية .

02- معرفة توجهات القوانين العربية ومدى انسجامها في معالجة مثل هذه القضايا ذات العنصر الأجنبي فيما يخص ضابط الجنسية والموطن.

03- الإطلاع على التطور الحاصل في مجال حماية الأجنبي من تعسف القوانين الداخلية .

04- معرفة الحلول التي يلجأ إليها القاضي الوطني في الدول العربية عند ظهور الإشكالات والصعوبات التي يثيرها ضابط إسناد الجنسية .

المحور الأول: الميراث والقانون الذي يحكمه

يتحدد القانون الواجب التطبيق في هذه المسائل على مستوى القانون المقارن ، إذ يختلف القانون الواجب التطبيق بين الدول، فالدولة التي تحسب المواريث والوصايا على مسائل الأحوال العينية تحدد الاختصاص لحساب القانون الإقليمي على مسائل الأحوال العينية إذا كان المال عقارا يكون المختص قانون موقع العقار، ولحساب موطن المتوفى، وفي الاتجاه المقابل ذهبت جميع الدول العربية ومنها الجزائر إلى معاملة مسائل الميراث والوصية والوقف على أنها من مسائل الأحوال الشخصية .

01-مفهوم الميراث:

الميراث هو (انتقال الملكية من الميت إلى ورثته الأحياء، سواء كان المتروك مالا أو عقارا، أو حقا من الحقوق الشرعية التي تقبل الميراث) [4]، وهو أيضا (خلافة الشخص بحكم القانون فيما ترك بسبب موته) [5].

وأما الميراث في اصطلاح الفقهاء :فهو اسم لما يستحقه الوارث من مورثه بسبب من أسباب الإرث ،أو انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة [6] .

واستمد هذا العلم مشروعيته من الكتاب والسنة والإجماع.

– **من الكتاب**: قال الله تعالى:" يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين...".[7]

– **من السنة النبوي الشريفة** :قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – " ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما بقي فلأولى رجل ذكر " **متفق عليه** ، وقال عليه السلام: " إن الله أعطى لكل حق حقه ، فلا وصية لوارث " أخرجه الترمذي وهو صحيح .

لقد جاءت السنة مفصلة لما أجملته آيات القرآن الكريم، كما أنها ورثت بعض الأقرباء، الذين لم يذكروا في القرآن الكريم كميراث الجدات مثلا.

– **من الإجماع** : هناك أحكام ثبتت بإجماع الأمة ،وخاصة الإجماع في عصر الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم، ومن هذه الأحكام التي أجمعت عليها جعل الأخت لأب كالأخت الشقيقة عند عدمها ، والأخ لأبكالأخالشقيق عند عدمه ،

وبن الابن وبنت الابن كالابن وبنت الابن عند عدمهما [8].

وهكذا فعلم الميراث يتكلم عن الحقوق المتعلقة بالتركة إجمالا ، وأسباب الإرث وشروطه وموانعه وأنواع الورثة وبيان نصيب كل وارث ، وحجب بعض الورثة حجبا كليا أو جزئيا ، والعول والرد والمخارجة والتصحيح إلى غير ذلك مما يتوقف عليه تقسيم التركات بين أصحابها .

02– تطبيق قانون جنسية المورث وقت موته :

ظهرت عدة اتجاهات ونظريات لحل التنازع الناتج عن مسألة الميراث، وذلك بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق عليها ، فبينما تميز بعضها بين الميراث في العقار والميراث في المنقول ،فتخضع الميراث في العقار لقانون موقعه ، والميراث في المنقول إما لقانون موطن المتوفى كفرنسا وبريطانيا ،وإما لقانون جنسية المتوفى كالنمسا والمجر ورومانيا . ونجد بعضها الآخر تخضع الميراث لقانون واحد ، بغض النظر عن نوع المال الموروث إن اختلفت فيما بينها ، فمنها من تؤيد تطبيق قانون موطن المورث وقت موته ،ومنها من تأخذ بقانون جنسية المورث. [9]

لقد وضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد خاصة بالميراث "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته "[10] ويفهم من نص هذه المادة أن القانون الواجب التطبيق على الميراث هو قانون جنسية الهالك وقت وفاته ، حيث اعتبره المشرع الجزائري متصلا بنظام الأسرة فجعله من الأحوال الشخصية ولم يعتبره من الأحوال العينية ، وسواء كان الميراث منقولا أو عقارا فكلاهما يخضعان لقانون واحد ،كما أن قانون الأسرة هو الذي تولى بيان أحكامه وهو ماورد في الكتاب الثالث من المادة 126 إلى المادة183 ، وجاء في القانون المدني المصري نفس القاعدة " يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة لما بعد الموت قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته "[11] مما يتضح معه أن المقنن في هذين البلدين أخضع الميراث لقانون جنسية المورث ، وذلك تأسيسا على الصلة الوثيقة بين الميراث وبين مسائل الأحوال الشخصية ، وذلك بحسبان أن مبنى التوريث هو التناصر، وسببه هو علاقة القرابة أو صلة الزوجية[12]، ويرى المشرع العراقي في القانون المدني العراقي " قضايا الميراث يسري عليها قانون

المورث وقت موته "[13] والسبب في اختيارا لمورث أنه واحد، لايتعدد واعتماد جنسيته لأنه قانون يمتاز بالثبات وأسهل في الإثبات ، وجاء في نص الفصل 54 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي " يخضع الميراث للقانون الداخلي للدولة التي يحمل المتوفي جنسيتها عند وفاته ، أو لقانون دولة آخر مقر له أو لقانون الدولة التي ترك فيها أملاكا " مما يوضح أن المشرع التونسي قد وسع من ضابط الإسناد للميراث .[14]

وورد في القانون المدني الأردني " يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته "[15] فقد أخضعت هذه الفقرة الميراث بصورة عامة من الناحية الموضوعية لقانون جنسية المورث وقت موته ، سواء أكان المورث أردنيا أم أجنبيا ، فالعبرة هنا بقانون الدولة التي يتمتع المورث بجنسيتها وقت موته بصرف النظر عن اختلاف جنسيات الورثة .[16]

يبين هذا أن المشرع العربي على العموم أخذ بمبدإ وحدة التركة ، أي لم يفرق بين الميراث في العقار والميراث في المنقول ، وذلك عكس ما استقر عليه القضاء الفرنسي الذي يفرق بينهما، فالميراث في العقار يخضعه لقانون موقع العقار ، والميراث في المنقول يخضعه لقانون آخر موطن للمتوفي[17] .

ولقد شذ القانون اليمني عن المواقف العربية سابقة الذكر وأخضع القضايا المتعلقة بالإرث والوصايا والمتضمنة عنصرا أجنبيا للقانون اليمني ، وبذلك للقانون الوطني ، ويتضح أن المشرع اليمني وسع من مجال تطبيق القانون الوطني ، على حساب القانون الأجنبي ، برغم أن هذه المسائل متصلة بالحالة الشخصية التي تفرض تطبيق القانون الشخصي ، كما تتعارض كليا مع ما ذهب إليه أغلبية الدول التي تخضع قواعد الميراث والوصايا لقانون مكان وجود المال[18] .

03 – نطاق تطبيق قانون جنسية المورث

هناك مسائل تدخل في نطاق تطبيق قانون جنسية المورث أي مسألة تنظيم الحق في الإرث، ويتضمن عدة نقاط تدخل في مجال تطبيق هذا القانون:

03 –01 – أسباب الإرث كالقرابة والزوجية (**م 126 ق . ا . ج**) . وأضاف المشرع المصري سببا آخر وهو العصوبة السببية وهو ما ورد في المادة 7 من القانون المصري بشأن المواريث وورد مثله في مدونة الأسرة المغربية في المادة 329

03– 02– بيان شروط استحقاق الإرث : وذلك ببيان ماإذا كان استحقاق الإرث منوط بتحقق موت المورث حقيقة أو يكفي الموت الحكمي ؟ جاء في المادة 127 " يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي "

وجاء في المادة 01من القانون المصري " يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتا بحكم القاضي"[19] ، والمادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية والميراث والوصية رقم 25 الأردني ، أما المشرع التونسي فقد اشترط تحقق حياة الوارث بعد المورث بالإضافة إلى موت المورث حكما وهو مانص عليه الفصل 85 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية ، أما المدونة المغربية فقد جعلت شروط الإرث ثلاثة:"يشترط في استحقاق الإرث ما يلي :[20]

– موت الموروث حقيقة أو حكما .

– التحقق من حياة الوارث بعد موت المورث .

– العلم بجهة الإرث وهي الزوجية والقرابة .

هل يرث الحمل أم لا ؟ وإذا كان يرث فماهي شروط استحقاقه للميراث ، هل يشترط أن يولد حيا؟فمتى يعتبر مولوداحيا ؟ وقد ورد في القانون الجزائري " لايرث الحمل إلا إذا ولد حيا ، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة " [21]، كما نص القانون المدني الجزائري على مايلي :[22] "على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا ولقد نصت الفقرة 2 من المادة 2 من القانون المصري " ويكون الحمل مستحقاً للإرث إذا توافر فيه ما نص عليه في المادة 43 في فقرتها الأولى " إذا توفى الرجل عن زوجته أو عن معتدته فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حياً لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الفرقة." ، وماحكم شخص لا يعرف أيهما مات أولا ؟ أي معرفة توارث من ماتوا في نفس الوقت وقد أجاب المشرع الجزائري في المادة 129 من قانون الأسرة على هذا " إذا توفي اثنان أو أكثر ولم يعلم أيهم هلك أولا فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر سواء كان موتهم في حادث واحد أم لا " ومثله المشرع المصري في المادة الثالثة .

03 – 03– بيان موانع وحالات الحجب من الميراث: اقتصر المشرع الجزائري على ذكر ثلاثة أصناف كلها مرتبطة بجرم القتل

وهو ما ورد في المادة 135 من قانون الأسرة الجزائري:" يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:

– قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان القاتل أصليا أو شريكا.

– شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه .

– العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية.

ومثلها في القانون المصري:قانون 77 لسنة 1943 بشأن المواريث في المادة 5 .

"من موانع الإرث قتل المورث عمداً سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه، إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة وتعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي." وهو ما اكتفى به المشرع التونسي في الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية .

اتفق الفقهاء على هذا المانع الذي يتعلق بالقاتل ، ولا يتعلق بالمقتول ، وذلك يتصور فيمن قتل بالسبب أو جرح من غير جناية عليه ومات متأثرا بجراحه أو بالسبب بعد موت الجارح أو صاحب السبب ، كما أجمع أهل العلم أن القتل العمد العدوان من المكلف يمنعه من الميراث [23] ، فالكثير من القوانين العربية والإسلامية التي تمنع القاتل من الميراث مع اختلاف فيما بينها حول نوع القتل المانع وحدود هذا المنع ، كما تمنع المرتد أيضا [24] ، وقد أضاف المشرع الجزائري في المادة 138 من قانون الأسرة اللعان والردة " يمنع من الإرث اللعان والردة " .

ورغم أن حالة الردة مانعة للإرث ، فإن عدم ورود النص القاطع لمسألة التوارث بين المسلم وغير المسلم يتعين الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لما ورد في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والمادة الأولى من

القانون المدني ، وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، فقد اتفق الفقهاء على أن الكافر لايرث من تركة المسلم ولا يرث المسلم من تركة الكافر [25]

وقد استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم : " لايرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم " وقوله أيضا : " لا يتوارث أهل ملتين شيئا " [26] .

(على ذكر اللعان يفهم أن علاقة النسب ما لم تكن قائمة فلا سبب للإرث ، ويفهم كذلك أن موانع الميراث في القانون الوطني

الجزائري لم تعد اختلاف الجنسية وإنما اختلاف الدين وبالتالي لاعلاقة للميراث بالجنسية ، وإنما التوارث لايكون مع اختلاف الدين) [27] .

وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا والذي موضوعه :ميراث يحق له شرعا الحصول على منابه في الميراث ، شروطه ، التمسك بالدين الإسلامي ، الجنسية بعد ذلك ليس شرطا ، حيث أن المطعون ضده مسلم من جنسية مغربية باعتراف الطاعن مما يحق له شرعا الحصول على منابه في الميراث .[28]

أما المشرع المصري بالإضافة إلى ما ذكره المشرع الجزائري فقد أضاف في المادة 6 مايلي :

"لا توارث بين مسلم وغير مسلمّ" ، ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض.

واختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين ولا يمنع بين غير المسلمين إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبي عنها.

أما مدونة الأسرة المغربية فقد أوردت ستة موانع من الميراث وهي :الشك في السبق في المادة 328 ، عدم الاستهلال في المادة 331 ،الكفر أو اختلاف الدين واللعان والزنا في المادة 332 ،القتل العمد في المادة 333 وهو ما يبين أن المشرع المغربي كان أكثر تفصيلا وقربا مما ذكره فقهاء الشريعة الإسلامية من موانع للميراث فلم يسقط إلا مانع الرق، لأن الواقع رفعه، والتشريع يكون وفق متطلبات وحال المجتمعات.

"وقد أجمع علماء الشريعة بوجه عام على أن اختلاف الدين مانع من موانع الميراث" [29]

وقد ورد في قرار المحكمة العليا والذي موضوعه : ميراث – مسيحية من مسلم – اعتناقها الإسلام بعد وفاة زوجها ، من حيث المبدإ:يجب الميراث لمن كان مسلما يوم موت المورث ومن أسلم بعد موته فلا حق له في الميراث حسب قول الإمام مالك .

وأن القضاء بمنح صفة الوارثة للزوجة الأجنبية التي لم تعتنق الإسلام في حياة زوجها إلا بعد وفاته هو مخالفة للقانون.[30]

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا ، أنه من موانع الإرث الكفر ولا يكون اعتناق الإسلام إلا بتلفظ الشهادتين أمام الجهة المؤهلة، وبما أن الطاعن لم يعتنق الإسلام إلا بعد وفاة أمه المسلمة فإنه لاتوارث بينهما ، مثلما ذهب إليه قضاة الموضوع في قرارهم، ويتعين بذلك رفض الطعن ، والمرجع في ذلك المادة 222 من ق. أ ، ومبادئ الشريعة الإسلامية[31]

– أما عن حالات الحجب فقد يكون حجب حرمان أو حجب نقصان.

– وبيان طريقة افتتاح التركة وإذا كانت الخلافة بسبب الموت بحكم القانون إجبارية أو اختيارية ، تجري على أن للوارث قبول تركة مورثه أو رفضها ، وكذلك يبين قانون الجنسية بيان مدى حق المورث في تعيين منفذ للوصية ومدى سلطة القاضي في تعيين مدير للتركة [32].

03– 04– بيان كيفية توزيع الإرث : أي تعيين الورثة وبيان مراتبهم ودرجاتهم وأنصبتهم ، وكيفية احتساب هذه ه الأنصبة ، في حالات العول والرد وغيرها .[33]

هذا في الدول العربية ، " أما في الدول الغربية فمنها من تطبق قانون الجنسية ، ومنها من تسنده إلى قانون موقع المال بالنسبة للعقار وقانون موطن الهالك بالنسبة للمنقول ، وتقر هذه النظم ما إذا كان يجوز قبول التركة أو رفضها أو قبولها بشرط الجرد ." [34]

04– المسائل التي تخرج من نطاق تطبيق قانون جنسية المورث:

"إن طريقة أيلولة الأموال إلى الورثة يسري عليها قانون محل وجود الأموال،لأنه تخص انتقال الحق العيني على المال،أي ملكيته" [35]

04–01– المسائل المتعلقة بمركز الأموال أو نظام الحقوق المالية:

04– 01–01– إجراءات شهر الحقوق العينية العقارية التي تشتمل عليها التركة : وذلك إذا كانت التركة تشتمل على حقوق عينية عقارية ، وكانت هذه الدولة التي يقع بها العقار – محل هذه الحقوق – تتطلب شهر التصرفات الصادرة من الورثة في شأنها إتباع إجراء معين من إجراءات العلانية ، كإعلام الورثة ، فإنه يتعين مراعاة موقع العقار ، كما يتطلب تحديد الجزاء الذي يترتب على عدم إتباع حكمه في شهر المستندات المثبتة للحق في الإرث ،وكذا آثاره ، والجزاء المترتب على عدم الشهر، كما يختص قانون موقع العقار أيضا بتقرير إجراءات العلنية التي ينبغي بها تحقيق الطمأنينة في التعامل ، حتى وإن لم يكن محل الإجراء حقا من الحقوق العينية .[36]

04– 01– 02– تنظيم حالة الشيوع الناجمة عن الميراث : يجب الرجوع لقانون موقع الأعيان لتنظيم حالة الشيوع ، وإدارة الأموال الشائعة، وحق كل شريك في التصرف فيها ، ومدى إلزام المشتاعين بالبقاء على حالة الشيوع ، وكذا تحديد آثار القسمة، وكيفية إنهاء حالة الشيوع .

04–02– مسألة حق الدولة على التركة التي لا وارث لها :

قد يتوفى الإنسان ولا نجد له وارثا وبالتالي فإن التركة تؤول إلى الخزينة العامة للدولة وهو ما نصت عليه المادة 773 من القانون المدني الجزائري " تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي لها مالك ، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم ." ، وكذا المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة 2 " فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصبة آلت التركة إلى ذوي الأرحام ، فإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة " وهو كذلك ما تنص عليه أغلب القوانين العربية ، ومنها قانون المواريث المصري في المادة 4 منه وكذا في القانون المغربي والمتعلق بأهلية الدولة للإرث عند انعدام وارث معروف.[37]

غير أن السؤال الذي يثور هو لأي دولة تؤول التركة الشاغرة ، هل تؤول للدولة التي ينتمي إليها المورث بجنسيته ؟ أم تؤول إلى الدولة التي توجد أموال التركة على إقليمها ؟

يرى أغلب فقهاء القانون ، أن حل هذا الإشكال يتوقف على مسألة التكييف, –أي في حق الدولة على الأرض الشاغرة– فإذا كيفنا حق الدولة على أنه حق إرث ، باعتبار أن الدولة وارثة لمن لا وارث له ،اعتبرنا انتقال التركة إليها خاضعا للقانون الذي يحكم الميراث ، وحينئذ تؤول التركة إلى الدولة التي اعتبرنا انتقال التركة إليها خاضعا للقانون الذي يحكم الميراث ، أما إذا كيفناه على انه حق مبني على سيادتها أو أنه مال ضائع على إقليمها ، حينئذ تؤول التركة إلى الدولة التي على إقليمها باعتبارها مالا لا مالك له. [38]

إن الشريعة الإسلامية تعتبر التركة الشاغرة مالا ضائعا [39] ولما كانت الدول العربية المسلمة تستمد قوانينها المتعلقة بالمواريث من أحكام الشريعة الإسلامية ، فإن التركة تؤول للدولة التي توجد على إقليمها الأموال .

04–03– مسألة حقوق دائني التركة:

يرى غالبية الفقه عدم إخضاع حقوق دائني التركة لقانون الميراث لأن المسألة لا تتعلق بنظام الأشخاص بقدر ما تتعلق بنظام الأموال وسلامة المعاملات وعليه يطبق قانون موقع المال .

فإذا كانت أموال التركة موجودة في الجزائر ، فإن القاعدة التي تطبق " لاتركة إلا بعد سداد الديون " ومعلوم أن الشريعة الإسلامية لاترتب للورثة حقا على تركة مورثهم إلا بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا [40].

04– 04 – مسائل الميراث المخالفة للنظام العام :

من بين الوسائل المتاحة للقاضي من اجل استبعاد القانون الأجنبي هو تعارضه مع النظام العام ، فيمكن لأية محكمة أن لا تقضي بقانون أجنبي اقتضته قاعدة الإسناد إلا إذا لم يكن في تطبيقه اعتداء على النظام العام في الدولة التي تتبعها المحكمة، وتعتبر الشريعة الإسلامية المحدد الأساسي للنظام العام في معظم الدول العربية ، وإن المشرع الجزائري أعطى للقاضي سلطة تقديرية

من أجل قبول أو استبعاد القانون الأجنبي وفي حالة استبعاده فإن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا ما خالف النظام العام أو الآداب العامة .[41]

وعليه فإن القانون الأجنبي الذي يقرر حق الإرث لولد الزنا يجب أن يستبعد ، وكذلك يجب أن يستبعد لما يكون المورث مسلما إذ أن تركة المسلم لا ينبغي أن تخضع إلا لأحكام الشريعة الإسلامية [42] ، ولقد ورد في قرار محكمة النقض المصرية المؤرخ في 27ماي 1964 على أن " أحكام المواريث الإسلامية التي تستند إلى نصوص قطعية في الشريعة الإسلامية تعتبر من النظام العام في مصر، إذ هي وثيقة الصلة بالنظام القانوني والاجتماعي الذي استقر في ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبي عليها مما لا يسع القاضي الوطني معه أن يتخلى عنها ويطبق غيرها في الخصومات التي ترفع إليه متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين " [43]

وسنذكر بعض المسائل في القوانين الأجنبية والمخالفة للنظام العام على سبيل المثال:

–التسوية بين البنت والابن في الميراث، كأن يتوفى فرنسي الجنسية بالجزائر، وأحكام الشريعة تجعل للذكر مثل حظ الأنثيين بينما القانون الفرنسي يسوي في الميراث بين الذكر والأنثى، لاشك أنه يحق للقاضي الوطني استبعاد القانون الفرنسي لمخالفته الصريحة لأحكام الشريعة الإسلامية .

– اختلاف الدين بين المورث والوارث ، وهو ما عالجته المحكمة العليا في كثير من القضايا ، وكانت ترد ذلك للشريعة الإسلامية والنظام العام .

– في حالة توريث ولد الزنا ، وكذا المتبنى به ، والولد المكفول ،كما ورد في المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري ،وكذا المادة123 من نفس القانون.

المحور الثاني : الوصية والقانون الذي يحكمها.

01–مفهوم الوصية :

الوصية في اصطلاح الفقهاء هي تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع ، وهي من أسباب نقل الملكية في الإسلام ،وأمرها موكول إلى صاحب المال يضعه حيث يشاء ، وهي مقدمة على الميراث في حدود ثلث التركة.[44] وهو نفس التعريف الذي عرفها به قانون الأسرة الجزائري وكذا باقي القوانين العربية الأخرى فقد جاء في المادة 184 من القانون الجزائري : " الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع "

فالوصية تصرف قانوني يجريه الشخص أثناء حياته وتتراخى إلى ما بعد الوفاة ، ومع أن الصفة المالية تطغى إلا أنها تعتبر من الأحوال الشخصية وأخضعتها التشريعات لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة[45] وقد عرف الأستاذ زروتي الطيب الوصية بأنها " تصرف قانوني يجريه الشخص أثناء حياته وتتراخى آثاره إلى بعد وفاته ، تخضع لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة فيما يخص آثارها، وتجوز الوصية في حدود الثلث ولو مع اختلاف الدين، أما إذا كانت لأحد الورثة فتبقى متوقفة على إقرار بقية الورثة " [46]، وذلك على غرار الدول العربية وبعض الدول الأجنبية لما للوصية من علاقة وطيدة بالإرث والقرابة التي ترتبط بالروابط العائلية رغم الصفة المالية التي تطغى عليها.

ولكن بعض الدول الأخرى تنظر إلى الوصية على أنها ترتبط بالمال ويترتب على ذلك خروجها من نطاق الأحوال الشخصية و إدراجها ضمن الأحوال العينية. وتلتقي الوصية بالميراث إذ تتحقق بكل منهما الخلافة على المال بسبب الموت غير أن سبب الوصية يختلف عن سبب الميراث إذ نجد سبب الوصية هو إرادة الموصي المنفردة في حين أن سبب الميراث هو الشرع والقانون ويلحق حكم الوصية التصرفات المضافة لما بعد الموت كما نصت المادة 776من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا لما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت هذه التسمية التي تعطى لهذا التصرف " ونستخلص أن الشخص يعتبر في فترة مرض الموت إذا توافر فيه شرطان وفق ما استقر عليه اجتهاد فقهاء الشريعة الإسلامية، فالأول ألا يتجاوز فترة المرض الذي نجم عنه الوفاة مدة سنة سابقة على تاريخ وفاته، والثاني أن يؤدي هذا المرض إلى إقعاده كلية ومنعه من قضاء أموره الشخصية[47]، فيترتب على ذلك ، أنه إذا أجرى تصرفا وهو في فترة الموت ، فإن هذا التصرف يأخذ شكل الوصية، وورد في نص المادة 777من القانون نفسه على أنه " يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن دليل يخالف ذلك ." وأورد المشرع المصري نظيرتها في المادة 921 من القانون المدني المصري : " إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة

العين التي تصرف فيها ، وبحقه الانتفاع بها مدى حياته اعتبر هذا التصرف مضافا لما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك .

مشروعية الوصية : استمدت مشروعيتها من الكتاب والسنة والإجماع

– دليل مشروعيتها من القرآن الكريم :" من بعد وصية يوصي بها أو دين " [48]

– دليل مشروعيتها من السنة النبوية الشريفة : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعل لكم زيادة في أعمالكم "

–دليل مشروعيتها من الإجماع:انعقد إجماع الأمة على شرعيتها لحاجة الناس إليها في التقرب إلى الله [49].

02– القانون الواجب التطبيق على الوصية

للوصية شروط موضوعية وأخرى شكلية والقانون الذي يحكم هذه الشروط جميعا ليس موحدا ويستخلص من نص المادة 16 من القانون المدني الجزائري ونظيره المصري في المادة 17 من القانون المدني المصري وكذا المشرع التونسي في الفصل 55 – وإنما أضاف خيارا آخر وهو قانون المكان الذي حررت به الوصية – ، وكما هو معمول به في الكثير من التشريعات العربية ، أن شروط صحة الوصية تخضع لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة وهو ما يتماشى مع ما هو مقرر عندنا شرعا وقانونا من أن الوصية لاترتب آثارها إلا بوفاة الموصي . [50]

إذا فالمشرعون العرب اعتبروا الوصية من الأحوال الشخصية ووضعوا لها قاعدة إسناد واحدة وهي الجنسية وهو ما أكده المشرع الجزائري في المادة 775 من القانون المدني " يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها "، يعني

أنه إذا كان الموصي بجزء من ماله وقت الوفاة جزائريا يطبق القانون الجزائري على الوصية، وهو في هذه الحالة قانون الأسرة الجزائري (المواد من184 إلى 201)

ويقصد بالشروط الموضوعية مختلف الشروط التي تلزم لصحتها من الناحية الموضوعية كشرط الرضا والسبب وأهلية الموصي والقدر الجائز الإيصاء به ، وحكم الرجوع في الوصية ....الخ. وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا والذي موضوعه :وصية –حقوق مكتسبة – قواعد القرآن قواعد آمرة. ومن حيث المبدأ أن الحقوق المكتسبة في ظل القانون النافذ المعقول يوم تحرير الوصية لا يمكن المساس بها. والحكم بخلاف ذلك يعتبر مخالفة لهذه القاعدة لا مجال لتطبيق نظرية حرية الاختيار بين الشريعة الإسلامية والقانون الفرنسي إلا بالنسبة للعقود المتعددة الأطراف التي يتفق أصحابها على التفصيل من شريعة الإسلام ، والوصية غير ذلك لأنها تصرف قانوني بإرادة منفردة مضاف للمستقبل وقد تعلق بها حق الغير وهم الورثة الذين يتلقون حقوقهم من نصوص قرآنية آمرة, وأن تطبيق أحكام القانون الفرنسي يمس بهذه الحقوق مسا أكيدا [51]

03 – نطاق تطبيق جنسية الموصي:

هناك مسائل تخضع لقانون الموصي وقت الإيصاء ومسائل أخرى تخضع لوقت وفاته .

03-01- المسائل التي تخضع لجنسية الموصي وقت الايصاء

-**الأهلية** : وتشمل الأهلية سلامة العقل ، أي لا يكون مجنونا عند الإيصاء . والرشد أي بلوغ تسع عشرة على الأقل وهو ما نصت عليه المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري:" يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل.

03-02- المسائل التي تخضع لجنسية الموصي وقت وفاته : يكون قانون جنسية الموصي وقت وفاته هو المختص الذي يجب الرجوع إليه لمعرفة جميع المسائل القانونية الموضوعية ومنها مدى حرية الموصي في الإيصاء :

– من حيث القدر الذي يجوز الإيصاء عند المسلمين ، وقد حددها المشرع الجزائري وكذا التشريعات العربية بالثلث فجاء في نص المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري :" تكون الوصية في حدود ثلث التركة ، وما زاد تتوقف على إجازة الورثة " .

– من حيث الأشخاص الذين تجوز الوصية لهم إذ لاوصية لوارث إلا بإجازتها من الورثة عند المسلمين ، وتشمل الحمل وهو ما نصت عليه المادة 187من قانون الأسرة الجزائري " تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا ...." وتشمل أيضا الوارث إذ لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة وهو ما نصت عليه المادة 189من نفس القانون ، لأن الطائفة الدرزية في لبنان لا ترى ذلك [52] .

– لمعرفة الأشخاص الذين لا تنفذ وصاياهم و هو من قتل الموصي عمدا تطبيقا للقاعدة الشهيرة " من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه" ويرجع إليه أيضا لمعرفة الجزاء المترتب على مخالفة الحالات السالفة الذكر ، وكذلك الآثار المترتبة على ذلك .انه " وكذلك نصت عليه المادة 188من قانون الأسرة الجزائري " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا "

– ويرجع إليه أيضا لمعرفة الجزاء المترتب على مخالفة الحالات السالفة الذكر ، وكذلك الآثار المترتبة على ذلك.

ويمكن القول بصفة عامة أن قانون جنسية الموصي وقت وفاته ينطبق على كل المسائل الموضوعية المتعلقة بالوصية.

وقد جاء في قرار المحكمة العليا والذي موضوعه : الوصية – القانون الواجب – قانون الهالك وقت الإيصاء،و كان المرجع المادة 1/16 من ق .م ، من حيث المبدأ: من المقرر قانونا أنه يسري على الميراث والوصية ، وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت ، قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطافي تطبيق القانون

ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن المجلس باعتماده على القانون الفرنسي دون مراعاة قانون الهالك أو الموصي باعتباره جزائري مسلم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وخرق أحكام الشريعة الإسلامية. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .[53]

04- الشروط الشكلية للوصية والقانون الذي يحكمها:

تنص المادة 17فقرة 2 من القانون المصري على قاعدة إسناد خاصة بالشروط الشكلية كالتالي : " يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية ، وكذلك الحكم في سائر التصرفات المضافة لما بعد الموت " ، كما أن المشرع الجزائري قبل التعديل هو الآخر ينص على مثل هذا الحكم في

الفقرة 2 من المادة 16 من القانون المدني ،إلا أنه بعد التعديل الوارد في القانون 05-10،وسكوت المشرع الجزائري عن هذه المسألة ، أصبحت الوصية تخضع من حيث الشكل لذات القانون الذي تخضع له سائر التصرفات القانونية من حيث الشكل في المادة 19 التي أصبحت تنص على أنه : " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه . ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين. أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية "

وبمقارنة النصين يتضح مبرر النقد الذي وجهه البعض إلى المقنن المصري[54] ، حيث حصر الاختيار الممنوح للموصي بين الشكلين الوطني والمحلي ، مما يضيق من فرصة الحكم بصحة الوصية ، خاصة عند تطابق القانون الوطني والقانون المحلي ، بينما أباح المقنن الجزائري إمكانية إبرام الوصية صحيحة وفقا لأحد أربعة قوانين ، وهو بذلك يسير على نهج الاتفاقيات الدولية ، كاتفاقية لاهاي المبرمة في 5 أكتوبر 1961التي اعتبرت الوصية صحيحة إذا كان شكلها موافقا :

-لقانون محل الإبرام .

- لقانون جنسية الموصي وقت تحرير الإيصاء .

- لقانون موطن الموصي.

- لقانون محل الإقامة المعتادة للموصي عند التصرف أو عند الوفاة .

- لقانون موقع العقار إذا كانت الوصية واردة على عقار.

ولقد انتهجت معظم الدول العربية نفس النهج حيث أخضعت شكل الوصية إلى قانون الموصي أو قانون محل إبرامها.

ولقد اختار كل مشرع عربي شكلا للوصية، فمنهم من اختار الرسمية، مثل المشرع الجزائري في المادة 191من قانون الأسرة

الجزائري ، أو إشهاد عدلين ، أو إشهاد أية جهة رسمية مكلفة بالتوثيق أويحررها الموصي بخط يده مع إمضائه ، كما ورد في المادة 296 من مدونة الأسرة الغربية .

والتفرقة بين ما يعتبر من الشروط الموضوعية وما يعتبر من الشروط الشكلية هي مسألة تكييف تخضع وفقا للمادة 9 من القانون المدني الجزائري لقانون القاضي.[55]

05- المسائل التي تخرج من نطاق تطبيق القانون الذي يحكم الوصية:

05-01- ما يتعلق بالمال يجب الرجوع فيه إلى قانون موقعه:

- إنشاء التصرفات العقارية أو شهرها، أو نقلها، أو تعديلها أو زوالها.

- كل ما يتعلق بحقوق دائني الموصي وتأثرها بأحكام الوصية .

- إذا كان تطبيق القانون الأجنبي على الوصية مخالفا للنظام العام.

05– 02 – مسائل الوصية المخالفة للنظام العام :

للقاضي الحق في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا ما خالف النظام العام والآداب العامة، فيما يتعلق بمسائل الوصية:

–إذا أوصى الموصي بما يزيد عن الثلث ، ولم يجزه الورثة .

– إذا أوصى الموصي للوارث – فلا وصية لوارث – ولم يجزها الورثة .

– من قتل الموصي عمدا وعدوانا.

– منع الحمل من الوصية رغم ولادته حيا .

المحور الثالث : الوقف والقانون الذي يحكمه

01–مفهوم الوقف :

الوقف هو حبس العين على ملك الواقف ، والتصدق بالمنفعة ابتداء وانتهاء ، أو هو تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة [56].

ولقد أولى المشرع الجزائري اهتماما بالغا بالأملاك الوقفية خاصة العامة منها بسبب الطابع الديني التعبدي لها و لدورها الأساسي في تحقيق التكافل الاجتماعي، وذلك من خلال تدخله بالقواعد القانونية الكفيلة بإضفاء الحماية القانونية اللازمة لهذا النوع من الأوقاف .

فجاء تعريفه في القانون الجزائري في المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري " الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق " أما المشرع المغربي[57] فقد عرفه بأنه " الوقف كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة...» ومعظم الدول العربية أفردت تشريعا خاصا بالأوقاف وأول تقنين للوقف كان في مصر سنة 1946وتلتها كل من الأردن ولبنان وسوريا والكويت وفي العقد الأخير من القرن العشرين شهدت الجزائر أول حلقاتها بإصدار قانون رقم 91–10 الصادر في 1991/04/27 الذي يحدد القواعد العامة لتنظيم الأملاك الوقفية وتسييرها وحفظها ، وتلتها على مدى سنوات كل من اليمن وقطر وموريتانيا والإمارات العربية، وسلطنة عمان والمملكة الأردنية التي أصدرته سنة 2001 ، أما المغرب فتأخر إلى غاية 2010 ، وعموما نلاحظ أن تقنين الوقف بالجزائر مقارنة بكثير من الدول العربية قد تم م إذا فالوقف هو نظام الانتفاع بالمال ، مصدره الشريعة الإسلامية، ولقد أدرج المشرع الجزائري أحكامه الموضوعية ضمن الأحوال بكرا .[58]

–مشروعية الوقف :

–من القرآن الكريم : قال الله تعالى : " لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون " [59]، وقال أيضا :" يأيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ، ومما أخرجنا لكم من الأرض " [60]

–من السنة النبوية الشريفة: إذا مات الإنسان انقطع عمله، إلا من ثلاثة أشياء: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له "رواه مسلم .

– مشروعيته من الإجماع : اتفق جمهور علماء السلف على جواز الوقف وصحته .[61]

02–القانون الواجب التطبيق على الوقف :

في ظل تصنيف المشرع الجزائري الوقف على أنه من الأحوال الشخصية لم يضع قاعدة إسناد خاصة به قبل تعديل القانون المدني في 20جوان 2005 ، أما بعد تعديل أحكام تنازع القوانين بموجب القانون رقم 10/05 وبالنظر لما يثيره الوقف من منازعات ذات عنصر أجنبي خاصة في حالة الوقف على جهات خيرية غير وطنية أدرجت فقرة ثانية في المادة 16 منه خاصة بتنازع القوانين بشأن الهبة والوقف وقد أسندت الوقف إلى قانون الواقف وقت إجرائه وجاء نصها كالآتي :" ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائها ".

وبما أن الوقف هو تصرف مالي ينتج آثاره في الحين، فإن المشرع الجزائري قد حدد ضابط إسناده ألا وهي جنسية الواقف وذلك في حين مباشرة عملية الوقف.

ويشترط في الوقف أن يكون مملوكا للواقف ، وخاليا من كل نزاع ولوكان مشاعا ، كما يشترط في الواقف أن يكون أهلا للتبرع رشيدا لا مكرها وقد قضت المحكمة العليا في قرارها الذي موضوعه : وقف – شروط الواقف والمال المحبس اختلالها – مخالفة الشريعة الإسلامية ، والمرجع في ذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادتين 213 و216 من قانون الأسرة الجزائري وجاء فيه

من حيث المبدأ : من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط في الواقف أن يكون أهلا للتبرع رشيدا ، ويشترط في المال المحبس أن يكون مملوكا للواقف معينا خاليا من النزاع ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية والقانون .

ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن المحبس كان عمره 99 سنة مريضا بصيرا وأن قطعة الأرض المحبسة ملك لشخص آخر ، فإن قضاة المجلس الذين قضوا بتصحيح عقد الحبس خالفوا أحكام الوقف والقانون. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .[62]

03– تحديد القانون الذي يحكم شكل الوقف :

يكون الوقف صحيحا في شكله إذا تم وفق أحد القوانين المحددة في المادة 19 من القانون المدني الجزائري : وذلك بقانون محل إجراء الوقف ، أو بقانون الموطن المشترك لطرفي الوقف أي الواقف والموقوف له ، أو بقانون جنسيتهما المشتركة ، أو بالقانون الذي يحكم موضوع الوقف نفسه .

وجاء في قانون الجزائري المتعلق بالأوقاف:" **يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف**"[63]

كما أن الوقف يخضع لإرادة الواقف وله الحق في الأخذ بأي مذهب إسلامي ، وهو ما ورد في قرار المحكمة العليا والذي موضوعه : الوقف – خضوع العقد إرادة المحبس – حق المحبس في الأخذ بأي مذهب، وبذلك فإن مخالفة هذه المبادئ تقضي بطلان ما يترتب عليها من أحكام مخالفة . وعليه يستوجب نقض القرار الذي يقضي

بإبطال عقد الحبس لخروجه عن القواعد المعمول بها في المذهب المالكي مخالفا بذلك القاعدة الشرعية التي توجب احترام إرادة المحبس.[64]

04– مسائل الوقف المخالفة للنظام العام:[65]

– لا يصح الوقف على معابد غير المسلمين ولا على الذي ليس من البري في شيء.

– الوقف بالشروط المخالفة للشرع والقانون.

– الشروط المضرة بالوقف وبالمستحقين له, كما لو اشترط الواقف عدم محاسبة متولي الوقف عما صدر منه ولو كان مضرا بالوقف.

الخاتمة: وتحوي أهم النتائج والتوصيات

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، إن ما تم ذكره هو جهد حاول الباحث أن يوضح فيه ما نصت عليه التشريعات العربية عند وجود العنصر الأجنبي، في المسائل المتعلقة بالميراث والوصية والوقف، وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، مع إعطاء بعض الحلول للمسائل القضائية عبر قرارات المحكمة العليا الجزائرية .

أهم النتائج :

– كل التشريعات العربية عدت الميراث والوصية والوقف من مسائل الأحوال الشخصية، واتفقوا على ضابط الجنسية بالنسبة للميراث والوصية فيسري عليهما قانون جنسية الموصي وقت موته – ما عدا المشرع اليمني –، وبالنسبة للوقف فيسري عليها قانون جنسية الواقف وقت إجرائه.

– إن إعمال النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي يشكل الأساس الذي يعتمد عليه القاضي العربي في هذا الإطار، كما تعتبر الشريعة الإسلامية المحدد الأساسي للنظام العام الجزائري ومعظم الدول العربية.

– كل القوانين العربية المتعلقة بمسائل المواريث وكذا عقود التبرعات مصدرها الأساسي هو الشريعة الإسلامية.

– إن الاجتهاد الجزائري عبر قرارات المحكمة العليا فيما يتعلق بالميراث والوصية والوقف تبين بوضوح أن القاضي الجزائري ينقض كل قرار يمس بالنظام العام ويخالف الشريعة الإسلامية .

أهم التوصيات :

– بما أن التشريعات العربية متقاربة بشكل كبير فيما يخص مسائل الميراث وكذا عقود التبرعات ، فيمكن تجسيد وحدة تشريعية عن طريق توحيد قوانينها في تشريع واحد ، على غرار القانون المدني العربي الموحد الذي اعتمده مجلس وزراء العدل العرب كقانون نموذجي بالقرار رقم 228 – د 12 – 1996/11/19 ، أما الدول التي بها طوائف وديانات أخرى كلبنان ومصر والمغرب مثلا فيمكن إصدار قوانين ملحقة خاصة بهم .

– يرى صاحب البحث بأن المكتبة القانونية مازالت تفتقر إلى الدراسات الجادة في مجال تنازع القوانين وبالأخص هذه المسائل وعلى رأسها الوقف.

– أما مسألة النظام العام والآداب العامة فهي تحتاج إلى ضبط ودقة ، وذلك بتحديد المسائل المخالفة لهما عن طريق التشريع من أجل ترشيد القاضي المعروض عليه النزاع إلى سلامة التطبيق ، وعدم إعطائه السلطة التقديرية في ذلك لأنها مسألة حساسة لا ينبغي أن تخضع لرأي إنسان يخطئ ويصيب .

الهوامش :

1- سورة الرحمان، الآية : 26-27

2- بلعيور عبد الكريم ، محاضرات في القانون الدولي الخاص ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، 2005/2004 ، الجزائر ، ص 8.

3- محمد وليد المصري ،الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص،دار الثقافة، عمان، الطبعة1،سنة2009،ص19.

4- منصور كافي ، علم الفرائض في الشريعة والقانون ،دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة ،2005، د، ط، ص 30 .

5- أعراب بلقا سم ،القانون الدولي الخاص الجزائري ، الجزء الأول :تنازع القوانين ، دار هومة للطباعة والنشر،الجزائر ، الطبعة 12، ص268 .

6-الشيخ نظام, وجماعة من علماء الهند الأعلام, الفتاوى الهندية, دار المعرفة للطباعة والنشر, بيروت, ج 6/ ص447 .

7- الآية 11سورة النساء.

8- محمد زيد الأبياني بك ،شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، الجزء الثالث ، القاهرة ،مطبعة النهضة ، 1964، ط 2: ، ص 14.

9-عزا لدين عبد الله، القانون الدولي الخاص،"الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين" ،ص337-338.

10- المادة 16 الفقرة 01من القانون المدني الجزائري، قانون رقم 05- 10 .

11 - المادة 17الفقرة 01من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 .

12- عبد الحميد ثابت عنايت ،أحكام فض تداخل مجالات انطباق القوانين ذي الطابع الدولي في القانون المصري- الفصل 54 ، مجلة القانون الدولي الخاص التونسي ،قانون العدد97 ، لسنة 1998.

13- المادة 22، القانون المدني العراقي رقم 40 ، لسنة 1951.

14- الفصل 54 ، مجلة القانون الدولي الخاص التونسي ،قانون العدد97 ، لسنة 1998.

15- المادة 18/ ف 1 ، القانون المدني الأردني ، رقم 40 ، لسنة 1976.

16-غالب علي الداودي ، حسن محمد الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، ص 113.

17- حبارمحمد ، القانون الدولي الخاص ، رؤى للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2013 ص141.

18- حسين الفتلاوي ، القانون الدولي الخاص ، المكتب الدولي لتوزيع المطبوعات، 2002، ص-238) ، القاهرة ، 2004،ص24013- المادة 22، القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

19- المادة رقم 1 من قانون المواريث المصري ، رقم :77 لسنة 1943.

20- المادة 230 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية رقم03.07 .

21- المادة 134 من قانون الأسرة الجزائري 05-02.

22- المادة 25 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري 05-1.

23- زيد نصر محمد واصل ،فقه المواريث والوصية في الشريعة الإسلامية ،ص 48 .

24- أعراب بلقا سم ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول ، تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص 271.

25- محمد محمد جمعة براج ،أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية ،دار الفكر للنشر والتوزيع، ص222. الموقع الإلكتروني :http://www.alkottob.com

26- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، مطبعة مصطفى الحلبي ،القاهرة ، 1250 هـ الجزء 6 ، ص 82.

27- المحمدي بوزينة آمنة محاضرات في قواعد الإسناد في الأحوال الشخصية ،كلية الحقوق ، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، لطلبة الماستر،2017/2016.

28- جمال سايس ، الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، الجزء الأول ، منشورات كليك ،ط 1 ، 2013 ، ص 291-294 ،قرار رقم 33509 ، قرارصادر بتاريخ 1984/7/9 ، المجلة القضائية ،1989 ،العدد3 ،ص 60 " قضية (ب.م) ضد (م.ع)

29- جمعة محمد براج،أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية،دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان، 1981، ط:1 ص 221.

30- جمال سايس ، الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، الجزء الثالث ، منشورات كليك ،ط 1 ، 2013، ص 1207-1209، ملف رقم 269594 ، قرارصادر بتاريخ 2001/07/18 ، المجلة القضائية ،2003 ،العدد1 ،ص 349" قضية ضد او.عبد.ا .

31- جمال سايس ، المرجع نفسه ، الجزء الثاني ، ص 827-829، قرار رقم 123051، قرارصادر بتاريخ 1996/07/25، المجلة القضائية، 1996 ،العدد1، ص 113" قضية (لا.ص) ضد (لا.م) .

32- أحمد عبد الحميد عشوش ، القانون الدولي الخاص ، ص 333.

33- أعراب بلقا سم ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول ، تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص 270.

34- الطيب زروتي ، القانون الدولي الخاص علما وعملا ، الطبعة الأولى ، مطبعة الفسيلة الجزائر ، 2010 ،ص 21.

35- الطيب زروتي ، المرجع نفسه ، ص 21.

36- قصير يمينة ، محاضرات في تنازع القوانين ،2014/2013 ، كلية الحقوق جامعة زيان عاشور الجلفة.

37- الفصل 267 من الفرع 12 قانون المسطرة المدنية المغربية ر.447.47. 1.

38- أعراب بلقا سم ص 271 ، عزا لدين عبد الله ، ص354.

39- محمد سعادي ، القانون الدولي الخاص ،دار الخلدونية ، الجزائر ، 2009 ،ط:1 ص 126.

40- محمد سعادي ،المرجع نفسه ، ص126 .

41- المادة 24 من القانون المدني الجزائري 05-10 ونصها كالآتي: " لايجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر ، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون ".

42- أعراب بلقا سم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 273.

43- مجموعة النقض المصرية، السنة 15، العدد 2 ، ص 727.

44- محمد مصطفى شحاتة الحسيني ، الأحوال الشخصية في الولاية ، الوصية والوقف ،مطبعة دار التأليف ، 1976 ،ص 69.

45- محمدي بوزينة آمنة محاضرات في قواعد الإسناد ، لطلبة الماستر،2017/2016، ص 163.

46- الطيب زروتي ، المرجع نفسه ، ص 21.

47- حبارمحمد ،المرجع السابق ، ص144.

48- سورة النساء ، الآية 12 .

49- المرجع السابق ، محمد مصطفى شحاتة الحسيني ، ص70 .

50- حبارمحمد ،المرجع السابق ، ص143 .

51- . جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص 123-124 ،رقم القرار غير موجود، قرار صادر بتاريخ 1971/12/01 ، نشرة القضاة،1972 ،العدد2 ،ص 100" قضية (م.م) ضد (م.م).

52- بلعيور عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص116.

51- جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص 123-124 ،رقم القرار غير موجود، قرار صادر بتاريخ 1971/12/01 ، نشرة القضاة،1972 ،العدد2 ،ص 100" قضية (م.م) ضد (م.م).

52- بلعيور عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص116 .

53- جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، الجزء الأول ، المرجع السابق، ص 483-486 ،رقم القرار:63219، قرار صادر بتاريخ 1990/10/17 ، المجلة القضائية ،1991 ،العدد2 ،ص 79 قضية (ف.ش) ضد (ك.ف).

54- أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1996، ص 966

55- أعراب بلقا سم ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول ، تنازع القوانين ، المرجع السابق ،ص 27.

56- السيد سابق ، فقه السنة ،الشركة الدولية للطباعة ،مصر ، 2004، ط 1 ص 1069.

57- المادة 01 من مدونة الأوقاف المغربية رقم 236.09.01.

58- حمس لرجام ، الأملاك الوقفية في الجزائر ، مقال بتاريخ :2009/11/04 ، المنتدى العقاري ، قسم التقنين العقاري.

59- سورة آل عمران الآية :91 .

60- سورة البقرة الآية : 266.

61- مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الأوقاف، دار عمار، عمان، سنة 1998، الطبعة 2 ، ص 22.

62- جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، الجزء الأول ، المرجع السابق ،ص 470-472،رقم القرار 46546، قرار صادر بتاريخ 1988/11/21 ، المجلة القضائية،1991 ،العدد2،ص 60" قضية (ب .ش .م) ضد (ب.ط).

63- المادة 41 من القانون الجزائري رقم :91-10 الذي يحدد تنظيم الأملاك العامة للأوقاف وتسييرها وحفظها .

64- جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص 239-240 ، رقم القرار 40589، قرار صادر بتاريخ 1986/02/24 ، المجلة القضائية،1989 ،العدد1 ، ص 118" قضية (ب) ضد (ب.م).

65- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط:1،الجزء10، ص435-436.